L'ARTE DEL DIALOGO

Liber amicorum

in onore di

Salvatore Prisco

a cura di

Fulvia Abbondante Carmela Capolupo
Marco Galdi Anna Maria Nico

Volume primo

Editoriale Scientifica

L'ARTE DEL DIALOGO

Liber amicorum

in onore di Salvatore Prisco

a cura di

Fulvia Abbondante *Carmela Capolupo*
Marco Galdi *Anna Maria Nico*

Volume primo

Editoriale Scientifica
Napoli

Questo volume è stato pubblicato con i fondi del dipartimento di Giurisprudenza e del dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli Studi di Napoli Federico II e con il contributo del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Torre Annunziata.

Comitato d'onore
Fulvia Abbondante, Carmela Capolupo, Marco Galdi, Anna Maria Nico

Comitato editoriale
Enrico Buono, Maria Sarah Bussi, Francesca Niola, Michela Tuozzo

Proprietà letteraria riservata

© Copyright giugno 2026

Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli

ISBN 979-12-235-0343-0

INDICE

VOLUME PRIMO

Prefazione XIX

LEANDRA ABBRUZZO
Le (possibili) ripercussioni dell'autonomia differenziata sui sistemi sanitari regionali 1

CARLA ACOCELLA
Il sistema di enforcement *della disciplina in materia di pubblicità politica: le autorità competenti e le sanzioni* 15

UGO ADAMO - SILVIO GAMBINO
Razionalizzare o riformare la forma di governo parlamentare? Democrazia, forma di governo e (rischi attuali di) premierato 39

PAOLO ALVAZZI DEL FRATE
I cahiers de doléances *del 1789 e la soppressione delle corporazioni* 61

DOMENICO AMIRANTE
L'inesauribile leggerezza del maestro. Dialoghi bio-bibliografici con Salvatore Prisco 79

PASQUALE ANNICCHINO
Diritto e cultura pop. *Appunti su Tommaso Labranca e la cultura giuridica* 93

ANTONIO ARENIELLO
Il magistero dell'amico "vesuviano" 103

ENZO BALBONI - CAMILLA BUZZACCHI
L'impossibile riordino del sistema delle autonomie: quali sviluppi attendono regioni e città metropolitane? 105

GIANLUCA BASCHERINI
«Ogni arte è buona per essere oggetto di attenzione giuridica». Brevi note sul diritto, la letteratura e il romanzo giallo 123

Barbara G. Bello - Daniela Vitiello
Le donne migranti nell'ordinamento dell'Unione Europea: tra universalismo dei diritti e pluralismo culturale 139

Elisa Bertolini
Il Tennōsei*, gli oligarchi e il processo costituente Meiji* 171

Raffaele Bifulco
Il potere è un luogo vuoto. Democrazie e virtù del conflitto secondo Claude Lefort 185

Domenico Bilotti
L'apporto culturale e religioso nelle recenti riforme degli ordinamenti latino-americani: prime osservazioni 207

Roberto Bin
Diritti fondamentali e cartografia del conflitto 221

Giovanni Blando
Giustificare la libertà religiosa. Breve nota critica sulla Religione senza Dio *di Ronald Dworkin* 229

Andrea Bonomi
Principio di solidarietà e doveri: brevi osservazioni problematiche su un rapporto complesso 243

Carlo Bottari
Il diritto allo sport come componente essenziale del diritto fondamentale alla tutela della salute: partiamo dall'impiantistica sportiva 259

Andrea Buratti
Il potere negativo nel costituzionalismo contemporaneo, tra assorbimento e persistenza 265

Lucia Busatta - Carlo Casonato - Simone Penasa - Marta Tomasi
Il biodiritto laico. Le dinamiche di affermazione dei diritti e il necessario spazio "laico" di un biodiritto equilibrato 275

Vittorio Capuzza
Giorgio Arcoleo, un giurista postmoderno, un letterato verista (nei 110 anni dalla morte) 295

Germana Carobene
La dissociazione *e il c.d.* ostracismo *dei testimoni di Geova tra il principio di non discriminazione e la tutela dei diritti dell'uomo* 307

VINCENZO CASAMASSIMA
Lotta alla povertà e diritto ad un'esistenza dignitosa tra assistenza sociale e lavoro 319

LUISA CASSETTI
Un patto sociale e una prospettiva culturale a sostegno delle politiche per le persone anziane 341

EMILIO CASTORINA
Cittadinanza europea e "limiti sociali del mercato" 355

ALESSANDRO CATELANI
Maggiore rappresentatività sindacale e "parti sociali" 369

ELISABETTA CATELANI
Il Gran Consiglio del Fascismo e la decisione collegiale del 24/25 luglio 1943 379

GIOVANNI CAVAGGION
Simboli religiosi e principio di laicità: un doppio standard della Corte EDU? 391

STEFANIA CAVALIERE
La transizione green *e le "nuove" economie* 403

RICCARDO CAVALLO
L'universo narrativo di David Lodge e le sue implicazioni giusfilosofiche 417

AUGUSTO CERRI
Tutela delle minoranze e tutela del fenomeno religioso: considerazioni teoriche preliminari 429

FRANCESCO CERRONE
Sulla poetica di alcuni scrittori della generazione degli anni difficili 441

GIUSEPPE CHIARA
Le declinazioni applicative della laicità dello Stato nella giurisprudenza costituzionale 457

LORENZO CHIEFFI
Le radici costituzionali del ripudio della guerra di aggressione e della promozione della pace e della giustizia tra le nazioni 481

Anna Ciammariconi
Uso dei precedenti stranieri e tecniche argomentative dei tribunali costituzionali di Spagna e Portogallo: il caso del matrimonio tra persone dello stesso sesso 497

Adriana Ciancio
Appunti critici sulla proposta di premierato elettivo (in dialogo con Salvatore Prisco) 513

Cristiana Cianitto
Minoranze religiose e riconoscimento giuridico: alcune riflessioni 529

Ines Ciolli
Il Premier assoluto e le ricadute sulla forma di governo parlamentare 545

Ylenia Maria Citino
Le elezioni del Parlamento europeo del 2024 e la regola non scritta dei candidati alla presidenza della Commissione europea 557

Vincenzo Cocozza
Il bilanciamento fra principi e interessi costituzionalmente rilevanti in un recente intervento della Corte costituzionale 571

Daniele Coduti
Il "premierato" italian style *tra possibili benefici e probabili rischi* 581

Luigi Colella
Stato multiculturale e principio di laicità in India. La fraternità come "radice" della laicità e della democrazia 595

Gianpiero Coletta
I cittadini senza dimora e la problematica tutela della loro salute 617

Fabio Corbisiero
Dialogo intorno al tema della cittadinanza sessuale 629

Matteo Cosulich
Elezione diretta del vertice dell'esecutivo e ruolo dell'assemblea: una lezione dai consigli regionali? 637

Enrico Cuccodoro
"Fedeltà alla repubblica". La costituzione e la "voce" di Sandro e Carla Pertini, oggi 651

Salvatore Curreri
Le conseguenze della rottura del gruppo parlamentare Azione-Italia Viva-Renew Europe 661

Antonio D'Aloia
Il dovere di osservare la costituzione e le leggi. Osservazioni a margine dell'art. 54 della Costituzione 681

Maria d'Arienzo
*Le nuove declinazioni del principio di laicità in Francia alla luce della "*Loi confortant le respect des principes de la République*" del 24 agosto 2021* 695

Claudio De Fiores
Il cinema, la Costituente e la libertà dell'arte 703

Eugenio De Marco
Alcune considerazioni in merito al progetto di revisione costituzionale d'iniziativa governativa sull'elezione popolare diretta del Presidente del Consiglio dei ministri. Verso un premierato sui generis*?* 717

Giovanna De Minico
Giustizia e intelligenza artificiale: un equilibrio mutevole 733

Sandro De Nardi
Sulla soggezione dei magistrati al dovere di correttezza costituzionale 763

Andrea De Petris
Il piano UK-Ruanda sui migranti: una misura elettorale in violazione dei diritti umani 775

Maria Francesca De Tullio
Sovranità alimentare, private food law *e agricoltura contadina* 789

Giacomo Delledonne
«Chi nomina il commissario europeo?»: una riflessione sulle vicende francesi dell'estate 2024 799

Elena di Carpegna Brivio
Dialogo sulla pari dignità sociale 813

Giuseppe Di Genio
I molti dubbi sulla laicità europea 823

Angela Di Gregorio
*La limitazione della libertà accademica nei contesti autoritari o bellici e la rete degli "*Scholars At Risk*". Qualche osservazione comparata sullo sfondo della guerra in Ucraina* 831

Luca Di Majo
Salvatore Prisco e la dignità della persona 853

Roberto Di Maria
Barattare una parte della sovranità statale con un più ampio riconoscimento dei diritti? L'Unione europea come "esperimento" sociale, giuridico ed economico 869

Filippo Donati
Certezza del diritto e crisi energetica 881

Francesco Duranti
Dialogo e comparazione 893

Mario Esposito
Un caso di eccesso di potere giurisdizionale 907

Diomede Falconio
Il curatore speciale alla luce della riforma Cartabia della volontaria giurisdizione 923

Elena Falletti
Gli horti *botanici e gli albori del diritto del commercio internazionale* 937

Carla Faralli
Al cinema con il diritto. «Il verdetto» 953

Alessia Farano
Le nuove frontiere del biodiritto in "Klara e il sole" di Ishiguro 967

Tullio Fenucci
Analisi comparata della sfiducia costruttiva nelle vigenti costituzioni dei paesi dell'Europa continentale 979

Maria Feola
Sulla risarcibilità del danno da "esistenza diversamente abile" 995

Gennaro Ferraiuolo
Europa delle regioni versus *piccole patrie* 1021

GIUSEPPE FRANCO FERRARI
Gli enti intermedi nel diritto degli enti locali in Europa: tendenze recenti 1033

LUIGI FERRARO
Il diritto alla salute dei migranti davanti alle corti europee 1045

VASCO FRONZONI
Riflessioni su laicità e libertà religiosa per una decostruzione del paradigma sulle "moschee abusive", tra esigenze di sicurezza e istanze di inclusione sociale. In dialogo con Salvatore Prisco 1061

TOMMASO EDOARDO FROSINI
Suggestioni comparatistiche sulla forma di governo del premierato (elettivo) 1079

CARLO FUSARO
Scioglimento delle camere e premierato a legittimazione diretta 1089

FRANCESCO GABRIELE
Sulla autonomia ulteriore *nelle regioni a statuto ordinario (o del regionalismo* differenziato *volutamente "frainteso")* 1099

MARIA ELENA GENNUSA - STEFANIA NINATTI
Corte di giustizia e velo islamico: vecchi dilemmi e nuove questioni 1145

MARIA CHIARA GIRARDI
Dall'Europa delle regioni alle piccole patrie 1165

FEDERICO GIRELLI
Quale garante per le persone con disabilità? 1189

BARBARA GUASTAFERRO
Costituzione, ordinamento giudiziario e separazione delle carriere: riflessioni sui recenti tentativi di riforma costituzionale 1203

GIUSEPPE GUIZZI
«Le débiteur est plus fort que le créancier»*: Balzac, il debito e la società postmoderna* 1219

ANTONIO GUSMAI
Agli albori di alcune attuali questioni ambientali: il «governo del territorio» nell'Italia pre-repubblicana 1233

Maria Pia Iadicicco
Famiglia e filiazione: tenuta, evoluzione o modifica tacita del testo costituzionale? 1261

Fulco Lanchester
Rappresentanza "fiduciaria" e rappresentanza "in campo politico": osservazioni su un saggio di V. E. Orlando 1283

Federico Laus
Diritti fondamentali e nuove tecnologie in sanità: utilizzo di dati sanitari e genetici 1297

Volume secondo

Gavina Lavagna
Le principali decisioni della corte costituzionale durante e post *l'emergenza Covid-19* 1313

Maria Chiara Locchi
La macellazione rituale ḥalāl *come osservatorio delle tensioni tra libertà religiosa, principio di laicità e tutela del benessere animale* 1333

Aldo Loiodice
Le regioni differenziate e, meglio, particolari: il tentativo fallito di rottura costituzionale 1351

Luca Longhi
Giurisdizione, sovranità, democrazia 1377

Alberto Lucarelli
Piattaforme e diritto pubblico. Linee di un percorso costituzionale 1387

Giovanni Luchena
Economia sociale di mercato e dottrina sociale cristiana: spunti ricostruttivi 1399

Gianfranco Macrì
Religioni, culture, laicità nel Mediterraneo interculturale 1413

Raffaele Manfrellotti
L'utopia dell'eccellenza universitaria nell'art. 34 Cost. 1423

Gloria Marchetti
La tutela dell'ambiente in rapporto ai principi e ai diritti fondamentali della Costituzione 1427

Piero Marino
La 'vera' storia del Mercante. Legge, sacrificio e giustizia nella città di Venezia 1439

Salvatore Marino
Iustitia. Constans et perpetua voluntas. *Breve dramma in tre atti* 1453

Claudio Martinelli
Il ritorno dei laburisti a Downing Street*: risultati elettorali e interpretazioni costituzionali* 1465

Giuseppe Martinico
La rappresentazione del giuridico nella letteratura e nella cultura pop. Il caso di Harrison Bergeron 1477

Antonella Massaro
Reati culturalmente orientati e responsabilità penale 1489

Giuseppe Mastrominico
Diritto, letteratura, storia 1503

Mauro Mazza
La religione luterana e il Costituzionalismo: l'esempio norvegese in prospettiva comparata 1515

Paola Mazzina
Intelligenza artificiale e nuove frontiere della decisione amministrativa 1529

Franca Meola
I "nuovi confini" dell'autodeterminazione, quale diritto della persona a disporre del proprio corpo 1545

Roberto Miccú
Alle origini del dibattito sul metodo nella dottrina weimariana dello Stato: note brevi 1561

Daniela Mone
La prospettiva antistorica ed antieconomica dell'autonomia differenziata di Calderoli: le regioni come piccole patrie 1577

Alessandro Morelli
I discorsi scientifici sulla Costituzione. Introduzione a una metodologia negativa *nella ricerca costituzionalistica* 1609

Maria Grazia Nacci
Solidarietà, sussidiarietà e terzo settore 1627

Andrea Napolitano
La verticalizzazione della forma di governo. Riflessioni sulla democraticità di un modello 1639

Carla Negri
Laicità tra pluralismo e integralismo: un approccio dialogico 1651

Matteo Nicolini
La politica coloniale come "mostruosità d'oltremare" in Joseph Conrad 1665

Valerio Nitrato Izzo
Diritto e musica: riflessioni su un binomio in evoluzione 1679

Vincenzo Pacillo
Diritto e autorità religiosa tra prevenzione e composizione dei conflitti nel romanzo Il mio nome è Asher Lev *di Chaim Potok* 1693

Mario Panebianco
Riflessioni "scettiche" sulla revisione costituzionale 1717

Cecilia Pannacciulli
La nuova dimensione costituzionale dell'agricoltura tra esigenze ambientali e modelli di sviluppo 1731

Anna Papa
Democrazia rappresentativa e referendum *abrogativo nell'esperienza costituzionale italiana. Corsi e ricorsi di un difficile rapporto* 1745

Stefania Parisi
Né pura né semplice: problemi della verità come (e nel) diritto costituzionale 1763

Andrea Patroni Griffi
Regionalismo e meridionalismo alla prova dell'autonomia differenziata 1775

Lucio Pegoraro
Per una accezione plurale dell'espressione "forme di Stato" 1797

Francesco Petrillo
Brevi spunti introduttivi per una filosofia della democrazia nel terzo millennio 1831

Cesare Pinelli
La stabilità dell'ordinamento dal governo misto alle costituzioni democratiche contemporanee 1847

Anna Pirozzoli
La dignità umana e il diritto all'affettività del detenuto 1859

Filippo Pizzolato
Laicità e fraternità alla sfida del pluralismo 1871

Marco Plutino
Un premio in seggi in Costituzione? 1881

Giovanni Poggeschi
Come si scrive un manuale di Diritto comparato dell'ambiente. Uno sfogo ed una confidenza a Salvatore Prisco 1923

Annamaria Poggi
Educazione alla cittadinanza ed educazione civica. Due modelli contrapposti? 1939

Fabrizio Politi
La "saga" del crocifisso nelle aule scolastiche. Un "dialogo" con Salvatore Prisco 1961

Antonino Procida Mirabelli di Lauro
La promessa di donare come donazione obbligatoria di dare 1973

Saverio Regasto
Quel che resta del giorno… Alcune disordinate riflessioni sul welfare state 1987

Francesca Rescigno
La dignità della laicità 2011

Paolo Ridola
L'esperienza costituzionale tedesca dopo la riunificazione e gli itinerari del confronto italo-tedesco nella dottrina italiana 2023

Andrea Ridolfi
Emergenza e Costituzione (in dialogo con Salvatore Prisco) 2051

Francesco Rimoli
Sulla dignità "in senso oggettivo" come argomento giuridico 2073

Maria Grazia Rodomonte
Le madri costituenti e l'eguaglianza senza distinzioni di sesso. Il contributo di Maria Agamben Federici 2097

Umberto Ronga
Gruppi parlamentari e partiti politici nella XIX legislatura 2111

Orlando Roselli
Italo Calvino - 100 anni: le lezioni americane *e il diritto. Dialogando con un illustre giurista brasiliano* 2131

Emanuele Rossi
La legge apre l'amministrazione condivisa agli enti religiosi oratoriali (non appartenenti al terzo settore) 2139

Claudio Rossano
Valori o diritti fondamentali? 2159

Antonio Ruggeri
I diritti fondamentali tra indirizzi politici internamente eterogenei ed oscillanti orientamenti giurisprudenziali 2163

Carmela Salazar
Brevi note sul procedimento di formazione del governo e sullo scioglimento anticipato delle camere nel disegno di legge di revisione costituzionale "Meloni-Casellati" 2181

Jan Sawicki
La disciplina dell'interruzione di gravidanza in Polonia come indice della laicità dello Stato: una strada senza uscita 2193

Simone Scagliarini
"Il sangue e la parola": Law and Humanities *in piazza del Quirinale* 2217

Antonino Scalone
Finzione e rappresentanza in Hans Kelsen 2231

Paolo Scarlatti
Note sulla riforma istituzionale dell'Unione europea alla luce della recente proposta di revisione dei trattati del Parlamento europeo 2239

Alberto Scerbo
Un viaggio letterario intorno al potere: a partire dalle Fenicie *di Euripide* 2251

ANTONELLA SCIORTINO
Dalle disposizioni anticipate di trattamento alla disposizione del proprio corpo post mortem *per finalità di formazione e di ricerca scientifica: il legislatore continua il suo cammino di valorizzazione del principio di autodeterminazione della persona* 2269

FILIPPO SCUTO
La questione irrisolta della democrazia nei partiti nel quadro delle incerte evoluzioni della forma di governo 2281

GIOVANNI SERGES
La gerarchia delle fonti tra crepuscolo e sopravvivenza: il caso italiano 2293

FRANCO SICURO
Libertà del mandato politico e autonomia normativa dei gruppi parlamentari 2309

ANTONINO SPADARO
Dal "parlamentarismo" al "premierato": le quattro vie percorribili 2329

ORNELLA SPATARO
Legislatore e Corte costituzionale dinanzi alla questione della morte dignitosa: il difficile equilibrio tra autodeterminazione e diritto alla vita 2343

SANDRO STAIANO
Sulle culture politiche alla Costituente 2355

ALESSANDRO STERPA
La trappola del "doppio federalismo" e la ri-politicizzazione. L'autonomia regionale 2375

ELETTRA STRADELLA
Scenari aperti sul suicidio medicalmente assistito 2385

VINCENZO TONDI DELLA MURA
Verso una completa trasformazione dello Stato sociale all'insaputa del parlamento, incerta nei criteri e incapace di trasparenza 2413

GIANLUCA TRACUZZI
Verso una nuova armonia della sessualità (in attesa della "giusta orchestra") 2437

ALESSANDRA VALASTRO
La dignità sociale nei tempi «foschi» di una democrazia amputata 2457

Patrick Valdrini
Le dimensioni politiche e filosofiche della laicità francese. Una relazione necessaria e difficile 2479

Alberto Vespaziani
Le città visibili delle tre corone 2487

Pasquale Viola
Costituzionalismi contemporanei tra strutture variabili e specificità contingenti 2501

Patrizia Vipiana
Il principio di solidarietà nell'ordinamento italiano 2513

Daniele Vitale
Brevi osservazioni a margine del disegno di legge costituzionale AS. n. 935/2023 2523

Alfonso Vuolo
Elezione diretta del Presidente del Consiglio e premio di maggioranza: prime notazioni 2535

Francesco Zammartino
Sulle cause della crisi della rappresentanza politica in Italia: alcune considerazioni 2549

Carmela Capolupo
Governo vs. governance *mondiale delle emergenze sanitarie internazionali nel progetto di accordo pandemico e negli emendamenti al regolamento sanitario internazionale. Profili costituzionali* 2561

Marco Galdi
Riflessioni sparse su scuola e costituzione 2581

Anna Maria Nico
Autorità e libertà dell'arte 2595

Michela Tuozzo
"Il porto franco del pensiero individuale". In dialogo con Salvatore Prisco sui neurodiritti 2611

PREFAZIONE

Questi volumi, dalla gestazione piuttosto difficile, hanno lo scopo di onorare il professor Salvatore Prisco in occasione del suo congedo dall'Università degli Studi di Napoli, avvenuto il 31 ottobre 2020. Un lavoro tormentato, si diceva, se non altro perché l'idea di un *Liber amicorum* per Salvatore era nata durante la crisi pandemica, ma ha potuto trovare attuazione solo nel momento in cui, finito lo *shock* collettivo, ciascuno di noi ha ripreso una vita, almeno apparentemente, normale.

Salvatore Prisco non è stato uno studioso convenzionale. Al ruolo di professore universitario ha sempre associato altre attività di taglio più pratico: avvocato amministrativista del Foro di Torre Annunziata, ma anche Vicepretore onorario, per molti anni, presso il tribunale di Vallo della Lucania. Uno sguardo sempre attento sia al profilo teorico che al suo risvolto concreto. Esiste poi un terzo momento nell'intensa vita dello studioso che arricchisce la sua personalità sfaccettata: l'impegno civile, che si è manifestato soprattutto nella sua attività di giornalista pubblicista. La scelta di non privilegiare un aspetto del sapere giuridico è stato un monito prima di tutto a sé stesso e poi ai suoi allievi, giovani e meno giovani. Non esiste, sembra dirci Salvatore, una conoscenza monodimensionale della scienza del diritto: teoria e pratica non possono essere disgiunti ma devono coesistere in un'analisi che voglia essere allo stesso tempo rigorosa e originale. Una lettura della cultura giuridica che ha portato l'Onorato ad una concezione dello studio universitario visionaria, come testimoniano molti dei suoi scritti accademici (e non) ed un approccio alla didattica innovativo, attento alla interdisciplinarità e multidisciplinarietà (i suoi interessi culturali hanno spaziato dal diritto pubblico al diritto ecclesiastico, dal diritto amministrativo a quello civile, alla storia, alla letteratura, all'economia, alla scienza politica, alla politologia e alla sociologia), già prima che queste parole divenissero *mainstream*, e alla necessità di uno stretto collegamento fra mondo universitario e mondo delle professioni legali e dell'impresa. Una battaglia, questa, combattuta tenacemente e con una grandissima determinazione prima di tutto nell'Università degli studi di Napoli Federico II.

Il suo percorso accademico ha inizio nel 1974, quando si laurea nella Facoltà di Giurisprudenza napoletana con una tesi sul diritto di sciopero. Ricercatore universitario di *Diritto costituzionale* dal 1980 al 1986 nella facoltà di

Giurisprudenza della medesima Università, ha tra i suoi mentori due grandissimi Maestri del diritto costituzionale, Gianni Ferrara e Michele Scudiero. È stato poi professore associato di *Istituzioni di diritto pubblico* nella facoltà di Economia dell'Università di Salerno (1986/1998); nel triennio 1994/1997 anche nella facoltà di Scienze Politiche della stessa Università; poi nella facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Napoli "Federico II" (1998/2000).

Dal 2001 è professore ordinario della stessa materia nella medesima facoltà, dove ha insegnato, oltre alle Istituzioni di diritto pubblico, dal 2006, anche *Diritto pubblico comparato* e, dal 2015, *Diritto e Letteratura*. Ha inoltre insegnato, per incarico, *Diritto pubblico dell'economia* nella facoltà di Scienze Politiche dell'Università "L'Orientale" e nella facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università di Napoli, con sede in Santa Maria Capua Vetere (oggi Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli"); nonché *Istituzioni di diritto pubblico* nell'Accademia Aeronautica di Pozzuoli, dove ha insegnato dal 2006 al 2013 anche *Diritto pubblico comparato*. Il periodo di insegnamento alla facoltà di Scienze Politiche dell'Università "L'Orientale" è indissolubilmente legato al rapporto fraterno con il compianto Professore Pasquale Ciriello.

La sua cultura vastissima, da lettore onnivoro e instancabile qual è, gli ha consentito di interpretare le profonde trasformazioni sociali e costituzionali del finire del Secolo breve e del nuovo Millennio, sempre con uno sguardo critico, non ideologico ma improntato al dialogo, al dubbio e alla precisione metodologica. Non è, dunque, casuale la scelta della formula del *Liber amicorum* (nel rispetto della ben nota allergia dell'Onorato alla ritualità paludata di certa accademia), né del titolo, che rinvia appunto alla continua ricerca del confronto, anche intergenerazionale, che Salvatore ha perseguito durante gli anni della sua attività di docente e studioso, né tantomeno quella di indicare in ordine rigorosamente alfabetico gli Autori che hanno voluto partecipare all'opera (anche in questo caso si è voluto rispettare il netto rifiuto dell'Onorato ad ogni forma di gerarchia fra studiosi).

Immaginando la struttura del *Liber*, si è inteso individuare i filoni di ricerca più significativi della sua imponente produzione scientifica – che spaziano dalla laicità alle forme di governo, dal rapporto fra politica e magistratura alla solidarietà, dai diritti fondamentali di matrice classica ai nuovi diritti, con particolare attenzione alla bioetica, all'istruzione e alle riforme universitarie – affinché i suoi amici ed i suoi allievi potessero dialogare nel modo che a Lui piace.

L'altissimo numero di contributi che compongono la Raccolta conferma, semmai ce ne fosse stato bisogno, l'interesse di tutta la comunità scientifica alla vivacità del pensiero di Salvatore Prisco, una vitalità ancora presente, sebbene si esplichi fuori dalle aule universitarie: negli ultimi anni, dopo il suo pensionamento, ha dato vita alla Rivista *PasSaggi Costituzionali*, in continuità con

il dialogo interdisciplinare e intergenerazionale avviato durante la sua attività universitaria. A differenza di molti suoi coetanei, ha saputo intravedere nelle nuove tecnologie, e soprattutto nelle piattaforme digitali, un nuovo strumento per continuare a confrontarsi con il mondo.

Per i curatori e per i giovani del comitato editoriale questo volume vuole essere la testimonianza visibile della gratitudine e del riconoscimento per l'amicizia e per gli insegnamenti che Salvatore Prisco ci ha voluto donare negli anni della sua lunga e intensa vita accademica, e che continua instancabilmente a donarci ogni giorno.

A nome di tutti i curatori,
Fulvia Abbondante

Leandra Abbruzzo[*]

LE (POSSIBILI) RIPERCUSSIONI DELL'AUTONOMIA DIFFERENZIATA SUI SISTEMI SANITARI REGIONALI

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. Le criticità emerse durante la pandemia e la legge n. 86/2024. – 3. Le richieste di differenziazione in ambito sanitario: quali rischi? – 4. Le conseguenze finanziarie dell'autonomia differenziata in materia di tutela della salute. – 5. Riflessioni conclusive.

1. *Cenni introduttivi*

Come noto, l'impegno nella tutela dei diritti sociali e, tra essi, del diritto alla salute[1], rappresenta «il fondamento di diritti e posizioni giuridiche esigibili per la persona»[2] e uno dei principi cardini che la Repubblica ha inteso promuovere.

Nel dibattito avutosi in Assemblea costituente in merito alla formulazione dell'art. 32 Cost. non si scelse un determinato modello organizzativo, pur trasparendo una propensione verso quello universalistico, maggiormente adatto a raggiungere gli obiettivi di valorizzazione dell'individuo[3] e quindi a rimuovere

[*] Dottore di ricerca in "Il diritto dei servizi nell'ordinamento italiano ed europeo", Università degli studi di Napoli Parthenope, leandra.abbruzzo@collaboratore.uniparthenope.it.

[1] In merito la letteratura è amplissima. Si vedano, tra gli altri, M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1983, n. 1; R. FERRARA, *Salute (diritto alla),* in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIII, Torino, 1997; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002; R. BALDUZZI, D. SERVETTI*, La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio Sanitario Nazionale*, in R. Balduzzi, G. Carpani (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013; A. PAPA, *La tutela della salute nello spazio europeo: opportunità o illusione*, in *Federalismi.it*, 2018, num. spec. 4. Per una riflessione sui diritti durante l'emergenza sanitaria si veda F. ABBONDANTE, S. PRISCO, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 1.

[2] L. BUSATTA, *Potenzialità e aspetti critici del nuovo volto della sanità territoriale, tra esigenze di uniformità e difficoltà attuative*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 26, 19. T. ANDREANI, *Il Servizio sanitario nazionale, tra storia e attualità: riflessioni intorno alla gestazione e alle prospettive di attuazione della riforma della sanità territoriale*, in *BioLaw Journal*, 2023, n. 1.

[3] L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018, 11 ss. Si rinvia anche a A. PITINO, *Il conseguimento di "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" nella materia "tutela della salute"*, in *www.gruppodipisa.it*, 2023, 6.

le numerose diseguaglianze presenti nella società italiana. Nel corso del tempo si sono succeduti diversi modelli, cominciando dalla legge n. 833/1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, fino ai quattro interventi normativi adottati tra il 1992 e il 2012, che tuttavia non hanno colmato questi divari.

Tali differenze, a distanza di 77 anni, permangono ancora e si sono anche accentuate in virtù della crisi[4] di cui hanno risentito tutte le Regioni. Come si vedrà *infra*, le richieste di maggiore autonomia avanzate da alcune Regioni *ex* art. 116, co. 3, Cost. hanno riacceso il dibattito inerente al regionalismo differenziato[5], di cui preoccupano le conseguenze sui diritti sociali[6], in particolare sul diritto alla salute. Quest'ultimo, infatti, è il diritto sociale maggiormente decentrato: pur finanziando lo Stato il fondo sanitario nazionale, sono le Regioni a strutturare i sistemi di cura, determinando negli anni una molteplicità di modelli di organizzazione sanitari regionali[7] e creando, secondo parte della dottrina, un c.d. federalismo sanitario[8].

[4] S. Mangiameli, *Appunti a margine dell'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2017, n. 4, 662, si concentra sugli effetti della crisi economica sul regionalismo.

[5] Si vedano, *ex plurimis*, S. Prisco, F. Abbondante, *I nodi problematici nel processo di attuazione dell'autonomia regionale differenziata, tra questioni giuridiche e obiettivi politico-economici.* in *Consulta Online*, vol. *Liber Amicorum Pasquale Costanzo*, 2019, 1-11; P. Bilancia, *Regionalismo differenziato: opportunità e criticità*, in P. Bilancia (a cura di), *Regionalismo differenziato: un percorso difficile*, Atti del convegno "Regionalismo differenziato; opportunità e criticità" (Milano, 8 ottobre 2019), Torino, 2019, 9-15; Id, *Lo stato attuale del regionalismo italiano tra scarne prospettive di autonomia differenziata e potenziamento della leale cooperazione*, in C. Bertolino, T. Cerruti, M. Orofino, A. Poggi (a cura di), *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, Napoli, 2020, 37-62; A. Napolitano, *L'irrinunciabile funzione del Parlamento per una equilibrata e funzionale attuazione del procedimento di autonomia differenziata*, in *Italian papers on federalism*, 2023, n. 2; A. Poggi, *Il regionalismo differenziato nella "forma" del d.d.l. Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, in *Federalismi.it*, 2024, n. 3. A tal proposito parte della dottrina parla di secessione (G. Viesti, *Verso la secessione dei ricchi? Autonomie regionali e unità nazionale*, Roma-Bari, 2019), smentita da un'altra corrente di pensiero (E. Balboni, *Per scongiurare la "secessione dei ricchi" basterebbe la buona amministrazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 febbraio 2019).

[6] Si rimanda in merito a E. Catelani, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116 comma 3 Cost: profili procedimentali di dubbia legittimità e possibile violazione dei diritti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, n. 2.

[7] In proposito si vedano R. Manfrellotti, *Profili dell'organizzazione sanitaria tra centralismo e regionalizzazione: prospettive di riforma* (in collaborazione con M. Plutino), in L. Chieffi (a cura di) *Il diritto alla salute alle soglie del Terzo Millennio*, Torino, 2003, 95-119; A. Petretto, *Modelli economici di organizzazione sanitaria e finanziamento*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M. C. Grisolia (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011.

[8] F. Angelini, *Autonomia differenziata e tutela della salute: autonomia competitiva dei sistemi sanitari regionali vs universalismo solidale del sistema sanitario*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 15.

Nelle pagine che seguono si esamineranno le criticità delle richieste di differenziazione nella materia della tutela della salute per valutarne l'impatto sul Servizio sanitario nazionale, cornice comune entro cui operano i sistemi sanitari regionali, responsabili dell'organizzazione e dell'erogazione di servizi e prestazioni sanitarie.

2. *Le criticità emerse durante la pandemia e la legge n. 86/2024*

Il riavvio delle richieste di differenziazione territoriale giunge, com'è noto, al termine di un periodo pandemico durante il quale è emersa la necessità «di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività»[9].

Nel tempo si è registrato un progressivo indebolimento del riparto di competenza regionale in materia di tutela della salute, avallato anche dalla giurisprudenza costituzionale[10]. La "pervasività" statale[11] è stata confermata durante la pandemia da Covid-19, essendo l'organizzazione sanitaria italiana impreparata a fronteggiare l'emergenza epidemiologica, anche a causa di anni di politiche di contenimento della spesa pubblica, che hanno sempre di più tagliato le risorse a disposizione della sanità.

Il Covid ha mostrato «alcune problematiche striscianti che affliggono – da ben prima che esplodesse l'emergenza virale – l'assetto dei rapporti Stato-Regioni»[12]: anche antecedentemente parte della dottrina sottolineava che «la determinazione dei livelli essenziali richiama con immediatezza il principio di uguaglianza letto in versione territoriale, per assicurare l'effettivo esercizio del diritto alla salute»[13]. La pandemia ha raggiunto in poco tempo le Regioni[14] che non avevano grandi disponibilità di posti letto e terapie intensive determinan-

[9] Corte cost., sent. n. 37/2021, Considerato in diritto, n. 7.1.

[10] A titolo esemplificativo cfr. Corte cost., sentt. nn. 361/2003, 270/2005, 59/2006 e 63/2006. Cfr. C. Tubertini, *La giurisprudenza costituzionale in materia di tutela della salute di fronte alla nuova delimitazione delle competenze statali e regionali*, in *Astrid online*, 2005, 24.

[11] Si rimanda sul punto a A. Lupo, *La tutela del bene salute tra uniformità e differenziazione: spunti di riflessione per il futuro*, in *Diritti Regionali*, 2023, n. 2, 492 ss.; C. Pinelli, *Cinquant'anni di regionalismo, fra libertà dallo Stato e culto per l'uniformità*, in *Dir. pubbl.*, 2020, n. 3, 761 e S. Mangiameli, *La differenziazione nel panorama attuale*, in S. Mangiameli, A. Filippetti, F. Tuzi, C. Cipolloni, *Prima che il Nord somigli al Sud. Le Regioni tra divario e asimmetria*, 2020, 88 ss.

[12] L. Dell'Atti, *Tutela della salute e modelli differenziati di governance. Il regionalismo sanitario nella dialettica fra unità e autonomia*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 3.

[13] I.A. Nicotra, *Le Regioni tra uniformità e differenze: autonomia responsabile o egoismi dei territori?,* in *Diritti regionali*, 2019, n. 1, 13.

[14] Si veda M. Casula, A. Terlizzi, F. Toth, *I servizi sanitari regionali alla prova del Covid-19*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 2020, 330.

do il fenomeno della c.d. sanità sospesa e aggravando l'incapacità del SSN di rispondere alla domanda di pazienti "non Covid"[15].

Durante la pandemia, essendosi resa manifesta la necessità di un cambiamento[16], è ripreso il dibattito inerente al c.d. regionalismo differenziato anche a seguito pubblicazione della legge n. 86/2024 recante «Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione»[17], in cui si prevede la possibilità di richiedere maggiore autonomia in 23 materie, di cui 20 sono quelle riportate nell'art. 117, co. 3, Cost., tra cui rientra anche la tutela della salute.

Tale legge ha subordinato l'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia alle Regioni richiedenti alla pregiudiziale e preventiva determinazione dei LEP, livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, costituenti la soglia costituzionalmente fondamentale per favorire un'equa allocazione delle risorse così da eliminare i divari territoriali.

Per quanto riguarda la definizione dei LEP in materia di tutela della salute è opportuno riportare quanto specificato nella relazione illustrativa del d.d.l., secondo cui «resta fermo il quadro normativo relativo ai livelli essenziali di assistenza (LEA)», definiti dapprima con il D.P.C.M. del 29 novembre 2001 e nuovamente con il D.P.C.M. del 12 gennaio 2017[18].

Al fine di controllare maggiormente la spesa sanitaria, la determinazione del fabbisogno standard annuale per finanziare i LEA è stata affidata alla negoziazione Stato-Regioni e alle intese concluse nell'ambito dei c.d. patti per la

[15] Su questi aspetti si vedano S. Neri, *Quando i nodi vengono al pettine. La sanità italiana nella pandemia*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2020, n. 2, 231-237; M. R. Della Porta, *L'Italia e il fenomeno della sanità sospesa nell'anno della pandemia*, 22 aprile 2021 e il XIX Rapporto nazionale sulle politiche della cronicità, *La cura che (ancora) non c'è*, di Cittadinanzattiva, 13 dicembre 2021, 61.

[16] G. Falcon, *Dall'emergenza Covid, pensando al futuro del sistema sanitario*, in *Le Regioni*, 2020, 453-456; G. Vicarelli, G. Giarelli (a cura di), *Libro Bianco. Il Servizio Sanitario Nazionale e la pandemia da Covid-19. Problemi e proposte*, Milano, 2021.

[17] In seguito ai ricorsi proposti da alcune Regioni e alla richiesta di referendum abrogativo, la Corte costituzionale si è espressa su tale legge rispettivamente con le sentenze nn. 192/2024 e 10/2025.

[18] In merito ai LEA si è espressa anche la Corte costituzionale. Si vedano le sentenze nn. 387/2007, 168/2008 e 50/2008. La determinazione dei livelli essenziali di assistenza sanitaria si impone ugualmente alle Regioni a statuto speciale (e conseguentemente alle Regioni ordinarie "differenziate"). Cfr. M. Cosulich, *Le società regionali "speciali"*, in R. Balduzzi (a cura di) *Diritto alla salute e servizi sanitari tra consolidamento e indebolimento*, Bologna, 2017, 49 ss.; R. Balduzzi, D. Paris, *La specialità che c'è ma non si vede. La sanità nelle Regioni a Statuto speciale*, in *Corti Supreme e Salute*, 2018, n. 1, 171; D. Morana, *Una differenza davvero necessaria? qualche osservazione (e molte perplessità) su LEA, organizzazione sanitaria e tutela della salute nell'ottica dell'art. 116 u.c. Cost.*, in *Corti Supreme e Salute*, 2020, n. 1, 246-247. Si vedano anche Corte cost., sentt. nn. 187/2012, 79/2018.

salute, sovente rimodulati per esigenze di contenimento della spesa. La complicata definizione del costo delle prestazioni ha frenato l'adozione dei LEA, il cui aggiornamento, che avrebbe dovuto aversi ogni tre anni[19], invece, è stato approvato, come accennato *supra*, solo nel febbraio 2017.

3. *Le richieste di differenziazione in ambito sanitario: quali rischi?*

Per ciò che concerne il diritto alla salute, quando Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna avviarono procedimenti *ex* art. 116, co. 3 Cost. si temeva che le richieste potessero comportare la devoluzione di un'intera materia alle Regioni. Tale ipotesi suscitava perplessità considerato che una legge rinforzata avrebbe derogato il riparto di competenze previsto dall'art. 117 Cost., attraverso una procedura differente da quella descritta sia dall'art. 116, co. 1, Cost. per le Regioni a statuto speciale che dall'art. 138 Cost.[20].

L'art. 1, co. 2, della legge n. 86/2024 sembra evitare la possibilità di una devoluzione "per materia" riferendosi espressamente all'«attribuzione di funzioni relative alle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia di cui all'articolo 116, terzo comma, della Costituzione».

Com'è stato sottolineato, tuttavia, l'art. 11[21] imprime un'accelerazione preoccupante per gli effetti che ne deriverebbero per i principi fondamentali in materia sanitaria: la dottrina, infatti, si è interrogata se, essendo già definiti i LEA, vi possa essere un'attuazione più rapida rispetto alla tutela della salute «che, ad esempio, potrebbe essere stralciata dalle intese del 2018-19 e proseguire in modo autonomo il suo percorso di approvazione, riproponendo gli stessi contenuti già allora previsti»[22].

[19] Così l'art. 1, co. 9 e 10 del d.lgs. n. 502/1992.

[20] Per R. Calvano, *Il Monstrum del regionalismo differenziato e le sue vittime*, in *LaCostituzione.info*, 26 aprile 2023, l'art. 116, co. 3 Cost. comporta una decostituzionalizzazione del riparto di competenze tra Stato e Regioni. Sul punto autorevole dottrina (S. Staiano, *Note per l'audizione innanzi al Gruppo di lavoro sul regionalismo differenziato*, 4 giugno 2021) aveva ritenuto che, non essendo trasferibili le "materie", sono trasferibili le funzioni a esse riconducibili. Si veda in proposito la sentenza della Corte costituzionale n. 303/2003.

[21] Tale articolo sancisce che «gli atti di iniziativa delle Regioni già presentati al Governo, di cui sia stato avviato il confronto congiunto tra il Governo e la Regione interessata prima della data di entrata in vigore della presente legge, sono esaminati secondo quanto previsto dalle pertinenti disposizioni della presente legge».

[22] Alla sottoscrizione il 28 febbraio 2018 di tre accordi preliminari tra il Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei Ministri con delega agli Affari regionali e le Autonomie ed Emilia-Romagna, Lombardia, Veneto, ha fatto seguito la redazione delle bozze d'intesa con il Governo Conte I. A. Pitino, *op. cit.*, 24. S. Staiano, *Nota per la Commissione Affari costituzionali della Camera Audizione del 12 marzo 2024*, 2024, spiega che «Con quella vicenda del 2018 va segnata oggi una cesura netta, rendendosi perciò anzitutto altamente opportuno, se non

Considerato che l'art. 11 prevede la possibilità di proseguire il confronto tra Governo e Regioni sulla base delle bozze di intesa già stipulate, giova ricordare le richieste di differenziazione avanzate in ambito sanitario.

Secondo parte della dottrina non destano particolari preoccupazioni le richieste di autonomia concernenti l'organizzazione dei servizi ospedalieri e territoriali e la realizzazione degli interventi sul patrimonio edilizio e tecnologico del Servizio Sanitario Regionale[23], ma altre forme di autonomia rischiano di aumentare le diseguaglianze regionali.

Nelle bozze di intesa stipulate, nello specifico, Lombardia, Veneto ed Emilia – Romagna mirano a ottenere le competenze circa la definizione dell'assetto istituzionale del sistema sociosanitario regionale e dei relativi profili organizzativi[24] e le modalità organizzative di erogazione dei servizi ospedalieri e territoriali[25].

Molte perplessità destano le richieste di forme integrative di finanziamento dei SSR «con un'equa contribuzione da parte degli assistiti» finalizzate a «ottimizzare l'efficienza in termini di garanzia di accesso alle cure per gli iscritti e in termini di effettiva integrazione delle prestazioni previste dai livelli essenziali di assistenza» attraverso l'istituzione di fondi sanitari integrativi[26]. Se queste istanze venissero accolte, le Regioni potrebbero introdurre fondi sanitari sostitutivi ovvero comprensivi di prestazioni incluse nei LEA ed extra-LEA. Parte della dottrina ha sottolineato in proposito come «devolvere a singole Regioni la facoltà di derogare al sistema costruito dalla legge n. 833 del 1978» potrebbe «comportare la destrutturazione del Servizio sanitario nazionale e l'aumento delle diseguaglianze e delle iniquità, senza che siano chiaramente percepibili i vantaggi in termini di tutela della salute e garanzia dei LEA»[27].

necessario (…) un emendamento sostitutivo dell'art. 11, c. 1, ddl n. 615 (…) – norma transitoria richiamante quelle vecchie intese, in modo da stabilire espressamente che, con l'entrata in vigore della legge, cessi l'efficacia degli accordi preliminari stipulati con le Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna». Sul contenuto degli accordi preliminari si rinvia a G. Piccirilli, *Gli "Accordi preliminari" per la differenziazione regionale. Primi spunti sulla procedura da seguire per l'attuazione dell'art. 116, terzo comma*, *Cost*., in *Diritti regionali*, 2018, n. 2.

[23] L. Chieffi, *La tutela del diritto alla salute tra prospettive di regionalismo differenziato e persistenti divari territoriali*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, 2020, n. 1, 9.

[24] Art. 25, lett. a), bozza Lombardia; art. 29, lett. a), bozza Veneto. Sul punto G. Fares, *Regionalismo differenziato, analisi delle funzioni, ed equilibri di sistema: le possibili ricadute sull'ordinamento farmaceutico*, in *Diritti Regionali*, 2020, n. 1, 28 ss.; R. Balduzzi, D. Servetti, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 2.

[25] Art. 25, lett. b), bozza Lombardia; art. 29, lett. b), bozza Veneto; art. 35, lett. d), bozza Emilia-Romagna.

[26] Art. 25, lett. l), bozza Lombardia; art. 29, lett. l), bozza Veneto; art. 35, lett. f), bozza Emilia-Romagna.

[27] R. Balduzzi, D. Servetti, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, cit., 12.

Le Regioni Veneto e Lombardia hanno richiesto la possibilità di destinare in sede di contrattazione collettiva integrativa risorse aggiuntive regionali per «incentivare e valorizzare le professionalità del servizio sanitario regionale» nonché di prevedere incentivi e misure di sostegno per il personale che lavora in sedi disagiate[28]. Tali richieste, tuttavia, sono probabili fonti di discriminazioni[29] in contrasto con gli artt. 3, 36 e 98 Cost.[30] poiché si inciderebbe sulla «contrattazione collettiva nazionale in materia di personale sanitario e rapporto convenzionale»[31], determinando una diversità di trattamento del personale sanitario tra le diverse Regioni.

Entrambe queste due Regioni chiedono, altresì, le competenze sull'attività libero – professionale dei dirigenti medici e sanitari del SSR[32]. La disciplina dell'attività libero – professionale dei medici, però, condiziona molteplici posizioni giuridiche soggettive (come il diritto alla salute e l'iniziativa economica privata) che non possono essere differenziate. L'attuazione di tale disposizione condurrebbe a una disparità tra medici che prestano servizio in Regioni diverse al punto che potrebbe incrementare l'inclinazione del personale sanitario a spostarsi da una Regione all'altra oppure a eseguire attività libero professionale in un territorio regionale più vantaggioso per quanto concerne l'autonomia professionale[33].

Attraverso queste competenze si inciderebbe su materie esclusive dello Stato.

Tutte e tre le Regioni, invece, avanzano le richieste in merito alla consistenza del personale dipendente[34], all'impiego del personale medico abilitato ma non specializzato per esigenze temporanee e per evitare il rischio dell'interruzione di pubblico servizio[35], nonché all'ampliamento della rete formativa delle specializzazioni mediche e sanitarie «previa stipula di specifiche intese con le università interessate» e alla possibilità di assegnare con risorse proprie specifici contratti di specializzazione-lavoro a laureati in medicina e chirurgia[36].

[28] Art. 25, lett. e), bozza Lombardia; art. 29, lett. e), bozza Veneto.

[29] L. Chieffi, *op. cit.*, 7 ss.; E. Catelani, *op. cit.*, 8 ss.

[30] V. P. Grossi, *La perdurante attualità del regionalismo differenziato. Un'analisi dei contenuti delle 'bozze d'intesa'*, in *Diritti Regionali*, 2021, n. 2, 377.

[31] R. Balduzzi, D. Servetti, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, cit., 11, richiamano la sentenza 186/2016.

[32] Art. 25, lett. d), bozza Lombardia; art. 29, lett. d), bozza Veneto.

[33] E. Catelani, *op. cit.*, 8.

[34] Art. 25, lett. c), bozza Lombardia; art. 29, lett. c), bozza Veneto; art. 35, lett. a), bozza Emilia-Romagna.

[35] Art. 25, lett. f), bozza Lombardia; art. 29, lett. f), bozza Veneto; art. 35, lett. g), bozza Emilia-Romagna.

[36] Art. 25, lett. g), bozza Lombardia; art. 29, lett. g), bozza Veneto; art. 35, lett. b), bozza Emilia-Romagna.

Maggiore autonomia in questi ambiti avrebbe, quindi, ripercussioni negative sulla parità di accesso alla professione sanitaria: trattasi, com'è noto, di un settore regolamentato dalla normativa europea e nazionale[37] in cui l'introduzione di una disciplina differenziata sull'inserimento sarebbe suscettibile di incidere negativamente sulla formazione degli stessi medici specializzandi e ne ipotizzerebbe lo spostamento repentino dal sistema universitario a quello nel servizio sanitario regionale. In tal modo, tuttavia, si pregiudicherebbe anche la modalità di selezione dei medici specializzandi rischiando di incorrere nella "discrezionalità" delle scuole di specializzazione e nella conseguente violazione del principio di eguaglianza *ex* art. 3 Cost.: essendo un settore profondamente delicato perché occorre decidere in merito alla possibile equiparazione tra medici giovani e quelli che hanno terminato la propria formazione, la dottrina ha sollevato perplessità circa la competenza dei medici specializzandi di svolgere attività di rilevante complessità[38]. In questa richiesta sembra celarsi un aspetto finanziario ovvero la riduzione dei costi poiché, qualificando i medici specializzandi come dipendenti del servizio sanitario regionale, si trasferiscono risorse di attività sanitaria su medici in formazione e non strutturati[39].

Sulla base di queste brevi considerazioni tali nuove forme di autonomia, dunque, toccando «direttamente o indirettamente il perimetro dei LEA», potrebbero innescare una «dinamica complessa di *political economy*» ovvero incoraggiare l'emersione di «visioni differenti sul confine tra livelli essenziali finanziati direttamente dalle risorse pubbliche (il pilastro centrale) e prestazioni coperte dalle risorse predisposte tramite i fondi destinatari anche di incentivazioni pubbliche (il pilastro aggiuntivo)»[40].

4. *Le conseguenze finanziarie dell'autonomia differenziata in materia di tutela della salute*

Le rivendicazioni di maggiore autonomia rappresentano probabilmente una reazione alle politiche sanitarie regionali e sottintendono la richiesta del riconoscimento di autonomia economico-finanziaria[41]. Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna hanno avanzato richieste *ex* art. 116, co. 3, Cost., infatti, per

[37] Legge 8 novembre 2013, n. 128, recante «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 settembre 2013, n. 104, recante misure urgenti in materia di istruzione, università e ricerca».

[38] E. Catelani, *op. cit.,* 7.

[39] Si vedano le considerazioni di F. Angelini, *op. cit*., 20 e N. Salerno, *Brevi commenti su sanità e federalismo differenziato*, in *Astrid Rassegna*, 2019, n. 5, 4 ss.

[40] N. Salerno, *op. cit.*,4.

[41] Cfr. C. Pinelli, *La revisione costituzionale del 2001 e le sue ricadute in campo sanitario*, in *Corti supreme e salute*, 2018, n. 3, 4.

rifuggire dalla nuova centralizzazione delle politiche di finanza pubblica dovute alla crisi economica[42] e per realizzare il c.d. 'federalismo sanitario'[43].

Permane tuttavia la perplessità che ciò possa incrementare differenziazioni già presenti tra i vari sistemi sanitari regionali, creati per soddisfare le esigenze del proprio territorio. Al riguardo giova sottolineare che le Regioni in condizioni di equilibrio economico finanziario possono decidere di estendere l'assistenza garantita ai propri cittadini residenti destinando risorse proprie ai «livelli ulteriori» rispetto ai LEA, differentemente invece dalle Regioni che, trovandosi in condizioni di disavanzo strutturale, hanno sottoscritto un piano di rientro[44] dal deficit, incidenti sui SSR[45], sulle singole prestazioni[46] e sulle forme organizzative e di gestione dei servizi. Nel 2021, infatti, sette Regioni non sono riuscite a garantire pienamente le cure essenziali, pur risultando quest'ultimo un dato in miglioramento rispetto al 2020 quando le insufficienze erano presenti in dieci Regioni. La tutela della salute rappresenta, difatti, una cartina di tornasole poiché nonostante il monitoraggio dei LEA, dei piani di rientro e commissariamenti per migliorare i bilanci regionali, talvolta il *gap* tra Nord – Sud è peggiorato per alcuni indicatori[47].

Partendo da questo presupposto, non si può trascurare un fattore: se tre tra le Regioni più ricche conquistassero maggiori quote del gettito di imposte nazionali prodotto sul proprio territorio[48], si limiterebbe la capacità perequativa tra territori, determinando minor ricavo a carico delle Regioni più povere[49].

[42] In tal senso anche R. Balduzzi, D. Servetti, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, cit., 13 e F. Gallo, *I limiti del regionalismo differenziato*, in *Astrid Rassegna*, 2019, n. 9, 1.

[43] Cfr. N. Cartabellotta, *Così il «regionalismo differenziato» mette a rischio l'universalismo del Ssn*, in *www.sanita24.ilsole24ore.it*, 28 settembre 2018.

[44] La Corte costituzionale ha osservato che «l'assoggettamento ai vincoli dei piani di rientro dal disavanzo sanitario impedisce di incrementare la spesa sanitaria per motivi non inerenti alla garanzia delle prestazioni essenziali e per spese, dunque, non obbligatorie» secondo quanto previsto dall'art. 1, co. 174, l. n. 311/2004 (sentt. nn. 161/2022 e 242/2022).

[45] Cfr. I. Ciolli, *La salute come diritto in movimento. Eguaglianza, universalismo ed equità nel sistema sanitario nazionale*, in *BioLaw Journal*, 2019, n. 2.

[46] In tema si veda M. Belletti, *Le Regioni «figlie di un Dio minore». L'impossibilità per le Regioni sottoposte a Piano di rientro di implementare i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2013, 1078 ss.

[47] Corte dei Conti. *Referto al Parlamento sulla gestione finanziaria dei Servizi Sanitari Regionali. Esercizi 2020-2021*, consultabile al sito *www.corteconti.it*.

[48] Cfr. L. Benci, *Tutela della salute e regionalismo differenziato: i limiti costituzionali e i poteri del Parlamento*, in *Quotidiano Sanità*, 3 marzo 2019, 3, che avanza il pericolo di uscita dal fondo sanitario e dalle sue perequazioni delle Regioni interessate all'autonomia differenziata.

[49] Cfr. G. Viesti, *Autonomie regionali differenziate e spese per l'istruzione scolastica. Ovvero: Robin Hood al contrario*, in *Menabò di etica ed economia*, 2019, n. 102, 1 ss.

L'art. 5, co. 2, della legge n. 86/2024 stabilisce, infatti, un collegamento tra le risorse finanziarie da attribuire alle Regioni richiedenti ed il gettito di uno o più tributi erariali maturato nel territorio regionale, la cui quota spettante a ciascun ente regionale è stabilita, come noto, sulla base della media dei consumi finali delle famiglie rilevati dall'Istat. Essendo quindi le compartecipazioni determinate in virtù della spesa che le Regioni devono sostenere, i cittadini di una Regione che produce maggior reddito, e quindi maggiore gettito fiscale, potrebbero avvalersi di servizi migliori perché meglio finanziati[50].

Questa ipotesi viola quanto previsto non solo nell'art. 119 Cost., ma anche nell'art. 2, co. 2, lett. bb) e cc), della legge delega in materia di federalismo fiscale[51]. La rilevante sperequazione del gettito *pro capite* tra le Regioni potrebbe accentuare, ad esempio, la c.d. mobilità sanitaria interregionale[52] poiché, in seguito a una rimodulazione delle tariffe delle prestazioni per i non residenti, si attirerebbero cittadini non residenti più ricchi.

In questo contesto diventerebbe (ancora più) complicato per le Regioni meridionali adempiere alle esigenze che il Ministero deve certificare mediante un sistema di 88 indicatori, di cui 22 definiti "CORE" ovvero decisivi per la valutazione degli enti territoriali. In particolare, la Campania, presentando un'età media inferiore rispetto alle Regioni del Nord, riceve meno finanziamenti del riparto regionale dei fondi per la sanità e questo perché essi vengono calcolati sulla base della popolazione pesata che utilizza criteri anagrafici[53]. Nella Regione campana, inoltre, si registra una più elevata percentuale di malati cronici ed oncologici ad alto impatto economico e un'aspettativa di vita di circa due anni in meno rispetto a quelle del Nord. Configurandosi, dunque, come una Regione "più giovane", la Campania riceve circa 250-300 milioni di euro in meno rispetto alla media nazionale.

[50] In questo senso G. Viesti, *Le grandi criticità delle richieste di autonomia regionale differenziata*, in *Economia e società regionale*, 2019, n. 3, 40. Sul punto anche A. Patroni Griffi, *Regionalismo differenziato e coesione territoriale*, in *Regionalismo differenziato: un percorso difficile*, cit., 19 ss.; G. Rivosecchi, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 3, 288.

[51] Su questi aspetti si veda S. Villani, *Regionalismo fiscale differenziato. I privilegi dell'autonomia e i problemi del Mezzogiorno*, in *Rivista economica del Mezzogiorno*, 2019, n. 3-4, 969 ss.

[52] Cfr. C. Pinelli, *La revisione costituzionale del 2001 e le sue ricadute in campo sanitario*, cit., 5.

[53] Il 98,5% delle risorse disponibili vengono ripartite sulla base della popolazione residente e della frequenza dei consumi sanitari per età; lo 0,75% in base al tasso di mortalità della popolazione con età inferiore a 75 anni; lo 0,75% in base al dato complessivo risultante dagli indicatori utilizzati per definire particolari situazioni territoriali che impattano sui bisogni sanitari.

Com'è palese, vi è quindi spinta finanziaria nei *claim* autonomisti di alcune Regioni[54] e nelle richieste di autonomia differenziata, in particolare di quella inerente alla tutela della salute[55]. L'attribuzione delle richieste di autonomia da parte delle Regioni con le migliori *performance* sanitarie incrementerà tale discrasia[56] e comporterà sicuramente ripercussioni[57] sulla tutela dei livelli delle prestazioni delle altre Regioni[58] pregiudicando ancora di più la capacità competitiva delle Regioni già sottofinanziate[59].

Politiche regionali finalizzate a trattenere il gettito fiscale di un territorio *in loco* violerebbero dunque l'art. 3 Cost., comportando discriminazioni fra cittadini fondate sulla residenza e sul reddito[60], e 53 Cost.[61], poiché il rinvio al dovere di contribuzione alle spese pubbliche si riferisce a tutto lo Stato comunità[62] e non a una sua porzione.

Il finanziamento del diritto alla salute è inevitabilmente collegato anche al principio di unità di *ex* art. 5 Cost. Se l'autonomia riconosciuta in questa disposizione costituzionale rinviene i propri limiti nella necessità di garantire l'uniformità dei diritti, l'attuazione di un regionalismo differenziato privo di vincoli statali rischia «un divario non più colmabile e a quel punto l'unità dello Stato ne uscirebbe fortemente compromessa»[63].

[54] Sul trattenimento del gettito fiscale e dei referendum consultivi del 2017 della Lombardia e del Veneto cfr. A. Morrone, *Populismo referendario. La strada impervia della secessione all'italiana*, in *Federalismi.it*, 2017, n. 20, 4 ss. Sul movente fiscale nelle richieste autonomiste si rinvia a L. Dell'atti, *Crisi economiche e Stato regionale. Considerazioni sul rapporto fra democrazia diretta e paradigma territoriale nell'ordinamento italiano, anche alla luce di alcune esperienze europee*, in *Ianus*, 2019, n. 20.

[55] N. Salerno, *op. cit.*, 2-3.

[56] Report Osservatorio GIMBE, n. 1, 2023, *Il regionalismo differenziato in sanità*, 16.

[57] Così A. M. Russo, *Il regionalismo italiano nel vortice autonomistico della differenziazione: l'asimmetria sperimentale tra integrazione e conflitti*, in *Istituzioni del federalismo*, 2018, n. 2, 338.

[58] N. Salerno, *op. cit*., 2-3.

[59] Su questi aspetti M. Cappiello, *L'impatto dell'autonomia differenziata sulla sanità campana*, in *Quotidiano Sanità*, 2 febbraio 2024; A. Zanardi, *Alcune osservazioni sui profili finanziari delle bozze di intesa sull'autonomia differenziata*, in *Astrid Rassegna*, 2019, n. 5.

[60] A. Papa, *Regionalismo differenziato e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Regionalismo differenziato: un percorso difficile*, Milano, 8 ottobre 2019, 69.

[61] A. Giannola, G. Stornaiuolo, *Un'analisi delle proposte avanzate sul federalismo differenziato*, in *Rivista economica del Mezzogiorno*, 2018, nn. 1-2, 18-19.

[62] Cfr. A. Fedele, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, 2005, 22 e M. Luciani, *Costituzione, tributi e mercato*, in *Rassegna tributaria*, 2012, 839.

[63] I. Ciolli, *op. cit.*, 22-23. Nello stesso senso L. Ronchetti, *Unità e indivisibilità della Repubblica: la sovranità popolare e l'interdipendenza nel nome della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, n. 1, 16 ss.; E. Catelani, *La tutela dei diritti sociali fra Europa, Stato e Autonomie locali. I rischi della differenziazione*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 7, 29 ss. *Contra*, A. M. Russo, *op. cit.*, 387.

5. *Riflessioni conclusive*

Considerata l'asimmetria tra le Regioni, l'attuazione del regionalismo differenziato in materia di tutela della salute è suscettibile di rimarcare ancora di più una differenziazione già evidente tra SSR. Le Regioni, infatti, già godono di un'ampia libertà nell'organizzazione del proprio SSR al punto che si sono delineati "modelli sanitari regionali"[64], ragion per cui far rientrare la tutela della salute tra le materie su cui è possibile avanzare richieste di maggiore autonomia non sembra una scelta opportuna.

Nella materia sanitaria, infatti, è ancora più evidente l'assenza di criteri e limiti della differenziazione[65] e sembra quindi necessaria l'individuazione di principi inderogabili da parte della Regione richiedente al fine di evitare incoerenza fra la pretesa di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia e le motivazioni della stessa.

Una differenziazione in ambito sanitario è desiderabile solo se «funzionale a un miglior soddisfacimento dei diritti delle persone, senza comportare irragionevoli disparità di trattamento»[66], ma alle condizioni attuali ciò non appare possibile poiché già in passato il divario nelle prestazioni sanitarie tra SSR del Nord e del Sud era stato ritenuto «al di là di limiti coerenti e compatibili con il principio di uguaglianza»[67].

Per la parte che qui rileva non si può non considerare che è già implicita una forma di differenziazione essendo previsto che le Regioni possano rendere prestazioni aggiuntive rispetto a quelle individuate dallo Stato, «impiegando risorse ulteriori nell'ambito della loro competenza ex art. 117, co. 3, ma anche grazie ad una migliore organizzazione amministrativa»[68].

Come si evince chiaramente, inoltre, l'art. 116, co. 3, Cost[69]. collega le «ul-

[64] E. Griglio, *L'organizzazione istituzionale per la tutela della salute in ambito regionale*, in R. Balduzzi, G. Carpani (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, cit., 219, ha evidenziato come l'«ampiezza dell'autonomia istituzionale e organizzativa riconosciuta alle Regioni» abbia determinato «tante organizzazioni istituzionali per la salute quante sono le Regioni». Ogni Regione, difatti, può partecipare attivamente alla determinazione dell'organizzazione del Servizio sanitario regionale. Così R. Balduzzi, D. Servetti, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, cit., 9.

[65] Su questi aspetti R. Balduzzi, D. Servetti, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, cit., 14.

[66] A. Morelli, *Quale futuro per il regionalismo italiano?,* in *Le Regioni*, 2021, n. 1-2, 162.

[67] P. De Ioanna, R. Fantozzi, *"Vincoli ciechi": i tagli alla spesa e il diritto alla salute*, in *Menabò di etica ed economia*, 2015, n. 19, 1.

[68] G. Corso, *Asimmetria, efficienza amministrativa e solidarietà*, in G. Armao, F. Astone, M. Immordino, G. Moschella, V. Prudente (a cura di), *Specialità e differenziazione. Le nuove frontiere del regionalismo italiano,* Napoli, 2022, 228.

[69] D. Mone, *L'autonomia differenziata come mezzo di unità statale: la lettura dell'art. 116, comma 3 Cost., conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 1, 333.

teriori forme e condizioni particolari di autonomia» al rispetto dei principi di cui all'art. 119 Cost., e quindi all'esistenza di un federalismo fiscale compiuto[70]: essendo il finanziamento delle politiche sanitarie un elemento imprescindibile per garantire l'effettività del diritto alla salute, la non realizzazione del federalismo fiscale rappresenta un ostacolo ad una differenziazione dei sistemi sanitari regionali.

L'unità di indirizzo sembrerebbe necessaria altresì per evitare il pericolo di rendere le Regioni del Centro-Sud «"clienti" dei servizi prodotti dalle Regioni del Nord»[71]: è stato in merito ritenuto che ulteriori forme di autonomia potrebbero «sovvertire totalmente gli strumenti di *governance* nazionale aumentando le diseguaglianze regionali, proprio in un momento storico in cui la riorganizzazione dei servizi sanitari legata alle risorse del PNRR impone di ridurle»[72].

È opportuno anche operare una riflessione sul processo di razionalismo differenziato e l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza: quest'ultimo, com'è noto, è ispirato a una logica di simmetria, ragion per cui, qualora l'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia concretizzassero la c.d. "clausola di asimmetria"[73], ne conseguirebbe un contrasto con il PNRR[74].

Per evitare che la differenziazione sfoci in frammentazione, sarebbe opportuna[75] preliminarmente una riforma dei criteri di riparto del Fabbisogno Sanitario Nazionale per migliorare l'efficacia redistributiva del sistema fiscale; modificare i meccanismi perequativi al fine di garantire a ogni Regione risorse sufficienti per fornire un livello minimo dei servizi omogeneo e attuare la perequazione infrastrutturale *ex* art. 22 della legge delega in materia di federalismo fiscale per assicurare un «benessere infrastrutturale» coeso e coerente tra le Regioni.

[70] S. Mangiameli, *Errori e mancata attuazione costituzionale. A proposito di regionalismo e regionalismo differenziato*, in *Diritti Regionali*, 2023, n. 1, 24. Si vedano anche A. Poggi, *op. cit.*, VI e F. Manganaro, *Il regionalismo differenziato nell'attuale dibattito parlamentare*, in *Federalismi.it*, *Paper*, 17 aprile 2024, 3.

[71] Report Osservatorio GIMBE, n. 1, 2023, *Il regionalismo differenziato in sanità*, cit., 16-17.

[72] Ivi, 8.

[73] Sul punto si rinvia a A. D'atena, *A proposito della "clausola di asimmetria" (art. 116, u. c. Cost.),* in *Rivista AIC*, 2020, n. 4, 313 ss.

[74] In proposito si veda L. Busatta, *Potenzialità e aspetti critici del nuovo volto della sanità territoriale, tra esigenze di uniformità e difficoltà attuative*, cit. e M. D'Angelosante, *I sistemi sanitari regionali alla prova del regionalismo differenziato*, in *Osservatorio AIC*, 2024, n. 1, 140.

[75] S. Villani, *Le incertezze della ripresa, il Mezzogiorno e la finanza pubblica italiana. Tra questioni irrisolte e riforme incompiute*, in D. Crocco, D. Luongo (a cura di), *Dinamiche statuali nella postmodernità*, Napoli, 2017, 185-226.

Carla Acocella[*]

IL SISTEMA DI *ENFORCEMENT* DELLA DISCIPLINA IN MATERIA DI PUBBLICITÀ POLITICA: LE AUTORITÀ COMPETENTI E LE SANZIONI

SOMMARIO: 1. L'architettura istituzionale del sistema di vigilanza e controllo nel Regolamento sul *political advertising*: interessi pubblici, poteri, autorità competenti. – 1.1. La questione dell'indipendenza delle autorità competenti. – 1.2. Il sistema tripartito delle competenze. – 2. La cooperazione. – 3. I poteri e le sanzioni.

1. *L'architettura istituzionale del sistema di vigilanza e controllo nel Regolamento sul* political advertising*: interessi pubblici, poteri, autorità competenti*

Le disposizioni contenute nel capo IV del Regolamento UE 2024/900 (si tratta degli articoli 20-26), relativo al "controllo ed esecuzione", restituiscono complessivamente il modello di *enforcement* della disciplina in materia di pubblicità politica affidato, da un lato, al monitoraggio dell'osservanza del medesimo regolamento, dall'altro lato, alla previsione di poteri sanzionatori da attivare nel caso di violazione delle prescrizioni dettate dal Regolamento.

La fisionomia dell'assetto istituzionale disegnato dal Regolamento è determinata dalla individuazione delle autorità competenti – compiuta per una parte già in questa sede, sia in relazione alle autorità nazionali (si veda l'art. 22, par. 1, 2 e 3) che in relazione alla Commissione europea alla quale sono conferiti poteri di esecuzione[1], e demandata per il resto, e in misura quali-

[*] Associato di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Napoli Federico II, carla.acocella@unina.it.

[1] Si vedano il considerando 56 e l'art. 11, par. 4 del Reg. 2024/900/UE sulle competenze di esecuzione della Commissione finalizzate all'adozione di atti di determinazione del formato e del modello delle etichette in modo da garantire l'adeguamento «al mezzo utilizzato» e la coerenza con «i più recenti sviluppi tecnologici e di mercato, della pertinente ricerca scientifica e delle migliori pratiche»; il considerando 59 e l'art. 12, par. 7 in relazione alle competenze di esecuzione volte a determinare il formato e le specifiche tecniche degli avvisi di trasparenza; il considerando 64 e l'art. 13, par. 1 con riguardo alla istituzione e gestione, anche indiretta, di un registro europeo dei messaggi di pubblicità politica *online* e alla determinazione di modalità di funzionamento del medesimo; l'art. 26, par. 2 in relazione alla predisposizione di un portale ad uso degli Stati membri per la comunicazione delle date di elezioni, di referendum e di periodi elettorali; al considerando 91 che fa scaturire dalla competenza esclusiva della Commissione sul controllo di conformità al DSA da parte delle piattaforme *online* di dimensioni molto grandi e dei motori di ricerca *online* la necessità di attribuire alla medesima altresì la valutazione della conformità da parte degli stessi attori agli obblighi cui sono sottoposti in relazione al registro

ficante, agli Stati membri in sede di designazione delle autorità nazionali da operare sulla base delle indicazioni dettate dal Regolamento (art. 22, par. 4) – e dall'attribuzione alle autorità dei poteri di *enforcement*[2], nell'ambito dei quali naturalmente assumono peculiare rilievo i poteri sanzionatori. Tra questi due termini si inseriscono poi ulteriori previsioni che contribuiscono alla garanzia del rispetto della disciplina, sostanziandosi: in obblighi a carico dei prestatori di servizi (si veda, a titolo esemplificativo, quello di designazione di un rappresentante legale – art. 21– per i prestatori non stabiliti nell'UE, ma che offrono servizi di pubblicità politica nell'UE) – che irrobustiscono per così dire la *governance* sotto il profilo soggettivo, considerata la necessità – in relazione all'esempio qui considerato – di designare all'interno di ciascuno Stato membro un'autorità competente alla tenuta dei registri presso i quali è chiamato a registrarsi il rappresentante legale designato; o ancora in obblighi di cooperazione che incombono, oltre che sui prestatori di servizi (art. 21, par. 3)[3], principalmente sui soggetti titolari delle competenze individuate, Commissione e autorità nazionali (art. 22, parr. 7, 8 e 9; art. 23), e che si declinano a loro volta in obblighi di segnalazione (art. 23, par. 4 e 5), di informazione (art. 23, par. 3), di comunicazione (art. 23, par. 7), di scambio di informazioni in sede di riunione periodica (art. 22, par. 8); in obblighi di pubblicità (art. 26) gravanti sugli Stati membri, in relazione alle date di elezioni e referendum, e dei rispettivi periodi elettorali – l'adempimento dei quali va riferito alle prescrizioni recate dal Regolamento: «con opportuno riferimento al presente regolamento» – ai quali vanno correlati obblighi imposti alla Commissione europea al fine della predisposizione di un portale, accessibile al pubblico, utile alle comunicazioni rilevanti da parte degli SM; infine, in facoltà riconosciute ai singoli (si veda il diritto di presentazione di un reclamo ai sensi dell'art. 24).

La stretta correlazione tra poteri (e naturalmente autorità destinatarie del relativo conferimento) e interessi pubblici alla cui cura è finalizzata l'attri-

europeo dei messaggi di pubblicità politica *online*; ed infine al considerando 110 nel quale figura una previsione di chiusura in relazione alle funzioni di esecuzione della Commissione: «È opportuno attribuire alla Commissione competenze di esecuzione al fine di garantire condizioni uniformi di esecuzione del presente regolamento, come ivi specificato». Per l'attività della Commissione di elaborazione ed emanazione di orientamenti, ascrivibile alla funzione regolatoria, si rinvia alle considerazioni svolte *infra*.

[2] Sul punto, infatti, si veda già l'art. 22, par. 5 del Reg. 2024/900/UE che elenca una serie di poteri intestati alle autorità competenti designate dagli Stati membri ai sensi del paragrafo precedente.

[3] Tra le disposizioni complessivamente riferite al rappresentante legale, quella recata dal par. 3, dell'art. 21, appare «di chiusura» nel prescrivere l'idoneità, dei poteri e delle risorse intestate al primo, a «garantire una cooperazione efficace e tempestiva con le autorità nazionali competenti» e con la Commissione.

buzione dei primi e funzionalizzato l'esercizio dei medesimi – secondo uno schema binario[4] sulla cui solidità[5] si ritiene di non poter indugiare in questa sede – induce a svolgere qualche preliminare, ancorché estremamente sintetica, notazione sulla identità degli interessi che si muovono in questa area di disciplina. Nella prospettiva di individuare i beni giuridici che giustificano la perimetrazione delle responsabilità pubbliche operata dal Regolamento, e per semplificare in maniera estrema sul punto, la filiera che è possibile ricostruire intorno alle attività di «preparazione, collocazione, promozione, pubblicazione o diffusione, con qualsiasi mezzo, di un messaggio» riconoscibile come servizio di pubblicità politica e/o servizio connesso – in quanto operato «a favore o per conto di un attore politico, salvo se di natura meramente privata o meramente commerciale», o inteso a «influenzare l'esito di un'elezione o referendum, un comportamento di voto o un processo legislativo o regolamentare»[6] – finisce col porsi in dialogo, e quindi anche in potenziale collisione, con almeno due ordini di libertà e diritti, quelli che fanno capo agli utenti dei servizi in questione, e quelli intestati ai prestatori dei servizi di pubblicità politica. Ciò consente di individuare essenzialmente due questioni.

La prima è quella della tutela dei diritti dei "destinatari" dei messaggi di pubblicità politica, almeno in una duplice prospettiva: nella misura in cui tali messaggi possano incidere su libertà di espressione variamente condizionanti

[4] Basti il riferimento alla considerazione che i profili relativi alla giuridicizzazione del potere pubblico e alla individuazione degli interessi «sono interconnessi perché i poteri esistono per soddisfare gli interessi e gli interessi sono a soddisfazione necessaria solo in quanto esistono poteri e organizzazioni in grado di soddisfarli»: G.P. Rossi, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Torino, 2011, 1; dello stesso A., *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010. Sulla vocazione della P.A. a porsi come strumento di "cura di interessi", M. Cammelli, *La pubblica amministrazione*, Bologna, 2014.

[5] Solidità non travolta dal carattere discusso della pregnanza teorica e dogmatica della nozione di funzione amministrativa. Ricostruisce il dibattito sulla funzione amministrativa e il problema della relativa definizione, di recente A. Zito, *La funzione amministrativa nella riflessine giuridica: una nozione meramente descrittiva o connotativa?*, in *Ceridap*, 22.4.2024, al quale si rinvia anche per i riferimenti bibliografici, limitando qui i riferimenti in argomento a M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano 1970, 443; F. Benvenuti, *Funzione (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1988, ora in, F. Benvenuti, *Scritti giuridici*, Vol. V, Milano, 2005, 4081 ss.; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1950. Sulle tendenze trasformative che hanno coinvolto l'esercizio della funzione amministrativa, in specie per effetto degli sconfinamenti di funzioni "altre" rispetto alla prima – legislazione, giurisdizione, autonomia privata – si veda F. Liguori, *L'azione amministrativa. Argomenti e questioni*, Napoli, 2023.

[6] Cfr. considerando 16, 24 del Reg. 2024/900/UE, nonché l'art. 1, par. 2 e l'art. 3, par. 1, num. 2).

il tasso di democraticità della società[7], e siano riferibili perciò a pretese che si muovono, come tipicamente accade nelle dinamiche elettorali, nel quadro dei processi di formazione di un'opinione pubblica libera, pluralistica[8], consapevole, e che corrispondono a posizioni giuridiche a loro volta funzionali all'esercizio di diritti politici, quali per esempio i diritti di elettorato attivo[9]; nonché rispetto alla eventualità che la fornitura dei servizi di pubblicità politica, nella misura in cui implichi il trattamento di dati personali degli utenti dei servizi, collida con la disciplina posta a presidio di tali dati[10]. Con lo sguardo rivolto a questo primo ordine di pretese e al rischio di una loro possibile compromissione, sono da leggere gli obiettivi che il Regolamento annuncia di perseguire rispetto alla tutela «dei diritti» e delle «libertà fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare il diritto alla vita privata e la protezione dei dati personali»[11], nonché gli obblighi strumentali ad assicurare la trasparenza dei contenuti del messaggio in ordine alla funzione promozionale che esso svolge rispetto ad un candidato, a un partito (dunque gli obblighi di trasparenza e quelli relativi al dovere di diligenza correlati), nonché in ordine alla natura remunerativa della pubblicità politica, ossia alla configurabilità della stessa in termini di servizio a pagamento.

La seconda questione posta dalle dinamiche di pubblicità politica è legata alla protezione dei diritti dei prestatori di servizi quali operatori che si muovono

[7] Nella Proposta della Commissione europea di regolamento relativo alla trasparenza e al *targeting* della pubblicità politica, COM(2021) 731 final, del 25.11.2021 è ricorrente il riferimento allo svolgimento di un «processo democratico equo e aperto» come obiettivo da garantire attraverso l'intervento di armonizzazione promosso col Regolamento.

[8] Tra i numerosi temi che hanno attraversato la produzione scientifica dello studioso al quale è dedicato questo contributo figura il pluralismo, affrontato da diversi angoli visuali. Senza pretese di esaustività F. Abbondante, S. Prisco (a cura di), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*, Napoli, 2015; S. Prisco, *La laicità come apertura al dialogo critico nel rispetto delle identità culturali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 21/2021.

[9] Con riguardo a tali profili, che trovano spazio all'interno di un ulteriore filone di ricerca dello studioso che qui si celebra, cfr. S. Prisco, *Forme di governo e fattore politico. Conclusioni dal passato e introduzione al futuro*, in G. De Minico, G. Ferraiuolo (a cura di), *Legge elettorale e dinamiche della forma di governo.* Atti del Convegno di studi del Dipartimento di giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, 13 aprile 2018, Firenze, 2019; S. Prisco, *Rinnovare i canali ostruiti della rappresentanza politica e della democrazia*, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online*, n. 2/2021.

[10] A questo proposito ci si riferisce anzitutto alla possibilità che le «tecniche di *targeting* e consegna del messaggio pubblicitario» comportino «il trattamento di dati personali nel contesto della fornitura di pubblicità politica *online*» (art. 1, par. 1, lett. b); nonché art. 19, par. 1; considerando 6, Reg. 2024/900/UE).

[11] Cfr. Reg. 2024/900/UE, art. 1, par. 4, lett. b).

in uno spazio economico[12], in particolare rispetto al rischio che la previsione, frammentaria e disomogenea nei diversi Stati membri, di obblighi conformativi a carico dei primi – a tutela degli interessi di cui si è detto sopra in sintesi, ossia a protezione di diritti fondamentali degli utenti – possa risolversi in un ostacolo all'esercizio delle libertà economiche fondamentali di circolazione. Questa seconda categoria di pretese sottende, infatti, l'obiettivo perseguito dal Regolamento, di «contribuire al corretto funzionamento del mercato interno della pubblicità politica e servizi connessi»[13]. Questo dato, nel segnalare il rapporto fisiologicamente contrappositivo tra diritti fondamentali del primo ordine e libertà fondamentali del secondo ordine – è sufficiente a individuare come *target* dell'armonizzazione che il Regolamento si propone di attuare[14], oltre al corretto funzionamento del mercato interno (neutralizzando i possibili fattori di alterazione della parità di condizioni alle quali si prestano i servizi pubblicitari in questione), la garanzia di ulteriori e diverse libertà fondamentali, in definitiva, dunque, il bilanciamento tra i due ordini di finalità. All'armonizzazione delle regole tese a garantire un «livello elevato di trasparenza dei servizi di pubblicità politica», condotta sulla base dell'art. 114 tfue, si affianca, non a caso, quella che riguarda specificamente le regole tese a disciplinare le tecniche di *targeting* e consegna dei messaggi implicanti il trattamento di dati personali, la quale è basata sull'art. 16 tfue, che appunto si riferisce alla disciplina della protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale e alla circolazione di tali dati, cioè a dire che la già esistente armonizzazione delle disposizioni relative a questo particolare sotto-sistema[15] merita di essere estesa in relazione ai profili di trattamento dei dati, non considerati per il passato, comportati da attività di pubblicità politica.

[12] Sul punto M. Avvisati, Rubrica AGCOM, 2/2024, in *https://www.osservatoriosullefonti.it/rubriche/agcm-agcom-anac-garante-privacy/4631-osf-2-2024-agcom* segnala «In questo contesto, poiché i servizi di pubblicità politica sono, a tutti gli effetti, "servizi" ai sensi dell'articolo 57 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e, come tali, godono delle libertà fondamentali previste dal Trattato, in particolare la libertà di stabilimento … e la libera circolazione dei servizi».

[13] Cfr. Reg. 2024/900/UE, art. 1, par. 4, lett. a). Si veda anche il considerando 11 del Regolamento, a mente del quale «è opportuno … prevenire … divergenze che ostacolino la libera circolazione dei servizi connessi nel mercato interno, stabilendo norme armonizzate sulla fornitura di servizi di pubblicità politica, anche sulla trasparenza e i relativi obblighi relativi al dovere di diligenza».

[14] Cfr. Reg. 2024/900/UE, considerando 12: «La piena armonizzazione degli obblighi di trasparenza e dei relativi obblighi relativi al dovere di diligenza connessi alla pubblicità politica aumenta la certezza del diritto e riduce la frammentazione degli obblighi cui sono soggetti i prestatori di servizi in ambito di pubblicità politica».

[15] Cfr. Regolamento 2016/679/UE del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

Sulla questione della selezione degli interessi pubblici da soddisfare, decisiva per la conseguente delineazione del sistema di *governance*, il Regolamento si pone del resto lungo una linea di continuità con la prospettiva esibita dal *Digital Service Act*, rappresentata dalla finalizzazione dell'armonizzazione alla protezione di valori condivisi nel progetto europeo (per tutti la creazione di un «ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile»[16]) e dei diritti fondamentali in cui si considerassero incorporati tali valori (a titolo esemplificativo quello alla dignità della persona fisica, quello alla riservatezza dei consumatori, etc.) e al contempo alla protezione del mercato interno.

È evidente che l'esigenza stessa di armonizzare nel senso indicato – ossia promuovendo un elevato grado di uniformità delle previsioni dettate dal Regolamento, come confermato anzitutto dalla scelta (coerente con l'approccio eletto con il DSA[17]) dello strumento regolamentare in luogo di quello della Direttiva, dall'indicazione dell'art. 114 tfue quale base giuridica dell'intervento di armonizzazione[18], oltre che dalla previsione dell'incompatibilità col Regolamento di qualsiasi misura statale in materia di trasparenza divergente con quelle ivi dettate, indipendentemente dalla circostanza che essa si riveli più o meno rigida delle seconde[19] – pone, oltre al tradizionale nodo della interlo-

[16] O. Pollicino, F. Paolucci, *Oggetto della norma e ambito di applicazione*, in R. Traina Chiarini, O. Pollicino, F. Paolucci (a cura di), *Guida pratica al* Digital Service Act, Milano, 2024, 5.

[17] Sul punto vale la considerazione, riferita alla scelta del regolamento «al posto della direttiva» per recare la disciplina in materia di servizi digitali, che essa «segna un importante cambio di passo dell'UE nel garantire una protezione uniforme dei diritti e degli obblighi per le imprese e i consumatori in tutto il mercato interno», in particolare rispetto all'obiettivo di fugare il rischio che si producesse una «frammentazione giuridica ed economica» all'esito del recepimento della disciplina negli ordinamenti giuridici nazionali, della quale si era, per esempio, fatto esperienza con l'attuazione delle disposizioni della Direttiva E-Commerce: O. Pollicino, F. Paolucci, *Oggetto della norma e ambito di applicazione*, cit., 3. Sul collegamento tra la veste regolamentare e l'esigenza di "uniformità disciplinare euro-unitaria" si veda E.M. Tripodi, *Le Autorità competenti, i Coordinatori nazionali dei servizi digitali e il Comitato europeo per i servizi digitali. Brevi note*, in *Dir. di internet*, 1/2023, 57 ss., 58.

[18] Il già citato considerando 11 del Reg. 2024/900/UE prevede infatti che le «norme armonizzate sulla fornitura di servizi di pubblicità politica, anche sulla trasparenza e i relativi obblighi relativi al dovere di diligenza» sono stabilite «sulla base dell'articolo 114 TFUE». Sul punto, sempre con riguardo alle implicazioni della indicazione dell'art. 114 TFUE quale fondamento dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali sui servizi digitali, in particolare in termini di uniformazione delle procedure ad un modello rivelatosi «efficace per tutelare la concorrenza», si veda A. Contaldo, *Il DSA e le competenze della Commissione europea sulla stregua della procedura anticoncorrenziale e la scelta del "*ne bis in idem*", in Dir. di internet*, 1/2023, 73 ss., spec. 74.

[19] L'art. 4 del Reg. 2024/990/UE dispone infatti che «Gli Stati membri non mantengono né introducono per motivi di trasparenza della pubblicità politica disposizioni o misure divergenti da quelle stabilite nel presente regolamento» senza individuare un livello minimo di regolamentazione auspicato.

cuzione tra Unione europea e realtà ordinamentali nazionali[20], e del margine accordato ai secondi nella disciplina del comparto riguardato dai tentativi di armonizzazione, più in generale il tema dell'accettabilità e sostenibilità dei vincoli (il complesso degli obblighi disciplinati dal Regolamento e quindi dei costi di *compliance*[21]) imposti ai prestatori di servizi di pubblicità politica e quindi la questione della loro proporzionalità. Su questo profilo influisce con evidenza la latitudine della nozione stessa di pubblicità politica e di servizio di pubblicità politica, e dunque l'ampiezza dell'ambito applicativo della disciplina restrittiva di cui si discute. La delineazione del sistema di *governance* ripropone dunque la tradizionale e delicata questione relativa all'esigenza di tenere in equilibrio regolazione e prerogative dei singoli/delle imprese, e in sostanza di dosare presenza e intervento pubblico con capacità autoregolative e autocorrettive[22] delle dinamiche di esercizio delle libertà[23] fondamentali, in particolari economiche.

[20] Ad essere richiamata come fondamento dell'intervento di armonizzazione recato dal Regolamento, è, infatti, accanto all'art. 114 tfue, anche l'art. 5 tue. A tal proposito secondo il considerando 112 «Poiché gli obiettivi del presente regolamento, vale a dire contribuire al corretto funzionamento del mercato interno della pubblicità politica … non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri ma possono essere conseguiti meglio a livello di Unione, quest'ultima può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 TUE. Il presente regolamento si limita a quanto è necessario per conseguire tali obiettivi in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo».

[21] Del resto la considerazione (v. considerando 10 del Reg. 2024/900/UE) dei «costi di conformità connessi alla preparazione, collocazione, promozione, pubblicazione, consegna o diffusione di pubblicità politica in più Stati membri», come ostacolo alla offerta di servizi, in particolare da parte di piccoli operatori (microimprese e piccole e medie imprese), in situazioni transfrontaliere, nel suggerire l'opportunità di armonizzare la disciplina dei medesimi al fine di contenerli, non significa escludere la presenza di limitazioni dei diritti di impresa (nel caso di pubblicità politica, obblighi di trasparenza e obblighi relativi al dovere di diligenza, per esempio) in un contesto armonizzato.

[22] Sempre nella Proposta di regolamento, COM(2021) 731 citata si legge che «la crescita complessiva e l'aumento particolarmente rilevante dei servizi *online* a fronte di una normativa frammentaria e dall'esecuzione difforme hanno suscitato dubbi sulla capacità del mercato interno di fornire una pubblicità politica i cui standard di trasparenza siano sufficientemente elevati da garantire un processo democratico equo e aperto in tutti gli Stati membri».

[23] Anche quello del dosaggio tra intervento pubblico ed esercizio delle libertà private è un tradizionale problema con cui si misura la giuspubblicistica: L. Torchia, *La dinamica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 14: «La sfera della responsabilità pubblica non è mai definita una volta per tutte e, anzi, funge nella maggior parte degli ordinamenti, come una sorta di 'strumento residuale', al quale si ricorre ogniqualvolta il compito da affrontare sia al di là della capacità dei singoli, delle imprese o comunque del settore privato nel suo complesso». In tema la letteratura è sterminata: senza pretese di esaustività si rinvia a F. Liguori, *Libertà economiche e funzione amministrativa*, in F. Liguori, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2013, 89 ss.; F. Liguori, *La lunga strada storta: dalle autorizzazioni amministrative alla nuova s.c.i.a*, in F. Liguori, *Liberalizzazione diritto comune responsabilità. Tre saggi del cambiamento amministrativo*, Napoli, 2019, 11 ss.; F. Fracchia, *L'amministrazione come ostacolo*, in

1.1. *La questione dell'indipendenza delle autorità competenti*

La circostanza che le accennate scelte di bilanciamento siano operate sul piano normativo, e in particolare nella sede della legislazione eurounitaria, che ha sul punto disegnato una trama di prerogative e obblighi nel senso sopra richiamato, ha implicazioni dirette sulla fisionomia dei poteri attribuiti alle autorità competenti. Le funzioni intestate sono cioè in misura qualificante, più che funzioni di amministrazione attiva, essenzialmente funzioni di vigilanza e di controllo sull'osservanza del sistema di regole disegnato nel Regolamento, in un quadro che ben si sposa con il collaudato paradigma di amministrazione indipendente[24]. Al di là della natura composita del modello – a partire dall'ampiezza dello spettro semantico ascritto all'attributo dell'indipendenza – e dunque al netto delle principali varianti che è possibile identificare nell'ambito di tale paradigma – essenzialmente quella fondata sulla sostanza propriamente amministrativa riconosciuta alle funzioni svolte da tali autorità[25], e quella che valorizza, piuttosto, la natura arbitrale (di aggiudicazione e di risoluzione delle controversie) o comunque non discrezionale delle funzioni[26] – può con buona approssimazione ritenersi che i compiti attribuiti alle "autorità competenti"

Dir. econ., 2013, 357 ss.; S. Cassese, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1 ss.

[24] Non a caso la già citata norma di diritto primario che prefigura l'intervento del legislatore europeo in materia di dati personali (art. 16 tfue) puntualizza che «il rispetto di tali norme è soggetto al controllo di autorità indipendenti».

[25] In questo senso si veda per tutti A. Police, *Il potere discrezionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di), *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, I, Torino, 2010, 371 ss., e già Id., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007.

[26] In tema si veda M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 96. Escludono che le autorità amministrative indipendenti esercitino poteri veramente discrezionali S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Merc. conc. reg*., 2002, 265 ss.; L. Torchia, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 63; E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati*, Torino, 2019, spec. 31 ss. Sul punto, riferendosi alla garanzia della concorrenza, osserva A. Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008, 420 ss. che il potere pubblico è «lo strumento per garantire che» l'attività economica «sia svolta appunto nel rispetto delle regole», di guisa che al potere pubblico viene affidato «il controllo sul rispetto delle regole» … «la pre-definizione da parte della legge dei divieti, la posizione funzionale di qualificata indipendenza dell'amministrazione chiamata ad applicare le regole di concorrenza e le peculiari modalità di svolgimento della sua attività … sono elementi che tutti convergono coerentemente nel definire una speciale garanzia delle posizioni giuridiche connesse con la disciplina della concorrenza» che pertanto «attingono alla pienezza del diritto soggettivo». All'autorità antitrust non si chiederebbe «nulla di più e nulla di meno di quanto non si chieda ad un giudice chiamato ad accertare il superamento dei confini posti dall'*agere licere*» … «troppo spesso si confonde la particolare complessità dell'attività interpretativa e di sussunzione

non siano propriamente ponderativi[27]. Convergono in questa direzione anzitutto le indicazioni ricavabili dalla lettura dei considerando 90 e seguenti del Regolamento in commento che, nel prefigurare la necessità di «affidare ad autorità di controllo l'incarico di monitorare e far rispettare le norme pertinenti», conserva a vantaggio degli Stati membri la facoltà di designare «autorità giudiziarie o amministrative nazionali»[28], tenendo tuttavia ferma l'esigenza di individuare autorità «imparziali, strutturalmente indipendenti da interventi esterni o pressioni politiche», oltre che provviste di «poteri adeguati per monitorare efficacemente e prendere i provvedimenti necessari a garantire il rispetto del presente regolamento, in particolare degli obblighi di etichettatura e di trasparenza ivi previsti»[29]. Ora, come si chiarirà a breve, le disposizioni contenute nel Regolamento prefigurano un triplice area di competenza: quella che intreccia i poteri di controllo già attribuiti in forza della disciplina in materia di protezione dei dati personali (Reg. UE 2016/697)[30]; quella che intercetta i poteri attribuiti per l'applicazione della disciplina sui servizi intermediari *online* (Reg. UE 2022/2065)[31]; ed infine quella che riguarda i profili dell'attività di pubblicità politica che, considerate le interferenze di cui sopra, non risultano coperti dall'esercizio delle funzioni affidate ed esercitate, all'interno degli Stati membri, dalle autorità competenti per l'applicazione delle due discipline richiamate, in materia di servizi digitali e di dati personali. Non a caso, dunque, la puntualizzazione in ordine ai requisiti di indipendenza strutturale e imparzialità funzionale interviene con segnato riguardo alle autorità che verranno designate negli Stati membri per l'*enforcement* delle disposizioni dettate da questo Regolamento, essendo l'indipendenza declinata, per i comparti dei dati personali e dei servizi digitali, per *relationem* in forza del rinvio alle scelte operate in quelle

del fatto concreto nella fattispecie astratta prevista dalla norma, che innegabilmente connota le regole di concorrenza, con l'esercizio di vera discrezionalità amministrativa».

[27] Anche sulle categorie implicate dalla distinzione cui si sta facendo riferimento (ponderativo/non ponderativo) non è possibile soffermarsi. In tema si rinvia al recente studio di A. Moliterni, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2023, 393 ss.

[28] Questa indicazione si legge nel considerando 90 del Reg. 2024/900/UE.

[29] Cfr. il considerando 92 del Reg. 2024/900/UE.

[30] Cfr. il considerando 92 del Reg. 2024/900/UE: «Gli Stati membri dovrebbero designare autorità competenti per il controllo di quegli aspetti del presente regolamento che non rientrano tra le competenze delle autorità di controllo di cui ai regolamenti (UE) 2016/679 e (UE) 2018/1725 affinché controllino e facciano rispettare le pertinenti norme».

[31] Cfr. il considerando 91 del Reg. 2024/900/UE: «Ai fini del controllo dei servizi intermediari *online* a norma del presente regolamento, gli Stati membri dovrebbero designare autorità competenti a tal fine e assicurare che il controllo che quelle esercitano sia coerente con il controllo delle autorità competenti designate a norma dell'articolo 49 del regolamento (UE) 2022/2065».

sedi, guidate come noto da indicazioni del legislatore europeo in relazione al profilo della indipendenza non del tutto assimilabili tra loro[32]. Nel quadro della disciplina sul trattamento dei dati personali, in considerazione del peculiare spessore delle situazioni giuridiche soggettive chiamate in causa, vi sono indicazioni prescrittive sulla indipendenza dell'"autorità di controllo" da istituire negli Stati membri ai sensi dell'art. 51 del Reg. UE 2016/679[33], e sono ad ogni modo assai diffusi i riferimenti alla qualificazione in senso indipendente delle stesse autorità. Le indicazioni del DSA riferite alle autorità competenti per la sua applicazione sono finalizzate ad orientare le scelte ordinamentali nazionali conformative delle funzioni (di vigilanza ed esecuzione del regolamento[34]) da affidare alle medesime intorno ad alcune essenziali finalità, tra cui la necessità di «garantire l'efficacia dei diritti e degli obblighi stabiliti dal … regolamento e il conseguimento dei suoi obiettivi»[35]; la disponibilità di mezzi adeguati (in termini di risorse economiche, e umane) allo svolgimento dei detti compiti di vigilanza[36]. Sebbene più arioso appia sul punto il tenore testuale del DSA[37], nello stesso compaiono notazioni specificamente volte a connotare il requisito dell'indipendenza[38], e complessivamente in linea con i traguardi raggiunti sul

[32] Oltre alle disposizioni già richiamate, si veda, per i dati personali, l'*incipit* del considerando 94 del Reg. UE 2024/900: «Le autorità di controllo indipendenti di cui al regolamento (UE) 2016/679 dovrebbero essere sostenute ad avvalersi pienamente dei poteri loro conferiti da tale regolamento per garantire la protezione dei dati personali prevista dal presente regolamento, anche nell'ambito della procedura di cooperazione, del meccanismo di coerenza e, in particolare, della procedura d'urgenza».

[33] Cfr. art. 4, par. 1, num. 21), Reg. UE 2016/679. Cfr. poi l'art. 51 citato a mente del quale: «Ogni Stato membro dispone che una o più autorità pubbliche indipendenti siano incaricate di sorvegliare l'applicazione del presente regolamento al fine di tutelare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche con riguardo al trattamento e di agevolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione (l'"autorità di controllo"); nonché l'art. 52 sulla "Indipendenza", e l'art. 53 sulle «Condizioni generali per i membri dell'autorità di controllo».

[34] Cfr. l'art. 49 del Reg. UE 2022/2065.

[35] Cfr. considerando 111 del Reg. UE 2022/2065.

[36] Cfr. considerando 111 del Reg. UE 2022/2065 cit.

[37] Segnala la diversità di registro utilizzato nei due casi E.M. Tripodi, *Le Autorità competenti, i Coordinatori nazionali dei servizi digitali e il Comitato europeo per i servizi digitali. Brevi note*, cit., 57, per il quale il DSA lascia prefigurare una «costellazione di soggetti pubblici (non necessariamente nelle vesti di autorità amministrative indipendenti) che collaborano, dall'ottica specialistica da ciascuna di esse presidiata, per l'applicazione del DSA».

[38] Cfr. infatti il considerando 112 del Reg. UE 2022/2065 ai sensi del quale «le autorità competenti designate a norma del presente regolamento dovrebbero inoltre agire in piena indipendenza da enti privati e pubblici, senza obbligo o possibilità di sollecitare o ricevere istruzioni, anche dai governi, e fatti salvi gli specifici doveri di cooperazione con le altre autorità competenti, i coordinatori dei servizi digitali, il comitato e la Commissione. D'altro canto, l'indipendenza di tali autorità non dovrebbe significare che esse non possano essere soggette, conformemente alle costituzioni nazionali e senza compromettere il conseguimento degli obiettivi del presente

piano più generale nel percorso di ricomposizione degli elementi di legittimazione delle autorità intorno a meccanismi di *accountability* e di assoggettabilità a dinamiche di controllo (si pensi al tema della sottoposizione delle relative decisioni ad un sindacato incisivo)[39]. In coerenza con l'esigenza di copertura "residuale" dei profili disciplinati in materia di pubblicità politica espressa nel considerando 92, l'art. 22, paragrafo 4 del Regolamento in commento dispone che «ogni Stato membro designa una o più autorità competenti incaricate dell'applicazione e dell'esecuzione degli aspetti del presente regolamento non contemplati» dalle disposizioni di rinvio alle discipline in materia rispettivamente di trattamento dei dati personali e di servizi intermediari, e che le autorità così designate debbano godere «strutturalmente di piena indipendenza sia dal settore che da qualsiasi intervento esterno o pressione politica», in modo da monitorare efficacemente e adottare le misure necessarie e proporzionate a garantire la vigilanza, il rispetto e l'applicazione della disciplina in parola.

1.2. *Il sistema tripartito delle competenze*

Come si è avuto modo di accennare, il regolamento in materia di pubblicità politica consente di individuare tre distinte aree di competenza, che a loro volta corrispondono a tre possibili fattispecie di applicazione delle disposizioni

regolamento, a proporzionati meccanismi di assunzione della responsabilità riguardo alle attività generali del coordinatore dei servizi digitali, quali le loro spese finanziarie o la comunicazione ai parlamenti nazionali. Il requisito di indipendenza non dovrebbe inoltre impedire l'esercizio del controllo giurisdizionale oppure la possibilità di consultare altre autorità nazionali o di procedere a periodici scambi di opinioni con esse, comprese le autorità di contrasto, le autorità di gestione delle crisi o le autorità di tutela dei consumatori, ove opportuno, al fine di informarsi reciprocamente in merito alle indagini in corso, senza compromettere l'esercizio dei rispettivi poteri». Si veda infine il riferimento operato nell'art. 50 del Reg. UE 2022/2065, «prescrizioni relative ai coordinatori dei servizi digitali», alla imparzialità nello svolgimento delle relative funzioni, e alla autonomia finanziaria come fattore incidente sulla variabile della indipendenza funzionale.

[39] Si veda infatti il riferimento operato nel citato considerando 112 alla indipendenza come elemento non preclusivo del controllo giurisdizionale sull'attività delle autorità competenti. La riflessione intorno a strumenti di legittimazione delle autorità indipendenti, ulteriori rispetto a quelli tradizionalmente rinvenuti nel circuito dell'indirizzo politico-amministrativo è amplissima: ci si limita pertanto a rinviare sul punto a F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, 2000, Bologna. Sulla funzione compensatrice della legalità procedurale, per esempio, sia consentito rinviare a C. Acocella, *Poteri indipendenti e dimensioni della legalità. Le prospettive di sostenibilità dell'implicito nell'esperienza delle autorità amministrative indipendenti*, in C. Acocella (a cura di), *Autorità Indipendenti. Funzioni e rapporti*, Napoli, 2022, 11-80, anche per le indicazioni bibliografiche ivi contenute. Sul tema, anch'esso assai indagato, del sindacato sugli atti delle autorità indipendenti si veda D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; F. Liguori, *Le valutazioni tecniche delle autorità indipendenti e il giudice amministrativo*, in C. Acocella (a cura di), *Autorità Indipendenti. Funzioni e rapporti*, cit., 231 ss.; F. Cintioli, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale,* Torino, 2007.

rilevanti in materia di pubblicità politica. Di queste si occupano rispettivamente: i paragrafi 1 e 2 (congiuntamente) dell'art. 22, in relazione al settore dei dati personali; il paragrafo 3 per il comparto dei servizi intermediari ai sensi del DSA; ed infine il paragrafo 4 per gli aspetti non coperti dai primi due.

Il primo ordine di fattispecie è dato dalle occasioni di impiego di tecniche di *targeting* o di consegna del messaggio pubblicitario ai fini e nell'ambito della pubblicità politica *online* che comportano il trattamento dei dati personali[40], e che radicano perciò la competenza delle autorità designate (ai sensi del già citato art. 51 del GPDR) o del Garante europeo della protezione dei dati (di cui all'art. 52 del Reg. UE 2018/1725) a verificare il rispetto degli obblighi specifici e degli obblighi di trasparenza addizionali dettati rispettivamente dagli articoli 18[41] e 19[42] del regolamento in materia di pubblicità politica. A questo fine quest'ultimo si preoccupa di rinviare ai poteri attribuiti a tali autorità rispettivamente dall'art. 58 del GPDR[43] e dall'art. 58 del Reg. UE 2018/1725[44], che nel complesso sono poteri di indagine, poteri correttivi, poteri autorizzativi e consultivi; poteri di azione dinanzi alla Corte di giustizia UE, e sono assoggettati alla garanzia del controllo giurisdizionale delle funzioni esercitate. L'esercizio dei poteri di controllo dell'attività di pubblicità politica (*targeting* e consegna dei messaggi) da parte delle autorità competenti in materia di protezione dei dati personali per i profili intercettati dalla disciplina recata dal regolamento 2024/900 viene assistito dalla previsione del possibile intervento del Comitato europeo per la protezione dei dati attraverso l'emanazione di orientamenti, funzionali a consentire di valutare la conformità ai requisiti del Regolamento delle condotte oggetto di osservazione, e dunque nel quadro di una regolazione tecnica del settore nella forma di *soft law*[45].

[40] Cfr. art. 18 Reg. UE 2024/990.

[41] L'art. 18 del Reg. UE 2024/900 è relativo agli «Obblighi specifici in materia di tecniche di *targeting* e di consegna del messaggio pubblicitario in ambito di pubblicità politica *online*».

[42] L'art. 19 del Reg. UE 2024/900 è relativo agli «Obblighi di trasparenza addizionali in materia di tecniche di *targeting* e di consegna del messaggio pubblicitario in ambito di pubblicità politica *online*».

[43] L'articolo disciplina i poteri delle autorità preposte al controllo dell'osservanza delle disposizioni dettate dal GPDR.

[44] L'articolo disciplina i poteri attribuiti al Garante europeo della protezione dei dati.

[45] Sulle differenze tra gli approcci di regolazione del mercato digitale basati sulla self-regulation e sull'hard-law si veda A. Simoncini, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2022, 1031; O. Pollicino, *I codici di condotta tra* self-regulation *e* hard law*: esiste davvero una terza via per la regolazione digitale? Il caso della strategia europea contro la disinformazione online*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2022, 1051; L. Parona, *Prospettive europee e internazionali di regolazione dell'intelligenza artificiale tra principi etici,* soft law *e* self regulation, in *Riv. reg. mercati*, 2020, 70; G. Finocchiaro, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Riv.*

Un secondo ordine di ipotesi riguarda gli obblighi disciplinati dagli articoli da 7 a 17 e dall'art. 21 del regolamento in commento ossia obblighi (informativi) funzionali alla individuazione dei servizi di pubblicità politica[46]; alla identificazione dei messaggi di pubblicità politica[47]; alla conservazione delle informazioni rilevanti raccolte nell'ambito dei servizi richiesti[48]; obblighi incombenti sui prestatori di servizi di trasmissione delle informazioni rilevanti agli editori di pubblicità politica[49], nonché delle informazioni richieste dalle autorità nazionali competenti[50] o dai soggetti interessati "qualificati", ossia ascrivibili alle categorie indicate dal Regolamento[51]; obblighi di etichettatura e di trasparenza dei messaggi, in particolare quelli concernenti l'avviso di trasparenza[52]; obblighi relativi alla tenuta e alla gestione di un registro europeo dei messaggi di pubblicità politica *online*[53], nonché di accessibilità dei messaggi pubblicitari[54]; obblighi di informazione a carico degli editori di pubblicità politica funzionali alla ricostruzione del valore delle prestazioni fornite[55]; obblighi

trim. dir. pubbl., 4/2022, 1085; L. Torchia, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2022, 1101 ss.

[46] Cfr. l'art. 7 del Reg. UE 2024/900.

[47] Cfr. l'art. 8 del Reg. UE 2024/900.

[48] Obblighi incombenti sui prestatori di servizi ai sensi dell'art. 9 del Reg. UE 2024/900.

[49] Cfr. l'art. 10 del Reg. UE 2024/900.

[50] Cfr. l'art. 16 del Reg. UE 2024/900.

[51] In particolare l'art. 17, par. 2 del Reg. UE 2024/900, nel richiedere che i soggetti interessati presentino il requisito dell'indipendenza «da interessi commerciali», annovera tra i primi: i «ricercatori abilitati ai sensi dell'articolo 40, paragrafo 8, del regolamento (UE) 2022/2065; i membri di un'organizzazione della società civile i cui obiettivi statutari sono proteggere e promuovere l'interesse pubblico, autorizzata a norma del diritto nazionale o dell'Unione; gli attori politici; gli osservatori elettorali nazionali o internazionali riconosciuti in uno Stato membro; oppure i giornalisti».

[52] Cfr. l'art. 11 e 12 del Reg. UE 2024/900.

[53] Cfr. l'art. 13, par. 1 del Reg. UE 2024/900 a mente del quale «La Commissione istituisce e assicura, direttamente o affidando tale responsabilità a un'autorità di gestione, la gestione di un registro europeo dei messaggi di pubblicità politica *online* ("registro europeo"), che è un registro pubblico di tutti i messaggi di pubblicità politica *online* pubblicati nell'Unione o diretti a cittadini o residenti dell'Unione».

[54] L'art. 13, par. 2 del Reg. UE 2024/900 prevede che «Gli editori di pubblicità politica che sono piattaforme *online* di dimensioni molto grandi e motori di ricerca *online* di dimensioni molto grandi provvedono affinché ciascun messaggio di pubblicità politica … sia reso disponibile in un registro, ai sensi dell'articolo 39 del regolamento (UE) 2022/2065. Inoltre, tali editori di pubblicità politica consentono l'accesso a tali informazioni tramite il registro europeo dal momento della pubblicazione e per l'intero periodo durante il quale presentano il messaggio di pubblicità politica nonché nei sette anni successivi alla sua ultima presentazione sulle loro interfacce *online*».

[55] L'art. 14 del Reg. UE 2024/900 è rubricato «Relazioni periodiche sui servizi di pubblicità politica».

di predisposizione di meccanismi finalizzati a consentire l'esercizio delle facoltà di segnalazione dei messaggi di pubblicità politica non conformi alla disciplina in parola[56]; ed infine obblighi a carico dei prestatori, che offrono servizi nell'UE non essendo ivi stabiliti, di individuazione di un rappresentante legale nel territorio dello Stato membro in cui i servizi vengono offerti, sul quale si trasferiscono gli obblighi incombenti sui prestatori di servizi ai sensi del Regolamento[57]. Ebbene, la circostanza che prestatori di servizi intermediari ai sensi del DSA possano offrire servizi di pubblicità politica e in quanto tali risultare destinatari del complesso di obblighi appena richiamati induce il legislatore europeo a prevedere la possibilità per gli Stati membri di scegliere, in sede di designazione delle autorità competenti per l'*enforcement* del regolamento in materia di pubblicità politica, le stesse autorità designate a norma del DSA[58]. Ciò implica la riproposizione per i servizi intermediari che ricadano nell'ambito di applicazione della disciplina in materia di pubblicità politica delle stesse prescrizioni previste dal DSA in punto di individuazione delle autorità competenti e dei coordinatori dei servizi digitali[59]; di cooperazione transfrontaliera tra coordinatori dei servizi digitali[60]; e più in generale l'esposizione dei prestatori dei servizi intermediari all'esercizio dei poteri attribuiti ai coordinatori dei servizi digitali dall'art. 51 del DSA, dato che comporta l'interlocuzione tra questi e le autorità competenti designate ai sensi del regolamento in materia di pubblicità politica per questo secondo ordine di ipotesi[61].

[56] Cfr. l'art. 15 del Reg. UE 2024/900 rubricato «Segnalazione di messaggi di pubblicità politica potenzialmente non conformi».

[57] L'art. 21 del Reg. UE 2024/900 infatti prevede che «Il rappresentante legale è competente per il rispetto degli obblighi nel quadro del presente regolamento e, fatti salvi la responsabilità del prestatore di servizi e i procedimenti giudiziari che possano essere avviati nei suoi confronti, può essere ritenuto responsabile di qualsiasi inosservanza degli obblighi previsti dal presente regolamento».

[58] Cfr. il primo alinea del paragrafo 3 dell'art. 22 del Reg. UE 2024/900.

[59] Cfr. art. 49 del Reg. UE 2022/2065.

[60] Segnatamente quanto alla necessità del coordinatore dei servizi digitali del luogo di stabilimento di esercitare poteri di indagine e di esecuzione, su richiesta del coordinatore del luogo di destinazione o del comitato, in caso di sospetto di violazione del DSA da parte di un fornitore di servizi intermediari con ripercussioni negative sui destinatari del servizio rispettivamente «nello Stato membro del coordinatore dei servizi digitali interessato» e «nei rispettivi stati membri» (cfr. art. 58, parr. 1-4 e 60, par. 1, del Reg. UE 2022/2065), o anche alla possibilità per il primo di richiedere informazioni supplementari o di avviare una indagine congiunta ai sensi dell'art. 60 del DSA.

[61] L'alinea finale del paragrafo 3 dell'art. 22 dispone infatti che «L'articolo 51 del regolamento (UE) 2022/2065 si applica *mutatis mutandis* per quanto riguarda i poteri delle autorità competenti designate a norma del presente paragrafo». Sui rapporti tra il Coordinatore dei servizi digitali e le altre autorità nazionali competenti in materia di servizi digitali si veda E.M. Tripodi, *op. cit*., 58 ss. Come noto, l'Autorità designata dalla legge italiana come Coordinatore

Infine, come anticipato, per i profili di disciplina della pubblicità politica non intercettati dalla competenza delle autorità di controllo in materia di dati personali, né (potenzialmente) da quelle competenti in materia di servizi intermediari, esiste uno spazio residuale nel quale gli Stati membri possono esercitare il proprio potere di designazione delle autorità nazionali competenti: costituendone di ulteriori e diverse rispetto a quelle designate rispettivamente per l'applicazione della disciplina in materia di dati personali e di servizi digitali; indicando anche le autorità o gli organismi nazionali di regolamentazione indipendenti contemplati dall'articolo 30 della direttiva 2010/13/UE sui servizi di media audiovisivi; o ancora designando altre autorità[62].

Il modello di *governance* declinato in ragione di questo triplice ordine di situazioni replica dunque, in linea di principio, il quadro articolato di soggetti pubblici che già le disposizioni euro-unitarie in materia di servizi digitali lasciavano presagire, e alla luce del quale valgono gli argomenti allora svolti a sfavore di opzioni ampliative del ventaglio di figure indipendenti non strettamente necessarie[63]. Rispetto a tale questione, e segnatamente all'eventualità che uno Stato membro individui più di un'autorità competente, le indicazioni fornite dal regolamento in commento convergono sulla necessità di designare una tra le autorità «come punto di contatto nazionale a livello dell'Unione ai

dei servizi digitali è l'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni. Di questa si veda, quale provvedimento di natura regolamentare attuativo della disciplina in materia di comunicazione politica, la Delibera n. 90/24/CONS recante Disposizioni di attuazione della disciplina in materia di comunicazione politica e di parità di accesso ai mezzi di informazione relative alle campagna per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia fissata per i giorni 8 e 9 giugno 2024.

[62] Il considerando 92 del Reg. UE 2024/900 si riferisce in tal senso ad autorità elettorali o giudiziarie. Mette conto segnalare come, tra le proposte emendative avanzate durante l'esame alla Camera dei Deputati in relazione al d.d.l. recante Disposizioni e delega al Governo in materia di intelligenza artificiale (S n. 1146 approvato in Senato lo scorso 20 marzo 2025 e alla Camera dei deputati C n. 2316 il 25 giugno 2025) figuravano quelle dirette a modificare la L. 4 aprile 1956 n. 212 e segnatamente quella relativa (art. 15-ter) alle autorità di controllo per l'attuazione degli obblighi derivanti dal regolamento (UE) 2024/900. In particolare la proposta in parola individuava AGCOM come autorità competente a vigilare sulla osservanza degli obblighi di cui agli articoli da 7 a 17 e 21 del Reg. citato e il Garante della protezione dei dati personali quale autorità di controllo competente a monitorare l'applicazione degli articoli 18 e 19 del Regolamento (nella versione definitiva della Legge del 23 settembre 2025 n. 132 non è stata accolta tale proposta emendativa).

In senso analogo si vedano le previsioni del d.d.l. n. 2212 in corso di esame alla Camera di modifica alla legge n. 212 del 1956.

[63] Sul punto osservava E.M. Tripodi, *op. cit*., 62 «Appare però difficile immaginare che lo Stato decida di istituire più autorità "nuove", anche per evitare il proliferare di soggetti "indipendenti" dei quali non si ravvisi una assoluta necessità», segnalando l'opportunità di suddividere i compiti previsti dal DSA tra le *Authorities* già esistenti.

fini di tutti gli aspetti del» Regolamento, in modo da sostenere e agevolare la cooperazione tra le autorità nazionali competenti ma anche quella con i punti di contatto di altri Stati membri. L'autonomia organizzativa degli Stati membri trova un naturale limite nella previsione – coerente in una prospettiva di efficacia delle disposizioni che declinano il sistema della *governance* – dell'obbligo di definire chiaramente i compiti delle autorità designate, e analogamente di mettere a disposizione del pubblico i recapiti dei punti di contatto nazionali, e di comunicare alla rete dei punti di contatto nazionali le informazioni rilevanti (tra le quali denominazione e compiti delle autorità competenti)[64].

2. *La cooperazione*

Direttamente correlate alla complessità soggettiva che caratterizza l'apparato istituzionale disegnato dal Regolamento, in quanto finalizzate a governare tale complessità, appaiono le previsioni dettate per regolare i rapporti tra le autorità competenti. La cooperazione si atteggia in particolare come cornice entro la quale Stati membri, autorità nazionali competenti, Commissione europea, esercitano a vario titolo i poteri-doveri di vigilanza ed esecuzione del Regolamento. L'operatività dei meccanismi di cooperazione e coordinamento contemplati dal Regolamento influenza in maniera diretta il profilo dell'efficacia dei poteri oggetto di conferimento (di vigilanza, di indagine, di sanzione). In questa prospettiva rileva anzitutto il generale compito di ciascuno Stato membro di garantire una «cooperazione e un coordinamento efficaci e strutturati a livello nazionale tra tutte le pertinenti autorità competenti» designate ai sensi dei citati paragrafi 1, 2, 3 e 4 dell'art. 22[65]. Lo scambio di informazioni (consentito dal principio di cooperazione) in relazione a violazioni che possono intercettare la competenza di più autorità è in linea di principio funzionale a promuovere l'uniformità nell'applicazione delle disposizioni rilevanti, a limitare i rischi di *bis in idem*, e più in generale a creare, attraverso il coordinamento, condizioni utili a favorire l'efficacia delle azioni eventualmente intraprese dalle autorità nazionali[66]. In senso analogo le previsioni relative alla «rete dei punti di contatto nazionali», nella quale sono tenuti a riunirsi periodicamente (almeno due volte all'anno ed ogni volta che lo richieda, motivandolo, la Commissione o uno Stato membro) a livello di UE i «punti di contatto nazionali designati dagli Stati membri», rispondono alla funzione essenziale di costituire una piatta-

[64] Cfr. l'art. 22, par. 9 del Reg. UE 2024/900.

[65] Cfr. par. 7 dell'art. 22, del Reg. UE 2024/900.

[66] In relazione a tale ultimo punto nel par. 7, cit., dell'art. 22, del Reg. UE 2024/900 si opera riferimento alla notificazione delle violazioni riscontrate, «pertinenti per altre autorità» e alla condivisione dei risultati e delle competenze.

forma per lo scambio di informazioni e buone pratiche, e lo strumento per una "cooperazione strutturata" tra i punti di contatto nazionali e la Commissione rispetto all'applicazione del Regolamento[67], nonché rispetto ad ulteriori questioni, che appaiano comunque connesse all'*enforcement* delle regole in materia di pubblicità politica. Tali ultime questioni, implicando l'intervento di altre reti ed organismi – tra i quali la «rete europea di cooperazione in materia elettorale» o il «gruppo dei regolatori europei per i servizi di media audiovisivi» – comportano l'attrazione di questi organismi nel raggio della cooperazione. La prospettiva finalistica in cui inscrivere l'attività della rete dei punti di contatto è dunque quella di "mettere a sistema" la pratica della cooperazione e gli attori che la abitano, in modo da conseguire, oltre che il descritto obiettivo di una esecuzione e applicazione del Regolamento nel prisma della coerenza ed efficacia, anche quello di produrre e raccogliere materiale utile all'esercizio della "regolazione *soft*", che è destinata ad accompagnare il modello di *enforcement* immaginato dalla disciplina in materia di pubblicità politica. Dei riferimenti diffusi, operati dal Regolamento in commento, agli orientamenti da emanare al fine di indirizzare i destinatari nella *compliance* del primo[68], uno è inserito proprio nel corpo del paragrafo dedicato ai punti di contatto, essendo l'attività della rete fra le altre cose rivolta a «facilitare l'elaborazione, in collaborazione con i pertinenti portatori di interessi, di orientamenti intesi ad aiutare gli sponsor e i prestatori di servizi di pubblicità politica a conformarsi ai requisiti del presente regolamento»[69]. Anche il ruolo di orientamento che il Regolamento affida al Comitato europeo per la protezione dei dati personali è concepito nel quadro della cooperazione, essendo lo stesso rivolto a supportare le autorità di

[67] Cfr. par. 8 dell'art. 22, del Reg. UE 2024/900.

[68] Il primo di tali riferimenti compare al considerando 26 in cui il potere di elaborare orientamenti viene attribuito alla Commissione europea e finalizzato a consentire una corretta applicazione e quindi una attuazione efficace del regolamento, con peculiare riferimento alla condizione degli sponsor e dei «prestatori dei servizi pubblicitari che agiscono per conto degli sponsor» nelle attività di identificazione dei messaggi di pubblicità politica (cfr. pure l'art. 8, par. 2) e gestione delle relative dichiarazioni; o ancora al fine di agevolare l'individuazione della pubblicità politica e l'applicazione delle sanzioni da parte delle autorità competenti (considerando 108). La funzione di indirizzo attribuita alla Commissione viene poi rivolta a sostenere l'attività di segnalazione della pubblicità politica potenzialmente non conforme alla disciplina recata dal Regolamento (considerando 70 e art. 15, par. 11). La "regolazione leggera" esercitata dagli organi competenti con l'adozione di orientamenti che accompagna l'attività di *enforcement* delle disposizioni in materia di pubblicità politica, consente inoltre alla Commissione di modificare la disciplina recata dal Regolamento rimodulando il ventaglio degli obblighi di trasparenza che incombono sui titolari del trattamento dei dati personali che si avvalgono di tecniche di *targeting* o di consegna del messaggio pubblicitario in ambito di pubblicità politica *online* (art. 19, par. 5), nonché le informazioni da includere negli avvisi di trasparenza (art. 12, par. 6).

[69] Cfr. ancora par. 8 dell'art. 22, del Reg. UE 2024/900.

controllo in materia di dati personali in relazione al «trattamento di categorie particolari di dati personali per il *targeting* o la consegna dei messaggi di pubblicità politica», e a consentire la cooperazione tra queste autorità e le ulteriori e diverse investite dell'*enforcement* del regolamento in materia di pubblicità politica[70].

I meccanismi di cooperazione consentono in linea generale di assicurare prescrittività al complessivo impianto dispositivo del Regolamento[71]. In questa prospettiva il legislatore – nel tener fermo il criterio di attribuzione della competenza basato sul luogo di stabilimento del prestatore di servizi di pubblicità politica e dello sponsor[72], ed il criterio di competenza determinato per *relationem* dal rinvio alla disciplina in materia di dati personali per le ipotesi in cui essa si applica[73] – chiarisce che le autorità competenti «cooperano e si assistono reciprocamente per quanto necessario»[74]. Rileva a tal fine il rinvio al principio di leale cooperazione in applicazione del quale le autorità competenti in materia di pubblicità politica, pur non potendo discostarsi dalle decisioni delle autorità di controllo in materia di trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 51 del Reg. UE 2016/679, cooperano lealmente con queste seconde e «rispettano i rispettivi poteri e competenze, al fine di garantire la coerenza nell'applicazione di entrambi i regolamenti»[75].

Gli strumenti di cooperazione e di assistenza reciproca previsti dal regolamento in esame si attivano in particolare nelle ipotesi di violazione della disciplina che coinvolgano solo l'autorità o le autorità competenti del luogo in cui il prestatore dei servizi di pubblicità politica non abbia lo stabilimento principa-

[70] Cfr. il considerando 93 e l'art. 22, par. 2, del Reg. UE 2024/900.

[71] A tal proposito, riferendosi alla *governance* del DSA e all'assistenza reciproca tra coordinatori dei servizi digitali e Commissione, al fine di assicurare una coerente applicazione di DMA-DSA, E. Priolo, *Coordinatori dei servizi digitali, Commissione e sanzioni*, in L. Bolognini, E. Pelino, M. Scialdone (a cura di), Digital Services Act *e* Digital Markets Act, Milano, 2023, 203 ss., spec. 215, osserva che, come per il GPDR, «il presupposto della cooperazione tra autorità di controllo (i.e. la condivisione degli stessi poteri) trova il suo fondamento nell'obbligatorietà».

[72] Cfr. l'art. 23, par. 1 del Reg. UE 2024/900 che, per le ipotesi di stabilimento del prestatore in più di uno Stato membro, radica la competenza in ragione della sede dello stabilimento principale. Sulla individuazione di quest'ultimo si veda il considerando 97 (sede sociale o sede legale nella quale sono esercitate le principali funzioni finanziarie e il controllo operativo).

[73] A tal proposito rilevano altresì le puntualizzazioni operate nel considerando 94 del Reg. UE 2024/900 ai sensi del quale, al fine di consentire alle «autorità preposte alla protezione dei dati» di «agire tempestivamente per far rispettare i diritti degli interessati», esse dovrebbero «avvalersi della gamma di strumenti previsti dal regolamento (UE) 2016/679 per cooperare e prestarsi assistenza reciproca, compresa, se del caso, la procedura d'urgenza di cui all'articolo 66 di tale regolamento».

[74] Cfr. l'art. 23, par. 1 del Reg. UE 2024/900.

[75] Cfr. il considerando 95 del Reg. UE 2024/900.

le, e in tal caso si traducono nell'attivazione di poteri di segnalazione da parte delle prime a vantaggio dell'autorità competente in ragione dello stabilimento principale ai fini dell'esercizio, da parte di quest'ultima, dei poteri istruttori e di esecuzione necessari[76], nonché dei poteri informativi, nei confronti dell'autorità notificante, utili ad acquisire gli elementi sufficienti a condurre il procedimento di *enforcement* (accertamento, cessazione delle eventuali infrazioni riscontrate) e aventi effetto sospensivo del termine previsto per la comunicazione delle sue valutazioni, delle misure di indagine o di esecuzione adottate e dell'intenzione di adottare una decisione definitiva[77].

Nelle ipotesi di prestazione di servizi transfrontalieri, nell'ambito di uno o più Stati membri non coincidenti con quello in cui il prestatore ha lo stabilimento principale, la cooperazione istituzionale si esprime anche attraverso l'esercizio di poteri di indagine congiunta, attivabili su iniziativa dell'autorità competente dello stabilimento principale, o su richiesta di un'altra o di altre autorità competenti[78]. Nel disciplinare le indagini comuni, l'art. 23 prescrive l'impiego degli strumenti normalmente implicati dalla reciproca assistenza: scambio di informazioni, doveri informativi, dovere di motivare la eventuale volontà di non partecipare all'indagine congiunta, nel solco del più generale dovere di buona fede[79].

3. *I poteri e le sanzioni*

Il quadro dei poteri attribuiti alle autorità competenti per l'applicazione della disciplina in materia di pubblicità politica è sostanzialmente condensato nel corpo del paragrafo 5 dell'art. 22. L'*enforcement* che spetta alle prime implica essenzialmente l'esercizio di funzioni di vigilanza, di indagine, di esecuzione e di sanzionatorie. In realtà sul punto il legislatore adotta un approccio diverso da quello esibito nel *Digital Services Act*, nel quale la disciplina dei poteri dei coordinatori dei servizi digitali si apriva appunto con l'elencazione dei poteri di indagine, e fra questi dei poteri di richiedere e ottenere informazioni, nonché

[76] Cfr. il considerando 98 e l'art. 23, par. 4 del Reg. UE 2024/900, e il par. 5 che disciplina altresì il contenuto della segnalazione.

[77] Cfr. il par. 7 dell'art. 23 del Reg. UE 2024/900 ai sensi del quale l'autorità competente dello stabilimento principale, «non oltre un mese dal ricevimento della segnalazione o delle informazioni» supplementari richieste, «comunica all'autorità competente che ha effettuato la notifica e alla rete dei punti di contatto nazionali la sua valutazione della presunta violazione e informazioni sulle misure di indagine o di esecuzione adottate, o che intende adottare, al fine di garantire la conformità al presente regolamento».

[78] Cfr. il considerando 99 e i parr. 8 e 9 dell'art. 23 del Reg. UE 2024/900.

[79] Cfr. i parr. 9 e 10 dell'art. 23 del Reg. UE 2024/900.

spiegazioni in ordine alle informazioni relative a presunte violazioni[80], e del potere di effettuare e ordinare ispezioni, sequestri e copia di informazioni[81]. Nel regolamento in materia di pubblicità politica la previsione – di tenore testuale analogo a quello della disposizione da ultimo richiamata – dell'attribuzione del potere di effettuare e ordinare ispezioni chiude l'elencazione dei poteri rilevanti, che muove invece dalla indicazione di poteri informativi (richiesta di accesso a dati, documenti, informazioni) finalizzati al più generale assolvimento della funzione di monitoraggio sul grado di osservanza delle norme dettate dal Regolamento[82]. Speculare rispetto a tale previsione, nella misura in cui assicura anch'essa l'esercizio di una funzione ad ampio spettro, come quella di orientamento degli operatori del settore, è la previsione della facoltà, attingibile a valle della spendita di poteri di esecuzione, di pubblicare una «dichiarazione che identifica la o le persone fisiche e giuridiche responsabili dell'inosservanza di un obbligo stabilito dal presente regolamento e precisa la natura di tale inosservanza»[83]. Nel quadro della dimensione più strettamente esecutiva si collocano: i poteri di rivolgere avvertimenti ai prestatori di servizi in relazione a condotte che possono porsi in contrasto con la disciplina rilevante; i poteri di ordinare la cessazione delle violazioni e i poteri conformativi conseguenti; i poteri di imporre e/o ottenere l'irrogazione di ammende, sanzioni pecuniarie e altre misure finanziarie; i poteri di imporre misure correttive idonee a consentire la cessazione della infrazione[84]. Infine si rivela funzionale all'esercizio dei poteri di controllo ed esecuzione della disciplina, nella misura in cui fornisce alle autorità competenti informazioni ed elementi conoscitivi utili alla gestione di questioni, di caratura anche trasversale, la facoltà di presentare reclami in ordine a probabili violazioni del regolamento, fatte salve le già operanti previsioni in materia di gestione dei reclami anche di diritto euro-unitario (si pensi ancora a quelle recate dai Regolamenti UE 2016/679 e 2022/2065). Tale possibilità innesca il potere-dovere delle autorità competenti di trattare i reclami, informando il reclamante del seguito dato ai primi, nonché di trasmettere il reclamo ad una autorità competente diversa dalla ricevente per le ipotesi che radicano la competenza in un diverso Stato membro[85].

Il meccanismo sanzionatorio, che completa il sistema istituzionale disegnato dal Regolamento, è fondato su un approccio essenzialmente decentrato che affida la dinamica applicativa del Regolamento, nel quadro di una interlocu-

[80] Cfr. lett. a) e c) del par. 1 dell'art. 51 del Reg. UE 2022/2065.
[81] Cfr. lett. b) del par. 1 dell'art. 51 del Reg. UE 2022/2065.
[82] Cfr. lett. a), par. 5, art. 23, Reg. UE 2024/900.
[83] Cfr. la lett. g) del par. 5, art. 23, Reg. UE 2024/900.
[84] Cfr. le lettere b), c), d), e), f), par. 5, art. 23, Reg. UE 2024/900.
[85] Cfr. il considerando 105 e l'art. 24 del Reg. UE 2024/900.

zione tra Unione europea e Stati membri, a soggetti preesistenti, operanti negli ordinamenti nazionali, nonché a nuovi attori da designare, come si è visto, coincidenti o meno, anche solo in parte, con i primi. Le violazioni rilevanti oggetto del sistema repressivo specificamente affidato alle autorità competenti da designare ai sensi del regolamento in esame sono, infatti, quelle degli obblighi di cui agli articoli 5-17 e 20-21, essendo invece l'osservanza degli obblighi in materia di *targeting* e consegna del messaggio pubblicitario e quelli di trasparenza addizionali in questa materia (artt. 18 e 19) affidata alle autorità individuate ai sensi della disciplina in materia di protezione dei dati personali. In particolare per l'inosservanza degli obblighi disciplinati agli articoli 18 e 19 del Regolamento, si prevede la possibilità per le autorità di controllo in materia di dati personali di imporre sanzioni pecuniarie in linea con l'art. 66 del Reg. UE 2016/679 a concorrenza dell'importo previsto dall'art. 83, par. 5 dello stesso regolamento[86], e per il Garante europeo della protezione dei dati di imporre sanzioni pecuniarie, nei limiti delle proprie competenze, e a concorrenza dell'importo previsto all'art. 66, par. 3 del Reg. UE 2018/1725[87].

Il sistema decentrato di applicazione e irrogazione delle sanzioni è inserito in una cornice caratterizzata dal dialogo tra i livelli unionale e nazionale, le cui implicazioni si colgono in primo luogo in ordine alla definizione in sede normativa delle sanzioni, ed in secondo luogo rispetto a meccanismi idonei ad assicurare complessivamente l'integrazione e il coordinamento tra le attività di vigilanza condotte nei vari Stati membri nella prospettiva ultima di garantire risultati coerenti con il principio di certezza del diritto.

Quanto al primo profilo, nel ribadire, secondo uno schema consueto[88], che spetta al diritto nazionale definire, entro un termine indicato[89], compiutamente il sistema sanzionatorio, il Regolamento evoca gli usuali rilevanti criteri "dinamici"[90] di effettività, proporzionalità e dissuasività, da rispettare tenendo conto della variabilità dei profili oggettivi (servizi, condotte rilevanti, violazioni) e soggettivi (caratteristiche inerenti ai prestatori dei servizi) coinvolti, e dunque segnatamente: della natura, gravità, reiterazione e durata della violazione,

[86] Cfr. l'art. 25, par. 6 del Reg. UE 2024/900.

[87] Cfr. l'art. 25, par. 7 del Reg. UE 2024/900.

[88] Si vedano gli articoli 84 del Reg. UE 2016/679 e 52 del Reg. UE 2022/2065.

[89] Si veda a tal riguardo il par. 3 dell'art. 25 del Reg. UE 2024/900 che fissa al 10 gennaio 2026 il termine utile alla notifica da parte degli Stati membri alla Commissione delle norme adottate. La norma prevede poi che gli Stati membri debbano dare immediata notifica delle eventuali modifiche successive.

[90] Segnalano il carattere dinamico di tali criteri riferendosi alle previsioni operate sul punto dal DSA, coerenti con la «variabilità oggettiva dei servizi e delle violazioni e soggettiva dei loro prestatori/autori», I. Castellucci, F. Coppola, *Il sistema sanzionatorio decentrato del DSA: dinamica dell'apparato istituzionale*, in *Dir. di internet*, 1/2023, 49 ss., spec. 53.

nonché, del carattere doloso o colposo della violazione, delle misure adottate dal trasgressore per attenuare gli eventuali danni; della condotta precedente rispetto a violazioni e fattori aggravanti o attenuanti; del grado di cooperazione con l'autorità competente; infine della capacità economica del destinatario delle misure sanzionatorie. In relazione a tale ultimo aspetto, e in particolare al delicato nodo dell'afflittività delle sanzioni proporzionata (rispetto alle violazioni[91]) e giustificata nella prospettiva di assicurare un efficace *enfocement* della disciplina, la flessibilità delle valutazioni lasciate sul punto agli ordinamenti nazionali – foriera in linea di principio di rischi di frammentazione nella delineazione dell'apparato sanzionatorio e per conseguenza di non uniforme applicazione della disciplina in commento nel suo complesso – viene contenuta dalla previsione di criteri di determinazione degli importi massimi delle sanzioni, in adesione ad un approccio già percorso nel DSA[92].

In relazione al secondo profilo segnalato, il legislatore, con una disposizione di chiusura, prescrive agli Stati membri di riferire annualmente alla Commissione «in merito alle sanzioni imposte per far rispettare le disposizioni del presente regolamento, in particolare sul tipo di sanzioni applicate e sull'importo delle sanzioni pecuniarie e delle sanzioni finanziarie»[93], in modo da consentire alla Commissione di restituire il quadro complessivo europeo dei risultati conseguiti sul piano dell'*enforcement* decentrato nella relazione che la stessa è tenuta a presentare, entro due anni da ciascuna elezione del Parlamento europeo, a quest'ultimo e al Consiglio, nel quadro di un potere di regolazione della materia – che trova espressione, oltre che, come visto[94], nell'attività di adozione di orientamenti, nel potere della Commissione di adottare atti delegati, sostanzialmente tesi a incidere sulla natura delle informazioni da includere negli avvisi di trasparenza e di quelle oggetto degli obblighi di trasparenza addizionali in materia di tecniche di *targeting* e di consegna del

[91] Su questo specifico punto il criterio di indirizzo dettato dal Regolamento è dato dal riconoscimento della particolare gravità delle violazioni degli obblighi contemplati dagli articoli 5, 7, 11, 12, 13, 15, 16 e 18, alle fattispecie che riguardano «messaggi di pubblicità politica pubblicati o diffusi durante l'ultimo mese che precede un'elezione o un referendum e rivolte a cittadini dello Stato membro in cui è organizzata l'elezione o il referendum»: cfr. par. 5 dell'art. 25 del Reg. UE 2024/900.

[92] Nello specifico, le soglie fissate dal par. 2 dell'art. 25 del Reg. UE 2024/900, in ragione della capacità economica dell'autore della violazione, per l'importo massimo delle sanzioni pecuniarie irrogabili è pari al 6% delle entrate o del bilancio annui dello sponsor o del prestatore dei servizi di pubblicità politica «in funzione del valore più elevato», oppure pari al 6% del fatturato mondiale annuo dello sponsor o del prestatore dei servizi di pubblicità politica nell'esercizio precedente.

[93] Cfr. l'art. 25, par. 8 del Reg. UE 2024/900.

[94] Cfr. *supra* in particolare note 68 e 69.

messaggio pubblicitario[95] – e segnatamente di bilanciamento degli interessi rilevanti che potrebbero condurre all'esito di dare impulso alla modifica di una serie di profili oggetto di regolamentazione. Accanto alla funzione, dalla vocazione ampia, di valutazione, figura infatti quella di riesame nella rubrica della disposizione che assegna alla Commissione il potere-dovere di presentare la relazione, che investe aspetti tradizionalmente involgenti il contemperamento di istanze in tensione: la latitudine, come si è segnalato in precedenza, della stessa nozione di pubblicità politica e dei meccanismi identificativi della natura politica del servizio; il peculiare trattamento da riservare ai piccoli operatori (microimprese e piccole e medie imprese) in ragione della esigenza di equilibrare gli obiettivi conformativi del settore e gli interessi generali che li sottendono con le finalità di apertura del mercato interno; l'afflittività e l'entità delle sanzioni rispetto all'efficacia del sistema repressivo; le limitazioni del trattamento dei dati personali così come la consistenza dei vincoli in punto di trasparenza alla luce degli obiettivi di pubblico interesse riguardati; gli sviluppi dell'innovazione tecnologica come fattore significativamente condizionante i punti di equilibrio attingibili nell'indirizzo politico unionale[96]. Infine, sempre con riguardo alla necessità di tenere in equilibrio interessi naturalmente in tensione dialettica, il legislatore europeo orienta le scelte nazionali rilevanti in punto di determinazione delle sanzioni, richiamando i legislatori degli Stati membri in ordine alla necessità di tenere in conto le disposizioni normative a garanzia della libertà di stampa e della libertà di espressione e delle norme che disciplinano la professione di giornalista.

[95] Sul punto infatti l'art. 28 "esercizio della delega", rinvia agli articoli 12, par. 6 e 19, par. 5 del Reg. UE 2024/900 rispettivamente tesi a disciplinare gli "avvisi di trasparenza" e con ciò (art. 12, par. 1) le informazioni da inserire nei medesimi, e gli «obblighi di trasparenza addizionali in materia di tecniche di *targeting* e di consegna del messaggio pubblicitario in ambito di pubblicità politica *online*» e dunque gli elementi informativi (art. 19, par. 1) che i titolari del trattamento sono tenuti a condividere in ottemperanza agli stessi. Sul punto si vedano le considerazioni operate *supra* alla nota 68. La delega di potete di cui all'art. 12, par. 6 e 19, par. 5 può essere revocata in qualsiasi momento, e non pregiudica la validità degli atti delegati in vigore (art. 28, par. 3).

[96] Cfr. le lettere da a) a i) del par. 1 dell'art. 27 del Reg. UE 2024/900.

Ugo Adamo[*] *– Silvio Gambino*[**]

RAZIONALIZZARE O RIFORMARE LA FORMA DI GOVERNO PARLAMENTARE? DEMOCRAZIA, FORMA DI GOVERNO E (RISCHI ATTUALI DI) PREMIERATO[***]

«Il fatto è che, se il *Premier* si veste da sindaco d'Italia, non ci si deve meravigliare che la Camera dei Deputati – con qualche tenue possibilità di autodifesa, peraltro prevedibilmente destinata a rimanere scritta sulla carta, perché congegnata per essere in realtà bloccata dalla minaccia di dissoluzione o dalle resistenze dei partigiani del primo ministro uscente – rammenti un consiglio comunale *post* legge n. 81/1993, al quale resta cioè da fare poco o nulla»[1].

SOMMARIO: 1. Una premessa: le tipizzazioni costituzionali non possono risolversi in giudizi di mera funzionalità. – 2. Una proposta metodologica sui tempi e sull'oggetto di riforma. – 3. Una proposta di riforma *in itinere*: una riforma «tecnicamente sconclusionata». – 4. Conclusioni.

1. *Una premessa: le tipizzazioni costituzionali non possono risolversi in giudizi di mera funzionalità*

Nell'accostarsi alle tematiche costituzionali di organizzazione e di funzionalità delle istituzioni di governo, ai relativi processi evolutivi ma anche ai tentativi di revisione costituzionale e di legislazione elettorale (fin qui in gran parte falliti), le analisi costituzionalistiche, a ben vedere, si sono dimostrate poco interessate all'approfondimento delle relative prospettive *de jure condendo* anche nell'ottica dell'esperienza di governo sperimentata nei Paesi europei. Tuttavia, con riferimento specifico alle esperienze di governo a forma parlamentare, gli

[*] Associato di Costituzionale e pubblico, Università della Calabria, ugo.adamo@unical.it.

[**] Emerito di Pubblico comparato, Università della Calabria, silvio.gambino@unical.it.

[***] Il presente lavoro, frutto della riflessione congiunta dei due autori, è stato materialmente redatto da Silvio GAMBINO (§§ 1-2), e da Ugo ADAMO (§§ 3-4).

[1] Così l'omaggiato, criticando aspramente la figura dell'uomo solo al comando nella proposta di riforma costituzionale proposta nel 2004 nella XIV Legislatura d'iniziativa del Governo (Berlusconi II). S. PRISCO, *Un uomo solo al comando. La forma di governo a-parlamentare nel disegno di legge di revisione della parte II della Carta costituzionale*, ora in ID., *Costituzione, diritti umani, forme di governo. Frammenti di un itinerario di studio tra Storia e prospettive*, Torino, 2014, 155 ss.

studiosi della materia hanno comunque sottolineato gli elementi di razionalizzazione accolti in tali forme di governo. Omologo approccio è seguito dagli studi che si sono occupati delle forme di governo presidenziali e di quelle semi-presidenziali[2]. Nelle relative ricostruzioni sono presenti, al contempo, tanto l'assetto costituzionalizzato dei poteri (per come risultante dai testi costituzionali originari e dalle relative revisioni) quanto i profili evolutivi registrati nella "costituzione reale" dei Paesi appena richiamati, tanto da poter sottolineare in premessa come nessuna analisi della tematica odierna appare fondata se non si presenta come idonea a collegare il dato formale/costituzionale con quello pratico dell'analisi di effettività della forma di governo nella concreta realtà, secondo l'esperienza di volta in volta sperimentata.

Nel sottolineare la rilevanza dei meccanismi di "razionalizzazione" adottati dai costituenti dei diversi ordinamenti richiamati, soprattutto nell'ambito delle Costituzioni nate con la riaffermazione della democrazia (dopo le rotture dittatoriali degli anni '30), in tale prospettiva, una possibile comune griglia analitica porta a osservare come un simile approccio metodologico risulta debitore di un orientamento di pensiero che sottolinea come ogni Paese debba ricercare proprie strade nel processo di riadeguamento e di razionalizzazione delle istituzioni del circuito Parlamento-Governo, facendo costante riferimento alle esigenze presenti nella società e nella "coscienza collettiva" e alle finalità proprie dello Stato, senza poter ipotizzare effetti pressoché "taumaturgici" nella piena funzionalità della forma di governo dalla importazione (più o meno organica) di riforme costituzionali da altri Paesi nei quali tali ordinamenti hanno registrato riscontri positivi di funzionalità (potendosi in tal senso parlare di *performance* istituzionali).

Nello studio dei singoli casi nazionali, volto a ricercare l'esistenza di presupposti fondamentali per la configurazione di veri e propri "modelli di governo", rispettivamente "a parlamentarismo razionalizzato" e/o "a forma semipresidenziale", così, l'analisi di una parte degli studiosi della materia sembra optare per una tesi apparentemente scettica, ritenendo a tal fine maggiormente rilevante, per le stesse esigenze di definizione metodologica, di dover insistere sulle specificità nazionali delle esperienze di governo analizzate, sui relativi

[2] Fra gli altri, cfr. anche S. GAMBINO (a cura di), *Forme di governo*, Milano, 2007; ID. (a cura di), *Forme di governo e sistemi elettorali*, Padova, 1995; ID. (a cura di), *Democrazia e forme di governo. Modelli stranieri e riforma costituzionale*, Rimini, 1997; V. PIERGIGLI, L. MEZZETTI (a cura di), *Presidenzialismi, semipresidenzialismi, parlamentarismi. Modelli comparati e riforme istituzionali in Italia*, Torino, 1997; M. VOLPI, *La democrazia autoritaria. Forma di governo bonapartista e V Repubblica francese*, Bologna, 1979; G.F. PASQUINO, *Capi di Governo*, Bologna, 2009; A. DI GIOVINE, A. MASTROMARINO (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, 2007.

contesti storici, culturali e politici. La ragione di fondo di una simile metodologia di approccio, peraltro, si riconduce a una considerazione metodologica che trova pieno consenso nella ricerca comparatistica. L'approccio (che rimane) giuridico alle tematiche istituzionali delle forme di governo evidenzia in modo chiaro, infatti, che l'indagine sulle soluzioni adottate nei diversi ordinamenti in materia di organizzazione e di funzionamento delle istituzioni parlamentari e di governo descrive assetti e tipologie fortemente debitrici alle culture, alle ideologie e alle tradizioni proprie di ciascun Paese, da cui consegue che lo stesso approccio metodologico non ne può, ovviamente, prescindere nella definizione delle tipologie cui il comparatista e il costituzionalista risulta debitore nella propria ricerca.

Un'attenta considerazione delle problematiche poste dalla funzionalità della forma di governo nella stessa prospettiva delle sue esigenza di "razionalizzazione" e dalla sua sostanziale vanificazione con il graduale e sempre più rilevante condizionamento operato, con il progredire nel tempo, dai partiti di massa[3], non può sottacere, in tal modo, i rischi in cui s'incorre quando da parte di legislatori nazionali o di singoli studiosi s'individua nei modelli di governo fondati sull'elezione diretta del "capo dell'esecutivo" la via obbligata per il superamento di un governo parlamentare, ritenuto in modo più o meno esplicito inadeguato alle aspettative di rappresentanza e di governo delle società complesse nella fase contemporanea. E allora – «nei grandi paesi la democrazia politica (in regime poliarchico) tende a funzionare sempre più come democrazia d'investitura»[4], – una simile prospettazione d'"ingegneria costituzionale" non può sottovalutare – come è stato sottolineato – che, soprattutto in situazioni particolari caratterizzate da limitata maturità del contesto democratico e dal condizionamento dell'opinione pubblica (dovuto soprattutto alla concentrazione dei mezzi d'informazione radiotelevisiva e della stampa ma anche da declinazioni maggioritaristiche del sistema politico-partitico, come nella presente fase della storia politica del Paese), «il tentativo di approdare alle coste dell'America del Nord possa fallire e ci si ritrovi invece in un porto sud-americano; ma questo pericolo non toglie che le formule presidenziali o neo-parlamentari rappresentino una (soltanto) delle tendenze modalistiche immanenti alla vita costituzionale contemporanea e non soltanto una trovata di professori francesi in vena di *political engineering*»[5].

[3] Da tempo essi stessi in crisi, per non aver saputo rispondere alle aspettative di "modernizzazione" e di democratizzazione dello Stato ma, prima ancora, alle esigenze rappresentative e di intermediazione loro richieste: S. Gambino, *Partiti politici e* Parteienstaat, in *Politica del diritto*, 2/2018.

[4] E. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 672.

[5] Rimanendo ancora assolutamente attuale: *Ibidem*.

Continuano ad assumere rilievo i profili metodologici e di teoria generale relativi ai nodi gordiani della democrazia negli stati contemporanei, stretti come sono fra le esigenze (di legittimazione) della rappresentanza politica e quelle (funzionali) della stabilità e della coerenza degli indirizzi di governo.

Nell'evoluzione politico-istituzionale e nell'attualità, alla luce di indirizzi di governo che mostrano più di un favore verso forme di "Premierato"[6], si può rilevare come i riferimenti programmatici delle forze politiche in campo, in tema di riforma costituzionale, sembrano aver guardato al modello israeliano[7] (sia pure vigente per un breve lasso temporale)[8], caratterizzato principalmente per l'adozione del sistema elettorale maggioritario nella sua forma pura, in un contesto di elezione (legittimazione) diretta (anche) del *premier* con conseguente depotenziamento dei poteri propri del capo dello Stato.

2. *Una proposta metodologica sui tempi e sull'oggetto di riforma*

Nel proporre alcune osservazioni generali sul punto, appare opportuno richiamare come siano ormai pochi i costituzionalisti che, nella loro riflessione sulle forme di governo, sulle relative problematiche di funzionalità (risalenti e attuali) e sulle stesse prospettazioni di "ingegneria istituzionale-costituzionale", rifuggano dalla considerazione degli stretti rapporti esistenti tra quadro normativo-costituzionale e sua concreta traduzione nella realtà. È ciò che nella dottrina costituzionale, da vecchia data, si vuole intendere quando si fa riferimento a termini come "costituzione materiale", "vivente", "reale" o terminologie similari, sulla cui ambiguità, nondimeno, è pienamente ragionevole convenire. Da questo punto di vista, come si può ricordare, vi è stato chi ha perfino definito come "monche e fuorvianti", sotto il profilo euristico, quelle analisi che si fondano sui criteri tipologici adottati dalla dottrina costituzionalistica dagli anni '40 del secolo passato e perfino come inservibili le tradizionali tipologie delle forme di governo basate sulla definizione degli equilibri fra gli organi costituzionali in base al classico principio di separa-

[6] S. Gambino, *Dal 'semipresidenzialismo debole' al 'premierato assoluto'. Riflessioni critiche sulla ingegneria costituzionale in tema di forma di governo*, in *Crisi della politica e riforme costituzionali*, a cura di G. Giraudi, Soveria Mannelli, 2004.

[7] *Ex pluribus*, S. Pasquetti, *La nuova forma di governo israeliana*, in *Il Politico*, 2/1998, 311 ss.; F. Clementi, *L'elezione diretta del Primo ministro: l'origine francese, il caso israeliano, il dibattito in Italia*, in *Quaderni Costituzionali*, 3/2000, 579 ss.; J.O. Frosini, *Il sistema "primo ministeriale": una quinta forma di governo?*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2010, 297 ss.; F. Severa, *L'elezione diretta del vertice del Governo e le sue possibili declinazioni materiali: il precedente israeliano e il nuovo modello italiano*, in *Democrazia e Diritto*, 2/2023, 59 ss.

[8] Dal 1992 al 2001, per l'inesistente rendimento istituzionale.

zione dei poteri[9]. L'approccio analitico (non solo maggiormente ricorrente ma perfino) obbligato, così, appare quello che, per il suo fondarsi su una concezione dinamica e non meramente statica dell'ordinamento giuridico-costituzionale, si prefigge di cogliere – oltre alla formale distribuzione costituzionale delle competenze e ai relativi rapporti fra gli organi/poteri costituzionali – la reale effettualità dei singoli istituti costituzionali e dei concreti rapporti esistenti fra organi costituzionali, in una parola, tutta quella complessa realtà delle relazioni fra le istituzioni costituzionali che definisce una *living Constitution*[10]. Tale approccio, attento a cogliere oltre al dato normativo formale la stessa effettualità dell'ordinamento costituzionale, tuttavia, non può fondarsi – come avviene (più o meno frequentemente) nel ragionamento di una parte delle forze politiche, indisponibili a cogliere la distinzione fra (esercizio di) potere di revisione costituzionale e potere costituente – su concezioni svalutative della Costituzione, né attribuire al presupposto pattizio sotteso in esso un valore quasi giuridico, individuando nelle forze politiche le naturali destinatarie di un potere (sostanzialmente costituente) di aggiornare, in modo sistematico e senza riforme formali, l'ordinamento costituzionale. L'evoluzione politica e quella elettorale, nel sostenere fattualmente un modello di democrazia maggioritaria che nel tempo appare sempre più consolidato, non fa che confermare pienamente un simile ribaltamento dei rapporti fra opposizioni e maggioranza parlamentare, a favore di un chiaro rafforzamento di una maggioranza politica di destra, ancorché eterogenea (ma anche conflittuale) al suo interno.

È in tale prospettiva che, dopo aver riaffermato la necessarietà del rapporto di continuità tra costituzione reale e validità delle norme costituzionali, si deve sottolineare che è nella Costituzione formale – intesa come «atto legislativo integralmente e direttamente obbligante»[11] –, che può unicamente fondarsi e trovare rinnovata linfa il ruolo dell'interpretazione costituzionale e, con esso, più in generale, le stesse prassi attuative dell'ordinamento costituzionale e le procedure di revisione costituzionale, le quali si danno unicamente nell'ambito e nel rispetto dei limiti posti alla base dell'ordinamento costituzionale[12]. L'utilizzo di tali categorie, peraltro, consente di apprezzare in modo più adeguato

[9] Per un approccio in questo senso cfr., almeno, L. Elia, *Diritto costituzionale*, in *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, 357; M. Galizia, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio giuridico*, 1963; C. Mortati, "Costituzione (dottrine generali)", in *Enciclopedia del diritto*; F. Modugno, *Il concetto di Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, I, Milano, 1977.

[10] S. Gambino, *Forma di governo, partiti politici e sistemi elettorali. La* living Constitution *italiana nell'ottica comparatistica,* in *Costituzione – Economia – Globalizzazione. Liber amicorum in onore di Carlo Amirante,* Napoli, 2013.

[11] M. Dogliani, *Interpretazione della Costituzione*, Milano, 1982.

[12] Fra gli altri, M. Luciani, M. Volpi (a cura di), *Riforme elettorali*, Roma-Bari, 1995.

quel concetto che già nella dottrina gius-pubblicistica degli anni '30 del secolo scorso veniva definito di «integrazione pluralistica quale fine della Costituzione» in contrapposizione all'opposto indirizzo decisionista accolto nella teoria di C. Schmitt. Tale concezione, infatti, sembra maggiormente idonea a spiegare il dinamico equilibrio del sistema costituzionale che, in tale possibilità e nelle regole convenzionali che essa promuove, ritrova, appunto, una parte non certo secondaria delle proprie finalità.

Un approccio così caratterizzato, in un sistema costituzionale in equilibrio dinamico, farebbe tuttora ritenere, nella stessa prospettiva *de jure condendo*, che l'orizzonte delle riforme possibili sia quello soltanto che si orienti verso "riforme deboli", ma, come è noto, la volontà politica della presente maggioranza parlamentare non condivide una simile lettura. In tale prospettiva, risulta pienamente convincente la lettura secondo cui «l'autoriforma (costituzionale) in senso forte è una vera e propria contraddizione in termini»[13]. Seguendo un approccio di questo tipo, le "riforme possibili", così, sarebbero solo quelle modificazioni della Costituzione, anche eventualmente profonde, che corrispondano a mutamenti già effettuati in sede di Costituzione reale. A dispetto di ogni convinzione "mitica" sulle prospettive di riforma effettivamente praticate negli organi bicamerali, così, può ritenersi tuttora convincente quell'orientamento che sottolinea come «coloro che davvero si augurano cambiamenti della Costituzione idonei a favorire un migliore funzionamento delle nostre istituzioni devono dunque fare affidamento, assai più che sui documenti giuridici, sulla maturazione di condizioni costituzionali materiali che trasformi quelle che ora appaiono riforme (impossibili) in adeguamenti (possibili). Tali condizioni si riducono, nell'essenziale, nella plausibilità di un regime politico di alternanza, come da tante parti e in tante sedi si è detto. Ma tutto ciò, prima che opera del costituzionalista, è compito delle forze politiche e, ancora più decisivamente, dell'elettorato»[14]. In uno scenario di questo tipo, tuttavia, non poche sono le difficoltà del costituzionalista che, per non cimentarsi nella mischia politica, appare spesso costretto ad assistere a un dibattito sulla Carta fondamentale da parte dei *mass media* nel quale la *vis* politica che caratterizza le ipotesi riformistiche sembra piuttosto mirare alla fuoriuscita dalla vigente forma di Stato (per una non meglio definita "seconda", o "terza" Repubblica) anziché accompagnarsi con un'attenta analisi dei limiti espliciti e impliciti alle revisioni costituzionali[15] e con la stessa coeren-

[13] G. Zagrebelsky, *I paradossi della riforma costituzionale*, in *Politica del diritto*, 1/1986.

[14] Cfr. G Zagrebelsky, *Adeguamenti e cambiamenti della Costituzione*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1986, 934.

[15] Si rinvia ai contributi raccolti in *Alla prova della revisione Settanta anni di rigidità costituzionale*, Atti del Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Catanzaro, 8 e 9 giugno 2018, a cura di U. Adamo, R. Caridà, A. Lollo, A. Morelli, V. Pupo, Napoli, 2019.

za interna delle proposte di riforma che di volta in volta vengono proposte, cionondimeno, l'evidenziamento di tale difficoltà (che è anche, come si è visto, di rango metodologico) non può sottrarre al compito di affrontare taluni punti nodali che sono oggi al centro della strategia delle riforme costituzionali.

In tal senso, tuttavia, si deve osservare che risulta quanto meno riduttiva quella spiegazione dello stato di crisi degli organi costituzionali più rilevanti dell'apparato statale (ma soprattutto degli organi costituzionali di governo) conformata alla realtà delle prassi e delle convenzioni, più o meno conformi a Costituzione, che si sono affermate nel tempo. Senza negare l'importanza di una simile lettura, si può sottolineare come una parte significativa della caratterizzazione e delle stesse problematiche della forma di governo vigente nell'ordinamento interno e delle stesse prassi costituzionali (distorsive del regolare funzionamento degli organi costituzionali) deve ricondursi al particolare disegno originario dei rapporti fra gli organi costituzionali definito dai costituenti. In tale ottica, come è noto, il lavoro dei costituenti, fu influenzato sia dall'esperienza pre-fascista (regime parlamentare liberale) che faceva temere i rischi impliciti in un regime assembleare, sia dall'esperienza fascista, con le rotture in esso sperimentate del principio di ripartizione dei poteri a favore dell'esecutivo. Alla Costituente, come è noto, il solo Partito d'Azione, con Piero Calamandrei, aveva avvertito con maggiore determinazione che il fascismo era nato, se non proprio dalla fragilità dei governi parlamentari del primo dopoguerra, nel contesto delle incertezze e delle debolezze che gli stessi alimentavano, argomentando da quest'analisi la proposta di governi a forma presidenziale. Si trattò, come si ricorda, di una linea minoritaria, la scelta dei costituenti determinandosi a favore della forma di Governo parlamentare, a seguito del noto o.d.g. Perassi. In tale atto veniva evidenziata la necessità di assicurare stabilità all'esecutivo attraverso la ricerca di dispositivi costituzionali che evitassero possibili ricadute nel regime assembleare. Fu scelto, allora, un sistema parlamentare misto, cioè un Governo parlamentare "razionalizzato'; in questo spirito, furono adottati, quali dispositivi costituzionali atti a garantire la stabilità ministeriale, lo scioglimento delle Camere da parte del Presidente della Repubblica (PdR), tranne che negli ultimi sei mesi del suo mandato (art. 88 Cost.), la razionalizzazione del voto fiduciario (art. 94 Cost.) e infine, la distinzione tra Presidente del Consiglio e ministri (risultante, sia pure con qualche incertezza, dalla combinazione degli artt. 92 e 95 Cost.). Sennonché, tali previsioni non si sono rivelate efficaci alla prova del funzionamento e hanno finito con il dare vita a un modello labile, dominato dai partiti politici, nei quali si è andato via via concentrando il potere di fare o disfare i governi, vale a dire il "potere della crisi", condizione necessaria della garanzia reciproca tra i partiti che, in tal modo, si sono reciprocamente assicurati, grazie anche alla legge

elettorale proporzionale, un proprio ruolo in Parlamento, senza la necessità di coalizzarsi tra di loro prima del voto o almeno di dichiarare le proprie linee politico-programmatiche nella prospettiva delle future coalizioni di governo. La scelta a favore di un regime parlamentare parzialmente razionalizzato e l'adozione di una legge elettorale proporzionale hanno favorito, nella "costituzione reale" del Paese, com'è noto, un modello di Governo "debole", nel quale l'esecutivo, lungi dall'essere espressione di una maggioranza omogenea, eletta dal corpo elettorale sovrano, ha dovuto basarsi su coalizioni di partiti-gruppi parlamentari eterogenei. Inoltre, la stessa logica delle coalizioni ha finito col consegnare ai partiti politici un potere eccessivo (non previsto dalla Costituzione) che ha portato fino al controllo effettivo delle istituzioni e in particolare del Governo. Siamo, dunque, troppo avanti nel tempo per comprendere fino in fondo la natura e la valenza "garantistica" della strutturazione dell'organo governativo voluta dai costituenti, trascurando quelle preoccupazioni che avevano fatto parlare, con ragione, di un *metus tyramni*. Nella definizione della forma di governo, improntata, come è noto, più che alla garanzia della stabilità e dell'efficienza del potere decisionale politico, alla delineazione di un quadro organico di garanzie del sistema costituzionale complessivo (appropriato alla forma di Stato partecipativo e sociale), i costituenti avevano convenuto d'individuare il vero punto di gravitazione organizzativo e funzionale nelle assemblee parlamentari e di prevedere articolate forme di autonomia politica e territoriale ispirate, oltre che al decentramento dei poteri, alla diffusione del principio partecipativo e alla tutela del principio pluralistico. La scelta, dunque, ha operato a favore del parlamentarismo razionalizzato, nel senso della valorizzazione della logica assembleare, nel contesto più generale di un *favor* verso il pluralismo istituzionale e territoriale, più che a sostegno del processo decisionale e del rafforzamento dell'esecutivo; una forma di governo, pertanto, pienamente funzionale alle esigenze di una forma di Stato "di democrazia progressiva".

Se dunque coglie nel segno, rispetto al disegno costituzionale originario, quell'analisi dottrinaria che assume come centrale il Parlamento nella struttura organizzatoria della forma di governo, si devono riconoscere come non adeguatamente motivate quelle analisi problematiche che, se corrette rispetto ad altri punti di vista, risultano limitate per una carente considerazione della specifica ed esplicita volontà dei costituenti nel merito organizzatorio della forma di governo costituzionalmente accolta. Si può anche aggiungere che il disegno originario, pur senza regolare in modo organico la stabilità dell'organo esecutivo – lasciando irrisolta fra momento collegiale e momento monocratico la configurazione del Governo – ha, tuttavia, previsto una serie di meccanismi che, benché dissimili da altri (maggiormente stabilizzanti) accolti in altri ordinamenti costituzionali, descrivono come "razionalizzata" la forma di gover-

no parlamentare del Paese. Questa, a sua volta, si caratterizza per un sistema organico di contrappesi che, tuttavia, ha funzionato in modo discontinuo nel settantennio trascorso. A fronte di tale quadro funzionale dei rapporti fra gli organi costituzionali si è determinata, nella prassi, una diversa tendenza che ha portato (in modo differenziato nel tempo) a una permeabilità verso indirizzi e mediazioni delle maggioranze di governo, mettendo in crisi, in tal modo, l'intero quadro delle garanzie e delle stesse procedure disegnate dalla Costituzione.

Così riaffermata la non casualità dell'attuale strutturazione nell'organizzazione dei pubblici poteri e in particolare delle istituzioni costituzionali di Governo, tuttavia, si può convenire sulla sostanziale "inadeguatezza sopravvenuta" della forma di governo parlamentare in Italia, soprattutto se considerata rispetto alle problematiche della sua funzionalità riguardo alle aspettative della stabilità e della decisione politica attese dalla società italiana nel suo processo di trasformazione sociale e negli stessi assetti economici, richiedendo sia procedure razionalizzate del processo decisionale sia una diversa e più adeguata disciplina dei rapporti fra Parlamento e Governo, peraltro in un contesto *multilevel*. I meccanismi stabilizzatori o – se si vuole – di "razionalizzazione" dell'organo esecutivo, soprattutto nei suoi rapporti con le Camere e con il Presidente della Repubblica, tuttavia, si sono dimostrati ampiamente inefficaci, e ciò anche e soprattutto in ragione della "sregolatezza" dei partiti politici e della loro potenzialità a conformare alle proprie aspettative gli indirizzi di governo. Le norme destinate ad assicurare unità e omogeneità al Governo si sono appalesate inefficaci a contrastare la forza e la stabilità delle regole di coalizione e degli accordi di governo[16]. Prassi e convenzioni costituzionali non previste e spesso contrarie allo spirito e al testo costituzionale, così, hanno regolato, nella concreta realtà, il funzionamento dei rapporti fra gli organi costituzionali e in particolare degli organi titolari del potere legislativo e di quello esecutivo. Nuovi e vecchi "prìncipi", i partiti politici – e al loro interno (con poche differenze fra partiti della maggioranza e quelli di opposizione) una classe politica nettamente indisponibile a darsi regole di democrazia interna nello spirito dell'art. 49 Cost.[17] – hanno tentato di sostituirsi, e spesso con successo, alla sovranità del Parlamento, ormai detronizzato e ridotto a notaio di decisioni prese in sedi esterne (partiti, gruppi di pressione e/o d'interesse, quando non si tratta, come osservava Bobbio, di "cripto-governi", cioè di veri e propri centri di potere occulto).

[16] A. D'Andrea, *Accordi di governo e regole di coalizione. Profili costituzionali,* Torino, 1991 cui *adde* anche il nostro *La 'razionalizzazione' del potere esecutivo in Italia*, in *Quaderni costituzionali*, 3/1988.

[17] S. Gambino, *Una rilettura dell'art. 49 Cost.: la democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, in *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, 2005.

Una simile osservazione, così, consente di cogliere le origini più profonde della crisi politico-istituzionale del Paese la quale, almeno in modo principale, non sembra riguardare la forma di governo quanto piuttosto il modello di democrazia più complessivo alla cui realizzazione concorrono – accanto a esso – il sistema elettorale utilizzato, il sistema dei partiti, le culture e i comportamenti politici dei cittadini-sovrani. Nonostante i cambiamenti registrati nell'esperienza concreta, in tale quadro, si osserva che la Costituzione ha registrato una singolare stabilità[18], che ha fatto da cornice giuridica a processi di cambiamento profondi nel Paese (ancorché talora accompagnati da rotture laceranti); il modello costituzionale italiano è rimasto pressoché analogo a quello delineato dai costituenti, sia pure con alcune lievi modifiche. La dottrina si è interrogata sulla natura e sulle qualità di tale (sostanziale) rigidità del sistema costituzionale. Si è osservato, sotto tale profilo, che la stabilità delle istituzioni costituzionali del Paese rispetto a quella registrata nelle altre esperienze costituzionali contemporanee in Europa si può spiegare in base ad alcuni fondamentali elementi, uno dei quali è dato certamente dalla particolarità delle soluzioni del "compromesso costituzionale" che è a base degli esiti politico-culturali della guerra di liberazione dal nazi-fascismo. La Costituzione italiana ha riconosciuto e garantito la dialettica politica e sociale, ponendo come unico limite l'utilizzo del metodo democratico nella partecipazione politica di tipo partitico (art. 49 Cost.) e opponendo, più in generale, nel momento associativo, il limite dei comportamenti vietati ai sensi dell'art. 18 Cost. e dalla XII Disposizione transitoria e finale della Carta. A tale dialettica si oppone una società prefigurata, che si caratterizza per la ricerca di una democrazia compiuta, dell'eguaglianza sostanziale, dello sviluppo della persona, della partecipazione effettiva dei lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. L'altro elemento centrale di stabilità è dato dal sistema partitico, che ha guidato, con luci e ombre, il processo di democratizzazione del Paese, tanto da non avvertirsi l'utilità o la necessità di riforme costituzionali, più o meno radicali, per la semplice ragione che gli aggiustamenti ritenuti necessari venivano attuati in via di prassi. I referendum costituzionali del 2006 e del 2016, in tale prospettiva, hanno pienamente confermato il radicamento del Paese alla Costituzione repubblicana, in quello che è stato anche qualificato come "patriottismo costituzionale".

La novità, dunque, anche sotto questo profilo, sembra da cogliere appunto nella forte evoluzione registrata in materia di rappresentanza politica e con riferimento alla crisi di rappresentatività dei partiti politici a fronte

[18] Ma non anche la legge elettorale: G. Tarli Barbieri, *L'infinito riformismo elettorale tra aporie giuridiche e dilemmi costituzionali*, in *Federalismi.it*, 1/2018.

della sempre più rimarcata e conflittuale complessità sociale contemporanea. Le sottolineature critiche si muovono, quindi, nei confronti di una prospettiva orientata verso forme di democrazia "immediata", come è stato anche definito lo scenario politico-istituzionale in cui s'inscrive la strategia della riforma elettorale (prevalentemente) maggioritaria accolta in Italia a partire dai primi anni '90. Si può osservare che tale orientamento di pensiero appare, probabilmente, troppo condizionato dall'avere assunto in forma rigida una categoria di analisi – quella di "democrazia immediata" – che da Vedel a Duverger in poi non poteva certamente presumere di assurgere a categoria dogmatico-prescrittiva, potendosi unicamente limitare a una categorizzazione della volontà di integrare circuiti di comunicazione politica non limitati esclusivamente a quelli partitici[19]. Si deve, peraltro, sottolineare che la sperimentazione che se ne è fatta negli anni più recenti può far riflettere seriamente sui rischi di derive plebiscitarie a cui una simile strategia istituzionale può andare incontro, soprattutto se non si affrontano, regolandole in modo adeguato, le centrali questioni dell'informazione e della proprietà dei mezzi di comunicazione di massa (a stampa e quelli radio-televisivi, fino ad arrivare alle più recenti forme di comunicazione *social*). Se, dunque, le forme di democrazia "immediata" non possono fondarsi su una concezione della rappresentanza del corpo sociale riunificata in senso spirituale in una unità che trascende l'articolazione delle sue parti, rimane, tuttavia, che l'analisi dei costi della democrazia "immediata" – nella richiamata direzione plebiscitaria – andrebbe, se non proprio capovolta, (almeno) interrogarsi sui "costi" della democrazia iperpartitizzata, tuttora sregolata e indisponibile a ogni soluzione (in sede legislativa o di auto-riforma) di riqualificazione dei processi di selezione della classe politica e di democrazia interna ai singoli partiti. È in tale quadro soltanto, così, che si può comprendere e giustificare la ricerca di forme più adeguate – che rimangono comunque condizionate dai limiti intrinseci del modello teorico-costituzionale della democrazia rappresentativa – per il superamento della crisi di rappresentatività dei partiti e il ripristino della piena capacità rappresentativa e decisionale delle assemblee parlamentari e, più in generale, per l'attuazione di una forma di governo stabile, forte e responsabile nel suo indirizzo, ristabilendo, così, «un equilibrio certo non facile fra rappresentanza e forma immediata di espressione della sovranità, equilibrio che è la condizione necessaria perché la legittimazione diretta dei governi

[19] Fra gli altri, M. Duverger, *Le nuove frontiere della democrazia*, in *Rassegna parlamentare*, 2/1996; L. Elia, *Stabilità del Governo e regime parlamentare*, in *La riforma delle istituzioni,* Roma, 1995.

non acquisti tratti plebiscitari»[20]. E dunque, ci si chiese di quale modello di democrazia una società abbia veramente bisogno in una data fase storica[21].

Se hanno una qualche fondatezza le osservazioni svolte fin qui, sembra allora che si possa affermare che una delle ragioni principali della crisi istituzionale nel Paese sembra da individuare nella concreta politica costituzionale praticata nel settantennio trascorso. Alle scelte delle forze politiche deve farsi ricondurre – almeno fino ai primi anni '90 – una delle principali torsioni della democrazia parlamentare registrata nel Paese, data dalla mancata alternanza al Governo fra maggioranza e opposizione, che è l'idea guida dello Stato costituzionale moderno e del suo modello di democrazia parlamentare. Ciò non per riaffermare tesi critiche sul ruolo politico-costituzionale reale e sulle distorsioni nella rappresentanza politica, che sono state ampiamente argomentate in dottrina, quanto piuttosto per sostenere la sostanziale inutilità di ogni riforma costituzionale che non affronti in modo preliminare il problema del ruolo effettivamente svolto dai partiti nel sistema costituzionale reale e la questione da più tempo ormai matura di una riforma che li riguardi. Le stesse osservazioni problematiche possono farsi a proposito delle proposte di riforma elettorale intervenute nel tempo.

Tirando le fila complessive di queste osservazioni, si può dire, in conclusione, che se in astratto il dibattito sulle riforme istituzionali e costituzionali ha una sua validità, in quanto riflessione sui nodi politici della democrazia italiana, se non si vuole ricadere nel rischio di una chiusura autoritario-plebiscitaria del sistema politico (le cui premesse sembrerebbero già presenti, a volerle cogliere), meglio varrebbe – contestualmente all'opera di razionalizzazione della forma di governo nella direzione di formule razionalizzate del presente parlamentarismo (secondo il modello tedesco) e di potenziamento del decentramento politico-territoriale – attendere allo scioglimento di quelli che a giudizio comune costituiscono i nodi accertati da sciogliere: da una parte, quelli finalizzati a un miglioramento dell'attività e del funzionamento dell'istituto parlamentare nella direzione della razionalizzazione del processo decisionale, dall'altra – e in particolare – quelli relativi al superamento dei vincoli nella struttura dell'istituzione governativa e dei relativi rapporti con il legislativo e infine della situazione di grave disfunzione in cui da decenni versa il sistema amministrativo centrale e quello regionale-locale. Ma tale prospettiva si scontra – come si è detto – con una realtà che non è più composta di soli assetti giuridico-costituzionali quanto di uomini che rendono tali assetti concretamente vivi e operanti in un modo

[20] Così – più di trent'anni fa – A. BARBERA, *Una riforma per la Repubblica,* Roma, 1991, 92.

[21] Fra gli altri, A. LIJPHART, *Le democrazie contemporanee*, Bologna, 1988 e G.F. PASQUINO, *Restituire lo scettro al principe*, Bari, 1985.

piuttosto che in un altro. Si vuole dire, *id est*, che nessuna riforma appare praticabile o capace di produrre cambiamenti effettivi se non si affronta prioritariamente il problema degli uomini, quindi della classe politica, della sua qualità rappresentativa, del suo ampliarsi a dismisura, del suo rifiuto a darsi procedure e regole adeguate a riavviare la ripresa di un rapporto di fiducia e di affidabilità che al momento appare nettamente compromesso. Prima ancora, risulta adeguato rispetto a tale obiettivo un ridimensionamento delle interferenze dei partiti nella dinamica dei poteri costituzionali. Una direzione riformistica, fondamentale nella direzione delle prospettive qui considerate, è quella già richiamata, e più specificamente orientata a un intervento riformatore concernente taluni aspetti della vita del partito a maggiore gravitazione pubblicistica nonché la sottolineatura di altri aspetti della stessa vita interna dei partiti che benché rigidamente attribuiti all'autonomia interna degli stessi devono rispondere a procedure giuridiche più trasparenti ed efficaci al fine di rivitalizzare la partecipazione politica di tipo partitico. La previsione, in tal senso, di statuti-tipo che assicurino pienamente la democrazia interna dei partiti appare una questione non ulteriormente rinviabile. Come ai primordi dello Stato moderno, la sfida centrale del costituzionalismo contemporaneo, così, rimane quella di «limitare il sovrano»[22], rappresentato tuttora dal sistema dei partiti (che è in crisi ma cionondimeno rimane sregolato). In breve, solo l'adozione di misure di riforma nel sistema politico-partitico, se accompagnata da un'efficace riforma amministrativa e negli ordinamenti regionali e locali, appare capace di dare un significato e una prospettiva reale all'attuale fase di revisione costituzionale, in modo tale che le necessarie riforme degli assetti di governo e della stessa forma dello Stato non perdano tutta la ricchezza di civiltà giuridica e di giustizia sociale accolta settantacinque anni orsono nel patto costituzionale stipulato dai costituenti.

3. *Una proposta di riforma* in itinere*: una riforma «tecnicamente sconclusionata»*[23]

Ricostruito il quadro metodologico all'interno del quale valutare i progetti di riforma della forma di governo[24], prendiamone ora in considerazione l'ulti-

[22] L'approccio in questo senso è – come è noto – di G.U. Rescigno, *Potere politico e sistema dei partiti*, in *Politica del diritto*, 1/1984, cui *adde* anche, fra gli altri, il nostro *Crisi istituzionale e riforma della Costituzione*, Pisa, 1983.

[23] Aa.Vv., *Costituzione quale riforma? La proposta del Governo e la possibile alternativa*, Firenze, 2024, 55. C'è chi ne ha parlato come di un giudizio financo benevolo: E. Rossi, *La nomina del Presidente del Consiglio realizzata mediante una norma abrogata: quel pasticciaccio della norma transitoria*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2024, 5.

[24] Nello stesso senso di chi scrive, già dal titolo A. Algostino, *Premierato … purché capo sia: il fascino della verticalizzazione del potere e i rischi del suo innesto in una democrazia spoliticizzata*,

mo di una lunga serie, il cui ddl è stato da ultimo approvato in Commissione Affari costituzionali del Senato[25].

Con la presentazione alle Camere del ddl costituzionale A.S. 935 (*Modifiche agli articoli 59, 88, 92 e 94 della Costituzione per l'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri, il rafforzamento della stabilità del Governo e l'abolizione della nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica*), da parte del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro per le riforme istituzionali e la semplificazione normativa, il 15 novembre 2023[26] ha preso abbrivio il percorso parlamentare di un nuovo (ennesimo) tentativo di riforma della Parte II della Costituzione. Attenzionata subito dalla dottrina[27] come una riforma dalle troppe ombre e dalle pochissime (trascurabili) luci[28], già il successivo 24 aprile il suo cammino ha conosciuto un importante "traguardo" con l'approvazione in Commissione. Seppure l'*iter* di riforma costituzionale sia ancora in divenire le annotazioni che seguono vogliono offrire spunti di riflessione critica a partire dalla rubrica del ddl[29], perché questa ci fa intendere come chi ha esercitato l'iniziativa abbia voluto escludere (o comunque non cercare) la strada di una riforma condivisa, proiettandosi già da allora verso il *referendum confermativo*.

Come accaduto durante la scorsa Legislatura per la riduzione del numero dei parlamentari, nella rubrica del ddl (questa volta scritta direttamente dal Governo) agli articoli oggetto di proposta di modifica si accompagna l'indicazione dei contenuti degli stessi. Tale titolo, però, contiene un riassunto solo parziale (nulla si dice, per esempio, sulla controfirma ministeriale o sul semestre bianco) e in un caso ("il rafforzamento della stabilità del Governo") palesemente ingenuo se non proprio ingannevole, perché pone un assunto indimostrato, se non anche incostituzionale qualora rappresentativo di un interesse che si bilancia[30] in modo

in *Rivista Aic*, 3/2003, 120 ss.; E. Cheli, *Perché dico no al presidenzialismo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2022, 61.

[25] M. Volpi, *Gli emendamenti al progetto di Premierato elettivo: cortine di fumo e negatività*, in *Astrid rassegna*, 6/2024.

[26] Che ha assorbito il ddl costituzionale (*Disposizioni per l'introduzione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri in Costituzione - n. 830*) d'iniziativa dei senatori Renzi, Paita, Enrico Borghi, Fregolent, Sbrollini, Scalfarotto e Musolino, già presentato il 1° agosto 2023.

[27] Aa.Vv., *Costituzione quale riforma?*, cit., 94.

[28] Le poche sono arrivate durante la discussione in Commissione e sono da considerarsi tali non in generale ma solo se riferite al ddl governativo (su tutte il venir meno del 55% come risultato costituzionalmente imposto per il premio di maggioranza per la futura legge elettorale).

[29] Comunque modificata nel testo proposta dalla Commissione.

[30] A dire il vero non saremmo neanche dinanzi a un vero e proprio bilanciamento avendo a mente Corte cost., sent. n. 1/2014; trovandoci dinanzi, da una parte, a un principio (gover-

irragionevolmente prevalente rispetto al principio della rappresentanza[31]. Si tratta, in quest'ultimo caso, di un argomento parassitario in quanto contenente una *petitio principii*, nella misura in cui è razionalmente insufficiente perché affetto da (grave) indeterminatezza. Il Governo, invece, lo ha proposto perché cosciente che quel testo caratterizza una riforma che – non inseguendo il (nobile) compromesso, unico in grado di non far approvare il testo con la maggioranza dei 2/3 – necessiterà della maggioranza assoluta, per poi attendere il *referendum*. In questa ricerca di legittimazione diretta[32], il presentatore della riforma era conscio che il titolo del quesito referendario è molto probabile che contenga la stessa rubrica della riforma.

Se il progetto di riforma dovesse proseguire in questa direzione, si assisterebbe all'ennesima torsione politica dell'istituto referendario. Il testo costituzionale – come è noto – non attribuisce alcuna aggettivazione al *referendum ex* art. 138 cost., ma volendone individuare una che meglio ne rispecchi la natura non potrebbe che essere quella di "oppositivo"[33].

E infatti, il *referendum* costituzionale non richiede alcun *quorum* di partecipazione; se questo fosse previsto vorrebbe dire che le minoranze dovrebbero trasformarsi in maggioranza e si chiederebbe troppo a chi tenta di opporsi a un progetto che ha già ottenuto la maggioranza dei voti nei luoghi della rappresentanza parlamentare. E ancora, la richiesta del *referendum* da parte della stessa maggioranza svilirebbe in modo assai rilevante lo stesso potere di revi-

nabilità), dall'altro, a un interesse (stabilità), al massimo saremmo dinanzi a un bilanciamento diseguale.

[31] Nel titolo non si trattava neanche del rinvio a una legge elettorale che deve garantire il premio di maggioranza *ex* art. 92, c. 2, a seguito della riforma. Il tema della legge elettorale è centrale perché si è proposta una norma transitoria che posticipa l'effetto giuridico dell'abrogazione e delle modifiche costituzionali alla entrata in vigore della nuova elegge elettorale (per il Parlamento e il *premier*). Proprio per il suo contenuto, l'art. 5 ddl costituzionale non contiene alcuna "norma transitoria" quanto piuttosto una norma "posticipatoria" dell'entrata in vigore della riforma a seguito di una produzione normativa (di una fonte, la legge statale) a essa sottordinata; di una fonte che, però, può comportare una situazione *sine die* dell'abrogazione sospesa nella misura in cui non esistono obblighi giuridici per imporre al Parlamento di legiferare e non si può escludere che le future maggioranze siano diverse da quelle che approveranno la riforma. L'art. 5 ("Norme transitorie") così recita «2. La presente legge costituzionale si applica a decorrere dalla data del primo scioglimento o della prima cessazione delle Camere successivi alla data di entrata in vigore della disciplina per l'elezione del Presidente del Consiglio dei ministri e delle Camere». In dottrina 'per tutti' cfr. E. Rossi, *op. cit.*, 1 ss.

[32] Già all'indomani dell'approvazione del ddl, in Consiglio dei ministri si è avuto premura di chiarire alla stampa che sarà certamente richiesto il *referendum* "confermativo".

[33] S. Panizza, *Alcuni dubbi sulla qualificazione come "confermativo" del* referendum *costituzionale di cui all'art. 138 Cost. ad opera dei relativi decreti di indizione del Presidente della Repubblica*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, 553 ss.; F. Ferrari, *Confermativo? No, questo* referendum è *oppositivo*, in *LaCostituzione.info* del 9 novembre 2016.

sione costituzionale così come prescritto dall'art. 138 Cost. che invece ritiene possibile la contrapposizione referendaria oppositiva alla volontà (già) espressa dal Parlamento.

Ritornando al testo, nel corso del dibattito in commissione senatoriale, esso ha conosciuto diverse modifiche, anche di rilievo, che andremo ad analizzare prendendo a riferimento il testo deliberato il 24 novembre.

Una redazione, quella del testo licenziato[34], che in molte sue parti appare sciatta, forse anche per essere il risultato di continue contrattazioni tra le diverse anime presenti nella compagine governativa dove il confronto dialogico è assai accesso e volto al raggiungimento della maggioranza assoluta e, quindi, all'esclusione di una proposta condivisa anche dalle opposizioni, in linea con la torsione dell'istituto referendario per come poc'anzi sottolineato.

La riforma ha come suo cardine il rapporto tra Parlamento e Governo, ma ciò non significa che altre modifiche non interessino altri organi, con conseguente mancata omogeneità della proposta di riforma costituzionale.

L'art. 59 – nelle finalità dei riformatori – non dovrebbe più riconoscere la nomina dei senatori a vita da parte del PdR (a oggi atto presidenziale per forma e sostanza). In piena distonia con quanto si legge nella *Relazione* del ddl 935[35], la proposta di abrogazione di tale disposto non si pone in consonanza con gli obiettivi di razionalizzazione di ciò che, almeno nelle intenzioni, si prefigge di raggiungere la maggioranza determinata a seguito delle elezioni, che non potrebbe essere messa in discussione da una sia pur minima partizione del consesso senatoriale, a maggior ragione a seguito della riforma del 2020 che ha determinato in cinque il numero massimo dei senatori a vita[36]. La *ratio* della proposta è quella per cui è necessario ridurre il più possibile il rischio di una

[34] La proposta disegna una forma di governo unica nel panorama comparato (di premierato elettivo) che si distanzia anche dalle altre esperienze di premierato: T.E. Frosini (a cura di), *Il premierato nei governi parlamentari*, Torino, 2004; A. di Giovine, A. Mastromarino (a cura di), *op. cit.*; R. Tarchi, *Il "premierato elettivo": una proposta di revisione costituzionale confusa e pericolosa per la democrazia italiana*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2003, 6 ss.

[35] «La formulazione del testo è ispirata a un criterio "minimale" di modifica della Costituzione vigente, nella convinzione che si debba operare, per quanto possibile, in continuità con la nostra tradizione costituzionale e parlamentare e che pertanto gli interventi di revisione debbano limitarsi a quelli strettamente necessari al conseguimento degli obbiettivi»; questo si legge a pagina 2 del Comunicato stampa del Consiglio dei ministri n. 57 (3/11/2023).

[36] Non solo non si sono prese in considerazione ipotesi emendative meno drastiche (la riduzione a tre; l'abrogazione della durata vitalizia; …), ma si è annullata la *ratio* della previsione che è, come recita la stessa carta costituzionale, quella di garantire nella Camera la presenza di «cittadini che hanno illustrato la Patria per altissimi meriti nel campo sociale, scientifico, artistico e letterario», e quindi di introdurre in Senato «alcune personalità in cui ciascun italiano, al di là delle opinioni politiche, possa riconoscersi e dimostrare che la Repubblica fondata sul lavoro premia col suo più alto riconoscimento coloro che con il lavoro la hanno illustrata»: P. France-

mancata consonanza elettorale tra legislativo ed esecutivo. Rischio che potrebbe determinarsi nel caso in cui alcuni parlamentari arrivassero a poter alterare i numeri di una maggioranza che – per come vedremo – è trainata dal *premier* eletto.

Altra proposta (autonoma nel contenuto e che mal si concilia con le altre) è quella che interessa l'art. 83 della Cost., che pospone dal terzo al sesto scrutinio per l'elezione del Capo dello Stato il passaggio dalla maggioranza dei 2/3 a quella assoluta dei componenti. Non è stato piuttosto preso in considerazione di "salvaguardare" la terzietà del presidente della repubblica innalzando i *quorum* per la sua elezione[37]. E infatti, la mera previsione di più scrutini da tre a sei per giungere al medesimo risultato già oggi possibile (ma con meno tempo), senza difficoltà si palesa come una modifica inutile in quanto il Presidente della Repubblica sarà (poi) comunque eleggibile dalla sola maggioranza.

Sempre con riguardo ai poteri del Capo dello Stato, il semestre bianco non sarà più collegato alla coincidenza con la fine della Legislatura, ma alla circostanza per cui «lo scioglimento costituisca atto dovuto», e quindi ogni qual volta lo scioglimento sia imposto dal *premier* che diventa in tal modo sempre più *dominus* dello scioglimento delle Camere.

Ancora una volta estranea da quella parte di riforma che tratta dei rapporti tra gli organi costituzionali di vertice è la previsione per cui «[g]li atti del Presidente della Repubblica sono controfirmati dai ministri proponenti, che ne assumono la responsabilità», segue quella per cui «[n]on sono controfirmati» quelli presenti nell'elenco[38] riportato nell'art. 89 riformato nella previsione della proposta. Se da alcuni[39] è stata definita una innovazione «storica», da altri[40] è da salutare favorevolmente, da altri[41] ancora, più condivisibilmente, questa parte di riforma è assunta come una precisazione singolare o comunque

SCHI, *Art. 59*, in G. Ferrara, T. Martines, Id., S. Traversa, D. Marra, E. Vozzi, *Commentario della Costituzione. Artt. 55-63. Le Camere.*, I, G. Branca (cur.), Roma, 1984, 107.

[37] Alla luce della costituzionalizzazione di un premio di maggioranza nell'art. 92, c. 2, Cost.: «La legge disciplina il sistema per l'elezione delle Camere e del Presidente del Consiglio, assegnando un premio su base nazionale che garantisca una maggioranza dei seggi in ciascuna delle Camere alle liste e ai candidati collegati al Presidente del Consiglio».

[38] La «*nomina* del Presidente del Consiglio dei ministri, la nomina dei giudici della Corte costituzionale, la concessione della grazia e la commutazione delle pene, il decreto di indizione delle elezioni e dei referendum, i messaggi alle Camere e il rinvio delle leggi». *Corsivo nostro*.

[39] C. FUSARO, *Il silenzio dei costituzionalisti e l'emendamento Pera sulla controfirma*, in *Astrid*, 5/2024, 5 aprile 2024, 6.

[40] A. RUGGERI, *La controfirma ministeriale e il gioco dell'oca, ovverosia quando si modifica la Costituzione per tornare… all'originario dettato (nota minima su una vicenda anomala)*, in *Consulta online*, 1/2024, 447.

[41] M. VOLPI, *Gli emendamenti al progetto di Premierato elettivo*, cit., 3.

gravida di problemi interpretativi che appaiono, ci si sente di aggiungere, non di secondo grado. Al di là delle problematiche connesse a una proposta che costituisce una elencazione parziale degli atti che per la giurisprudenza (un po' meno per la dottrina) fondano atti formalmente e sostanzialmente presidenziali, tanto da non dover richiedere la controfirma, il richiamo fra gli atti che non necessitano della controfirma a quello della *nomina* del Presidente del Consiglio dei ministri – quale atto sostanzialmente presidenziale – mal si concilia (per usare un eufemismo) con l'elezione diretta del *premier*.

Più sopra si parlava di qualche luce; fra queste vi è il limite del doppio mandato consecutivo del *premier eletto*. Ma la luce non solo non è piena, ma appare assolutamente tenue, poiché il divieto è solo per un mandato di tipo *consecutivo*, e la disposizione appare, ancora una volta, come un *unicum* per il quale «[I]l Presidente del Consiglio è eletto a suffragio universale e diretto per cinque anni, per non più di due legislature consecutive, elevate a tre qualora nelle precedenti abbia ricoperto l'incarico per un periodo inferiore a sette anni e sei mesi». Non prevedendo alcunché in tema di divieto di ricandidatura in caso di dimissioni, sicuramente non è escludibile che uno scioglimento "imposto" potrebbe comportare un premierato consecutivo (con tre elezioni, di cui una "indotta") per una durata di dodici anni e 6 mesi. L'obiettivo della governabilità, in questo caso, sarebbe abbondantemente raggiunto, ma, per quello che diremo, ancora una volta a discapito della rappresentanza.

Veniamo finalmente al *punctum dolens* della proposta riformatrice che riguarda la forma di governo e, quindi, gli artt. 92 e 94 Cost., per cui il PdR *conferisce*[42] al Presidente del Consiglio eletto l'incarico di formare il Governo; oltre a nominare e a revocare, su proposta di questi, i ministri.

Qui il cuore del "premierato all'italiana" (meglio detto «assoluto»)[43]: allontanandosi sia dalle forme moniste che dualiste[44], chi riceve una legittimazione diretta (il *premier*) ha comunque bisogno della fiducia camerale; e chi ottiene ancora una volta la legittimazione diretta (le Camere) sarà ostaggio del potere di scioglimento che rientra nella potestà esclusiva del *premier*. La legittimazione universale e diretta, *id est*, non è sufficiente a garantire stabilità per nessuno dei due organi costituzionali (e per di più entrambi poco rappresentativi).

[42] Nell'art. 89 della proposta, invece, la *nomina* non richiederebbe la controfirma.

[43] Riprendendo la più autorevole della dottrina che analizzava un testo seppur differente da quello che è oggetto della nostra attenzione: L. ELIA, *Il premierato assoluto. Relazione al Seminario ASTRID sul progetto governativo di riforma della Seconda Parte della Costituzione*, Roma, lunedì 22 settembre 2003, in *www.astrid-online.it*.

[44] Il riferimento, come è ovvio, va a C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, 1973, 73 ss.

Oltre a rimanere incomprensibile l'obbligo per la richiesta di una nuova mozione di fiducia verso lo stesso *premier* eletto qualora nella prima mozione lo stesso non abbia raggiunto la maggioranza, dal testo[45] si evince che prima di giungere allo scioglimento automatico la mancata fiducia deve ripetersi per due volte consecutive. Se invece il rapporto di fiducia si instaura, si impone quello stesso legame che finora si è osservato solo nelle forme di governo regionali ("*aut simul stabunt aut simul cadent*")[46] e, ancora prima, in quelle comunali.

Venendo quindi alla fine del rapporto fiduciario, se nel caso di sfiducia al *premier* lo scioglimento è imposto, lo stesso non avviene nel caso di dimissioni (anche quelle dovute, per esempio a seguito di voto negativo da parte del Parlamento su una questione di fiducia) nella misura in cui il Presidente del Consiglio – che ha piena capacità di dominio sul Parlamento – può entro sette giorni proporre al PdR lo scioglimento e quest'ultimo dovrà comportarsi in modo conforme.

E ancora, se invece (si ricordi il patto della staffetta[47]) il "*premier* assoluto" non dovesse proporre lo scioglimento, il Presidente (a seguito di consultazioni, si assume con piena discrezionalità) potrà conferire o ancora una volta l'incarico di formare il Governo al Presidente del Consiglio dimissionario[48] o a un

[45] Art. 94, c. 3, della proposta: «Entro dieci giorni dalla sua formazione il Governo si presenta alle Camere per ottenerne la fiducia. Nel caso in cui non sia approvata la mozione di fiducia al Governo presieduto dal Presidente eletto, il Presidente della Repubblica rinnova l'incarico al Presidente eletto di formare il Governo. Qualora anche in quest'ultimo caso il Governo non ottenga la fiducia delle Camere, il Presidente della Repubblica procede allo scioglimento delle Camere». La seconda ipotesi di scioglimento imposto è il seguente: «In caso di revoca della fiducia al Presidente del Consiglio eletto, mediante mozione motivata, il Presidente della Repubblica scioglie le Camere. In caso di dimissioni del Presidente del Consiglio eletto, previa informativa parlamentare, questi può proporre, entro sette giorni, lo scioglimento delle Camere al Presidente della Repubblica, che lo dispone. Qualora non eserciti tale facoltà e nei casi di morte, impedimento permanente, decadenza, il Presidente della Repubblica può conferire, per una sola volta nel corso della legislatura, l'incarico di formare il Governo al Presidente del Consiglio dimissionario o a un altro parlamentare eletto in collegamento con il Presidente del Consiglio».

[46] F. Furlan, *Il premierato elettivo è la strada giusta? La lezione di vent'anni di elezione diretta dei Presidenti di regione*, in *Consulta online*, 3/2023, 1020 ss.

[47] Basti pensare alla seconda metà degli anni '80, in cui l'unica variante tra un governo e l'altro era (avrebbe dovuto essere) l'alternarsi di esponenti dei due partiti (quello della DC e del PSI) alla presidenza del Consiglio: su ciò A. D'Andrea, *Il patto della «staffetta» ed il dibattito in Parlamento sul II Governo Craxi*, E. Balboni, *Conflitti politici e nodi istituzionali nella crisi*, entrambi in *La difficile alternanza*, a cura di E. Balboni, D'Addabbo, A. D'Andrea, G. Guiglia, Milano, 1988, e, rispettivamente, a 29-62 e 212-215.

[48] La possibilità della nomina al dimissionario o a un altro parlamentare evidentemente è esclusa *in medias res* nel caso di morte o di decadenza.

altro[49] parlamentare eletto in collegamento con il Presidente del Consiglio. E questo per una sola volta nel corso della Legislatura.

Con ogni evidenza, nell'intenzione del legislatore di riforma è stata scritta una norma "antiribaltone", che vuole consentire solo a chi "appartiene" alla maggioranza che "ha vinto" le elezioni di succedere al Presidente del Consiglio eletto. Tuttavia, il Presidente del Consiglio subentrante non sarebbe più eletto a suffragio universale e diretto non godendo della medesima legittimazione del *premier* eletto ma avrebbe le stesse competenze e "preminenze". L'unica cosa che si violerebbe è ciò che la riforma vorrebbe preservare, ovverosia la capocrazia[50] di chi è stato eletto dal popolo[51].

Il PdR viene così spogliato della sua funzione di risolutore delle crisi parlamentari. Forse. Poniamo l'ipotesi per cui il sostituto del *premier dimissionario* che non ha imposto (entro sette giorni) lo scioglimento venga sfiduciato o addirittura non ottenga la maggioranza dei voti validi nella mozione di fiducia, a quel punto il testo in proposta di riforma tace non ricostruendo lo scioglimento come atto dovuto; in una ritrovata forma di governo parlamentare, il PdR potrebbe trovarsi a esercitare in modo libero l'atto di nomina che può interessare – ed è bene sottolinearlo – anche chi non è stato eletto parlamentare[52], potendosi, allora, configurare anche quello che l'attuale maggioranza è solita definire "governo tecnico"[53].

[49] Infatti, il *premier* deve essere un parlamentare, con tutto quello che ne consegue in termini di applicabilità dell'art. 64, c. 3, Cost.: «[i] membri del Governo, anche se non fanno parte delle Camere, hanno diritto, e se richiesti obbligo, di assistere alle sedute. Devono essere sentiti ogni volta che lo richiedono».

[50] M. Ainis, *Capocrazia. Se il presidenzialismo ci manderà all'inferno*, Milano, 2024.

[51] A. Spadaro, *Riforma* costituzionale *(premierato elettivo) o riforma* elettorale *(maggioritario con designazione del premier)?*, in *Consulta online*, 3/2023, 1070.

[52] Ma si badi bene che anche nella ipotesi del nuovo *premier* parlamentare, il PdR potrà sempre nominare (su proposta dell'incaricato) un Consiglio dei Ministri composto da soli tecnici tali da favorire una maggioranza molto ampia, diremmo istituzionale: R. Bin, *Una riforma da ridere*, in *www.laCostituzione.info.it*, 12 novembre 2023. Inoltre, per il Governo che dovesse succedere a quello iniziale non è più richiesto (lo era invece nel testo di iniziativa del Governo all'art. 4) il riferimento al vincolo dell'attuazione delle «dichiarazioni relative all'indirizzo politico e agli impegni programmatici su cui il Governo del Presidente eletto ha ottenuto la fiducia». Tale assenza è gravida di conseguenze per la ricostruzione che si sta proponendo in ordine alla impossibilità di "garantire" governi solo "politici", al netto di una espressione descrittiva dalla discutibile fondatezza: secondo il chiaro dettato costituzionale (anche riformato), il Governo è sempre, e per definizione, politico, nella misura in cui abbisogna della fiducia della maggioranza dei voti parlamentari, anche se al vertice del Governo vi è un *primus super pares*.

[53] La nascita di un "governo tecnico" sarebbe possibile già prima, basterebbe solo che via sia un *placet* o comunque non una diretta contrarietà al *premier* eletto che si manifesterebbe con la mancata richiesta di scioglimento e, quindi, con l'inizio delle consultazioni. Cfr. anche S.E. Pizzorno, *Gli emendamenti presentati dal Governo. (Appendice al contributo Il disegno di legge*

4. *Conclusioni*

Per come sottolineavamo nel quadro metodologico, la stabilità di governo è data dalla compattezza della coalizione; dalla regolarità della politica e non già dai meccanismi di ingegneria costituzionale. Col paradosso che mentre si stigmatizza la mancanza di stabilità se si riuscisse ad arrivare fino in fondo con la riforma costituzionale in parola vorrà dire che è stata la *stabilità* governativa a renderla possibile; e tutto ciò a prescindere dalla riforma medesima.

Ritorna ancora una volta la sciatteria redazionale di un testo che vuole cambiare la carta costituzionale a più di vent'anni da un'altra riforma[54] i cui effetti continuano a creare problemi, e non solo interpretativi.

Alla luce di quanto fin qui sostenuto, si riportano, perché rimangono attualissime, le domande (seppur retoriche) poste dall'autorevole collega che qui si è omaggiato e che rivolgeva anni addietro durante un'altra proposta di riforma costituzionale a chi pensa(va) al Presidente del Consiglio come a un sindaco d'Italia: «[n]on si era sempre lamentata, nell'Italia dell'assemblearismo e del proporzionalismo spinto, l'eccessiva omogeneità dei modelli organizzativi delle sue istituzioni, ai vari livelli territoriali? Qui continuiamo, invece, a rimanere dentro una logica di totale uniformità. E poi: e proprio sicuro che sindaco, presidenti di enti territoriali sovracomunali e primo ministro debbano avere gli stessi poteri […]?»[55].

Fino a qui ci siamo soffermati soprattutto solo sulle congerie delle proposte emendative della Carta costituzionale con lo scopo di dimostrare la fallacia delle stesse e l'infondatezza di una riforma che prescinda dal contesto in cui si vorrebbe inserire. Nel suo complesso, però, non si può chiudere questo contributo senza sottolineare il vero fine della riforma che si muove nel medesimo solco di quelle riforme fallite e di quelle che hanno trovato affermazione positiva, ci riferiamo alla drastica riduzione del numero dei parlamentari. Il fine è quello di escludere il conflitto dai luoghi della rappresentanza rendendoli in tal modo efficienti. L'esaltazione del valore della governabilità (il Governo propone, il Parlamento ratifica senza colpo ferire) è indicativo di una concezione limitata di democrazia; di una democrazia non conflittuale, di una democrazia ridotta a efficientismo, a-ideologica, in altri termini di una democrazia ridotta

costituzionale ad iniziativa governativa volto a introdurre il premierato. Considerazioni), in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2024, 109.

[54] Di «mera sciatteria tecnica» nella scrittura della riforma costituzionale dell'art. 123 aveva parlato, per esempio, R. Tosi, *Incertezze e ambiguità della nuova autonomia statutaria*, in *Le Regioni*, 5/1999, 847.

[55] Cfr. *retro* nota 1.

a conteggio numerico e istituzionalmente consacrata a mero passacarte dell'organo al vertice, il Governo e, al suo interno, il *premier*.

E il tutto in un sistema in cui il vero problema del Parlamento è che non dispone di un tempo adeguato alla discussione perché costretto dalle questioni di fiducia presentate ogni anno, anche in modo contestuale alla presentazione di maxi emendamenti, tanto da far non più discutere neanche le leggi che attribuiscono fisionomia all'ordinamento, come le leggi di bilancio.

La governabilità è un interesse costituzionale che se sganciato dalla rappresentanza risulta sottoposto a una torsione tale da non essere più pienamente democratico. Allo stesso modo, l'efficienza è un interesse che se non è teleologicamente orientato a quelli costituzionali risulta anch'esso sottoposto a una intollerabile torsione che mostrerebbe tutta la sua problematicità se non fosse costituzionalmente auto-evidente la risposta alle domande «efficienza in nome di cosa? a favore di chi?»[56]. Continua, quindi, quel processo di «impoverimento della democrazia»[57] che il corpo elettorale (chiamato a esprimersi nel *referendum* costituzionale) ha finora se non proprio arrestato almeno sensibilmente rallentato.

[56] A. Algostino, *Perché ridurre il numero dei parlamentari è contro la democrazia*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 30 settembre 2019, 5.

[57] Il prodotto di riforme che hanno il fine di garantire «l'uomo solo al comando»: V. Onida, *Il sistema parlamentare, garanzia di democrazia*, in *Il Corriere della Sera*, 8 giugno 2016.

Paolo Alvazzi del Frate[*]

I *CAHIERS DE DOLÉANCES* DEL 1789 E LA SOPPRESSIONE DELLE CORPORAZIONI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Fisiocrazia e sistema corporativo. – 3. I *cahiers de doléances* del 1789. – 4. I *cahiers* favorevoli alla soppressione. – 5. I *cahiers* contrari alla soppressione. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Razionalizzazione, semplificazione e liberalizzazione furono certamente i principali obiettivi del legislatore rivoluzionario. In materia economica e del lavoro, la Rivoluzione si ispirò alle dottrine individualistiche e liberistiche, tendenti a cancellare gli innumerevoli vincoli esistenti nell'ordinamento dell'*Ancien Régime* che impedivano la libertà d'impresa e di mercato. Simbolo della rete di comunità e di gruppi più o meno organizzati, le corporazioni di arti e mestieri rappresentarono dunque uno dei principali bersagli, tanto polemici quanto simbolici, delle riforme dell'epoca.

In questo breve scritto, ci proponiamo di svolgere alcune considerazioni intorno alle principali rivendicazioni e proposte di riforma relative alle corporazioni presenti nei *cahiers de doléances* del 1789 che – com'è noto – rappresentarono la base immediata delle riforme della prima fase della Rivoluzione.

2. *Fisiocrazia e sistema corporativo*

Nella seconda metà del Settecento la minuziosa regolamentazione del lavoro e del mercato, sulla quale era fondata la società dell'Antico Regime in Francia e un po' ovunque in Europa, fu oggetto di una intensa campagna polemica volta alla liberalizzazione del sistema attraverso la soppressione delle corporazioni di arti e mestieri. In nome di un presunto "ordine naturale", le dottrine liberiste, e in particolare la fisiocrazia, si proponevano di abolire ogni ostacolo giuridico all'esercizio della effettiva libertà dell'impresa e del mercato[1]. La soppressione integrale delle strutture corporative esistenti appariva quindi la

[*] Prof. ordinario di "Storia del diritto medievale e moderno", Università Roma Tre.

[1] Le dottrine fisiocratiche appartengono evidentemente al più ampio fenomeno dell'individualismo. Sul tema mi permetto di rinviare a P. ALVAZZI DEL FRATE, *Individuo e comunità. Considerazioni storico-giuridiche sull'individualismo*, II ed., Torino 2020.

premessa indispensabile per ogni successiva azione riformatrice nel nome del *laissez faire, laissez passer*.

Le corporazioni, divenute agli occhi della fisiocrazia il simbolo della arretratezza economica dell'Antico Regime, erano un insieme molto eterogeneo di associazioni di artigiani e commercianti, abitualmente definite in Francia *communautés de métiers*. Innumerevoli e diverse da regione a regione erano le denominazioni delle *communautés*: di queste ricordiamo, tra le più frequenti, *confrérie*, *gilde*, métier, *collège, maîtrise*, *jurande*[2]. L'esercizio di qualunque professione o mestiere era subordinato all'adesione a una corporazione e regolato in modo dettagliato dagli statuti corporativi. Alle corporazioni spettavano funzioni di sorveglianza sulle attività degli associati e sulla qualità dei prodotti, grazie al «potere di visita» di cui disponevano nelle botteghe, nei magazzini e opifici.

Grazie alla politica di sostegno dei prezzi di vendita e di limitazione dei salari degli operai e al rigoroso contingentamento dell'ammissione di nuovi associati, le corporazioni detenevano un pieno controllo del mercato ed eliminavano ogni possibilità di concorrenza, impedendo in pratica qualunque innovazione.

La denuncia degli effetti negativi del sistema corporativo sullo sviluppo economico rappresentò il tema centrale delle dottrine fisiocratiche[3]. Possiamo ricordare, tra gli altri, gli interventi di Quesnay, Mirabeau, Diderot, Gournay, Du Pont de Nemours, Turgot. Significative erano le parole di Diderot, secondo

[2] Sulle corporazioni in Francia esiste una vasta bibliografia. Ricordiamo, tra gli altri, gli studi di R. DE LESPINASSE, *Les métiers et corporations de la ville de Paris*, cit.; E. MARTIN SAINT-LÉON, *Histoire des corporations de métiers depuis leurs origines jusqu'à leur suppression en 1791*, III ed., Paris 1922; M. MARION, *Corporation*, in ID., *Dictionnaire des institutions de la France aux XVIIe et XVIIIe siècles*, Paris, 1923, 145-152; F. OLIVIER-MARTIN, *L'organisation corporative de la France d'Ancien Régime*, Paris 1938; E. COORNAERT, *Les corporations en France avant 1789*, Paris 1941; S. L. KAPLAN, *La fin des corporations*, Paris 2001; ID., *Idéologie, conflits et pratiques politiques dans les corporations parisiennes au XVIIIe siècle*, in *Revue d'Histoire moderne et contemporaine*, 2002/1, 5-55. Sugli orientamenti della storiografia cfr. T. BRANTHÔME, *Introduction à l'historiographie des corporations: une histoire polémique (1880-1945)*, in *Les Études Sociales*, n. 157-158, 2013/1, 213-229.

[3] Dell'ampia bibliografia sulla fisiocrazia si vedano i classici studi di G. WEULERSSE, *La physiocratie*, I-II, *Le mouvement physiocratique en France (de 1756 à 1770)*, Paris 1910; III, *La physiocratie à la fin du règne de Louis XV (1770-1774)*, Paris 1959; IV, *La physiocratie sous les ministères de Turgot et de Necker (1774-1781)*, Paris 1950; V, *La physiocratie à l'aube de la Révolution, 1781-1792*, Paris 1984. Tra le opere più recenti cfr. A. MERGEY, *L'État des physiocrates: autorité et décentralisation*, Aix-en-Provence 2010; L. VARDI, *The physiocrats and the world of the Enlightenment*, Cambridge 2012; TH. CARVALHO, *La physiocratie dans l'Europe des Lumières. Circulation et réception d'un modèle de réforme de l'ordre juridique et social*, Paris 2020; J. MESSERLÉ, *Les Lumières et la défense de la liberté du travail*, in *Philonsorbonne*, XV, 2021, 52-70.

il quale le corporazioni erano «ingiuste e funeste», e «l'abolizione intera e assoluta» avrebbe rappresentato «un passo verso un governo più saggio»[4].

Un primo e importante tentativo di liberalizzazione dell'economia e del lavoro fu realizzato già nei primi anni del regno di Luigi XVI, quando furono emanati – grazie all'azione del ministro Turgot – alcuni provvedimenti soppressivi del tradizionale sistema corporativo, largamente ispirati alle dottrine fisiocratiche. Ci riferiamo in particolare all'abolizione delle corporazioni, prevista dall'editto del febbraio 1776 (*Suppression des jurandes et communautés de commerce, arts et métiers*[5]), che rappresentò il provvedimento più rilevante di quel periodo. Le riforme, che incontrarono la ferma opposizione dei Parlamenti e delle principali corporazioni del regno, non ebbero pratica attuazione e, con l'allontanamento dal governo di Turgot il 12 maggio 1776, furono rapidamente abrogate.

Certamente la campagna fisiocratica e i tentativi di riforma lasciarono una traccia nell'opinione pubblica e i *cahiers de doléances* del 1789 ne furono inevitabilmente influenzati.

3. *I* cahiers de doléances *del 1789*

La riforma del sistema corporativo era considerata senz'altro come una questione di primaria importanza e fu *affrontata* da innumerevoli *cahiers*, prevalentemente, ma non solo, del Terzo Stato.

Le soluzioni prospettate non furono però univoche, dal momento che, accanto a una maggioranza di testi favorevoli alla abolizione delle corporazioni, vi erano *cahiers* che auspicavano riforme del sistema mantenendone però i tratti fondamentali. Come osserva Roger Picard, «si tous les Cahiers, sauf de très rares exceptions, parlent des corporations, ils sont loin d'être

[4] D. Diderot, *Lettre adressée à un magistrat sur le commerce de la librairie (1767)*, in Id., *Œuvres complètes*, a cura di J. Assézat e Maurice Tourneux, XVIII, Paris 1876, 7. «[Je] suis un des plus zélés partisans de la liberté, prise dans l'acception la plus étendue, qui souffre avec chagrin de voir le dernier des talents gêné dans son exercice, une industrie, des bras donnés par la nature, et liés par des conventions, … [je suis] de tout temps été convaincu que les corporations étaient injustes et funestes, et [je] en regarderais l'abolissement entier et absolu comme un pas vers un gouvernement plus sage». Anche l'*Encyclopédie* denunciò gli inconvenienti provocati dal sistema corporativo e si espresse in favore di una sua radicale riforma. François Véron de Forbonnais (1722-1800) scriveva nella voce *Communauté*: «Le premier principe du commerce est la concurrence; c'est par elle seule que les arts se perfectionnent, que les denrées abondent, que l'État se procure un grand superflu à exporter, qu'il obtient la préférence par le bon marché, enfin qu'il remplit son objet immédiat d'occuper et de nourrir le plus grand nombre d'hommes qu'il lui est possible», F. Véron de Forbonnais, *Communauté*, in *Encyclopédie*, cit., III, 724.

[5] *Recueil général des anciennes lois françaises*, a cura di Jourdan, Decrusy, Isambert, Armet, Taillandier, XXIII, 370-386.

tous d'accord à leur sujet, et depuis la suppression radicale jusqu'au maintien intégral ou renforcé de l'ancien régime, tous les modes possibles font l'objet d'un vœu»[6].

Gli studi esistenti sul tema[7] non forniscono un quadro certo, né completo, a causa della frammentarietà e dispersione della documentazione dei *cahiers de doléances* e della diversità delle metodologie adottate nelle ricerche[8]. Come osserva Steven Kaplan, «l'historiographie des cahiers consacrée aux corporations est extrêmement inégale, parce que les historiens ont travaillé sur différents corpus de documents, ont mis au point différentes catégories et différents tests, ont interprété les mêmes mots de façon parfois tout à fait divergente»[9]. Vi è tuttavia la possibilità di ricavare alcune significative tendenze di fondo negli orientamenti dei *cahiers*.

Si può innanzitutto osservare che i testi del Clero e della Nobiltà sul tema, meno numerosi di quelli del Terzo Stato, furono perlopiù favorevoli alla soppressione delle corporazioni: «contrairement à ce que l'on pourrait croire, les ordres privilégiés sont plutôt favorables à la suppression des communautés, dans l'espoir que la liberté de la concurrence amènera la baisse du prix des denrées»[10]. La dottrina liberista sembrava quindi aver conquistato un certo consenso anche nei ceti privilegiati.

[6] R. Picard, *Les Cahiers de 1789 et les classes ouvrières*, Paris 1910, 80. L'Autore prosegue segnalando che alcuni «Cahiers ne se donnent pas la peine de prendre parti et demandent simplement que les Etats examinent les diverses solutions, en ayant pour guide l'intérêt du commerce; mais ces Cahiers, indécis ou timides, sont peu nombreux», *ibidem*.

[7] Oltre a R. Picard, *Les Cahiers de 1789 et les classes ouvrières*, cit., ricordiamo E. Martin Saint-Léon, *Histoire des corporations*, cit., 606-617; C. Riffaterre, *Le sentiment du Tiers-Etat sur les corporations en 1789*, in *La Révolution française*, 1929, 289-309; B. F. Hyslop, *French Nationalism in 1789 according to the General Cahiers,* New York 1934 (n. ed. New York 1967); Ead., *French Gild Opinion in 1789*, in *The American Historical Review*, XLIV (1939), 252-271; J. Godechot, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'empire*, Paris 1951, 208-212; W.H. Sewell, *Work and Revolution in France. The Language of Labor from the Old Regime to 1848*, Cambridge 1980, 61-91; L. Vardi, *The Abolition of the Guilds during the French Revolution*, in *French Historical Studies*, XV (1988), n. 4, 704-717; M.P. Fitzsimmons, *The National Assembly and the Abolition of Guilds in France*, in *The Historical Journal*, 39 (1996), 133-154; G. Shapiro, J. Markoff, *Revolutionary Demands. A Content Analysis of the Cahiers de Doléances of 1789*, Standford 1998; S.L. Kaplan, *La fin des corporations*, cit., 380-392; M.P. Fitzsimmons, *From Artisan to Worker. Guilds, the Frenche State, and the Organization of Labor, 1775-1821*, Cambridge 2010, 7-57.

[8] I primi sette volumi delle *Archives parlementaires* costituiscono una base fondamentale per uno studio degli orientamenti dei *cahiers*. La nostra ricerca si basa essenzialmente su tale documentazione.

[9] S.L. Kaplan, *La fin des corporations*, cit., 386.

[10] E. Martin Saint-Léon, *Histoire des corporations*, cit., 606-607.

Più intenso e contrastato fu, invece, il dibattito animato dai *cahiers* del Terzo Stato[11]. L'interesse del ceto borghese per la liberalizzazione del lavoro era comprensibilmente assai vivo, data la rilevanza delle conseguenze politiche ed economiche che una modifica del sistema avrebbe comportato negli assetti sociali. Si può rilevare innanzitutto che, mentre le zone più povere e meno sviluppate del Paese si espressero decisamente in favore della soppressione delle corporazioni, quelle più ricche ed economicamente più avanzate, sostennero la conservazione del sistema: «les plus grandes villes et les contrées les plus industrieuses de la France, tiennent pour les corporations. Le parti abolitionniste ne réunit au contraire la majorité des suffrages que dans des villes de second ordre»[12]. Anche la città di Parigi non faceva eccezione, in quanto i *cahiers* del Terzo Stato non richiesero l'abolizione del sistema, ma soltanto l'introduzione di alcune riforme: «il semble donc qu'en définitive l'assemblée du Tiers à Paris ait été plutôt favorable au maintien des corporations, sous la condition que certaines réformes seraient réalisées»[13].

4. *I* cahiers *favorevoli alla soppressione*

La maggior parte dei *cahiers* dedicati alle corporazioni – s'è detto – si espresse a favore della abolizione del sistema. Con argomentazioni e toni comprensibilmente diversi, i testi sostenevano la necessità di una drastica liberalizzazione del mercato del lavoro.

Alcuni *cahiers* si limitavano a richiedere semplicemente l'abolizione di tutte le corporazioni di arti e mestieri, senza particolari motivazioni, se non un generico riferimento alla "libertà" del commercio e del lavoro, considerata quale 'diritto naturale'[14].

[11] «Le Tiers, au contraire, discuta cette question avec passion, ainsi que l'atteste le grand nombre des vœux émis à ce sujet», E. Martin Saint-Léon, *Histoire des corporations*, cit., 607.

[12] Prosegue E. Martin Saint-Léon, «telles qu'Amiens, Blois, Laon, Saumur, Saint-Quentin, et plusieurs des provinces qui lui sont acquises comptent parmi les plus pauvres de la France; telles sont: le Berri (Sologne), le Nivernais (Morvan), les pays de Foix et de Dombes, les parties montagneuses de la Provence (Digne et Forcalquier). En résumé, les deux partis paraissent se partager également l'opinion des provinces. A Paris également l'esprit public n'est guère moins irrésolu. Dans la banlieue de la grande ville huit paroisses seulement sur quatre cents examinent la question et se prononcent pour l'abolition des communautés. Les faubourgs, en guerre de temps immémorial avec les communautés, se joignent naturellement à ce vœu. Mais l'opinion de Paris lui-même est plus difficile à dégager», ivi, 611.

[13] Ivi, 612.

[14] I *cahiers* «se fondent surtout, pour appuyer leurs vœux, sur le respect du droit naturel et sur l'intérêt du commerce», R. Picard, *Les Cahiers de 1789 et les classes ouvrières*, cit., 86.

Le citazioni al riguardo potrebbero essere innumerevoli[15], pertanto ci limiteremo a ricordare alcuni dei *cahiers* più espliciti e significativi:

- «Que tout privilège exclusif des compagnies de commerce soit aboli ou limité, ainsi que les maîtrises et jurandes»[16];
- «Les maîtrises des arts et métiers seront supprimées, et le commerce déclaré libre dans toute l'étendue du royaume»[17];
- «Etablir la liberté indéfinie du commerce et supprimer les maîtrises»[18];
- «On demande la suppression de tous les privilèges exclusifs… pour tous les métiers la suppression des droits énormes de maîtrise. Les privilèges de maîtrise ruinent visiblement le commerce»[19];
- «Que les jurandes de la province soient supprimées; … [qu'il] soit libre à chaque individu de faire valoir le talent qu'il a reçu de la nature, ou qu'il a acquis, et qu'il s'est procuré par une sage industrie»[20];
- «Que toutes les maîtrises d'arts et métiers seront supprimées, comme contraires à la liberté»[21];
- «Que les maîtrises et jurandes d'arts et métiers soient supprimées, sauf le remboursement»[22];
- «Les privilèges exclusifs, les maitrises et jurandes seront abolis»[23];
- «Toutes maîtrises et privilèges exclusifs, qui gênent la liberté des arts et du commerce, doivent être proscrits»[24];
- «Les maîtrises des communautés d'arts et métiers… seront représentées comme accablantes pour le peuple; le libre essor des dispositions

[15] Etienne Martin Saint-Léon fornisce questo elenco di *cahiers* del Terzo Stato favorevoli alla soppressione delle corporazioni:

«la suppression pure et simple des communautés est réclamée par les cahiers des assemblées suivantes des divers degrés: sénéchaussée d'Auray, bailliages de Domfront, de Saint-Dizier, du Berry, ville de Chalais, communauté d'Istres, Tiers Etat de Briey, Caux, Clermont-Ferrand, Colmar, Comminges, Coutances, Agen, Amiens, Auxerre, Blois, Bouzonville (Lorraine), Bayonne (trois ordres), Châteauneuf-en-Thymerais, Dauphiné, Digne, Dombes, pays de Foix, Forcalquier, Laon, la Rochelle, Maine, Melun, Montfort-l'Amaury (les trois ordres), Montargis, Nemours, Nivernais, Ploërmel, Pont-l'Evêque, Rouergue, Poitou, Ponthieu, Riom, Mirecourt, Saumur, Saint-Quentin, Troyes, Vannes, Villeneuve-de-Berg», E. Martin Saint-Léon, *Histoire des corporations*, cit., 607.

[16] Art. 88, Clergé d'Auxerre, in *Arch. Parl.*, II, 111.

[17] Art. 71, Noblesse d'Auxerre, ivi, 118

[18] Art. 28, Tiers-état de Blois, ivi, 391.

[19] Ch. VII, Tiers-état de Châtellerault, ivi, 698.

[20] Art. 26, Clergé de Clermont-Ferrand, ivi, 763.

[21] Art. 47, Tiers-état de Colmar et Schlestad, ivi, III, 11.

[22] Tiers-état de la Ville de Coutances, ivi, 57.

[23] Art. 60, Trois ordres réunis de la Ville de Bayonne, ivi, 103.

[24] Art. 19, Ville di Forcalquier, ivi, 349.

et des talents sera réclamé pour tous les citoyens qui en ont été doués, comme un apanage de la liberté»[25];

- «Qu'en faveur de la liberté du commerce, les droits de maîtrise d'arts et métiers … soient supprimés»[26];
- «Demander la suppression de toutes les maîtrises, le libre exercice des arts et métiers»[27];
- «Que l'on ordonnera la suppression de tous privilèges exclusifs relatifs au commerce et des Jurandes et maîtrises pour tous arts et métiers»[28];
- «Demanderont de même, nosdits seigneurs, la suppression des maîtrises des communautés des arts et métiers, comme onéreuses et mettant des entraves au commerce»[29];
- «Que toutes maîtrises et jurandes d'arts, métiers et marchandises soient supprimées comme nuisibles aux arts, à l'industrie et au commerce, que tous privilèges exclusifs soient pareillement abolis»[30];
- «Le commerce et l'industrie seront libres comme les personnes. Ainsi les jurandes et les maîtrises seront supprimées»[31];
- «Que les maîtrises soient également supprimées»[32];
- «Que toutes les maîtrises d'arts et métiers soient supprimées, comme préjudiciables à la classe la plus laborieuse et la plus industrieuse de la nation»[33];
- «Ainsi, les jurandes et les maîtrises seront supprimées»[34];
- «Extinction des jurandes, maîtrises et des confréries»[35];
- «Les Etats généraux seront priés de prendre en considération les moyens de supprimer les jurandes en communautés»[36];
- «Que tous les règlements concernant les manufactures, et toutes les autres corporations d'arts et métiers, soient abrogés comme étant au moins inutiles, et que les maîtrises soient entièrement supprimées»[37];

[25] Art. 76, Tiers-état de La Rochelle, ivi, 483
[26] Art. 14, Tiers-état de Loudon, ivi, 597.
[27] Art. 4, Tiers-état de Le Mans, ivi, 648.
[28] Art. 2, Tiers-état de Montargis, ivi, IV, 30.
[29] Art. 48, Noblesse de Nomeny, ivi, 90.
[30] Art. 20, Tiers-état du Nivernais, ivi, 260.
[31] Paris-hors les murs, Paroisse de Clamart-sous-Meudon, ivi, 440.
[32] Art. 10, Paris hors les murs, Paroisse d'Evry-sur-Seine, ivi, 543.
[33] Art. 2, Paris hors les murs, Paroisse de Fontenay-lès-Louvres, ivi, 559.
[34] Art. 2, Paris hors les murs, Tiers-états de Meudon, ivi, 710.
[35] Art. 17, Paris hors les murs, Paroisse de Passy-lès-Paris, ivi, V, 7.
[36] Art. 72, Paris hors les murs, Tiers-état de Versailles, ivi, 184.
[37] Art. 11. Tiers-état de Ponthieu, ivi, 442.

- «Proposer la suppression des maîtrises et jurandes dans tout le royaume»[38];
- «Que toutes les jurandes, ensemble tous privilèges exclusifs, soient supprimés»[39];
- «Que toutes les jurandes, ensemble tout privilège exclusif, soient supprimées, sauf à pourvoir à tout remboursement de ce droit»[40];
- «Que les privilèges de toute espèce des provinces, des villes, des corps et des particuliers soient abolis sous quelque dénomination qu'ils aient lieu, ainsi que les privilèges exclusifs qui sont destructifs du commerce et de l'industrie»[41];
- «Que les jurandes, les maîtrises et les communautés, qui étouffent l'industrie naturelle, soient également supprimées»[42];
- «Extinction des maîtrises, destructives de l'émulation dans les arts et métiers»[43];
- «Que toutes jurandes et tous privilèges exclusifs soient supprimés avec dédommagement»[44];
- «Suppression des maîtrises et jurandes, qui étouffent l'émulation et enchaînent les talents»[45];
- «Que les jurandes et maîtrises qui enchaînent l'industrie et les talents soient supprimés»[46];
- «Que la liberté du commerce et de l'industrie, ne puisse plus être gênée par les privilèges exclusifs … par les jurandes dont on demandera la suppression»[47];
- «Que les jurandes, maîtrises, et les offices de jurés-crieurs soient supprimés»[48];
- «Qu'il sera formé un vœu pour la suppression des jurandes, des maîtrises, et de tous privilèges exclusifs»[49];

[38] Art. 24, Tiers-état de Quercy, ivi, 492.
[39] Art. 8, Noblesse de Riom, ivi, 565.
[40] Art. 45, Tiers-état de Riom, ivi, 573.
[41] Art. 66, Tiers-état de Pont-l'Évêque, ivi, 606.
[42] Art. 32. Tiers-état du Nivernais, ivi, 638. L'art. 33 prevedeva che «les privilèges exclusifs, accordés par le gouvernement … soient abolis comme contraires à la liberté naturelle que tout citoyen doit avoir de gagner sa vie comme il peut», *ibidem*.
[43] Art. 9, Clergé de Saint-Quentin, ivi, 650.
[44] Art. 24, Noblesse de Dombes, ivi, VI, 67.
[45] Art. 78, Tiers-état de Vannes, ivi, 109.
[46] Art. 34, Sénéchaussée d'Auray, ivi, 115.
[47] Art. 26, Noblesse du bailliage de Verdun, ivi, 131.
[48] Art. 30, Clergé de Vermandois, ivi, 135.
[49] Art. 42, Tiers-état de Laon, ivi, 146.

- «Suppression des maîtrises, et liberté pour l'exercice de tous arts et métiers»[50];
- «Le bailliage de Saint-Dizier demande la suppression des corps de métiers et jurandes et des privilèges exclusifs accordés à quelques corporations et pareillement à quelques particuliers pour faits relatifs au commerce, métiers ou professions»[51]
- «Demander l'abolition des maîtrises, n'étant d'aucune utilité»[52];
- «Que toutes les jurandes, maîtrises et communautés d'arts et métiers seront supprimées»[53];
- «Ils demanderont la suppression de toutes les maîtrises d'arts et métiers, afin que chaque citoyen ait la liberté d'exercer le talent qu'il a reçu de la nature»[54].

Alcuni testi argomentavano più ampiamente le loro richieste. Tra questi, possiamo ricordare il *cahier* del *Bailliage* di Domfront, che denunciava con forza – all'art. 38 – gli abusi del sistema e fondava la richiesta abolitiva sul diritto naturale di tutti gli individui di godere della libertà del lavoro. Solo la libera concorrenza avrebbe consentito lo sviluppo economico e la valorizzazione delle qualità di ognuno:

> rien ne nuit plus au développement et à la perfection des arts que ce monopole destructeur que les corps métiers exercent sous les noms d'apprentissage et de maîtrise; tout homme tient de la nature le droit inviolable de faire valoir les dons qu'il en a reçus, il est même comptable de l'usage qu'il en fait envers la société entière, il lui en doit le tribut et l'hommage; mais il voudrait en vain s'acquitter de ce devoir sacré si, aux dons du génie, il ne joint ceux de la fortune; il n'a pas la liberté de choisir la profession qui lui convient, il ne sera jamais à sa place, l'ignorance privilégiée a acheté le droit d'étouffer le talent, de le vexer, de le persécuter jusqu'à ce qu'elle l'ait réduit à l'inaction. Fille illégitime, elle envahit l'héritage du génie et l'en chasse. Ces abus cesseront quand on aura supprimé les maîtrises; alors on verra renaître parmi les artistes une noble émulation, l'industrie prendra tout son essor, elle deviendra plus féconde et plus active et le génie réhabilité dans tous ses droits enfantera des merveilles[55].

[50] Art. 50, Tiers-état de la sénéchaussée de Rouergue, ivi, 171.
[51] Art. 4, Bailliage de Saint-Dizier, ivi, 218.
[52] Art. 40, Bourg de Watigny, ivi, 233.
[53] Art. 70, Communauté d'Istres, sénéchaussée d'Aix, ivi, 306.
[54] Art. 5, Tiers-état de Villeneuve-de-Berg, ivi, 709.
[55] *Arch. Parl.*, I, 726. Il *cahier* era condiviso dai tre stati di Domfront.

Altrettanto severo fu il giudizio del Terzo Stato di Agen. Le corporazioni erano descritte come contrarie alla libertà dei cittadini e al progresso, perché sorte per un "errore" e mantenute soltanto per "necessità finanziarie":

> Les jurandes et les maîtrises sont essentiellement contraires à la liberté des citoyens et aux progrès de l'industrie; une erreur les fit introduire, le besoin d'argent les fit conserver. Il est temps de revenir aux vrais principes, et de les supprimer absolument[56].

Il Terzo Stato del *Bailliage* di Briey, sottolineava in particolare l'importanza della libera concorrenza e la necessità di liberalizzare il sistema. Lo sviluppo economico, concludeva il *cahier*, si fonda sulla "più grande libertà":

> Les entraves mises au commerce et à l'industrie doivent être détruites; l'impôt odieux connu sous le nom d'*industrie* supprimé, comme tendant à détruire ce que le gouvernement devrait favoriser par tous moyens, les jurandes abolies, ainsi que les privilèges exclusifs, de quelle nature qu'ils puissent être, la concurrence devant produire l'émulation, les richesses ou la faculté d'acquitter les droits de jurandes ne prouvant nullement le talent de ceux qui veulent y être admis; le commerce et les arts ne pouvant fleurir qu'à l'aide de la plus grande liberté[57].

I tre Stati della città di Bayonne richiedevano congiuntamente l'abrogazione dei provvedimenti restrittivi della libertà di commercio: «Toute loi en faveur des prohibitions du commerce sera abrogée. […] La liberté du commerce s'étendra à toute importation et toute exportation quelconques»[58]. Il *cahier* proseguiva sottolineando che l'abolizione delle corporazioni non avrebbe arrecato alcun danno alla qualità dei prodotti perché il controllo sarebbe stato esercitato dal mercato e dai consumatori stessi: «C'est aux acheteurs à se prémunir contre l'infidélité des marchands colporteurs et foraine; mais leur concurrence est indispensable pour établir les prix à leur juste mesure»[59].

Interessanti appaiono le considerazioni del *cahier* del Terzo Stato di Nemours. Il testo sottolineava l'inutilità delle corporazioni quanto alla qualità dei prodotti e alla correttezza del commercio (era palese la «parfaite inutilité des jurandes pour la perfection des arts et des métiers, et pour la fidélité du commerce»), mentre altrettanto evidenti erano i danni provocati dal sistema («les corporations ont fait tant de mal, elles ont occasionné tant de divisions et tant de folles dépenses»[60]):

[56] Ivi, 690.
[57] *Arch. Parl.*, II, 209-210.
[58] Art. 59, ivi, III, 103.
[59] Art. 60, *ibidem*.
[60] Ivi, IV, 213.

> Une chose que le Tiers-état du bailliage de Nemours ne peut comprendre, et qui serait inexplicable si l'avidité fiscale et les intrigues de cour ne pouvaient pas tout expliquer, c'est pourquoi on a rétabli les jurandes, et pourquoi on les a rétablies avec le nouveau régime qu'on leur a donné, dans lequel on a supprimé de l'ancien tout ce qui pouvait avoir une apparence d'utilité; on en a soigneusement conservé tout ce qui pouvait être nuisible. L'ancien régime avait pour prétexte d'assurer la perfection des arts, en ne permettant l'entrée dans les corporations qu'à ceux qui avaient fait un apprentissage, qui avaient perfectionné leur travail dans un compagnonnage, et qui avaient fait un chef-d'œuvre. […] On a conservé aux différentes communautés le droit de se tourmenter les unes les autres, dans l'exercice des arts et des métiers, pour lesquels elles ne prouvent pas plus de capacité les unes que les autres; ce qui pouvait donner matière à procès a été réservé avec soin… [On a constaté] *la parfaite inutilité des jurandes pour la perfection des arts et des métiers, et pour la fidélité du commerce…* Cependant *les corporations ont fait tant de mal, elles ont occasionné tant de divisions et tant de folles dépenses,* elles ont été si commodes au gouvernement pour établir des impôts ignorés et faire des emprunts clandestins, et il est si nécessaire qu'il n'y ait aucune république dans l'Etat, aucun corps qui puisse se permettre des vexations ou lever de l'argent par une autorité indépendante de celle de la patrie, et sans en compter à la nation elle-même, que le Tiers-état du bailliage de Nemours regarde comme indispensable *que le nom même de communautés, de corporations et de jurandes soit supprimé* et qu'il ne faille d'autre formalité, pour embrasser une profession, que celle de déclarer au juge de police que l'on compte l'exercer dans le lieu que l'on désignera, afin qu'il puisse ordonner les précautions qu'exigent les professions qui peuvent entrainer quelque danger pour les voisins. Car *le gouvernement, qui doit laisser faire, ne doit pas laisser nuire*[61].

Il *cahier* del Terzo Stato della provincia di Poitou parlava di "funesti effetti" provocati dalle corporazioni in particolare agli operai («funestes effets que produisent les maîtrises et jurandes par rapport aux ouvriers»), costretti a pagare ingenti somme per poter lavorare. Il testo rimpiangeva la disciplina adottata dalla monarchia nel febbraio del 1777 e successivamente abbandonata:

> la province invite également ses députés à représenter vivement, les *funestes effets que produisent les maîtrises et jurandes par rapport aux ouvriers*, dont plusieurs sont dans l'impossibilité de prendre ou de continuer leur métier par le défaut de sommes nécessaires pour payer les frais des droits de réception. Ils feront valoir les principes d'équité, de morale et de politique consignés dans l'édit du mois de février 1777 et attesteront qu'on a trompé l'autorité lorsqu'on lui a fait dire, dans l'édit du mois d'août de la même année, que les droits et frais, pour parvenir

[61] Ivi, 213-214.

> à la réception dans les corps et communautés réduits à un taux très modéré et proportionné au genre et à l'utilité du commerce et de l'industrie, ne seront plus un obstacle pour être, admis dans les corporations. En conséquence, les députés *demanderont la suppression des maîtrises et jurandes*, à la charge seulement que celui qui voudra exercer un métier sera tenu de se faire inscrire sans frais sur un registre de police[62].

Il Terzo Stato del Nivernais (Saint-Pierre-le-Moutier) faceva riferimento a principi giusnaturalistici, quali la *liberté naturelle* e l'*industrie naturelle*:

> Art. 32. Que les jurandes, les maîtrises et les communautés, qui étouffent l'*industrie naturelle*, soient également supprimées.
> Art. 33. Que les privilèges exclusifs, accordés par le gouvernement … soient abolis comme contraires à la *liberté naturelle* que tout citoyen doit avoir de gagner sa vie comme il peut[63].

Molto netta era la condanna delle corporazioni e la richiesta della loro abolizione da parte del *cahier* della città di Chalais, che denunciava la miserabile condizione degli operai non in grado di pagare quanto dovuto per ottenere l'autorizzazione al lavoro:

> [il faut] anéantir pour toujours ces maîtrises, ces privilèges exclusifs accordés à telles manufactures, a tels commerces et à tels métiers, qui tous réduisent à la mendicité les ouvriers qui n'ont pas le droit de les acheter, ouvriers qui sont presque toujours les meilleurs; privilèges qui causent que ceux qui en sont pourvus se négligent, ne font que de mauvais ouvrages, fournissent de mauvaises marchandises, trompent tous l'Etat, s'en riant, mangent indignement le pain du malheureux ouvrier qui les maudit sans cesse, et peut-être encore n'est-ce là que le moindre mal qu'ils causent à la France[64].

Gli argomenti generalmente invocati per sostenere la soppressione delle corporazioni si possono schematicamente riassumere in questo modo:

- la soppressione delle corporazioni è considerata come uno strumento della modernizzazione del sistema economico;
- la libertà d'impresa e del lavoro deriva da un 'diritto naturale' che consente la realizzazione delle aspirazioni individuali;
- le corporazioni ostacolano la libera concorrenza e rendono difficile, se non impossibile, l'accesso a mestieri e professioni ai cittadini non privilegiati;

[62] Ivi, 413.
[63] Ivi, V, 638.
[64] Ivi, 678.

- il sistema corporativo impedisce l'innovazione economica e tecnica della produzione, causando l'immobilismo del sistema;
- i prezzi vengono mantenuti artificialmente elevati, limitando la produzione: ciò rappresenta un danno significativo per l'intera economia del Paese;
- la qualità dei prodotti non è garantita dalle corporazioni (come sostenevano i difensori del sistema), ma anzi è compromessa dall'assenza di concorrenza;
- l'ingresso di artigiani e imprenditori stranieri è di fatto impedito dalle regole corporative, ciò nuoce alla innovazione e alla concorrenza.

5. *I* cahiers *contrari alla soppressione*

Sebbene meno numerosi, vi furono *cahiers* favorevoli alla conservazione del sistema corporativo. Come abbiamo già rilevato, furono spesso i centri produttivi più ricchi e sviluppati a sostenere le corporazioni. Non è difficile comprendere le ragioni di tale atteggiamento, dal momento che il sistema già assicurava a quelle realtà economiche prosperità e un ruolo di primo piano nel panorama nazionale, per cui non si riscontrava la necessità di una sua radicale trasformazione.

Ci limiteremo a poche citazioni in tal senso.

Il Terzo Stato della città di Brest auspicava il mantenimento del sistema e la sua estensione a tutte le attività economiche:

> il sera fait un règlement clairement détaillé et circonstancié servant de statuts à chaque profession et portant défense aux membres d'une profession d'embrasser aucune branche appartenant à l'autre. On observera que le vœu général des habitants de cette ville, manifesté dans les cahiers de doléances, *est non-seulement pour le maintien des jurandes actuelles, mais pour leur extension à tous arts et métiers* qui n'ont pas encore cette formation[65].

Anche la Nobiltà di Colmar e Schlestad si esprimeva in favore della conservazione delle corporazioni e dei privilegi di cui godevano: «Que tous les ordres de la province, corps et corporations, conserveront tous leurs anciennes franchises, droits et privilèges généraux et particuliers»[66].

I *cahiers* del Terzo Stato dei *bailliages* di Vitry e Sainte-Menehould richiedevano «la conservation des corporations et jurandes»[67].

[65] *Arch. Parl*., II, 473.

[66] Art. 21, ivi, III, 8.

[67] Ivi, VI, 218. I *cahiers* aggiungevano che «comme les corporations sont peu riches et peu nombreuses dans les villes de province, il serait à désirer que l'on diminuât les dépenses an-

Anche i *cahiers* di Parigi perlopiù difesero il sistema corporativo esistente[68]. Si legge in un testo preparatorio dei *cahiers* del Terzo Stato del distretto dei *Grands-Augustins* di Parigi che

> les corporations de commerce, des arts et métiers seront maintenues dans la capitale, et on s'attachera à les perfectionner par d'excellents statuts qui, sans toucher à la liberté des individus, se borneront à entretenir le bon ordre parmi les membres de la communauté.
> Nul ne pourra exercer une profession quelconque, commerce, art ou métier, sans s'être préalablement uni à la corporation avec laquelle son état aura du rapport, et sans s'être volontairement et librement soumis à se conformer aux statuts[69].

Anche le corporazioni presentarono alcuni specifici *cahiers* per gli Stati generali del 1789. Di minore importanza ai fini della nostra ricerca, perché evidentemente condizionati dall'interesse specifico della conservazione delle corporazioni stesse, questi *cahiers* testimoniano della intensità del dibattito sul tema[70]. Un ampio studio di Beatrice Fry Hyslop ha esaminato tale documentazione e rilevato come, soprattutto nei grandi centri urbani, gli interventi in difesa delle corporazioni siano stati numerosi[71]. Degli oltre novecento *cahiers* delle corporazioni studiati, soltanto quarantuno si dichiararono favorevoli alla loro abolizione[72].

Dei molti testi in difesa delle corporazioni appare significativo e articolato il *Mémoire* preparato dalla *communauté des fruitiers, orangers, grainiers* di Parigi[73]. Nel *cahier* si esaminavano i vantaggi e gli svantaggi del sistema corporativo rispetto al regime di libero mercato e ci si proponeva di dimostrare che le corporazioni erano indispensabili («les corporations sont nécessaires dans l'Etat»), dovevano essere regolamentate da uno specifico statuto («chacune

nuelles de nomination des syndics et adjoints et que les redditions de compte n'aient lieu que tous les trois ans».

[68] E. Martin Saint-Léon, *Histoire des corporations*, cit., 612.

[69] L. Chassin, *Les élections et les cahiers de Paris en 1789. Les assemblées primaires et les cahiers primitifs*, Paris 1888, II, 487.

[70] «La grande majorité des communautés demandent tout naturellement le maintien de leurs privilèges et quelques-unes entreprennent de réfuter les arguments de l'école de Turgot», E. Martin Saint-Léon, *Histoire des corporations*, cit., 612.

[71] B. F. Hyslop, *French Guild Opinion in 1789*, cit., 257.

[72] «A very small number of gild cahiers asked for suppression. Only forty-one out of the nine hundred and more gild cahiers opposed the gilds. Opinion hostile to the gilds was expressed by 16 legal gilds, 7 professional, and 18 craft gilds», ivi, 260.

[73] Il testo fu pubblicato con il titolo *Mémoire au roi et aux Etats généraux, pour la communauté des maîtres fruitiers-orangers-graniers des ville, fauxbourgs & banlieue de Paris*, Paris 1789. Parte del testo si trova in L. Chassin, *Les élections et les cahiers de Paris en 1789*, cit., 538-546.

d'elles doit avoir ses droits et ses règlements particuliers») e che non era possibile mantenere lo *status quo* senza riformare il sistema («il est impossible de laisser leur administration dans l'état où elle est»[74]). Se è vero – proseguiva il *Mémoire* – che le corporazioni rappresentano un ostacolo all'iniziativa economica dei privati, tuttavia la fiducia è l'anima del commercio («on ne saurait nier que la confiance ne soit l'âme du commerce») e il loro ruolo a questo riguardo è fondamentale («on peut donc être certain que tout ce qui tend à apurer à augmenter la confiance dans le commerce, est un bien politique, et que tout ce qui tend à la diminuer est un mal»[75]). Il *Mémoire* concludeva quindi che le corporazioni, non solo erano indispensabili, ma dovevano essere potenziate e diffuse:

> s'il est démontré que les corporations sont seules capables d'établir et cimenter la confiance, et que leur destruction ou leur affaiblissement la détruit, il est constant qu'elles sont utiles, qu'elles doivent non seulement être conservées, mais même consolidées; qu'on doit s'appliquer à leur donner toute la consistance dont elles sont susceptibles. […] On peut donc assurer que les corporations sont utiles et même nécessaires à l'État; mais il ne suffit pas qu'elles soient établies, il faut qu'elles aient des règlements, que chaque communauté ne fasse que le commerce ou les ouvrages qui la concernent, enfin que les communautés ne soient pas soumises à l'administration arbitraire d'une ou deux personnes, quelque éclairés même qu'on puisse supposer ces administrateurs[76].

Un quadro certamente idealizzato del sistema corporativo è fornito dalla *communauté* dei tappezzieri di Orléans, che riprese nel *cahier* le parole pronunciate da Antoine-Louis Séguier nel Parlamento di Parigi nel corso del celebre *Lit de justice* del 12 marzo 1776[77]:

> La loi a érigé des corps de communautés, a créé des jurandes, a établi des règlements pour prévenir les fraudes en tous genres et pour remédier à tous abus, pour veiller également sur l'intérêt des vendeurs et sur celui de l'acheteur, pour entretenir entre eux une confiance réciproque.
> Si l'on anéantissait les jurandes, si l'on abolissait les règlements, ce serait détruire les ressources de toute espèce que le commerce lui-même doit désirer pour sa conservation. Chaque fabricant, chaque artiste, chaque ouvrier se regarderait

[74] *Mémoire au roi et aux Etats généraux*, cit., 4 (ediz. del 1789).

[75] Ivi, 7.

[76] Ivi, 7 e 10.

[77] Nel corso del *Lit de justice* fu imposta da Luigi XVI la registrazione degli editti di Turgot abolitivi delle corporazioni del febbraio del 1776. Rinvio a P. Alvazzi del Frate, *Libertà economica e* Ancien Régime. *Note sulla prima soppressione delle corporazioni in Francia nel 1776*, in *Historia et ius*, n. 25 (2024), 1-24.

> comme un être isolé dépendant de lui seul et libre de donner dans tous les écarts d'une imagination souvent déréglée. Toute subordination serait détruite; il n'y aurait plus ni poids, ni mesures; la soif du gain animerait tous les ateliers. Tout ouvrier voudrait travailler pour son compte. Les maîtres actuels verraient leurs boutiques abandonnées; ils verraient leurs maîtrises, qu'on peut considérer comme une propriété réelle, puisqu'ils l'ont achetée, puisqu'ils en jouissent sur la foi des règlements, ils la verraient partager par tous ceux qui voudraient entreprendre le même trafic sans en avoir acquis le droit[78].

Anche i vivaisti (*pépiniéristes*) di Orléans osteggiavano la soppressione delle corporazioni. Il rischio, secondo il loro *cahier*, sarebbe stato l'accesso indiscriminato a mestieri e professioni degli stranieri e di giovani inesperti:

> 1. Un nombre considérable d'étrangers viendra s'établir en France et privera les naturels du pays d'une grande partie des avantages attachés à leur profession; 2. Les jeunes gens n'étant point assujettis par la loi à faire un apprentissage d'une durée convenable à la nature de l'état auquel ils se destinent quitteraient le plus souvent trop tôt leurs maîtres et ne se donneraient pas le temps d'acquérir des connaissances suffisantes sur leurs professions[79].

La denuncia dei rischi derivanti dalla abolizione delle corporazioni assumeva a volte toni volutamente drammatici:

> Quelle confusion, quelle ignorance, que d'abus naîtraient d'une liberté absolue! La sûreté publique, le bien même des consommateurs exige de sages règlements qui perfectionnent les manufactures, encouragent et assurent toute confiance aux fabricants et aux marchands. Il faut une bonne police qui protège les arts et métiers (sans quoi nos productions défectueuses ne pourront être admises dans l'étranger) et qui rende le compagnon et l'apprenti dociles et assujettis à leurs maîtres[80].

Fa eccezione nel panorama della generale difesa degli interessi delle corporazioni, il *cahier* dei *galochiers* ("ciabattini") di Orléans, una *communauté* povera (con una clientela prevalentemente contadina) e desiderosa di fare concorrenza a quella, assai più ricca, dei "calzolai". Il testo, contrariamente ai *cahiers* delle altre corporazioni, è favorevole all'abolizione delle *communautés* perché ritenute contrarie al diritto naturale e alla libera concorrenza:

> tout privilège exclusif soit supprimé, comme étant également opposé aux principes de la raison et aux droits de la société en ce qu'il donne une préférence aussi dérai-

[78] *Cahiers de doléances du Bailliage pour les Etats généraux d'Orléans de 1789*, publiés par Camille Bloch, II, Orléans 1907, 227-228.

[79] Ivi, II, 277.

[80] *Cahier des merciers-drapiers d'Orléans*, ivi, 141.

> sonnable qu'injuste aux intérêts de quelques particuliers sur l'intérêt général; … l'institution des maîtrises est donc évidemment contraire au droit naturel, qu'elle enlève impitoyablement aux pauvres le peu d'avances qu'ils auraient et qu'en leur vendant le droit de maîtrise, on les met souvent dans l'impuissance d'exercer leur industrie; Que ces dangereux établissements ne sont pas moins contraires aux intérêts de la société qu'aux droits de la nature. Ils favorisent le monopole, empêchent la concurrence, sont des sources inépuisables de rivalités odieuses, de contestations perpétuelles et de procès dispendieux[81].

6. *Considerazioni conclusive*

I *cahiers de doléances* del 1789 forniscono un ventaglio di proposte e soluzioni intorno alle corporazioni assai diversificato ed eterogeneo. A tal riguardo, si possono svolgere alcune considerazioni sintetiche:

- contrariamente a quanto si potrebbe ritenere, la prevalenza numerica dei *cahiers* favorevoli all'abolizione delle corporazioni non fu schiacciante, poiché il consenso al sistema tradizionale si mantenne considerevole;
- gli interventi più ampi e articolati furono quelli del Terzo Stato, evidentemente più interessato e coinvolto direttamente dalle vicende delle corporazioni rispetto ai ceti privilegiati;
- i *cahiers* del Clero e della Nobiltà (quando dedicarono attenzione al fenomeno) si dimostrarono prevalentemente abolizionisti, considerando la necessità di consentire maggiore concorrenza e libertà nel mercato e nel lavoro;
- tra i *cahiers* del Terzo Stato, l'orientamento prevalente, seppur lievemente, fu quello abolizionista. Vi furono infatti anche numerosi sostenitori della conservazione del sistema corporativo;
- i fautori della abolizione furono soprattutto i *cahiers* delle zone più povere e meno sviluppate del Paese, interessate a una profonda riforma del mondo del lavoro;
- Parigi e le altre grandi città sostennero la conservazione del sistema, circostanza spiegabile in considerazione della situazione privilegiata di cui già godevano.

L'incertezza e le controversie sulle corporazioni e sulle istanze del Paese sono testimoniate dal ritardo con cui l'Assemblea costituente affrontò la questione. Successivamente all'abolizione dei privilegi del 4 agosto 1789, il legislatore rivoluzionario non si pronunciò esplicitamente sul tema sino al 1791, quando, con le leggi d'Allarde (2 marzo) e Le Chapelier (14 giugno), stabilì lo

[81] Ivi, 264-265.

scioglimento di tutte le corporazioni e organizzazioni sindacali[82]. Tali provvedimenti, che furono abrogati soltanto nel 1884, costituirono a lungo un ostacolo allo sviluppo del sindacalismo francese.

[82] Cfr., tra gli altri, E. Soreau, *La loi Le Chapelier*, in *Annales historiques de la Révolution française*, 46, 1931, 287-314; *Idées économiques sous la Révolution (1789-1794)*, sous la dir. de Jean-Michel Servet, Lyon 1989 (in particolare J.-P. Potier, *L'Assemblée constituante et la question de la liberté du travail: un texte méconnu, la loi Le Chapelier*, 235-255); *Naissance des libertés économiques. Liberté du travail et liberté d'entreprendre: le décret d'Allarde et la loi Le Chapelier*, dir. par Alain Plessis, Paris, 1993; S. Kaplan, *La fin des corporations*, cit., 500 ss.

Domenico Amirante[*]

L'INESAURIBILE LEGGEREZZA DEL MAESTRO. DIALOGHI BIO-BIBLIOGRAFICI CON SALVATORE PRISCO

SOMMARIO: 1. Preludio. – 2. Un Maestro atipico. – 3. *Scene da un dialogo*: i miei incontri con Salvatore Prisco. – 4. Per non concludere…

1. *Preludio*

Per chi ha frequentato Salvatore Prisco, per chi ha avuto a che fare non solo con il professore di diritto pubblico e con l'intellettuale impegnato nella vita politica e sociale ma anche con l'uomo, la sua figura di studioso non può essere dissociata dalla sua persona, da quella voce tonante che con il suo entusiasmo coinvolgente e la sua simpatia ha contagiato generazioni di studenti napoletani, salernitani e non solo. Devo confessare che la mia prima idea per omaggiare Salvatore, da comparatista, è stata quella di ripercorrere alcuni recenti sviluppi della sua vulcanica produzione scientifica su temi di frontiera per il costituzionalismo italiano quali il multiculturalismo, il pluralismo linguistico, i rapporti fra diritto e letteratura, argomenti sui quali abbiamo spesso dibattuto. Tuttavia, ritrovando una sua dedica in un libro che mi aveva regalato nella quale si riferiva alla nostra «vecchia amicizia», mi sono convinto che forse sarebbe stato più giusto ricordare alcuni episodi di vita che abbiamo condiviso e che possono completare il suo profilo di studioso e intellettuale a tutto tondo.

Significative esperienze di vita mi hanno infatti accomunato a Salvatore, una personalità *coerentemente ossimorica*, tanto atipica quanto espressiva dell'accademia giuridica napoletana, ambiente che, da comparatista convinto e da *commesso viaggiatore* del diritto, non ho frequentato in verità moltissimo. Prisco è stato, infatti, uno dei miei pochi contatti regolari con l'intellighenzia costituzionalistica partenopea, un punto di riferimento del quale ho sempre apprezzato la *paradigmaticità* (sia come costituzionalista che come intellettuale), che va di pari passo con una evidente (e spesso da lui evidenziata) *insularità* rispetto al contesto di lavoro, verso il quale ha sempre nutrito un complesso sentimento di odio-amore. Io, invece, pur essendo napoletano verace di Mergellina e abitante per molti lustri di Pizzofalcone (quartiere ormai assurto alla fama letteraria grazie a Maurizio De Giovanni e ai suoi «bastardi»), ho vissuto

[*] Ordinario di diritto pubblico comparato, Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*, domenico.amirante@unicampania.it.

gli anni della mia formazione accademica prevalentemente fra Roma e Parigi, circostanze che mi hanno consentito di rapportarmi con estrema leggerezza al mondo accademico della mia città natale, del quale non ho mai veramente fatto parte.

Ed è proprio sul registro della leggerezza che vorrei ripercorrere in poche pagine alcuni episodi di vita condivisi con il *nostro amico*, festeggiato in questo volume collettaneo voluto dai suoi allievi[1]. Piuttosto che riprendere uno degli innumerevoli filoni di studi approfonditi da Salvatore Prisco cercherò, quindi, di evidenziarne gli aspetti umani che, d'altra parte, risultano inscindibili dalla sua produzione scientifica, proprio per la passione che ha sempre messo nel portare avanti le sue idee. Idee che non sono mai frutto di isolati pensieri da *turris eburnea* ma fluiscono costantemente dal dialogo con colleghi, intellettuali delle più diverse aree, gente comune incontrata nella sua attività politica e sociale, studenti, allievi. Parlerò della persona più che della vita di Prisco, non potendo e non volendo addentrarmi in una vera e propria biografia, per evidenziare alcuni tratti del collega e dell'amico emersi dalla mia *osservazione partecipante* al suo percorso scientifico e accademico, che si è intrecciato sempre più frequentemente con il mio da quando, agli albori degli anni duemila, ha iniziato ad insegnare anche diritto pubblico comparato.

2. *Un Maestro atipico*

Pur non avendo mai avuto una vera e propria scuola, articolata secondo i dettami militaristi del grado e della gerarchia (come spesso accade invece nell'accademia italica) Salvatore Prisco non può che essere definito un Maestro. Un Maestro atipico, connotato, come dicevo, dalla leggerezza nell'approccio con studenti e allievi, da una capacità di affabulazione che gli consente di trattare i temi più diversi, e, soprattutto, dalla sua propensione al dialogo: non si limita ad insegnare *ex cathedra*, ma è capace, valorizzando chi ha di fronte, di stimolare interesse, entusiasmo, a volte anche reazioni negative e contrarie, mai indifferenza. Quella di porsi sullo stesso piano dell'interlocutore e di farlo sentire importante è una dote rarissima fra gli accademici, tipica però di chi considera la conoscenza come una *Storia infinita*, un *Viaggio al centro della*

[1] Da ora in poi, per evitare continue ripetizioni del suo nome indicherò spesso Salvatore, protagonista di questo scritto, come *il nostro* (in corsivo). Approfitto di questa nota iniziale per ringraziare sia i curatori (Fulvia Abbondante, Carmen Capolupo, Marco Galdi, Anna Maria Nico) che i membri del comitato editoriale del volume (Enrico Buono, Maria Sarah Bussi, Francesca Niola, Michela Tuozzo) per avermi coinvolto in questa bellissima iniziativa e per aver accettato di pubblicare queste brevi note, poco più che intimiste, su Salvatore Prisco.

terra[2] nel quale la sapienza accumulata non è un fortino da difendere e nel quale arroccarsi, ma un veicolo, una zattera sulla quale saltare per proseguire il viaggio. È anche un'attitudine tipica di chi sa bene che quello che conta non è tanto la destinazione del viaggio quanto il percorso stesso ed è in grado, quindi, di assaporarne ogni singolo istante. Non a caso Salvatore ha scelto per la bellissima collana che dirige da più di un decennio per i tipi dell'Editoriale Scientifica il nome *marcopolo*, perché, come scrive nella presentazione «il diritto in genere (…) è un viaggio di esplorazione», un viaggio con un forte potenziale trasformativo, ammonendo che «se chi lo intraprende ne ritorna uguale a com'era quando l'aveva iniziato, meglio sarebbe stato rimanere a casa»[3].

Nei dialoghi *prischiani* l'interlocutore è quindi un compagno di viaggio al quale trasferire sentimenti di complicità e inclusione, al quale elargire non solo sapienza ma emozioni di condivisione che, nella società atomistica e dematerializzata di oggi, sono merce rara. Anche chi scrive è stato beneficiario, all'inizio della carriera accademica, degli incoraggiamenti e degli stimoli di Salvatore, ma su questo tornerò più avanti.

Altro elemento che caratterizza il *nostro* è quello dell'*inesauribilità*, alimentata da una curiosità per la vita e da un'innata capacità di svelare le coordinate teoriche della quotidianità, doti che gli hanno consentito di passare dalle forme di governo alla bioetica, dall'obiezione di coscienza alla storia del costituzionalismo, dall'esegesi della giurisprudenza costituzionale all'interpretazione delle opere letterarie e artistiche, da una rigorosissima produzione scientifica ad un'intensa attività giornalistica, come editorialista su quotidiani di rilievo nazionale. Anche lo stile della scrittura di Salvatore riflette la sua poliedricità e profondità, ricco com'è di citazioni letterarie (si pensi al riferimento a *1984* di Orwell per stigmatizzare le aporie della *neolingua* costituzionale impiegata dai politici di oggi)[4], e anche di riferimenti musicali, pittorici, cinematografici e di digressioni storico-filosofiche.

Strettamente collegata all'inesauribilità è poi un'ulteriore caratteristica *prischiana*: la sua *resilienza*, la sua capacità di adattarsi a tutti i contesti o, meglio, la sua abilità nel trasformare i problemi in opportunità di crescita. Impiego questo termine, oggi un po' abusato, perché mi consente di fare un paragone fra questa caratteristica di Salvatore e alcuni aspetti di uno dei più grandi

[2] Non a caso, dato l'amore e l'interesse di Prisco per gli studi su 'diritto e letteratura', cito qui i titoli dei famosissimi romanzi d'avventura di Michael Ende e Jules Verne.

[3] Dalla breve presentazione alla collana *marcopolo* di Salvatore Prisco contenuta nel volume inaugurale della stessa: S. Prisco (a cura di), *Amore che vieni, amore che vai. Unioni omosessuali e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2012, II.

[4] S. Prisco, *La neolingua costituzionale, i canapi di Ulisse e i compiti della scienza Giuridica*, in *AIC, Osservatorio Costituzionale*, Fasc. 2/2018, 1-6.

pensatori viventi, quel *Mahatma* delle scienze sociali che risponde al nome di Edgar Morin.

Sappiamo tutti che Salvatore Prisco ha dovuto combattere, fin dall'infanzia, con un problema fisico che gli causa alcune difficoltà di deambulazione e di equilibrio durante gli spostamenti. Ebbene Salvatore, per nulla scoraggiato da tali difficoltà, che porterebbero altri a forme di chiusura in sé stessi, è stato in grado di trasformare questo disagio in una modalità di comunicazione speciale, in una frequente gentile richiesta di un supporto anche fisico ai suoi interlocutori che è diventata una maniera di avvicinarsi all'altro, di 'condividere' momenti della vita sociale e universitaria nella loro integralità psico-fisica. Soprattutto nei confronti dei più giovani (fossero essi studenti, allievi o semplici conoscenti) la richiesta del braccio per aiutarlo a camminare è stata trasformata da Salvatore in una specie di *livella,* una particolare situazione in cui è il Maestro ad aver bisogno dell'allievo, un momento in cui il dare e il ricevere si uniscono in una sorta di comunione. Quante idee ci sono venute, quanti dubbi abbiamo risolto, quante obiezioni abbiamo sollevato nelle passeggiate sottobraccio con Salvatore!

Se resilienza significa capacità di superare le crisi e tramutarle in opportunità (uno dei *topoi* ricorrenti nelle culture orientali, a partire da quella cinese), allora significa anche longevità e, nel nostro caso, longevità intellettuale. È su questo piano che vorrei richiamare alcune riflessioni di Edgar Morin, contenute in un bellissimo *cahier* scritto dopo aver doppiato il capo dei cent'anni di vita, dal titolo «*Encore un moment…*»[5], nel quale il sociologo ed epistemologo francese ci offre perle di saggezza sulle ragioni che lo rendono così attivo, una volta raggiunta un'età a tre cifre. In uno dei brani che compongono il libro, Morin avanza alcune ipotesi su cosa gli abbia consentito di diventare centenario: come prima indica proprio la resilienza facendo riferimento alla sua capacità di superare momenti di crisi alla nascita e nell'infanzia. «Quando ero ancora un feto ho dovuto resistere a farmaci per l'aborto che assumeva mia madre, che era affetta da una malattia cardiaca»[6]. Qui scopriamo che le tante essenziali riflessioni di Morin ci sarebbero state probabilmente sottratte se i farmaci abortivi all'inizio del Novecento fossero stati più efficaci (oggi, nelle stesse condizioni, il piccolo Edgar non sarebbe neanche nato!). La seconda crisi arriva all'età di dieci anni, quando, sconvolto dalla morte improvvisa della madre, si ammala con febbri persistenti la cui origine i medici non riescono a

[5] E. Morin, *Encore un moment…*, Paris, 2023. Il libro è stato ora pubblicato in edizione italiana con il titolo E. Morin, *Ancora un momento. Testi personali, politici, sociologici, filosofici e letterari*, Milano, 2024. Mentre va in stampa questo volume, apprendiamo la notizia della scomparsa del grande epistemologo francese, all'età di 104 anni.

[6] *Idem*, Ediz. Francese, 19, traduzione dell'autore.

diagnosticare. Per resistere alle intense e prolungate sofferenze Edgar si rifugia nella letteratura, nel cinema, nei concerti, nelle mostre d'arte: «così, volendo sfuggire alla realtà, ho scoperto, proprio grazie alle mie esperienze scioccanti, la realtà del mondo»[7]. Leggendo queste riflessioni di Morin, come non pensare all'adolescenza di Salvatore, vissuta in un ambiente carico di stimoli culturali e artistici, fra le influenze incrociate del padre giurista e dello zio, Michele Prisco, romanziere e polemista di fama nazionale (vincitore fra l'altro di Premi Strega), che lo sostenevano nel difficile mestiere della trascendenza dalle difficoltà quotidiane.

Altro tratto che avvicina Prisco e Morin è l'uso costante e sapiente del *pensiero complesso* nello studio delle scienze umane, una metodologia che, se stupisce meno in un sociologo, è certamente rara e preziosa nell'ambito giuridico, ancora prevalentemente contraddistinto (in particolare nella didattica) da un dogmatismo riduzionista. A proposito della complessità, Morin chiarisce come l'incapacità a riconoscerla, trattarla e pensarla sia un risultato del nostro sistema educativo che «ci insegna a convalidare ogni percezione, ogni descrizione, ogni spiegazione in base all'evidenza e alla distinzione»[8]. Per Morin, questo tipo di conoscenza «esteso all'insieme delle attività politiche e sociali umane (…) astrae, cioè estrae, un oggetto dal suo contesto e dal suo insieme, rifiutandone i legami e le intercomunicazioni con il suo ambiente, l'inserisce in un compartimento che è quello della disciplina, le cui frontiere spezzano arbitrariamente la sistematicità (la relazione delle parti con il tutto) e la multidimensionalità dei fenomeni; esso ci conduce all'astrazione matematica che opera di per se stessa una scissione con il concreto, privilegiando tutto ciò che è calcolabile e formalizzabile»[9]. L'invettiva di Morin si applica perfettamente all'università *aziendalizzata* di oggi nella quale anche le opere d'ingegno degli studiosi (libri, articoli e saggi) diventano, nella terminologia ufficiale, *prodotti* da contabilizzare in base a soglie di rendimento, mediane e altre diavolerie contabili. Da queste constatazioni parte la sfida della complessità di Morin, della quale è possibile trovare echi in gran parte degli scritti, sia scientifici che divulgativi, di Prisco, declinati, dal *nostro*, soprattutto attraverso il registro dell'interdisciplinarità. Pensiamo ad esempio alla mole dei suoi contributi sul tema della laicità, che rappresenta, per esplicita dichiarazione dell'autore «un appello (ora più fiducioso, ora più pessimista) alla tolleranza e al dialogo»[10]. Nell'introdurre uno dei suoi libri sul tema (che raccoglie scritti vecchi e nuovi

[7] Ivi, 20.
[8] E. Morin, *La sfida della complessità*, Firenze, 2017, 27.
[9] Ivi, 28.
[10] Così in S. Prisco, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2009, XVII

di un percorso lungo decenni) Salvatore ci fornisce lezioni sull'importanza di articolare la riflessione teorica all'interno di un processo evolutivo, anche a costo di ritornare varie volte sull'argomento, guardandolo però da diverse prospettive e con occhi nuovi: del resto, ci spiega, «anche i musicisti conoscono e praticano l'arte del *leitmotiv* e il contemplare nuovamente un quadro che mi è caro (…) mi ha talora ispirato risonanze ulteriori»[11]. Per Salvatore la laicità è sinonimo di pluralismo e multiculturalismo, non una negazione quanto un'affermazione della religiosità (vista anche come fenomeno sociale), depurata dal settarismo dogmatico o fondamentalista. Nel libro appena menzionato si legge ancora che «una corretta comprensione della natura profonda della tolleranza conduce dunque a scoprire che ogni persona porta con sé la propria verità, ma che l'essenziale – sul piano metodologico – è non imporla, bensì proporla all'altrui esperienza, come lievito delle coscienze in buona fede e facendo dell'ascolto altrui lo strumento che alla fine arricchisce e trasforma le identità di ciascuno»[12]. Tolleranza, dialogo, interdisciplinarità, complessità: queste le parole d'ordine dell'insegnamento di Salvatore Prisco, culminato negli anni più recenti di attività anche nella scelta di temi che appaiono *di frontiera* per un costituzionalista italiano: lo studio del diritto comparato (come metodo di analisi anche del diritto interno) e soprattutto quello del rapporto fra diritto e arti, declinato attraverso l'analisi delle interrelazioni fra diritto e letteratura (una passione che gli deriva, come detto, dall'adolescenza), ma anche fra diritto e musica, cinema, pittura (per non parlare dei continui riferimenti al teatro, sia classico che contemporaneo, che è possibile trovare nei suoi scritti).

3. Scene da un dialogo*: i miei incontri con Salvatore Prisco*

Come accennavo prima, i miei incontri con Salvatore Prisco, non frequentissimi, sono stati spesso significativi e comunque sempre fortemente emblematici e rivelatori delle caratteristiche del *nostro*. Ne racconterò brevemente alcuni come scene da un film, non necessariamente collegate fra loro, avendo incrociato Salvatore in diverse fasi della mia vita accademica, prima come giovane ricercatore neolaureato, poi come professore di primo pelo e infine come ormai navigato coordinatore di dottorato di ricerca. In tutte queste vesti ho sempre potuto beneficiare della sua generosità.

Prima scena, metà anni Ottanta.

[11] Ivi, XVIII.
[12] Ivi, 150.

Incontro Salvatore presso l'Università della Calabria (nella remota località di Arcavacata) in occasione di un convegno su federalismo, regionalismo e autonomia locale, al quale mi fu chiesto di intervenire su alcuni aspetti del governo locale in Francia. Rientravo da un lungo soggiorno parigino dove, grazie ad una borsa del CNR, avevo potuto studiare la *loi Defferre*, uno dei rari casi di trapianto giuridico all'inverso, nel quale i nostri cugini d'oltralpe prendevano spunto dal regionalismo italiano per dare una forte accelerata al processo di decentramento della *République une et indivisible*. Ero ovviamente molto preparato sull'argomento, ma estremamente emozionato perché si trattava di una delle mie prime uscite in pubblico (non avevo neanche iniziato il dottorato di ricerca), quando mi venne presentato un allora molto giovane professor Prisco, dell'Università di Salerno, che mi salutò con grande giovialità. Fui subito colpito dai suoi modi gentili e dalla sua curiosità nei miei confronti, che faceva da contrappunto alla malcelata indifferenza (spesso sfociante in un evidente fastidio) della maggioranza degli altri accademici presenti. Non potevo però immaginare la corroborante esperienza che avrei vissuto di lì a poco.

Succede infatti che alla fine del mio intervento, mentre ascolto il relatore successivo, mi accorgo di un certo trambusto nella platea, con l'appena conosciuto prof. Prisco che si sbraccia per attirare l'attenzione di qualcuno degli organizzatori dell'evento. Dopo pochi minuti, mi viene recapitato con molta discrezione un biglietto che porta proprio la firma di Prisco. Sobbalzai sulla sedia alla lettura del contenuto, ricco di elogi e di incoraggiamenti e con diverse chiose sui temi che avevo appena trattato, in particolare sul doppio ruolo dei sindaci, piccoli «monarchi locali» che rivestivano però anche ruoli di spicco nel governo del paese (all'epoca era difficilissimo trovare un politico di rilievo nazionale, da Mitterand a Chirac, che non fosse stato o non fosse ancora sindaco). Insomma, dal biglietto ricevuto appariva chiaro che il professore aveva ascoltato con grande interesse l'intervento del neolaureato e ne aveva tratto spunto per riflessioni originali, sicuramente di maggior peso. Che differenza rispetto agli sbadigli con i quali vengono gratificati ancora oggi in molti convegni giuridici i cosiddetti «interventi programmati dei giovani», incastrati in un improbabile spazio-cuscinetto fra le relazioni dei *grandi* e i pasti. Certo, anche senza ricevere il biglietto del professore avrei comunque continuato il mio percorso di studioso, ma questo episodio ha rappresentato per me un'iniezione di fiducia importantissima, soprattutto nei momenti di crisi che tutti i giovani *futuri professori* devono affrontare data la cronica scarsezza di risorse dell'università italiana. E mi chiedo chissà quanti colleghi devono esser grati a Salvatore per la sua opera di *talent scout* spontanea e totalmente disinteressata.

Dissolvenza…

Seconda scena, anni Novanta.

Siamo ancora ad un evento convegnistico, questa volta presso il Castello Vichiano di Vatolla, in Cilento, dove si discute di forme di governo in un periodo di vagheggiate riforme istituzionali e di Commissioni bicamerali (Speroni, D'Alema, etc.). Io e Salvatore siamo ormai colleghi (sto facendo le mie prime esperienze come professore associato a Palermo) e animatori, a diverso titolo, dell'iniziativa. Dopo la prima giornata i «giovani» (ricercatori, dottorandi e studenti, prevalentemente siciliani e campani) organizzano una serata in discoteca ad Agropoli ed insistono con i professori perché si uniscano alla comitiva. Io, da organizzatore del convegno e presidente della sessione mattutina del giorno dopo, sono costretto a declinare mentre Salvatore accetta entusiasticamente. Il mattino successivo cominciamo di buon'ora, e *il nostro* ci raggiunge solo a metà sessione, mostrando evidenti segni di stanchezza. Dopo la pausa caffè, avendo ultimato le relazioni, apriamo il dibattito (si parla della possibilità di introdurre in Italia la forma di governo semipresidenziale o altri correttivi in salsa francese) e qui Salvatore si risveglia lanciando una serie di provocazioni alle quali rispondono, con mia grande sorpresa, non tanto i professori al tavolo della presidenza quanto i giovani, studiosi e studenti, seduti in platea: un *tourbillon* di commenti, osservazioni, domande, tutte pertinenti e documentate. La giornata di studi si rivela un grande successo proprio in virtù dell'eccezionale interazione fra le diverse generazioni nello stimolante dibattito finale. Prima del pranzo (un *buffet* nel cortile del Castello con prodotti tipici della zona) mi complimento con gli studenti e i dottorandi rivelandogli la mia piacevole sorpresa nello scoprirli così motivati e preparati. Mi rispondono: «professò, abbiamo semplicemente continuato il dibattito iniziato ieri notte con il professore Prisco ad Agropoli». Potere della condivisione! Dopo la discoteca Salvatore, socraticamente, li aveva coinvolti in riflessioni a briglia sciolta sui temi del convegno, facendo notte fra un Negroni e un'elezione a doppio turno con ballottaggio!

Dissolvenza…

Terza scena, anni Duemila.

A partire dal 2006, Salvatore Prisco ottiene la cattedra di Diritto pubblico comparato alla Facoltà di Giurisprudenza della Federico II di Napoli e, quindi, *ratione materiae*, i nostri rapporti si intensificano, attraverso una serie di scambi di opinioni e informazioni, anche sull'organizzazione della didattica e sull'importanza della comparazione nella formazione del giurista. In uno dei nostri incontri, che comunque continuano ad essere rari, mentre discettiamo dei rapporti fra valori e principi nella giurisprudenza costituzionale, Salvatore mi parla di un progetto di ricerca di un suo giovane allievo, che mi descrive, con la sua *verve* immaginifica, come un puledro imbizzar-

rito, capace di correre al doppio della velocità degli altri, promettentissimo, però da smussare. Alla fine della conversazione *il nostro* mi chiede se il profilo intellettuale che mi ha appena descritto possa avere le caratteristiche per concorrere all'ammissione al dottorato in *Diritto comparato* presso l'Università della Campania di cui ero (e, faticosamente, ancora sono) coordinatore. Gli rispondo, come sempre faccio in questi casi, assicurandogli che, al pari degli altri candidati, lo avremmo valutato con la massima attenzione, ma che la *conditio sine qua non* era quella di dimostrate un genuino interesse per la comparazione e di essere in grado di motivarlo con argomentazioni pertinenti. All'epoca, per l'ammissione al dottorato, i commissari potevano giovarsi di quell'utilissimo strumento di valutazione che era il tema scritto, oggi soppresso da una legislazione più permissiva, che, alla ricerca dell'efficienza a tutti i costi (secondo la versione «aziendale» dell'università, che ho già stigmatizzato sopra) ha snellito l'esame d'ingresso, ottenendo soltanto il risultato di moltiplicare all'inverosimile le candidature incaute di occasionali avventurieri. Tornando a noi, cioè al concorso, il giovane allievo di Prisco svolge un'ottima prova scritta ed un'ancor migliore colloquio orale, ottenendo l'ammissione al dottorato con il plauso della commissione. Da quel momento inizia una costante collaborazione con l'arcipelago *prischiano*, che ha arricchito spesso il nostro dottorato con profili di giovani molto interessanti, capaci di sciorinare tesi di grande originalità. Gli allievi di Salvatore hanno dimostrato in questi anni di aver assimilato la curiosità irrefrenabile del loro Maestro, condita da un certosino spirito analitico e da un'intraprendenza nella scelta dei temi che li ha portati a coraggiose esplorazioni (con tanto di *fieldwork* e viaggi intercontinentali) anche in luoghi remoti della comparazione quali la Bolivia, l'India, il Brasile, il Giappone, il continente africano.

Dopo il «puledro imbizzarrito» (divenuto ormai un vero e proprio cavallo di razza, vincente nelle arene accademiche di mezza Europa) ho avuto quindi il piacere di seguire molti altri dottorandi e dottorande della scuderia di Salvatore, sull'onda di una collaborazione *win-win* che ha consentito a tanti giovani di cogliere opportunità nazionali e internazionali di crescita e al Dottorato in Diritto comparato di Unicampania di ampliare notevolmente il proprio areale di ricerca, giovandosi della loro intraprendenza. Non ringrazierò mai abbastanza Prisco per averli avviati alla carriera universitaria.

4. *Per non concludere…*

Una conclusione a queste brevi note su Salvatore Prisco non c'è, perché ci aspettiamo tutti ancora molto dal dialogo con lui e dai futuri contributi che ci potrà offrire.

Colgo quindi l'occasione per lanciare al *nostro* una provocazione intellettuale che riguarda un'area di studi a me molto cara, quella relativa ai rapporti fra il diritto, l'ambiente e la sua crisi, tema sempre più centrale e attuale, anche nella riflessione costituzionalistica. Benché non specialista della materia, so che Salvatore ha sviluppato una grande sensibilità per i temi dell'ambiente tanto da dedicare nel 2022 una sezione speciale della rivista *Passaggi costituzionali* alla riforma degli articoli 9 e 41 della nostra Costituzione. Personalmente ritengo che sia però necessaria una riflessione più ampia sul tema, che vada al di là dell'esegesi della novella costituzionale del 2022, abbracciando questioni teoriche di più ampio respiro. I problemi ambientali si stanno rivelando sempre più come questioni epocali che giungono fino alla radice dei rapporti politico-sociali e del rapporto fra costituzione, cittadini e istituzioni. Nel medio e lungo periodo l'umanità sarà infatti a rischio non solo e non tanto per motivi economici e neanche per la pur pressante e inquietante minaccia bellica che è ritornata drammaticamente attuale negli ultimi anni, quanto per l'aggravarsi di problemi quali l'aumento della temperatura della terra, i cambiamenti climatici, il degrado della biosfera, che mettono il pericolo le risorse primarie (aria, acqua, cibo), essenziali per la sopravvivenza di noi tutti. Sperimenteremo (in parte lo stiamo già facendo) l'irruzione della dimensione biologico-naturale nella sfera individuale e in quella sociale, una dimensione colpevolmente ignorata per secoli, rendendo quella moderna e contemporanea (guidate dalla locomotiva politico-economica occidentale) società *dimidiate*, cieche di fronte ad una componente essenziale dell'esistenza umana considerata nella sua integralità. Tutto è cominciato con l'illuminismo, che ha avuto il non trascurabile *effetto collaterale* della separazione fra uomo e natura, fra cultura e natura[13]. Una separazione che ha esiliato dal panorama del politico le questioni ambientali per diversi secoli (ad esempio relegando, con colpevole onomatopea, le riflessioni intorno alla natura nel ristretto campo del giusnaturalismo).

E se avessimo sbagliato tutto, caro Salvatore? E se le migliori elaborazioni della teoria giuridica degli ultimi secoli fossero viziate da questo peccato originale, da questa lente deformante, da questa miopia teorica che ci consente di vedere solo una parte di noi stessi? E se lo stesso costituzionalismo democratico, nell'abbracciare la sacrosanta critica dell'uomo «a una dimensione»[14], fosse stato anch'esso riduzionista, valorizzando la seconda dimensione (quella

[13] Si vedano in tal senso le approfondite analisi di P. Descola, *Oltre natura e cultura*, Milano, 2021 (l'edizione originale è del 2005).

[14] Qui il riferimento è a un classico del pensiero politico novecentesco: H. Marcuse, *L'uomo a una dimensione*, Torino, 1999 (cito ovviamente l'edizione italiana, quella originale è del 1964).

sociale che ci sta tanto a cuore), ma dimenticando l'altrettanto essenziale terza dimensione?

Per rispondere a queste domande (non necessariamente retoriche, si tratta pur sempre di un dialogo aperto con il *nostro…*) ci viene di nuovo in soccorso il genio di Edgar Morin, che mi prendo il lusso di citare per esteso. Secondo Morin, infatti, la «definizione dell'umano è trinitaria perché comprende l'individuo, ma anche la società umana e la specie biologica o, meglio, la specie umana. Se evoco questa trinità è per indicare che c'è una relazione indissolubile fra questi tre temi, perché non si può dire che l'umano è per il 33 per cento individuo, per il 33 per cento società, per il 33 per cento biologia. Ciò che si può dire è che l'umano è al 100 per cento individuo, al 100 per cento sociale e al 100 per cento biologia»[15]. La conclusione del ragionamento *moriniano* è quindi che «le tre nozioni di individuale, sociale e biologico sono indissociabili: l'una non può funzionare sempre l'altra, e l'apparente semplicità di un tale trio nasconde interazioni complesse. Tuttavia, questo umano trinitario resta misconosciuto nel nostro insegnamento»[16].

Non facciamoci trarre in inganno dalla presunta ovvietà di queste considerazioni, caro Salvatore, perché in questo elementare cambio di prospettiva si annida la necessità di una rilettura della teoria dello stato e del costituzionalismo, si annida il crollo di moltissime certezze (che a questo punto rischiano di diventare *feticci*) sulle quali abbiamo costruito lo stesso costituzionalismo democratico del dopoguerra.

Per essere più convincente citerò un altro autore che so esserti molto caro, quel François Ost, che come te, si è dedicato a temi liminari della filosofia giuridica (e anche del diritto positivo) quali il multilinguismo, i rapporti fra diritto e letteratura, le teorie della giustizia, ma che può vantare anche una copiosa produzione sui rapporti fra natura e diritto a partire dal bellissimo «*La nature hors la loi*» (la natura fuorilegge) del 1995[17]. In un suo scritto del 2021 sui fondamenti concettuali per un nuovo diritto costituzionale dell'ambiente Ost, dichiara che «quello di cui abbiamo bisogno oggi non è più una Dichiarazione di indipendenza come nel 1776, ma una *Dichiarazione di interdipendenza*» nella quale «l'individualismo competitivo deve far spazio alle esigenze di una autonomia cooperativa»[18]. Confermando l'esigenza di atti fondativi e simbolici, Ost sostiene come una piena assunzione delle conseguenze dell'Antropocene (l'era

[15] E. Morin, *Sette lezioni sul pensiero globale*, Milano, 2016, 2.

[16] Ivi, 5.

[17] F. Ost, *La nature hors la loi: L'écologie à l'épreuve du droit,* Paris, 1995.

[18] F. Ost, *Le droit constitutionnel de l'environnement: un changement de paradigme?* in M.A. Cohendet, (dir.), *Droit constitutionnel de l'environnement*, Paris, 2021, 405-438, 420. Le riflessioni su Ost, contenute della parte finale di questo scritto, saranno riprese in un mio articolo

in cui l'uomo è diventato una forza geo-fisica che altera gli equilibri planetari) imponga una rilettura del contratto sociale alla base del costituzionalismo moderno, attraverso l'affermazione di nuovi principi di responsabilità e di interdipendenza fra individuo, società e natura. Questa proposta richiama esplicitamente l'ipotesi di un *contratto naturale* di Michel Serres[19], che va però riformulata in quanto, mettendo la natura al posto dell'uomo, essa mostrerebbe carenze dialettiche, rischiando «di sostituire un'egemonia con un'altra»[20]. Ost propone invece un «*contratto sociale planetario*», nella prospettiva *moriniana* dell'*age planetaire*, basata sul concetto di interconnessione[21]. Secondo questa complessa proposta (che qui, per ovvi motivi, non affronterò in dettaglio) il nuovo contratto sociale dovrà essere articolato in otto dimensioni: quella dei suoi fondamenti, quella spaziale, quella temporale, quella dell'oggetto stesso del contratto, quella del rapporto fra diritti e doveri, quella della natura e del tipo di strumenti giuridici da utilizzare, quella della politica e infine quella relativa agli strumenti cognitivi ed epistemologici.

In particolare, per quanto riguarda i fondamenti del nuovo contratto sociale, l'elemento centrale e propedeutico, per Ost, è proprio il passaggio dall'individualismo liberale di stampo sette/ottocentesco al concetto di *autonomia cooperativa della persona*, in quanto oggi «l'individuo non è più nemmeno concepibile al di fuori delle sue relazioni sociali e naturali che intrattiene con l'ambiente»[22]. In materia di assetti territoriali, si assiste oggi ad una triplice ricomposizione delle coordinate dello Stato-nazione tradizionale, in ragione dell'accresciuto rilievo del livello internazionale da una parte, di quello locale dall'altra, e, infine, a causa del protagonismo di istanze extra-statuali di vario ordine e provenienza (dalle imprese multinazionali, alle ONG, alle comunità tradizionali e indigene). Queste trasformazioni dello spazio normativo richiedono una convinta e costante utilizzazione di quel *diritto multilivello* che ho più volte richiamato in alcuni dei miei più recenti scritti. Per quanto riguarda la sfera dei diritti, l'affermazione del contratto sociale planetario comporta una forte espansione della dimensione parallela dei doveri, che, se *presi sul serio*, vanno riferiti non solo agli individui, ma anche alle formazioni sociali, ai soggetti imprenditoriali e alle stesse istituzioni pubbliche. Allo stesso tempo, gli

su Antropocene, sovranità e costituzionalismo integrale, in via di pubblicazione nel 2024 nella Rivista di Diritto pubblico comparato ed europeo.

[19] M. Serres, *Il contratto naturale*, Milano, 1991 (l'edizione originale in francese è del 1990).

[20] F. Ost, *Le droit constitutionnel de l'environnement: un changement de paradigme?*, cit., 417.

[21] E. Morin e A.B. Kern, *Terra-Patria*, Milano, 1994.

[22] F. Ost, *Le droit constitutionnel de l'environnement: un changement de paradigme?*, cit., 419.

ordinamenti giuridici avranno la sempre maggiore necessità di interagire con forme di normatività alternativa, come le norme di carattere sociale, i diritti di origine consuetudinaria o ctonia e i principi generali (seguendo le suggestioni di autori come Glenn, Menski, De Sadeleer)[23].

Come vedi, caro Salvatore, di carne a cuocere ce n'è parecchia, ma per riuscire in questa nuova, necessaria impresa avremo bisogno della tua indomabile curiosità, della tua irriverenza creativa, dei tuoi orgogliosi richiami allo storicismo e ai classici (che dovremo rileggere per valorizzarli sotto una luce diversa), delle tue provocazioni: insomma di quell'inesauribile leggerezza dell'essere … Salvatore Prisco.

[23] H.P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, 2011; W. Menski, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge, 2006; N. De Sadeleer, *Environmental Law Principles. From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford, 2020 (la prima edizione del volume risale al 2002).

Pasquale Annicchino[*]

DIRITTO E CULTURA *POP*. APPUNTI SU TOMMASO LABRANCA E LA CULTURA GIURIDICA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Diritto e cultura *pop.* – 3. Tommaso Labranca e la cultura *pop.* – 4. Tommaso Labranca e l'interazione tra diritto e cultura *pop.* – 5. Conclusioni

1. *Introduzione*

Lo studio culturale del diritto è di frequente ostaggio di approcci, spesso egemonici, figli del positivismo giuridico che non consentono un vero e proprio sviluppo di metodologie realmente interdisciplinari nell'analisi giuridica. Chi si avventura nell'analisi interdisciplinare del diritto è, a volte, guardato con sospetto come se tali approcci celassero un tradimento di metodologie «effettivamente» giuridiche. Tali critiche non sono invece sicuramente mai state mosse da uno studioso come Salvatore Prisco che ha invece sottolineato come lo studioso del diritto sia non solo un tecnico dotato ma anche un intellettuale chiamato ad interpretare la complessità sociale[1]. È quindi con grande riconoscenza per un Maestro del diritto comparato che intendo offrire queste brevi note che si inseriscono in una delle aree di interesse di Salvatore Prisco ovvero quella relativa al campo dell'interazione fra *Law and Humanities* che per tanti anni ha coltivato[2]. Mi concentrerò, in particolare, su un intellettuale

[*] Professore Associato di Diritto e Religione, Università di Foggia.

[1] Per Prisco il giurista è «si un tecnico, ma innanzitutto un intellettuale e perciò deve – pur mantenendo il rigore e lo strumentario specifico della sua professione – esplorare (e lasciarsi contaminare da) linguaggi tra loro diversi, come sono appunto da un lato quello del diritto (linguaggio con pretese di disciplinamento, al limite coattivo, della realtà sociale) e da altri quello della letteratura (linguaggio con caratteristiche evocative ed espressive), della musica, del teatro, dell'arte figurativa, della sociologia, dell'antropologia, in nome della fluidità della vita concreta, che rifugge paratie e sclerotizzazioni e che invece va ricostruita nella varia complessità delle sue intersezioni», S. PRISCO, *Diritto, letteratura, discipline umanistiche. Teorie, metodi e casi*, in Rivista AIC, n. 4, 2016, 8-9.

[2] Voglio qui ricordare solo alcuni contributi. Oltre a quello citato in precedenza, *cfr*. S. PRISCO, *La neolingua costituzionale, i canapi di Ulisse e i compiti della scienza giuridica*, 2, 2018, 1 ss., disponibile su: https://tinyurl.com/59th8y4p; S. PRISCO, *Legge e giustizia. Tre variazioni sul tema tra diritto e letteratura*, in G. Macrì, P. Annicchino (a cura di), *Diritto, religione e politica nell'arena internazionale*, Soveria Mannelli, 2017, 235 ss.; S. PRISCO, *Letteratura e altre arti. Un ruolo decisivo per un nuovo giurista critico,* in O. Rosselli (a cura di), *Le arti e la dimensione giuridica,* Bologna, 2020, 403 ss.

italiano particolarmente eterodosso, dimenticato per anni, e che ha contribuito all'analisi della cultura *pop* in Italia provando ad interrogarmi sull'eventualità che Tommaso Labranca abbia qualcosa da dire ai giuristi. Per offrire qualche spunto di riflessione, senza alcuna pretesa di esaustività, utile a chi volesse approfondire il tema farò uso della ricostruzione di Claudio Giunta che, più di tutti, ha sottolineato l'attualità e la rilevanza di Labranca nel panorama intellettuale italiano e ne ha ricostruito il percorso in un'opera monografica[3]. Mentre l'opera di Labranca necessità ancora di una piena ricognizione, possono già intravedersi alcuni spunti sicuramente rilevanti che riguardano le relazioni fra diritto e cultura *pop*. Tali piste di riflessione possono probabilmente giovare anche allo sforzo dei giuristi che provano ad inquadrare il fenomeno giuridico non solo come insieme di regole ma, prima di tutto, come fenomeno sociale.

2. *Diritto e cultura* pop

Se dovessimo provare a riflettere su cosa sia il diritto, su cosa sia la cultura *pop* e su quali siano le loro relazioni avremo probabilmente bisogno di un'enciclopedia[4]. Tuttavia, soprattutto nel mondo anglosassone, l'indagine su questi rapporti è già in corso da anni[5]. La domanda a cui si prova a rispondere è di

[3] C. Giunta, *Le alternative non esistono. La vita e le opere di Tommaso Labranca*, Bologna, 2020.

[4] Da segnalare a tal proposito gli atti del primo seminario annuale dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo relativi al convegno foggiano del 23-24 giugno 2022, *cfr*. A. Ligustro, R. Tarchi, G.M. Ruotolo, G. Martinico (a cura di), *La rappresentazione delle tradizioni giuridiche nella pop culture. Narrazione e percezioni del giuridico tra immagini statiche e immagini dinamiche*, Napoli, 2023.

[5] L.M. Friedman, *Law*, *Lawyers and Popular Culture*, Yale Law Journal, 98, 1989, 1579 ss.; M. Asimow, K. Brown, *Law and Popular Culture: International Perspectives*, Newcastle upon Tyne, 2014 e inoltre M. Freeman (a cura di) *Law and Popular Culture,* Oxford, 2005; S. Greenfield, G. Osborn, *Readings in Law and Popular Culture*, Londra, 2013. Come scrive Salvatore Prisco: «Siffatto modo di sentire e di sperimentare nuovi orizzonti di ricerca e didattica, tradizionalmente radicato nel mondo universitario anglosassone – a partire dalla cosiddetta "rivolta contro il formalismo", che con modalità e circostanze diverse ha caratterizzato dai primi del Novecento anche la cultura giuridica statunitense, oltre che quella europeo-continentale, nelle varianti del diritto nella letteratura, del diritto come letteratura e infine del diritto come storia letteraria – sta infatti in modo rapido e incrementale diffondendosi nuovamente anche da noi», S. Prisco, *Diritto, letteratura e discipline umanistiche. Metodi e casi*, cit., 2. Tuttavia, il contesto italiano non era estraneo a tali approcci. È solo con l'ascesa del positivismo giuridico che si assiste al suo declino mediante «l'egemonia orlandiana nel diritto costituzionale e in genere pubblico e quella di Vittorio Scialoja sulle discipline privatistiche, svolta che si tradusse anche nell'avversione per la comparazione giuridica e per metodi di ricostruzione e comunicazione scientifico-sistematica che si discostassero dallo statalismo d'impronta logicistico-formale e da una teorizzazione e prassi strettamente positivistiche nell'individuazione e applicazione del diritto in fattispecie specifiche», ivi, 3.

natura essenzialmente teorica e parte proprio dalla teoria del diritto per andare a toccare gli studi culturali e, più in generale, la disciplina di *Law and Humanities* tenuto conto che da questa prospettiva è importante analizzare come «[…] il diritto entra e rimane nell'immaginario collettivo»[6]. In tal senso è importante chiedersi cosa debba intendersi per cultura *pop* al fine di delimitare l'ambito di questo contributo. Come hanno evidenziato Giuseppe Martinico e Gianpaolo Maria Ruotolo:

> La cultura popolare ("pop"), infatti, è l'insieme di tradizioni, saperi, idee, usanze, che sono tendenza *mainstream* di un certo contesto e opera contemporaneamente come uno specchio e una lampada: riflette le opinioni della gran parte delle persone e, al contempo, le illumina e, così facendo, non solo le rende visibili meglio, ma ne modifica le forme[7].

È possibile concentrarsi su diversi aspetti dell'interazione fra diritto e cultura *pop*. Seguendo il noto schema identificato da François Ost, Martinico e Ruotolo suggeriscono come si potrebbe considerare non «il diritto *della* cultura *pop*, né quello di guardare al diritto *come* espressione della cultura *pop*, ma di analizzare alcune particolari manifestazioni del "diritto *nella* cultura *pop*"»[8]. È questo un approccio che appare particolarmente convincente e che permette di analizzare i diversi «prodotti» della cultura *pop* provando a cogliere narrazioni e implicazioni giuridiche che non costituiscono necessariamente il loro messaggio primario. Il giurista, naturalmente, è portato ad interrogarsi su un approccio che tenga in considerazione il ruolo del diritto nella cultura *pop* e sul perché della sua rilevanza. Una risposta a questa domanda è stata offerta da Enrico Grosso secondo cui:

> […] avere attenzione alla cultura popolare è un modo per avere coscienza del modo in cui la realtà è percepita (e, contemporaneamente è plasmata) nella vita quotidiana delle persone. Essendo il diritto una delle principali "infrastrutture" che sorreggono e fanno funzionare le relazioni sociali, non può essere indifferente

[6] G. Martinico, G.M. Ruotolo, *La rappresentazione delle tradizioni giuridiche nella pop culture: un'introduzione*, in A. Ligustro, R. Tarchi, G.M. Ruotolo, G. Martinico (a cura di), *La rappresentazione delle tradizioni giuridiche nella pop culture. Narrazione e percezioni del giuridico tra immagini statiche e immagini dinamiche,* cit., 85.

[7] *Ibidem*

[8] *Ibidem*, per i due autori in questo caso si tratta di «un terreno non arato che è stato possibile analizzare sulla scia dei noti studi in materia di *law and literature*, che anche in Italia ormai ha autorevoli esponenti, ma che cerca di andare oltre, concentrandosi su "prodotti" normalmente non presi in considerazione nei lavori appartenenti a questo filone ovvero, a mo' di esempio, serie TV, *comics*, *manga*, *anime*, cartoni animati», ivi, 86.

a chi studia il diritto la rappresentazione che di esso si ricava dalle forme di manifestazione della cultura popolare che lo percepisce[9].

Questo approccio ci ricorda che il fenomeno giuridico non è solo un insieme di regole ma è, prima di tutto, un fenomeno sociale. Allo stesso tempo, ci invita ad analizzare le norme e le decisioni dei giudici non solo da un punto di vista tecnico ma anche da uno narrativo[10]. Le norme non servono soltanto ad allocare diritti e doveri, le sentenze non servono soltanto a risolvere controversie ma raccontano e mettono in scena universi valoriali che narrano storie a cui il giurista che volesse comprendere il fenomeno giuridico nella sua portata sociale non può non prestare ascolto. Se è vero ed è possibile analizzare il diritto come fenomeno sociale e culturale, dobbiamo allora chiederci quale sia il ruolo degli intellettuali e degli studiosi, e nello specifico dei giuristi, in tale contesto. Bisogna affrontare i paradigmi narrativi di riferimento e provare a comprendere che ruolo ha giocato la variabile giuridica in tale contesto. Per anni, ad esempio, gli studiosi si sono confrontati sul posizionamento da assumere nei confronti del fascismo. Tale fenomeno non ha riguardato solo gli studiosi delle scienze umane, ma è stato, ed è ancora, centrale anche nelle discussioni giuridiche e politiche. I giuristi hanno riflettuto rispetto alla caratterizzazione del nostro ordinamento a seguito dell'entrata in vigore della Carta costituzionale. Successivamente il dibattito si è spostato sul rapporto tra gli italiani e la modernizzazione e su come la modernizzazione imposta dall'avanzata dei consumi stesse cambiando le condizioni materiali e spirituali del Paese[11]. L'opera di Labranca si colloca in questo secondo tempo del dibattito pubblico italiano in

[9] E. Grosso, *Introduzione: prendere sul serio la cultura popolare*, in A. Ligustro, R. Tarchi, G.M. Ruotolo, G. Martinico (a cura di), *La rappresentazione delle tradizioni giuridiche nella pop culture*, cit., 92-93.

[10] Sia consentito su questo punto il rinvio a P. Annicchino, *Culture wars e potere giudiziario. Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo nel geo-diritto occidentale*, Rivista di Diritti Comparati, 1, 2024, 46 ss., disponibile su: https://tinyurl.com/y74ytycv.

[11] Sta in questo rapporto l'interesse per il lavoro di Labranca: «Gli articoli e i libri di Tommaso Labranca sono molto interessanti per un'indagine del genere perché Labranca si è sempre più o meno occupato di questo: della reazione adattiva degli italiani, soprattutto proletari e piccolo-borghesi, a questo secondo tempo del consumismo, il tempo in cui, dopo aver trasformato la loro vita pratica (trasporti, comunicazione, igiene), la modernizzazione ha cominciato a trasformare la loro vita mentale, l'idea stessa di come la vita vada vissuta», *cfr.* C. Giunta, *Appunti su Tommaso Labranca e la modernizzazione*, Studi Culturali, 15, 3, 2018, 341. Dal punto di vista giuridico, come evidenzia Salvatore Prisco, questa fu un'epoca di grande fermento e di cambiamenti: «Proprio dal movimento popolare del '68, inizialmente studentesco e poi propagatosi a sommuovere i fondamenti culturali dell'intera società e delle sue forme giuridiche (basti pensare allo statuto dei diritti dei lavoratori, alla stagione dei "diritti civili" – cui appartengono ad esempio la riforma del diritto di famiglia, l'introduzione del divorzio e in seguito la disciplina dell'aborto legale – o dell'avvio delle regioni ordinarie e del referendum abrogativo, istituti

cui la modernizzazione portata dalla società dei consumi ha cambiato la società e, ovviamente, anche l'ordinamento giuridico italiano.

3. *Tommaso Labranca e la cultura* pop

Tommaso Labranca è stato un intellettuale sicuramente anomalo, difficile da inquadrare nelle categorie standard e soprattutto in quelle accademiche «[…] era un uomo colto, ma nei suoi libri non c'è mai quel dialogo con la bibliografia che fa sembrare, per esempio, quelli di Houellebecq dei saggi accademici sui quali uno spirito geniale abbia steso una patina di scrittura brillante e umorismo nero"[12]. Da questo punto di vista, la prospettiva di Labranca, anche a causa del suo peculiare percorso formativo[13], è sicuramente eterodossa e unica. Come ha sottolineato Claudio Giunta, Labranca rifuggiva dal "pregiudizio scolastico" ovvero dall'associare un valore culturale immediato alle cose in nome di alcune categorie pre-definite dalle istituzioni e dagli "esperti" delegati alla gestione del sapere. Labranca ha sempre sottolineato il valore dei "prodotti" della cultura popolare che non costituiscono necessariamente oggetto di analisi scientifiche[14] ma che, a suo avviso, erano in grado di indicare cambiamenti sociali e culturali in atto di rilevanza per la sua analisi. Nell'approccio di Labranca appariva necessario considerare portare dalla periferia al centro prodotti della cultura popolare in quanto «[…] era del parere che automatismi come questi generino stupidità sia perché santificano una cultura sclerotizzata, tenuta viva per puro conformismo, sia perché impediscono di cogliere nuove e inattese incarnazioni del valore»[15]. Labranca, ovviamente, non voleva mar-

oggetto sì fino ad allora di disposizioni costituzionali, ma non ancora trascorsi nell'effettività)», S. Prisco, *Letteratura e altre arti. Un ruolo decisivo per un nuovo giurista critico*, cit., 406-407.

[12] C. Giunta, *Le alternative non esistono. La vita e le opere di Tommaso Labranca,* cit., 13. Come continua Giunta: «Labranca non avrebbe mai citato una mezza pagina della *Democrazia in America* per far vedere come le cose previste da Tocqueville si siano avverate nelle democrazie postmoderne. Non perché non conosceva Tocqueville, ma perché i suoi esempi preferiva prenderli dalla vita vera o dalla TV», ivi, 13-14.

[13] Come ricostruisce Giunta: «Aveva un profilo culturale anomalo. Aveva studiato da traduttore, prima all'Oxford Institute di Milano poi in una scuola per interpreti, parlava bene l'inglese e il tedesco, sapeva un po' di francese e un po' di russo. A un certo punto si era messo persino a studiare l'esperanto. La formazione umanistica se l'era fatta da sé, da autodidatta, e questo era, come vedremo, uno dei motivi della sua originalità e della sua indipendenza di giudizio», ivi, 12.

[14] Ad esempio, Labranca ha scritto, tra le altre, biografie di Orietta Berti e Pietro Taricone. *Cfr*. T. Labranca, *La vita secondo Orietta*, Milano, 1997 e T. Labranca, *Taricone. La vita che desideri. Sogni, pensieri e giorni da guerriero*, Milano, 2010.

[15] C. Giunta, *Le alternative non esistono. La vita e le opere di Tommaso Labranca*, cit., 2020, 45.

ginalizzare i prodotti culturali propri della *high culture,* «era abbastanza intelligente da non cadere nell'eccesso opposto – molto diffuso tra gli intellettuali di professione che si credono iconoclasti – di dignificare ogni forma di cultura popolare solo perché popolare»[16]. Il suo però, come evidenziato precedentemente, è uno sguardo assolutamente peculiare che solo una ricognizione completa delle sue opere sarà in grado di restituirci.

4. *Tommaso Labranca e l'interazione tra diritto e cultura* pop

Se è vero, come ha sostenuto Claudio Giunta, che la riflessione di Labranca si concentra in maniera peculiare sui rapporti che intercorrono tra modernizzazione e società dei consumi non vi sono dubbi che nelle sue opere sia possibile rintracciare istanze di «diritto nella cultura *pop*». Ad esempio, tra gli altri, i lavori di Labranca presentano materiali potenzialmente utili anche per gli studiosi di diritto e religione soprattutto con riferimento al dibattito relativo all'interazione fra società a capitalismo avanzato e fenomeno spirituale. In particolar modo credo possa destare interesse la creazione, da parte di Labranca, della categoria del neoproletariato[17]. Tale categoria che deve essere distinta da quella più nota del proletariato:

> A differenza del *proletario*, che era "spossessato di tutto tranne che dei figli", il *neoproletario* odierno può soddisfare i suoi bisogni materiali, ma la sua vita spirituale – un tempo superficialmente influenzata dalla religione o dalla politica – è colonizzata dai media e dalla macchina del consumo: ha perso le catene che imprigionavano il suo corpo ma ha pagato questa liberazione materiale con un'inedita servitù dell'anima[18].

La categoria labrianchiana del neoproletariato illumina i rapporti tra diritto, società e *cultura pop* in quanto il neoproletariato che descrive l'autore non si inserisce nella dinamica marxiana dei rapporti di classe che ha influenzato tanti approcci giuridici ed è stata decisiva in tanti giuristi che hanno abbracciato le idee dei *critical legal studies*. Il neoproletariato non si batte per il miglioramento delle condizioni materiali, ma per la conquista dell'egemonia su beni simbolici. Per Giunta: «La loro mente è fissa a un obiettivo che non ha niente a che fare con le loro oggettive condizioni di vita o con il futuro della prole e molto invece con l'immagine che desiderano dare si sé; di conseguenza, quasi tutti

[16] Ivi, 49.

[17] C. Labranca, *Neoproletariato. La sconfitta del Popolo e il trionfo dell'Eleghanzia*, Roma, 2002.

[18] C. Giunta, *Le alternative non esistono. La vita e le opere di Tommaso Labranca*, cit., 115.

i loro consumi sono consumi posizionali»[19]. Labranca per descrivere questa aspirazione del neoproletariato crea la categoria del *pluscool*:

> il *pluscool* è quello che un tempo di poteva chiamare superfluo, ma che oggi esercita sul neoproletariato una forza gratificante così forte da non poter più essere considerato rinunciabile. E non si tratta delle solite merci, del solito bisogno di comperare prodotti inutili e delle solite chiacchiere sulla continua pulsione all'acquisto. Il pluscool è quello che esala da quanto non solo si acquista, ma si fa, si dice, si respira, si ascolta, si guarda, si indossa, si frequenta o si cerca di frequentare[20].

Le riflessioni di Labranca possono, inoltre, essere sicuramente utili al giurista che volesse disvelare la sostanza che si cela dietro l'ufficialità e il tecnicismo del linguaggio giuridico. Una delle tesi di Labranca, che all'inizio fece molto discutere, e che può essere utile per tentare di articolare un discorso intorno al mondo giuridico, riguarda la definizione di *trash* ed il suo rapporto con la cultura. Si tratta di una nozione che può operare al margine, o meglio al confine fra discorso descrittivo e discorso prescrittivo. Questo in quanto è possibile, a mio avviso, rintracciare la categoria del *trash* sia nel discorso descrittivo che in quello prescrittivo. Per Labranca il *trash* è una «emulazione fallita di un modello alto»[21]. È così che nasce, per citare il titolo di un volume di Labranca, Chaltron Hescon[22]. Come ha scritto Alfio Squillaci: «[…] partendo da questa semplice intuizione Labranca costruì un'estetica del trash con infinite variazioni, dandoci una spettrografia a tratti ilare e distaccata, a tratti così compiaciuta che è stato difficile distinguere l'entomologo dai suoi insetti, il teorico del trash (che tiene la testa fuori dalla melma) dal praticante il trash. La mediazione mimetica fu attivata a tal punto da risultare impossibile distinguere in lui lo spettatore dall'attore»[23]. Riflettendo sui confini tra linguaggio descrittivo e linguaggio

[19] Ivi, 117. In precedenza, Giunta aveva tracciato le caratteristiche di questo gruppo sociale individuato da Labranca: «Eredi dei loro genitori ex proletari diventati piccolo-borghesi, i neoproletari di cui parla Labranca non hanno l'assillo della sopravvivenza, e grazie all'appartamento di proprietà e a un residuo *welfare* possono non solo nutrirsi e vestirsi ma anche accedere a certi lussi low cost come il calcio in TV o le vacanze esotiche. Proprio per questo, però, combattono una lotta improba nell'arengo dei beni simbolici», *ibidem.*

[20] T. Labranca, *Neoproletariato. La sconfitta del Popolo e il trionfo dell'Eleghanzia,* cit., 15.

[21] A. Squillaci, *Tommaso Labranca e il trash come emulazione fallita*, Gli Stati Generali, 29/8/2016, disponibile su: https://tinyurl.com/396r4fvn. Come sintetizza Giunta: «[…] si è trash indipendentemente dall'oggetto culturale-show televisivo, romanzo telegiornale-che si è impegnati a produrre, si è trash perché non si hanno i mezzi per non esserlo», C. Giunta, *Le alternative non esistono. La vita e le opere di Tommaso Labranca*, cit., 147. *Cfr.* T. Labranca, *Andy Warhol era un coatto*, Roma, 1994 e anche T. Labranca, *Estasi del pecoreccio*, Roma, 1995.

[22] T. Labranca, *Chaltron Hescon. Fenomenologia del cialtronismo contemporaneo,* Torino, 1998.

[23] A. Squillaci, *Tommaso Labranca e il trash come emulazione fallita*, cit.

prescrittivo, pensiamo a quanto *trash* è possibile riscontrare nell'utilizzazione di termini stranieri nella legislazione italiana. Sotto la spinta di un approccio a volte provinciale e della volontà di emulazione spesso il legislatore italiano ci ha regalato momenti che Labranca non avrebbe esitato a definire di profondo *trash*. Del resto, sento anche di poter dire che, spesso e volentieri, il tracimare del linguaggio giuridico nell'universo *trash* per rispondere a sensibilità culturali del momento o a mode à la page sia probabilmente anche un altro modo di manifestarsi del giuridichese così mirabilmente descritto in un saggio[24] di Giorgio Leali pubblicato per l'Italian Society of Law and Literature. Come scrive Leali: «Con l'espressione giuridichese, sgraziata e forse comica come la categoria che descrive, indicheremo qui le derive del linguaggio del diritto: i tecnicismi superflui, le perifrasi inutili, i neologismi cacofonici e le nozioni vuote. La questione del giuridichese appartiene a pieno titolo all'ambito di studi del "diritto come letteratura"»[25]. Gli esempi sarebbero innumerevoli, ma come non pensare alle normative sul «*Jobs Act*», gli *hot spots* nella legislazione sul diritto d'asilo, o la normativa sul *bail-in*. Spesso e volentieri l'utilizzazione di questi termini stranieri deriva da quella che Labranca avrebbe definito come una volontà di emulazione sotto la spinta di una presunta modernizzazione. Nel preparare questo contributo mi sono imbattuto in un prezioso contributo pubblicato dal Servizio per la qualità degli atti normativi del Senato in cui si analizza «*L'uso dei termini stranieri dei testi legislativi*»[26]. Qui sono richiamati diversi commenti del gruppo INCIPIT dell'Accademia della Crusca che offre spunti di notevole rilievo per ciò che concerne l'utilizzazione *trash* di alcuni termini in lingua inglese nel linguaggio giuridico italiano. Ad esempio si fa notare come a proposito dell'utilizzazione del termine *voluntary disclosure* nella legislazione italiana si tratta di: «… un forestierismo crudo e oscuro, di difficile pronuncia per la maggior parte degli italiani, a meno che non li si pretenda anglofoni fin dalla culla. Si tratta di un termine inadatto alla trasparenza della vita civile, in una nazione amica dei suoi cittadini»[27]. Ulteriori spunti di riflessione sono offerti riguardo all'utilizzazione di termini aziendalistici con riferimento alla legislazione universitaria (analisi *on desk*, *benchmark, benchmarking*, *tool*,

[24] G. Leali, *Fenomenologia del giuridichese*, Italian Society for Law and Literature Papers, 10, 2017, 1 ss., disponibile su: https://tinyurl.com/mw6a3efb.

[25] Ivi, 2.

[26] Senato-Servizio per la Qualità degli Atti Normativi (a cura di Stefano Marci), *L'uso dei termini stranieri nei testi legislativi,* giugno 2018, disponibile su: https://tinyurl.com/mr-32njmc.

[27] Accademica della Crusca-Gruppo Incipit, *Abbandoniamo la "volountary disclosure" e accogliamo la "collaborazione volontaria"*, Comunicato n. 2, 20/10/2015, disponibile su: https://tinyurl.com/48vmxr3h.

student satisfaction, *debriefing, executive summary, distance learning, peer review, public engagement, valutazione della performance, abstract, feedback, road map, deadline, graduation day*).

Il gruppo di lavoro fa notare che «Fatta salva la libertà di scelta di ogni utente della lingua, (…) invita a riflettere sul rischio che questa fitta terminologia aziendale anglicizzante venga applicata in maniera forzosa e sia esibita per trasmettere un'immagine pretestuosamente moderna dell'istituzione universitaria, lasciando credere agli utenti e agli operatori professionali che i termini tecnici inglesi siano privi di equivalenti nella lingua italiana, cosa che appare falsa»[28].

Le categorie labranchiane, come quella del neoproletariato o quella del *trash*, possono allora contribuire ad illuminare il fenomeno giuridico offrendo angolature eterodosse e inaspettate ma utili a far avanzare il dibattito in direzioni che non sarebbero state necessariamente intraprese e che possono rivelare dimensioni inaspettate dell'esperienza giuridica.

5. *Conclusioni*

Tommaso Labranca è, ancora oggi, un intellettuale poco conosciuto nonostante «La devozione per i dettagli, l'occhio esercitato a cogliere le sfumature: questo talento per l'analisi non deve far dimenticare il fatto che Labranca è stato il nostro più intelligente e originale teorico del pop»[29]. Per questo motivo, tra gli altri, un'analisi delle interazioni tra diritto e cultura *pop* credo non possa prescindere da un'approfondita analisi del suo contributo. Se ad una lettura superficiale l'analisi di Labranca può apparire un *divertissement* o un disimpegno si rivela invece come profondamente severa e profonda:

> Nell'ultimo quarto di secolo la cultura popolare – cioè non solo le canzoni e la TV ma le parole e le immagini che riempiono l'etere, ovvero con le parole di Eco, "il più vistoso fenomeno culturale della civiltà in cui siamo chiamati a operare" – non ha avuto un censore più severo di Tommaso Labranca. Labranca ha accettato questa cultura come un dato, un dato da studiare non per portarne alla superficie le strutture profonde bensì per sceverare al suo interno il vero dal falso, il progressivo dal regressivo, l'autenticamente popolare dal kitsch, e insomma per farne critica, per pronunciare su di essa un giudizio di valore. Anche se l'epiteto avrebbe fatto inorridire questo nemico giurato della retorica, nell'Italia di questi anni non c'è stato intellettuale più impegnato di lui[30].

[28] Accademia della Crusca-Gruppo Incipit, *Comunicato n. 6 - Termini aziendali inglesi nell'Università*, 17/6/2016, disponibile su: https://tinyurl.com/2hydtsu3.

[29] C. Giunta, *Appunti su Tommaso Labranca e la modernizzazione,* cit., 358.

[30] Ivi, 363-364.

Non si può dunque prescindere dal contributo di Labranca per comprendere la genesi e l'evoluzione della cultura *pop* nella cultura italiana degli ultimi 50 anni. E quindi anche del diritto. Mi piace pensare che un Maestro del diritto comparato come Salvatore Prisco si sarebbe molto divertito in un eventuale scambio intellettuale con Labranca. E magari rileggendo le opere di Labranca da par suo potrà nei prossimi anni regalarci sentieri inaspettati da percorrere.

Antonio Areniello[*]

IL MAGISTERO DELL'AMICO "VESUVIANO"

Al maestro professor Salvatore Prisco mi legano ricordi di istruttive e pungolanti chiacchierate spesso iniziate nei luoghi più disparati ove la sua incontenibile energia formativa lo portava continuamente.

Anzitutto la comune matrice vesuviana attesa la mia discendenza da famiglia di San Giuseppe Vesuviano, comunanza territoriale che spesso dava luogo a scambi in "slang" comprensibile solo a chi ha avuto la ventura di frequentare quei luoghi così pieni di fascino e cultura.

La mia frequentazione universitaria risale oramai ad oltre un quarantennio, legata inscindibilmente alla collaborazione con il mio amato Maestro Carmine Donisi, troppo presto scomparso, del quale Salvatore Prisco era amico ed estimatore e non poteva essere diversamente trovandoci al cospetto di due veri e propri "mostri" di cultura, spesso lontanissima da disquisizioni prettamente giuridiche ma allargata alle tematiche più svariate, dalle minime alle vette del pensiero culturale.

Li connotava anche l'attenzione scrupolosa e costante all'orientamento degli studenti, che sempre ritrovavano nel professor Prisco un maestro pronto ad ascoltare, incitare, suggerire, senza fretta: davvero questa capacità di ascolto rappresenta nei miei ricordi un aspetto di fondamentale rilievo da porre a testimonianza delle emergenti generazioni di docenti.

Ho fatto cenno alla cultura enciclopedica, spesso tramutatasi in feroce critica a determinati sistemi, ma sempre con una serenità ed onestà intellettuale che consentivano di passar sopra alle sfuriate del prof.

Un particolare aneddoto per concludere questo brevissimo e assolutamente inadeguato contributo ad una figura di primo piano nel panorama giuridico e culturale dell'accademia napoletana: anni orsono assistevo con trepidazione alla seduta di laurea della prima delle mie tre figlie, tutte laureatesi in giurisprudenza alla Federico II.

Ero emozionato e sovrappensiero quando Salvatore Prisco mi si accosta e mi impartisce un piccolo indimenticabile commento alla sua maniera sulle

[*] Titolare dell'insegnamento di Diritto Notarile presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II". Già Presidente della Fondazione Italiana del Notariato e del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Napoli, Torre Annunziata e Nola.

dinamiche delle sedute di laurea, che stempera la mia tensione e diluisce in benevola ironia la forte preoccupazione.

Gli sono grato ed esprimo il mio affetto e riconoscimento per il Suo magistero.

Enzo Balboni[*] *– Camilla Buzzacchi*[**]

L'IMPOSSIBILE RIORDINO DEL SISTEMA DELLE AUTONOMIE: QUALI SVILUPPI ATTENDONO REGIONI E CITTÀ METROPOLITANE?

SOMMARIO: 1. Il futuro ha un cuore antico? – 2. Le Regioni a una svolta? – 3. Una fatale asimmetria. – 4. La rincorsa indipendentista. – 5. Il nodo delle risorse. – 6. L'incompiuta. – 7. L'impossibile uniformizzazione. – 8. Una legge nata male. – 9. I problemi metropolitani esistono. – 10. Diversità vo cercando. – 11. L'approccio funzionale. – 12. Le Authorities nordamericane.

1. *Il futuro ha un cuore antico?*

C'è un dato pressoché sicuro nel recente panorama istituzionale italiano: la reiezione, di fatto, del valore-principio dell'«autonomia» locale e regionale – quale era stata proclamata solamente nell'art. 5 Cost. del 1948 e confermata nel rinnovato Titolo V nel 2001 – per il rifugio, sempre di fatto, nella più comoda posizione di «autarchia». Ritornare, dunque, a svolgere quei compiti che i livelli territoriali superiori (per Comuni, Città Metropolitane e Province: la Regione, ma soprattutto lo Stato, nei confronti di tutti i livelli ad esso «interni») consentono di svolgere abbracciando l'equazione: minori decisioni, minima responsabilità.

Ovviamente il ragionamento da fare – che poi ciò avvenga col «consenso» dei soggetti subalterni e della società politica, perché siamo in un sistema democratico – è discorso politico, che non rientra nei confini del presente contributo. Esso, comunque, sarebbe lungo e difficile, se si volesse «giustificare», come si dovrebbe l'assunto nei modi appropriati ad un discorso scientificamente fondato.

Non sono però questi il luogo e il momento adatti a tale scopo. Tuttavia sarà possibile, si spera, collocare alcune tessere del mosaico che vorrebbe almeno progettare la proposizione, forte e brutale, che sta alla base di questo scritto, e che è scritta nel titolo.

L'assunto è, tuttavia, il seguente: l'Italia non è un Paese che ama le autonomie, siano esse quelle territoriali, sociali o funzionali.

[*] Già Ordinario di Diritto costituzionale, Università Cattolica di Milano, enzo.balboni@unicatt.it.

[**] Ordinaria di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano-Bicocca, camilla.buzzacchi@unimib.it.

C'è stato forse un tempo, per la durata di circa mezzo secolo (1946-2001), nel quale la legislazione autonomistica è andata crescendo, fin dal ricordato esordio costituzionale. Il riferimento è quello delle rilevanti fasi di studio e progettazione riversate nella Commissione Forti e della preparazione del testo costituzionale.

C'è stata – un tempo – una dottrina autonomistica robusta e innovativa a tale riguardo: si può pensare ad Ambrosini e ad Esposito. Ma soprattutto Benvenuti e la sua scuola «lombardo-veneta» (in prima fila Berti, Pototschnig e Pastori), con i prolungamenti che si slargano a Paladin, Bartole, Onida, Bin, Cammelli, Vandelli, Serrani, Merloni, De Siervo, Grassi, ecc., ma al tirar delle somme è risultata perdente. Perché, parafrasando il Vangelo di Giovanni, 3, 19 – e scusandosi per tale citazione evidentemente troppo alta rispetto al modestissimo oggetto che abbiamo di fronte – *Καὶ ἠγάπησαν οἱ ἄνθρωποι / μᾶλλον τὸ σκότος ἢ τὸ φῶς*: «E gli uomini vollero / piuttosto le tenebre che la luce». Almeno questo è il parziale punto di vista che facciamo nostro. Su ciò sia permesso di rinviare a Umberto Allegretti ed Enzo Balboni, *Feliciano Benvenuti: un amministrativista con sguardo costituzionale*, in *Lo Stato*, n. 22-2024. Sempre che si voglia collocare l'autonomia – e l'autonomia regionale e locale *in primis* – in un campo luminoso.

I casi su cui si intende ora offrire una riflessione sono quelli dell'ente «Regione» e dell'ente «Città metropolitana», due amministrazioni che sono state interessate da evoluzioni che in qualche misura si sono intrecciate: evoluzioni che appaiono destinate ad un epilogo di discutibile riuscita.

2. *Le Regioni a una svolta?*

Si è dunque già accennato al dato difficilmente contestabile che le stagioni dell'autonomismo sono state alterne quanto a favore o avversione.

In tema di Regioni, esse hanno raccolto attorno a sé grandi aspettative in tempi ormai risalenti, e ci si riferisce ai primi due decenni della Repubblica; hanno poi deluso quando si sono dimostrate poco più che strutture di intensa amministrazione sanitaria, come è avvenuto negli ultimi due decenni dello scorso secolo; hanno riacceso la fiducia dell'opinione pubblica e degli studiosi, quando la revisione del Titolo V Cost. del 2001 ha lasciato presagire il loro rilancio; hanno tradito la loro missione, quando si sono dimostrate gestori incompetenti di spesa, se si torna alle vicende dei dissesti sanitari del primo decennio di questo secolo, e a quelle degli scandali per le condotte dei gruppi consiliari. Al punto che, dopo la crociata anti Province che ha portato al loro svuotamento come enti rappresentativi nel 2014, anche le Regioni sono apparse come enti inutili dieci anni fa: il ddl di revisione costituzionale

Renzi-Boschi proponeva lo spostamento di potestà legislativa dalle amministrazioni regionali allo Stato rispetto ad un consistente catalogo di funzioni, ridimensionando in maniera rilevante la fisionomia *politica* di queste istituzioni. A conclusione di questa parabola, l'emergenza pandemica ha sollevato inquietanti domande sulla tenuta dei sistemi sanitari regionali: se si considera che la quota di circa 80% dei bilanci delle Regioni è rappresentata da spesa per la tutela della salute, il dubbio circa l'opportunità di mantenere questa articolazione territoriale è diventato ancora più diffuso, nonostante le dichiarazioni convinte di tutta la classe politica dell'assoluta urgenza di nuovi investimenti nel comparto sanitario gestito dalle Regioni; e malgrado la destinazione di importanti risorse del PNRR verso la sanità pubblica, per trasformare le modalità di cura con attenzione per le specificità dei territori e delle comunità umane ivi stanziate.

Tenendo presente questo irregolare andamento dell'esperienza regionale, e interrogandosi sulle sorti che la attendono, la lettura del percorso attuativo della previsione costituzionale di attribuzione di «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» conduce a vederlo come uno sviluppo a sé stante, quasi che il perseguimento di una c.d. *autonomia differenziata* a beneficio di singoli territori avvenga all'insegna di altre logiche ed interessi rispetto a quelle da tempo assegnate al sistema delle autonomie.

Quando nel 2001 si è inserita questa possibile opzione nell'art. 116 Cost., le esigenze a cui dare risposta erano molteplici: fermare la spinta al secessionismo, inseguito da un movimento politico con particolare radicamento nel nord del Paese; rigenerare il ruolo delle Regioni, che già negli anni Novanta si era tentato di rafforzare con le riforme amministrative a Costituzione invariata; puntare all'introduzione dell'*asimmetria* sul modello spagnolo, aprendo ad una variazione del perimetro delle competenze sulla base di un processo del tutto facoltativo. Il paniere di attribuzioni offerto alla spontanea iniziativa di singole Regioni veniva letto, all'apparire di tale novità, come una possibilità di valorizzazione di peculiarità presenti in alcuni territori e non avvertite in altri: la novella costituzionale veniva interpretata come se rendesse possibile il trasferimento di selezionate competenze, idonee a fornire il quadro normativo e amministrativo adeguato per garantire un trattamento «differenziato» delle stesse peculiarità.

La parola chiave è allora quella della *differenziazione*, benché essa non sia utilizzata nel testo della disposizione in esame: ma coerentemente l'espressione di *autonomia differenziata* è diventata la formula più utilizzata, che restituisce la valenza del principio autonomistico. Principio che è volto a premiare la capacità delle distinte comunità territoriali di regolare in maniera indipendente le proprie tipicità, che costituiscono per l'appunto *differenze* in guisa di valore;

di vero e proprio bene, che l'ordinamento intende preservare attraverso regimi giuridici a sé – in sintonia con l'interesse e l'unità nazionale, secondo la logica dell'art. 5 Cost. – che le istituzioni rappresentative di quelle collettività sono chiamate a definire. Questa è la radice forte del principio autonomistico di matrice sturziana, che Mortati e Ambrosini nella II Sottocommissione dell'Assemblea costituente hanno ritenuto di poter porre a fondamento del nostro Stato regionale: ovvero un autonomismo come fonte di differenziazione e come veicolo di partecipazione democratica, che va ad arricchire la Repubblica in una prospettiva di pluralismo. Del resto, la medesima formula è richiamata esplicitamente nell'art. 118 Cost., che consacra il criterio dell'assegnazione ai Comuni delle funzioni amministrative, valorizzando la *differenziazione* quale sistema alla base dell'attribuzione di compiti.

Tale formula di *autonomia differenziata* si è affermata nel dibattito scientifico e nella dialettica politica, ed è stata accolta nell'intitolazione del disegno di legge 615 del Governo, approvato dal Senato a gennaio 2024 e nel successivo giugno alla Camera dei Deputati, e ora nella forma di legge: la n. 86/2024 recante *Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione*. Sulla base di questa disciplina di principio o «quadro» ci si attende che le Regioni si candidino ad un ampliamento di funzioni: ma proprio qui emerge il primo aspetto di ambiguità, perché esistono già delle pre-intese, ereditate dalla passata legislatura, che non sembrano in alcun modo rispondere alla filosofia che si è illustrata, della selezione mirata di ambiti materiali da riservare alla normazione di singoli legislatori regionali. Presentano, al contrario, un certo tasso di uniformità e rifuggono dalla differenziazione, posto che le prime richieste – poi in realtà da ultimo un po' riviste nel senso di una contrazione di competenze da attivare – contengono un numero consistente di *materie* dell'area di legislazione esclusiva e concorrente. Il profilo di autonomia è più ampio nelle intenzioni di Lombardia e Veneto, che hanno da subito dichiarato interesse quasi per l'intero catalogo degli ambiti materiali, mentre l'Emilia-Romagna ha presentato una richiesta più contenuta, riguardante aree individuate meno genericamente e sulla base di una valutazione più analitica: politiche del lavoro, istruzione, sanità, tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, relazioni internazionali e rapporti con l'Unione europea. Ma complessivamente l'orientamento dei tre territori, volto ad ottenere dalle 16 materie dell'Emilia-Romagna alle 23 materie della Lombardia, appare poco sostenibile, se si considera che ogni *materia* si articola al suo interno in molteplici sotto-ambiti, che aprono ad una responsabilità amministrativa di imponente entità per le attuali burocrazie regionali. Ma, soprattutto, scelta che sconfessa la lettura del meccanismo facoltativo inserito in Costituzione nel 2001.

3. *Una fatale asimmetria*

Se l'indirizzo sarà quello di tante Regioni che si candidano alla totalità delle competenze concorrenti, l'esito non potrà essere quello dell'*asimmetria*, ma di una nuova replica dello schema del 1948: quello di due livelli di autonomia, della *specialità* e di una nuova *ordinarietà*, che potrà caratterizzarsi per maggiori competenze – e di conseguenza maggiori risorse – in capo al nuovo livello di autonomia, che continuerà a presentare elevati caratteri di omogeneità. Molta più omogeneità che differenziazione.

E qui si giunge al profilo nevralgico dell'operazione in corso, la quantificazione delle risorse: soprattutto finanziarie, ma anche umane e patrimoniali. La Costituzione è chiara a tale riguardo: vincola la proposta di una maggiore autonomia alla coerenza con le tipologie di entrata contemplate dall'art. 119, e proprie della qualità *ordinaria* dell'autonomia. Rimanda quindi a tributi ed entrate proprie, a compartecipazioni al gettito di tributi erariali riferibile al territorio, a trasferimenti a partire da un fondo perequativo. L'intesa tra la Regione ed il Governo, che il Parlamento dovrà riversare in un provvedimento legislativo da approvare a maggioranza assoluta, non potrà che declinare le risorse a sostegno delle nuove competenze da acquisire in sintonia con tale quadro di entrate. E il Parlamento sarà chiamato a valutare – in quanto custode dell'interesse nazionale e organo di rappresentanza dell'intero Paese – se tale quantificazione comporterà dei riflessi sul sistema di finanza pubblica generale, sull'erogazione dei servizi e dunque – in ultima, ma in realtà *prima* istanza – sull'eguaglianza.

Le indicazioni della l. n. 86 – identificata con il ministro Calderoli che l'ha sostenuta con un impegno che ha lasciato esterrefatti – vanno in ben altra direzione, sollevando seri dubbi di legittimità costituzionale. Si prevede infatti che l'intesa formuli solo criteri per la definizione delle risorse, rispetto alle quali dovrà poi operare una commissione paritetica Stato-Regione-enti locali con il compito di elaborare i termini precisi della proposta riguardante le varie tipologie di risorse, che il Governo accoglierà poi con decreto.

È difficile non ravvisare forti analogie con il modello della *specialità*, che è stata costruita attraverso le commissioni paritetiche. E due ulteriori elementi inducono a credere a questa interpretazione. Uno desumibile dalla Costituzione, l'altro ricavabile dalla legge n. 86, denominata a partire dal ministro Calderoli.

Il primo è la particolare collocazione delle «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia», che al di là di quanto qui si sta provando a dimostrare, ovvero che l'opzione *differenziata* è una variante della versione *ordinaria* dell'autonomia, appaiono invece il canale di accesso alla *specialità* in ragione della disposizione revisionata, l'art. 116. Prefigurare variazioni della qualità au-

tonomistica in una norma, che dà riconoscimento ai sei territori che godono di un regime a sé, appare condizione sufficiente a «sdoganare» la possibilità per alcuni territori di pervenire a quello stesso livello *alto* di competenze.

Il secondo elemento è costituito dalla fonte finanziaria su cui verrà eretto il regionalismo differenziato: in modo piuttosto essenziale, l'ultimo comma dell'art. 5 della legge n. 86 enuncia il criterio di finanziamento delle materie da trasferire, ovvero le «compartecipazioni al gettito di uno o più tributi erariali maturato nel territorio regionale». La risorsa è coerente rispetto all'art. 119 Cost., ma appare anche l'unica – tra le varie previste da quella disposizione – che viene candidata a copertura delle nuove competenze. Se si considera che la finanza delle Regioni speciali si fonda esclusivamente su questo meccanismo e che il suo funzionamento risulta normato dagli accordi bilaterali che ciascuna autonomia speciale ha negoziato con lo Stato – concordando il trattenimento dei sei, sette … fino a dieci decimi del gettito prodotto dai rispettivi territori – l'impressione è che il modello a cui ci si rivolge sia quello della replica della *specialità* in altre aree. La ricerca di un salto di qualità da parte di Lombardia, Veneto e Emilia-Romagna è ormai abbastanza scoperta, e del resto viene da alcuni passaggi precedenti ben noti.

4. *La rincorsa indipendentista*

È cominciato nel 2014 il tentativo del Veneto di vedersi riconosciuta un'autonomia al limite dell'indipendenza: la sent. n. 118/2015 della Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale la legge regionale che intendeva indire una consultazione referendaria per saggiare l'umore popolare rispetto a tale prospettiva, ma ciò non ha impedito che la Regione spostasse l'obiettivo della consultazione verso l'attuazione del modello delle «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia». Anche la Lombardia si è unita, cosicché le due Regioni, forti di una pronuncia popolare costituzionalmente non dovuta ma di eloquente sostegno all'attivazione dell'autonomia differenziata, hanno potuto poi presentare proposte di intese al Governo, declinate – come si è già segnalato – all'insegna di una richiesta uguale e generalizzata di competenze, a cui poi ha fatto seguito la terza candidatura, quella dell'Emilia-Romagna. L'argomento centrale a cui le tre Regioni hanno fatto ricorso è stato quello della rivendicazione del c.d. *residuo fiscale*, che da un lato è stato poi ritenuto argomento giuridicamente insussistente dalla Corte costituzionale con la sent. n. 83/2016; ma d'altro canto è la chiara dimostrazione che l'interesse che muove questo processo di *particolare attuazione* dell'art. 116.3 Cost. è quello legato alle risorse finanziarie.

Le osservazioni a riguardo partono allora da questa ultima constatazione: che l'attuazione che sta avvenendo del regionalismo asimmetrico o differenzia-

to sia frutto di una particolare interpretazione tanto delle finalità della previsione costituzionale, quanto della procedura che potrà condurre al risultato.

Circa le finalità, esse sono in gran parte disallineate rispetto agli intenti delle origini, se è vero che la prima concezione del modello mirava a riconoscere specificità che possono essere presenti in un territorio e assenti in altri; e a dotare l'amministrazione di quel territorio delle prerogative adeguate a dare tutela e normazione a tali specificità. Ora, è vero che l'intenzione del legislatore costituzionale non è vincolante, e dunque può anche essere legittimo che ora le «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» siano piegate a orizzonti di efficienza e di competizione tra capacità amministrative, che vengono ostentate dalle tre Regioni che aspirano a differenziarsi. L'elemento che però stupisce, se questa è la nuova chiave di comprensione dell'asimmetria, è che nessuna delle tre Regioni abbia prodotto studi e dati che dimostrino e avvalorino uno scenario di questa natura: ovvero che l'esercizio delle competenze che esse pretendono sarà più brillante di quanto fa lo Stato centrale. Va invece ricordato che la sent. n. 192 del 2024, che si è pronunciata sulla l. n. 86 del medesimo anno, ha dato chiare indicazioni sia in merito alle funzioni suscettibili di trasferimento, che in merito alle analisi che devono dare fondamento alle richieste di nuove competenze.

Molto si potrebbe dire sulla procedura: va constatato che gli enti locali sarebbero attori istituzionali da coinvolgere, e di fatto tale operazione è stata solo superficialmente effettuata; ma soprattutto che la legge di principio prevede un ruolo ben più significativo per il Governo a danno del Parlamento, che risulta chiamato a ratificare le leggi di recepimento delle intese, senza avere gli spazi necessari per valutazioni e correzioni in vista della tutela dell'interesse del complesso dei territori che, in un'ottica di unità nazionale e di solidarietà di sistema, non devono subire effetti dal processo di differenziazione che si preannuncia.

Su questo allontanamento rispetto ai dettami procedurali non vale l'argomento della volontà non vincolante del legislatore di revisione. La torsione dei passaggi previsti dalla Carta con il proposito di privilegiare l'interazione bilaterale tra la Regione e lo Stato appare una modalità distorta di costruzione dell'asimmetria. Essa rischia di produrre un numero significativo di contraccolpi che sarebbe bene evitare: dalla squilibrata distribuzione delle risorse finanziarie alla difficoltà per alcuni territori a garantire i servizi e, dunque, ad assicurare l'eguaglianza; dall'emarginazione del Parlamento all'esplosione di criticità per i Comuni, sia dei territori con più competenze che di quei territori che conserveranno il livello *basso* di autonomia. Ma primariamente preoccupa l'ipotesi di una palese incapacità amministrativa delle Regioni alla ricerca dell'asimmetria, se scopriranno che nella competizione con lo Stato sono perdenti e di avere cal-

colato erroneamente la solidità delle proprie strutture: e imbarazza l'ulteriore ipotesi di ricorso a trasferimenti extra che, seppur negati dalla legge Calderoli laddove proclama il principio dell'«invarianza finanziaria», non si potrebbe rinunciare ad effettuare se necessari.

L'edificazione del nuovo regionalismo, che l'art. 116.3 Cost. prefigura, non è un traguardo banale e da sottovalutare: è suscettibile di mutare l'equilibrio tra le istituzioni dello Stato, tra le amministrazioni del territorio, tra le situazioni personali dei singoli, le cui opportunità di «partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» ex art. 3 Cost. potranno dipendere in misura sempre più decisiva dalla loro residenza. Un tale esito sarebbe paradossale se indotto da un disegno che nella sua essenza non vorrebbe puntare al sovranismo regionale, ma semplicemente alla valorizzazione di alcuni tratti tipici di territori e delle loro comunità; e che dovrebbe rimanere in sintonia con la prospettiva dell'autonomia come veicolo di partecipazione sociale e politica al potere pubblico. Ma solo i prossimi sviluppi dimostreranno quale identità il nostro regionalismo voglia assumere.

5. *Il nodo delle risorse*

Si sono già dati alcuni elementi circa le criticità che può implicare un regionalismo declinato in termini di «differenziazione», se quest'ultima viene costruita in una prospettiva di autosufficienza e di separatezza nei confronti del resto dell'ordinamento. Malgrado il Governo abbia dichiarato la piena coerenza del disegno di differenziazione con il quadro politico, territoriale, economico e finanziario del Paese, elementi di probabile alterazione di equilibri, soprattutto di natura finanziaria, sono immediatamente emersi.

L'occasione è stata quella dell'immediata presentazione di richiesta di competenze svincolate dai livelli essenziali – le c.d. competenze «non Lep» – da parte della Regione Veneto, che ha ripreso la pre-intesa della precedente legislatura. In realtà la Regione non si è limitata alle 9 materie «non Lep» – organizzazione della giustizia di pace, rapporti internazionali e con l'Unione della Regione, commercio con l'estero, professioni, protezione civile, previdenza complementare e integrativa, coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale, e per finire enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale – ma ha recuperato, per un avvio di verifiche, anche le materie «Lep» alle quali con la bozza di intesa del 2018 già si era candidata. E dunque attribuzioni di grandissimo rilievo sul terreno delle politiche del lavoro, dell'istruzione, della salute, nonché della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema: materie che indubbiamente determineranno dilatazione della spesa regionale. L'acquisto

della titolarità di politiche onerose interessa infatti tanto ambiti che prevedono prestazioni – le materie «Lep» – quanto ambiti che non sono soggetti all'individuazione di costi e fabbisogni standard, ma che difficilmente si può sostenere che non incideranno in maniera significativa sulla spesa regionale.

In questo passaggio dell'integrazione europea, connotato dalla riscrittura della c.d. «*governance* economica europea», e dunque delle regole fiscali dell'area euro, la Repubblica sta andando incontro a una traiettoria di aggiustamento delle politiche finanziarie concordata con le istituzioni europee, che prevederà una precisa ridefinizione della spesa. Ridefinizione che non riguarderà solo lo Stato centrale, ma chiederà il concorso del sistema denominato di «finanza pubblica allargata», a cui concorre l'amministrazione centrale ma anche l'ultimo Comune d'Italia.

Tenuto conto di tale orizzonte, vi è da chiedersi come sia pensabile – ed opportuna – la fuga in avanti di amministratori regionali, che sembrano continuare a ragionare in termini di «sovranismo» fiscale e finanziario. Come se il piano fiscale che il Mef annualmente concorda con la Commissione non debba individuare volumi di spesa – e conseguenti flussi di entrata – che non possono non tener conto di funzioni di primaria incidenza che potrebbero passare ad alcune Regioni senza che ancora si sappia quale spesa esse assorbiranno, e dunque quali compartecipazioni al gettito erariale riferito al territorio dovranno impiegare. Queste, infatti, in conformità con la legge n. 86/2024, risultano essere le risorse che finanzieranno le nuove prerogative regionali.

L'attenzione che a breve dovrà essere rivolta nei confronti della spesa non potrà con condurre a vagliare prudentemente variazioni di equilibri tra quella dello Stato e quella delle Regioni. Proprio quella dello Stato dovrà essere ponderata con piena consapevolezza della quantità di risorse che si sposteranno sui territori «differenziati»: e che potranno ulteriormente essere da preventivare, se le competenze di nuova acquisizione, sulla base delle leggi che recepiranno le intese, daranno luogo a difficoltà nei contesti regionali e, dunque, a nuovi finanziamenti da parte dello Stato.

Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna non hanno ancora fornito dati e analisi che dimostrano la sostenibilità finanziaria delle competenze che chiedono; né che escludano situazioni di difficoltà, a fronte delle quali è difficile immaginare che lo Stato possa rifiutarsi di rifinanziare servizi e prestazioni per i cittadini delle Regioni «differenziate».

La stessa legge Calderoli dimostra ampia consapevolezza di uno scenario di incertezza, perché prevede una durata decennale delle intese e perché introduce un monitoraggio, che sarà forzatamente seguito da rimedi, se le Regioni ad autonomia «potenziata» non riusciranno a reggere finanziariamente l'impatto delle nuove politiche.

Potrebbe essere saggio dilatare i tempi di valutazione per vedere il cammino di revisione della spesa che attende la Repubblica italiana: la Corte dei conti annualmente richiama con forza l'attenzione su questo scenario nell'approvazione del giudizio di parifica del rendiconto consuntivo dello Stato. E solo a seguito della definizione degli impegni che il Governo assumerà con la Commissione si potrà capire quanto la spinta alla differenziazione sia compatibile con il rientro del debito e con la riduzione della spesa dello Stato, che copriranno un arco temporale da qui alla fine del decennio. Rientro del debito e riduzione della spesa che sembrano qualcosa che riguarda solo lo Stato, ma inevitabilmente sono una prospettiva che ricade su tutto l'ordinamento. Così come l'intesa di una Regione che si candida a utilizzare l'art. 116.3 Cost. sembra qualcosa che concerne solo la Regione, ma inevitabilmente è un orizzonte che interessa tutto l'ordinamento repubblicano.

6. *L'incompiuta*

È ora il momento di occuparsi dell'altro caso emblematico: la Città metropolitana. Fra le tante, e diverse, occasioni di avvicinamento alle problematiche di ordine amministrativo (chi fa? cosa fa? e come le fa?) che incombono quotidianamente sulla vita, i beni, i diritti e gli interessi della cittadinanza, si presentava con un certo rilievo negli anni '90 del secolo scorso, per salire crescendo fine alle prime decadi del nuovo millennio, quella afferente alle aree urbane, densamente popolate e portatrici *quae ipsae* di reddito e benessere, insieme a dissipazioni, pericoli e regressioni per le popolazioni ivi insediate. Il tutto in accumulo progressivo, disordinato ma vitale.

Le città centrali di queste aree: Milano e Torino *in primis*, ma anche altre realtà similari – Roma, in effetti è un caso a parte, avendo lo status naturale di «capitale», meritevole dunque di un trattamento a parte – attraversano insieme, potenzialità e complicazioni, opportunità e miserie, benessere e malessere…

Una vasta, singolarmente seria e profonda letteratura di sociologi, urbanisti, architetti del sociale, ingegneri delle infrastrutturazioni… ma anche di giuristi, non solo di cultura straniera (anglosassone in prevalenza, ma con esemplificazioni notevoli nel Nord Europa ecc.) aveva apportato un'armatura di pensiero non banale sul nostro tema. Ma questo era, per la verità, centrato su un movimento circolare, che si rivolgeva a «i problemi delle aree-città metropolitane», studiati sulle modalità – anche istituzionali – per affrontarli e risolverli.

Da noi, invece, e come si è soliti fare, nell'ambito di quel vasto pelago che si chiama «riforma delle istituzioni», non avendo la volontà-capacità di individuare con sufficiente certezza e adeguata profondità partendo da quelle per suggerire le soluzioni adeguate e appropriate, si è presa l'altra strada.

Quella della prevalenza del *nomen* (la Città metropolitana) sulla *res* (i problemi e le opportunità degli assetti urbani), con l'aspettativa che l'infante che era battezzato con quel nome e veniva corredato di potestà cardinali denominate «pianificazione» (a cominciare da quella potentissima sulla carta ma priva in concreto di «pianificazione strategica») crescesse in fretta, diventando capace di individuare prima e dominare poi i problemi, le urgenze, le aporie e le mancanze, nonché possibilmente le soluzioni. Ma, se non se fosse stato capace, tutto sarebbe rimasto pressoché invariato: senza infamia e senza lode.

Nel 2014 si fece di più, perché alle due vere Città metropolitane del Bel Paese, cioè a Milano e Napoli, fu messa in mano una moneta aurea: l'elezione diretta del decisore di ultima istanza – chiamato ancora tralatiziamente Sindaco – perché di fronte ad eventuali nodi gordiani avesse la legittimazione a tagliarli, con un netto taglio di spada.

Ma era l'altra faccia di quella moneta a stabilirne il corso; non dal momento in cui i milanesi e i napoletani avessero deciso di avvalersi di questa opportunità, ma soltanto da quando lo Stato avesse voluto, perché dalla sua Zecca proveniva quel denaro e sgorgava l'emissione delle monete. Restava ignoto il momento dal quale avrebbe avuto inizio l'ordine nuovo.

Tale data, in dieci anni, non si è mai trovata. Il retro della moneta è rimasto vuoto e liscio. Ecco perché, nell'incipit, si è parlato di autarchia e non di autonomia. Si obietterà che in tal modo si adopera una metonimia; non vi è difficoltà ad ammetterlo.

Non è il caso di tessere, in modo specifico, l'elogio dell'elezione diretta del Sindaco metropolitano, consentito dalla legislazione vigente (ma solo potenzialmente) soltanto per le città di Milano, Napoli e Roma. Non è certamente questo l'intento. Fin quando i c.d. primi cittadini di un Comune o di una Regione continueranno ad essere scelti con una elezione diretta (quindi sull'egida di una qualche forma di legittimazione popolare) sarebbe velleitario immaginare una diversa modalità per il c.d. Sindaco metropolitano… A meno che non si introduca, almeno per alcune «funzioni» (parola chiave, come ognuno sa), la possibilità che a decidere alcune *issues* metropolitane siano Agenzie o Autorità diversamente legittimate, come avviene per gli spazi che vengono lasciati ad Autorità di scopo e/o funzionali, basate sulla competenza, sull'economicità, sull'efficienza ed efficacia sociale. Ciò si verifica comunemente in altri ordinamenti, a cominciare dagli Stati Uniti d'America: talvolta nel male, talvolta nel bene.

È questo, dunque, l'orizzonte sul quale si traguarda il presente contributo che, anche per la pregnanza del binomio Napoli-Milano, è parso adatto nella circostanza presente che prende spunto da un bilancio – certamente non positivo – che si può redigere a dieci anni di distanza dall'entrata in vigore della legge n. 56 del 2014.

7. *L'impossibile uniformizzazione*

Considerata la quantità e qualità dei problemi metropolitani di maggior spessore ed urgenza, ci si sofferma su un argomento critico centrale, che un po' li riassume tutti: la prevalenza del «nominalismo» sul «funzionalismo» ovvero, detto con parole semplificate, la prevalenza delle illusioni sulla realtà, come emerso in varie occasioni, per esempio quella delle attività del Gruppo di lavoro interuniversitario per la redazione della bozza dello Statuto della Città metropolitana di Milano.

Dunque *heri dicebamus…* il treno dell'area-città metropolitana partito 33 anni fa non è mai arrivato ad una destinazione affidabile e sicura, o almeno non se ne sono accorti gli abitanti di Rozzano, Porretta Terme o di Gioiosa Marina: tutti i residenti in Città metropolitane che non hanno avuto modo di conoscere e apprezzare le suddette istituzioni come tali.

Torna oggi alla ribalta di una libera discussione tra accademici politici e operatori il tema dell'area-città metropolitana e la speranza è che questo sia l'avvio di uno studio per un progetto di fattibilità serio e concreto.

Dopo esser stato a lungo incompreso e sospeso nell'aria in percezioni volatili e svolto con approfondimenti di varia qualità da sociologi, urbanisti, economisti, politologi e giuristi il nostro tema planò d'improvviso sul tavolo del legislatore italiano. Questi si sentì subito particolarmente ispirato all'inizio degli anni '90 e lo inserì nella grande legge riformatrice n. 142/1990, che aveva l'ambizione di considerarsi «legge generale sull'amministrazione locale», come evidenziava il suo titolo, dal tono finalmente costituzionale perché riferito all'ordinamento delle autonomie locali, sull'orma dell'art. 5 Cost. e del Titolo V, anche prima della sua modifica intervenuta nel 2001.

Già da allora la Provincia – questo ente anfibio, nato e vissuto come Giano bifronte, con una faccia rivolta allo Stato – non per caso rappresentato in ogni capoluogo da un alto rappresentante del Governo, il Prefetto di norma residente in un solido «Palazzo del Governo» – e l'altra faccia rivolta alla propria collettività di riferimento – veniva affiancato agli articoli 17 e 21 di quel testo da 9 Città-aree metropolitane, poi divenute 10, facenti capo a quelle che il Parlamento, nominandole espressamente, considerava le maggiori conurbazioni urbane presenti nel territorio nazionale.

Le Regioni a statuto speciale avrebbero poi potuto integrare l'elenco, utilizzando la loro autonomia statutaria, individuando altre Città metropolitane: il ché come sappiamo è avvenuto *ad abundantiam* in altri 5 casi, tre in Sicilia e due in Sardegna.

Una sistemazione della materia intervenne, come è noto, col *Testo Unico sugli enti locali* del 2000, che già si presenta con una regressione non solo

linguistica, tale da segnalare che un nuovo clima, meno autonomistico, stava arrivando.

8. *Una legge nata male*

Non si può qui ripercorrere l'intero e faticoso iter normativo sviluppatosi successivamente fino alla legge n. 56 del 2014, il cui decennale è già superato, ma un'osservazione occorre necessariamente farla.

Il legislatore di dieci anni fa, pressato ancor più dei suoi predecessori da un'opinione pubblica che i media avevano reso ostile alla «politica» (così genericamente intesa) rimase prigioniero delle contingenze e non seppe o non volle contestare la furia iconoclasta che già si era palesata, non senza evidenti venature populistiche, contro la Provincia o meglio i suoi supposti elevati costi: così ci si esprimeva ad alta voce, ponendosi in contestazione della sua rappresentatività democratica elettiva, così come delle funzioni che ad essa erano affidate.

In tal modo vennero sancite dalla legge n. 56 del 2014, in convivenza congiunta, ma distinta, le Città metropolitane *nominatim* e le altre Province, che restarono tipizzate e denominate per il fatto di essere messe a capo di una c.d. «area vasta». Si trattava evidentemente, per queste ultime, di una denominazione di *default* o di risulta.

Insomma, si preferì allora restare dentro il recinto sicuro che era stato impiantato un quarto di secolo prima esibendo, nei fatti, l'incapacità di andare al di là della semplice soluzione istituzionale: l'unica che era stata immaginata fin lì.

Qui sta la radice del maggior errore fatto. A scusante di coloro che presero questa strada si può invocare la condizione di transizione che venne allora apposta allo status delle Province, fossero quelle di area vasta o le Città metropolitane. Era una soluzione provvisoria e dichiarata tale sino alla sperata loro soppressione, come aveva attestato il disegno di grande riforma costituzionale promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri Matteo Renzi, che peraltro si schiantò contro il netto risultato referendario di segno contrario che intervenne nel dicembre 2016. Curiosamente venivano salvate le Città metropolitane che restavano tuttavia sospese in un limbo, dove volteggiano tuttora.

Nel frattempo, la legittimità della legge n. 56 aveva superato il vaglio della Corte costituzionale (sentenza numero 50 del 2015) ma con un passo incerto e una motivazione sbrigativa che la dottrina, pressoché unanime, giudicò scadente, se non sciatta. Sono tutti segni che l'oggetto dei nostri odierni dibattiti è nato sotto cattiva stella o almeno è stato molto sfortunato. Ma questo si capisce, o almeno ci si può dare una certa spiegazione, che si offre alla discussione, per il fatto che una vera cultura delle autonomie locali – dalla

Regione ai Comuni, passando per un terzo necessario ente intermedio, connotato come gli altri due di democraticità sostanziale – non è mai purtroppo fiorita nel Bel Paese.

9. *I problemi metropolitani esistono*

Eppure, la più attenta letteratura non solo straniera (Sharpe ecc.) ma italiana, e si pensa a Guido Martinotti, la cui analisi che muove non a caso da Milano – la sua città, è davvero eccellente, e poi Camagni e Calafati – aveva parlato, cogliendo nel segno, di «problemi metropolitani» coinvolgenti un'area urbana fittamente addensata e attraversata in modo forte da interrelazioni, congestioni, opportunità, rischi e difficoltà *versus* economie di scala, aspettative di sviluppo e di progresso, capacità di correre rischi ecc.

L'area milanese è un esempio emblematico perché già allora si percepiva ormai lanciata nel terzo millennio verso una dominanza di attività del terziario avanzato. Insomma, gli urbanisti e i sociologi d'alta scuola esortavano a partire dalla *res* mentre politici e giuristi si baloccavano col *nomen*. Se si fosse presa la strada pragmatica – risolvere i problemi – le periodiche esondazioni dei fiumi Seveso e Lambro che, pur attraversando diversi Comuni, si materializzano in toto *dentro* il territorio metropolitano avrebbero trovato una soluzione, che invece è ancora soltanto parziale e ancora insoddisfacente.

Invece si optò per la soluzione istituzionale equalizzata ed uniformizzata; e questa fu pensata 33 anni dopo in forma debole, valevole per le 10 Città aree metropolitane dell'Italia continentale, poi salite a 15 dopo le immissioni provenienti dalle due Isole.

Tale soluzione non è stata però in grado di prendere il volo e di reggersi con le sue forze. Eppure, non ci voleva molto a capirlo perché, come le famiglie narrate da Tolstoj, quando sono infelici – *rectius* quando si trovano di fronte a problemi complicati e difficili – lo sono ciascuna a modo proprio e sarebbero necessarie o almeno utili delle scelte fatte su misura, caso per caso, differenziate per il fatto che le situazioni di partenza sono diseguali e pertanto non vanno trattate in modo eguale, che poi significa un'uniformizzazione solo banale, verso il basso.

Molti anni fa, circa la delimitazione di quali aree fortemente urbanizzate e densamente popolate dovessero attingere il rango e le funzioni proprie di Città metropolitane si decise di non decidere e di lasciare che ciascuna barca, senza timoniere, andasse per mare da sola, a cercarsi fortunosamente il suo buon vento.

Non si riesce a dare infatti altra razionale spiegazione al fatto che nello stesso elenco, con le medesime facoltà e poteri, quindi con le medesime

funzioni – dalle quali tutto deve cominciare come ci ha insegnato Massimo Severo Giannini – comparissero 10+5 aree davvero *multifaceted*, ma trattate tutte allo stesso modo. Si esemplifica molto schematicamente e ci si scusa, ma si auspica che a queste riflessioni possa seguire l'avvio di un Tavolo di lavoro e di progettazione, che però non sia occasionale e improvvisato a favor di telecamere.

10. *Diversità vo cercando*

Si può ora passare a verificare alcune situazioni, sia pure schematicamente.

Roma: certo è una Città metropolitana, ma anche e soprattutto è un'altra cosa, bisognosa di avere un suo statuto speciale in quanto capitale d'Italia, come ad esempio ha Madrid. A parte ci sarebbero certamente da studiare i rapporti con la Regione Lazio e il fatto che Ostia con i suoi 91.342 abitanti è addirittura soltanto una frazione del Comune di Roma, sede del X municipio.

Milano e Napoli appaiono le uniche due Città metropolitane vere e proprie. Quanto a Torino, è un caso a sé stante, forse avvicinabile per taluni versi a Bologna: constano entrambe di un'area di pianura addensata, industrializzata e produttiva, trattata però insieme ad una lontanissima ed estesa area montana che caratterizza quei territori, ma non certo ciò che può essere definito un'area-città metropolitana, se non con molti distinguo. Perché fa sorridere vedere che le zone del Moncenisio e del Corno alle scale, con territori ben oltre i 1000 m di altitudine e una densità abitativa molto bassa, abbiano lo statuto, il rango, i problemi e le opportunità che affliggono o deliziano le entità endo-metropolitane.

Difficile poi immaginare una territorializzazione adeguata per la Città metropolitana di Venezia laddove alla città storica, in rapido declino demografico, si contrappone la frazione di Mestre con i suoi 87.000 abitanti, mentre i confini provinciali di Venezia, e per corrispondenza quelli metropolitani, non arrivano ad abbracciare per difetto quanto è, al contrario, area naturalmente ricompresa nell'ambito metropolitano del Veneto est.

Genova e Firenze prima di essere Città metropolitane sono grandi città con un intorno popoloso, che va al di là dei confini del Comune centrale. Ma per la città del Giglio permane la mancanza del polmone di Prato, divenuto nel frattempo (1992) Provincia a sé stante.

Non occorre andare oltre se non per accennare almeno al fatto che per Milano risulterebbe assurdo ad un architetto, un urbanista, ad un sociologo urbano o ad un economista del territorio non vedere inclusa nell'area metropolitana milanese almeno gran parte e forse tutta la provincia di Monza Brianza, divenuta autonoma nel 2004 ma operativa dal 2009, e come tale sfuggita alla

presa meneghina, quando nel 2014 si è confermata la coincidenza fra il territorio delle Città metropolitane e le Province in quel momento esistenti. Si ponga mente al fatto che la distanza dei campanili tra i due Duomi è di soli 15-16 km.

Una chiosa finale può riguardare un tentativo ufficiale, fatto utilizzando la legge n. 56/2014 e lo statuto della Città metropolitana di Milano, da parte del Comune di Vigevano, col supporto degli esponenti dell'economia locale, di entrare nel 2016 nella Città metropolitana di Milano. Un'aspirazione per molti versi ragionevole, ma che è stata frustrata *ça va sans dire* dall'opposizione della Provincia di Pavia. Analogo risultato hanno avuto i tentativi, soltanto abbozzati del Comune di Saronno che dalla Provincia di Varese poteva avere motivazioni ad entrare anch'esso nell'area milanese.

All'estremo opposto, rispetto a Milano, sempre ragionando su base territoriale, sta il caso di Reggio Calabria: ultima arrivata nel 2014 tra le Città metropolitane, la cui particolare orografia contrassegnata dall'Aspromonte considera dentro la Città metropolitana Comuni quali Stilo, Grotteria e Gioiosa ionica, le cui interrelazioni con il capoluogo distante oltre 140 km di strade difficili, sono rade, complicate e faticose; secondo Google Maps sono necessarie due ore di automobile, ma in compenso è un bel viaggio panoramico…

Cosa si vuole dire con ciò? Che l'approccio istituzionale contrassegnato da uniformizzazione rigida e poteri sostanzialmente di pianificazione e raccordo era sbagliato sin dall'inizio.

Per ragioni di tempo adesso è necessario a procedere solo con considerazioni telegrafiche.

11. *L'approccio funzionale*

Migliori risultati si otterrebbero con un *approccio negoziale*, *face to face*, collegato evidentemente alla *dimensione funzionale* tra entità che si sentissero parte di un unico integrato sistema di amministrazione locale, nella tessitura del quale la Regione soprattutto dovrebbe pretendere dallo Stato competenza piena circa l'ordinamento dei Comuni e delle entità intermedie. A quel punto non sarebbe più indispensabile distinguere tra Città metropolitane o enti di area vasta, posto che ciascuno avrebbe le funzioni e le risorse che venissero riconosciute di loro spettanza collegandole a standard oggettivi, razionalmente sostenibili.

In tal modo dovrebbero essere utilizzati e salvaguardati il metodo della programmazione e la pratica della partecipazione, non solo delle entità pubbliche e territorialmente minori, ma dei cittadini singoli interessati o, meglio, dei cittadini associati, delle imprese sociali, del Terzo settore, delle associazioni culturali e di scopo, nell'ottica di una sperabile «amministrazione condivisa».

Ma la Regione sarebbe tenuta ad esprimere e a far rispettare forti poteri di regolazione e di controllo.

12. *Le Authorities nordamericane*

Ci sarebbe poi una terza modalità, spesso usata all'estero, in particolare negli Stati Uniti d'America. Di questa si danno solo pochissimi cenni ed esempi che si condensano nell'ipotesi di dar vita ad Agenzie o Autorità di scopo: flessibili, efficaci ed autorevoli, ma anche capaci di sostenersi finanziariamente, quantomeno per una parte non esigua dei loro budget.

Un esempio di cui potrebbe far tesoro l'area metropolitana dello stretto tra Messina e Reggio Calabria è quello delle città gemelle (Twin Cities) Minneapolis e Saint Paul, situate sui due lati del fiume Mississippi, a cui fanno capo 7 Contee. Faccio un esempio tra i cento possibili: il Metropolitan Council delle Twin Cities dispone di una *Housing and Redevelopment Authority* incaricata di amministrare un programma federale, dunque finanziato da Washington, il quale si muove sul mercato privato degli affitti per fornire alloggi sicuri, sani e di costo accessibile per categorie di beneficiari a basso reddito. Il Council assegna anche suoi *grants* in questo settore; ogni 10 anni seguendo il censimento nazionale vengono aggiornate le scelte concernenti tutti i tipi di programmazione rilevanti per l'intera regione. Si dà vita in questo modo a un dialogo di conformazione, di sostenibilità e soprattutto di composizione tra gli interessi delle varie località e quelli portati avanti dal Consiglio metropolitano, cui alla fine spetta l'ultima parola.

Un suggerimento tante volte atteso e sperato per l'Italia: il Consiglio metropolitano fornisce alle comunità di riferimento, diffuse su 7 Contee *grants* (contributi) per una loro proficua partecipazione al metodo della negoziazione attraverso l'acquisizione di dati utili, l'utilizzo di esperti scelti da loro, ma pagati dal Council, e la realizzazione di assemblee di vicinato e di condivisione.

Il secondo celeberrimo esempio è la Port Authority di New York e del New Jersey che innanzitutto è un'Agenzia fondata su due Stati, ognuno dei quali è rappresentato nel Board of Commissioners da sei membri in carica per sei anni e senza retribuzione.

Ovviamente è impressionante la quantità e qualità delle funzioni che esercita questa Authority in campi molto diversi. Esse riguardano l'*aria* (gestisce infatti quattro aeroporti internazionali), la *terra* (ponti e tunnels, come quello che c'è tra Manhattan e Newark) il *mare*, e i *trasporti*, ma non gestisce la ferrovia sotterranea metropolitana della Grande Mela che è affidata alla Metropolitan Transportation Authority.

Tornando alla *Port Authority* viene compresa tra le sue attribuzioni anche la ricostruzione e la gestione del World Trade Center compiuta dopo l'orribile attentato dell'11 settembre del 2001, in partnership con un'impresa privata (*the Durst Organization*). Anche questo risultato è stato raggiunto sotto l'egida di un'Autorità metropolitana di scopo.

Nota unica

Il presente contributo intende, tra le altre cose, onorare la colleganza con Salvatore Prisco costruendo un ponte tra i luoghi di Milano – dove operano gli autori – e Napoli dove vive l'Amico onorato.

La circostanza – peraltro sfortunata – di un'identica, speciale normativa per le nostre due Città, inserita nella legge n. 56 del 2014, ha costituito l'occasione perché la seconda parte del saggio fosse dedicata, all'interno di un panorama sull'attuale amministrazione regionale e locale, ad un esame critico della clamorosa non attuazione delle previsioni sulle Città metropolitane.

L'attenzione rivolta a Milano e Napoli è giustificata dal fatto che – assieme a Roma, ovviamente – queste sono le uniche due Città metropolitane italiane meritevoli di un trattamento differenziato.

Di questa parte si è occupato Enzo Balboni, che ha inteso riprendere in questo contributo studi precedenti, svolti in particolare nella Relazione al Convegno milanese *What Next? La Città metropolitana a dieci anni di distanza dalla loro istituzione* (8-9 aprile 2024).

Camilla Buzzacchi ha invece inteso fornire la cornice istituzionale di riferimento per l'attuale insufficiente condizione delle autonomie attraverso uno sguardo, anch'esso critico, rivolto all'ente territorialmente maggiore, la Regione, davanti alla quale si apre una stagione piena di incognite.

Gianluca Bascherini[*]

«OGNI ARTE È BUONA PER ESSERE OGGETTO DI ATTENZIONE GIURIDICA». BREVI NOTE SUL DIRITTO, LA LETTERATURA E IL ROMANZO GIALLO

> La causale apparente, la causale principe, era sì, una. Ma il fattaccio era l'effetto di tutta una rosa di causali che gli eran soffiate addosso a molinello […] e avevano finito per strizzare nel vortice del delitto la debilitata «ragione del mondo». Come si storce il collo a un pollo.
>
> C.E. Gadda, *Quer pasticciaccio brutto de via Merulana*

Sommario: 1. Il diritto e la narrativa di genere. – 2. Si fa presto a dire giallo. Cenni sulle origini, le strutture e gli sviluppi del romanzo giallo – 3. Poliziotti in camicia *noir*. Rappresentazioni letterarie della polizia nella transizione tra il fascismo e la Repubblica – 4. A mo' di conclusione.

1. *Il diritto e la narrativa di genere*

Da tempo, i giuristi più attenti alla dimensione storica e umana del fenomeno giuridico hanno ripreso a interrogarsi sui rapporti tra il diritto e la letteratura, e Salvatore Prisco ha offerto un importante contributo a questa ripresa[1].

Finora, questo interesse dei giuristi per la letteratura si è prevalentemente orientato verso la narrativa 'classica', mentre minore attenzione si è prestata alla letteratura 'di genere'; le ragioni di questa scelta sono molte, e facilmente comprensibili. I grandi autori e i grandi romanzi mostrano una larghezza e una profondità dello sguardo che assai di rado si ritrovano nei tanti romanzi gialli, *fantasy*, sentimentali e di fantascienza che affollano edicole e librerie. Un «classico è un libro che non ha mai finito di dire quel che ha da dire», che «provoca incessantemente un pulviscolo di discorsi critici su di sé, ma continuamente se li scrolla di dosso» e «tende a relegare l'attualità al rango di rumore di fondo,

[*] Associato di Istituzioni di diritto pubblico, Sapienza Università di Roma, gianluca.bascherini@uniroma1.it.

[1] V. ad es. S. Prisco, *Diritto, letteratura, discipline umanistiche. teorie, metodi e casi. Un programma culturale e un progetto di ricerca per il dipartimento di giurisprudenza dell'Università Federico II*, in *Rivista AIC*, 4-2016, 1 ss.

ma al tempo stesso di questo rumore di fondo non può fare a meno»[2]. Nei classici, i giuristi ritrovano gli interrogativi fondamentali sulla legge, la giustizia e il potere attorno a cui ruotano i loro studi[3]; le rappresentazioni della società, della politica e dell'ordine che alimentano anche le dinamiche giuridico-costituzionali[4].

Tuttavia, anche la letteratura di genere può aprire squarci sulla cultura, sulle mentalità, sulle aspettative e sui conflitti delle società moderne, e dunque rivelarsi ricca di sollecitazioni per chi studia il diritto. La differenziazione tra una letteratura colta e una di consumo, tra *novel* e *romance*, riflette la società e la cultura in cui si è affermata, ed è stata da tempo rimessa in discussione e ripensata. Il richiamo a una letteratura di genere non implica dunque, in questa sede, un giudizio sulle qualità letterarie delle opere, quanto piuttosto fa riferimento a un particolare oggetto narrativo; a quella narrativa *per le masse* che si afferma nel tardo Ottocento in funzione di un uditorio nuovo e specifico: le piccole borghesie e le fasce popolari in via d'inurbamento, di recente e spesso sommaria alfabetizzazione. A questa narrativa si dedicano nuovi editori, nuove riviste e nuove forme editoriali (il *feuilleton*) e, al di là dei generi che la compongono, questa si caratterizza per una serie di forme e contenuti tipici, tra cui: la linearità della sintassi, la centralità dell'azione, la ricchezza delle descrizioni, il ripetersi delle situazioni, la stereotipia dei personaggi[5].

È stata da tempo e a più riprese rimarcata la valenza "conservativa" di questa letteratura, da cui traspaiono debolezze e antichi mali dell'identità civica e della vita politica italiana. Temi e caratteri del romanzo di genere mescolano ideologia ed evasione; mirano a intrattenere e a rassicurare, a creare consenso e a convalidare una certa idea di ordine sociale – al termine di questi romanzi, il male esce sempre sconfitto dal bene, «definito, nei termini della moralità, dei valori, dell'ideologia corrente»[6]. Nell'immaginario che queste opere intendeva-

[2] I. Calvino, *Perché leggere i classici*, Milano, 1995, 7 ss.

[3] F. Ost, R. Lapidus, *The Law as Mirrored in Literature*, in *SubStance. A Review of Theory and Literary Criticism*, 2006, Vol. 35, no. 1, 4.

[4] G. Bascherini e G. Repetto, *Premessa*, in. *Per una storia costituzionale italiana attraverso la letteratura*, a cura di G. Bascherini e G. Repetto, Milano, 2022, 8.

[5] Cfr. ad es. M. Rak, *Cronaca del possibile. Ideologia e intrattenimento del romanzo d'avventure*, in *Scrivere l'avventura: Emilio Salgari. Atti del Convegno nazionale, Torino, marzo 1980*, Torino, 1982, 161 ss.

[6] U. Eco, *Il superuomo di massa. Retorica e ideologia nel romanzo popolare*, Milano, 2001, 23, per il quale il romanzo d'appendice si costruisce attorno a una «struttura sinusoidale», in cui il ripetersi di colpi di scena apre crisi parziali che trovano soluzioni altrettanto parziali, rivelando la funzione "consolatoria" di questa narrativa (70). «La tranquillità, che nel romanzo di consumo assume la forma della consolazione come reiterazione dell'atteso, nella formulazione ideologica assume l'aspetto della riforma che muta qualcosa affinché tutto resti immutato. Cioè

no accreditare e nel senso comune che contribuivano a riaffermare, si riflette un tentativo della cultura tardo-liberale italiana di "predeterminare" le dinamiche sociali: di orientare i processi d'integrazione nazionale e statale in atto «nel senso voluto dalle classi che controllavano insieme alla cultura, anche le leve dell'economia e della politica»[7].

In Italia, Antonio Gramsci è stato tra i primi a evidenziare questo tratto della narrativa di genere. Per Gramsci, il romanzo d'appendice costituiva infatti una «sezione della letteratura popolare nazionale» destinata a soddisfare le "elementari esigenze intellettuali e artistiche del popolo minuto"[8] e contraddistinta da un «il carattere "mercantile" […] dato dal fatto che l'elemento "interessante" non è "ingenuo" [ma] dosato industrialmente come elemento certo di "fortuna" immediata». Dal punto di vista storico culturale, questa componente "meccanica" assume, tuttavia, un importante significato, «perché il successo di un libro di letteratura commerciale indica (e spesso è il solo indicatore esistente) quale sia la "filosofia dell'epoca", cioè quale massa di sentimenti [e di concezioni del mondo] predomini nella moltitudine "silenziosa"»[9].

Nei novant'anni che ci separano dalla riflessione gramsciana su letteratura e vita nazionale, molta acqua è passata sotto i ponti della narrativa e dell'industria culturale ed è dunque lecito interrogarsi su questa visione dei romanzi di genere che, pur riveduta e temperata, trova ancora ampio riscontro. Oggi non è così agevole distinguere tra una letteratura 'classica' e una 'di consumo': anche la prima ha dovuto progressivamente adeguarsi alle regole e alle logiche del mercato editoriale, e col tempo anche la narrativa di genere ha proposto scrittori e opere di spessore, capaci non solo d'intrattenere, ma di suscitare nel lettore interrogativi e riflessioni. Può ancora sostenersi che la narrativa di genere svolga, in quanto tale, una funzione conservativa oppure, nel tempo, essa si è dimostrata capace di proporre uno sguardo non consolatorio sull'esistente? Che rilievo assumono, nella prospettiva di diritto e letteratura, le distinzioni ora abbozzate tra una narrativa 'alta' e una di genere, tra un'opera 'rassicurante' e una 'critica'?

Le pagine che seguono provano a ragionare intorno a tali questioni prendendo a oggetto il romanzo "giallo", che più di altre narrative di genere può offrire utili spunti di riflessione a chi studia diritto; il romanzo giallo ambisce

la forma dell'ordine, che nasce dall'unità nella ripetizione, dalla stabilità dei significati acquisiti. Ideologia e struttura narrativa si incontrano in una fusione perfetta» (83).

[7] G. Bollati, *L'italiano. Il carattere nazionale come storia e come invenzione*, Torino, 2011, 102.

[8] A. Gramsci, *Quaderni del carcere*, Edizione critica dell'Istituto Gramsci a cura di Valentino Gerratana, Torino, 1975, III, 2118.

[9] Ivi, I, 587.

infatti a una rappresentazione realistica della società e delle sue dinamiche che non si limita a portare in scena le concezioni di crimine, di ordine pubblico e di sicurezza che caratterizzano i diversi momenti storici e le diverse società, ma che lascia trasparire le più generali visioni dell'ordine sociale, con le sue asimmetrie, le sue diseguaglianze e i suoi conflitti.

2. *Si fa presto a dire giallo. Cenni sulle origini, le strutture e gli sviluppi del romanzo giallo*

Assente in altre lingue, la cromatica sineddoche con cui in Italia si fa riferimento alla narrativa *crime* è di per sé indicativa del carattere popolare e commerciale di questa letteratura, legandosi al colore di copertina della storica collana Mondadori, che dal 1929 in poi ha dato spazio alle diverse varianti del genere; in queste pagine, i riferimenti senza ulteriori specificazioni al romanzo "giallo" sono da intendersi come comprensivi dei vari sotto-filoni che nel tempo si sono affermati: il poliziesco, la detective story, il thriller, le storie di spionaggio, il noir, solo per ricordare i principali.

Il giallo costituisce uno dei più classici e dei più fortunati esempi di letteratura di genere, di cui replica i principali contenuti e strutture. Nel classico giallo ad enigma, la ricchezza descrittiva tipica di quella letteratura diviene un vero e proprio 'obbligo d'informazione' dello scrittore nei confronti dei lettori, che devono disporre di tutti gli indizi necessari a individuare il colpevole prima che questo venga rivelato dall'autore, così che possano intrattenersi giocando a "guardie e ladri". In secondo luogo, il giallo ripropone la ripetitività del *romance*: il ripetersi di colpi di scena nella singola opera; il riproporsi nei cicli di romanzi dedicati a questo a quel detective delle stesse situazioni e di personaggi sempre uguali a se stessi, che come le maschere della commedia dell'arte ripetono gli stessi schemi e gli stessi tic[10]. Più tipi umani che personaggi dotati di uno spessore e di una loro storia, di frequente i protagonisti di queste opere manifestano, inoltre, quel "superomismo popolaresco" tipico della letteratura di genere e precursore dello stesso superuomo filosofico[11]. Poliziotto, investigatore privato o avvocato che sia, il detective è, assai di frequente un antieroe prometeico e crepuscolare, «populista e democratico, […] portatore di una soluzione autoritaria (paternalistica, autogarantita e autofondata) delle contraddizioni della società, sopra la testa dei suoi membri passivi"»[12].

[10] La similitudine tra le maschere della commedia dell'arte e i protagonisti dei romanzi polizieschi è rimarcata già da G. Prezzolini, *Il romanzo poliziesco è frutto della civiltà moderna*, in *L'Illustrazione Italiana*, LXXX, 7, luglio 1953, 56.

[11] A. Gramsci, *op. cit.*, III, 1657.

[12] U. Eco, *op. cit.*, 108.

Tracce di giallo possono rinvenirsi nella Bibbia, nelle tragedie greche, nell'*Eneide*, ne *Le mille e una notte* e in Shakespeare[13], ma il giallo 'moderno' nasce negli Stati Uniti con Edgar Allan Poe e col suo ciclo di "racconti del raziocinio", per poi sbarcare in Europa con Wilkie Collins ed Émile Gaboriau[14]. L'origine del genere è legata all'affermazione del liberalismo e del principio isonomico di eguaglianza, dell'idea di una legge uguale per tutti, e «in un certo senso risponde alla esigenza delle classi popolari che effettivamente [la legge] lo sia, uguale per tutti»[15]. Il giallo tradizionale offre una rappresentazione dell'individuo e della società decisamente in linea con l'idea liberale, centrato com'è sulle capacità del singolo (il detective) e sulla razionalità (il metodo d'indagine) quale strumento attraverso il quale trovare il colpevole e ripristinare l'ordine[16]. Al centro del giallo classico, destinato a una duratura fortuna, c'è il genio intellettuale di chi indaga, poliziotto, investigatore privato o avvocato che sia, e la sua capacità di individuare il colpevole a partire dagli indizi lasciati sulla scena del crimine combinando rigore e osservazione.

Ad uno sguardo più da presso, tuttavia, al di là del suo affidamento a un razionalismo scientista e al metodo logico-deduttivo, il giallo fa appello, come ha evidenziato Carlo Ginzburg, a una forma di conoscenza più naturale e ancestrale: a un «paradigma indiziario» secondo il quale «[s]e la realtà è opaca, esistono zone privilegiate – spie, indizi – che consentono di decifrarla». L'origine di questo sapere risale alle società di cacciatori e alla loro esperienza di decifrazione delle tracce. Basata sulla semeiotica medica, nell'età moderna questa forma di sapere trova una prima rappresentazione letteraria nel riadattamento di un'antica fiaba orientale inserita da Voltaire nel terzo capitolo di *Zadig* ("Il cane e il cavallo"). Negli anni Settanta dell'Ottocento, questo modello conoscitivo trova una prima teorizzazione nel campo della storia dell'arte, con il metodo elaborato da Giovanni Morelli per l'attribuzione dei dipinti antichi. Il "metodo Morelli" ispirò tanto Sigmund Freud e la sua tecnica d'indagine

[13] Cfr. ad es., *I padri fondatori. Il «giallo» da Jahvè a Voltaire*, a cura di O. del Buono, Torino, 1991.

[14] E. A. Poe, *The Murders in the Rue Morgue*, 1841; W. Collins, *The Woman in White*, 1859; É. Gaboriau, *L'affaire Lerouge*, 1863.

[15] Così, L. Sciascia, *Le chiavi del giallo* (1962), ora in Id., *Il metodo di Maigret e altri scritti sul giallo*, a cura di P. Squillacioti, Milano, 2018, 50, ma si v. ancora A. Gramsci, *op. cit.*, II, 799, per il quale nelle classi popolari, il romanzo di appendice «sostituisce (e favorisce nel tempo stesso) [un] fantasticare […] dipendente dal "complesso di inferiorità" (sociale) che determina lunghe fantasticherie sull'idea di vendetta, di punizione dei colpevoli dei mali sopportati, ecc.».

[16] S. Kracauer, *Il romanzo poliziesco. Un trattato filosofico*, Roma, 1984, 17, per il quale i romanzi polizieschi si collegano e caratterizzano per un'idea, «di cui sono testimonianza e da cui vengono generat[i]: l'idea di una società civilizzata e completamente razionalizzata, che ess[i] concepiscono in maniera radicalmente unilaterale e di cui sono la stilizzata rifrazione estetica».

psicanalitica quanto Arthur Conan Doyle e il suo *detective* Sherlock Holmes, e negli stessi anni trovò impiego nell'elaborazione dei moderni saperi di polizia e delle più capillari forme di identificazione e controllo che investono le società del capitalismo maturo – dal metodo antropometrico di Alphonse Bertillon alla 'scoperta' in Bengala delle impronte digitali da parte di Sir William Herschel[17].

Questo metodo di conoscenza per tracce, indizi, non è tipico tuttavia solo del cacciatore sulle tracce di una preda, del medico nella diagnosi di una malattia, dello storico dell'arte nell'attribuzione di un'opera di autore incerto o dell'investigatore, reale o letterario, nella ricerca del colpevole; una simile forma di conoscenza ha giocato e gioca, infatti, un ruolo di rilievo anche per il giurista impegnato nello studio dei fenomeni e della esperienza giuridica. Non è difficile, infatti, rilevare le assonanze tra il paradigma ricostruito da Ginzburg e la "teoria dei segni" a partire dalla quale la retorica classica elabora il concetto giuridico di prova; tra questo conoscere per indizi e la logica aristotelica del probabile quale forma di conoscenza adatta alle cose umane, su cui poggiano quelle teorie dell'argomentazione giuridica orientate a uno «uno studio storico del diritto elevato a studio dell'esperienza giuridica»[18]. A loro modo, entrambi i modelli conoscitivi investono sul σημεῖον, sul segno, in base al quale «dalla presenza di qualche cosa si può arguire la esistenza di qualcos'altro che non è presente o apparente»[19], e su di un ragionamento probabilistico , l'abduzione, che partendo da alcuni fatti che si vogliono spiegare cerca di individuare una possibile ipotesi che li spieghi[20]. Inoltre, entrambi sono tenuti a un rigore adeguato alla conoscenza di esperienze umane, distante dal rigore tipico del metodo scientifico e che fa affidamento piuttosto sul procedimento e/o sull'argomentazione. Infine, sia l'uno che l'altro impiegano una logica intuitiva per come intesa dalla tradizione dialettica, che

[17] Il riferimento è a C. Ginzburg, *Spie. Radici di un paradigma indiziario*, in *Crisi della ragione. Nuovi modelli nel rapporto tra sapere e attività umane*, a cura di A. Gargani, Torino, 1979, 59 ss. (91 per la citazione e 82 s. per il riferimento a *Zadig*).

[18] A. Giuliani, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, 1957, 197 s.

[19] Id., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica. Ristampa inalterata*, Milano, 1971, 10. Sulla teoria dell'argomentazione di Alessandro Giuliani, v. ad es. G. Carcaterra, *L'argomentazione giuridica fra retorica e logica nel pensiero di Alessandro Giuliani*, in *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, a cura di F. Cerrone e G. Repetto, Milano, 2021, 339 ss.; F. Cerrone, *Alessandro Giuliani: la storicità del diritto fra logica ed etica*, in *Giuristi dell'Università di Perugia. Contributi per il VII centenario dell'Ateneo*, a cura di F. Treggiari, Roma, 2010, 73 ss.; Id., *Introduzione: premesse logiche ed etiche di una comunità civica e del suo ordine giuridico*, in *Sociologia*, 2010, 7 ss.

[20] Cfr. ad es. Ch. S. Peirce, *La logica dell'abduzione,* in Id., *Scritti di filosofia,* Bologna, 1978*,* 289 ss. nonché, sul ricorso all'abduzione nelle *detective stories*, U. Eco e Th. A. Sebeok, *Il segno dei tre. Holmes, Dupin, Peirce*, Milano, 2004.

non ha nulla di irrazionalmente sovrasensibile né di una conoscenza superiore, per pochi eletti, ma che appare piuttosto radicata nei sensi e nella pratica, umana e sociale[21].

Come genere letterario, il giallo si afferma nel passaggio tra Otto e Novecento, nella crisi dello Stato liberale e in parallelo ai mutamenti sociali che accompagnano i processi d'industrializzazione dell'epoca, e rappresenta in qualche modo una delle risposte culturali al bisogno borghese di ordine e stabilità dinanzi alle nuove forme di marginalità e di criminalità alimentate dallo sviluppo capitalistico e dall'urbanizzazione[22]. Il carattere «mercantile», il successo di pubblico e il realismo sociale che caratterizza il giallo hanno indotto, con il passare del tempo, a diversificare l'offerta editoriale, originando incroci tra il giallo e altri generi letterari e sollecitando ricombinazioni nella miriade di sotto-filoni del genere, e dietro a questi sviluppi del genere *crime*, è possibile scorgere un riflesso dei mutamenti storici, politici e sociali che hanno segnato le vicende occidentali dei successivi centocinquant'anni, delle trasformazioni intervenute nelle idee di ordine, di legge, di sicurezza e di giustizia.

Tra il primo dopoguerra e la grande depressione, si affermano nuovi personaggi, nuovi metodi d'indagine e nuove rappresentazioni dell'ordine sociale, del crimine e delle sue cause. Negli Stati Uniti è la stagione dell'*hard boiled*, degli Hammett e dei Chandler, e per l'Europa basti il richiamo a Simenon, ai romanzi di Maigret e ai suoi *romans durs*, interessato più che alla scoperta del colpevole alla ricostruzione del contesto sociale e umano in cui il crimine è maturato. La guerra fredda lancia il giallo di spionaggio, con i suoi 007 e la sua ideologia manichea[23]; poi, con gli anni 70, il successo del *noir*, che sovverte le regole del giallo tradizionale e che programmaticamente tenta di innervare di contenuti il genere, di indagare la condizione umana e la società del tempo orientandosi a un realismo critico che non celebra la contemporaneità, ma ne denuncia le contraddizioni e le diseguaglianze[24].

Anche in Italia il giallo inizia a circolare alla metà dell'Ottocento[25] e non sono mancati nel tempo gli scrittori e le scrittrici illustri che si sono cimentati

[21] C. Ginzburg, *op. cit.*, 93.

[22] Per più distese ricostruzioni storiografiche, cfr. ad es. E. Mandel, *Delitti per diletto. Storia sociale del giallo poliziesco*, Milano, 1997; T. Todorov, *The Typology of Detective Fiction*, in *Crime and Media: a Reader*, Ed. by C. Greer, London, 2010, 293 ss.; P. Lemaitre, *Il giallo secondo me. Dizionario d'autore dalla A alla Z*, Milano, 2021.

[23] U. Eco, *op. cit.*, 185 ss.

[24] Voglio ricordare almeno J.-P. Manchette e J.-C. Izzo.

[25] Sulla storia del giallo in Italia, tra gli altri, v. ad es. B. Bini, *Il poliziesco*, in *Letteratura italiana*. *III L'età contemporanea*, diretta da A. Asor Rosa, Torino, 1989, 299 ss.; L. Crovi, *Storia del giallo italiano,* Venezia, 2020; O. del Buono, *Giallo all'italiana*, a cura di E. Camerlo, Pistoia, 2023.

nel genere[26], che si è trovato a incrociare le correnti letterarie delle diverse stagioni. Nel ventennio fascista, quando non si presta alla propaganda, il giallo deve sottostare alla censura e alle direttive del regime[27], per sfuggire alle quali molti autori preferiscono ambientare le loro storie in altri paesi, alimentando l'imitazione dei più famosi modelli stranieri e la convinzione che l'Italia non fosse un paese adatto al giallo[28]. A contestare quest'ultimo assunto e a subire la censura del regime furono ad esempio i gialli di Augusto De Angelis. Alla metà degli anni Trenta, quando è al culmine il consenso del regime, De Angelis mette in scena con il suo commissario De Vincenzi un poliziotto molto distante dalla immagine del tutore dell'ordine propagandata dalla dittatura: De Vincenzi legge Freud, Wilde e D. H. Lawrence, sembra interessato a indagare più i segreti dell'animo umano che l'enigma poliziesco, e nelle sue storie non c'è alcuna eco del regime e del trionfalismo fascista di quegli anni. Con la fine della guerra e della dittatura, il giallo italiano rifiorisce. Tra il 1946 e il 1947, appare a puntate su *Letteratura* il giallo senza soluzione di Gadda citato in esergo, in cui il finale e il colpevole cambiano tra una redazione e l'altra. *Quer pasticciaccio brutto* ambientato nella Roma del primo fascismo, ma in cui si riflettono mali profondi della società italiana; le macerie etiche prima ancora che materiali lasciate dalla dittatura e dalla guerra, il senso di smarrimento di quegli anni[29] e di una società in cui il crimine matura tra il cinismo di una borghesia dedita solo all'arricchimento e la miseria e l'ignoranza delle classi popolari. Negli anni Sessanta, Scerbanenco inaugura il *noir* italiano e mette in scena nella tetralogia *noir* di Duca Lamberti la Milano del *boom* e la violenza che accompagna quella crescita impetuosa e disordinata. Intanto, autori come Piero Chiara, Mario Soldati e Fruttero e Lucentini portano il giallo nelle province settentrionali, e mettono in scena i piccoli e grandi crimini che si celano dietro la facciata di un mondo apparentemente ordinato e rispettabile. E ancora, negli stessi anni, Leonardo Sciascia ricorre al poliziesco per raccontare le ombre della nuova

[26] Cfr. ad es. M. Serao, *Il delitto di via Chiatamone*, Napoli, 1892 e F. de Roberto, *Spasimo*, apparso originariamente a puntate sul *Corriere della sera* tra il novembre 1896 e il gennaio 1897.

[27] Nel 1937, il Minculpop prescrive che nei romanzi gialli «l'assassino non deve assolutamente essere italiano e non può sfuggire in alcun modo alla giustizia»; nel 1941, il regime sospende la collana gialla di Mondadori, che riprenderà le sue pubblicazioni nel 1946. Cfr. O. Del Buono, *op. cit.*, 66 ss. e L. Crovi, *op. cit.*, 88.

[28] V. ad es. A. Savinio, *Ripresa e novità* (1937), ora in Id., *Palchetti romani*, a cura di A. Tinterri, Milano, 1982, 92, secondo il quale «manca al "giallo" italiano, *et pour cause*, il romanticismo criminalesco del "giallo" anglosassone. Le nostre città tutt'altro che tentacolari e rinettate dal sole non "fanno quadro" al giallo, né può "fargli ambiente" la nostra brava borghesia».

[29] F. Cerrone, *Sulla poetica di alcuni scrittori della generazione degli anni difficili*, in questo *Liber*.

Italia: le connivenze tra mafia e politica, la corruzione, la scarsa coscienza civica e morale, i ritardi sociali e culturali.

Negli ultimi cinquant'anni, in Italia come altrove, nuovi giallisti hanno portato in libreria una nutrita galleria di personaggi ormai celebri; come in passato, importanti scrittori si sono dedicati al genere, e non sono neppure mancati gli autorevoli giuristi che hanno "scherzato" con questo genere letterario[30]. Qui non interessa seguire da presso gli sviluppi ora abbozzati, quanto piuttosto provare a ragionare sulle rappresentazioni delle vicende storiche, della società e dell'ordine che trapelano dai romanzi riconducibili al genere giallo. Si tratta, inoltre, di riflettere sul contributo che la lettura di quei romanzi può offrire ai giuristi attenti alla dimensione storica e culturale dei fenomeni giuridici, e per questo interessati a integrare la letteratura e le altre forme di espressione artistica nei proprio ambiti di studio.

Del giallo tradizionale, è stata da tempo messa in evidenza, come già accennato, la funzione conservativa e rassicurante tipica della letteratura di genere; del *noir* invece si è progressivamente rimarcata la valenza critica, quando non "sovversiva"[31]. Nel giallo classico, come visto, un crimine turba un ordine sociale e un'indagine svolta secondo criteri logici e razionali mira a ripristinare quell'ordine, a trovare il colpevole. Il *noir* non è tenuto alle soluzioni lineari, preferisce i "luoghi oscuri"[32], l'esplorazione delle ambivalenze tra bene e male, e tende invece a rappresentare le contraddizioni e le asimmetrie di un ordine sociale in cui regna la prevaricazione e la violenza.

3. *Poliziotti in camicia* noir*. Rappresentazioni letterarie della polizia nella transizione tra il fascismo e la Repubblica*

Riguardo agli apporti che il giallo può offrire allo studio delle dinamiche giuridico-costituzionali, mi soffermerei su due romanzi ambientati nelle fasi finali del regime fascista e che hanno per protagonisti due poliziotti della Repubblica di Salò. L'intento è quello di evidenziare le differenti rappresentazioni che le due opere offrono della transizione che in quei giorni si apre, del ruolo svolto dagli apparati di polizia in quel frangente e delle continuità istituzionali, non dei vertici ma degli apparati e delle organizzazioni, che caratterizzarono il passaggio da un ordinamento a un altro. I due romanzi sono *Carta bianca*, di Carlo Lucarelli (1990) e *Notti e nebbie*, di Carlo Castellaneta (1975): il primo è un tipico giallo d'investigazione e inaugura una serie di romanzi che avranno

[30] Il riferimento è al *noir* postumo di A. C. Jemolo, *Scherzo di ferragosto*, Roma, 1983.

[31] Cfr. ad es., Ph. Corcuff, *Romanzo poliziesco, filosofia e critica sociale*, Milano, 2017 e L. Martignani, *Realismo sovversivo. Sociologia del genere noir*, Verona, 2018.

[32] J. Ellroy, *I miei luoghi oscuri* (1996), Milano, 1997.

per protagonista il commissario De Luca; il secondo è un *noir* ed è un romanzo singolo, non inserito in un ciclo, che partecipa a una tendenza diffusa nella letteratura italiana di quegli anni.

a) *Carta bianca*

Il romanzo si svolge a Bologna nei giorni che precedono la Liberazione e il protagonista è il commissario De Luca; appena trasferito dalla sezione di polizia politica della brigata Ettore Muti alla questura, De Luca viene incaricato di indagare sull'omicidio di un ricco *playboy*. Inizialmente le indagini puntano sul delitto passionale, ma si scoprirà presto che la vittima gestiva un traffico di morfina per clienti altolocati e che il caso è usato come strumento di lotta politica tra gerarchi fascisti in concorrenza tra loro nel collaborare con gli alleati e i partigiani per costruirsi uno spazio per il *dopo*[33]. Il commissario e i suoi uomini si rivelano assai poco 'fascisti' nei loro modi, e fin dalle prime pagine De Luca ci tiene a sottolineare che non è più "comandante" (della Muti), ma solo "commissario" (di polizia)[34] e che lui difende la legge, anche se al governo c'è un dittatore, perché «[d]a sempre è così il mestiere del poliziotto ed è quello che ho sempre fatto io. Non si chiedono scelte politiche ad un poliziotto, gli si chiede solo di fare bene il suo mestiere»[35].

Al termine del romanzo, mentre stanno portando la colpevole in questura, De Luca incrocia la macchina di un ex collega della brigata alla Muti che gli grida:

> "vieni via con noi!" […] "Venire con voi?" disse [De Luca], "ma io sto andando in Questura. Ho appena risolto il mio caso e il Questore…" […] "Non fare il coglione, De Luca" ripeté Rassetto, gli Alleati hanno passato il Po questa mattina, ci stiamo spostando tutti a Nord. Il tuo capo a quest'ora sarà a Milano, se non è già passato in Svizzera[36].

Il romanzo si chiude con il seguente scambio di battute tra De Luca e la sua spalla, il maresciallo Pugliese:

[33] «Ci stanno usando. Siamo al centro di una lotta politica tra la cricca del Professore e quella di Tedesco. Vitali ci usa come arma personale per sputtanare Tedesco… se ne fregano del delitto". Pugliese fischiò, piano. "'Azzo!" mormorò, "non mi sono mai piaciute queste cose. Ho rifiutato di andare all'OVRA, a suo tempo, proprio per evitare certi guai"». C. Lucarelli, *Carta bianca*, Palermo, 1990, 67.

[34] «Quante volte lo dovrò ripetere oggi? disse, non sono più nella Politica, sono il commissario De Luca, in forza alla Questura. Mi hanno trasferito ieri dalla Brigata Ettore Muti, sezione speciale di Polizia Politica e non ho ancora i documenti, ma lavoriamo assieme». Ivi, 14 s.

[35] Ivi, 88.

[36] Ivi, 120.

> "Io… io non c'entro con loro disse. Io ho fatto un arresto e devo andare in Questura… è quello il mio posto, sono un poliziotto". Si voltò a guardare Pugliese, che lo osservava senza un sorriso […] "Meglio che partite anche voi, commissà" disse piano, quasi in un sussurro. "Meglio che vado", ripeté De Luca, "meglio che vado, si". […] Pugliese lo fermò […]. Gli tese la mano, aperta. […] De Luca strinse la mano […] e corse alla macchina, che […] partì […] veloce, verso il Nord[37].

b) *Notti e nebbie*

Il titolo già esprime l'intenzione di raccontare un momento buio e oscuro della storia italiana, gli ultimi giorni del fascismo. Le notti del titolo sono notti di attentati, torture[38] e di sesso; le nebbie sembrano invece riguardare gli offuscamenti delle coscienze e le incognite che in quella fase drammatica e convulsa si aprono dinanzi al crollo della dittatura fascista. L'intento dichiarato dell'autore è quello di essere disturbante. La crudezza delle scene e del linguaggio vuole rendere sgradevole il protagonista, indurre il lettore a non identificarsi con lui[39].

Il romanzo è ambientato nella Milano degli ultimi mesi repubblichini: livida, in mano alle truppe tedesche, alle varie polizie e alle bande fasciste in conflitto tra loro, che agiscono fuori d'ogni legalità e fanno del sopruso la norma. Il protagonista non ha un nome, è il capo della polizia politica della RSI, e questo anonimato rappresenta l'istituzione e, insieme, l'alienazione del protagonista in esso: un anonimo funzionario del male «che passa indenne nei conti con la Storia»[40]; un uomo qualunque, sostenitore più per conformismo che per convinzione di una ideologia orecchiata («Sul comodino da notte si è impolverato il libro che Casella mi ha prestato, sulla filosofia di Nietzsche»[41]), ma che è disposto a seguire oltre il limite non solo della legge, ma dell'umanità, giustificandosi in nome del dovere che era tenuto ad adempiere. La narrazione è scandita dal succedersi degli amplessi del protagonista, sempre più mortiferi e violenti. Il protagonista è ossessionato dal sesso, è il suo metro di misura e il suo vocabolario; lo stesso dio che adora «è il dio delle bandiere e degli eserciti, che ama veder fottere»[42]. I partigiani restano sullo sfondo e il solo che compa-

[37] Ivi, 121.

[38] All'inizio della seconda parte, Castellaneta fa dire a un membro della banda Koch: «gli interrogatori qui li facciamo solo di notte» C. Castellaneta, *Notti e nebbie*, Novara, 2018, 101.

[39] In un appunto di lavoro, Castellaneta scrive: «il protagonista perciò può risultare a volte sgradevole, ed essere rifiutato dal lettore che non vuole identificarvisi. Ma non sarà l'uomo bensì il fascismo a risultare alla fine sgradevole e repellente, e scoprirà il suo vero volto dietro la maschera del perbenismo», in E. Paccagnini, *La necessità di svelare un momento buio della storia*, in C. Castellaneta, *op. cit.*, 224.

[40] E. Paccagnini, *op. cit.*, 220.

[41] C. Castellaneta, *op. cit.*, 143.

[42] Ivi, 224. In una nota di lavoro, l'autore descrive il personaggio come un «tenente X Mas, eroe frustrato che chiava come unica forma di autenticazione». E. Paccagnini, *op. cit.*, 221.

re, torturato dalla banda Koch ad apertura della II parte del romanzo, non è neppure detto che sia un partigiano. Prima ancora che gli antifascisti, i nemici del protagonista sono gli opportunisti e i titubanti che affollano le file fasciste e che si preparano a tradire il regime, verso i quali mostra un odio più profondo rispetto a quello nutrito per gli avversari, che se non altro sono tali in seguito a scelte ideologiche pari alla sua.

La forma di memoriale in cui è scritto il romanzo rende bene il *cupio dissolvi* del personaggio e della situazione, il senso di una progressiva degradazione, e offre una prospettiva al contempo interna ed esterna che evidenzia il cortocircuito tra il politico e il personale che vive il protagonista. Da una parte, c'è il funzionario fanatico e incorrotto, che mai dubita della bontà della causa fascista e che entusiasticamente porta avanti il compito che gli hanno assegnato: «intervenire pulire stroncare con il bisturi su di un corpo dovunque minacciato dalla cancrena, mentre intorno a noi cresce l'odio, l'omertà dei cittadini, il disfattismo, il tradimento contro cui non abbiamo altri mezzi che la violenza e il terrore»[43]. Dall'altra parte, c'è un uomo che di fronte alla sempre più evidente sconfitta ricorre al sesso come manifestazione ed esercizio di potere. Con la moglie, è pronto ad adempiere le funzioni e i riti della piccola borghesia di cui è parte. Intanto, grazie al potere che esercita, intrattiene diversi rapporti extraconiugali, ciascuno a suo modo segnato da una violenza sempre più disperata e insensata, quasi a riflettere le diverse forme della violenza fascista, tutte coerenti con la «natura di fondo» della cultura di regime, con la sua abbondanza di appelli alla virilità e di metafore sessuali, in particolare nelle ultime fasi della dittatura, quando la consapevolezza della fine esaspera un «"di più" di violenza», crudele e sadica[44].

La vicenda termina con la liberazione di Milano e la cattura del protagonista ad opera dei partigiani; il protagonista è consapevole che il regime fascista è stato "travolto", «eppure qualcosa mi dice che non è finita, che […] la nostra natura continuerà a sopravvivere. Perché i vincitori, i nuovi padroni presto avranno bisogno di me. Finché l'uomo sarà fatto della stessa merda. Conto su di voi»[45].

Entrambi i romanzi ambiscono a rappresentare realisticamente la fine del fascismo e l'avvio della transizione repubblicana. Si tratta di vedere *quale* realismo mettono in scena.

[43] C. Castellaneta, *op. cit.*, 73.

[44] C. Pavone, *Una guerra civile. Saggio storico sulla moralità della Resistenza*, Torino, rist. 2000, risp. 417 e 427, per il quale, in questa sua incarnazione finale, la violenza fascista evidenzia «l'ambiguità che l'aveva sempre contraddistinta. […] ostentata come diritto del forte sul debole, […] quella violenza si precludeva la gratificazione insita nel battere un nemico forte», 434 s.

[45] C. Castellaneta, *op. cit.*, 213.

L'anonimo protagonista di *Notti e nebbie* appare a uno sguardo storico più 'verosimile' del commissario De Luca, che presenta invece molti tratti del classico *detective* letterario e offre un'immagine della polizia ben più 'moderna' e tranquillizzante. Il romanzo di Castellaneta restituisce meglio le sfaccettature e le ambiguità che caratterizzarono i rapporti tra la polizia repubblichina e le formazioni autonome fasciste nei mesi di Salò[46], laddove *Carta bianca* ripropone, al fondo, il vecchio alibi dell'adiaforia: della separazione tra regime e istituzioni, tra politica e amministrazione, all'epoca invocata per neutralizzare gli effetti di un'epurazione già di facciata e per assicurare la continuità degli apparati, polizia compresa[47].

Paradigmatico al riguardo il diverso modo di reagire alla Liberazione da parte dei due poliziotti. Nei loro finali, entrambi i romanzi richiamano l'attenzione sulle continuità tra fascismo e repubblica, ma lo fanno in modi molto diversi: *Carta bianca* offre una rappresentazione di quella continuità più pacificata e riconciliante, più consonante con le retoriche ufficiali che *ex post* l'hanno raccontata[48]; *Notti e nebbie* getta uno sguardo più critico su quel drammatico momento, che ne mette in luce i tratti ancora oggi più disturbanti e ambigui. Peraltro, nel più di violenza che attraversa il romanzo di Castellaneta, si riflette la dimensione più profondamente 'civile' della lotta antifascista[49]; dai rapporti che intrattiene con i personaggi femminili del romanzo traspare, come già accennato, la rappresentazione delle molteplici forme della violenza fascista[50]: la

[46] Mentre i fascisti della Koch torturano il partigiano, l'anonimo funzionario ci tiene a chiarire che «in passato non ci sono stati buoni rapporti tra noi, in quanto potere ufficiale, ma questo non significa che io personalmente, al di fuori della mia carica, non apprezzi il lavoro che essi svolgono, devo dire tra rischi di ogni genere e con scarsa stima delle gerarchie […] possiedo quanto lui il culto dell'efficienza, della rapidità nell'azione, della certezza che questa maledetta lotta sia l'unica possibile, e che non ci resta che continuarla fino in fondo e con tutti i mezzi […] Mi guarda come se finalmente si renda conto che facciamo, con qualche differenza, lo stesso mestiere». C. Castellaneta, *op. cit.*, 100 ss.

[47] C. Pavone, *La continuità dello Stato* (1974), ora in Id., *Gli uomini e la storia. Partecipazione e disinteresse nella storia d'Italia,* a cura di D. Bidussa, Torino, 2020, spec. 104 ss.

[48] Nel terzo romanzo della serie (*Via delle Oche*), il commissario De Luca risulta, come tanti suoi colleghi ex fascisti, reintegrato nel corpo di polizia.

[49] «pensavo che in una rivoluzione, in una guerra civile, l'unica guerra santa perché c'è odio verso il nemico, succede che le carte si mescolano e magari ti ritrovi con uomini che sono dalla parte giusta e valgono zero, oppure ne trovi uno che vale come te, che vale come uomo, ma che ha scelto la parte sbagliata». C. Castellaneta, *op. cit.*, 105.

[50] Si v. a riguardo E. Paccagnini, *op. cit.*, 226 s. Peraltro, quando Castellaneta pubblica il suo romanzo, alla metà degli anni Settanta, gode di una certa diffusione nelle sale cinematografiche il filone della *Nazi-Sexploitation* (*Il portiere di notte*, di Liliana Cavani, del 1974, e *Salon Kitty*, di Tinto Brass, nonché *Salò o le 120 giornate di Sodoma*, di Pasolini, entrambi del 1975) Di fronte alla rivoluzione sessuale, da una parte, e al montante neo-fascismo dall'altra, queste opere riscoprono l'interpretazione del fascismo centrata sul rapporto tra autoritarismo e repressione

«facile crudeltà» scatenata dalla guerra che porta a galla «l'orrenda debolezza dell'uomo […] che può comandare»[51]. *Notti e nebbie* tinge di *noir* un'istanza di decostruzione diffusa nella letteratura di quegli anni, penso ad es. a Sciascia e a Pasolini, basata su ricostruzioni crude e spesso ciniche del passato, che mirano a rappresentare narrativamente i «condizionamenti di dominio e di dipendenza che si costruiscono nel *privato della Nazione* e che sono destinati a ripercuotersi anche nel *pubblico*, determinando l'arresto, se non il crollo, dei processi di democratizzazione concreta del Paese»[52].

4. *A mo' di conclusione*

La lettura dei due libri ora abbozzata sembrerebbe convalidare quanto prima accennato riguardo al diverso realismo del giallo classico e del *noir*: più rassicurante il primo, e più disturbante il secondo. Ma forse c'è dell'altro.

Intanto, non pare convincente l'attribuzione al giallo e, più comprensivamente, al romanzo di genere di un carattere *tout court* conservativo[53]. Indubbiamente, la sequenza delitto-indagine-castigo mette in scena una idea di ordine tipicamente moderna, l'aspirazione a una 'certezza del diritto' che passa attraverso l'individuazione e la sanzione del reo; tuttavia, il giallo si è storicamente rivelato un recipiente pronto ad accogliere differenti contenuti: è diventato un 'pre-testo', un elemento d'ispirazione e una base d'appoggio per narrazioni differenti. Dalle origini del genere, si affollano le figure di investigatori privati che battono sul tempo le forze di polizia nella soluzione del caso, e già in questa galleria di personaggi è possibile cogliere in qualche modo una 'critica', una rappresentazione del «discredito di cui, presso le classi popolari, ha sempre goduto la polizia ufficiale»[54]. Nel tempo, peraltro, anche il classico giallo deduttivo, a enigma, si è aperto all'impegno civile e si è mostrato capace di un realismo non necessariamente orientato alla legittimazione dell'esistente[55]. Inoltre, se, per il diverso punto di vista da cui guarda all'ordine e ai suoi

sessuale elaborata da W. Reich alla vigilia del nazismo (*Massenpsychologie des Faschismus*, 1933) e rileggono il gallismo fascista già rappresentato negli anni Quaranta da C. E. Gadda in *Eros a Priapo* e da V. Brancati ne *Il bell'Antonio*.

[51] G. Pintor, *Doppio diario. 1936-1943*, Torino, 1978, 120 s.

[52] F. Cortese, *Dalle transizioni costituzionali alla grande transizione nazionale: una costante e ostinata narrativa*, in *Per una storia costituzionale italiana attraverso la letteratura*, cit., 109.

[53] Sia consentito il rinvio a G. Bascherini, *«E io ero Sandokan». Immaginario piratico, sfondi coloniali e letterature di genere in Emilio Salgari*, in *La metamorfosi della pirateria. Un itinerario interdisciplinare*, a cura di L. Scuccimarra, Roma, 2023, spec. 137 ss.

[54] L. Sciascia, *Appunti sul «giallo»* (1954), in Id., *Il metodo di Maigret*, cit., 22.

[55] Penso ad es. a J.-C. Izzo, a Manuel Vázquez Montalbán e, al già ricordato Leonardo Sciascia.

conflitti, il *noir* meglio si presta alla critica sociale, alla denuncia delle storture e delle ingiustizie, è anche vero, d'altra parte, che nel suo muoversi sul terreno dell'inquietudine anche il *noir* può finire per appannare le ragioni profonde e le specificità dei conflitti sociali, schiacciandole su una violenza atavica indifferenziata, prepolitica quando non antipolitica. Anche questi romanzi possono prestarsi a convalidare un senso comune sicuritario: dare voce alla criminalizzazione della marginalità sociale, all'esaltazione dei giustizieri della notte o dei criminali di successo[56].

Più che il *genere* in quanto tale, direi che è la *serialità*, il riproporsi da un romanzo all'altro delle stesse situazioni e di personaggi sempre uguali, a svolgere una funzione consolatoria e ad alimentare un senso comune conformista. E questa rassicurante ripetitività si moltiplica quando i più fortunati cicli di romanzi si trasformano in serie televisive di più stagioni e dirette a una più ampia platea, che finiscono per annacquare ulteriormente gli elementi meno accomodanti di un'opera, anche quando il suo protagonista si presenta come un simpatico antieroe contemporaneo, a suo modo 'progressista' e per qualche verso 'non conforme' – ad esempio, rimanendo nel giallo, per il loro orientamento sessuale (*Petra Delicado*), o perché diversamente abili (*Blanca*) o, ancora, perché fumano marijuana e hanno un passato burrascoso (*Rocco Schiavone*).

I mutamenti intervenuti nella società, nella cultura e nell'industria culturale hanno reso sempre più labile, come già accennato, il confine tra una letteratura 'artistica' e una 'di genere'. Da una parte, le regole e le mode dell'editoria valgono per entrambe le narrative e, dall'altra, è cresciuta la qualità letteraria delle opere di genere e la loro attenzione alla condizione umana e alle dinamiche sociali. Non pochi 'giallisti' sono assurti nel tempo al rango di 'scrittori' e non pochi illustri scrittori si sono dedicati al giallo.

Anche un giallo può offrire al giurista che non tema d'ingaglioffarsi vividi squarci sulle realtà e sui contesti umani e sociali in cui si determinano le dinamiche giuridiche e, in fondo, neppure acquista un particolare rilievo il fatto che un'opera finisca per legittimare l'esistente o per contestarlo. In fondo, dietro a questa distinzione tra opere che convalidano e opere che criticano una certa idea di ordine e di società è possibile cogliere un riflesso di quella tensione tra continuità e mutamento, tra conservazione e innovazione, che innerva il fenomeno giuridico, e dunque entrambe le letture possono contribuire a una miglior comprensione delle dinamiche giuridiche. Non è la valenza *critica* di un romanzo a rendere il giurista più consapevole del contesto sociale e umano in cui si sviluppano i fenomeni giuridici che studia, ma è piuttosto la disponibilità

[56] Si v. a riguardo E. Gargiulo, *La chiamata dell'odio: il realismo «conservativo» dei romanzi sui celerini*, in *Studi sulla questione criminale*, 2/2024, 51 ss.

ad accogliere la letteratura e le altre forme d'arte nel proprio ambito di studi che può agevolare uno *studio critico del diritto*, ovverosia uno studio non trincerato dietro dogmatiche apodittiche e schemi logici reputati come autosufficienti, bensì intenzionato a interrogarsi sulle ragioni profonde dei mutamenti giuridici e sulle dinamiche sociali, politiche, economiche, culturali e soprattutto umane in cui si radicano quei mutamenti[57].

Ho tratto la citazione inserita nel titolo di queste pagine da uno scritto di Federico Spantigati sul diritto e la letteratura, perché quelle parole, al di là delle intenzioni dell'autore, mi sembrano in qualche modo confermare quanto ho provato a sostenere nelle conclusioni di questo lavoro. Scriveva Spantigati:

> «– Quale arte?
> Ogni arte è buona per essere oggetto di attenzione giuridica. D'altra parte, ogni arte richiede studio ed esperienza per essere intesa. […]
> La scelta dell'arte, o delle arti, da considerare può, dunque, essere lasciata al giurista secondo le sue inclinazioni, preferenze, competenze culturali»[58].

[57] A. A. Cervati, *Educazione giuridica, studio della letteratura e interpretazione*, in Id., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, 2009, 1 ss.

[58] F. Spantigati, *L'attenzione del giurista alla letteratura*, in *Diritto romano attuale*, 4/2006, 66.

Barbara G. Bello[*] *– Daniela Vitiello*[**]

LE DONNE MIGRANTI NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA: TRA UNIVERSALISMO DEI DIRITTI E PLURALISMO CULTURALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le donne che attraversano i confini: diritti, affiliazioni, identità. – 3. Due diversi (e conciliabili) approcci alla parità delle donne. – 4. Gli approcci alla parità di genere come riflesso della tensione tra diversità ed eguaglianza nel diritto UE. – 5. Parità di genere e protezione internazionale delle donne migranti vittime di violenza domestica nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE. – 5.1. I rapporti tra il diritto UE e il diritto internazionale nella delimitazione dell'alveo della protezione internazionale per le donne vittime di violenza di genere. – 5.2. Il nesso causale tra persecuzione e appartenenza a un "determinato gruppo sociale" e la funzione residuale della protezione sussidiaria. – 6. La giurisprudenza della Corte di giustizia in relazione ai casi di violazione endemica e generalizzata dei diritti delle donne migranti. – 6.1. L'obbligo di esame individuale della domanda di asilo alla prova dell'equality mainstreaming: riflessioni conclusive.

1. *Introduzione*

La tutela delle donne contro ogni forma di violenza riceve oggi un'attenzione senza precedenti nell'ordinamento dell'UE, scandita, da ultimo, dall'adesione dell'Unione alla Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica ("Convenzione di Istanbul")[1] nel 2023 e dall'adozione della direttiva sulla lotta alla violenza con-

[*] Ricercatrice a tempo determinato di tipo b), Università degli studi della Tuscia, barbaragiov.bello@unitus.it. Nell'ambito di una riflessione unitaria, Barbara Giovanna Bello è autrice dei paragrafi 1-3.

[**] Professoressa associata, Università degli studi della Tuscia, daniela.vitiello@unitus.it. Nell'ambito di una riflessione unitaria, Daniela Vitiello è autrice dei paragrafi 4-6.

[1] Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, conclusa a Istanbul l'11 maggio 2011, firmata dall'Unione europea il 13 giugno 2017, approvata a nome di quest'ultima con decisione 2023/1076/UE del Consiglio del 1° giugno 2023, ed entrata in vigore, per quanto riguarda l'Unione, il 1° ottobre 2023. Per un approfondimento si vedano S. DE VIDO, *EU Law in Light of the Istanbul Convention: Legal Implications After Accession*, Luxembourg, 2025; S. DE VIDO, MICA-

tro le donne e alla violenza domestica[2] nel 2024 ("direttiva 2024/1385"). Le disposizioni recentemente introdotte affiancano la più consolidata disciplina antidiscriminazione cd. di nuova generazione[3] – che dall'ambito giuslavoristico si è progressivamente estesa ad altre sfere della vita, tra cui l'accesso a beni e servizi. Quest'ultima è espressamente richiamata dalla direttiva 2024/1385[4] insieme ai principi fondamentali di eguaglianza (formale e sostanziale) e di non discriminazione delle donne, sanciti dall'art. 2 del Trattato sull'Unione europea ("TUE")[5], dagli artt. 21 ("Non discriminazione") e 23 ("Parità tra uomini

ela Frulli (eds), *Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence: A Commentary on the Istanbul Convention*, Cheltenham UK Northampton, MA, 2023; G. Gasmi, *Violence Against Women: International Legal Standards and Trends*, Lanham, MD, 2025.

[2] Direttiva 2024/1385/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2024 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica.

[3] *Ex multis*, S. Fredman, *Equality: A New Generation?*, in *Industrial Law Journal*, 30/2, 2001, 145-168; B. De Witte, *National Equality Institutions and the Domestication of EU Non-Discrimination Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 18/1-2, 2011, 157-178; M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007; D. Strazzari, *Minoranze, effettività del rimedio e rappresentanza in giudizio nel diritto dell'antidiscriminazione*, Milano, 2023.

[4] Il riferimento è alla direttiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione), che sistematizza le principali disposizioni delle direttive relative all'attuazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne nell'ambito lavorativo, adottate già negli anni Settanta del secolo scorso, e alcune evoluzioni della giurisprudenza della Corte di giustizia UE; alla direttiva 2010/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2010, sull'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma e che abroga la direttiva 86/613/CEE del Consiglio; alla direttiva 2004/113/CE del Consiglio del 13 dicembre 2004 che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura. Per completezza va ricordato che il diritto antidiscriminazione è completato dalla direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (circa la parità di trattamento indipendentemente da religione o credo, disabilità, età e orientamento sessuale) e dalla direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, cui va senz'altro collegata la clausola di non discriminazione prevista dall'art. 11 ("Parità di trattamento") della direttiva UE 2003/109/CE, modificata dalla direttiva 2011/51/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2011, che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio per estenderne l'ambito di applicazione ai beneficiari di protezione internazionale.

[5] L'art. 2 afferma che «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini». Il *considerando* 2 della direttiva 2006/54, cit., ricorda che l'art. 2 e l'art. 3, par. 2, TUE «sanciscono la parità fra uomini e

e donne")[6] della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ("Carta") e affermati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE[7].

Nel loro insieme, il diritto primario e il diritto secondario dell'UE garantiscono la protezione della dignità e dell'eguaglianza della donna nella sfera privata e pubblica, evidenziando il *nesso* tra prevenzione e contrasto della violenza contro le donne, da un lato, e la parità tra queste e gli uomini, dall'altro lato. Alla statuizione che qualsiasi forma di violenza nei confronti delle donne integra «una violazione dei diritti umani e una *forma di discriminazione*»[8] della Convenzione di Istanbul fa eco, infatti, il preambolo della direttiva in esame, che sottolinea come la violenza contro le donne e la violenza domestica rappresentino «una manifestazione persistente della *discriminazione strutturale* nei confronti delle donne, derivante da rapporti di potere storicamente iniqui tra donne e uomini»[9] e, al contempo, contribuiscano a riprodurre le asimmetrie esistenti, minacciando la parità tra donne e uomini e la non discriminazione quali «valori e diritti fondamentali dell'Unione»[10].

In relazione alle donne migranti, il ruolo svolto da suddetti *valori* e *diritti fondamentali* dell'UE sta interessando sia la questione del «vivere insieme nella società multiculturale»[11] (affrontata nel secondo e terzo paragrafo del presente contributo) sia la giurisprudenza UE in materia di asilo e questioni di genere (cui sono dedicati i paragrafi successivi), anche a fronte della femminilizzazione dei processi migratori[12]. Queste due diverse dimensioni sono – a ben veder – intrinsecamente connesse nelle esperienze di chi «viene oggi e poi domani rimane»[13].

donne quale "compito" e "obiettivo" della Comunità e impongono alla stessa l'obbligo concreto della sua promozione in tutte le sue attività.

[6] Così il *considerando* 2 della direttiva 2006/54/CE, cit.; cfr. *considerando* 2-5 della direttiva 2004/113/CE.

[7] *Ibidem*.

[8] Art. 3 della Convenzione di Istanbul, cit. (corsivo aggiunto).

[9] *Considerando* 10 della direttiva 2024/1385/UE, cit.

[10] *Considerando* 2, ivi: «[…] La violenza contro le donne e la violenza domestica […] minano il diritto di donne, ragazze e bambine all'uguaglianza in ogni ambito di vita e impediscono loro di partecipare alla vita sociale e professionale su un piano di parità con gli uomini».

[11] S. Prisco, *La laicità come apertura al dialogo critico nel rispetto delle identità culturali* (riflessioni a partire da Corte di cassazione, Sezioni Unite civili, n. 24414 del 2021), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 21, 67.

[12] C. Schmoll, *Conclusion: What Migration Does to Women, What Women Do to Migration, in* Ead, *Women and Borders in the Mediterranean. The Wretched of the Sea*, London, 2024. Con riferimento al contesto italiano: I. Bartholini, *Femminilizzazione dei flussi migratori, vulnerabilità di genere e diritto alla salute: il caso degli accessi ai servizi sanitari dell'ARNAS Civico di Palermo*, in *Salute e società*, 2021, 159-174; B. Coccia, G. Demaio, M. Nanni (a cura di), *Le migrazioni femminili in Italia. Percorsi di affermazione oltre le vulnerabilità*, Roma, 2023.

[13] Questa è la nota intuizione di Georg Simmel già nei primi anni del Novecento: Exkurs über den Fremden., in Id, *Soziologie. Untersuchungen* über *die Formen der Vergesellschaftung,*

La trattazione unitaria mira, dunque, a esaminare alcune delle tensioni tra la vocazione universale del principio di parità di trattamento, realizzato anche attraverso il contrasto della violenza, e la diversità culturale[14].

Se per "cultura" si intende «*a process of meaning-making*»[15], in contrapposizione alla sua reificazione («*culture as an ethnic heirloom*»)[16], tali tensioni possono essere alleviate nel *dialogo*, a cui gli scritti di Salvatore Prisco invitano[17].

2. *Le donne che attraversano i confini: diritti, affiliazioni, identità*

Il quadro giuridico poc'anzi delineato trascrive idealmente sotto forma di diritti le sensibilità di volta in volta affiorate nel pensiero femminista, convenzionalmente suddiviso in almeno tre "ondate"[18], caratterizzate da istanze precise. Tuttavia, se le ricadute delle prime due ondate sono tangibili nel diritto vincolante vigente, appare più problematico il recepimento delle questioni tematizzate all'interno della terza ondata, che riguarda in modo particolare (benché non esclusivo) le donne migranti nelle società e alle frontiere europee.

Infatti, il divieto di discriminazione diretta posto a tutela dell'*eguaglianza formale* soddisfa la richiesta, avanzata dalla prima ondata di femminismo (o "femminismo dell'eguaglianza")[19], di parità di trattamento delle donne rispetto al soggetto-uomo, per secoli indiscusso titolare della piena soggettività giuridica. Inoltre, nei traguardi della seconda ondata di femminismo (o "femminismo della differenza")[20] sono ascrivibili – almeno *in the books* – le tutele tese a re-

Berlin, 1908, 509-512, spec. 508; per una lettura "di genere" si rinvia a E. Rigo, *La straniera, migrazioni, asilo, sfruttamento in una prospettiva di genere*, Roma, 2022.

[14] Ampiamente sulla nozione di "diversità culturale": L. Mancini, *La diversità culturale tra diritto e società*, Milano, 2018; sui numerosi modi di intendere la "cultura" si rinvia almeno a G. Baumann, *Contesting Culture. Discourses of Identity in Multi-Ethnic*, London, New York and Cambridge, 1996; S. Benhabib, *La rivendicazione dell'identità culturale*, Bologna, 2005. Circa il rischio di uno «slittamento semantico» da "razza" a "cultura" si veda E. Massimilla, in *Giornate di studio sul razzismo*. Atti della 1^ e 2^ edizione, 2021, 9-24.

[15] G. Baumann, *Op. cit.*, 109.

[16] *Ibidem*.

[17] V. *infra*, par. 3; S. Prisco, *La laicità come apertura al dialogo critico nel rispetto delle identità culturali* (riflessioni a partire da Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, n. 24414 del 2021), cit.

[18] Per una ricognizione delle c.d. "ondate" del femminismo: A. Cavarero, F. Restaino, *Le filosofie femministe*, Milano, 2002; sul femminismo giuridico: L. Re, *Femminismi e diritto*: *un rapporto controverso*, in M.G. Bernardini, O. Giolo, a cura di, *Teorie critiche del diritto*, Pisa, 2017, 179-206. Per uno sguardo a questioni emergenti: C. Arruzza, T. Bhattacharya, N. Fraser, *Femminismo per il 99%. Un manifesto*, Bari, 2019.

[19] A. Cavarero, F. Restaino, *Op. cit.*; L. Re, *Op. cit.*

[20] *Ibidem*. In ambito giuridico: C. MacKinnon, *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Cambridge, MA, 1987; Ead., *Women's Lives, Men's Laws*, Cambridge, MA, 2007.

alizzare l'*eguaglianza sostanziale* delle donne in base alle "differenze" rispetto al soggetto-uomo, sul cui modello sono stati a lungo plasmati l'organizzazione sociale e gli istituti giuridici. Accanto alla protezione della maternità e alla conciliazione famiglia-lavoro, inscritte nella più ampia traiettoria che dai diritti universali dell'essere umano astratto porta a considerare i soggetti specifici (quindi, le donne "in quanto tali")[21], è andata affermandosi l'aspirazione delle donne all'autonomia nelle scelte affettive e sessuali e all'emancipazione dalla normalizzazione della violenza di genere e sessuale nella sfera privata, cui corrisponde la tardiva introduzione di misure di prevenzione e contrasto di radicate forme di violenza sessuale, psicologica ed economica[22].

Se l'adeguatezza dell'implementazione e dell'efficacia del robusto nucleo di disposizioni a favore dell'eguaglianza e contro la violenza di genere, declinato nei principi e diritti dei Trattati e nel diritto vincolante dell'UE, può essere certamente sottoposta a vaglio critico, si può affermare che il riconoscimento della soggettività della donna in ogni sfera della vita sia parte integrante e irrinunciabile della dimensione normativa (e, prima ancora, assiologica) del progetto europeo, proteso, per un verso, all'"unità" e, per altro verso, al rispetto della diversità culturale dei Paesi membri[23].

Più problematica si rivela la risposta giuridica alle istanze emerse nella storia recente del femminismo ("femminismo della terza ondata")[24], che richiede di riconoscere e valorizzare le differenze *tra* donne, «ampliando lo sguardo»[25] ai loro punti di vista situati.

In tale filone di pensiero – che rivolge alla presunta neutralità e universalità del soggetto-donna la critica mossa al soggetto-uomo dalle precedenti "ondate"[26], quali parametri astratti e disincarnati del diritto – è collocabile lo sforzo di perseguire «metodi di analisi e d'intervento che ci impongono di associare cose in apparenza isolate, e di scorporare quelle che si direbbero naturalmente inscindibili»[27]. Nella sua declinazione intersezionale[28], l'analisi mira a intercet-

[21] N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 68.

[22] L. Re, *Op. cit.*

[23] V. *infra*, par. 4 ss.

[24] L. Re, *Op. cit*.

[25] A. Loretoni, *Ampliare lo sguardo. Genere e teoria politica*, Roma, 2015.

[26] A. Facchi, *A partire dall'eguaglianza. Un percorso nel pensiero femminista sul diritto,* in *About Gender. International Journal of Gender Studies*, 1/1, 2012, p 118-150; A. Facchi, O. Giolo, *Una storia dei diritti delle donne*, Bologna, 2023. In merito alla rielaborazione teorica del rapporto tra eguaglianza e differenza resta fondamentale il contributo di Letizia Gianformaggio: *Eguaglianza, donne, diritto*, a cura di A. Facchi, C. Faralli, T. Pitch, Bologna, 2005.

[27] A. Davis, *La libertà* è *una lotta costante*, a cura di F. Barat, Firenze, 2018, 116-118.

[28] K.W. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *The University of*

tare situazioni «qualitativamente diverse» di discriminazione e violenza che investono particolarmente le donne migranti in relazione alle due dimensioni su delineate[29] (del vivere insieme nelle società plurali e dell'approdo ai confini europei). Infatti, in entrambe le situazioni esse possono trovarsi ad «abitare le contraddizioni»[30] generate dalla difficile realizzazione dell'eguaglianza attraverso la valorizzazione delle differenze e dalle tensioni tra universalità di diritti e principi (come la parità tra uomo e donna) e istanze specifiche.

Ricorrendo all'immaginazione[31] per esemplificare e senza cedere all'essenzialismo di un fittizio soggetto "donna-migrante", in una prospettiva "occidentale" può risultare difficile comprendere l'(apparente) antinomia insita nella (libera) scelta[32] di una donna di un paese terzo che invochi protezione contro la violenza (per esempio, un matrimonio forzato[33], ovunque accada) o la discriminazione sistematica (subita, in quanto donna, nel paese di origine)[34] e, al contempo, decida, in piena autonomia, di indossare simboli o indumenti considerati oppressivi della sua libertà.

Contraddizioni come quelle appena descritte sono acuite dalla logica *oppositiva* con cui sono sovente intese, per un verso, le relazioni tra "noi" e "loro" e, per altro verso, i diritti universali (e fondamentali) e le eventuali istanze identitarie provenienti da "culture" percepite come irrimediabilmente illiberali e immuni da evoluzioni interne ai gruppi o contaminazioni tra gruppi, più che come processi dinamici e relazionali. Una diversità culturale, questa, che, rispetto alla diversità "europea"[35], non di rado suscita interrogativi (se non diffidenza), specialmente in relazione ai diritti delle donne che attraversano i

Chicago Legal Forum, 140, 1989, 139-167; in lingua italiana: B.G. Bello, *Intersezionalità. Teorie e pratiche tra diritto e società*, Milano, 2020; cfr. E.A.G. Arfini, *Che cos'è l'intersezionalità*, Roma, 2024; P. Parolari, *Culture, diritto, diritti: Diversità culturale e diritti fondamentali negli Stati costituzionali di diritto*, Torino, 2017; E. Rigo, *Op. cit.*

[29] V. *supra*, par. 1.

[30] A. Davis, *Op. cit.*, 116.

[31] Il riferimento è all'«immaginazione sociologica», intesa (in estrema sintesi) come la capacità di collegare problemi individuali a questioni sociali più ampie: C.W. Mills, *The Sociological Imagination*, Oxford, 2000. Per fruttuose applicazioni in ambito giuridico: *ex plurimis*, R. Cotterrell, *Why Must Legal Ideas Be Interpreted Sociologically?*, in *Journal of law and society*, 25/2, 1998, 171-192; R.E. Rosen, *The Sociological Imagination and Legal Ethics*, in *Legal Ethics*, 19/1, 2016, 97-111.

[32] L'autonomia delle donne, anche nella declinazione dell'agency, è un tema assai caro al femminismo giuridico, per il quale si rinvia, *ex plurimis*, al recente volume A. Facchi, O. Giolo, *Libera scelta e libera condizione. Un punto di vista femminista su libertà e diritto*, Bologna, 2020.

[33] V. *infra*, par. 5.

[34] V. *infra*, par. 6.

[35] In base all'art. 22 della Carta «[l]'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica».

confini[36].

Le *affiliazioni multiple*[37] delle donne (a minoranze "culturali", ai paesi di provenienza *e* ai paesi di arrivo) mostrano, però, che il senso di appartenenza e l'identità sono spesso negoziati, composti e ridefiniti in modo dinamico all'interno di una fitta rete di relazioni e norme. Esse suggeriscono la possibilità di rifuggire dalla fallace dicotomia "noi/loro" e confluire nel dialogo tra "culture" e tra genere e "cultura", smettendo di vedere «l'umanità in una forma drasticamente ridotta»[38].

Il preambolo della direttiva 2024/1385 invero si sofferma sul nesso tra violenza (contro le donne e la violenza domestica) e, specificamente, discriminazioni intersezionali («fondate sul sesso in combinazione con altri motivi di discriminazione di cui all'art. 21 della Carta»), evidenziando come queste ultime possano accrescere i rischi di subire violenza e intensificarne la gravità[39].

Tuttavia, il *riconoscimento* e il possibile *accomodamento* di istanze identitarie *lato sensu* "culturali" più estranee alla "*Europeaness*", di cui si è occupata

[36] A. Bonfanti, *Diversità culturale, pratiche tradizionali dannose e diritti umani. Un'analisi di diritto internazionale pubblico e privato*, Torino, 2024.

[37] P. Parolari, L. Scudieri, *Pluriversi culturali e* agency *delle donne: tra intersezionalità e interlegalità. Introduzione,* in *Ragion pratica*, 1, 2024, 5-22; cfr. A.K. Sen, *Identity and Violence: The Illusion of Destiny,* London, 2007, *Op. cit.*, 178. Volendo B.G. Bello, *Issues at Stake in Plural Societies: The Case of Muslim Migrant Women's Religious Freedom*, in F. Lo Piccolo, A. Mangiaracina, G. Paternostro (eds), *In and Out. Rights of Migrants in the European Space*, Palermo, 2024, 231-254.

[38] A.K. Sen, *Op. cit.*, 178.

[39] Considerano 6 della direttiva 2024/1385, cit., in cui si legge altresì che «[è] pertanto opportuno che gli Stati membri prestino la dovuta attenzione alle vittime colpite da questa discriminazione intersezionale, adottando misure specifiche. Gli Stati membri dovrebbero pertanto tenere conto di questo maggiore livello di rischio nell'attuazione delle misure previste dalla presente direttiva, in particolare per quanto riguarda la valutazione individuale per determinare le esigenze di protezione delle vittime, l'assistenza specialistica alle vittime nonché la formazione e l'informazione dei professionisti che potrebbero entrare in contatto con le vittime». Per completezza, è opportuno ricordare le critiche sollevate nei confronti della Direttiva, rispetto al testo originariamente proposto dalla Commissione, a seguito dell'espunzione dell'art. 16, par. 5. Tale disposizione avrebbe vietato alle autorità che vengano a contatto con una vittima nell'ambito della denuncia di reati di violenza contro le donne o di violenza domestica di trasmettere alle autorità competenti in materia di immigrazione i dati personali relativi allo status della vittima, almeno fino al completamento della prima valutazione individuale dei suoi bisogni di protezione. La norma in questione avrebbe assicurato una tutela essenziale per le donne prive di titolo di soggiorno, particolarmente esposte al rischio di trattenimento o espulsione quale conseguenza della denuncia di violenze subite. In tale contesto, non può ritenersi sufficiente il richiamo contenuto nel considerando 35, privo di efficacia vincolante, che invita gli Stati membri a garantire che le vittime non appartenenti all'UE «non siano dissuase dal presentare denuncia e siano trattate in modo non discriminatorio», C. Kasim, *Advancing Gender Equality: The EU's Landmark Directive 2024/1385 on Violence Against Women, in EU Law Analysis*, disponibile *online*.

in più occasioni la Corte di giustizia UE[40], sono più evidenti nella *soft law*[41], la quale, a proposito delle donne musulmane (non solo migranti), osserva che:

gli elevati livelli di pregiudizio e le conseguenti politiche in materia di esposizione di simboli religiosi e abbigliamento religioso provocano ulteriori disparità di trattamento e moltiplicano i relativi ostacoli, che hanno un impatto particolarmente negativo sulle donne musulmane, nell'accesso al mercato del lavoro e agli alloggi, escludendole dallo spazio pubblico e da ogni forma di partecipazione significativa alle decisioni e ai processi sociali, mantenendole in una situazione socioeconomica precaria[42].

Cimentarsi nell'esercizio di associare richieste in apparenza separate e disgiungere quelle considerate inseparabili può aiutare, sul piano pre-giuridico prima ancora che teorico-giuridico, a comprendere la possibile conciliabilità tra aspirazioni alla parità di trattamento (universale) e identitarie (specifiche), a ritenerle egualmente legittime, a credere alle ragioni e alle narrazioni di chi le esprime. Esercizi come questi non sono altro che pratiche di *dialogo*.

3. *Due diversi (e conciliabili) approcci alla parità delle donne*

Le tensioni tra uguaglianza e differenze, unitamente a quelle tra universalismo dei diritti e pluralismo culturale, hanno lungamente impegnato la letteratura femminista, anche nel dialogo tra esponenti del femminismo e *communitarians*[43], conducendo a orientamenti eterogenei circa le possibili modalità di gestione della complessità nelle società contemporanee.

[40] V. *infra*, par. 3.

[41] Gli interventi in tal senso sono copiosi, dalla Risoluzione del Parlamento europeo sulla situazione delle donne appartenenti a gruppi minoritari nell'Unione europea (2003/2109(INI)) – che riguarda donne con disabilità, donne rom e donne musulmane – alla Risoluzione del Parlamento europeo del 6 luglio 2022 sulla discriminazione intersezionale nell'Unione europea: la situazione socioeconomica delle donne di origine africana, mediorientale, latinoamericana e asiatica (2021/2243(INI)) (2021/2243(INI)), alla seconda strategia quadro per l'inclusione delle persone rom: Raccomandazione del Consiglio dell'Unione europea del 12 marzo 2021 (2021/C 93/01), che tiene insieme la valorizzazione della diversità culturale e la tutela dei diritti fondamentali. Va qui ricordata anche COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione "Un'Unione dell'uguaglianza: la Strategia per la parità di genere 2020-2025", 5 marzo 2020 (COM/2020/152 final), che afferma l'impegno della Commissione a «utilizzare, come principio trasversale, l'intersezionalità, vale a dire la combinazione del genere con altre caratteristiche o identità personali e il modo in cui tali intersezioni contribuiscono a determinare esperienze di discriminazione specifiche».

[42] *Considerando* 4 della direttiva 2024/1385/UE, *cit*.

[43] Sul dialogo tra prospettiva communitarian e liberal si vedano, per tutti, A.B. SELIGMAN, D.W. MONTGOMERY, *The Tragedy of Human Rights: Liberalism and the Loss of Belonging*, in *Society*, 56, 2019, 203-209 e la risposta di Gianfrancesco Zanetti: *Human Rights and the Need for Belonging*, in Reset Dialogues, 18 giugno 2020, https://www.resetdoc.org/story/human-rights-need-belonging/

Per un verso, parte del femminismo ha criticato la tendenza a valutare in modo parimenti positivo l'impegno femminista e quello multiculturalista, specialmente quando quest'ultimo supporta il riconoscimento collettivo di politiche identitarie per le minoranze culturali. Per altro verso, svelando la presunta neutralità delle categorie giuridiche e morali, dietro cui si cela un preciso parametro neutro – sia esso "soggetto uomo", "soggetto-donna universale" o "occidentale" –, parte del femminismo riconducibile alla terza ondata trova terreno comune con "le critiche che sottolineano il pregiudizio etnocentrico delle teorie etiche e giuridiche *rights-based*"[44].

È utile soffermarsi su alcuni snodi di tali approcci, che sembrano escludersi vicendevolmente, per le rilevanti ricadute sul piano istituzionale e giuridico nel modo di intendere la tutela delle donne.

Sul versante del femminismo (liberale) in contrapposizione con il multiculturalismo, un buon punto di riferimento resta il volume "*Is Multiculturalism Bad for Women*?" del 1999[45], che raccoglie le risposte al quesito sollevato dall'omonimo saggio di Susan Moller Okin. L'autrice evidenzia come le pratiche culturali riguardino spesso la sfera personale e familiare, con ripercussioni sui diritti e sulle libertà delle donne a causa del controllo maschile esercitato su di loro. In tale prospettiva, concentrandosi sull'eguaglianza morale tra i gruppi, i sostenitori del multiculturalismo trascurano le asimmetrie di genere all'interno delle minoranze, anche laddove cerchino di contemperare le "protezioni esterne" delle minoranze dal potere economico e politico della società maggioritaria con il divieto di indebite violenze e discriminazioni all'interno dei gruppi ("restrizioni interne")[46].

Le argomentazioni di questa tesi femminista poggiano sulla condivisibile primazia della protezione giuridica di *tutte le donne* da *qualsivoglia forma di*

[44] L. Baccelli, *In a Plurality of Voices. Il genere dei diritti, fra universalismo e multiculturalismo*, in *Ragion pratica*, 2, 2004, 485.

[45] S. Moller Okin, J. Cohen, M. Howard, M.C. Nussbaum (ed. by), *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton, N.J., 1999; la traduzione italiana è a cura di Alessandra Facchi e Antonella Besussi (Diritti delle donne e multiculturalismo, Milano, 2009). Cfr. P. Parolari, *Femminismo liberale e multiculturalismo. Susan Okin e le forme della diversità culturale*, in *Ragion pratica*, 1, 2008, 231-244; E. Lépinard, *Autonomy and the Crisis of the Feminist Subject: Revisiting Okin's Dilemma,* in *Constellations: An International Journal in Critical and Democratic Theory*, 18, 2011, 205-221; D. Morondo Taramundi, *Is Multiculturalism Bad For women, still? Persisting Dilemmas in Cultural and Religious Accommodation in Europe*, in I. Handzlik, Ł Sorokowski (eds), *Found in Multiculturalism. Acceptance or Challenge?,* Frankfurt am Main, 2014, 141-157.

[46] W. Kymlicka, *Liberal Complacencies*, in S. Moller Okin, J. Cohen, M. Howard, M.C. Nussbaum (edited by), *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton, N.J., 1999, spec. 31.; cfr. A. Eisenberg, J. Spinner-Halev (edited by), *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge, 2005.

violenza, incluse le pratiche lesive più conosciute nelle società europee contemporanee a seguito dei flussi migratori. Sul piano giuridico, nel contesto europeo si trova riscontro di tale necessità nella Convenzione di Istanbul e nella direttiva 2024/1385, che sanzionano espressamente le mutilazioni genitali femminili ("MGF")[47] e il matrimonio forzato[48]. La direttiva, inoltre, prevede per i soli reati di MGF e matrimonio forzato che, ove l'autore del reato sia un suo cittadino, lo Stato membro provvede affinché la sua giurisdizione sia esercitata anche in assenza del requisito della doppia incriminazione, ossia indipendentemente dal fatto che la condotta sia penalmente sanzionata nell'ordinamento dello Stato in cui è stata perpetrata[49]. Gli Stati membri possono, inoltre, decidere di estendere la propria giurisdizione a tutti i reati previsti dalla direttiva *commessi al di fuori del proprio territorio* quando «il reato è stato commesso contro uno dei suoi cittadini o *contro una persona che risiede abitualmente nel suo territorio*; oppure […] *l'autore del reato risiede abitualmente nel suo territorio*»[50].

La realizzazione della parità di genere tramite la protezione da ogni forma di violenza, quale *principio universale*, trova, dunque, nella possibile espansione della giurisdizione ravvisata nella direttiva uno strumento significativo, soprattutto se letto congiuntamente all'orientamento della Corte di giustizia UE di riconoscere tale principio quale presupposto per il riconoscimento della protezione internazionale alle donne migranti[51].

Sul versante del femminismo che intende valorizzare la differenza *tra* donne, non si nega certamente che la parità di genere sia il fulcro della tutela giuridica delle donne nella sfera privata e pubblica, ma tale principio e le stesse relazioni tra genere e cultura vengono problematizzati in considerazione delle affiliazioni multiple e simultanee, dell'autonomia e dell'autodeterminazione delle donne, dei possibili *claims* identitari da queste *liberamente* espressi. In tale prospettiva, i principi e diritti irrinunciabili giuridicamente sanciti, quali

[47] Art. 3 della direttiva 2024/1385; art. 38 della Convenzione di Istanbul. L. Bellucci, *Le mutilazioni genitali femminili come reato di genere? Un'analisi delle norme europee alla luce del concetto di violenza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 26, 2018, 1-19; per una riflessione sull'implementazione della legge italiana: L. Mancini, *Prevenire, contrastare e punire le pratiche di mutilazione genitale femminile. Un'analisi sociologica della legge n. 7/2006*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2017,

[48] Art. 4 della direttiva 2024/1385; art. 37 della Convenzione di Istanbul. E. Rude-Antoine, *Mariage libre, mariage forcé?,* Paris, 2015; su un recente caso deciso in Italia: G. Pepè, *Matrimoni forzati e "prezzo della sposa": la Cassazione ribadisce l'irrilevanza di tradizioni e culture lesive della libertà individuale,* in *Sistema Penale*, 15 febbraio 2022.

[49] Art 12, par. 4. della direttiva 2024/1385.

[50] Art. 12, par. 2, della direttiva 2024/1385 (corsivo aggiunto).

[51] V. *infra*, par. 4 ss.

criteri ordinatori assiologici e normativi dell'appartenenza/non appartenenza e della partecipazione alle società europee, si arricchiscono del punto di vista dell'"altra". Questo aspetto desta particolare interesse nell'odierno contesto europeo, in cui le istanze identitarie consistono generalmente in richieste di riconoscimento di specifici elementi "culturali" (simboli, abbigliamento, cibo nelle mense, celebrazione di festività) nelle pratiche di «multiculturalismo quotidiano»[52], più che nel riconoscimento collettivo di politiche per determinate minoranze. Esemplificando, nella prospettiva del femminismo che valorizza le differenze *tra* donne, le pronunce adottate dalla Corte di giustizia UE nella serie di casi sul porto del velo sul luogo di lavoro[53] non solo hanno risposto debolmente alla disparità di trattamento – nelle forme della discriminazione diretta e indiretta – generata dal criterio neutro e generalizzato di laicità, ma hanno mancato di riconoscere la complessità dell'identità delle donne musulmane che indossano il velo, connessa alle loro plurime appartenenze (alla società dei paesi europei, alle minoranze religiose e così via).

Nelle sue conclusioni sul caso *Achbita*, l'Avvocata generale Juliane Kokott considera i problemi giuridici relativi al porto del velo come «rappresentativi della più fondamentale questione di quanta diversità e pluralità una società europea aperta e pluralistica deve accettare e di quanto adeguamento essa può viceversa esigere da determinate minoranze»[54]. Dal canto suo, l'Avvocata generale Eleanor Sharpston riformula la questione nella *Shadow Opinion* relativa ai casi *IX c. WABE eV* e *MH Müller Handels GmbH c. MJ* chiedendosi «*what kind of a European Union should we be building for the future?*»[55].

[52] E. Colombo, *Multiculturalismo quotidiano. Verso una definizione sociologica della differenza*, in *Rassegna italiana di sociologia*, XLVII/2, 2006, 269-296.

[53] Corte di giustizia (Grande Sezione) del 14 marzo 2017, causa C-157/15, Achbita c. G4S Secure Solutions NV; Corte di giustizia (Grande Sezione) del 14 marzo 2017, causa C-188/15, Bougnaoui c. Micropole SA; Corte di giustizia (Grande Sezione) del 15 luglio 2021, cause riunite C-804/18 e C-341/19, IX c. WABE eV e MH Müller Handels GmbH c. MJ.; Corte di giustizia (Seconda Sezione) del 13 ottobre 2022, causa C-344/20, L.F. c. S.C.R.L.; Corte di giustizia (Grande Sezione) del 28 novembre 2023, C-148/22, OP c. Commune d'Ans. Per un recente commento si veda N. Dube, *OP v. Commune d'Ans: When equality, intersectionality and state neutrality collide*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2024, 1-12.

[54] Conclusioni dell'Avvocata generale Kokott del 31 maggio 2016, causa C-157/15, Achbita c. G4S Secure Solutions NV, par. 3.

[55] E. Sharpston, *Shadow Opinion of former Advocate-General Sharpston: headscarves at work* (Cases C-804/18 and C-341/19), https://eulawanalysis.blogspot.com/2021/03/shadowopinion-of-former-advocate.html. Per un'esaustiva trattazione delle sentenze della Corte di giustizia EU sul velo: M. Ferri, *The interplay between religious discrimination in the workplace and fundamental rights: the cherry-pick approach of the EU Court of Justice*, in *rivista.eurojus.it*, 1, 2022, 291-311; t sulla prospettiva intersezionale nel diritto antidiscriminatorio dell'UE sia consentito

Già nelle conclusioni sul caso *Bougnaoui* quest'ultima non aveva mancato di evidenziare la diversa percezione rispetto al velo, sottolineando che:

Alcuni percepiscono l'uso del velo come un'asserzione femminista, in quanto rappresenta il diritto di una donna di affermare la sua scelta e la sua libertà religiosa di essere una musulmana che intende manifestare in tal modo la propria fede. Altri vedono nel velo un simbolo dell'oppressione delle donne. Entrambe le opinioni possono certamente trovare conferma in singoli casi e in contesti specifici […]. Ciò che la Corte non dovrebbe fare, a mio parere, è ritenere che, dal momento che possono ricorrere situazioni nelle quali il velo deve o può essere considerato oppressivo, ciò valga in tutti i casi […][56].

L'idea che taluni simboli e pratiche siano oppressivi nei confronti delle donne e, dunque, possano porsi in contraddizione con la parità di genere, ha portato a dubitare dell'autentica libertà di scelta delle donne appartenenti a minoranze "culturali" nell'aderirvi. Esse sarebbero piuttosto guidate da una «*false consciousness*»[57] condizionata, a seconda dei casi, dalla "cultura" o dalla religione. Ciò significa non credere (a monte) alla capacità delle donne di autodeterminarsi e (a valle) alle loro narrazioni, disconoscendole.

È stato osservato, infatti, che i racconti delle soggettività non paradigmatiche – tra cui (storicamente) le donne e, per altro verso, richiedenti asilo e migranti – sono accomunati dalla tendenza a essere considerati «anche dal diritto, inaffidabili e non verosimili»[58]. La letteratura (oltre alla giurisprudenza) attesta che tale problema ha riguardato, fino a un passato non troppo remoto, le donne in generale, al di là della loro provenienza[59], ed «è stata proprio la validazione di tale narrazione a rendere possibile la trasformazione del diritto in senso egualitario»[60]. Se, sul piano giuridico, la credibilità delle narrazioni dei richiedenti asilo dipende dall'organizzazione del sistema di valutazione delle domande d'asilo[61],

di rinviare a B.G. Bello, *Discriminazioni e diritto alla prova della complessità delle esperienze nello spazio giuridico europeo*, in *Diritto e Società*, 1-2, 2024, 25-42.

[56] Conclusioni dell'Avvocata generale Sharpston del 13 luglio 2016, causa C-188/15, Bougnaoui c. Micropole SA, par. 75.

[57] M. Nussbaum, *Veiled Threats?*, in *The New York Times*, 11 luglio 2010. https://archive.nytimes.com/opinionator.blogs.nytimes.com/2010/07/11/ veiled-threats/

[58] O. Giolo, *Sul diritto fondamentale di asilo. Sviluppi recenti e preoccupanti del rapporto tra diritto e narrazione in Italia*, in *Ragion pratica*, 2, 2019, 527.

[59] Sul punto è fondamentale K. MacKinnon, *Le donne sono umane*?, Bari, 2012, a cura di A. Besussi e A. Facchi. Cfr. T. Manente, *La pratica femminista del processo penale come strategia di difesa dei diritti delle donne vittime di violenza maschil*e, in A. Simone, I. Boiano, a cura di, *Femminismo ed esperienza giuridica. Pratiche, Argomentazione, Interpretazione*, Roma, 2018, 75-89.

[60] O. Giolo, *Op. cit.*

[61] Ivi, 528 ss: l'Autrice muove una critica, in particolare, al cd. decreto "Minniti-Orlando" del 2017, n. 13 (Legge di conversione 46/2017) e al cd. "Decreto Sicurezza" del 2018, n. 113 (Legge di conversione 132/2018).

la loro «validazione epistemologica»[62] – questa la proposta che qui si intende avanzare – può trovare nel coinvolgimento nel *dialogo* uno spazio di comprensione reciproca.

Venendo alle *donne migranti* che attraversano i confini, si può così arrivare a comprendere perché *claims* identitari e richieste di protezione dalla violenza (di genere o domestica) non solo possono convivere, in modo più o meno problematico, nelle loro esistenze, ma richiedono loro una responsabilità di scelta e di ragionamento nella conduzione della loro vita che deriva «dall'importanza relativa delle […] diverse associazioni e affiliazioni in un determinato contesto»[63].

Assumendo che «ciascuna persona [sia] un fine in sé»[64] e il pluralismo di valori, un possibile itinerario è rappresentato dal «dibattito pubblico» (*«public reasoning»*)[65], quale spazio di negoziazione, di decisioni partecipate e di contestazione.

A proposito degli accomodamenti ragionevoli[66] su base religiosa – non previsti attualmente dal diritto antidiscriminatorio ma su cui è in corso un vivace dibattito[67] – Salvatore Prisco afferma puntualmente che «ragionevole è unicamente un accomodamento non unilaterale, ma cercato attraverso il coinvolgimento, perché questo significa che ci si è accorti della sensibilità altrui e s'intende rispettarla, il che è precisamente l'obiettivo vero da perseguire, ossia quello di incrementare il tasso di *dialogicità*»[68].

Seguendo ancora la linea tracciata dall'Autore, «[s]i tratta, insomma, di porsi il compito di ricostituire nientemeno che un terreno pre-giuridico di razionalità *dialogica* minima condivisa»[69].

[62] Ivi, 527.

[63] A. K. Sen, *Op. cit*., xiii.

[64] Questa è la prospettiva di Amartya K. Sen: F. Longato, *Agency e relazionalità nel capability approach di Amartya Sen*, in *Esercizi Filosofici*, 12, 1, 2017, 174.

[65] A. K. Sen, *Op. cit*., 333, nota 31.

[66] In prima approssimazione gli accomodamenti ragionevoli riguardano «situazioni in cui datori e datrici di lavoro sono tenuti o incoraggiati ad apportare modifiche all'organizzazione dell'ambiente lavorativo (ad esempio, regole di abbigliamento) in connessione con le necessità dei singoli lavoratori e lavoratrici», M. Bell, *Adapting Work to the Worker: The Evolving EU Legal Framework on Accomodating Worker Diversity, in International Journal of Discrimination and Law,* 18/2-3, 2018, 125 (traduzione mia).

[67] *Ibidem*; L. Waddington, *Reasonable Accommodation. Time to Extend the Duty to Accommodate Beyond Disability*?, in NTM|NJCM-Bulletin, 2, 2011, 186-198; A. Rosiello, M. Serra, *Diversity management - La stretta correlazione tra tutela della salute del lavoratore e prevenzione delle discriminazioni*, 2019, https://www.studiolegalerosiello.it/page/pubblicazioni/

[68] S. Prisco, *La laicità come apertura al dialogo critico nel rispetto delle identità culturali* (riflessioni a partire da Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, n. 24414 del 2021), cit., 69 (corsivo aggiunto).

[69] Ivi, 76 (corsivo aggiunto).

Passando al piano giuridico, si inserisce nel tentativo di riconfigurare le categorie giuridiche a partire dal *dialogo* il ripensamento del diritto in chiave *interculturale*[70] e intersezionale.

Ciò richiede una *mediazione* in vista del raggiungimento di scopi comuni (piano descrittivo dell'intercultura) e «la creazione di un codice organico di comunicazione e di azione pratica per la gestione della relazione tra soggetti di diversa appartenenza culturale" (piano prescrittivo)»[71]. Il processo dinamico teso alla reciproca comprensione può, allora, portare a intravedere come armonizzabili universi che, a prima vista, non lo sono, siano essi soggetti, "culture" o diritti.

4. *Gli approcci alla parità di genere come riflesso della tensione tra diversità ed eguaglianza nel diritto UE*

Le già richiamate conclusioni dell'Avvocata generale nel caso *Achbita* individuano il nodo giuridico fondamentale in relazione al contemperamento tra diversità ed eguaglianza nel diritto UE[72], che risiede nell'individuazione del grado di diseguaglianza socialmente e giuridicamente accettabile nella società europea[73]. Si tratta di una questione giuridica che incide inevitabilmente sui diversi approcci alla parità di genere, presentati nei paragrafi che precedono, e che appare intimamente connessa con la natura stessa dell'ordinamento dell'Unione.

Cogliendo con estrema lucidità tale aspetto, in apertura del saggio *Il genere e i suoi diritti*, Salvatore Prisco rileva che «[i]n un sistema economicamente, sul piano assiologico e dei poteri policentrico (cioè un sistema di sottosistemi, culturalmente pluralista), eguaglianza e differenze sono tra loro in tensione»[74]. Per un verso, la normatività del principio di eguaglianza, inteso come principio a vocazione universale, è intimamente connessa alla tutela della diversità, sia in quanto legata alle tradizioni giuridiche e alle identità nazionali degli Stati

[70] M. Ricca, *Dike meticcia. Rotte di diritto interculturale*, Soveria Mannelli, 2008; P. Consorti, Nuovi *razzismi e diritto interculturale. Dei principi generali e dei regolamenti condominiali nella società multiculturale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2009, 1-28.

[71] M. Ricca, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Bari, 2008, 8 ss.

[72] Su tale questione, v. E. Spaventa, *What is the Point of Minimum Harmonization of Fundamental Rights? Some Further Reflections on the Achbita Case*, in *EU Law Analysis*, 21 March 2017. Più in generale, sul tema sia consentito il rinvio a D. Vitiello, *In Search of the Legal Boundaries of an "Open Society". The Case of Immigrant Integration in the EU*, in *Freedom, Security Justice: European Legal Studies*, n. 2/2022, 151-187.

[73] In argomento, da ultimo A. von Bogdandy, *The Emergence of European Society through Public Law*, Oxford, 2024.

[74] S. Prisco, *Il genere e i suoi diritti. Una nuova problematica frontiera dell'uguaglianza*, in *Comunità Omosessuali. Le scienze sociali sulla popolazione lgbt*, a cura di F. Corbisiero, Milano, 2013, 52-76.

membri[75], sia quale riflesso dei modelli socio-culturali e linguistico-identitari dei cittadini europei[76]. Questi ultimi sono tutelati dal diritto UE contro qualsiasi forma di discriminazione, tanto fondata sulle caratteristiche personali e sulle convinzioni del soggetto[77], quanto sulla nazionalità[78], in virtù della natura fondamentale dello *status* di cittadinanza[79], che consta di diritti che entrano a far parte del patrimonio giuridico individuale, e si fonda su valori comuni, che fungono da vincolo conformativo nei rapporti tra il cittadino e lo Stato membro di nazionalità[80]. Per altro verso, i non cittadini, ancorché residenti legalmente

[75] Cfr. gli artt. 4, par. 2, e 19 TUE. In argomento, *ex multis*, U. Villani, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo d'integrazione europea*, Napoli, 2011; M. Condinanzi, *I controlimiti come sintesi ideale tra primato da affermare e identità nazionale da rispettare*, in *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, a cura di B. Nascimbene, Milano, 2015, 119 ss.; G. Di Federico, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017. Sul processo di integrazione 'identitaria' delle identità nazionali degli Stati membri, che conduce all'affermazione di un'identità costituzionale sovranazionale, fondata sullo stato di diritto come precondizione per la tutela degli altri valori dell'Unione, cfr. F. Casolari, *Il processo di europeizzazione delle identità nazionali degli Stati membri: riflessioni sulle traiettorie del costituzionalismo europeo*, in *Quaderni AISDUE*, Fascicolo speciale, n. 1/ 2024.

[76] Cfr. gli artt. 3, par. 3, TUE e 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dove la diversità culturale e linguistica assume rilievo tanto rispetto all'identità nazionale degli Stati membri, quanto come diritto fondamentale dei cittadini europei. Cfr. in tal senso la sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, punto 86, su cui v. P. Mori, *La tutela della diversità linguistica nell'Unione europea dai principi giuridici alla prassi: alcune riflessioni su una recente giurisprudenza dei giudici europei*, in *DUE*, 2012, 43 ss.; D. Vitiello, *La disciplina del cognome nella giurisprudenza europea: un inquadramento dei valori sottostanti e del loro bilanciamento*, in *Il diritto al cognome materno: profili di diritto civile italiano, di diritto internazionale, dell'Unione europea, comparato ed internazionale privato*, a cura di A. Fabbricotti, Napoli, 2017, 83 ss. Più recentemente, cfr. in termini analoghi la sentenza del 7 settembre 2022, causa C-391/20, *Boris Cilevičs e a*.

[77] Cfr. gli artt. 19 TFUE, 20 e 21, par. 1, della Carta, su cui v., tra molte, le sentenze della Corte di giustizia del 10 luglio 2008, causa C-54/07, *Feryn*, e del 6 aprile 2017, causa C668/15, *Jyske Finans*.

[78] Cfr. gli artt. 18 TFUE e 21, par. 2, della Carta, su cui v., tra molte, la sentenza della Corte di giustizia del 13 giugno 2013, causa C-45/12, *Hadj Ahmed*, punto 41. V. altresì le conclusioni dell'Avvocato generale Pitruzzella dell'11 luglio 2019, cause riunite C-381/18 e C-382/18, *G.S. e V.G.*, parr. 49-50.

[79] Cfr. gli artt. 9 TUE e 20 TFUE, su cui v. le sentenze della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Rottmann*, punti da 41 a 43, 45, 48, 56 e 59; del 12 marzo 2019, causa C-221/17, *Tjebbes e a*., punti 30, 32, da 40 a 42 e 45; del 15 luglio 2021, causa C535/19, *A (Public healthcare)*, punto 41; e del 18 gennaio 2022, causa C118/20, *Wiener Landesregierung*, punti 44, 59, 61 e 73. In argomento, *ex multis*, C. Favilli, in *Il principio di non discriminazione nell'Unione europea e l'applicazione ai cittadini di Paesi terzi*, in *Le discriminazioni razziali ed etniche*, a cura di D. Tega, Roma, 2011, 46 ss., spec. 47-48.

[80] Cfr., da ultimo, la sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 29 aprile 2025, causa C-181/23, *Commissione c. Malta*, punti 49-50, 59, sulla compatibilità con il diritto UE

nello spazio giuridico europeo, sono esclusi dall'ambito di applicazione personale del divieto di discriminazione su base nazionale[81], con la conseguenza che la loro condizione è assoggettata a una disciplina a "geometria variabile", che varia in funzione dell'appartenenza a sottogruppi di cittadini di paesi terzi per i quali sono previste forme di tutela specifica nel diritto dell'Unione.

La condizione giuridica dei non cittadini, quindi, finisce per essere frammentata in una pluralità di *status*, la cui disciplina sovranazionale è ineluttabilmente lacunosa, nella misura in cui l'obiettivo delle tutele non è tanto quello di favorire il ravvicinamento di tale condizione allo *status civitatis* europeo, quanto piuttosto di fissare un canone equo e ragionevole[82] alla diseguaglianza socialmente e giuridicamente accettabile tra gli Europei e gli Altri[83].

Al contempo, il trattamento dei cittadini dei paesi terzi nell'Unione europea è necessariamente attratto nella sfera dei valori dell'art. 2 TUE, attraverso i quali, sempre più spesso, la giurisprudenza di Lussemburgo tende a ricomporre le asimmetrie e a colmare le lacune insite nel diritto migratorio europeo. Tale tendenza si registra soprattutto in quegli ambiti in cui i valori fungono da strumento di perimetrazione dell'appartenenza dello straniero alla società

della legislazione maltese in materia di naturalizzazione su base transattiva, che la Corte ha assimilato alla "commercializzazione" della cittadinanza dell'Unione. V. altresì la sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 4 ottobre 2024, causa C-4/23, *Mirin*, relativa alla compatibilità con il diritto UE di una legislazione rumena che non consente l'automatica annotazione dei mutamenti di identità di genere sull'atto di nascita dei cittadini europei, in assenza di un provvedimento giurisdizionale nazionale passato in giudicato. Sul tema dell'acquisto e della perdita della cittadinanza, cfr. per tutti C. Morviducci, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2017; S. Marinai, *Perdita della cittadinanza e diritti fondamentali: profili internazionalistici ed europei*, Milano, 2017; M. Parodi, *Acquisto e perdita della cittadinanza* «nazionale»: *una questione sempre più* «europea». *Brevi riflessioni a margine della sentenza JY c. Wiener Landesregierung*, in *SIDI-Blog*, 12 marzo 2022.

[81] Cfr. in tal senso la sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2009, cause riunite C-22/08 and C-23/08, *Vatsouras e Koupatantze*, punto 52. In argomento, D. Kochenov, *Ius Tractum of Many Faces: European Citizenship and the Difficult Relationship between Status and Rights*, in *Columbia Journal of European Law*, n. 15/2, 2009, 169 ss., 207-209; E. Brouwer, K. de Vries, *Third-Country Nationals and Discrimination on the Ground of Nationality: Article 18 TFEU in the Context of Article 14 ECHR and EU Migration Law: Time for a New Approach*, in *Equality and Human Rights: Nothing but Trouble? Liber Amicorum Titia Loenen*, a cura di M. van den Brink, S. Burri, J. Goldschmidt, Utrecht, 2015, 123 ss.

[82] Sul canone dell'equità come parametro di riferimento per il trattamento dei cittadini dei paesi terzi nell'UE, cfr. l'art. 67, par. 2, TFUE. Sullo standard di trattamento degli stranieri nel diritto UE e sul canone della ragionevolezza, cfr. per tutti B. Nascimbene, *Comunitari ed extracomunitari: le ragioni del doppio standard*, in *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, 2013, 99 ss. Sull'integrazione dei cittadini dei paesi terzi v., per tutti, *Percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, a cura di G. Caggiano, Torino, 2014.

[83] Così, S. Prisco, *Op. cit.,* 55, citando Arnsperger e Van Parijs.

europea, sia quale società che, esprimendoli e difendendoli, si fa altresì carico della "responsabilità di proteggere" lo straniero dalla lesione di quei valori da parte dello Stato di nazionalità, sia quale società che propone un modello di integrazione assiologicamente orientato, in cui l'adesione a quei valori consente la piena partecipazione alla vita sociale senza rinunciare alla propria autodeterminazione identitaria e culturale[84].

È in quest'accezione che la recente giurisprudenza della Corte di giustizia offre un contributo innovativo alla ricostruzione della parità di genere come presupposto per il riconoscimento della protezione internazionale alle donne migranti. Le principali tappe di sviluppo di questo orientamento giurisprudenziale sono analizzate nei paragrafi che seguono.

5. *Parità di genere e protezione internazionale delle donne migranti vittime di violenza domestica nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE*

La giurisprudenza di Lussemburgo sull'accesso all'asilo da parte delle donne migranti ricostruisce un nesso stringente tra violenza domestica e discriminazioni di genere, ponendosi nel solco della Convenzione di Istanbul e valorizzando gli altri trattati pertinenti ai sensi dell'art. 78 TFUE. La prima sentenza in cui la Corte di giustizia inquadra compiutamente la violenza domestica contro le donne attraverso il prisma della discriminazione di genere, deducendone un diritto alla protezione "surrogata" della straniera nello Stato ospitante in caso di inerzia o mancata tutela da parte del paese d'origine[85], è quella resa nel caso *WS*[86]. Il caso riguarda una donna turca di etnia curda, costretta a contrar-

[84] Cfr. in tal senso la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Piano d'azione per l'integrazione e l'inclusione 2021-2027*, COM(2020) 758 final, 10: «l'acquisizione di una comprensione delle leggi, della cultura e dei valori della società di accoglienza il più presto possibile, per esempio attraverso corsi di educazione civica, è cruciale affinché i migranti possano partecipare pienamente alla società che li accoglie». Cfr. anche il regolamento (UE) 2021/692 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 aprile 2021che istituisce il programma Cittadini, uguaglianza, diritti e valori e abroga il regolamento (UE) n. 1381/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (UE) n. 390/2014 del Consiglio, che contempla azioni specifiche per l'inclusione dei cittadini dell'UE provenienti da un contesto migratorio.

[85] In argomento, F. Staiano, *Article 60 Gender-based Asylum Claims*, in *Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence. A Commentary on the Istanbul Convention*, a cura di S. De Vido, M. Frulli, Cheltenham, 2023, 673 ss.

[86] Sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 16 gennaio 2024, causa C621/21, *WS c. Intervyuirasht organ na Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet*. Per un primo commento, si rinvia a M.F. Angori, *Migrazioni femminili: la Corte di giustizia dell'Unione europea riconosce lo status di rifugiato alle donne vittime di violenza di genere*, in *ADiM Blog*, febbraio 2024.

re matrimonio a sedici anni, oggetto di violenze reiterate da parte del marito e della famiglia biologica, riuscita in seguito a fuggire dalla Turchia, a divorziare dal primo marito e a contrarre un nuovo matrimonio religioso. In Bulgaria, una prima istanza d'asilo le veniva respinta con decisione confermata in appello. Successivamente, la ricorrente presentava una seconda istanza di protezione internazionale, adducendo nuovi elementi di prova, in connessione con una sentenza di condanna a una pena detentiva, emessa da un tribunale turco a carico dell'ex marito, per le minacce perpetrate nei suoi confronti prima della fuga. L'agenzia nazionale bulgara per i rifugiati dichiarava l'istanza irricevibile per assenza di prove circa l'incapacità delle autorità turche di proteggere la richiedente, che ricorreva dinanzi al tribunale amministrativo della città di Sofia.

Quest'ultimo sospendeva il procedimento e proponeva dinanzi alla Corte di giustizia rinvio pregiudiziale in relazione ai seguenti aspetti.

In primo luogo, il giudice si interrogava sulle condizioni per la qualificazione della violenza domestica come presupposto del riconoscimento dello *status* di rifugiato alle vittime, quali appartenenti a un "determinato gruppo sociale" ai sensi della Convenzione di Ginevra (e del diritto derivato dell'Unione che ne dà applicazione nell'ordinamento UE[87]), nonché sulla possibilità di considerare la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna (CEDAW)[88] e la Convenzione di Istanbul[89] alla stregua di "trattati pertinenti", ai sensi dell'art. 78, par. 1, TFUE.

In secondo luogo, venivano in rilievo i presupposti per la sussistenza del nesso causale tra l'atto di persecuzione[90] e l'appartenenza a un "determinato gruppo sociale".

Infine, il giudice si domandava se fosse possibile qualificare la minaccia di delitto d'onore, legata alla presunta trasgressione di norme culturali, religiose o tradizionali, quale "rischio effettivo di danno grave" alla vita o all'integrità fisica e psichica, rientrante nell'ambito di applicazione della protezione sussidiaria, nell'ipotesi in cui non fosse dimostrata l'appartenenza a un "determinato gruppo sociale" ai fini dello *status* di rifugiato[91].

[87] Cfr. gli artt. 2 e 10 della direttiva qualifiche.

[88] Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna (CEDAW), adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979, entrata in vigore il 3 settembre 1981 (Recueil des traités des Nations Unies, vol. 1249, n. I - 20378, 13) e di cui tutti gli Stati membri sono parti.

[89] Convenzione di Istanbul, cit. *supra* nota 1.

[90] V. la direttiva qualifiche, art. 9, par. 3.

[91] V. ivi, art. 15, lett. a), e b).

5.1. *I rapporti tra il diritto UE e il diritto internazionale nella delimitazione dell'alveo della protezione internazionale per le donne vittime di violenza di genere*

Il primo gruppo di questioni pregiudiziali riguarda i rapporti tra il diritto UE e il diritto internazionale nella delimitazione dell'alveo della protezione internazionale per le donne vittime di violenza di genere[92]. Sul punto, la sentenza *WS* si inserisce in un *trend* giurisprudenziale (relativamente recente) che valorizza l'osmosi tra le fonti europee e internazionali al fine di estendere la protezione internazionale[93]. Il contenuto della nozione di "determinato gruppo sociale" è elaborato attraverso un'esegesi sistematica e integrata delle fonti europee e internazionali in materia di protezione internazionale, tale da garantire il rispetto dei valori dell'Unione. In presenza di un mero riferimento, nell'art. 10, lett. d), della direttiva 2011/95/UE (c.d. direttiva qualifiche), alla necessità di considerare il genere, compresa l'identità di genere, nell'individuazione delle caratteristiche proprie del gruppo[94], la Corte procede anzitutto a qualificare le donne, nel loro insieme, come appartenenti a un gruppo sociale che può essere oggetto di persecuzione qualora sia accertata la presenza di discriminazioni strutturali o violenza sistemica, basate sul genere, nel paese d'origine[95].

Più precisamente, la discriminazione di genere è inquadrata come «fattore pertinente» ai fini della identificazione del gruppo sociale meritevole di protezione internazionale, nella misura in cui essa è conseguenza di norme sociali, morali o giuridiche del paese d'origine, che concorrono a distinguere e isolare il gruppo delle donne rispetto al resto della popolazione[96]. Dunque, il test previsto dalla direttiva qualifiche per l'identificazione del gruppo sociale[97] è

[92] In argomento, S. De Vido, *La Convenzione di Istanbul quale strumento interpretativo del diritto derivato dell'UE in situazioni di violenza contro le donne: la sentenza C-621/21 della CGUE*, in *SIDIBlog*, 24 febbraio 2024.

[93] Su tale tendenza, J. Bast, F. von Harbou, J. Wessels, *Human Rights Challenges to European Migration Policy*, Baden-Baden, 2022. Più in generale, T. Molnár, R.A. Wessel, *Interactions Between EU Law and International Law. Juxtaposed Perspectives*, Cheltenham, 2024. Sia consentito rinviare anche a D. Vitiello, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, Bari, 2020, 249 ss. Sull'approccio precedente, di "calcolata selettività" e riferimento al diritto internazionale con funzione meramente confermativa, v. A. Taylor, *The CJEU and its Interaction with International Law in the Qualification Directive: A Calculated Selectivity?*, in *European Database of Asylum Law*, 12 febbraio 2015.

[94] Cfr. altresì il *considerando* 30 della direttiva qualifiche.

[95] In argomento, L.-Z. Golesorkhi, *Gender Apartheid and Asylum: Establishing General Risks of Gender-Based Persecution in International Refugee Law*, in *Politics & Gender*, 2024, 1-26.

[96] Sentenza della Corte di giustizia del 16 gennaio 2024, *WS*, cit., punto 56.

[97] V. l'art. 10, par. 1, lett. d), primo comma, della direttiva qualifiche.

soddisfatto nella misura in cui le donne condividono lo stesso sesso – considerato quale "caratteristica innata"[98] – e possiedono una "identità distinta" nel paese d'origine, in ragione di norme sociali, morali o giuridiche ivi vigenti. Il test sarebbe altresì soddisfatto nel caso di donne che condividono una "caratteristica comune supplementare", come una «storia comune che non può essere mutata» o «una fede che è così fondamentale per l'identità o la coscienza che tali donne non dovrebbero essere costrette a rinunciarvi»[99], ove – in ragione di tale elemento supplementare – il gruppo possiede un'identità distinta nel paese d'origine «perché vi è percepito come diverso dalla società circostante»[100].

Nella prima ipotesi, le due condizioni cumulative, previste dal test per l'identificazione del gruppo sociale – ossia la presenza di un "aspetto identificativo" (o elemento di identificazione "interno") e di una "identità distinta" (o elemento di identificazione "esterno") – sono soddisfatte dal mero «fatto di appartenere al sesso femminile»[101], senza che a ciò osti la dimensione o la numerosità del gruppo sociale così identificato[102]. Nel secondo caso, invece, viene in valutazione la sussistenza di caratteristiche addizionali del gruppo, che

[98] Per una critica alla qualificazione del sesso biologico come 'caratteristica innata' nella prospettiva intersezionale cfr. E. Rigo, *La straniera, migrazioni, asilo, sfruttamento in una prospettiva di genere*, Roma, 2022, 53; M. Avgeri, *Assessing Transgender and Gender Nonconforming Asylum Claims: Towards a Transgender Studies Framework for Particular Social Group and Persecution*, in *Frontiers in Human Dynamics*, n. 3/2021, 1 ss.

[99] Sentenza della Corte di giustizia del 16 gennaio 2024, *WS*, cit., punti 50 e 53.

[100] Ivi, punto 40.

[101] Ivi, punto 49.

[102] La dimensione e la numerosità del gruppo sociale delle donne, invero, è stata a lungo addotta dalla giurisprudenza nazionale per escludere la possibilità di qualificare le donne in quanto tali come un gruppo sociale ai fini del riconoscimento della protezione internazionale. Cfr., in particolare, K. Musalo, *Protecting Victims of Gendered Persecution: Fear of Floodgates or Call to (Principled) Action?*, in *Virginia Journal of Social Policy & The Law*, n. 14/2, 2007, 119 ss., 132. Sul superamento di questo approccio quantitativo v., *mutatis mutandis*, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera) del 21 gennaio 2011, ric. n. 30696/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, par. 251, dove la Corte qualifica i richiedenti asilo come «a particularly underprivileged and vulnerable population group in need of special protection», sulla base di un ampio consenso internazionale ed europeo «concerning this need for special protection, as evidenced by the Geneva Convention, the remit and the activities of the UNHCR and the standards set out in the European Union Reception Directive». Per quanto riguarda la giurisprudenza statunitense in materia di qualificazione delle donne come gruppo sociale, v. United States Court of Appeals (1st Cir. 2020), No. 18-2100, *De Pena-Paniagua v. Barr*, 18. Per quanto riguarda il Regno Unito, v. *Secretary of State for the Home Department (Respondent) v. K (FC) (Appellant) Fornah (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* [2006] UKHL 46. Per quanto riguarda l'Italia, è stato sottolineato come la Cassazione tenda a ricondurre l'appartenenza al gruppo sociale a caratteristiche addizionali del gruppo, oltre al sesso femminile. Cfr. L. Stamme, *Nota a margine della sentenza della Corte di giustizia del 16.01.2024 nella causa c-621/21: la Corte di giustizia riconosce la violenza sulle donne come forma di persecuzione contro*

possono dare origine a persecuzione delle vittime, sia in quanto donne (si pensi alle donne oggetto di matrimoni forzati o che abbandonano il tetto coniugale, o ancora alle donne vittima di pratiche di mutilazione e sterilizzazione coatta, tipicamente collegate al genere), sia per motivi diversi[103].

La Corte giunge a questa interpretazione *gender oriented* della Convenzione di Ginevra e, di riflesso, del diritto derivato dell'Unione che la attua, anzitutto a partire dalle linee guida dell'Alto Commissariato per i Rifugiati (UNHCR) in materia di appartenenza a un "determinato gruppo sociale", che riconoscono apertamente le donne quale «sottoinsieme sociale definito da caratteristiche innate e immutabili e che sono di frequente trattate in maniera differente rispetto agli uomini»[104].

Quindi, la Corte attribuisce tanto alla CEDAW quanto alla Convenzione di Istanbul la qualità di "trattati pertinenti" ai fini dell'interpretazione del diritto UE in materia di protezione internazionale[105], discostandosi sul punto dalle conclusioni dell'Avvocato generale de La Tour, che ne aveva invece escluso la rilevanza in considerazione del fatto che l'UE non ha ratificato la prima e non aveva ancora concluso il processo di adesione alla seconda[106].

Per quanto riguarda la CEDAW, la Corte muove dalla circostanza che tutti gli Stati membri l'abbiano ratificata e che, ai sensi del *considerando* 17 della direttiva qualifiche, si siano parimenti impegnati a garantire il rispetto dei propri obblighi internazionali in materia di non discriminazione in relazione al trattamento delle persone rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva stessa. Di conseguenza, abbraccia la posizione del Comitato per l'eliminazione della discriminazione nei confronti della donna sulla rilevanza della CEDAW

un determinato «gruppo *sociale*», in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2024, 1-14, 6 e la dottrina citata ivi alla nota n. 22.

[103] In argomento, I. Boiano, *Le persecuzioni nei confronti delle donne e il sistema di protezione internazionale: quale Paese può dirsi "sicuro" per le donne?*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2022.

[104] UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 1: Gender-Related Persecution within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* (HCR/GIP/02/01), 7 maggio 2002, par. 30 (trad. del servizio giuridico della Corte di giustizia). V. già UNHCR ExCom Conclusion 39, 1985: «[S]tates, in the exercise of their sovereignty, are free to adopt the interpretation that women asylum seekers who face harsh or inhuman treatment due to their having transgressed the social mores of the society in which they live may be considered as a "particular social group" within the meaning of […] the Convention».

[105] Cfr. l'art. 78, par. 1, TFUE.

[106] Conclusioni dell'Avvocato generale de La Tour del 20 aprile 2023, causa C621/21, *WS c. Intervyuirasht organ na Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet*, parr. 59-60. Per un'analisi critica delle conclusioni, v. M. Grundler, *AG de la Tour's Opinion in C-621/21: A Welcome Clarification on, or an Introduction of Unnecessary Obstacles to, Entitlement to International Protection for Women at Risk of Gender-based Violence?*, in *EU Law Analysis*, 16 maggio 2023.

nella determinazione dello *status* di rifugiato[107].

Per quanto riguarda la Convenzione di Istanbul, cui l'Unione aveva intanto formalmente aderito, ma che non è stata ratificata da diversi Stati membri, tra cui la Bulgaria, la Corte ricorda che gli obblighi in essa enunciati in materia di asilo e non respingimento ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 78 TFUE, imponendo «un'interpretazione sensibile al genere»[108] dei motivi di riconoscimento della protezione internazionale[109].

5.2. Il nesso causale tra persecuzione e appartenenza a un "determinato gruppo sociale" e la funzione residuale della protezione sussidiaria

L'esegesi dell'art. 10 della direttiva qualifiche nel caso *WS* è ispirata a un criterio teleologico di integrazione giuridica tra fonti di diritto UE e internazionale – Convenzione di Ginevra, CEDAW e Convenzione di Istanbul – che consente di stabilire un nesso tra violenza domestica, discriminazioni di genere e motivi di persecuzione ai fini dell'asilo. Per questa via, la protezione contro la violenza domestica assume rilevanza giuridica nell'ordinamento UE non solo come garanzia del valore costituzionalmente protetto della non discriminazione in base al genere, ma anche come obiettivo specifico del sistema europeo comune d'asilo (SECA)[110].

Ne consegue, in capo alle autorità accertanti, l'obbligo di verificare che i "soggetti che offrono protezione"[111] nel paese d'origine siano in grado di prevenire e reprimere la violenza domestica quale forma di discriminazione

[107] Sentenza della Corte di giustizia del 16 gennaio 2024, *WS*, cit., punti 44-45.

[108] Parere 1/19 (Convenzione di Istanbul) della Corte di giustizia del 6 ottobre 2021, punto 302. In argomento, A. Iermano, *Donne migranti vittime di violenza domestica: l'interpretazione "gender sensitive" dei giudici nazionali in conformità alla Convenzione di Istanbul*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, 731-753, spec. 739 ss.; C. Morini, *La questione dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Istanbul alla luce del parere 1/19 della Corte di Giustizia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 3/2021, 149 ss.

[109] Sentenza della Corte di giustizia del 16 gennaio 2024, *WS*, cit., punti 46-47. Per una ricostruzione degli obblighi che incombono in capo agli Stati membri dall'adesione dell'Unione a questa convenzione, si rinvia a V. Di Comite, *Il parere 1/19 sulla conclusione della Convenzione di Istanbul a nome dell'Unione e la questione della legittimità della prassi del "comune accordo" tra Stati membri*, in *Quaderni AISDUE*, 1/2022, 241 ss.; M. Minardi, *Il riconoscimento dello status di rifugiato per le donne vittime di violenza di genere alla luce della Convenzione di Istanbul: un commento a margine della sentenza WS (C621/21)*, in *Quaderni AISDUE*, n. 1/2024.

[110] Analogamente, T.E. Lagrand, *Beyond Opuz v. Turkey: The CJEU's Judgment in WS and the Refugee Law Consequences of the State's Failure to Protect Victims of Domestic Violence*, in *Strasbourg Observers*, 20 febbraio 2024, che sottolinea come il riconoscimento dello *status* di rifugiato alle donne oggetto di violenza domestica nell'UE sia una 'conseguenza esterna' dell'incapacità del paese di provenienza di rispettare i propri obblighi costituzionali di proteggere le vittime di discriminazione.

[111] Cfr. l'art. 7 della direttiva qualifiche.

in base al genere, che può tradursi nell'adozione di condotte persecutorie da parte di privati. Come sottolineato dall'Avvocato generale[112], il rispetto degli obblighi di protezione da parte del paese d'origine è determinato in base al diritto *penale* europeo, e più precisamente alla direttiva sulla protezione delle vittime di reato[113], il cui *considerando* 17 contiene una definizione estensiva di violenza di genere, intesa come «una forma di discriminazione e una violazione delle libertà fondamentali della vittima».

Una siffatta interpretazione implica che la protezione internazionale debba essere accordata ogniqualvolta i soggetti deputati a offrire protezione non abbiano «la volontà e la capacità di offrire protezione»[114], sia laddove esse derivino da una delle fattispecie contenute nella Convenzione di Ginevra, sia laddove non sussista un nesso tra la condotta statale e i motivi di persecuzione enunciati nella Convenzione, ma vi sia un nesso tra questi ultimi e la condotta di attori non statali. La Corte risponde in questo modo al quesito sul nesso causale tra l'atto di persecuzione e l'appartenenza a un "determinato gruppo sociale", chiarendo che non è necessario stabilire un collegamento tra uno dei motivi di persecuzione e l'assenza di protezione statale ove tale collegamento possa essere stabilito tra l'atto persecutorio (nel caso di specie, posto in essere da privati) e uno dei motivi di persecuzione (in specie, l'appartenenza a un "determinato gruppo sociale")[115].

A chiusura del sistema, ove l'autorità accertante ritenga che una richiedente asilo sia esposta al rischio di essere uccisa o sottoposta a trattamenti inumani, ma non reputi integrati i presupposti per l'appartenenza a un "determinato gruppo sociale" ai fini dello *status* di rifugiato, tale autorità è tenuta, in subordine, a verificare il rischio di "danno grave" quale presupposto del riconoscimento della protezione sussidiaria.

Per questa via, la Corte risponde all'ultimo quesito pregiudiziale statuendo che ricade entro la nozione di "danno grave" la "minaccia effettiva", che incombe sulla richiedente, di subire un delitto d'onore o atti di violenza da parte di membri della famiglia o della comunità, in ragione della presunta trasgressione di norme culturali, religiose o tradizionali[116]. Si tratta di una chiosa particolarmente opportuna dal punto di vista della ricostruzione di un "approccio di genere" ai fenomeni migratori. Infatti, mediante la tutela accordata

[112] Conclusioni dell'Avvocato generale de La Tour del 20 aprile 2023, *WS*, cit., par. 58.

[113] Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

[114] Cfr. l'art. 7, par. 1, della direttiva qualifiche.

[115] Sentenza della Corte di giustizia del 16 gennaio 2024, *WS*, cit., punti 66-69.

[116] Ivi, punti 71-80.

alle donne migranti che non integrino i presupposti per l'appartenenza a un "determinato gruppo sociale", la giurisprudenza della Corte trascende l'identificazione collettiva per mezzo del genere quale unico presupposto per la protezione internazionale e pone l'enfasi sulla dimensione politica, sociale e religiosa della violenza e della discriminazione contro le donne[117].

6. *La giurisprudenza della Corte di giustizia in relazione ai casi di violazione endemica e generalizzata dei diritti delle donne migranti*

Nella sentenza *WS* la Corte di giustizia chiarisce che è la *percezione sociale* della donna come appartenente a un gruppo distinto e discriminato, da parte dell'autore della condotta persecutoria, a fondare il timore di persecuzione o di subire un danno grave, mentre l'effettivo possesso delle caratteristiche che provocano gli atti di persecuzione è irrilevante[118]. Questa è altresì la ragione per cui nei casi in cui il requisito dell'appartenenza a un gruppo sociale è *ipso facto* soddisfatto, si rende comunque necessaria la valutazione della situazione individuale della richiedente, non potendosi automaticamente dedurre il rischio persecutorio dall'appartenenza al gruppo, né affermare una presunzione assoluta di accoglimento dell'istanza sulla sola base di una caratteristica biologica innata[119].

Potrebbe, invece, affermarsi una presunzione assoluta di manifesta fondatezza delle istanze di protezione internazionale nei casi di violenza di genere riguardanti donne provenienti da contesti dove esiste una *percezione sociale* diffusa e generalizzata di minorità della donna? La questione è stata posta all'attenzione della Corte di giustizia nel caso *AH e FN*[120], in cui veniva in rilievo il diniego, da parte dell'Ufficio federale austriaco per il diritto degli stranieri e il diritto d'asilo, dello *status* di rifugiato a due cittadine afghane la cui istanza d'asilo era motivata dal rischio persecutorio legato alla loro "occidentalizzazione", intesa come inalienabile elemento identitario.

[117] Sul rilievo della dimensione politica della violenza e della discriminazione contro le donne cfr. S. De Vido, *Un approccio di genere alle migrazioni nella prospettiva del diritto internazionale alla luce della Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa*, in *Crisi climatica e questioni di genere*, a cura di O. M. Pallotta, Napoli, 2022, 42 ss.

[118] Cfr. in tal senso l'art. 10, par. 2, della direttiva qualifiche. In argomento, J.C. Hathaway, M. Foster, *The Law of Refugee Status*, Cambridge, 2014, 362-461, spec. 366. Sulla centralità della percezione sociale dell'appartenenza al gruppo, v. altresì la sentenza della Corte di giustizia del 27 marzo 2025, causa C-217/23, *Laghman*, punto 35 ss., nonché le conclusioni dell'Avvocato generale de la Tour del 5 settembre 2024, nella medesima causa, parr. 30-32.

[119] Sentenza della Corte di giustizia del 16 gennaio 2024, *WS*, cit., punto 60.

[120] Sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 2024, cause riunite C-608/22 e C-609/22, *AH, FN, Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl e a. (Femmes afghanes).*

Contestualmente, alle ricorrenti veniva concessa la protezione sussidiaria, con la motivazione che, in assenza di una rete sociale in Afghanistan, il rimpatrio le avrebbe esposte a gravi difficoltà di natura economica e sociale. Avverso tale decisione, motivata in sostanza dalla scarsa credibilità delle ricorrenti e dall'assenza di un rischio persecutorio specifico, le ricorrenti proponevano prima un ricorso al Tribunale amministrativo federale, che lo avrebbe però dichiarato infondato per difetto di prova dell'allegazione di occidentalizzazione, poi un ricorso per cassazione alla Alta Corte amministrativa, opponendo che il ritorno al potere dei talebani, a partire dal 2021, creava le condizioni per una discriminazione endemica e strutturale nei confronti delle donne, che giustificava di per sé il riconoscimento dello *status* di rifugiato[121].

L'Alta Corte, quindi, sollevava dinanzi alla Corte di giustizia un quesito pregiudiziale di natura sostanziale, volto a chiarire se le misure adottate dai talebani nei confronti delle donne possano essere ritenute tali da integrare la soglia di gravità prevista per la qualificazione degli "atti di persecuzione" ai sensi della direttiva qualifiche, e un quesito di natura essenzialmente procedurale, volto a stabilire se possa riconoscersi lo *status* di rifugiato, ai sensi dell'art. 2 della medesima direttiva, a una richiedente asilo afghana senza procedere a un esame individuale della sua situazione.

Sulla questione sostanziale, la Corte ha ritenuto che un insieme di misure discriminatorie integri la soglia di gravità prevista per la qualificazione degli "atti di persecuzione" ai sensi dell'art. 9, par. 1, lett. b), della direttiva qualifiche, laddove il loro effetto cumulativo sia lesivo del supremo valore della dignità umana, quale garantito dall'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. A differenza delle misure *intrinsecamente* discriminatorie, che costituiscono "atti di persecuzione", ai fini dell'art. 9, par. 1, lett. a), della direttiva qualifiche, come i matrimoni forzati e la violenza domestica, misure come l'obbligo di coprirsi completamente il corpo e il volto, la restrizione dell'accesso all'assistenza sanitaria e della libertà di circolazione, il divieto di esercitare un'attività lavorativa, di accedere all'istruzione e alla pratica sportiva, l'esclusione dalla vita politica, creano – cumulativamente – una situazione

[121] Si ricorda che, in seguito al ritorno dei talebani al potere, l'Australia, il Canada, la Germania e i Paesi Bassi hanno annunciato l'intenzione di proporre ricorso alla Corte internazionale di giustizia avverso le discriminazioni di genere perpetrate in Afghanistan, in violazione della CEDAW. Cfr. K. Wigard, *A Groundbreaking Move: Challenging Gender Persecution in Afghanistan at the ICJ*, in *EJIL:Talk!*, 30 settembre 2024; F. Abbasi, N. Arnpriester, D. Yavan, *An Avenue to Justice for Afghan Women: Bringing a CEDAW Case before the International Court of Justice*, in *The Cambridge Journal of Law, Politics, and Art*, 2024, 244 ss.

di strutturale segregazione e oppressione delle donne, qualificabile come persecuzione ai fini della protezione internazionale[122].

Nel raggiungere questa conclusione, la Corte adotta, come in *WS*, una interpretazione costituzionalmente orientata delle rilevanti disposizioni della direttiva qualifiche, fondata sulla valorizzazione dell'integrazione tra il diritto dell'Unione e gli altri "trattati pertinenti", ai sensi dell'art. 78 TFUE, in specie la CEDAW e la Convenzione di Istanbul[123].

In merito alla questione procedurale, la Corte ha particolarmente valorizzato le COI (*Country of Origin Information*) predisposte dall'Agenzia dell'Unione europea sull'asilo (EUAA), nonché i rapporti dell'UNHCR e delle altre organizzazioni internazionali per i diritti umani circa la situazione generale esistente nei paesi di origine delle richiedenti per concludere che gli Stati membri possono introdurre o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli atte a semplificare l'*iter* di accertamento dello *status* in situazioni di violazione endemica dei diritti umani, come peraltro già suggerito dall'Avvocato generale de La Tour nelle conclusioni relative al caso *AH e FN*[124].

In specie, la Corte ha sostenuto che il soddisfacimento dell'obbligo di esame individuale della domanda d'asilo, previsto dall'art. 4 della direttiva qualifiche, non richieda né l'allegazione, né la prova – a carico della richiedente – dell'esistenza di un rischio effettivo e specifico di persecuzione nel caso in cui si evinca da tali fonti l'esistenza di una situazione di violenza sistemica contro le donne – ferma restando la necessaria verifica della nazionalità. Questo perché «la necessità di procedere a un esame individuale della domanda di protezione internazionale presuppone che le autorità nazionali competenti adeguino le modalità di valutazione degli elementi di fatto e di prova in funzione delle circostanze e delle caratteristiche proprie di ciascuna domanda»[125], potendo considerare l'attuale condizione delle donne afghane sotto il regime talebano come presuntivamente fondante il diritto al riconoscimento dello *status* di rifugiato sulla sola base del sesso e della nazionalità.

[122] Sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 2024, *AH e FN*, cit., punti 43-46.

[123] Ivi, punto 33 ss. V., sul punto, anche UNHCR *Statement on the concept of persecution on cumulative grounds in light of the current situation for women and girls in Afghanistan: Issued in the context of the preliminary ruling reference to the Court of Justice of the European Union in the cases of AH and FN v. Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (C-608/22 and C-609/22)*, 25 maggio 2023.

[124] Conclusioni dell'Avvocato generale de La Tour del 9 novembre 2023, cause riunite C-608/22 e C-609/22, *AH, FN, Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl e a. (Femmes afghanes)*, parr. 72-78, su cui v. T.E. Lagrand, S. Nicolosi, *Rethinking Gender-Based Asylum: A Look at the Advocate General's Opinion on Women Fleeing the Taliban*, in *EU Law Analysis*, 21 novembre 2023.

[125] Sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 2024, *AH e FN*, cit., punto 54.

6.1. *L'obbligo di esame individuale della domanda di asilo alla prova dell'equality mainstreaming: riflessioni conclusive*

La semplificazione dell'*iter* procedurale per il riconoscimento dello *status* di rifugiato alle donne afghane si lega, quindi, dal punto di vista dell'onere di allegazione, alla situazione di sistematica violazione dei loro diritti nel paese di origine e, dal punto di vista dell'onere probatorio, alla valorizzazione di fonti di informazione, interne ed esterne all'ordinamento UE, sulla situazione del paese d'origine.

In relazione a entrambi gli aspetti, la sentenza *AH e FN* si allinea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), in cui la sistematicità della discriminazione di genere viene in rilievo a fini di semplificazione procedimentale, di agevolazione dell'onere della prova e di speditezza del giudizio di attendibilità dell'istanza d'asilo.

A partire dal caso *Opuz c. Turchia*[126], la Corte di Strasburgo ha reso una dozzina di sentenze in cui afferma l'esistenza di obblighi positivi in capo al paese d'origine in materia di prevenzione della violenza domestica, obblighi la cui violazione dà origine a un divieto di allontanamento della straniera in capo alle autorità dello Stato ospitante e parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), ogni qual volta tali autorità siano a conoscenza dei rischi per la vita o l'incolumità della persona, in connessione con il rispetto degli artt. 2, 3 e 14 della Convenzione[127].

Al contempo, in queste sentenze la Corte di Strasburgo rafforza la qualificazione della violenza domestica come forma di discriminazione di genere in relazione a casi in cui il paese d'origine sia caratterizzato da una situazione di discriminazione endemica e strutturale contro le donne, situazione della quale le autorità dello Stato CEDU ospitante non possano non essere a conoscenza.

Per quanto riguarda la prassi amministrativa e giurisprudenziale nazionale, a partire dal 2021 in diversi Stati europei il riconoscimento dello *status* di rifugiato alle donne afghane si è basato su una presunzione pressoché assoluta di rischio persecutorio, collegata alla sistematicità delle violazioni dei diritti delle

[126] Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 9 settembre 2019, ric. n. 33401/02, *Opuz c. Turchia*, parr. 128-153, su cui v. T.E. Lagrand, *Beyond Opuz v. Turkey*, cit. V. altresì la risoluzione 1765 (2010) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *Gender-related Claims for Asylum*, 8 ottobre 2010.

[127] *Opuz c. Turchia*, cit., par. 130. Per un'analisi di tale giurisprudenza e di quella successiva, si rinvia a K. Sękowska-Kozłowska, *Proving Domestic Violence as Gender Structural Discrimination before the European Court of Human Rights*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 2024, 1-13.

donne da parte del regime dei talebani[128]. In relazione a queste prassi, facenti leva sulla facoltà, prevista dall'art. 3 della direttiva qualifiche, di introdurre o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli in ordine alla determinazione dei soggetti che possono essere considerati rifugiati o beneficiari della protezione sussidiaria, la sentenza *AH e FN* interviene per stabilire le condizioni alle quali siffatte disposizioni debbano ritenersi compatibili con il SECA[129].

La giurisprudenza di Lussemburgo, pertanto, non legittima il superamento dell'esame individuale, previsto all'art. 4 della direttiva qualifiche, né può essere letta come un'apertura a procedure collettive e automatiche di riconoscimento della protezione internazionale, estendibili – per analogia – ai casi in cui l'istanza d'asilo non sia adeguatamente supportata da prove circa la situazione personale del richiedente, come spesso avviene per le domande basate sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere[130].

Invero, l'apertura della Corte a un'interpretazione *gender-sensitive* della nozione di persecuzione e l'attenuazione degli oneri procedurali a carico delle richiedenti asilo afghane sono connessi all'accertamento individuale della loro appartenenza a un "determinato gruppo sociale" oggetto di discriminazione nel paese di origine, condizione che si presume sussistere, pur in assenza di caratteristiche distintive diverse dal genere, in ragione della sistematicità della discriminazione. Un siffatto orientamento deve, pertanto, essere tenuto distinto dalla posizione dell'UNHCR, che riconosce – seppur in via di eccezione alla regola – forme collettive di determinazione dello *status* fondate sul riconoscimento *prima facie* dei membri di particolari gruppi[131]; posizione che, ancorché supportata da una parte della dottrina[132], non appare cristallizzata nel diritto eu-

[128] In argomento, S. Nicolosi, T.E. Lagrand, *Setting Gender-Based Asylum Straight: The Court of Justice's Landing Point*, in *EU Law Analysis*, 7 ottobre 2024.

[129] Sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 2024, *AH e FN*, cit., punto 55.

[130] In argomento, C. Danisi, M. Dustin, N. Ferreira, N. Held, *Queering Asylum in Europe. Legal and Social Experiences of Seeking International Protection on grounds of Sexual Orientation and Gender Identity*, Cham, 2021.

[131] UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 11: Prima Facie Recognition of Refugee Status* (HCR/GIP/15/11), 24 giugno 2015. V. altresì, UNHCR, *Written Observations of the United Nations High Commissioner for Refugees in case C-621/21 WS v Intervyuirasht organ na Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet before the Court of Justice of the European Union*, 24 marzo 2022.

[132] Cfr., in tal senso, T.E. Lagrand, S. Nicolosi, *A Further Step to Gender-Sensitive EU Asylum Law: The Case of 'Westernised Women'*, in *EU Law Analysis*, 13 giugno 2024; S. Steininger, *The CJEU's Feminist Turn?: Gender-based Persecution as a Ground for Protection*, in *VerfBlog*, 20 febbraio 2024.

ropeo vigente, né è stata accolta nella riforma del SECA attuata con l'adozione del Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo[133].

Neppure può pervenirsi a una diversa conclusione sulla scorta della recente giurisprudenza di Lussemburgo ai sensi della quale gli apolidi di origine palestinese, registrati presso l'Agenzia ONU per il soccorso e l'occupazione dei rifugiati palestinesi nel Vicino Oriente (UNRWA), devono, in linea di principio, ottenere automaticamente lo *status* di rifugiato se la protezione o l'assistenza di tale agenzia si considera cessata[134].

Il caso riguardava una madre e a una figlia minore, apolidi palestinesi fuggite dalla striscia di Gaza in seguito alla recrudescenza del conflitto israelo-palestinese, che avevano presentato domande reiterate di protezione internazionale in Bulgaria, respinte per difetto di prova del fondato timore di persecuzione. La Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi (tra l'altro) sul momento a partire dal quale un apolide palestinese registrato presso l'UNRWA può accedere alla protezione internazionale nell'UE, ha anzitutto chiarito che l'assistenza o la protezione dell'agenzia devono ritenersi cessate quando essa non è più in grado di garantire condizioni di vita dignitose o condizioni di sicurezza minime a un qualsiasi apolide di origine palestinese che soggiorni nella zona operativa posta sotto il suo controllo. Quindi, ha ricordato che la clausola di esclusione dalla protezione internazionale degli apolidi palestinesi registrati presso l'UNRWA, di cui all'art. 12 della direttiva qualifiche, cessa contestualmente di operare, potendo pertanto il giudice *a quo* riconoscere in via automatica lo *status* di rifugiato.

Anche se, nel caso di specie, la Corte avalla una presunzione generale di inadeguatezza della protezione approntata dall'UNRWA, tale per cui non si impone al singolo richiedente la prova che le condizioni di vita nella striscia di Gaza sono contrarie alla dignità umana, essa conclude – conformemente all'Avvocato generale[135] – che ciò non esime l'autorità accertante dall'esame individuale della domanda, volto perlomeno ad escludere l'applicazione di altri motivi di cessazione.

[133] Cfr. in particolare la proposta del Parlamento europeo di prevedere nel nuovo regolamento sulle situazioni di crisi e forza maggiore (regolamento (UE) 2024/1359 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo e che modifica il regolamento (UE) 2021/1147) uno *status* di rifugiato *prima facie*, da applicarsi nei casi di sfollamento di massa in luogo della protezione temporanea. Relazione del Parlamento europeo del 5 aprile 2023, A9-0127/2023 (COM(2020)0613 – C9-0308/2020 – 2020/0277(COD)), emendamento n. 106 (capitolo V).

[134] Sentenza della Corte di giustizia del 13 giugno 2024, causa C-563/22, *SN e LN (Statut de réfugié – Apatride d'origine palestinienne)*.

[135] Conclusioni dell'Avvocato generale Emiliou dell'11 gennaio 2024, causa C-563/22, *SN e LN (Statut de réfugié – Apatride d'origine palestinienne)*.

Analogamente, l'esame individuale si rende necessario nel caso in cui gli Stati membri intendano esercitare la facoltà di ricorrere a "disposizioni nazionali più favorevoli" per estendere automaticamente lo *status* di rifugiato al figlio minore di un genitore rifugiato, indipendentemente dal possesso dei requisiti per il riconoscimento di tale *status* da parte del minore[136].

Questa giurisprudenza, infatti, tutela l'unità del nucleo familiare in funzione della «logica della protezione internazionale»[137], che impone di evitare l'allontanamento del rifugiato genitore dello straniero minorenne, giacché all'allontanamento conseguirebbe la perdita dei diritti associati allo *status* del genitore[138]. Tale argomento riguarda gli aspetti *sostanziali* della determinazione dei soggetti che possono essere considerati ammissibili alla protezione internazionale a titolo derivato, ma non consente *per se* di introdurre eccezioni alla regola *procedurale* dell'esame individuale della domanda, alla base dell'impianto della Convenzione di Ginevra e del diritto europeo che la attua[139], come peraltro chiarito dalla Corte di giustizia nella precedente giurisprudenza sull'accesso all'asilo da parte dei familiari non minorenni del rifugiato che non siano individualmente esposti a minacce di persecuzione o di danno grave[140].

La questione dell'accesso facilitato all'asilo in casi di discriminazione sistematica basata sul genere può, invece, essere meglio inquadrata facendo leva sulla coerenza tra il diritto del SECA, la Carta dei diritti fondamentali dell'UE e la Convenzione di Istanbul[141], che impone un'interazione sempre più stretta tra la normativa generale dell'Unione in materia di parità di genere e della disciplina della protezione internazionale dell'UE. Tale interazione giustifica il ricorso alla procedura prioritaria per l'esame delle domande provenienti da donne afghane, in quanto "verosimilmente fondate"[142] sulla base, per l'appunto, della sistematicità della violazione dei diritti delle donne nel paese di origine.

[136] Sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 9 novembre 2021, causa C-91/20, *Bundesrepublik Deutschland (Maintien de l'unité familiale)*.

[137] Per tale definizione v. ivi, punto 44. Sulla diversa posizione dell'Avvocato generale de la Tour nel caso di specie, cfr. le conclusioni del 12 maggio 2021, causa C-91/20, *Bundesrepublik Deutschland (Maintien de l'unité familiale)*, par. 8.

[138] Per un commento alla sentenza, v. C. Milano, *La Corte di giustizia UE estende al figlio minore lo status di rifugiato a titolo derivato: il trionfo della "logica della protezione internazionale" a tutela dell'unità del nucleo familiare*, in *SIDIBlog*, 13 dicembre 2021.

[139] Cfr. l'art. 4 della direttiva qualifiche.

[140] Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 2018, causa C-652/16, *Ahmedbekova*, punti 50 e 71.

[141] Sul potenziale offerto dalla Convenzione di Istanbul per lo sviluppo *gender-oriented* del SECA cfr. C. Warin, *Gender in European Union Asylum Law: The Istanbul Convention as a Game Changer?*, in *International Journal of Refugee Law*, n. 36/2024, 93-105.

[142] Cfr. l'art. 31, par. 7, della direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello

Attraverso un'interpretazione della direttiva qualifiche assiologicamente orientata al fine di porre al centro i diritti delle donne, la logica dell'*equality mainstreaming*[143] "sconfina" nel SECA e si stabilisce un collegamento sempre più diretto e cogente tra la parità di genere – intesa come valore dell'Unione e diritto fondamentale riconosciuto dall'ordinamento giuridico sovranazionale[144] – e le politiche UE in materia di asilo.

Per questa via, la logica dell'eguaglianza sostanziale e della parità di trattamento acquistano una posizione centrale nell'argomentazione della Corte relativa al *design* e all'attuazione delle politiche UE in materia di asilo, concorrendo a ridurre la pretesa di specialità del relativo diritto e a restringere i margini della discrezionalità statale entro i quali la diseguaglianza tra gli Europei e gli Altri può considerarsi socialmente e giuridicamente accettabile.

status di protezione internazionale (rifusione) (c.d. direttiva procedure), nonché l'art. 34, par. 5, lett. a), del nuovo regolamento (UE) 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2024 che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva procedure.

[143] Sulle origini del concetto di *mainstreaming* in relazione alla parità di genere, cfr. la comunicazione della Commissione, *Integrare la parità di opportunità tra le donne e gli uomini nel complesso delle politiche e azioni comunitarie*, COM(96) 67 def. In argomento, tra molti, M. Pollack, E. Hafner-Burton, *Mainstreaming Gender in the European Union*, in *Journal of European Public Policy*, 2000, 435 ss.; E. Caracciolo di Torella, *The Principle of Gender Mainstreaming. Possibilities and Challenges,* in *The EU and the Proliferation of Integration Principles under the Lisbon Treaty*, a cura di F. Ippolito, M. E. Bartoloni, M. Condinanzi, London, 2018, 45 ss. In generale, sul *mainstreaming* in relazione al principio di eguaglianza e parità di trattamento, v. F. Ippolito, *Mainstreaming Equality in the EU Legal Order. More than a Cinderella Provision?,* ivi, 55 ss.; A. Timmer, *Editorial: Mainstreaming Equality in EU Law and Beyond*, in *Utrecht Law Review*, n. 3/19, 2023, 1-7.

[144] In argomento, da ultimo P. Kapotas, *Comparators and Comparisons in EU Gender Equality Law*, in *European Equality Law Review 2023*, Brussels, 2024, 21-35.

Elisa Bertolini[*]

IL *TENNŌSEI*, GLI OLIGARCHI E IL PROCESSO COSTITUENTE MEIJI[**]

SOMMARIO: 1. Premessa: il *Tennōsei*. – 2. La bozza costituzionale di Kido Kōin. – 3. La bozza del *Genrōin*. – 4. Gli Oligarchi e il *Tennō*. – 4.1. Ōkubo. – 4.2. Yamagata. – 4.3. Itō – 4.4. Ōkuma. – 4.5. Iwakura. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa: il* Tennōsei

Il *Tennōsei* (天皇制), il sistema imperiale nipponico, gode di alcune caratteristiche che lo differenziano da tutte le altre monarchie: l'ascendenza divina, il carattere ininterrotto della successione e la dimensione sacrale.

Sull'origine dell'istituzione imperiale, realtà storica e mito, pur fornendo una cronologia differente, l'una facendo risalirne la nascita intorno al V secolo d.C. e l'altra addirittura al 660 a.C., hanno finito per fondersi nel momento della costruzione dello Stato Meiji[1] e della creazione della mistica imperiale, la quale avrebbe fornito, a partire dagli anni Trenta, la base ideologica al Fascismo imperiale, il *Tennōsei Fashizumu* (天皇制ファシズム).

Nonostante lo smantellamento della mistica imperiale durante gli anni di occupazione statunitense nell'immediato dopoguerra (1945-1952), la data ufficiale della fondazione dell'Impero di Yamato rimane fissata all'11 febbraio 660 a.C.[2], come indicato dal *Kojiki* (古事記, *Cronaca di vecchie cose*, compilato intorno al 712 d.C.) e dal *Nihon Shoki* (日本書記, *Cronache del Giappone*, compilato invece nel 720 d.C.), con l'ascesa al trono di Jinmu, pronipote della dea del sole Amaterasu Ōmikami.

[*] Professoressa associata di Diritto pubblico comparato, Università Bocconi, Milano, elisa.bertolini@unibocconi.it.

[**] Si ricorda che, secondo l'uso giapponese, il cognome precede sempre il nome.

[1] Il periodo Meiji (1868-1912), corrispondente al regno di Mutsuhito, segna l'uscita dal feudalesimo e l'occidentalizzazione del Paese.

[2] L'11 febbraio, il giorno della fondazione, è festa nazionale col nome di *Kigensetsu* ((紀元節, festa dell'ascesa al Trono del primo Imperatore e della fondazione dell'Impero) tra il 1872 e il 1948. Tale festività è abolita dallo SCAP (*Supreme Commander for Allied Powers*) Generale Douglas MacArthur durante l'occupazione (1945-1952), nel tentativo, riuscito, di creare una nuova figura imperiale. La festa è poi ripristinata nel 1966, con il nome di *Kenkoku Kinen no Hi* (建国記念の日, giorno della fondazione nazionale).

Altro pilastro della mistica imperiale è il carattere ininterrotto della successione (*bansei ikkei* - 万世一系), che è dunque avvenuta sempre all'interno della stessa famiglia e per via patrilineare, come perfettamente esemplificato dall'art. 1 del *Kenpō* (憲法 - Costituzione) Meiji del 1889.

A sostegno sia del carattere divino che del carattere ininterrotto della dinastia è stato addotta, almeno fino al secondo dopoguerra, l'assenza di un cognome per la famiglia imperiale[3].

In virtù del carattere divino della discendenza imperiale, al *Tennō* è attribuita una natura quasi divina nel quadro della religione shintoista[4], che gli consente di essere un ponte tra il mondo umano e quello divino. Ne consegue che il compito primario del monarca nipponico, in quanto supremo sacerdote *Shintō*, era ed è sempre stato quello di espletare funzioni di natura cerimoniale e religiosa. Egli assicurava quindi alla popolazione la benevolenza delle divinità e officiava cerimonie propiziatorie per il buon raccolto del riso così come dirimeva le controversie che sorgevano tra i vari clan*, uji*. Il Sovrano tradizionalmente non ha mai svolto alcun ruolo politico attivo. In sostanza, il Trono era il versante sacro del governo, che non si mescolava con l'aspetto pratico e concreto, spesso considerato "impuro", proprio della politica attiva. Il *Tennō*, dunque, non era solito governare direttamente né svolgere un ruolo definibile come politico, né usualmente lo rivendicava[5].

La costruzione del mito, e poi della mistica, imperiale, quale tratto distintivo della giapponesità è piuttosto recente, dovendosi far risalire allo sviluppo di una corrente di studi filosofici che va sotto il nome di studi nazionali, *Kokugaku* (国学), il cui maggior esponente, Motoori Norinaga (1730-1801), fermo oppositore degli studi confuciani, propugna la necessità di ritornare allo studio dei testi classici autoctoni. Il *Kokugaku*, dottrina fondamentale ai fini della comprensione del *kokutai* (国体, letteralmente corpo del Paese, termine utilizzato per indicare la forma di Stato), costituzionalizzato nel *Kenpō* Meiji del 1889, è animato dalla ricerca del cuore/spirito puro (*magokoro*, 真心), la materia cioè con cui gli dèi hanno pla-

[3] Cfr. S. Fuji, *The Essential of Japanese Constitutional Law*, Tōkyō, 1940, 48-49.

[4] L'uso dell'avverbio "quasi" richiede una spiegazione. L'Imperatore è qualificato come un *arahitogami* (現人神), un *kami* (神) fattosi uomo (人), laddove però il concetto di *kami* (神) non è assimilabile al concetto occidentale di dio.

[5] Eccezion fatta per due periodi di *shinsei* (新政, governo diretto), in cui nella figura imperiale, alle usuali funzioni sacerdotali, sono andate ad affiancarsi quelle politiche: il primo intorno al VII secolo d.C. e il secondo negli anni 1333-1336, la c.d. Restaurazione Kenmu, in cui si sono opposte la Corte del Sud dell'Imperatore Go Daigo e quella del Nord, Kyōto, sostenuta dal neonato *Bakufu* (shogunato) degli Ashikaga.

smato gli uomini e Norinaga ne identifica la massima espressione nel *Tennō* che, in quanto tale, è in grado di estirpare il male dal mondo e pertanto deve essere venerato e riverito.

Il periodo Meiji (1868-1912) prima e quello Shōwa (1926-1989) poi si incaricheranno di sistematizzare la sacralità e l'irripetibilità dell'istituzione imperiale nipponica tramite il *Kenpō* del 1889 e il *Rescritto imperiale sull'educazione* (*Kyōiku ni Kansuru Chokugo* - 教育ニ関スル勅語) del 1890[6].

Il presente contributo non si propone, però, di analizzare questa costruzione, di cui il *Kenpō* rappresenta il primo momento, quanto di guardare alla fase costituente[7], in cui gli Oligarchi – coloro che hanno "restaurato" il potere imperiale[8] e posto fine al secolare governo dello *Shōgun* – si sono confrontati con la difficile costruzione dello Stato, della sua forma e del suo rapporto con la tradizione da un lato e con la modernità, rappresentata dalle monarchie europee, dall'altro. Più precisamente, ci si propone di esaminare queste riflessioni[9], che in alcuni casi assumono la forma di una vera e propria bozza di costituzione, in altri invece di semplice *memorandum*, con specifico riferimento al *Tennō* e al suo ruolo nell'architettura statale.

[6] Discuto del tema, in rapporto con le politiche educative, in *Educazione e istruzione nello* state building *giapponese*, in *Itinerari della comparazione. Scritti in onore di Giuseppe Franco Ferrari*, a cura di E. Bertolini, L. Cuocolo, J. Frosini, L. Montanari, G. Parodi, O. Pollicino, G. Romeo, A. Vedaschi, vol. 2, Milano, 2023, 17-31.

[7] V. G.M. Beckmann, *The Making of the Meiji Constitution*, Westport, 1975; K. Colegrove, *The Japanese Constitution*, in *The American Political Science Review*, vol. 31, n. 6, 1937, 1027-1049; W.G. Beasley, *Meiji Political Institution*, in *The Cambridge History of Japan*, vol. 5, *The Nineteenth Century*, a cura di M.B. Jansen, Cambridge, 1989, 651-665 e K. Nakamura, *The Formation of Meiji Japan: As viewed from Legal History*, Tōkyō, 1962.

[8] Non del tutto pacifico è l'uso del termine restaurazione, in quanto implicherebbe il ritorno a una situazione pregressa (il governo effettivo dell'Imperatore è, come detto, raro nella storia giapponese) e si dovrebbe sostanziare in un effettivo potere imperiale (il potere sarà invece effettivamente esercitato dai fautori della Restaurazione, i c.d. Oligarchi). V. C.F. Goodman, *The Rule of Law in Japan*, The Hague, 2003, 19-20. Si può pertanto alternativamente trovare la qualificazione di Rivoluzione Meiji. Questa ambiguità terminologica non sussiste, invece, per la già menzionata Restaurazione Kenmu.

[9] Le loro riflessioni sono nutrite da significativi scambi con costituzionalisti europei, prevalentemente di area germanica, e da diverse missioni di studio all'estero, la più celebre delle quali è la Missione Iwakura (1871-1873), cui presero parte tre tra i più importanti Oligarchi, Katsura Kogoro, Ōkubo Toshimichi e Itō Hirobumi, assieme a un centinaio di giovani studenti. Per il diario di viaggio della missione, K. Kume, *The Iwakura Embassy: 1871-1873*, Chiba, 5 vol., 2002; i cinque volumi che compongono l'opera sono così articolati: il primo è dedicato agli Stati Uniti, il secondo alla Gran Bretagna, il terzo e il quarto all'Europa continentale, il quinto ancora all'Europa continentale e al viaggio di ritorno.

2. *La bozza costituzionale di Kido Kōin*

Kido Kōin[10] è stato uno dei primi Oligarchi a confrontarsi, tra il 1872 e il 1874, con la necessità di dotare il Paese di una Costituzione che inquadrasse in maniera precisa i poteri imperiali. La bozza di Kido non è la prima in ordine cronologico; eppure, si ritiene opportuno analizzarla per prima prevalentemente in ragione del fatto che Kido è il primo Oligarca a morire e quello che sarà quindi meno coinvolto, assieme a Ōkubo, nella fase costituente.

Pur non prescindendo dalla forma monarchica, riteneva che la Costituzione dovesse evitare che il potere imperiale degenerasse nel dispotismo e che quindi il suo scopo principale fosse fissare dei limiti al potere esecutivo, riuscendo così a garantire e a mantenere l'armonia tra le prerogative imperiali e i diritti dei sudditi. L'attenzione per il rispetto della sfera individuale dalle ingerenze dell'esecutivo risultava anche dalla scelta di far precedere il capitolo dedicato ai diritti e doveri a quello dedicato al *Tennō*.

Nel *Capitolo IV A* (art. 36-51), consacrato all'istituzione imperiale, nel rispetto della tradizione, Kido conferma il *Tennō* come la fonte di tutto il potere, con il suo carattere di sacralità e inviolabilità (art. 36). Egli è dunque il vertice dell'esecutivo e il capo dell'amministrazione, cui spetta la nomina e la revoca dei funzionari (art. 38); in quanto comandante delle forze armate, di terra e di mare, spetta a lui dichiarare la guerra e concludere la pace (art. 39).

Relativamente al potere legislativo, egli ne è contitolare assieme al Parlamento e gode del potere di veto su qualsiasi progetto di legge; spetta al Sovrano anche l'emanazione delle ordinanze (命令, *meirei*) emergenziali aventi forza di legge (art. 37) e lo scioglimento del Parlamento (art. 41). Tali ordinanze, nel rispetto del principio dell'irresponsabilità del Monarca, necessitano della controfirma ministeriale (art. 37). Si precisa, però, che la responsabilità ministeriale deve leggersi nei confronti del *Tennō* e non del Parlamento (art. 36). La sostanza di questi poteri è però, nella formulazione di Kido, da considerarsi come di spettanza governativa (*ex* art. 56).

Verso il potere giudiziario, Kido non si allontana dai modelli europei, affidando al *Tennō* il potere di grazia e di commutazione delle pene (art. 40).

Analogamente può dirsi per quel che concerne il potere cerimoniale, indi per cui il Sovrano commina titoli nobiliari e medaglie al valore.

Viene conservato al *Tennō* anche uno dei classici attributi del potere sovrano, quello cioè di coniare moneta (art. 48).

[10] O Kido Takayoshi. Nome con cui era noto Katsura Kogoro (1833-1877) all'indomani della Restaurazione. È stato uno dei principali artefici della Restaurazione Meij. Per il testo completo, v. *Appendix I*, in G.M. Beckmann, *op. cit.*, 100-110.

Gli ultimi articoli (44-51) sono dedicati a incorporare nel testo costituzionale i tratti distintivi del *Tennōsei*, su tutti la successione (da limitarsi, *ex* art. 46, alla sola linea di Jinmu, che rafforza al contempo il carattere divino e ininterrotto della dinastia nipponica), così come a disciplinare reggenza, patrimonio e spese imperiali.

La bozza costituzionale di Kido, pur considerata dalla gran parte degli Oligarchi come troppo liberale – specialmente in rapporto al *Capitolo II* dedicato ai diritti –, si rivela piuttosto tradizionale nella disciplina dell'istituzione imperiale, non discostandosi quindi sotto questo profilo dall'approccio degli Oligarchi, i quali mai hanno realmente pensato a "disegnare" un *Tennō* regnante e governante; l'intenzione è quella di "disegnare" un Imperatore dai poteri molto estesi, ma non da lui concretamente esercitati. Rimane sicuramente il carattere innovativo del lavoro di Kido, in quanto primo tentativo di sistematizzazione di una dottrina imperiale ancora nascente, ma che già era stata individuata come il collante fondativo della nazione.

3. *La bozza del* Genrōin

Il lavoro di Kido è ben presto affiancato, specialmente nel periodo 1876-1881, da tutta una serie di testi di studio dei sistemi di governo occidentali, propedeutici alla stesura di progetti di una Costituzione per il Giappone. In quest'ottica la creazione, nel 1876, del *Kenpō Seido Torishirabe Kyoku* (憲法制度取り調べ局, Ufficio per la redazione di una Costituzione), sotto la guida del Principe Arisugawa, presidente del *Genrōin*[11] (元老院, Consiglio degli anziani), incaricato anch'esso di predisporre una bozza di Costituzione. Leggenda vuole che, nel conferire tale incarico al Principe Arisugawa, il *Tennō* stesso gli abbia consegnato una copia del *Parliamentary Government in England* di Todd[12], prova ulteriore della volontà di seguire un modello occidentale. Il *Genrōin*, infatti, esamina, oltre al modello britannico, altri undici sistemi di governo, specialmente quelli di Francia, Italia, Prussia e Austria.

Il risultato sono ben quattro bozze costituzionali, redatte tra il 1876 e il 1878, di cui solo l'ultima è presentata al governo[13].

La bozza del 1878 presenta profili di indubbio interesse, specialmente con riguardo ad alcune aperture e concessioni verso il movimento democratico che

[11] Organo assimilabile al Senato, composto da membri di nomina imperiale e dotati di poteri semi-legislativi che rimase in carica fino al 1890, anno in cui si riunisce la prima Dieta Imperiale.

[12] Così G.M. Beckmann, *op. cit.*, 46-47.

[13] In *Appendix III*, in *G.M. Beckmann*, *op. cit.*, 120-125.

proprio in quegli anni inizia a invocare un maggior coinvolgimento della società civile nella vita politica e a richiedere una garanzia sostanziale delle prerogative dei singoli dinnanzi al potere esecutivo.

Al *Tennō* è dedicato il *Capitolo I* della *Parte I*, a conferma della preminenza attribuitagli dal *Genrōin* nell'architettura dello Stato. Il capitolo si caratterizza per brevità, constando di soli undici articoli (art. 1-11), per quanto, in realtà, anche i restanti capitoli della *Parte I* sono comunque dedicati all'istituzione imperiale, rispettivamente alla successione (*Capitolo II*, art. 1-5), alla minore età e alla reggenza (*Capitolo III*, art. 1-6) e alle spese della Famiglia Imperiale (*Capitolo IV*, art. 1-3).

L'art. 1 fissa immediatamente i tratti del *Tennōsei*, la discendenza ininterrotta, mentre l'art. 2 ne sancisce la sacralità e inviolabilità, senza però far riferimento alla titolarità del potere sovrano, probabilmente in quanto giudicato non necessario.

Le concessioni poco sopra richiamate sono nella previsione di meccanismi volti a limitare e controllare i poteri imperiali. Questi, espressamente elencati, riproducono i poteri dei monarchi europei – controllo sull'amministrazione per mezzo dei ministri (art. 3), nomina e revoca dei funzionari (art. 4) dell'esercito e della marina (art. 6), dichiarazione di guerra e conclusione della pace e dei trattati internazionali (art. 7) – e sono inquadrati in una serie di responsabilità che il Sovrano si trovava ad avere nei confronti del Parlamento. Si veda esemplificamene l'art. 7 per la cui conclusione di trattati internazionali che comportano spese o cambiamenti di confine il *Tennō* necessita dell'approvazione di entrambi i rami del Parlamento. Nella medesima ottica devono leggersi gli art. 1 e 2 del *Capitolo IV*, per cui il *budget* annuale delle spese imperiali deve essere definito dalla Dieta.

Anche la contitolarità del potere legislativo è ben inquadrata dalla bozza del 1878, con l'intenzione di riequilibrare la bilancia più a favore della Dieta. Entrambe le Camere devono approvare un progetto di legge – la cui presentazione deve comunque sempre essere autorizzata dal *Tennō* e sui cui egli può comunque sempre apporre il veto –, eccezion fatta per le leggi di bilancio e tributarie, che necessitano del voto favorevole della sola Camera bassa. Inoltre, la revisione della Costituzione richiede il consenso dei 2/3 dei membri di ciascuna Camera. Spetta poi al Sovrano la promulgazione delle leggi (art. 5), la convocazione della Dieta, così come l'estensione della sessione e un suo eventuale aggiornamento (art. 10).

Sui poteri imperiali in ambito giudiziario, economico e cerimoniale, la bozza del *Genrōin* non si discosta da quanto già previsto da quella di Kido e dunque ritroviamo concedere la grazia e commutare le pene (art. 8), coniare moneta (art. 9) e conferire titoli nobiliari e onorificenze (art. 11).

Gli Oligarchi, che mirano alla gestione reale del potere in nome del Sovrano, non hanno giudicato positivamente la bozza del *Genrōin*, non ritenendo rispettoso della tradizione una limitazione così significativa del potere imperiale[14]. Ciò che gli Oligarchi, specialmente Itō Hirobumi e Iwakura Tomomi, temono è una possibile evoluzione del sistema in senso parlamentare, a scapito quindi dell'esecutivo.

Il *Genrōin* è quindi sollecitato dagli Oligarchi a presentare una nuova bozza, che recepisca i rilievi da essi apportati al testo del 1878, e che viene consegnata nel 1880. Questa non si discosta però in maniera significativa dalla precedente, continuando a voler realizzare una sintesi, impossibile, tra il *Tennōsei* e il parlamentarismo di stampo westminsteriano. Sono pertanto da rilevare solo delle modifiche terminologiche, soprattutto nell'indicazione della contitolarità del potere legislativo tra *Tennō* e Dieta. Manca nuovamente il riferimento alla titolarità del potere sovrano per quanto, contrariamente al 1878, i commenti dei membri del *Genrōin* spiegano che l'assenza è da imputarsi alla convinzione che essa sia implicitamente divisa tra *Tennō* e Dieta.

Considerando che la bozza del 1880 non presenta significative modifiche rispetto a quella del 1878, l'accoglienza degli Oligarchi non si caratterizza per maggior favore. Sicuramente, però, le due bozze del *Genrōin* sono quelle che maggiormente marcano la volontà di incorporare e al contempo "occidentalizzare" il *Tennōsei*. I tempi non sono però maturi; le forti personalità degli Oligarchi da un lato e dell'Imperatore Meiji dall'altro non hanno permesso lo sviluppo di un sistema parlamentare, sistema che si svilupperà brevemente nel periodo Taishō (1912-1926), quando gli Oligarchi sono ormai quasi tutti morti e l'Imperatore Taishō è mentalmente instabile (c.d. democrazia Taishō[15]).

4. *Gli Oligarchi e il* Tennō

La lunga fase di redazione della Costituzione ha quindi coinvolto, in maniera più o meno diretta, l'intero gruppo degli Oligarchi, ognuno dei quali, con esiti diversi, si è dedicato allo studio dei sistemi di governo occidentali per poi tentare di operare una sintesi tra essi e la tradizione nipponica che aveva nel *Tennōsei* il proprio elemento caratterizzante e distintivo.

Se alcuni Oligarchi, come Kido, hanno redatto una vera e propria bozza di testo costituzionale, altri si sono limitati a fornire al Sovrano, su sua espressa richiesta, delle note personali in cui esprimevano il proprio punto di vista su

[14] Così Iwakura, in G. Akita, *The Foundations of Constitutional Government in Modern Japan 1868-1910*, Cambridge, 1967, 11.

[15] La democrazia Taishō si conclude però nel 1921, anno in cui Hirohito assume la reggenza.

quella che avrebbe dovuto essere l'architettura costituzionale del nuovo Giappone. I *memoranda* degni di maggiore interesse, in virtù del calibro delle personalità che li hanno redatti[16], sono quelli di Ōkubo Toshimichi (1873)[17], Yamagata Aritomo (1979)[18], Itō Hirobumi (1880)[19], Ōkuma Shigenobu (1881)[20] e Iwakura Tomomi (1881)[21].

4.1. *Ōkubo*

Il *memorandum* di Ōkubo è datato 1873, dunque antecedente alla bozza di Kido e a quelle del *Genrōin*, e per questo motivo risulta piuttosto slegato dal dibattito costituzionale della fine degli anni Settanta.

Ōkubo considera la monarchia costituzionale l'unica forma di governo possibile per il Giappone, in considerazione della sua tradizione culturale; sin dai tempi antichi, infatti, il sistema di governo nipponico si fonda sulla mutua collaborazione tra il *Tennō* e il popolo. Proprio per questo motivo, la monarchia

[16] I testi integrali dei *memoranda* sono nelle appendici di G.M. Beckmann, *op. cit.*, alle seguenti pagine: Ōkubo, 111-119; Yamagata, 126-130; Itō, 131-135; Ōkuma, 136-142 e Iwakura, 143-148. Si noti come i *memoranda* di Yamagata e Itō siano scritti in prima persona e come entrambi si presentino al Sovrano (cui sono diretti) con il nome proprio.

[17] 1830-1878. Assieme a Kido e a Saigō Takamori, è uno dei tre grandi padri della Restaurazione Meiji. Ministro dell'interno, è il principale artefice della modernizzazione del Paese. Contro la modernizzazione, Saigō scatena la rivolta di Satsuma nel 1877, che Ōkubo reprime. Per questo, considerato da molti ex *samurai* un traditore, muore assassinato nel 1878.

[18] 1838-1922. Più volte primo ministro, fondatore del moderno esercito nipponico, è coinvolto nel processo di redazione della Costituzione Meiji e soprattutto presiede la commissione incaricata della redazione del *Rescritto Imperiale sull'Educazione* del 1890.

[19] 1841-1909. Più volte primo ministro, è lui a invitare in Giappone Hermann Roesler per predisporre una bozza di Costituzione, su modello di quella prussiana del 1850. Proprio a Itō si deve la formulazione delle disposizioni chiave sulla posizione dell'Imperatore nel nuovo ordine costituzionale e, sempre a lui, si deve il commento alla Costituzione Meiji. H. Itō, *Commentaries on the Constitution of the Empire of Japan*, Washington DC, 1979. Su Rosesler in Giappone, v. M. Losano, *Il consigliere giuridico Hermann Roesler: problemi attuali della ricerca sulla sua attività*, in *Atti del sesto convegno di studi giapponesi*, Firenze, 1983, 151-186; Id., *La ricezione dei modelli giuridici europei nella realtà giapponese: Hermann Roesler (1834-1894)*, in *Sociologia del diritto*, 3, 1984, 29-44; J. Siemes, *Hermann Roesler's Commentaries on the Meiji Constitution*, in *Monumenta Nipponica*, vol. 17, n. 1-4, 1960, 1-66; Id., *Hermann Roesler and the Making of the Meiji State: with his Commentaries on the Meiji Constitution*, Tōkyō, 1966; e Y. Suzuki, *Hermann Roesler und die Japanische Verfassung*, in *Monumenta Nipponica*, vol. 4, n. 1, 1941, 53-87, vol. 4, n. 2, 1941, 428-453 e vol. 5, n. 2, 1942, 347-400. Muore assassinato in Corea.

[20] 1838-1922. Più volte ministro e primo ministro, è incaricato, nel 1898, di formare il *partisan cabinet*, primo gabinetto partigiano della storia nipponica. È il fondatore dell'Università di Waseda, ancora oggi una delle più prestigiose del Paese.

[21] Contrariamente agli altri maggiori Oligarchi, tutti di estrazione samuraica, Iwakura (1825-1883) è un *kuge* (公家), un nobile di Corte. È uno dei maggiori fautori della Restaurazione e della necessità di modernizzare il Paese e di rinforzare l'istituzione imperiale.

costituzionale, che realizza questa armonica cooperazione a livello di governo tra sovrano e popolo, altro non è che una continuazione della tradizione autoctona e, come tale, deve essere garantita dal testo costituzionale.

Relativamente all'estensione dei poteri del *Tennō*, Ōkubo ritiene necessaria la loro disciplina nella Carta costituzionale (ovviamente con riguardo alla particolare natura della monarchia nipponica), soprattutto in relazione al loro concreto esercizio. Nel respingere con fermezza qualunque limitazione del campo d'azione imperiale, sottolinea come i poteri del *Tennō* debbano essere sostanziali e non formali e come quindi debba essere gli stesso a governare (e non solo a regnare). In pratica, Ōkubo vuole evitare di replicare la divisione di sfere di competenza che aveva realizzato il *Bakufu*, laddove il potere politico spettava allo *Shōgun* mentre il *Tennō* era relegato alla sfera cerimoniale e sacrale. È solo per tramite del governo imperiale diretto che può realizzarsi l'armonica cooperazione con il popolo.

Nella parte conclusiva del suo *memorandum*, Ōkubo delinea in maniera molto schematica gli organi costituzionali che avrebbero costituito la futura organizzazione dello Stato, indicandone le rispettive competenze e poteri. Per quanto concerne il *Tennō*, ad esso attribuisce ventitré poteri, che spaziano dal comando dell'amministrazione, dell'esercito e della marina, alla limitazione dei diritti dei sudditi, al trattamento degli stranieri e all'intervento in ambito legislativo e giudiziario. In sostanza, le prerogative imperiali tratteggiate da Ōkubo non si discostano dalle classiche prerogative dei Sovrani europei. In qualità di vertice dell'esecutivo e dell'amministrazione (oltre che delle forze armate), a lui spetta la nomina, e la revoca, dei ministri e dei più alti funzionari dell'amministrazione statale e l'invio di messi speciali e ambasciatori all'estero. Relativamente alle forze armate, Ōkubo specifica come il potere di aumentarne o diminuirne le unità spetti in condizioni di pace alla Dieta, mentre al *Tennō* in condizioni di emergenza. Inoltre, come tutti i capi di Stato, il *Tennō* è irresponsabile.

Al Sovrano spettano anche importanti prerogative in campo legislativo; Ōkubo, infatti, pur considerando la separazione dei poteri come condizione imprescindibile del buon governo, ne riconosce la difficile realizzazione nel contesto nipponico. Al *Tennō* spetta la convocazione, così come lo scioglimento, dell'Assemblea; inoltre può porre fine a quei dibattiti che potevano finire per risultare svantaggiosi per il Paese; infine presenta all'Assemblea i progetti di legge affinché questa ne possa discutere. L'approvazione definitiva di una legge, nonché la sua promulgazione, sono entrambe competenze di cui è titolare il Sovrano, ma queste sono state rubricate da Ōkubo nella sezione dedicata al potere legislativo.

Il ruolo imperiale nel giudiziario è limitato alla possibilità di concedere la grazia e commutare le pene (escluso per i ribelli) e di richiedere, con un ordine

speciale, di ordinare un'inchiesta giudiziaria anche nei confronti di un individuo che non figuri già come accusato in un procedimento giudiziario.

Per quanto concerne il rapporto tra il *Tennō* e i propri sudditi che, nella monarchia costituzionale prefigurata da Ōkubo doveva essere improntato ad una armonica collaborazione, il Sovrano può proibire loro di emigrare, può richiamare in patria quelli emigrati e infine può bandire dal Paese. Il fatto che Ōkubo si sia soffermato sulla libertà di movimento non deve stupire, essendo un retaggio dell'epoca shogunale, specialmente Tokugawa. Nel periodo Edo era infatti severamente proibito ai giapponesi non solo di lasciare il Paese[22], ma anche di trasferirsi da un *han* (藩, feudo) all'altro senza un'apposita autorizzazione del rappresentante dell'autorità dello *Shōgun*.

Inoltre, in quanto capo della Casa Imperiale, spetta al *Tennō* la nomina di nuovi nobili, la revoca di titoli nobiliari e di corte, il conferimento di titoli più elevati, nonché supervisionare e controllare la Famiglia Imperiale.

Ōkubo, pur non facendo riferimento alla prerogativa imperiale di coniare moneta, specifica come sia di spettanza del *Tennō* il fissare e stabilire pesi e misure.

Nei confronti dei cittadini stranieri, infine, egli può garantire loro licenze e decidere di fornire loro un trattamento uguale a quello dei propri sudditi nonché di attribuire loro degli incarichi. Queste due previsioni sul trattamento degli stranieri suscitano un particolare interesse, principalmente per tre ordine di motivi: in primo luogo esse sono una novità per un Paese come il Giappone che aveva fatto, fino al 1853, del non-contatto con gli stranieri uno dei punti cardine della propria politica nazionale[23]; secondariamente sono un *unicum*, in quanto nessuna delle bozze costituzionali né *memoranda* futuri farà più cenno alla condizione degli stranieri; da ultimo in quanto, pur lasciando in materia piena discrezionalità al *Tennō*, viene pacificamente contemplata l'ipotesi che gli stranieri beneficino del medesimo trattamento dei sudditi nipponici, ipotesi che sarebbe stata respinta settant'anni dopo in sede di dibattito sul nuovo testo costituzionale[24] e riconosciuta, per quanto non pienamente, solo nel 1978 in

[22] Del 1636 è, infatti, un editto, emesso dallo *Shōgun* Iemitsu (il terzo *Shōgun* Tokugawa), che vietava ai giapponesi di recarsi all'estero e di costruire navi in grado di navigare in acque alte. A tale editto andò poi ad affiancarsi l'Editto sull'espulsione delle navi straniere (異国船打払令, *Ikokusen Uchiharairei*).

[23] Il c.d. *sakoku* (鎖国) o Paese chiuso.

[24] L'art. 13 della versione statunitense del testo costituzionale del 1946, che sancisce l'uguaglianza di fronte alla legge di «all natural persons», è emendato nel suo passaggio alla Dieta, sostituendo la locuzione «all natural persons» con quella «all of the people»; tale emendamento, che può apparire quasi insignificante, è in realtà di grande importanza, in quanto la versione governativa va a restringere drasticamente tale uguaglianza. Nella lingua giapponese l'espressione «all of the people» è stata tradotta con *kokumin* (国民, letteralmente il popolo del Paese), con

sede giurisprudenziale[25].

Anche Ōkubo, così come già Kido e come successivamente anche il *Genrōin*, tralascia di identificare il titolare della sovranità, sicuramente considerando implicitamente che essa spetti al *Tennō*, anche alla luce della previsione per cui egli è *legibus solutus*.

4.2. *Yamagata*

Yamagata Aritomo, allora Comandante in capo dell'esercito, redige il suo *memorandum* sul governo costituzionale nel 1879. Muovendosi da una serie di considerazioni introduttive sui cambiamenti prodotti dalla Restaurazione a livello politico, economico e sociale e su un certo spaesamento che essa aveva generato nella popolazione nipponica, Yamagata constata la necessità di fondare un governo solido e di attuare una vera e propria separazione dei poteri, al fine di escludere una potenziale degenerazione della situazione che avrebbe intaccato il prestigio dell'istituzione imperiale.

L'adozione di una Carta costituzionale avrebbe evitato il verificarsi di situazioni di emergenza e di crisi. Naturalmente, il testo costituzionale non avrebbe potuto prescindere dalla costituzionalizzazione del *Tennōsei* e dei suoi tratti distintivi.

Pur non potendo prescindere da una separazione dei tre poteri tipica dello Stato liberale, Yamagata sottolinea la necessità di collegamenti tra di essi, al fine di garantirne un più efficace esercizio. Proprio in ragione di detto "collegamento dei poteri", Yamagata incontra nella definizione dei poteri del Sovrano e i diritti la maggiore difficoltà; nonostante tale constatazione, il *memorandum* non approfondisce il tema, concentrandosi piuttosto sulle assemblee popolari locali e sulla possibilità, *rectius* opportunità, di trasformare in futuro il *Genrōin* in un'assemblea democraticamente eletta.

4.3. *Itō*

Anche Itō, come già Yamagata, inizia il proprio *memorandum* del 1880 mettendo in rilievo le rivoluzionarie riforme intraprese durante la Restaurazione e il malcontento che ne era seguito, soprattutto nella classe samuraica che si

cui si intendono solo i cittadini nipponici, escludendo così gli stranieri, che sarebbero invece stati compresi nell'originale americano «all natural persons».

[25] Minshū 32-7-1223, 4 ottobre 1978, *McLean v. Justice Minister*, in *The Constitutional Case Law of Japan, 1970 through 1990*, a cura di L.W. Beer e Itō H., Seattle, 1996, 471-478. In quella sede, la Corte Suprema estende in maniera chiara ed esplicita la garanzia di tutti i diritti sanciti nel *Kenpō* (eccezion fatta per quello di voto, ritenuto proprio dei cittadini), anche agli stranieri, pur riconoscendo una significativa discrezionalità al governo per quanto concerne la loro limitazione.

era vista spogliata di ogni privilegio e privata di un ruolo. Nel prosieguo, Itō si limita di individuare una possibile soluzione al problema dei samurai (l'assassinio di Ōkubo data solo di due anni prima), senza quindi affrontare, neanche superficialmente, quelle che sarebbero state le maggiori problematiche nella stesura del *Kenpō*, cui si sarebbe dedicato invece, con l'aiuto quasi esclusivo di Roesler, negli anni successivi.

4.4. *Ōkuma*

Anche il *memorandum* di Ōkuma, che segue di un anno quello di Itō, accenna solo ad alcune di quelle che avrebbero dovuto essere le prerogative imperiali nel futuro testo costituzionale. Ōkuma è uno dei primi Oligarchi a essersi speso a favore della convocazione di assemblee prefetturali e di un Parlamento nazionale e successivamente dell'instaurazione di un *party cabinet* e ciò si riflette nel contenuto del *memorandum* che è infatti interamente redatto avendo in mente un governo parlamentare.

Ōkuma prende infatti in considerazione il ruolo dei partiti e del Parlamento, come organo supremo dell'espressione della volontà popolare, e i poteri imperiali sono analizzati alla luce del necessario rispetto della volontà popolare. Il *Tennō*, infatti, nello scegliere i vertici dell'amministrazione dello Stato deve conformarsi alla volontà popolare. Questa necessità è ancora più evidente nella nomina del primo ministro, che avrebbe dovuto essere il capo del partito di maggioranza; nel caso di sfiducia, il *Tennō* avrebbe dovuto immediatamente provvedere alla nomina di un nuovo *premier*.

Relativamente all'adozione di una Costituzione, rileva Ōkuma come il *Tennō* stesso debba sovrintendere alla fase di *drafting* e come il testo dovrebbe disciplinare in maniera chiara e inequivocabile il titolare della sovranità (da notarsi che Ōkuma non dice chi deve essere il titolare) e i diritti dei sudditi.

4.5. *Iwakura*

Contrariamente ai *memoranda* di Ōkubo e Ōkuma, privi di destinatari, e a quelli di Yamagata e Itō, indirizzati al *Tennō*, quello di Iwakura (1881) è indirizzato al governo[26]. Dopo una parte introduttiva dedicata al cammino che avrebbe dovuto portare all'adozione della Carta costituzionale e alle varie forme europee di governo, Iwakura delinea le linee fondamentali di quello che avrebbe dovuto essere il futuro governo nipponico. Al *Tennō* deve spettare

[26] Il *memorandum* di Iwakura, noto anche con il nome di *Kōryō*, è originariamente redatto in forma molto sintetica, essendo articolato in dieci punti; solo successivamente, i punti sono sviluppati ulteriormente andando a formare il *memorandum* poi effettivamente presentato al *Tennō*. Iwakura, in realtà, sottopone al Trono ben tre opinioni sul governo costituzionale, tutte redatte da Inoue Kowashi.

la nomina, e la revoca, del gabinetto e degli alti funzionari. Nessun rapporto di fiducia con il Parlamento deve esistere; solo il favore imperiale deve essere necessario al governo. In quest'ottica, l'unico vero modello cui il Giappone deve guardare è la Costituzione prussiana del 1850, come succederà poi effettivamente. La responsabilità ministeriale, dunque, operante esclusivamente nei confronti del *Tennō* e non del Parlamento, deve configurarsi in modo duplice: collettiva e individuale (dove la prima è comunque da preferirsi alla seconda).

Da ultimo, sempre seguendo l'esempio prussiano, il potere finanziario deve essere nelle mani non del Parlamento (come previsto tra l'altro dall'art. II del *Capitolo VII* della bozza del *Genrōin*, espressamente richiamato da Iwakura), quanto del governo.

I numerosi richiami alla Carta prussiana si spiegano in quanto il *memorandum* è concretamente redatto da Inoue Kowashi[27], allievo di Hermann Roesler e grande studioso del sistema britannico e poi prussiano. Più precisamente, oltre al *memorandum*, ulteriori commenti e suggerimenti di Iwakura, sempre redatti da Inoue, sono raccolti in altri tre testi: *Daikōryō* (grande piano fondamentale), *Kōryō* (piccolo piano fondamentale) e *Iken* (*memorandum*)[28]. Nel primo testo, Iwakura ribadisce la necessità che la Costituzione promani dal *Tennō* e che essa richiami i princìpi della Carta prussiana e non della tradizione britannica. In sostanza, dunque, al Sovrano deve spettare: il comando supremo dell'esercito e della marina, dell'amministrazione, la nomina, e la revoca, di Ministri (responsabili verso di lui e non verso il legislativo) e alti funzionari, il potere di battere moneta, di concedere l'amnistia e le onorificenze, di convocare e chiudere le sessioni della Dieta e infine l'iniziativa legislativa. Il secondo testo replica, seppure in forma più sintetica, il contenuto del primo. Il terzo testo, invece, dibatte sul modello più adatto alla realtà nipponica, se cioè quello britannico – parlamentare – o quello prussiano.

5. *Conclusioni*

In conclusione, quindi, tutti gli Oligarchi, con l'eccezione di Ōkuma e parzialmente anche di Kido, sono concordi nel creare una figura imperiale dotata di forti prerogative, che si configurasse come il vertice supremo dello Stato e fonte unica di ogni potere. Non sorprende che il testo della Costituzione, su cui forte è l'impronta di Itō, andrà in questa direzione.

[27] V. Y. Khan, *Inoue Kowashi and the Dual Images of the Emperor of Japan*, in *Pacific Affairs*, vol. 71, n. 2, 1998, 215-230. V. anche G. Akita, Y. Hirose, *The British Model. Inoue Kowashi and the Ideal Monarchical System*, in *Monumenta Nipponica*, vol. 49, n. 4, 1994, 413-421.

[28] V. Y. Suzuki, *Hermann Roesler und die Japanische Verfassung*, *op. cit.*

Ciononostante, sarebbe errato considerare gli Oligarchi come un blocco monolitico e schiacciato dalla personalità di Itō che diventa la figura dominante e accentratrice, soprattutto nella redazione del testo costituzionale. Al contrario, gli anni Ottanta si caratterizzano per una grande vivacità del dibattuto politico e vedono la nascita dei primi partiti politici guidati dagli Oligarchi stessi, quali il *Jiyutō* (自由党, Partito Liberale) di Ueki Emori e Itagaki Taisuke, nel 1880, e il *Rikken Kaishintō* (立憲改進党, Partito Costituzionale Riformista), abbreviato in *Kaishintō*, di Ōkuma, nel 1882. Il primo propone un governo democratico, in cui quindi il titolare della sovranità non sia il *Tennō* ma il popolo, mentre il secondo è fautore di un governo costituzionale in cui la sovranità risieda nel Parlamento. Anche la reazione conservatrice assume una forma partitica con, nel 1882, il *Rikken Teiseitō* (立憲帝政党, Partito Costituzionale Imperiale), abbreviato in *Teiseitō*, di Fukuchi Gen'ichiro, che difende la sovranità imperiale e il *Tennō Shinsei Undō* (天皇新政運動) di Motoda Eifu (o Nagazane), fautore del governo diretto del *Tennō*. I partiti politici fanno così formalmente il loro ingresso nel dibattito costituzionale. A questa vivacità politico-partitica si contrappone la segretezza di cui è coperto il processo di *drafting*, interamente controllato da Itō.

Per quanto non oggetto della presente analisi, pare opportuno, a mo' di conclusione, evidenziare come il testo finale della Costituzione Meiji risulta fortemente ambiguo nel suo tentativo di sintetizzare il costituzionalismo germanico di Roesler con il *kokutai* tradizionale[29]. Pur avendo collaborato, Itō e Roseler forniscono interpretazioni divergenti sugli articoli cardine del *Tennōsei*. La necessità che ne risulta, ben evidenziata da Roesler, di interpretare articoli di matrice germanica con lenti nipponiche ha portato parte della dottrina a parlare di *Schein Konstitutionalismus* o costituzionalismo ombra[30]. La progressiva identificazione del *Tennō* con lo Stato e lo sviluppo della mistica del *Tennō* quale padre della nazione porta all'elaborazione della dottrina della famiglia-Stato (*kazoku kokka* - 家族国家) e al fascismo imperiale. Il disastro bellico e sette anni di occupazione americana lasciano poi in eredità al Giappone una nuova Costituzione e un Imperatore realmente cerimoniale, cui non è neppure formalmente attribuita la qualifica di capo dello Stato.

[29] Lo stesso Roesler, nel suo commento, evidenzia come, seppure il *Kenpō* sia stato modellato secondo i princìpi propri del costituzionalismo, non possa però essere analizzato secondo i parametri del diritto costituzionale degli altri Stati, in quanto i suoi tratti distintivi sono puro diritto giapponese.

[30] Y. Okudaira, *Forty Years of the Constitution and Its Various Influences: Japanese, American, and European*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 53, n. 1, *The Constitution of Japan: the Fifth Decade [Part 1]*, 1990, 17-49; T. Fukase, Y. Higuchi, *Le constitutionalisme et ses problèmes au Japon: une approche comparative*, Paris, 1984, 16.

Raffaele Bifulco[*]

IL POTERE È UN LUOGO VUOTO. DEMOCRAZIE E VIRTÙ DEL CONFLITTO SECONDO CLAUDE LEFORT

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il conflitto come tratto costitutivo della società. – 3. Il Potere, riflesso simbolico del sociale. – 4. Il potere democratico è un luogo vuoto (e inappropriabile). – 5. L'indeterminazione della democrazia. – 6. L'"enigma dell'istituzione' e il ruolo del diritto. – 7. Popolo e istituzioni rappresentative. – 8. Totalitarismo e democrazia. – 9. L'eredità di Lefort e il diritto costituzionale.

1. *Introduzione*

L'opera di Claude Lefort comincia ad essere studiata e apprezzata in Italia solo da qualche anno[1]. Rimane tuttavia ancora 'catalogata' tra le letture dei filosofi della politica, attenti in particolare al *milieu* culturale francese del secondo Novecento. Uno strano destino per un autore che all'analisi del Potere (una parola che l'Autore scrive per lo più con la lettera minuscola) ha dedicato una multiforme attenzione. Uso l'aggettivo multiforme perché Lefort ha studiato il rapporto tra società (o sociale, nel lessico lefortiano) sotto profili molto diversi, assecondando la sua inesauribile curiosità intellettuale.

Intellettuale militante nella sinistra francese, e prima ancora allievo di Merleau Ponty (che ebbe come professore già al liceo), vivrà un progressivo allontanamento dal pensiero marxista, almeno per come declinato nei luoghi ufficiali della sinistra francese, a seguito dell'incontro con il pensiero di Machiavelli e poi ancora a seguito dello studio incessante del totalitarismo sovietico[2].

[*] Professore ordinario di diritto costituzionale, Luiss. Guido Carli, Roma.

[1] Anche grazie all'attenzione che ad essa ha dedicato R. ESPOSITO, *Pensiero istituente. Tre paradigmi di ontologia politica*, Torino, 2020. Per la casa editrice 'il Ponte' sono apparse le traduzioni di tre importanti volumi di Lefort che, anche nell'originale francese, sono raccolte di saggi: *Saggi sul politico. XIX e XX secolo* [1986], Bologna, 2007; *Scrivere, alla prova del politico* [1992], Bologna, 2007; *Le forme della storia. Saggi di antropologia politica* [1978], Bologna, 2012.

[2] Nato nel 1924, Lefort milita fin da giovane nelle file del partito comunista francese. Ma il rapporto con il partito comunista è problematico fin da subito. Collaboratore della nota rivista *Les temps modernes* Lefort scrive un articolo molto critico nei confronti della rappresentazione che J.P. Sartre fece del partito comunista come unico strumento della lotta proletaria. L'articolo segnò la rottura definitiva non solo con la rivista ma con un certo mondo della sinistra francese (la vicenda è dettagliatamente ricostruita in E. MOLINA, *Le défi du politique. Totalitarisme et démocratie chez Claude Lefort*, Paris, 2005, 61-85). Nel 1948, insieme a Cornelius Castoriadis, dà vita alla

Lungi dalla pretesa di esaminare anche solo i nodi principali della ricerca di Lefort[3], vorrei in questa sede richiamare l'attenzione del lettore su alcuni profili del pensiero di Claude Lefort che toccano più da vicino gli interessi del giurista, in particolare del costituzionalista. Mi pare infatti che il contributo di Lefort alla comprensione della democrazia, del rapporto tra popolo e potere, della dimensione simbolica di quest'ultimo sia di grande ausilio anche per chi studia l'organizzazione del potere da altra prospettiva, con le fredde categorie del diritto. Ma soprattutto è la configurazione del conflitto sociale, mediato attraverso lo studio dell'opera di Machiavelli, che mi sembra fornire un eccezionale *passe-partout* per chi sia interessato a soffermarsi sulla sequenza società-popolo-potere in maniera non scontata e soprattutto in una prospettiva capace di rielaborare l'eredità marxiana[4].

Prima di avviare l'analisi, è però opportuna un'avvertenza sul modo in cui ho proceduto. Il lessico di Lefort, infatti, non è di semplice, immediata comprensione, come anche la sua produzione non si snoda in maniera organica, ma passa attraverso oggetti differenti, dai saggi sui grandi studiosi della Rivoluzione francese dell'Ottocento francese ai contributi in materia di antropologia, dalle ricerche di filosofia politica allo studio del totalitarismo, per non parlare dei tantissimi interventi sull'attualità francese e internazionale di cui l'Autore fu testimone lungo l'arco di tutta la seconda metà del Novecento e oltre. Per

rivista *Socialisme ou Barbarie*, che, ispirandosi all'eredità trotskista, si pone in chiave fortemente critica sia nei confronti della sinistra più ortodossa, legata all'esperienza sovietica, sia nei confronti dell'imperialismo capitalistico. Di questa complessa esperienza, che influenzò molto i dibattiti della sinistra francese e che assunse la forma di una vera e propria organizzazione politica, possono trovarsi tracce nel volume C. Lefort, *Élements d'une critique de la burocratie* [1971], Paris, 1979 e soprattutto nell'ultimo saggio dal titolo *Le nouveau et l'attrait de la répétition*, 355 ss. Anche questa esperienza intellettuale terminerà nel 1958 a seguito di divergenze di vedute con Castoriadis. Una ricostruzione dei rapporti tra Castoriadis e Lefort è ora disponibile nel volume curato da N. Poirer, *Cornelius Castoriadis et Claude Lefort: l'expérience démocratique*, Lermont, 2015.

Per alcuni anni Lefort continua a lavorare all'interno di un piccolo gruppo (Informations et Liaisons Ouvrières, ILO), nato dalla scissione di *Socialisme ou Barbarie*. Nel 1962 viene chiamato al dipartimento di sociologia dell'Università di Caen, dove, libero da impegni politici, avvia una rimeditazione sul marxismo, troppo spesso identificato con il pensiero di Marx (così Molina, *op. cit.*, 139). Alain Caillé sarà uno dei suoi assistenti in questa Università. Si sposta poi a Parigi all'*École des Hautes Études en Sciences Sociales*. In questa città muore nel 2010. Tra gli allievi di Lefort va menzionato anche M.Abensour.

[3] A questo fine rinvio ad alcune opere che hanno ricostruito, in maniera completa anche se da prospettive diverse, l'universo concettuale di Claude Lefort: H. Poltier, *Passion du politique. La pensée de Claude Lefort*, Genéve, 1998; Molina, *op. cit.*; B. Flynn, *La philosophie politique di Claude Lefort* [2005], Paris-Belin, 2012.

[4] Sul rapporto tra diritto e conflitti v. per tutti G. Azzariti, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010, 21, ma *passim*. In una prospettiva di studio del fenomeno unionale cfr. M. Dani, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013.

quanto autore di uno studio monumentale su Machiavelli, la dimensione preferita da Lefort è quella del saggio[5]. Ho quindi ritenuto opportuno, per il verso che attiene agli oggetti, soffermarmi sui temi della ricerca lefortiana che mi son parsi, come ho detto, di maggiore interesse per il diritto costituzionale e, per il verso che attiene al metodo, fare un ideale passo indietro lasciando parlare l'Autore attraverso brani delle sue opere e cercando, allo stesso tempo, di non appesantire il discorso.

2. *Il conflitto come tratto costitutivo della società*

Come punto di attacco scelgo di partire da quello che mi pare uno dei tratti distintivi della ricerca di Lefort, vale a dire il tema del conflitto. È chiaro che da studioso e militante marxista il conflitto rappresenta un elemento costitutivo della ricerca dell'Autore, che tuttavia rimane, se non sottotraccia, certo un dato acquisito, indiscusso per un lungo periodo[6]. È solo con il confronto a lungo condotto con Machiavelli che la categoria del conflitto diventa oggetto di consapevole riflessione per la comprensione del rapporto tra società e potere. Ma soprattutto, come dirò a breve, diventa un elemento di distinzione dalla teoria marxiana tradizionale[7].

Le travail de l'oeuvre. Machiavel – il volume dedicato ai due principali scritti del segretario fiorentino, *Il principe* e i *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio* – richiederebbe un'analisi a sé. Dopo aver esaminato e criticato le principali e più note interpretazioni del pensiero machiavelliano, lo studio lefortiano si sofferma sulle due opere al fine di mettere in evidenza l'originalità della ricerca di Machiavelli, la sua rottura con le grandi tradizioni di pensiero (da Aristotele al cristianesimo). Lefort ritiene che il centro dell'opera del pensatore italiano non sia la natura umana, bensì «la divisione di un desiderio che si forma solo all'interno dell'assetto sociale – o più esattamente, all'interno dell'assetto politico (laddove esiste la Città): opprimere – non essere oppresso»[8].

[5] Alludo a C. Lefort, *Le travail de l'oeuvre. Machiavel* [1972], Paris, 1986; mi constano altri due studi monografici: C. Lefort, *Un homme en trop. Réflexions sur* L'Archipel du Goulag [1976], tradotto nel 1981 per i tipi della Vallecchi (Firenze) col titolo *L'uomo al bando. Riflessioni sull'Arcipelago Gulag*, Paris-Belin, 2015 e *La Complication. Retour sur le communisme*, Paris, 1999.

[6] Per un conforto a quanto detto cfr. *L'image du corps et le totalitarisme*, in C. Lefort, *L'invention démocratique*, Paris, 1981 e 1984, 160-4.

[7] Propone una continuità tra gli studi marxiani e l'approdo machiavelliano di Lefort F. Biagi, *Radicalizzare l'eredità di Karl Marx: Claude Lefort interprete di Niccolò Machiavelli*, in *Quaderni materialisti*, 16, 2017, 120.

[8] C. Lefort, *Machiavelli. La dimensione economica del politico*, in Id., *Le forme della storia. Saggi di antropologia politica*, cit., 140; sul punto Poltier, *op. cit.*, 143. All'interno dell'opera

Rievocando in parte il lessico machiavelliano, Lefort si sofferma su questa divisione di classi contrapposte in posizione non simmetrica: «Il desiderio dei Grandi tende a un oggetto, l'*altro*, e si incarna nei segni che rendono costoro sicuri della propria posizione: ricchezza, rango, prestigio. Per contro, il desiderio del popolo è a rigor di termini privo di oggetto. È un'operazione di pura negatività… L'immagine che governa il desiderio dei Grandi è quella dell'*avere*; l'immagine che governa il desiderio del popolo è quella dell'*essere*. La negazione del dominio e dell'oppressione da parte di quest'ultimo genera infatti la rappresentazione di un'identità senza differenza»[9].

La rappresentazione dell'assetto sociale nel binomio Machiavelli-Lefort gronda tensione, quasi annunciasse un esito tragico. E invece, per quanto la drammaticità mai si dilegui, la situazione conflittuale è ritenuta da Machiavelli la chiave del successo di una comunità. In questo senso si spiega l'attenzione dedicata dal pensatore cinquecentesco all'esperienza repubblicana romana. Machiavelli esalta Roma, soprattutto nei *Discorsi*, perché le istituzioni romane seppero non abolire il conflitto, bensì valorizzarlo. Osserva ancora Lefort, «la Legge, e il Potere che la rappresenta, sono fedeli alla loro essenza solo se rimangono esposti agli effetti del desiderio del popolo. È la forza di questo desiderio a tenere aperta la questione dell'unità dello Stato, a impedire di abbassare l'Universale al livello di dominio di classe»[10].

La radicalità della riflessione di Machiavelli è centrale per Lefort: la divisione sociale diventa costitutiva del sociale e del rapporto politico, ineliminabile e irriducibile[11]. L'Autore francese, in un passaggio autobiografico, osserva: studiando Machiavelli «si impose ai miei occhi l'idea di una divisione originaria,

dedicata a Machiavelli il passo forse più significativo è il seguente, dove, a proposito dell'opposizione tra Grandi e popolo, Lefort scrive: «C'est bien d'une opposition constitutive du politique qu'il faut parler, et irréductible à premiére vue, non d'une distinction de fait, car ce qui fait que les Grands sont les Grands et que le peuple est le peuple ce n'est pas qu'ils aient par leur fortune, par leurs moeurs, ou leur fonction un statut distinct associé à des intérêts spécifiques et divergents; c'est, Machiavel le dit sans ambages, que les uns désirent commander et opprimer et les autres ne l'être pas. Leur existence ne se détermine que dans cette relation essentielle, dans le heurt de deux 'appétits', par principe également 'insatiables'» (LEFORT, *Le travail de l'oeuvre. Machiavel*, cit., 382).

[9] LEFORT, *Machiavelli. La dimensione economica del politico*, cit., 140.

[10] LEFORT, *Machiavelli*, cit., 144. Il punto è ripreso più volte nell'opera su Machiavelli. Lefort pone molta enfasi sull'originalità della lettura di Machiavelli che, in contrasto con le interpretazioni tradizionali, propone, soprattutto nei *Discorsi*, «une thèse toute nouvelle: il y a dans le désordre même de quoi produire un ordre; les appétits de classe ne sont pas nécessaierement mauvais, puisque de leur antrechoc peut naître la puissance de la cité…» (LEFORT, *Le travail de l'oeuvre Machiavel*, cit., 470).

[11] ESPOSITO, *op. cit.*, 204, a proposito del carattere co-originario di conflitto e società, osserva: «Il sociale è fin da subito diviso e la divisione già da sempre sociale».

costitutiva della società in quanto tale, il cui segno fosse sempre reperibile nella raffigurazione del potere – un'istanza simbolica che, propriamente parlando, non era né all'esterno né all'interno dello spazio a cui conferiva una propria identità, sebbene gli fornisse allo stesso tempo un *interno* e un *esterno*»[12]. È qui evidente un tratto di differenza con la tradizione del pensiero marxiano in cui il conflitto è destinato a dissolversi una volta realizzatesi le condizioni per una società comunista. Conviene soffermarsi su questo punto dirimente.

Lo studio dell'opera di Machiavelli convince Lefort del fatto che la divisione intorno alla quale si struttura ogni società non sia una divisione di fatto, non sia «l'effetto di una necessità 'naturale' provocata dalla scarsità di beni ma quella tra due desideri – comandare e opprimere, non essere comandati, né oppressi – che si definiscono solo l'uno in rapporto all'altro»[13]. Pur riconoscendo che qualsiasi società politica presuppone una certa concordia, ogni tentativo di eliminare il conflitto è destinato a produrre negatività, «diventa il segno di una società mutilata»[14]. E d'altronde che la lezione di Machiavelli resista alle evoluzioni della storia è confermato proprio dal comunismo, che, pur proponendosi la straordinaria impresa di emancipazione del popolo, ha prodotto nuove divisioni dopo aver distrutto la classe dominante[15]. Dunque, il conflitto non va meramente sovrapposto alla materialità degli interessi, ai rapporti di produzione[16]. Emerge infatti una ulteriore e inusitata dimensione del conflitto, vale a dire il suo carattere eminentemente simbolico. Entriamo così in un ambito concettuale particolarmente definente e complesso per l'elaborazione lefortiana. Qual è il rapporto tra carattere costitutivo del conflitto e la sua funzione simbolica?

3. *Il Potere, riflesso simbolico del sociale*

È solo il potere che rende comprensibile il sociale. Si tratta di un'esigenza epistemica centrale dell'apporto di Lefort allo studio della democrazia. Si può forse dire che il sociale – la sua struttura conflittuale come le sue dinamiche interne – può essere compreso solo ponendosi all'esterno del sociale stesso. A tal fine c'è bisogno di una messa in forma del sociale (mise en forme) in un luogo esterno al sociale medesimo – un luogo altro, diverso – e questo luogo

[12] C. Lefort, *Dialogo con Pierre Clastres*, in Id. *Scrivere, alla prova del politico*, cit., 278.

[13] C. Lefort, *Machiavelli e la verità effettuale*, in Id., *Scrivere, alla prova del politico*, cit., 145-6.

[14] *Ibidem*. Sulla persistenza e irriducibilità dei conflitti anche negli ordinamenti giuridici di democrazia costituzionale cfr. Azzariti, *op. cit.*, 275-7.

[15] Lefort, *Machiavelli e la verità effettuale*, cit., 151.

[16] Lefort, *Le nouveau et l'attrait de la répétition,* cit., 364-5.

è quello del potere. Il sociale, come dicevo, può essere inteso o osservato solo uscendo dal sociale medesimo e spostandosi nel luogo del potere, che diventa, a sua volta, costitutivo del sociale. Nessuna società umana si dà senza potere, senza un luogo in cui 'si riflettono' (ecco la dimensione simbolica) i principi della sua messa in forma[17].

Il potere e la sua rappresentazione sono elementi centrali della riflessione lefortiana, che assegna al potere uno statuto simbolico. Non bisogna però cadere nell'errore di pensare che la dimensione simbolica rimandi a qualche altra cosa; piuttosto la dimensione simbolica implica che in tanto il potere è efficace in quanto di esso possa darsene una rappresentazione.

Il lessico concettuale di Lefort fa uso frequente di queste tre funzioni ordinative: messa in forma (mise en forme), messa in senso (mise en ordre) e messa in scena (mise en scène), tra loro strettamente collegate. Nel dare forma alla funzione simbolica del potere, esse collegano sociale e potere. Con le parole di Lefort: «la nozione di messa in forma implica quella di una messa in senso (Piera Aulagnier) e di una messa in scena dei rapporti sociali; e cioè una società si rivela a se stessa, nell'organizzare questi rapporti, soltanto istituendo le condizioni della loro intellegibilità e dandosi, attraverso molteplici segni, una quasi-rappresentazione di sé»[18].

È questo il momento per ricordare che Lefort ha dedicato molta attenzione all'antropologia e alle società primitive o premoderne[19]. Non è possibile entrare nel dettaglio dei suoi studi antropologici. Si menziona tuttavia questo tratto della personalità dello studioso francese in quanto quelle che ho chiamato funzioni ordinative sono anche il portato di questi studi che contribuiscono a distanziare, sotto altri profili, Lefort dal marxismo e dalle scienze sociali. Difatti, la convinzione che l'essenza della società sia innanzitutto politica lo porta anche a pensare che a distinguere una società dall'altra sia innanzitutto una determinata messa in forma dei rapporti tra gli uomini, tra le classi o tra i gruppi, il cui principio è collegato al modo in cui si genera e si rappresenta il potere[20]. Contro ogni forma di economicismo e di storicismo, Lefort opta per il primato del politico e quindi del simbolico.

[17] B. Magni, *"Somiglianze di famiglia": Lessing, Arendt, Lefort*, Postfazione a Lefort, *Saggi sul politico*, cit, 341.

[18] Lefort, *Permanenza del teologico politico?,* in Id., *Saggi sul politico*, cit., 262; ma cfr. Lefort, *Staline et le stalinisme*, in Id., *L'invention démocratique*, cit., anche 118-9, dove Lefort osserva che 'mise en forme' e 'mise en scene' servono a mostrare che il potere non è un dato storico-naturale ma espressione di un'elaborazione collettiva.

[19] Cfr. Lefort, *Le forme della storia. Saggi di antropologia politica*, cit.

[20] Lefort, *Dialogo con Pierre Clastres*, in Id., *Scrivere, alla prova del politico*, cit., 276.

Ma il rapporto con il pensiero di Marx, anche quando è di presa di distanza, è costante. Lefort non dimentica il debito che ha con il filosofo tedesco nella misura in cui «Marx ci fa capire che una società non può rappresentarsi a se stessa, non può esistere come società umana, se non a condizione di forgiarsi la rappresentazione della propria unità»[21]. Allo stesso tempo, se nell'opera marxiana il potere è sempre un'istanza reale capace di unificare il sociale, la funzione simbolica del potere in Lefort lo rende indissociabile dalla sua rappresentazione[22]. Il potere è in quanto rappresentazione. Leggiamo il seguente passo di Lefort: «Se chiamiamo politica la 'forma' in cui si scopre la dimensione simbolica del sociale, non è per privilegiare i rapporti di potere rispetto ad altri, ma per far capire come il potere sia 'qualcosa' non di empiricamente determinato, ma di indissociabile dalla sua rappresentazione, e come la prova che ne viene fatta – allo stesso tempo prova del sapere, modo di articolazione del discorso sociale – sia costitutiva dell'identità sociale»[23].

Vale la pena di sottolineare un altro profilo della ricerca lefortiana. Pare di poter dire che, per quanto il potere rappresenti il sociale, il potere stesso è determinato dal sociale nella misura in cui lo riflette, lo simboleggia. In questo caso la distanza dal modello classico di democrazia, che non conosce altro se non la dimensione verticale dello spazio sociale, è ampia[24].

Avviandomi a concludere sul punto, è dunque la politica o il potere che istituisce la società, che le rivela il principio della sua messa in forma, coincidente con il conflitto tra parti avverse[25]. Il potere istituisce la società e fornisce anche l'orizzonte di senso ai suoi membri. Osserva Lefort che, indipendentemente dalle diverse epoche storiche, ogni gruppo umano evidenzia i segni di un'elaborazione in virtù della quale le proprie divisioni interne, a cominciare dalla più elementare, la differenza fra i sessi, assumono senso per ciascuno dei suoi membri[26].

[21] Lefort, *La genesi dell'ideologia nelle società moderne*, in Id., *Le forme della storia*, cit., 306.

[22] E. Molina, *Claude Lefort. La scrittura e il politico*, in Lefort, *Scrivere, alla prova del politico*, cit., 349.

[23] Lefort, *La genesi dell'ideologia nelle società moderne,* cit., 303. Ma già nello studio su Machiavelli Lefort osserva: «Mais l'apparition du pouvoir est elle-même un moment dans l'institution du social; c'est dans la mesure où il y a division de classe que s'engendre un pouvoir séparé. Ce dernier reproduit la division qu'il a pour tâche de surmonter» (*Le travail de l'oeuvre. Machiavel*, cit., 433).

[24] Lefort, *L'idea di umanità e il progetto di pace universale,* in Id., *Scrivere, alla prova del politico*, cit., 214.

[25] «À mieux dire, il [scil. il potere] est cette institution qui donne à un ensemble social son caractère de groupement politique»: Lefort, *Le pouvoir*, in *Le temps présent*, cit., 983.

[26] Lefort, *Le pouvoir*, cit., 984.

Sorge a questo punto una domanda: se lo schema istitutivo così riassunto riguarda tutte le società, cosa distingue una società dall'altra? Ancora una volta è la categoria del conflitto che permette di rispondere. L'ordine simbolico, secondo Lefort, non è infatti un sistema chiuso. Ogni società si confronta con la contingenza della propria organizzazione e al tempo stesso con l'esigenza di occultarla, nel senso che è sempre impegnata a trovare la ragione di ciò che è: ciò che è così come deve essere[27]. Appare così evidente che l'elemento di distinzione è dato dal modo in cui le società si riferiscono al conflitto[28]. Alcune si rapportano al conflitto neutralizzandolo o cancellandolo, altre riconoscendolo, come accade per la democrazia moderna[29]. Si deve ancora a Machiavelli aver capito che a collegare i desideri delle due parti sociali è l'esigenza che ciascuna ha di essere riconosciuta dall'altra. Se questa bipolarità viene meno, coagulandosi in uno solo dei poli, il potere perde la capacità simbolica di rappresentare l'intera società ripiegando su se stesso: «Quando ciò accade, il simbolico, che implica sempre il rapporto con l'altro, scivola nell'immaginario, con una perdita secca di capacità connettiva»[30].

4. *Il potere democratico è un luogo vuoto (e inappropriabile)*

Il riconoscimento del conflitto, dunque, è ciò che caratterizza la democrazia. La genesi e i caratteri della democrazia moderna sono tuttavia piuttosto complessi e articolati nell'elaborazione teorica lefortiana. Gioca un ruolo chiave la ricerca di Lefort sulla permanenza del teologico politico, che permette di comprendere i tratti differenziali della democrazia rispetto ai diversi regimi, siano essi collocati nell'antichità o nell'epoca pre-moderna (Grecia antica o Ancien Régime) siano essi contemporanei alle attuali forme democratiche (i totalitarismi)[31].

La democrazia moderna si distingue da tutte le forme di società conosciute per l'abbandono della credenza in un governo degli uomini retto dalle stesse leggi che governano l'universo e in una legge divina di cui il detentore del potere sarebbe il rappresentante. Lefort rinviene nel capolavoro di E.H. Kantorowicz su 'I due corpi del Re' una chiave interpretativa indispensabile per cogliere il passaggio dalla pre-modernità alla modernità. A tal fine partico-

[27] Lefort, *op. ult. cit.*, 984.

[28] In una prospettiva costituzionalistica cfr. sul punto la tipologizzazione di Azzariti, *op. cit.*, 122-3.

[29] Esposito, *op. cit.*, 171. Sulla «unità originaria del corpo sociale», vagheggiata ma non realizzabile, cfr. S. Prisco, *Costituzionalismi antichi e moderni tra strutture invarianti e specificità storiche*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2012, 17.

[30] Esposito, *op. cit.*, 205.

[31] Lefort, *Permanenza del teologico politico?*, cit., 255 ss.

larmente esplicativa delle tesi dello storico tedesco è la citazione che egli fa di una fonte anonima normanna del 1100 in cui la duplice natura del Re è esplicitamente teorizzata: «Dobbiamo così riconoscere [nel re] una *duplicità di persone*, una che deriva dalla natura, l'altra dalla grazia […] Una attraverso la quale, secondo le condizioni naturali, egli si eguaglia agli altri uomini; l'altra attraverso la quale, per l'altezza della [sua] deificazione e per il potere del sacramento [della consacrazione], egli eccelle su ogni altro. Per quanto riguarda la prima persona, egli è, per natura, un semplice uomo: riguardo all'altra, egli è, per grazia, un *Christus* cioè un uomo-Dio»[32].

Il corpo del Re, dunque, non è solo un corpo umano, un fatto empirico. Attraverso il corpo del Re, osserva Lefort, le società pre-moderne acquistano una 'forma' particolare nel quale il discorso sul politico viene sempre occupato da un discorso che porta verso l'esterno della società, verso un altro luogo, verso un invisibile mai messo in discussione. Come infrangere questa meccanica trasposizione verso un luogo altro, che è ancorato nella trascendenza? La risposta alla domanda coincide con la nascita della moderna democrazia. Uno dei tratti più interessanti della ricerca lefortiana consiste nel riconoscimento che l'irruzione del Moderno – irruzione che prende forma, in particolare, attraverso la Rivoluzione francese[33] – cancella la trascendenza ma conserva l'esteriorità, l'eteronomia. Il momento di passaggio è rappresentato dalla Rivoluzione francese, grazie alla quale i principi di libertà e uguaglianza diventano il paradigma dell'immaginario democratico, in ciò accompagnati dall'affermazione del potere assoluto del popolo. Il nuovo registro simbolico offrì un diverso lessico politico per criticare le diverse forme di diseguaglianza attraverso la Dichiarazione dei diritti dell'uomo[34].

Alla luce di quanto detto finora appare immediatamente comprensibile la rilevanza di questo rapporto tra interno ed esterno, funzionale alla stabilizzazione dei due poli del sociale e del potere in una dimensione che, tuttavia, non ha più bisogno di alcuna trascendenza. «Questa esteriorità, ovviamente, dobbiamo evitare di proiettarla nel reale; in tal caso non avrebbe più senso per la società. Piuttosto, conviene dire che indica un *fuori*, a partire dal quale essa si definisce. In tutte le sue forme, è sempre al medesimo enigma che rimanda: quello di un'articolazione esterno-interno, una divisione che istituisce uno spazio comune, una rottura che è contemporaneamente una 'messa in relazione',

[32] E.H. Kantorowicz, *I due corpi del Re* [1957], Torino, 2012.

[33] Cfr. almeno i saggi *Il Terrore rivoluzionario* (1983), *Pensare la Rivoluzione nella Rivoluzione francese* (1980), *Edgar Quinet: la Rivoluzione mancata* (1983), *La Rivoluzione come principio e come individuo* (1982), tutti in *Saggi sul politico*, cit.

[34] C. Mouffe, *Per un populismo di sinistra* [2018], Bari-Roma, 2018, 40.

un movimento di esteriorizzazione del sociale che procede di pari passo con quello della sua interiorizzazione»[35].

Il teologico politico permane, dunque, nella forma dell'articolazione esterno-interno[36]. E tuttavia questo 'fuori' ha un intenso carattere connotativo per la moderna democrazia, così come lo era, del resto, nel caso dell'epoca pre-moderna. Se in questa ultima la dimensione esterna era ancorata nel trascendente, nella democrazia moderna l'esteriorità del potere è simboleggiata da un luogo vuoto e inappropriabile[37]. Ciò vuol dire che la società per potersi istituire, passa per un'alterità, che è quella che la separa dal potere. Dice Lefort: «La democrazia moderna, secondo il nostro punto di vista, è il solo regime in grado di esprimere lo scarto tra simbolico e reale con la nozione di un potere di cui nessuno, principe o minoranza, può impadronirsi»[38]. Ciò esclude ovviamente anche qualsiasi riferimento all'idea di una teologia negativa[39]. In altri termini, nella società democratica, il vuoto non è più celato o mascherato, «ma riconosciuto in tutta la sua potenza simbolica»; la democrazia è, in poche parole, «il solo regime in cui lo scarto tra simbolico e reale mantiene il potere disponibile a essere continuamente scambiato dagli uni agli altri»[40].

Il fatto che, in una democrazia, del potere nessuno possa appropriarsi implica che il potere appartiene alla comunità dei cittadini o, formulata in maniera negativa, che il potere «non appartiene a nessuno *tra noi*»[41]; al contrario, «l'indicazione di un luogo vuoto procede parallelamente a quella di una so-

[35] Lefort, *Permanenza del teologico politico?*, cit., 269-70.

[36] Nella forma del Due, per dirla con Esposito, *op. cit.*, 215, il quale, a proposito di questi passaggi lefortiani, afferma «Nella democrazia, a fissare il rapporto del politico con lo spazio, il tempo, il mondo non è né l'Uno né l'Altro, ma il Due. Evitando di materializzare sia l'Altro, come fanno le società arcaiche, sia l'Uno, come fanno quelle di Antico Regime, il potere moderno coincide con la doppia divisione della società da se stessa e all'interno di sé».

[37] Il potere come luogo vuoto è un *locus classicus* della teoresi lefortiana. Per questa ragione il lettore perdoni la seguente lunga citazione, dove però mi sembra ben riassunto l'essenza del pensiero di Lefort: «La révolution démocratique moderne, nous la reconnaissons au mieux à cette mutation: point de pouvoir lié au corps. Le pouvoir apparaît comme un lieu vide et ceux qui l'exercent comme de simples mortels qui ne l'occupent que temporairement ou ne auraient s'y installer que par la force ou par la ruse; point de loi qui puisse se fixer, dont les ènoncés ne soient contestables, les fondements susceptibles d' être remis en question; enfin, point de représentation d'un centre et des contours de la societé: l'unité ne saurait désormais effacer la division sociale. La démocratie inaugure l'expérience d'une société insaisissable, immaîtrisable, dans laquelle le peuple sera dit souverain, certes, mais où il ne cessera de faire question en son identité, ou celle-ci demeurera latente» (Lefort, *L'image du corps et le totalitarisme*, cit., 172-3); ma più sinteticamente cfr. Lefort, *Le pouvoir*, cit., 991.

[38] Lefort, *Dialogo con Pierre Clastres*, cit., 273.

[39] Flynn, *op. cit.*, 21.

[40] Così Esposito, *op. cit.*, 214-5; cfr. anche Magni, *op. cit.*, 341.

[41] Lefort, *Permanenza del teologico politico?,* cit., 270.

cietà senza determinazione positiva, non rappresentabile come comunità»[42]. In quanto luogo vuoto nessuna condensazione è possibile tra potere, legge e sapere (come avveniva nel periodo pre-moderno), né è possibile alcuna certezza riguardo ai fondamenti.

5. *L'indeterminazione della democrazia*

È necessario soffermarsi sulle implicazioni di questa peculiare concezione del potere in democrazia.

La preclusione all'appropriazione è dunque condizione della persistenza della libertà politica. La distruzione del potere personale, monarchico istituisce le condizioni della libertà politica. «Ed è un fatto – osserva Lefort – che quest'ultima riesce a mantenersi finché il potere appare precluso all'appropriazione dei depositari dell'autorità pubblica, finché il suo luogo viene ritenuto non occupabile. Il potere diventa, e rimane, democratico quando si rivela come potere di nessuno»[43].

La democrazia è quindi l'unica forma di società desiderabile perché è anche la sola capace di conservare la doppia nozione di libertà politica e libertà individuale[44]. Verrebbe da aggiungere che, per quanto attraverso percorsi differenti, Lefort procede parallelamente a Kelsen, che mise in rilievo il nesso che la democrazia sa stringere tra libertà individuale e libertà politica[45].

E tuttavia la democrazia paga un prezzo caro per questa peculiare configurazione simbolica del potere, che potrebbe ricordare le concezioni procedurali. L'indeterminazione diventa, infatti, un tratto caratteristico della democrazia moderna. In maniera sintetica, in uno scritto sui diritti dell'uomo, Lefort osserva che l'originalità politica della democrazia si definisce per un doppio fenomeno: da un lato, un potere destinato oramai a rimanere in cerca del proprio fondamento; dall'altro, una società che accoglie il conflitto delle opinioni e il dibattito sui diritti[46]. Kelsen, a proposito della democrazia, parlava di relativismo, mentre Lefort la caratterizza per la «dissoluzione dei punti di riferimento certi. Essa inaugura una storia in cui gli uomini sperimentano una indeterminazione ultima»[47].

[42] *Ibidem.*

[43] Lefort, *I diritti umani e lo Stato sociale*, in Id., *Saggi sul politico*, cit., 40.

[44] Lefort, *Reversibilità: libertà politica e libertà dell'individuo*, in Id., *Saggi sul politico*, cit., 220

[45] H. Kelsen, *Essenza e fondamento della democrazia* [1929], 7-17 e *I fondamenti della democrazia* [1955-6], 115-127, entrambi in Id., *I fondamenti della democrazia*, Bologna, 1970, 3 ed.

[46] Lefort, *I diritti umani e lo Stato sociale*, cit., 48.

[47] Lefort, *La questione della democrazia,* cit., 29. Utili, a ulteriore commento del pensiero di Lefort, le parole di Esposito, *op. cit.*, 172: «la democrazia è l'unico regime a riconoscere, isti-

La democrazia e, in particolare, il governo rappresentativo non nascondono l'esigenza di legittimazione: la legittimazione non è mai garantita, anzi vi è solo ricerca di legittimazione[48]. La costante ricerca di legittimazione giustifica così il ruolo centrale che in democrazia ha il dibattito: «in altri termini – osserva Lefort – la democrazia moderna invita a sostituire la nozione di un regime regolato da leggi, di un potere legittimo, con la concezione di un regime fondato sulla legittimità di un dibattito sul legittimo e l'illegittimo – dibattito necessariamente senza garante e senza fine»[49]. Un dibattito interminabile, che rimanda ai fini dell'azione politica, alla legittimità e alla illegittimità, al vero e al falso e al menzognero, infine al dominio e alla libertà. Anche in questo caso sono forti le assonanze con il pensiero di Kelsen su rapporto tra democrazia e relativismo[50].

La procedura diventa così la strada per separare, sempre provvisoriamente, il legittimo dall'illegittimo[51]. Ciò spiega anche il ruolo preponderante che nelle democrazie assumono i valori, che sono intesi come moderno modo di pensare, implicante un soggetto che, in mancanza di un garante esterno, ricava da sé il principio della discriminazione tra giusto e ingiusto, bello e brutto, e così via[52].

6. *L'enigma dell'istituzione' e il ruolo del diritto*

L'indeterminazione della democrazia produce effetti anche sulla concezione del diritto. Mentre ancora nell'*Ancien Régime* potere, sapere e diritto si concentravano nella figura del Re, in democrazia essi si disincastrano[53]. Il diritto si autonomizza ma allo stesso tempo risulta impossibile fissarne l'essenza: «il diritto diviene in dipendenza di un dibattito sul suo fondamento»[54]. Il momento di distacco tra diritto e potere viene individuato da Lefort nella formulazione dei diritti dell'uomo, alla fine del XVIII secolo[55]. I diritti dell'uomo attestano

tuzionalizzandolo, l'assenza di fondamento»; si v. anche POLTIER, *op. cit*., 148-50.

[48] LEFORT, *Guizot. Il liberalismo polemico,* in ID., *Scrivere, alla prova del politico*, cit., 116-7.

[49] LEFORT, *I diritti umani e lo Stato sociale*, cit., 54; ID., *La dissolution des repères et l'enjeu démocratique*, in C. LEFORT, *Le temps présent. Écrits 1945-2005*, Paris, Belin, 2007, 563.

[50] KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., 143-50 e 170 sulla democrazia come discussione.

[51] Sulle soluzioni procedurali del conflitto cfr. AZZARITI, *op. cit.*, 216 ss., e in part. 232 ss. per l'esame dell'apporto kelseniano.

[52] LEFORT, *L'idea di umanità e il progetto di pace universale,* cit., 199-201.

[53] LEFORT, *La dissolution des repères et l'enjeu démocratique*, cit., 560, individua, più precisamente, «un phénomène di désincorportion et de désintrication du savoir, de la loi e du pouvoir»; così anche in *Droits de l'homme et politique*, in C. LEFORT, *L'invention démocratique*, Paris, 1981 e 1984, 64.

[54] LEFORT, *La questione della democrazia,* cit., 28.

[55] Pare di poter dire che il termine 'diritti umani' è usato da Lefort in senso molto ampio, tale da far riferimento anche a quelli che oggi chiameremmo diritti fondamentali o diritti costi-

e producono una nuova rete di rapporti tra gli uomini che il Marx de *La questione ebraica* non riuscì a intravvedere, preoccupato di affermare che solo «il comunismo segnerà con l'abolizione delle divisioni di classe, l'abolizione della distinzione tra l'economia, il giuridico, il politico, nel puro sociale»[56].

Nella cornice democratica il diritto perde il proprio fondamento tradizionale, non potrà più essere considerato immanente all'ordine sociale. «Ecco il paradosso: il diritto è detto dagli uomini (…), ma il diritto non può essere ridotto a un artificio umano»[57]. Il diritto diventa oggetto di esame costante nello spazio pubblico, nella precaria consapevolezza che «non esiste un'istituzione che, per natura, sia sufficiente a garantire l'esistenza di uno spazio pubblico in cui si diffonda l'esame del diritto»[58].

Accanto al contributo genealogico del diritto nella formazione delle moderne democrazie, è possibile rintracciare all'interno della teoresi lefortiana una dimensione ulteriore del diritto, più antica, che ne fa una sorta di invariante attraverso la storia e le diverse società. Per afferrarlo va rammentata l'impostazione antipositivistica di Lefort, fortemente critica verso la scienza politica, diretta a recuperare la dimensione filosofica dell'analisi sociale, nonché la convinzione che non esistano elementi o strutture elementari, entità (classi o segmenti di classe), che non vi siano rapporti sociali, né dimensioni dello spazio sociale che preesistano alla loro 'messa in forma'. Ciò permette a Lefort di rinvenire un grumo originario del sociale che si sottrae alla portata dell'agire e del sapere e che l'Autore definisce come l'«enigma dell'istituzione». Si tratta di qualcosa che va al di là delle differenze tra le varie società, del luogo in cui si spinge l'indagine e che conduce l'Autore a chiedersi se non si scorgano «le tracce di un'eredità, i segni di una rielaborazione di rapporti sociali e culturali anteriori, un reinvestimento – nel quadro di una nuova esperienza del mondo – di pratiche e credenze antiche»[59].

tuzionali. Va anche aggiunto che Lefort non manca di distinguere il ruolo assolutamente centrale delle libertà proclamate alla fine del XVIII secolo per la nascita del dibattito democratico. Se queste vengono colpite, tutto l'edificio democratico rischia di crollare. Al contrario, i diritti economici, sociali e culturali possono smettere di essere garantiti; la lesione non è mortale, il processo resta reversibile (l'Autore rinvia agli esempi dell'Inghilterra della Tatcher e all'America di Reagan (LEFORT, *I diritti umani e lo Stato sociale*, cit., 54-5).

[56] LEFORT, *I diritti umani e lo Stato sociale*, cit., 44; così anche in *Droits de l'homme et politique*, cit., 56. Sul punto cfr. anche C.MOUCHARD, *Siècle ouvert*, in LEFORT, *Le temps present*, cit., 19.

[57] LEFORT, *I diritti umani e lo Stato sociale*, cit., 56. Sembra possibile scorgere una convergenza, pur da prospettive disciplinari evidentemente differenti, tra la riflessione lefortiana e quella di AZZARITI, *op. cit.*, 101-5, sull'ordinamento giuridico come istituzione normativa e *sociale*, in cui il diritto è sempre e contestualmente *ordo ordinans* e *ordo ordinatus*.

[58] LEFORT, *I diritti umani e lo Stato sociale*, cit., 59.

[59] LEFORT, *Dialogo con Pierre Clastres,* cit., 293. Su questo profilo è indubbia l'influenza del maestro di Lefort, Merleau-M. Ponty: a tal proposito si v. la *Préface* di C. LEFORT, ai corsi di M.

Roberto Esposito ha così rinvenuto in Lefort un rappresentante significativo del pensiero istituente[60], che attribuisce un posto di primo piano al diritto in generale e che, più specificamente, si ricollega a quanto appena detto a proposito del ruolo istituente del diritto in democrazia, espressione dell'emancipazione del sociale da forme arcaiche di potere in cui la legge serviva a fissare il posto del dominante e del dominato[61].

7. *Popolo e istituzioni rappresentative*

In una prospettiva costituzionalistica la configurazione lefortiana del potere come luogo vuoto e inappropriabile è essenziale anche per comprendere il rapporto tra società, popolo e istituzioni rappresentative. La società – lo abbiamo visto – è caratterizzata da un conflitto perenne e ineliminabile. Ciò aiuta a spiegare, mi pare, il concetto giuridico di popolo, che nelle costituzioni moderne e contemporanee è sempre configurato come unità compatta, come 'identità senza differenza', per riprendere un'espressione già sopra riportata di Lefort[62]. La chiave per comprendere questa apparente discrasia tra il conflitto del sociale e l'identità del popolo viene offerta dal filosofo francese nel rapporto che si instaura tra il popolo e la legge. Caratterizzato dal suo desiderio di non essere dominato, il popolo «fa prova di un'impossibilità radicale, che lo destina a quella metafora dell'insieme sociale che è la legge – e che è lo Stato, in quanto si costituisce nello spazio della legge»[63]. Il carattere paradossale della democrazia – divisa in una dimensione di conflitto endemico e strutturale sul versante sociale e in una dimensione giuridica (costituzionale) in cui il popolo come identità rappresenta il punto di inizio e il punto finale di ogni discorso sulla politica – diventa visibile al momento del suffragio elettorale: «è proprio quando si ritiene che si manifesti la sovranità popolare e il popolo si attualizzi esprimendo la sua volontà, che le solidarietà sociali si dissolvono, il cittadino si trova isolato da tutte le reti entro cui si svolge la vita sociale per essere convertito in unità di conto. Il numero si sostituisce alla sostanza»[64].

MERLEAU-PONTY, *L'institution dans l'histoire personnelle et publique - Le problème de la passivité*, Paris-Belin, 2003, 5 ss.

[60] In collegamento con quello di noti giuristi come Santi Romano e Maurice Hauriou ESPOSITO, *op. cit.*, 173-4.

[61] LEFORT, *Permanenza del teologico politico?,* cit., 278.

[62] Sul punto anche POLTIER, *op. cit.*, 266.

[63] LEFORT, *Machiavelli. La dimensione economica del politico,* cit., 145.

[64] LEFORT, *La questione della democrazia,* cit., 29. E in altro luogo (*Dialogo con Pierre Clastres,* cit., 272) scrive: «In sostanza, il riferimento ultimo all'identità del popolo, al Soggetto istituente, si rivela una copertura dell'enigmatico arbitraggio del numero».

Il conflitto sociale viene così filtrato dalla nozione astratta, generale, universale di popolo per poi trovare forma nel luogo del potere. È qui, in questo luogo vuoto e inappropriabile, che si scarica il conflitto: «essenziale è il fatto che tutte le divisioni concrete si trasferiscano e si trasfigurino sulla scena in cui la divisione appare legittima»[65]. Insomma, il potere, che potremmo identificare con il luogo della rappresentanza, è il luogo dove si scaricano, legittimamente, i conflitti sociali[66].

La centralità del luogo della rappresentanza è irrinunciabile. Essa non può essere oscurata dal pensare che l'efficacia della rappresentanza possa essere contrastata o indubbiata dalla permanenza di un apparato dello Stato perché l'alternativa è solo lo Stato totalitario[67]. L'importanza della costituzione – in virtù della quale l'autorità pubblica viene stabilita, esercitata e rinnovata periodicamente a seguito di una competizione politica – non è offuscata dalla possibilità che punti di emersione e di limitazione del conflitto nelle costituzioni democratiche possano individuarsi, ad esempio, nelle clausole di eternità, nelle prescrizioni che vietano il mutamento, ma anche nella stessa rigidità costituzionale, che presuppone una forma di regolazione del conflitto, stabilendo che, sì, il potere è liberamente occupabile, a condizione che non si cambino le regole fondamentali del gioco democratico.

Il dispositivo istituzionale della democrazia impedisce, insomma, ai governanti di appropriarsi del potere; il suo esercizio viene sottoposto alla procedura di una rimessa in gioco periodica: «questo fenomeno implica un'istituzionalizzazione del conflitto»[68]. A tal proposito può essere interessante soffermarsi su un passaggio in cui il filosofo francese esamina una concreta forma di governo, quella statunitense, in cui il popolo – afferma – viene escluso dal funzionamento del sistema politico, non esercita alcun potere ma lo costituisce: «E contemporaneamente, il potere di cui il popolo rappresenta il punto d'origine si frammenta; non si condensa in alcun luogo; consiste in un sistema dove ogni elemento è suscettibile di contenere l'altro al suo interno, un sistema che trova il suo equilibrio nella sua dinamica»[69].

[65] Lefort, *Permanenza del teologico politico?,* cit., 272.

[66] In un registro meno teorico e astratto (*La dissolution des repères et l'enjeu démocratique*, cit., 562) Lefort osserva che «le pouvoir est indissociable de la division sociale dans la mesure où il suppose une compétition politique entre partis». Questa competizione è regolata dal diritto, sicché «on peut donc parler à juste titre d'une institutionnalisation du conflit, figurée par l'existence des partis politiques qui expriment, à leur manière, les intérêts et les droits en compétition dans la société».

[67] Lefort, *I diritti umani e lo Stato sociale*, cit., 50.

[68] Lefort, *La questione della democrazia*, cit., 27.

[69] Lefort, *Origini del repubblicanesimo*, in Id., *Scrivere, alla prova del politico*, cit., 181.

8. *Totalitarismo e democrazia*

Una larga parte della produzione di Lefort è dedicata all'analisi del totalitarismo, del suo rapporto con la democrazia, di come la dimensione del simbolico trasmodi, in questo regime, verso l'immaginario (ovvero verso rappresentazioni del potere che negano il carattere conflittuale della società). Non è possibile esaminare, in questa sede, le innumerevoli occasioni in cui Lefort, rompendo il silenzio che caratterizzava gran parte degli intellettuali marxisti, ha aperto la strada per una critica radicale alle involuzioni totalitarie del regime sovietico[70]. Un aspetto da sottolineare è che l'analisi del totalitarismo è condotta in parallelo allo studio dell'esperienza democratica della modernità[71]. E il punto di partenza può essere considerato ancora Machiavelli, che permette a Lefort di aggiungere un altro elemento critico nei riguardi del pensiero marxiano. In particolare il filosofo francese si chiede se Machiavelli non sia stato in grado di trovare una relazione tra divisione sociale e potere rispetto alla quale il pensiero moderno, in specie quello marxista, risulta essere sempre più cieco. Alla domanda risponde sostenendo che «ciò che Machiavelli coglie pienamente è la funzione del conflitto sociale come fattore del cambiamento storico»[72].

Mentre le democrazie sono società che, proprio perché riconoscono il conflitto, si aprono alla storia, il totalitarismo disconosce e nega il conflitto sociale, così negando la storia. Il contrasto appena delineato ci ricorda che è sullo sfondo della macchina totalitaria che va considerata la democrazia (e viceversa). Il totalitarismo comporta innanzitutto un mutamento d'ordine simbolico, in cui il potere assume uno statuto diverso: per un verso, si assiste a una condensazione di quelle sfere del potere, della legge e del sapere, che nella democrazia – lo abbiamo già osservato – si disincastrano; per un altro, si diffonde la rappresentazione di una società omogenea e trasparente a se stessa (quella di un popolo-Uno), in cui la divisione sociale viene semplicemente negata. Lefort

[70] Di particolare rilievo è la raccolta di saggi C. Lefort, *Élements d'une critique de la burocratie* [1971], Paris, Gallimard, 1979 e, in particolare, il saggio *Le nouveau et l'attrait de la répétition*, 355 ss.; e ancora il già citato volume *Un homme en trop*.

[71] La correlazione tra democrazia e totalitarismo è ripresa da Lefort in diversi lavori. In *L'image du corps et le totalitarisme,* in Id., *L'invention démocratique*, cit., 170 Lefort osserva efficacemente: «Le totalitarisme ne s'èclaire à mes yeux qu'à la condition de saisir la relation qu'il entretient avec la dèmocratie». A tale proposito E. Laclau, *La ragione populista* [2005], Bari-Roma, 2019, 156-8, rinviene un limite dell'analisi di Lefort, il quale avrebbe condotto le sue analisi esclusivamente sui regimi liberaldemocratici, senza prestare la dovuta attenzione alla costruzione dei *soggetti* popolar-democratici.

[72] Lefort, *Machiavelli. La dimensione economica del politico,* cit., 148. È grazie a Machiavelli, osserva Azzariti, *op. cit.*, 302-3, che sarà possibile considerare i «*conflitti*, prodotti dall'agire umano e dai soggetti politici determinati, gli imprescindibili elementi su cui fondare il governo politico della società».

individua in Tocqueville l'autore che aveva cominciato a riflettere sul contrasto tra totalitarismo, che, istituendosi all'insegna della creazione dell'uomo nuovo, si dispone contro l'indeterminazione e pretende di detenere la legge dell'organizzazione sociale, delineandosi segretamente come società senza storia, e democrazia, che si rivela la società storica per eccellenza, «la società che, nella sua forma, accoglie e preserva l'indeterminazione»[73].

Il parallelo costante tra democrazia e totalitarismo si spiega con la modernità dei due regimi[74]. Difatti, non bisogna confondere totalitarismo e dispotismo giacché quest'ultimo fa appello ad una potenza trascendente, mentre il totalitarismo chiude su se stesso lo spazio sociale, anzi rappresenta il sociale-totale[75]. In questa società ferma su di sé, in cui tutto è simbolico[76], l'ideologia acquista una funzione centrale in quanto legittimazione dell'ordine stabilito. A tale proposito Lefort osserva: «il testo dell'ideologia si scrive comunque con le maiuscole. Reca sempre i segni di una verità che fissa l'origine dei fatti, li racchiude in una rappresentazione e comanda l'argomentazione»[77].

9. *L'eredità di Lefort e il diritto costituzionale*

L'analisi della democrazia moderna svolta da Lefort ha influenzato molti autori contemporanei. Basti pensare a Ernesto Laclau, Chantal Mouffe, Miguel Abensour. Andrebbe sicuramente oltre le mie capacità analizzare nel dettaglio il rapporto tra questi autori e il pensiero di Claude Lefort. Piuttosto, giunto al termine di questa esposizione, vorrei provare ad evidenziare alcune suggestioni che il pensiero del filosofo francese offre al diritto costituzionale.

Sicuramente la più affascinante è quella che ho scelto come titolo del presente contributo. Al di là della formulazione seduttiva del concetto, l'idea del potere come luogo vuoto è il frutto del progressivo distacco di Lefort dal marxismo e dalla conseguente riscoperta del politico, non più subordinato all'economico, nonché della pluralizzazione del conflitto, cioè della non riconducibilità dello stesso ad un unico agente della storia (la classe proletaria, il partito o altro soggetto). Sarebbe interessante capire, a questo proposito, il rapporto tra Lefort e le posizioni di Ernesto Laclau e Chantal Mouffe[78]. Questi due au-

[73] Lefort, *La questione della democrazia,* cit., 25.

[74] Si sarà notato che 'regime' è un termine prediletto dal filosofo francese, in quanto è concetto capace di dare unità alle divisioni sociali e ai conflitti attraverso i quali si articola la società: Flynn, *op. cit.*, 180.

[75] Lefort, *La genesi dell'ideologia nelle società moderne,* cit., 334.

[76] Lefort, *Riflessioni sul presente*, in Id., *Scrivere, alla prova del politico*, cit., 319.

[77] Lefort, *La genesi dell'ideologia nelle società moderne,* cit., 320.

[78] Se ne veda un esempio in Laclau, *La ragione populista*, cit., 155-163; Mouffe, *Per un populismo di sinistra* [2018], Bari-Roma, 2018.

tori hanno infatti criticato l'«essenzialismo» di classe della sinistra, l'idea cioè per cui le identità politiche sono espressione della posizione occupata dagli agenti sociali nei rapporti di produzione, con la conseguenza che anche i loro interessi siano a loro volta definiti da tale posizione. Insieme all'idea di classe, i due autori hanno mostrato come il progetto emancipatorio non poteva più farsi coincidere con la lotta per l'eliminazione dello Stato[79]. In sintonia con il distacco di Lefort dalle più tradizionali posizioni marxiste, Mouffe osserva che «ci sarà sempre antagonismo, ci saranno sempre lotte e un'opacità parziale del campo sociale. È per questo che va abbandonato il mito del comunismo come società trasparente e riconciliata, prospettiva che implica la fine della politica»[80]. Anche in Mouffe, all'interno di una cornice agonistica della democrazia, la divisione sociale è costitutiva, comportante «l'impossibilità di una riconciliazione finale». Come Lefort, Mouffe ritiene che «lo scontro agonistico, lontano dal rappresentare un pericolo per la democrazia, sia in realtà la sua stessa condizione di esistenza»[81].

C'è almeno un altro filone della ricerca lefortiana che vorrei segnalare come di sicuro interesse per il costituzionalista perché tocca la questione della funzione del diritto (e dei diritti). Abbiamo visto come vi sia un nesso tra l'indeterminazione della democrazia, la necessità di un dibattito permanente su legittimo e illegittimo, il ruolo del diritto. Anche il diritto, privo di qualsiasi riferimento alla trascendenza, si produce grazie e in forza del dibattito intorno a se stesso. Accanto al diritto, l'analisi lefortiana ha dedicato grande attenzione ai diritti dell'uomo, che sono per lo studioso francese lo strumento principale di sviluppo della democrazia. In effetti, attraverso la richiesta di diritti nuovi – una richiesta che mai si esaurisce – il diritto viene perennemente messo in discussione e diventa, allo stesso tempo, strumento di superamento degli assetti sociali pregressi. Tale profilo è stato ripreso e sviluppato da M. Abensour, che ha letto i riferimenti di Lefort a una 'democrazia selvaggia' nel senso di una democrazia libertaria in cui «il diritto non è più pensato come uno strumento di conservazione sociale, ma come un'istanza rivoluzionaria, vale a dire come la fonte, nel senso forte del termine, di una società che si costituisce nella ricerca di se stessa»[82].

Si tratta, come si vede, di spunti che meriterebbero ben altro sviluppo. Vorrei tuttavia concludere ritornando sulla questione del popolo. Nella ricerca

[79] Cfr. in particolare E. Laclau, C. Mouffe, *Egemonia e strategia socialista. Verso una politica democratica radicale* [1985], Genova, 2011.

[80] Mouffe, *Per un populismo di sinistra,* cit., XIII.

[81] Mouffe, *op. ult. cit*., 95.

[82] M. Abensour, *La democrazia contro lo Stato. Marx e il momento machiavelliano* [2004], Napoli, 2008, 179.

lefortiana la nozione di popolo è centrale soprattutto per la configurazione del ruolo del potere nella democrazia moderna. Popolo è tuttavia nozione altrettanto centrale per il diritto costituzionale, per quanto sia rimasta una delle meno investigate dalla dottrina costituzionalistica italiana del periodo repubblicano[83].

Il popolo trova spazio non solo nelle costituzioni, ma in qualche modo ne rappresenta il presupposto, le istituisce nel senso che ne è il punto di partenza, di avvio; su di esso si costruisce l'intero sistema normativo democratico e soprattutto la sua organizzazione costituzionale. In suo nome agisce il singolo parlamentare, il potere legislativo e il potere esecutivo, in suo nome si scrivono le sentenze.

Appare quindi facile intuire la rilevanza giuridica del concetto di popolo. Il popolo istituisce l'ordine, prima di esso c'è solo, da un punto di vista soggettivo, la moltitudine, e da un punto di vista funzionale, il conflitto, la divisione (rappresentativa di questo scarto è la teoria del contratto, a partire da Hobbes). Funzionalmente, dunque, il popolo in senso giuridico, proprio in ragione della sua 'compattezza', serve a superare il conflitto, che caratterizza la società.

Popolo è nozione-chiave per il diritto costituzionale perché esso introduce l'ordine e l'unità. Come abbiamo avuto modo di vedere attraverso il richiamo che Lefort fa a Kantorowicz, fino alla Rivoluzione francese questa funzione di unità spettava al sovrano, che nel suo corpo conteneva anche la società. Con l'avvento delle democrazie questa funzione di unità e unificazione si trasferisce verso il popolo, che perde quella dimensione plurale, frammentata, cetuale, tipica dell'epoca premoderna, per assurgere a quella di un'identità senza differenza (per riprendere ancora l'espressione di Lefort). E così appoggiandosi a questa rappresentazione del popolo, è possibile svolgere alcune considerazioni conclusive (che spero di poter sviluppare in un prossimo lavoro e che, in questa sede, elenco in maniera sintetica).

La prima è che, raffigurandosi il popolo come identità, risultano oramai fuori fuoco tutte le rappresentazioni giuridiche che tendono a identificare il popolo con una parte dell'ordinamento giuridico. A tale proposito si possono ricordare i tentativi di identificare il popolo con lo Stato oppure di intendere il

[83] Ad oggi gli scritti più interessanti rimangono quelli di V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)* [1954], in Id., *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 91 ss., E.Tosato, *Sovranità del popolo e dello Stato*, in *Studi in onore di G.M. De Francesco*, II, Milano, 1957, 3 ss. e G.Amato, *La sovranità popolare nell'ordinamento italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1962, 74, tutti dedicati, non a caso, al tema della sovranità. A questi scritti si aggiungano le due voci enciclopediche di D. Nocilla, *Popolo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1985, R. Romboli, *Popolo*, in *Enc. Giur.,* 1990, XXIII e il volume di P. Pinna, *Il popolo rappresentato*, Torino, 2018.

popolo come organo dello Stato. Più convincente, a mio avviso, la tesi per cui il popolo è qualcosa di distinto dall'organizzazione statale, anche se il primo poi dirige la seconda, la controlla[84].

La seconda considerazione è che, in quanto identità, il popolo non è rappresentabile. E difatti, se il popolo è identità, chi e come può rappresentarlo? Certo, il costituzionalista risponde che la soluzione è il Parlamento. È lì che il popolo trova forma rispecchiandosi. Ma ciò avviene sulla base di una 'grossolana' finzione, che è quella del libero mandato parlamentare[85]. Questo istituto centrale per ogni democrazia rappresentativa è strettamente funzionale all'idea di popolo come identità: tanti singoli (i parlamentari) che non sono chiamati a rappresentare la parte o le parti bensì il tutto, l'intero, sia esso la Nazione come accade nell'art. 67 della Costituzione italiana o tutto il popolo come accade nell'art. 38 della Legge fondamentale tedesca.

Ci si può spingere a dire, alla luce di quanto appena detto, che la logica del libero mandato parlamentare si ricollega all'identità più che alla differenza? Come spiegare questa apparentemente inspiegabile tensione tra l'identità e la parte, che è insita nel momento costitutivo del Parlamento (alludo ancora al libero mandato parlamentare)?

La realtà è che i parlamenti, nelle democrazie, rappresentano, mettono in scena il conflitto più che l'unità, le parti piuttosto che il popolo. Il popolo in quanto tale, in quanto identità, sta sullo sfondo ed è e rimane irrappresentabile. Ecco perché Kelsen parlava di finzione. Inutile aggiungere che tutte le volte in cui il Parlamento ha ritenuto di riprodurre l'identità, il contesto istituzionale era quello del totalitarismo. La lezione di Lefort – che in questo segue Marx, per cui il popolo deve rappresentarsi come unità – aiuta, credo, a inquadrare meglio le tensioni non risolte dell'istituto della rappresentanza[86].

La terza conseguenza discende dalla seconda: il conflitto, nelle democrazie, si sposta nelle forme dell'organizzazione, del potere, lasciando il popolo intatto nella sua identità. Il conflitto che caratterizza la società non è rimosso bensì istituzionalizzato, trova forma nell'organizzazione (le 'forme' di cui parla l'art. 1, c. 2, della Costituzione italiana), innanzitutto in Parlamento. Una volta che il

[84] È la tesi di AMATO, *op. cit.*, 87, 97-8, che individua in Santi Romano un anticipatore di tale posizione (82).

[85] 'Grossolano' è il termine usato da KELSEN, *Essenza e fondamento della democrazia*, cit., 39.

[86] Mi pare particolarmente significativo la seguente riflessione in cui Lefort distingue tra potere che appartiene alla comunità e potere come luogo vuoto. Quest'ultima formulazione esclude che si possa dire che il potere appartiene alla comunità, «car, la souveraineté du peuple étant affirmé, c'est tacitement qu'il est admis que la nation n'est pas substantiellement une, qu'à proprement parler, elle n'est pas réductible à une communauté, puisque l'exercice su pouvoir reste toujour dépendant du conflit politique…» (LEFORT, *Le pouvoir*, cit., 991).

popolo non è stato più assorbito, espresso, incarnato nella figura del Monarca (a partire dalla Rivoluzione francese), il potere ha cambiato profondamente la propria struttura. L'istituzionalizzazione del conflitto, nelle democrazie moderne, implica che il potere sia un luogo vuoto e inappropriabile: *vuoto* perché tutti possono arrivarci e *inappropriabile* perché altrimenti si tornerebbe all'Uno, all'eliminazione del conflitto.

Domenico Bilotti[*]

L'APPORTO CULTURALE E RELIGIOSO NELLE RECENTI RIFORME DEGLI ORDINAMENTI LATINO-AMERICANI: PRIME OSSERVAZIONI

SOMMARIO: 1. Premessa. Le ragioni di una metodologia giuridica e di una scelta semantica. – 2. L'avvenire incerto dei due esempi paradigmatici: Argentina e Brasile. – 3. La difficile transizione oltre confessionismi e giunte militari: il caso di Messico e Cile. – 4. Prime acquisizioni conclusive: la stratificazione progressiva del dialogo interculturale e interreligioso

1. *Premessa. Le ragioni di una metodologia giuridica e di una scelta semantica*

Lo studio dei sistemi latinoamericani rappresenta, per le correnti sfide della giuridicità e la loro analisi, una opportunità per più profili unica. A dare sostanza a questa ipotesi di ricerca è la quantità di modelli empiricamente osservabili, che hanno corrisposto a un mutevole divenire di circostanze storiche, discipline positive e ascendenze culturali. Si arriverebbe al punto, anzi, da dover forse osservare che la riconduzione a un paradigma unitario – di là da alcuni molto generali punti di raccordo – sarebbe difficile, se non quando apertamente non percorribile, a pena di sacrificare la correttezza del dato scientifico.

Come noto, uno dei primi utilizzi accreditati e attendibili dell'espressione "America Latina" è stato attribuito allo scrittore José Maria Torres Caicedo, che dedicò un poemetto, forse enfatico, alle "due Americhe", introducendo perciò una distinzione essenzialmente linguistico-geografica[1]. Sintetizzando un processo di significazione giuridica invero più complesso, si trattava tutto sommato di distinguere secondo un duplice asse (che sarebbe presto divenuto pure economico e geopolitico): quello Nord/Sud, già ben noto alla cartografia; quello anglofono/latino, sulla base degli idiomi nazionali ufficiali. Si tratta di criteri molto approssimativi, che in ogni caso dovettero presto essere recepiti nella temperie culturale del tempo, se già Napoleone III, nella guerra del Messico[2],

[*] Professore associato di Diritto e Religione, Università Magna Graecia di Catanzaro, domenico_bilotti@unicz.it.

[1] Ricostruendo questa ormai consolidata ipotesi di spiegazione, A. MCGUINNESS, *Searching for "Latin America". Race and Sovereignty in the Americas in the 1850s*, in *Race & Nation in Modern Latin American*, a cura di N. P. Appelbaum, A. S. Macpherson, K. A. Rosemblatt, The University of North Carolina Press, Chapel Hill-London, 2003, 88-89.

[2] La pubblicistica sostanzialmente coeva fu in effetti impietosa (cfr. R. BERLINGHIERI, *I sette peccati mortali di Napoleone III*, Firenze, 1868, 9-14). Su quella impostazione imperiale, priva però di addentellati concreti nel vissuto sociale delle popolazioni che si tentava di assoggettare,

utilizzava correntemente quella dicitura. In realtà, la sua tenue capacità descrittiva e la sua sostanziale inettitudine regolativa si colgono immediatamente. Il Messico, ad esempio, è normalmente considerato appartenente all'America del Nord o, al più, in trattazioni più specifiche, a quella centro-settentrionale[3]. Se si accetta che America Latina sia perciò quella in cui si parlano il portoghese, il francese o lo spagnolo (lingue appunto neolatine), dovremmo definire alla stessa stregua la provincia canadese del Québec[4]? E non viene forse il dubbio che questa distinzione linguistica adotti come parametro alfabeti e fonemi desunti dai vecchi regimi coloniali, e non dalle comunità autoctone antecedenti alla conquista europea? È bene, perciò, sempre tesaurizzare una cautela opportuna, sotto il profilo dell'ermeneutica filologica come sotto quello dell'esegesi giuridica: teniamo ferma l'etichetta di una America "latina", visto che ormai identifica al senso comune certe caratteristiche, certi confini, certe comuni ascendenze costituzionali e sociali. La si mantiene, tuttavia, ben cogliendone la limitatezza, l'attitudine solo genericamente orientativa, lo iato ineliminabile tra il dogmatismo delle categorie e l'implementazione puntuale degli istituti.

Tra gli indicatori più frequenti, si è da sempre dovuto considerare il marcatore della composizione religiosa nelle diverse popolazioni. Per effetto non soltanto delle dominazioni coloniali, ma anche sulla base delle previe acquisizioni storiche ed etnografiche, in America Latina il cristianesimo è da secoli la religione più diffusa[5] – in un quadro di vivaci consuetudini locali, che sovente richiamano prassi e simbologie indigene precristiane. È in fondo la condizione tipica del cristianesimo nei territori extra-europei: aver dovuto misurarsi, assorbendone gli stili, ma epurandone gli usi teologicamente irriducibili al credo, con istituzioni tradizionali spesso lontanissime dal perimetro del monoteismo classicamente inteso. È quanto avvenuto in Cina, peraltro in periodi simili a quelli delle missioni latino-americane, col gesuita Ricci[6] o in Giappone con

anche la storiografia odierna appare intransigente. In proposito, F. Cardini, *Napoleone III*, Sellerio, Palermo, 2010.

[3] Sulla indisponibilità del vissuto storico messicano a una mera equiparazione all'America Settentrionale, tuttavia, riflessioni importanti anche in T. Turner, *Il sacro come alienazione della coscienza sociale: riti e cosmologia dei Cayapò*, in *Culture e religioni indigene in America*, a cura di L. E. Sullivan, Jaca Book, Milano, 1997, 253-256.

[4] Di interesse, per ragguagli costituzionali correlati alla presente analisi, S. Testa Bappenheim, *La nuova legge del Québec sulla laicità dello Stato: primi rilievi critici giurisprudenziali*, in *Diritto & Religioni*, n. 2/2021, 313-316.

[5] Si veda la ormai classica analisi di H. J. Prien, *Christianity in Latin America*, Brill, Leiden-Boston, 2013, 141-169.

[6] Una affascinante raccolta di testimonianze proprie del teologo maceratese può leggersi in M. Ricci, *Il cristianesimo in Cina. Autobiografia del primo missionario gesuita nell'Impero celeste*, a cura di V. Castellazzi, Jouvence, Milano, 2018.

missionari e predicatori autoctoni come San Paolo Miki[7]: l'inclusione come via per facilitare la conversione, a meno che quell'inclusione non finisse per postulare l'accettazione di pratiche incompatibili al dogma trinitario[8]. Non bastasse la teoresi teologica, è in tutta evidenza un problema innanzitutto giuridico-confessionale.

In tempi più recenti la questione ha, inoltre, acquisito una valenza tipicamente *endo-confessionale*. Appena un decennio addietro, parlare del cristianesimo latino-americano avrebbe essenzialmente significato trattare della Chiesa cattolica romana – e dei conflittuali movimenti sociali e teologici che a vario titolo ne contestavano la distanza dalle vertenze popolari e l'ipostatizzazione in una cornice essenzialmente gerarchica[9]. È il dato demografico che ha legittimato, ad esempio, un episcopato locale fortemente assertivo, al tempo dell'elezione pontificia di Bergoglio. Lo stato dell'arte è in rapida transizione e il cattolicesimo perde insediamenti e fedeli, anche in territori dove tuttavia permane più o meno nettamente maggioritario (Brasile, Cile, Nicaragua). Emergono sempre più spesso nuove Chiese e nuove aggregazioni religiose, che formalmente si richiamano al protestantesimo riformato – nell'attribuzione dei ruoli confessionali, nel posizionamento dogmatico, nella parzialmente diversa scansione rituale. Il loro approccio sembra in realtà virare verso un congregazionalismo generico, fortemente conservatore sul fronte dei diritti civili e molto limitatamente redistributivo nelle proposte di dottrina sociale[10]. Per quanto anche tali evoluzioni indiscutibilmente segnalino che nei pregressi

[7] Stando a una tradizione da tempo accolta e invero documentabile, lo sfortunato religioso nipponico subì la pena della crocifissione, in modo chiaramente spregiativo e a titolo di scempio – essendo in fondo quella comminatoria capitale non di tipica ascendenza estremo-orientale. Si veda, in uno studio più ampio, il rimando compiuto da L. Zampol d'Ortia, *Emotional Practices of Catholic Martyrdom in Early Modern Japan*, in *Profiling Saints. Images of Modern Sanctity in a Global World*, a cura di E. Frei, E. Rai, Vandenhoeck & Ruprecht-Brill, Leiden-Boston, 2023, 284.

[8] La necessità di questa metodologia di rapporti riverbera fino al diritto canonico positivo vigente. Cfr. G. Boni, *Il Codex Iuris Canonici e le culture*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (https://www.statoechiese.it), Settembre 2009, 1-23.

[9] Primi essenziali inquadramenti in M. T. Da Costa, *Human Rights and the Churches in Latin America: Brazil*, in *The Cambridge Dictionary of Christianity*, a cura di D. Patte, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2019, 575. Per un approfondimento in lingua italiana vedasi *Per un approccio alle teologie del contesto*, a cura di A. Mantineo, Soveria Mannelli, 2012.

[10] Su questo passaggio interveniva, con lungimirante cognizione di causa, Ph. Berryman, *Religion in the Megacity. Catholic and Protestant Portraits from Latin America*, Wipf & Stock, Eugene, 2006, 50-51. Su tematiche affini, sottolineando nuovamente le tipicità del subcontinente latino-americano, M. Ventura, *Nelle mani di Dio. La super-religione del mondo che verrà*, Bologna, 2021.

orientamenti non tutto fosse appropriato e popolarmente condiviso, si tratta in tutta evidenza di una transizione che, spostandosi dalla demografia religiosa al posizionamento etico-civile, potrà proiettare a lungo conseguenze dirompenti. Il giurista, viepiù, è stato fortemente invitato ad accorgersene, già alla mera analisi dei flussi elettorali, molte volte legittimanti, sul piano della rappresentanza politica, le svolte giuridico-legislative degli ultimi anni.

2. *L'avvenire incerto dei due esempi paradigmatici: Argentina e Brasile*

Nella trattazione dei modelli latinoamericani – pur osservatane la ricordata e probabilmente intrinseca pluralità di temi di indagine – un peso specifico particolare ha sempre avuto lo studio del sistema brasiliano e di quello argentino. L'uno e l'altro, si può azzardare, per ragioni almeno parzialmente diverse. Nel caso brasiliano, la peculiare e protratta influenza coloniale portoghese[11], rielaborata in chiavi tutte nuove nei decenni, è entrata in contatto con una demografia interna di grande vivacità, forgiata, a maggior ragione, dal convulso avvicendarsi di trasformazioni politiche anche drammatiche[12]. Come si vedrà, il Brasile ha in ogni caso accolto una accentuata propensione amministrativa e costituzionale di stampo federalistico[13]. Per certi versi, si è trattato di una scelta ancora più spiccata e autentica dell'altro grande modello post-coloniale, quello indiano, all'interno del quale le spinte accentratrici sono sempre state non occasionali, ben prima dell'attuale stabilizzazione della maggioranza di governo in un non celato orientamento nazionalistico[14]. L'esempio argentino, non privo di fasi critiche e dittatoriali di pari luttuosità, ha costituito un termine di paragone più ravvicinato, rispetto al sistema ordinamentale spagnolo, da cui si è progressivamente e non completamente emancipato. Nei numeri, tuttavia, l'Argentina è uno Stato più piccolo, probabilmente più coeso dal punto di vista etnico-razziale (e finanche socio-religioso), ma nella letteratura italiana la valenza paradigmatica è stata ulteriormente rafforzata dalle grandi migrazioni dal nostro Paese verso Buenos Aires – o anche in distretti più periferici. Ciò ha

[11] Il forte vincolo di derivazione, persistente nel sistema costituzionale dei due Paesi, si dimostra su una pluralità di istituzioni positive, come già poteva notare, pur con strumenti ermeneutici più approssimativi di quelli odierni, F. Walter, *Manuale del diritto ecclesiastico di tutte le confessioni cristiane*, Fratelli Nistri, Pisa, 1846, 104-105.

[12] Sull'influenza di quelle agitazioni anche nel contesto giusprivatistico, S. E. Alvarez, *Engendering Democracy in Brazil. Women's Movements in Transition Politics*, Princeton University Press, Princeton, 1990, 179-183.

[13] V. Afonso da Silva, *The Constitution of Brazil. A Contextual Analysis*, Hart, Oxford, 2019, 5.

[14] Si veda l'analisi critica di F. Alicino, *Nazionalismo e tradizione cultural-religiosa in India*, in *Coscienza e Libertà*, n. 56/2018.

favorito scambi di idee, confronti intergenerazionali, momenti di significativa condivisione e istanze di differenziazione più occasionali, ma non meno incisive.

Sul fronte della matrice etico-religiosa di alcune trasformazioni costituzionali, i due Stati mantengono, comunque sia, pertinenti profili di comparazione. Gran parte dell'associazionismo politico-militante ha colto tematiche e rivendicazioni che già venivano dalle comunità ecclesiali di base e dalla teologia della liberazione[15] – a lungo forte in entrambi i Paesi, al punto da suscitare una certa reazione negli ambienti ecclesiastici "ufficiali"[16]. In Argentina, resisi conto che i temi propugnati dalla liberazione riguardavano in definitiva le condizioni popolari e i loro costumi, una risposta di maggiore compatibilità istituzionale venne dalla teologia del popolo – ambiente di formazione, in fondo, di Papa Francesco. In Brasile, gli stessi protagonisti del filone delle teologie contestuali, nell'ambito delle quali la liberazione era la più connotata politicamente, persero gran parte dell'afflato iniziale, talvolta dividendosi tra loro, talvolta proiettandosi verso interessi di studio troppo eruditi per poter mantenere una stabile condivisione ecclesiale lontani dal vertice della gerarchia[17].

In ogni caso, il retaggio cristiano (e segnatamente cristiano di base) in Brasile è stato decisivo nell'immaginario della prima presidenza Lula[18], perché in essa trovava voce una generazione che aveva lottato, di là da appartenenze confessionali o specifici settarismi politici, contro il regime nazionale. E la sinergia tra istanze educative provenienti dal credo e temi sociali, che segnano una svolta rispetto all'autoritarismo velatamente classista del ceto militare locale, innerva una serie di disposizioni costituzionali. L'articolo 3 della Carta pone come scopo del sistema federale la costruzione di una società giusta e solidale; il successivo articolo 4 afferma a base delle relazioni internazionali il principio del non intervento (IV) e, ancor più, la supremazia dei diritti umani (II). Sul primo aspetto, la volontà di distaccarsi dal modello russo-statunitense della Guerra fredda era palese.

[15] Per un primo inquadramento S. Scatena, *La teologia della liberazione in America Latina*, Roma, 2008.

[16] Può leggersi D. Bilotti, *Una "teologia scomoda"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (https://www.statoechiese.it), Settembre 2009, 1-2.

[17] La duplica critica sulle frammentazioni interne e sulla diversificazione delle prospettive di studio è colta in modo essenziale e autentico in C. Boff, *Feet-on-the-ground Theology – a Brazilian Journey*, Wipf & Stock, Eugene, 2008.

[18] Sulla limitata performatività pratica di quell'immaginario, J. A. Cheibub, *Political Reform in Brazil: Recent Proposals, Diagnosis, and a Suggestion*, in *Brazil Under Lula. Economy, Politics, and Society Under the Worker-President*, a cura di J. L. Love, W. Baer, Palgrave-Macmillan, Basingstoke-New York, 2009, 9-25.

Le grandi potenze non avevano mai mancato di ingerire nel quadro delle vicende interne agli *Stati satellite*: il Brasile non aveva alleati così evidentemente dipendenti dalla sua ancora ridotta forza, e soprattutto non voleva reiterare l'equivoco di una legittimazione nelle relazioni internazionali passante per la capacità di influenzare gli ordinamenti terzi. Appare ben più problematico il secondo aspetto, quello relativo alla natura cogente attribuita al rispetto dei diritti umani. Proprio il rieletto Presidente, dopo la parentesi di un candidato populista conservatore, come Bolsonaro, intervenendo a una riunione propedeutica all'allargamento della partnership economica dei BRICS, ha espressamente dichiarato che in quella tipologia di negoziati non sarebbe stata richiesta la verifica sulla protezione dei diritti fondamentali[19]. Per quanto si tratti, certo, di relazioni che riguardano il partenariato monetario (con la chiara funzione di destabilizzare la dominante misurazione valutaria fondata sul dollaro), è risibile pensare che non verificare il grado di effettività dei diritti umani, negli ordinamenti interni partners, voglia dire rispettare il principio di non ingenerenza[20]. Se i diritti umani hanno funzione costituzionale di *condicio sine qua non* per avviare relazioni bilaterali, non vuol dire pretenderne coattivamente il rispetto altrui: ci si potrebbe attestare a non avanzare in quel tipo di relazioni.

Anche il sistema costituzionale argentino, alla pratica implementazione di vicende governative ultime, sembra palesare alcuni arretramenti rispetto al solco tracciato dal divenire delle disposizioni costituzionali. Si può al più sostenere che, a livello di fonte formale, la modalità operativa sia stata diversa. L'Argentina ha tenuto fermo il basamento del testo del 1853[21] – contribuendo a creare una specifica narrazione collettiva dell'indipendenza e della classe dirigente della metà del XIX secolo; il Brasile, alla revisione costituzionale, nonostante la pari insorgenza di fenomeni autoritari provenienti dai corpi militari e/o dalle ingerenze estere, ha preferito l'adozione di un testo di nuovo conio nel 1988. L'ultima revisione in Argentina è del 1994; l'impianto assiologico di alcuni principi è rimasto, come a permanere sembra essere una tipica accezione dei poteri amministrativi dello Stato. Questo asset culturale, che assegna allo Stato medesimo una funzione spesso di pedagogia sociale (erogatoria, centralista, legalista), è la vera faglia contro cui sembra andar a sbattere l'ambizioso e non sempre compiuto progetto dell'attuale presidente Milei. Il Partito Liber-

[19] Vedasi la lettura critica di M. Fernandez, *BRICS and Lula's Government Foreign Policy*, in *Latinoamerica21*, 17 September 2023.

[20] Sull'irriducibile tensione tra la non ingerenza nel diritto interno e l'azionabilità di tutele presso le giurisdizioni internazionali, A. Fabbricotti, *La protezione delle minoranze nel diritto internazionale. Attualità del tema tra corsi e ricorsi storici*, Tab, Roma, 2022, 37-41.

[21] Un articolato giudizio storico-giuridico sul periodo degli statuti liberali in *Liberal Thought in Argentina, 1837-1940*, a cura di N. R. Botana, E. Gallo, Liberty Fund, Carmel, 2013.

tario, di rivendicata vocazione antistatalista e antiburocratica[22], impatta su un parlamento nel quale la maggior parte delle forze, anche quelle elettoralmente affini, non vuole cedere su quella visione.

Tale prospettazione non ha mai voluto prescindere dall'intervento pubblico in economia e, anche se a sua giustificazione la motivazione etico-religiosa ha fatto da tempo spazio ad altre di promanazione secolare, è indiscutibile che l'opinione pubblica religiosa abbia ancora un ruolo nel *law-making* argentino e nella concretizzazione della sua *policy* a livello di apparato governativo[23].

Lo si è visto negli anni in cui proprio Francesco era al tempo vescovo di Buenos Aires e, pur su posizioni argomentativamente non distinte dalla tradizione magisteriale ecclesiastica, finiva poi nell'esposizione mediatica ad alimentare un belligerante conflitto pubblico, contro governanti e provvedimenti legislativi in materia di interruzione di gravidanza e riconoscimento del matrimonio egualitario[24]. Lo sta in fondo dimostrando la stessa presidenza Milei. A lungo, nella sua veste di conduttore televisivo e radiofonico, Milei ha polemizzato con la pratica cattolica, spingendosi a dire di preferire l'ebraismo; a seguire, in un innegabile processo di istituzionalizzazione del suo profilo, si è detto rispettoso di tutti i monoteismi del Libro. Infine, nella campagna presidenziale, caratterizzata da un liberismo economico difficilmente munito di consenso nell'opinione pubblica argentina, ha temperato la proposta, nei confronti dell'elettorato più conservatore, alimentando una non minoritaria campagna antiabortista[25]. Come in altre zone dell'America Latina, perciò, non è tanto l'adesione religiosa in quanto tale a rappresentare un tema di contesa – visto che a vario titolo i fedeli stessi hanno allentato in senso secolare la loro ottemperanza al precetto confessionale. Le religioni, semmai, hanno costruito nel tempo un patrimonio di credenze nel quale si sono specchiate sensibilità ideologiche e culturali persino molto distanti dalla pratica rituale in senso stretto. E tenerne conto è sicuramente un passo importante e necessitato nel tentato conseguimento del consenso.

La Carta costituzionale argentina, inoltre, palesa una certa continuità di nozioni e definizioni adottate, rispetto alle istituzioni giuridiche modellate lun-

[22] J. P. Villasmil, *Why Libertarianism Is Rising in Latin America*, in *Foreign Policy*, 16 November 2023.

[23] J. G. Navarro Floria, *Chiesa e Stato in Argentina*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1/2007, 27-42; J. C. Esquivel, *Religion and Politics in Argentina. Religious Influence on Legislative Decisions on Sexual and Reproductive Rights*, in *Latin American Perspectives*, n. 3/2016, 133-143.

[24] J. C. Esquivel, *Religion and Politics*, cit.

[25] C. Reutesward, C. Fernandez Anderson, *Why Milei Won't Succeed in Repealing Argentina's Abortion Policy*, in *LOOP-European Consortium for Political Research Blog*, 5 December 2023.

gamente dalla dottrina europea, segnatamente quella di *civil law* – essendo la prima sostanzialmente contemporanea ad alcune delle pagine più incisive della seconda[26]. È, ad esempio, molto netta la linea di demarcazione tra le norme di principio, che stabiliscono i criteri assiologici fondanti l'ordinamento, contenute fino all'articolo 43, e le sezioni di *ingegneria costituzionale* del testo (fino all'articolo 129), orientate alla definizione e alla delimitazione dei poteri pubblici. Non è un caso che proprio la revisione di queste ultime o, a costituzione invariata, una loro interpretazione, in un senso o in un altro, siano state *barometriche* nel qualificare i momenti dei diversi rivolgimenti politici sostanziali[27]. Che, ad esempio, il capo dello Stato sia munito di poteri legislativi soltanto in circostanze emergenziali, dall'ultima revisione del 1994 in poi, è, sì, stato sempre più spesso perimetrato in condizioni meno drammatiche che nel recente passato, ma la sensazione è in ogni caso quella che l'utilizzo dei poteri presidenziali si sia prestato a varie forme di strumentalizzazione politica[28].

3. *La difficile transizione oltre confessionismi e giunte militari: il caso di Messico e Cile*

Accanto alla asserita valenza paradigmatica del sistema argentino e di quello brasiliano, altri modelli hanno preso piede nella considerazione comparatistica. In una così vasta letteratura di riferimento, viepiù, ogni campione d'analisi che non tenga conto del tutto si presta ad apparire parziale e inavveduto: qualsivoglia selezione, per non essere del tutto arbitraria, deve adottare serrati indici discretivi, che giustifichino l'utilizzo di quegli specifici esempi, e non d'altri.

Se si guarda la tematica dal prisma delle ascendenze cultural-religiose, soprattutto nei Paesi tutt'oggi connotati da una alta percentuale di fedeli cattolici o, comunque sia, cristiani, gli ordinamenti cileni e messicani manifestano appropriati e conseguenti motivi di interesse.

Il sistema messicano è, da questo punto di vista, contemporaneamente del tutto singolare e ciononostante emblematico di un più generale contesto dell'area geografica. La costituzione messicana del 1917 è ritenuta la prima, nella storia mondiale, a includere tra le situazioni soggettive meritevoli di tutela i di-

[26] S. Zurbchen, *Religion and Society*, in *The Cambridge History of Eighteenth Century Philosophy*, II, a cura di K. Haakonssen, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2006, 800-801.

[27] Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2017, 64-67.

[28] Sia pure con specifico riferimento all'utilizzo dell'emergenza in materia di imposizione fiscale, A. Giraudy, *Democrats and Autocrats. Pathways of Subnational Undemocratic Regime Continuity Within Democratic Countries*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2015, 66-67.

ritti sociali[29] – persino con due anni di anticipo, rispetto al naufragato esperimento social-democratico e cristiano-progressista della repubblica di Weimar. I due testi arrivano a un risultato comparabile, ma sulla base di traiettorie giuridico-politiche segnatamente diverse (anche se, nell'elite politica messicana, le suggestioni più avanzate del diritto europeo circolavano col vivo interesse del dibattito specialistico).

Guardando alla realtà oggettiva di quei contesti, è possibile sostenere che nel disegno di Weimar i diritti sociali e il loro riconoscimento avessero una matrice *lato sensu* pedagogica: una pedagogia della cittadinanza, coordinata da uno Stato idoneo a garantire un certo livello di prestazioni[30]. Nell'America Latina, invece, e forse similmente al caso italiano, i diritti sociali hanno avuto un diverso percorso di conseguimento nell'autonomia scientifica – soprattutto per il tramite dell'analisi della politica economica, anche ai fini di quel fenomeno oggi studiato quale "clientelismo" politico.

Sul fronte delle culture religiose, d'altra parte, appare da rimarcare come già l'articolo 2 sancisca la natura originaria delle comunità indigene a base della nazione. Seppur esse sovente marginalizzate nei processi decisionali reali, quel riconoscimento è stato operato da un potere legislativo loro altrettanto spesso estraneo: la sola unità di misura per verificare se in esso la sanzione costituzionale abbia carattere esornativo o programmatico consiste negli statuti concretamente applicati nei confronti di quelle minoranze[31]. E, in realtà, la valutazione negativa è confermata dal vigente diritto delle autonomie locali, che si è espanso progressivamente e opportunisticamente, alla pari delle divisioni economiche e dell'incremento demografico – si pensi, in proposito, al riordino dei poteri attribuiti al distretto federale di Città del Messico[32]. Si noti viepiù che, se la riforma degli enti locali arriva per provvedimenti concatenatisi fino al

[29] Sulla innovatività e, d'altra parte, sulla fragilità di quel sistema, W. K. Taylor, *The Social Constitution. Embedding Social Rights Through Legal Mobilization*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2023, 6. Prospettive sulle potenzialità regolative dello Stato sociale, anche a beneficio dei diritti di libertà, in H.-R. Horn, *The Scope of Human and Social Rights in the Global Economic System*, in *Pluralism and Law*, a cura di A. Soeteman, Verlag, Stuttgart, 2003, 88-89.

[30] Si veda M. La Torre, *La crisi del Novecento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Dedalo, Bari, 2006.

[31] P. K. Eiss, *Epilogue: Beyond Alterity, Beyond Occidentalism: "Indigenous Other" and "Western Self" in Mexico*, in *Beyond Alterity. Destabilizing the Indigenous Other in Mexico*, a cura di P. L. Caballero, A. Acevedo-Rodrigo, the University of Arizona Press, Tucson, 2018, 284-296. Alla ricerca di una nozione *multilaterale* dei diritti umani, anche rispetto alle rivendicazioni collettive dei gruppi di minoranza, S. Prisco, *Costituzione, diritti umani, forma di governo. Frammenti di un itinerario di studio tra storia e prospettive*, Torino, 2014.

[32] Alcune contraddizioni vengono segnalate in D. Agren, *Mexico City Officially Changes Its Name to Mexico City*, in *the Guardian*, 29 January 2016.

2016, l'intervento più significativo in materia di politica religiosa è l'abrogazione del sistema anticlericale, avvenuta con la revisione del 1992[33]. Si è da allora ampliato lo spazio dell'educazione non statale, è stata autorizzata l'amministrazione dei beni in capo alle associazioni religiose e si è riconosciuto l'elettorato attivo al clero[34]. Misure largamente legittimate, invero, in uno Stato di tutt'oggi largamente preponderante maggioranza cattolica, nonostante il proselitismo mormone sia diffusamente in crescita lungo il confine statunitense del Paese[35].

Il tema dell'influenza nord-americana in Messico è molto forte soprattutto quanto alla disciplina migratoria, essendo che prevalentemente è il governo di Washington a riuscire a imporre regolazioni essenzialmente restrittive. Il quadro dei rapporti tra i due Paesi, nonostante le tensioni di confine, è sostanzialmente buono. Negli ultimi decenni, questo tipo di interafferenze è apparso tuttavia più marcato nei confronti del Cile, soprattutto al tempo della presidenza golpista di Augusto Pinochet. Varie speculazioni, ovviamente, hanno inteso sottolineare la stretta partecipazione della politica americana a quel rivolgimento. È però opportuno segnalare anche che, in special modo sui temi economici, l'ideologia repubblicana statunitense era penetrata con grande anticipo, rispetto alla presa del potere da parte del generale Pinochet. Quando, nella lunga esperienza del governo nazionalista tra il 1973 e il 1990, l'economista Milton Friedman fu accostato a una sorta di *consigliori*, ben oltre il mandato dei suoi stretti incarichi formali, pochi furono sorpresi[36]. Da decenni, persino durante le legislature a maggioranza radicale, democristiana o socialista, la Scuola di Vienna e quella di Chicago, accentuatamente liberiste in economia e fondamentalmente restrittive in riferimento alle libertà politiche e civili, avevano preso piede nell'accademia cilena[37].

Quel radicamento può, anzi, oggi apparire superiore persino alla presa di istanze anticlericali nella società messicana e cilena del secolo precedente.

[33] Di recente, su quella configurazione costituzionale, P. Valvo, *La libertà religiosa in Messico. Dalla rivoluzione alle sfide dell'attualità*, Studium, Roma, 2020.

[34] Alcune osservazioni tecniche sui risvolti applicativi della riforma in A. Rouquié, *L'America Latina*, Milano, 2000, 198-199.

[35] Non alterando però la fisionomia essenzialmente concordataria nella politica ecclesiastica zonale, nel sistema delle fonti e nei rapporti con la Chiesa cattolica. Un inquadramento sistematico, di là dai particolarismi segnalati *supra* nel testo, in A. Ingoglia, *L'America dei Concordati*, Padova, 2020.

[36] A. Martino, *Milton Friedman. Una biografia intellettuale*, Soveria Mannelli-Treviglio, 2005, 183.

[37] Al punto che oggi tornano di particolare utilità e interesse quelle letture che consentono di distinguere le proposte delle due Scuole, sul piano tecnico-giuridico, oltre che su quello politico-economico. V., per tutti, M. Skousen, *Vienna & Chicago. Friends or Foes? A Tale of Two Schools of Free Market Economics*, Washington, 2005.

Basti pensare alle accidentate, ma durevoli, sorti della costituzione del 1980. Il riformismo costituzionale cileno aveva conosciuto un momento di grande fermento nel ripristinato ordinamento democratico, sotto la presidenza Bachelet. All'insediamento del Consiglio costituzionale elettivo del 2023 fu però chiaro che l'intervenuta maggioranza repubblicana avrebbe cercato di forzare la Carta del 1980, in un testo sostanzialmente simile su una serie di indici (ivi compreso il pluralismo culturale, etnico e religioso)[38]. Nel dicembre dello stesso anno, perciò, il corpo elettorale si espresse in maggioranza a sfavore di un processo costituente che, per esser percepito davvero come tale, avrebbe potuto meglio lavorare sugli istituti della partecipazione procedimentale e dei corpi intermedi. E forse, dall'altra parte, sarebbe stato necessario correggere gli orientamenti di politica economica, riconosciuti in quanto sostanzialmente sfavorevoli alle classi meno abbienti, viepiù in un periodo di aumentate diseguaglianze sociali.

4. *Prime acquisizioni conclusive: la stratificazione progressiva del dialogo interculturale e interreligioso*

La recente attenzione a temi di riformismo costituzionale, tutela ecologica e inclusione civile, nelle comunità storiche di lingua e cultura autoctone, ha forse finito per enfatizzare gli elementi positivi, spogliandoli del riferimento a ogni istanza critica – soprattutto in fase di attuazione. I giudizi dovrebbero essere più articolati. Si celebrano ancora una non occasionale stagione di avanzamento legislativo, nei Paesi dell'area bolivariana, e una non meno intensa transizione politico-giuridica, nel resto del subcontinente. Si dovrebbe nondimeno ammettere che sono da tempo in atto anche moti controtendenziali, che rendono più difficile la proponibilità di analisi monodimensionali e prive di sfumature.

Quanto alla tutela ecologica, ad esempio, sarebbe da dover sottolineare che una risalente impostazione di ripensamento, in senso costituzionale e tuzioriorista, sulla protezione giuridica degli ecosistemi (penetrata, ancorché in modo sin qui proclamativo, anche in Italia[39]), non ha ancora una adeguata casistica di legislazione e provvedimentazione attuative. Sono, una volta di più, le corti nazionali a prendersi in carico la latenza degli altri organi istituzionali – spesso,

[38] Su limiti, origini e strutture di quella impostazione costituzionale A. M. Celis Brunet, *Chiesa e Stato in Cile*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1/2007, 43-65.

[39] Si veda la lettura demolitoria di G. Severini, P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa, modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in *Giustizia Insieme*, 22 Settembre 2021.

però, per altra via esulando dalle strette attribuzioni giurisdizionali, secondo un fenomeno ben noto nel diritto europeo[40].

L'attenzione ai diritti collettivi delle popolazioni indigene[41], in qualche modo rientranti in una fase di costituzionalismo ambientalista e progressivo, in ragione del rapporto che proprio quelle popolazioni hanno da sempre intessuto coi beni naturali, è per parte propria in corso di attenuazione. La difficile configurazione giuridica sull'elemento qualificante di quelle appartenenze di minoranza non può certo fungere da alibi. È oggettivamente complesso, per molte delle comunità formatesi ben prima delle colonizzazioni, stabilire se debba prevalere il parametro linguistico, religioso o rituale, nel rimuovere gli ostacoli, anche eminentemente normativi, alla loro piena esplicazione di soggettività giuridica. Pare, tuttavia, che, soprattutto in ordinamenti connotati da un tasso di effettività rispetto al disposto costituzionale non particolarmente apprezzabile o, comunque sia, perlomeno sotterraneo, il buon uso della legislazione generale possa forse conseguire risultati migliori – in tema di educazione scolastica e tutela minorile, prestazioni sociali e ripristino degli ambienti, politiche attive del lavoro e accesso alle cariche pubbliche … Quello che si richiede al giurista non è in fondo l'esaltazione particolaristica di questo o quell'uso in luogo di un altro, per quanto possano invero tutti tornare paradigmatici di sensibilità diffuse e generali. Dovrebbe aumentare l'attenzione collettiva, secondando, se del caso, l'applicazione delle norme già esistenti, senza pensare che la chimera di un alluvionale *jus condendum* sia per forza la risoluzione migliore a ogni problematica.

Sulle popolazioni indigene, il dibattito è aperto anche nei Paesi del Nord America[42] (o, se si preferisce, dell'America *non* Latina: definizione ormai non del tutto calzante, a considerare l'aumento degli ispanofoni nelle più grandi città statunitensi[43]). I diritti dei nativi sono allora maturi, in tempi in cui l'avan-

[40] Sulla dimensione del fenomeno in Italia E. Bruti Liberati, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2018.

[41] Sui legami tra i diritti delle comunità originarie e la tentata giuridificazione di una nuova coscienza ecologica, cfr., tra i molti, E. Peluso Neder Meyer, L. de Souza Prates, *L'interpretazione costituzionale della demarcazione delle terre indigene seconda la Corte Suprema Federale brasiliana: quadro temporale vs. teoria dell'integrità*, in *Questione Giustizia*, 9 febbraio 2024, 1-9. A testimoniare la perdurante attenzione dottrinale italiana in merito, v. anche L. A. Nocera, *La tutela del diritto alla terra dei popoli indigeni in America Latina tra carenze applicative e difficile implementazione della giurisprudenza della Corte IDH: il caso del Paraguay*, in *DPCE-Online*, n. 4/2018, 797-819.

[42] Già W. R. Echo-Hawk, *In the Light of Justice. The Rise of Human Rights in Native America and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples,* Fulcrum, Table Mountain, 2013.

[43] Bene, tuttavia, chi considerava si trattasse (e si tratti) di un linguaggio solo in parte sovrapponibile a un modello aulico di lingua ispanica e, piuttosto, aperto a una varietà indefinita di

zamento della loro sanzione costituzionale o legislativa sembra ridimensionarsi, rispetto ai più incoraggianti risultati del passato prossimo, per uscire fuori dal consueto binario concessorio del rapporto tra maggioranze e minoranze. Possono diventare, piuttosto, grande e vitale spazio di osservazione per un ripensamento delle categorie oggi al centro della più violenta esclusione sociale.

Anche il tema della tutela linguistica ha dimostrato i limiti di una sua accezione nei soli termini della legislazione speciale o della revisione costituzionale: quest'ultima più incisiva, più rilevante, più corale, ma non per questo in sé e per forza *self-executing*, fuori e dentro la dimensione processuale contenziosa. A margine delle cd. primavere arabe, ad esempio, le scelte costituzionali di Stati in quell'area importanti, come Tunisia e Marocco, fecero pensare a una stagione espansiva per i diritti delle minoranze etnico-linguistiche (in Marocco, il precedente più visibile era costituito dalle comunità berbere[44]). Possiamo dire, alla prima generazione di risultati attuativi finalmente in mano alla materialità dei rapporti giuridici instaurati dal nuovo regime, che quel tentativo è, se va bene, riuscito a metà. Anche in questo, tuttavia, lo studio dei sistemi latino-americani dimostra in pienezza lo scopo che si è tentato di declinare nello svolgimento: non comparto isolato da trattare sporadicamente e in appendice a trattazioni generali, ma specifico capo d'analisi, immediatamente connesso a situazioni altrove osservabili con pari intensità. Se si dovesse ricorrere a un'accezione pragmatica del dialogo interreligioso e di quello interculturale[45], essa non potrebbe che consistere nell'individuazione delle modalità migliori per favorire il bilanciamento e l'incontro, non l'arretramento dei margini di tutela o lo scontro tra comunità abituatesi a pensarsi irriducibili.

slang e localismi. Cfr. J. M. Lipski, *Variety of Spanish in the United States*, Georgetown University Press, Washington, 2008.

[44] Per stare a una valutazione comparatistica interna al continente africano, E. I. Udogu, *Human Rights in Islamic North Africa. Clashes between Constitutional Laws and Penal Codes*, McFarland & Company, Jefferson, 2020, 110-115; alcune contraddizioni, in quel modello di revisione, vengono analizzate in Y. Abouyoub, *Morocco: Reforming the Constitution, Fragmenting Identities*, in *Carnegie Endowment for International Peace*, July 6, 2011.

[45] Su questa pista interpretativa, R. Panikkar, *Cultures and Religions in Dialogue*, II, *Intercultural and Interreligious Dialogue*, Orbis Books, Maryknoll, 2018; S. Prisco, *La laicità come apertura al dialogo critico nel rispetto delle identità culturali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (https://www.statoechiese.it), n. 21/2021; M. Ricca, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, Palermo, 2012.

Roberto Bin[*]

DIRITTI FONDAMENTALI E CARTOGRAFIA DEL CONFLITTO

SOMMARIO: 1. Diritti e conflitti. – 2. L'importanza del *ring*. – 3. Il mercato e la sua vestale. – 4. Surdeterminazione. – 5. Delocalizzazione e immigrazione: trasformazioni del conflitto.

1. *Diritti e conflitti*

La premessa è scontata: il diritto nasce dal conflitto, la sua funzione immediata consiste nel regolare il conflitto tra interessi (e tra i loro portatori) fissando un punto di equilibrio – o forse, per dirla in termini meno irenici, una regola di prevalenza. Che si tratti del diritto privato, del diritto penale, del diritto amministrativo, del diritto costituzionale, la prospettiva non cambia di molto: sarà, rispettivamente, il conflitto tra gli interessi dei privati, il conflitto tra gli interessi della collettività e l'autonomia della persona, il conflitto tra interesse pubblico e interesse individuale, o del conflitto tra interessi delle classi che si contendono il dominio sociale e politico: in ogni modo il diritto nasce dall'esigenza di regolare il conflitto, ridurlo nella scacchiera delle mosse consentite, sdrammatizzarlo nelle forme del duello procedurale e processuale.

Il punto di bilanciamento degli interessi che si confrontano è sempre provvisorio, instabile, destinato ad essere superato e sostituito da un nuovo assetto normativo. L'evoluzione del diritto segue l'evoluzione del conflitto e quando smette di evolversi significa che il conflitto si è attenuato, ha perso la sua centralità e forse è stato soppiantato da un nuovo conflitto, sorto nel frattempo in un'area diversa da quella sinora messa a fuoco.

Non diversamente da tutti gli altri diritti, i diritti *fondamentali* sono punti di arrivo della ricerca di un assetto stabile e garantito degli interessi, di interessi che nascono e continuano ad affermarsi "dialetticamente", cioè in conflitto con altri interessi concorrenti. Nella misura in cui essi trovino la loro affermazione in Costituzione, codificano nelle sue disposizioni il punto di equilibrio, inevitabilmente precario, il bilanciamento tre istanze diverse e spesso opposte. Le norme costituzionali sui diritti sono perciò una sintesi, frutto di una stratificazione complessa di conflitti emersi con forza nella storia europea e delle composizioni che essi hanno ottenuto. In larga parte sono risposte a fasi diver-

[*] Già ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Ferrara. Il testo riproduce una relazione tenuta a Roma "La Sapienza" il 3 febbraio 2023 e ora in pubblicazione in *Diritti fondamentali e conflitto sociale*, a cura di A. Somma.

se della lotta di classe che ha per due secoli segnato le vicende europee. In epoca liberale i diritti costituzionali regolavano le garanzie minime ottenute contro la repressione del pensiero e dell'azione "sovversiva": la riserva di legge fissata nella costituzione "flessibile" – che, come ironizzava Marx[1], negava nel secondo comma quello che era affermato come «diritto assoluto» nel primo – affidava al parlamento censitario il compito di limitare l'ambito di applicazione dei diritti censiti. Nelle costituzioni del '900 è il suffragio universale a garantire le qualità della legge, cui la costituzione affida il compito di bilanciare gli interessi confliggenti. Per cui il conflitto sociale è regolato e trasferito in parlamento; la rappresentanza politica eletta a suffragio universale è la garanzia che l'assetto si mantenga stabile, affidando al giudice costituzionale il compito di bloccare eventuali sbilanciamenti prodotti dalla legge approvata dai rappresentanti del popolo – ircocervo che riassume in sé tutte le istanze che chiedono di essere riconosciute come "diritti".

2. *L'importanza del* ring

Il problema è che la competizione sociale richiede che sia delimitato lo spazio entro cui essa può prendere forma, l'"arena" in cui si svolge il confronto sociale, la gara elettorale, la rappresentanza e l'applicazione della legge: in una parola, implica la sovranità. Con ciò tiriamo in ballo uno dei concetti più ambigui e controversi della teoria politica: ma non per cercare di metterlo a fuoco (che sarebbe ambizione eccessiva, con tutta evidenza), ma solo per indicare come il fattore spaziale (che è solo un piccolo ingrediente nella costruzione del concetto) sia fondamentale per capire l'elemento critico della costruzione teorica e normativa della nostra visione dei «diritti fondamentali», esattamente come per capire che senso abbia parlare di «conflitto sociale». Quando Dieter Grimm, a conclusione del suo noto saggio sulla sovranità, afferma che «sovranità oggi significa anche difesa della democrazia»[2], è all'indissolubile legame che colloca il conflitto politico nel *ring* che fa riferimento. Senza le corde e i pali nei quattro angoli il *ring* non ci sarebbe: senza uno spazio definito il confronto diventerebbe un inseguimento infinito del più debole nei confronti del più forte. Ed è esattamente quello che sta accadendo nella nostra realtà e che rende perciò evanescente il conflitto sociale e la difesa dei diritti fondamentali.

L'imperialismo – o se vogliamo addolcire e modernizzare i termini, la globalizzazione – è la «fase suprema del capitalismo», come spiegava già Lenin più di un secolo fa: esso ha compiuto un'opera davvero strategica, ha delocalizzato

[1] *Il 18 Brumaio di Luigi Bonaparte*, Roma 1974², 69.

[2] D. Grimm, *Sovranità. Origine e futuro di un concetto chiave*, Roma-Bari, 2023.

il *ring* ove il capitale è chiamato a confrontarsi con le forze sociali antagoniste; ha cioè sottratto ai suoi competitori lo spazio e gli strumenti con cui lottare, costringendoli ad un inseguimento impossibile.

Non c'è dubbio che, in questo contesto, l'Unione europea abbia preso una posizione netta a favore di una parte contro l'altra: il «lavoro» – alla cui dignità e centralità la nostra Costituzione dedica, oltre a molti altri, il primo suo articolo, che non a caso è anche l'unico in cui si parla di «sovranità» – è degradato a merce e come merce è abilitato a circolare in uno spazio senza frontiere alla ricerca del prezzo più basso. Karl Polanyi ci aveva avvertiti che la trasformazione del lavoro in merce è la grande rivoluzione culturale che avrebbe stravolto il nostro mondo, ed è stato così anche grazie all'Unione europea: *One money, one market* è un raggelante studio preliminare al Trattato di Maastricht (tuttora leggibile in rete[3]) che chiarisce sino a che punto la degradazione del lavoro a merce possa segnare la fine dello storico conflitto sociale tra capitale e lavoro. L'ideologia del mercato è l'ideologia del capitale, e in essa il lavoro degrada a costo da abbattere per spingere la competitività delle merci prodotte.

3. *Il mercato e la sua vestale*

Purtroppo questa ideologia ha preso possesso delle istituzioni europee e, prima fra tutte, della Corte di giustizia. Essa ha fatto dell'integrazione del mercato la sua stella polare, l'interesse a cui è votata: ma l'integrazione del mercato guarda agli interessi del capitale, e quindi provoca un netto sbilanciamento degli interessi protagonisti del conflitto sociale storico. Il mondo del mercato europeo è un mondo di capitali e di merci, a quest'ultime essendo ridotto il lavoro. Avere come fine fondamentale l'integrazione del mercato europeo, comporta una rigida selezione degli interessi di cui la Corte di giustizia intende prendersi cura. Al punto che si potrebbe persino dubitare che la Corte di giustizia possa essere ancora considerata un giudice: perché ha perso quella caratteristica strutturale che un giudice deve avere in uno Stato di diritto, cioè l'*imparzalità*; il giudice deve perseguire un unico interesse, quello espresso dal mantra sempre ripetuto e ben espresso dall'art. 101.2 Cost., «*il giudice è soggetto solo alla legge*»; se invece il giudice *funzionalizza* la sua attività alla promozione di un interesse particolare – sia pure quello dell'integrazione dell'istituzione di cui fa parte – cessa di essere un giudice e si trasforma in un organo dell'amministrazione di settore, quella preordinata - appunto – alla promozione di uno specifico interesse. La differenza tra un organo giurisdizionale e un ufficio

[3] In *Euopean Economy*, 44/1990, https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication7454_en.pdf

amministrativo sta appunto in questo. Tanta parte della giurisprudenza delle Corte di giustizia può essere letta in questa chiave, cioè nell'acritico perseguimento dell'integrazione del mercato europeo e della rimozione degli ostacoli alla concorrenza (le «quattro libertà», di cui i lavoratori godono solo in quanto degradati a merce, libera di circolare senza barriere). Ostacoli e barriere sono senza dubbio, da questo punto di vista, tutte quelle norme nazionali che vengono poste a tutela delle dignità del lavoro

La stessa Corte di giustizia ha elaborato nella sua giurisprudenza due grimaldelli con cui scassinare qualsiasi barriera opposta al mercato in nome di interessi estranei alla sua liberalizzazione: mi riferisco alla giurisprudenza *Centros* (C-212/97), con cui si consente alle società commerciali di stabilire la propria sede fittizia in qualsiasi paese offra le condizioni più vantaggiose – più vantaggiose per il capitale, è ovvio, e a danno per il lavoro, come poi dimostrano le ben note sentenze *Viking*, *Laval* ecc.[4]; ma mi riferisco anche, al grimaldello ancora più antico, la famosa giurisprudenza degli anni '60 sulla supremazia del diritto europeo su quello nazionale che introduce il conseguente obbligo per il giudice nazionale di disapplicazione del secondo se in contrasto con il primo. Come si concili l'obbligo per il giudice di disapplicare la legge votata dal parlamento dello Stato da cui dipende con i «sacri principi» dello Stato di diritto – principi che giustamente l'Unione europea e la sua Corte vogliono che non subiscano deroghe negli Stati membri – è davvero difficile da spiegare. Nessuna spiegazione potrebbe prescindere dal fatto che la legge nazionale può vantare blasoni di «nobiltà democratica» a cui le norme di origine europea non possono in nessun caso ambire. Perché la legge nazionale ha le radici che affondano nel conflitto sociale "storico" e costruisce le garanzie costituzionali che ne regolano il corretto svolgimento; mentre le istituzioni europee appartengono a un mondo differente, dove quel conflitto si è risolto con la riduzione del lavoro a merce soggetta al mercato e il conflitto si è trasferito su un tavolo del tutto diverso, quello della competizione interna al capitale, tra settori e tra aggregati nazionali.

La stessa configurazione del *rule of law*, ridotta al principio di legalità e all'indipendenza del potere giudiziario dal potere politico, è una sorta di pantomima che riduce la portata storica del *Rechtsstaat* a una filigrana in cui due soli sono i fili intrecciati: i giudici nazionali sono invitati a violare il rispetto del principio di legalità "interno" per assicurare la prevalenza del diritto europeo, e nessun condizionamento possono ricevere dal potere politico nazionale. Se si legge ciò che scrivevano gli inventori della teoria del *Rechtsstaat* (il principio

[4] Del tutto condivisibili le considerazioni critiche di A. Guazzarotti, *Neoliberismo e difesa dello Stato di diritto in Europa*, 2023, 137 ss.

che secondo la Corte di giustizia traduce adeguatamente il *rule of law*, essendone l'equivalente) si sorprenderà a leggere la domanda teorica con cui Robert von Mohl rispondeva ai suoi critici che sostenevano una visione altrettanto ridotta e formale di quella che piace alla Corte di giustizia: chi vorrebbe e potrebbe vivere in uno Stato che si preoccupasse solo della giustizia e non prevedesse alcuna politica pubblica[5]? Il *rule of law* cui si appella la Corte europea è ridotto al mercato regolato e garantito da giudici indipendenti e nulla più: è una concezione formale che tradisce la stessa tradizione europea. Ben si comprende allora che la reazione delle istituzioni europee alla soppressione delle garanzie di indipendenza della magistratura in Ungheria e Polonia sia avvenuta attraverso un regolamento che fa scattare sanzioni finanziarie come risposta a comportamenti degli Stati che minaccino gli interessi finanziari dell'Unione europea, in primo luogo quelli che distorcono la concorrenza, come le procedure di appalto. Che in quegli stessi paesi si fossero introdotte anche norme molto gravi per la tutela del lavoro non viene percepito affatto come un'infrazione a cui si debba reagire[6].

4. *Surdeterminazione*

Questo significa che, dissolto il conflitto storico tra capitale e lavoro, sono ormai affievoliti anche i diritti fondamentali, che di quel conflitto segnavano i punti fermi, raggiunti con tanta fatica? Certo che no.

Per decenni il conflitto tra capitale e lavoro ha dominato la scena e si è sovrapposto agli altri conflitti sociali che si erano sviluppati lungo *cleavage* diversi: movimenti sociali reclamavano il riconoscimento di "valori" ormai non più minoritari e ottenevano precisi riconoscimenti legislativi. Si pensi alle lotte contro la discriminazione delle donne e per la riforma dei rapporti di famiglia. Capitava anche che un conflitto si sovrapponesse materialmente all'altro: in Italia, le grandi manifestazioni di massa per il divorzio e per l'aborto, per esempio, sono state "appoggiate" sulle spalle organizzative del sindacato pur non essendo coinvolti direttamente gli interessi dei lavoratori in quanto tali.

Si è verificato un effetto di «surdeterminazione» (per usare il termine freudiano ripreso da Althusser[7]) che sembra nascondere nelle trame del conflitto sociale storico conflitti sociali diversi, che non sempre si offrono senza veli alla vista. Per un verso erano conflitti "storici", tipici delle aspirazioni li-

[5] «*Wer möchte und könnte in einem Staate leben, der nur Justiz übte, allein gar keine polizeiliche Hülfe eintreten ließe?*»: *Die Polizei-wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Volume 1, Laupp Tübingen 1832, 9 (in nota).

[6] Cfr. A. Guazzarotti, *op. cit.*, 36.

[7] L. Althusser, *Contraddizione e surdeterminazione*, in *Per Marx*, Roma 1972, 183 ss.

berali contro l'apparato autoritario dello Stato; ma poi sono comparse rivendicazioni un tempo non pensabili. Era in uso negli anni passati parlare di «nuovi diritti»[8], collocati sul crinale che separa il diritto dall'etica, sospinti da esigenze generate specie laddove la scienza offriva nuovi strumenti con cui affrontare i nodi più profondamente connessi alla vita umana. Oggi, quando nel dibattito pubblico si parla di diritti fondamentali, si fa riferimento essenzialmente a queste prospettive: l'orientamento sessuale, la procreazione, la cura, la morte. Il lavoro sembra retrocesso in secondo piano, almeno laddove non sia coniugato alla discriminazione su base dell'identità sessuale o di provenienza etnica. Ma anche questa è una conclusione che va guardata criticamente.

Il sistema del mercato e la ferrea legge della concorrenza riproducono di continuo situazioni di sfruttamento del lavoro e di emarginazione sociale: le *banlieue* non sono un fenomeno solo francese, ma la Francia ha mantenuto una tradizione di rivolta sociale che altrove si è persa. Il fenomeno della concentrazione della ricchezza è un fenomeno mondiale, che ha però in Italia uno dei suoi picchi statistici. A parte le zone di vera e propria emarginazione sociale, prive di una fonte stabilire di guadagno, quello che più fa impressione è quel fenomeno che non senza una dose di pietismo si è ormai soliti denominare «lavoro povero»: con riferimento alle persone che, pur avendo un rapporto di lavoro stabile, non ne traggono un vantaggio economico sufficiente ad uscire dalla zona di povertà. Sono anch'esse vittime della concorrenza e dell'*outsourcing* a cui imprese ed altri soggetti ricorrono per assicurarsi servizi indispensabili all'assolvimento dell'attività principale. Non solo le imprese – si badi - che si trovano a cercare soluzioni che abbassino i costi e rendano quindi più competitivi le merci e i servizi prodotti; ne sono protagonisti anche gli enti pubblici, costretti anch'essi ad una politica di contenimento dei costi. È così che università e ospedali, persino gli uffici di polizia, ricorrono a soggetti esterni per assicurarsi i servizi di vigilanza, custodia e pulizia. Questi servizi, pur indispensabili alla produzione dei beni e dei servizi che sono l'oggetto principale della attività istituzionale, sono retribuiti con salari molto inferiori a quelli relativi all'attività principale: ecco da dove nasce la riduzione dei costi, garanzia di competitività.

Non sono – si badi – esempi di lavoro «in nero» o precario, ma di lavoro contrattualizzato, retribuito però con salari che non consentono di superare il livello della «povertà assoluta» (che il Censis fissa a poco più di 839 euro mensili); i lavoratori sono costretti ad ammazzarsi di straordinari per cercare di raggiungere i fatidici 1000 euro al mese. Sicché è capitato che il giudice

[8] Per una critica alla categoria dei «nuovi diritti» rinvio a R. Bin, *Critica alla teoria dei diritti*, Milano, FrancoAngeli 2018, 55 ss.

del lavoro[9] sia intervenuto per dichiarare l'invalidità dello stesso CCNL che, non rinnovato negli anni, non garantisce livelli di retribuzione corrispondenti a quel livello di retribuzione capace di assicurare al lavoratore e alla sua famiglia «un'esistenza libera e dignitosa», come prescrive l'art. 36 Cost. È difficile ritenere che in un paese come l'Italia, in cui un quarto della popolazione è «a rischio povertà» (è sempre il 36° *Rapporto Censis* a dircelo), le condizioni del conflitto sociale siano superate. È piuttosto che esse non sono fatte risalire alla controparte, cioè ai datori di lavoro italiani, anch'essi soggetti alle regole della concorrenza e del mercato.

5. *Delocalizzazione e immigrazione: trasformazioni del conflitto*

È dunque l'allargamento della dimensione del *ring* a rendere difficile che capitale e lavoro trovino luoghi di confronto e di scontro, se non episodici e statisticamente poco rilevanti, poco chiari anche nella loro definizione. La libertà di delocalizzazione delle imprese ha reso impossibile che il conflitto sorga in ambito nazionale; ma anche la dimensione europea appare difficilmente delimitabile, oltre a dimostrarsi spezzettata al suo interno proprio a causa dei diversi interessi nazionali. Rileggere a distanza di un secolo e mezzo il *Manifesto* di Marx e Engels fa impressione perché il loro appello all'unità dei lavoratori presenta la stessa necessità e le medesime implicite difficoltà che si potrebbero rilevare oggi. Il fronte del conflitto sociale non è più tracciabile con un tratto sicuro e quindi si dissolve in episodi locali e saltuari, che fanno da termometro di un malessere che non trova né rimedio né modi di manifestarsi in una dimensione più vasta. Ma, d'altra parte, gli effetti della globalizzazione, sebbene la sua crisi sia ormai conclamata, rendono lo spazio del conflitto sociale incomprensibile se non proiettato su una dimensione mondiale, per il resto non cartografabile.

L'Europa vive in una serra che traccia con severità i confini tra dentro e fuori. Il dentro è troppo vasto e troppo diviso per istituirsi come uno spazio in cui possa svilupparsi il tradizionale conflitto tra capitale e lavoro, che pure le enormi distanze sociali dovrebbero alimentare. Ma il fuori è troppo esteso per non costituire una minaccia per le strutture delicate della serra. Dentro la serra sembra che il conflitto sia sporadico e non minacci affatto la tenuta delle strutture portanti: la regolazione (apparentemente) burocratica della temperatura e dell'umidità mantiene in stato di efficienza l'impianto, marginalizzando le zone di crisi che sporadicamente si manifestano e vengono represse dalle forze

[9] Trib. Milano, sent. 673/2022, del 22 marzo 2022. Il CCNL dichiarato illegittimo è «Istituti di vigilanza privata - Servizi fiduciari».

dell'ordine degli Stati (come è accaduto per le rivolte in Francia). Ma fuori la serra i nodi vengono al pettine.

Come per tutte le serre, anche per l'Unione europea è una questione di squilibrio delle condizioni "fisiche" tra dentro e fuori – tra un dentro che è in lento declino demografico e un fuori che all'opposto è demograficamente in espansione, per dirne una; e poi si dovrebbe aggiungere una riflessione sull'enorme divario di ricchezza e di condizioni di vita. Da sempre le città ricche si sono difese dalla invidia del contado erigendo mura e difendendole con le armi: ma questo modo di proteggersi dal conflitto non può durare a lungo. L'immigrazione finirà con destabilizzare gli equilibri europei, a rendere più profonde e intollerabili le ingiustizie sociali che si manifestano sotto l'apparente assenza di conflitto sociale.

È evidente che già oggi il gran tema dei diritti fondamentali si ripropone in relazione al trattamento degli immigrati. Sono loro quindi i protagonisti del nuovo conflitto sociale. E siamo soltanto all'inizio.

Giovanni Blando[*]

GIUSTIFICARE LA LIBERTÀ RELIGIOSA. BREVE NOTA CRITICA SULLA *RELIGIONE SENZA DIO* DI RONALD DWORKIN

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Libertà religiosa e teismo. – 3. Indipendenza etica ed eccezione. – 4. Le tre tesi fondamentali del pensiero di Dworkin: basi per una critica. – 4.1. Il problema dell'eccezione. – 4.2. La dimensione esterna della libertà religiosa. – 4.3. La limitazione funzionale della libertà religiosa. – 5. Conclusione.

1. *Introduzione*

Una delle questioni centrali nella traiettoria intellettuale di Salvatore Prisco è, indubitabilmente, quella della laicità. In questo mio breve intervento vorrei occuparmi di un aspetto specifico di questa questione, relativo alla tutela della libertà religiosa riconosciuta negli Stati costituzionali di diritto. La domanda di fondo da cui prendo le mosse è la seguente: perché la stragrande maggioranza degli Stati liberal-democratici offre protezione alla libertà religiosa dei propri cittadini? Detto altrimenti: cos'è che conferisce tanta importanza alle credenze religiose dei cittadini da meritare una protezione speciale in questi contesti?

Una risposta ovvia a questa domanda potrebbe fondarsi su ragioni di tipo storico; tuttavia, non è questa la risposta che cerco. Sono piuttosto interessato a discutere alcune idee sul perché sia importante, *da un punto di vista morale*, proteggere, attraverso il diritto, la libertà religiosa degli individui. Una domanda simile è posta da Brian Leiter in relazione al concetto di tolleranza:

> Le ragioni storiche del "posto d'onore" accordato alla tolleranza religiosa – scrive Leiter – sono ben note. Tuttavia, – continua – è sorprendente notare che nessuno è stato in grado di articolare un argomento credibile e pienamente fondato a favore della tolleranza della religione in quanto tale, cioè un argomento in grado di spiegare perché, da un punto di vista morale, dovremmo concedere alle pratiche religiose un trattamento speciale sia nel diritto che nell'etica[1].

Naturalmente, non credo di essere in grado di fornire una risposta definitiva a questa domanda; mi limiterò quindi, più modestamente, ad offrire alcuni

[*] Ricercatore di Filosofia del Diritto. Università degli Studi di Napoli Federico II. giovanni.blando@unina.it.

[1] B. LEITER, *Perché tollerare la religione*, trad. it. G. B. Ratti, Milano, 2016, 9.

spunti per un dibattito che, almeno per come lo considero io, lungi dall'essere meramente teorico, ha una grande rilevanza pratica nei contesti altamente pluralistici e conflittuali in cui ci muoviamo oggi. La sua rilevanza pratica dipende, certamente, da cosa intendiamo per «religione» e dalla questione se la religione, in quanto tale, meriti una protezione speciale da parte degli Stati liberal-democratici.

Prima di iniziare, però, mi sembra necessario chiarire una premessa. In questa presentazione mi riferirò alla libertà religiosa come a uno di quei diritti che Ronald Dworkin definisce «politici», cioè quei diritti che «lo Stato non ha alcun potere di limitare, anche se promulga leggi finalizzate a cancellarli o limitarli»[2] e che normalmente sono sanciti in documenti normativi gerarchicamente superiori a tutti gli altri, le Costituzioni. Tuttavia, devo precisare questa mia adesione alla definizione dworkiniana sotto due aspetti. Il primo è che essa trascura il fatto che, nella stragrande maggioranza dei casi, la stessa comunità politica che riconosce un diritto si riserva, più o meno esplicitamente, il potere di limitarlo; e questo mi sembra, per le ragioni che spiegherò più avanti, qualcosa da tenere presente. L'articolo 19 della Costituzione italiana, ad esempio, afferma che «Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume». La seconda è che in questa sede assumo una nozione molto ampia di Stato (inteso come comunità politica), che comprende anche la comunità politica «sovranazionale» e le carte e le convenzioni che quest'ultima elabora a tutela dei diritti umani: in questo modo, intendo estendere le considerazioni che farò a tutte quelle disposizioni che, a livello sovranazionale, offrono tutela ai diritti umani e, in particolare, al diritto alla libertà religiosa.

2. *Libertà religiosa e teismo*

Per svolgere queste mie considerazioni vorrei 'sfruttare', per così dire, le argomentazioni di Ronald Dworkin, che nel suo ultimo libro, *Religion without God*, pubblicato postumo nel 2013, ha cercato di fornire una risposta a questa domanda. «Il *leitmotiv* del libro» – come lui stesso afferma – è che «la religione è più profonda di Dio»[3], sicché sarebbe opportuno abbandonare la «rozza» distinzione tra persone religiose e non religiose perché «Molti milioni di persone che si considerano atee hanno convinzioni ed esperienze simili e altrettanto

[2] R. Dworkin, *Cosa sono i diritti umani?*, in *Ragion Pratica*, 2/2007, 469-480, 470.

[3] R. Dworkin, *Religion without God*, Harvard University Press, Cambridge, 2013 (d'ora in avanti RWG), 1.

profonde di quelle che i credenti considerano religiose»[4]. La strategia dworkiniana di dissociare la religione dal «teismo»[5] non si fonda sulla negazione della rilevanza storica delle religioni basate sulla credenza in un dio, ma piuttosto sulla natura «interpretativa» stessa del concetto di religione, che impone a chi lo usa in un determinato contesto di «prendere posizione su cosa» lo stesso concetto «dovrebbe significare»[6]. Ciò vuol dire che, in linea con quanto sostenuto in *Justice for Hedgehogs*[7], nessuna interpretazione dei concetti politici più fondamentali può basarsi esclusivamente su basi fattuali, a meno che tali concetti non vengano privati del loro status politico. Si tratta di un aspetto delicato, e non sempre ben compreso, della teoria dworkiniana che vale la pena approfondire.

Lo status di un concetto non dipende da qualche sua caratteristica ontologica, ma piuttosto dall'uso che ne facciamo e dal fine che cerchiamo di raggiungere analizzandolo. Il concetto su cui Dworkin si sofferma maggiormente è, come noto, quello di diritto e non a caso, in *Justice in Robes*, egli propone una distinzione tra varie declinazioni di esso. In particolare, Dworkin distingue tre «concetti» di diritto: un concetto *sociologico*, cioè quello che utilizziamo per definire e analizzare «un certo tipo di struttura istituzionale sociale» (quando ci chiediamo, ad esempio, se le società primitive fossero dotate di un vero e proprio diritto); un concetto *tassonomico*, cioè quello che utilizziamo per identificare le diverse norme di una comunità politica dotata di un diritto nel senso sociologico appena indicato; e, infine, un concetto *dottrinale* di diritto, che serve a studiare il diritto nei suoi effetti pratici: attraverso questo concetto, in sostanza, ci chiediamo che cosa il diritto di una determinata comunità politica ci permette (obbliga, vieta) di fare o, in altre parole, quali diritti e obblighi si possono rivendicare in suo nome[8]. Com'è noto, all'interno della teoria dworkiniana, le questioni concettuali di quest'ultimo tipo godono di una certa priorità e, per affrontarle, Dworkin ritiene indispensabile ricorrere a ragionamenti sui principi morali che si trovano alla base di una determinata comunità politica[9]. Tuttavia, ciò non significa che le altre imprese (sociologiche e tassonomiche) siano prive di significato.

[4] RWG, 2.
[5] RWG, 5.
[6] RWG, 7.
[7] R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge-Mass., 2011.
[8] R. Dworkin, *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge-Mass., 2006, 1-5.
[9] V. su tutti R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge-Mass., 1986, spec. 225 ss. Per un'analisi più approfondita di quest'aspetto fondamentale della teoria dworkiniana mi permetto di rimandare a G. Blando, *Il cruccio della legittimità. Studio sulla* jurisprudence *di Ronald Dworkin*, Napoli, 2024, spec. 197 ss.

Lo stesso discorso, anche se non esplicitamente affrontato da Dworkin, può essere esteso al concetto di religione. Ha senso, ad esempio, porsi domande «sociologiche» sulle religioni più diffuse in un determinato contesto; così come ha senso analizzare, da un punto di vista «tassonomico», i vari precetti religiosi che una determinata religione si è data. Ma il concetto di religione può anche essere utilizzato, in una pratica discorsiva morale, per chiedersi quali diritti e doveri derivino dall'adesione a una visione religiosa della vita. In un tale discorso, le ragioni sociologiche o tassonomiche avranno una portata limitata, poiché tali domande troveranno una risposta soddisfacente solo su basi assiologiche: in questa tipologia di discorsi, come scrive Dworkin, si tratta di «separare le questioni scientifiche da quelle valoriali»[10], chiedendosi cosa faccia sì che un certo atteggiamento nei confronti della vita possa essere definito «religioso». Se cercassimo di rispondere a questa domanda adottando una prospettiva puramente sociologica o tassonomica, dovremmo concludere che solo le religioni istituzionalizzate o con codici di comportamento ben definiti possano essere definite tali. Tuttavia, una simile risposta lascerebbe fuori una serie di convinzioni altrettanto profonde sul senso della vita; saremmo quindi costretti a trovare una giustificazione per questa esclusione.

Dworkin percorre la strada opposta, ossia quella di trovare una giustificazione per l'inclusione nella stessa categoria, da un punto di vista «religioso», delle convinzioni, teistiche o meno, sul senso della vita. Queste convinzioni condividono, a suo avviso, due premesse fondamentali: la prima è che «la vita umana ha un senso o un significato oggettivo» e la seconda è che ciò che chiamiamo «natura», cioè «l'universo nel suo complesso e tutte le sue componenti», ha un «valore e una meraviglia intrinseca»[11]. Queste due premesse sono accettate da chi adotta un atteggiamento religioso come «questione di fede»"[12], come qualsiasi altra questione di giudizio di valore[13]. In questo senso, l'unica differenza tra le religioni «teistiche» e quelle non teistiche consisterebbe nel fatto che le prime aggiungono alla componente «valoriale» una componente «scientifica», utilizzata per spiegare questioni di fatto, come, ad esempio, la nascita dell'universo[14].

3. *Indipendenza etica ed eccezione*

Questa premessa sul significato della religione serve a Dworkin per proporre una reinterpretazione del diritto alla libertà religiosa; questo diritto, che

[10] RWG, 9.
[11] RWG, 10.
[12] RWG, 23.
[13] JH, 1.
[14] RWG, 23.

«compare nelle costituzioni politiche e nelle convenzioni sui diritti umani di tutto il mondo»[15], potrebbe essere riletto alla luce di questa concezione più ampia della religione. Naturalmente, anche nei confronti di questo diritto si possono adottare atteggiamenti diversi: chiedersi quali siano le ragioni storico-sociologiche del suo riconoscimento esplicito; o ancora quali siano le norme di un determinato ordinamento giuridico che riconoscono direttamente o indirettamente questo diritto. Queste domande, tuttavia, lasciano aperta un'altra questione che per Dworkin è sempre stata di fondamentale importanza. Quando una comunità politica, nazionale o sovranazionale, riconosce espressamente un diritto politico, come quello della libertà religiosa, lo fa attraverso un linguaggio «ampio» e «astratto», lasciando ai membri di quella stessa comunità il compito di interpretarlo, guidati dalla convinzione che queste dichiarazioni esplicite richiamino principi morali[16]. Si pone quindi il problema di trovare una giustificazione per il diritto politico sulla base delle idee più fondamentali di giustizia che governano quella particolare comunità politica. In questo senso, scrive Dworkin, «fa una notevole differenza pratica ciò che conta come religione per queste disposizioni»[17]; se per religione si intende solo quella che include una componente teistica, allora tutti coloro che non credono in un dio non sono protetti dal riconoscimento esplicito di questo diritto[18]. Ed è così che la maggior parte delle persone lo intende. Tuttavia, «l'interpretazione dei concetti costituzionali fondamentali», insiste Dworkin, «non dipende dalle interpretazioni comuni o dalle definizioni del dizionario», ma piuttosto dalla loro componente «ideale», cioè dal ruolo valutativo che essi svolgono nella comunità politica. La questione non riguarda cosa i membri di una data comunità politica intendano convenzionalmente per religione, ma piuttosto perché è importante, da un punto di vista valoriale, che una comunità politica protegga questo diritto individuale.

Legare la risposta a questa domanda al fatto che alcuni esseri umani credano in un dio è, per Dworkin, insoddisfacente, sicché si rivela necessario

> identificare qualche interesse particolarmente importante che le persone hanno, un interesse così importante da meritare una protezione speciale da pregiudizi pubblici o di altro tipo.[19]

Tuttavia, questo interesse non può essere la semplice fede in un dio. Se guardiamo alla giustificazione assiologica di questo diritto, consideriamo infatti

[15] RWG, 106.

[16] R. Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, New York, 1996, 2.

[17] RWG, 106.

[18] RWG, 106-107.

[19] RWG, 111.

ingiusto vietare ai credenti (teisti) di osservare i precetti imposti dalla loro religione: lo consideriamo una violazione della loro dignità. Tuttavia, questo argomento non giustifica una limitazione della protezione garantita dal diritto alla libertà religiosa alle sole religioni teistiche: ad esempio, osserva Dworkin, «gli atei hanno spesso convinzioni sui loro doveri che sono altrettanto imperative per loro»[20]. Ci si chiede allora se questo diritto non protegga qualcosa di più profondo della semplice fede in un dio, ponendosi la domanda più generale su quale possa essere la base per l'assoggettamento autonomo degli individui ad un insieme di imperativi morali. Ricordiamo che, per Dworkin, qualsiasi atteggiamento religioso si basa, come minimo, sul giudizio di valore che «la vita umana ha un senso o un significato oggettivo». Partendo da questo giudizio di valore fondamentale, Dworkin deduce che «ogni persona ha un'intrinseca e ineludibile responsabilità etica di fare della propria vita un successo»[21], responsabilità che accomuna teisti e atei. Questa responsabilità implica, a sua volta, quella che Dworkin chiama «indipendenza etica», cioè la libertà di ogni individuo di scegliere come vivere la propria vita sulla base di un giudizio etico intangibile:

> Dovremmo semplicemente dichiarare – scrive Dworkin – che le persone hanno diritto, in linea di principio, al libero esercizio delle loro convinzioni profonde sulla vita e sulle loro responsabilità, che derivino o meno da una fede in Dio, e che il governo dovrebbe essere neutrale nelle politiche e nelle spese nei confronti di tutte queste convinzioni.[22]

Il rischio di una giustificazione così ampia della libertà religiosa, come avverte giustamente Dworkin, è che essa si trasformi in una «libertà fuori controllo»[23]. Egli ipotizza allora due possibili limitazioni di questo diritto: una limitazione «funzionale», attraverso la quale la comunità politica si riserva il compito di esaminare il ruolo svolto dalle scelte etiche di un individuo nella sua vita in generale (e, in particolare, il suo «fervore» e la sua comparabilità con la credenza in un Dio), e una limitazione «sostanziale», attraverso la quale si cerca di restringere l'ambito delle scelte etiche individuali che ricadono nell'ambito di tutela di questo diritto attraverso una valutazione oggettiva, cioè facendo riferimento all'oggetto della convinzione. Tuttavia, Dworkin ritiene inadeguate queste due forme di limitazione: la prima, perché si basa su un parallelo tra convinzioni teistiche e non teistiche, che mantiene le prime come riferimento principale e richiede un'operazione analogica difficile da applicare

[20] RWG, 114.
[21] RWG, 114.
[22] RWG, 117.
[23] RWG, 117.

nella pratica; la seconda, semplicemente perché attribuisce al governo il potere di scegliere tra credenze sincere e insincere, violando «il principio fondamentale secondo cui le questioni di valori fondamentali sono una questione di scelta individuale, non collettiva»[24]. Come superare l'impasse?

Riprendendo alcune tesi già esposte in *Justice for Hedgehogs*, Dworkin sostiene che ogni «libertà politica», compresa quella religiosa, si basa, da un lato, sull'«indipendenza etica» e, dall'altro, sulla maggiore resistenza rispetto ad altri diritti alle ragioni offerte dal governo per limitarli[25]. Dworkin cita gli esempi della libertà di espressione e del diritto al giusto processo[26], definendoli «diritti speciali», e si chiede se abbiamo qualche ragione per concedere anche alla libertà religiosa lo status di diritto speciale. L'unico modo per farlo, sostiene Dworkin, è «trasformare», per così dire, il diritto alla libertà religiosa in un più generale diritto all'indipendenza etica. Questa operazione, pur limitando le ragioni del governo per limitare questo diritto (il governo non potrebbe limitarlo solo perché «un modo di vivere la vita […] è intrinsecamente migliore di un altro»[27]), consentirebbe comunque a quest'ultimo di limitarlo per varie ragioni: «per proteggere altre persone dal male», «per proteggere le meraviglie naturali», «per migliorare il benessere generale»[28].

La possibilità di limitare in modo così significativo il diritto alla libertà religiosa, prospettata da Dworkin, è piuttosto sorprendente. Tuttavia, egli la sfuma in modo importante ricordando che il valore della libertà deve sempre essere letto insieme a quello della «eguale considerazione e rispetto», per cui un legislatore che volesse limitare il diritto alla libertà religiosa (o, meglio, all'indipendenza etica) dovrebbe comunque prestare attenzione al fatto che «qualche gruppo considera l'attività che si propone di proibire o penalizzare come un diritto sacro», prevedendo, laddove non metta in pericolo la politica perseguita, una «eccezione» per quel gruppo[29].

4. *Le tre tesi fondamentali del pensiero di Dworkin: basi per una critica*

La proposta di Dworkin di sostituire il diritto alla libertà religiosa con un più generale diritto all'indipendenza etica ha generato un intenso dibattito e fa parte di quell'insieme di teorie politiche che tentano di giustificare, da un punto di vista politico e assiologico, il riferimento alla religione nella maggior parte

[24] RWG, 123.
[25] RWG, 130.
[26] RWG, 131-132.
[27] RWG, 130.
[28] RWG, 131.
[29] RWG, 136.

delle costituzioni, convenzioni, trattati ecc. Tutte queste teorie considerano il mero riferimento letterale alla religione nei testi appena citati (o alle intenzioni storiche di chi ha promulgato il testo) come insufficiente a conferire una protezione speciale alle religioni convenzionali[30]. Non riassumerò qui, anche per ragioni di spazio, le varie posizioni sul punto. Mi limiterò a mettere a fuoco le radici della proposta di Dworkin, rileggendo, con qualche intento critico, l'idea avanzata in RWG alla luce di queste radici.

In generale, trovo che l'idea esposta nella RWG sia coerente con quelle esposte in tutta la sua traiettoria intellettuale. In un precedente lavoro[31], ho suddiviso questa traiettoria intellettuale in tre tesi fondamentali, coerenti tra loro: 1) la tesi dei diritti (TD), esposta principalmente nella raccolta di saggi del 1977, *Taking Rights Seriously*; 2) la tesi del diritto come interpretazione (TDI), presentata nel libro del 1986, *Law's Empire*; e 3) la tesi del diritto come branca della morale politica (TDBM), collocata alla fine della sua ultima opera, *Justice for Hedgehogs*, del 2011.

Molto brevemente:

- secondo TD, i membri di una determinata comunità politica godono di una serie di diritti morali che possono utilizzare contro lo Stato e quindi anche contro le decisioni prese dalle sue istituzioni. Da questa tesi deriva un corollario (molto importante anche per il discorso sulla libertà religiosa) secondo cui, citando Dworkin, «un governo responsabile deve essere pronto a giustificare tutto ciò che fa, specialmente quando limita la libertà dei suoi cittadini»[32].
- Secondo la TDI, il diritto deve essere inteso come una pratica sociale argomentativa in cui l'unico modo per comprendere quali diritti e doveri reciproci abbiamo è quello di interpretarlo, cioè di attribuire un valore alla pratica e di rileggere i materiali giuridici della pratica (costituzione, leggi, regolamenti, ecc.) alla luce di questo valore[33].
- Infine, secondo la TDBM, il diritto non è altro che una branca, una suddivisione, della morale politica, intesa quest'ultima come quell'ambito della ragione pratica attraverso il quale cerchiamo di comprendere come comportarci nei confronti degli altri membri della comunità politica a cui apparteniamo[34].

[30] V. per tutti G. Letsas, *The Irrelevance of Religion to Law*, in C. Laborde-A. Bardon (eds.), *Religion in Liberal Political Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2017, 44-54.

[31] G. Blando, *Ronald Dworkin*, in *APhEx*, 26/2022, 1-40.

[32] R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* [1977], Harvard University Press, Cambridge-Mass., 1978, 191.

[33] R. Dworkin, *Law's Empire*, cit., 13 e 65 ss.

[34] R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, cit., spec. 405 ss.

Proviamo a rileggere la proposta dworkiniana sulla libertà religiosa alla luce di queste tre tesi.

4.1. *Il problema dell'eccezione*

Per quanto riguarda la TD, viene da chiedersi se Dworkin consideri il diritto alla libertà religiosa, riformulato nel più generale diritto all'indipendenza etica, come uno di quei diritti contro lo Stato. In questo senso, la difesa dell'inviolabilità del diritto alla libertà religiosa sembra molto meno stringente di quella conferita ad altri diritti, perché la gamma di ragioni a disposizione del governo per limitarlo sembrerebbe essere molto più ampia di quella disponibile, ad esempio, per limitare il diritto alla libertà sessuale. Mentre Dworkin esclude categoricamente che il governo abbia buone ragioni per limitare le pratiche sessuali dei membri della comunità politica su cui esercita il proprio potere[35], sembra essere disposto ad accettare restrizioni alle pratiche religiose per motivi di «protezione degli altri dal male», «protezione delle meraviglie naturali» e persino «miglioramento del benessere generale». La mia impressione è che nella ricostruzione offerta da Dworkin, nella misura in cui la scelta religiosa è limitata a una sfera privata (di coscienza o, come dice Dworkin, di indipendenza etica) il governo non può offrire alcuna ragione per limitarla; nel momento in cui, invece, questa scelta si riflette nel «forum externum» (nella sua dimensione pubblica) le ragioni che il governo può offrire per limitare le pratiche religiose sono piuttosto ampie. Ne è prova il fatto che Dworkin ragiona, un po' insolitamente, in termini di «eccezione» a una regola generale, conferendo una certa precedenza a ciò che viene deciso dal governo rispetto alle rivendicazioni individuali. In TRS, Dworkin scrive che «l'istituzione dei diritti nei confronti del governo non è un dono di Dio»[36] e qui sta la sua intrinseca rilevanza morale. Tuttavia, per quanto riguarda il diritto, non di avere idee su come vivere e di praticarle privatamente, ma di professare e praticare liberamente tali idee, Dworkin pare muoversi verso un'idea di concessione da parte dello Stato. La domanda è: è giustificabile, alla luce dei principi liberal-democratici, tornare a una sorta di privatizzazione del sentimento religioso, teistico o ateo che sia?

In un lavoro precedente ho criticato piuttosto duramente la cosiddetta «laicità positiva»[37] e ispirandomi al pensiero del grande giurista argentino Carlos

[35] Si vedano in merito R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge-Mass., 1985, 336-372 e Id., *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2006, 70.

[36] R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., 198.

[37] G. Blando, *La concepción positiva de la laicidad como negación del propio concepto de laicidad*, in *Derechos y libertades*, 48/2023, 91-109.

Santiago Nino ho sostenuto che il diritto alla libertà di coscienza e di religione altro non sia che un riflesso dell'autonomia individuale, poiché l'adesione – o la non adesione – a un progetto di vita religioso (o non religioso) deve essere il risultato di una scelta autonoma dell'individuo. Tuttavia, una volta avvenuta tale adesione, l'individuo deve essere libero di «concretizzarla», cioè di agire in conformità con essa. In questo senso, lo Stato è chiamato a tutelare anche le «manifestazioni esterne» delle scelte autonome per, come diceva Ruffini, «avvalorare implicitamente e mediatamente anche la sua fonte interna, la libertà di coscienza»[38]. In questo senso (e solo in questo senso), la libertà religiosa deve essere garantita anche nella sua dimensione positiva, che permette all'individuo di sviluppare – attraverso attività esterne – il progetto di vita cui egli ha autonomamente aderito. In campo etico-religioso, l'individuo si dà le proprie leggi, ma lo Stato non può permettere che queste rimangano lettera morta: pur non partecipando alla loro creazione, lo Stato deve, in qualche modo, facilitarne l'applicazione, purché non danneggino altri individui. È così che, nella scelta del progetto di vita e nel suo successivo sviluppo, il complicato rapporto tra decisione autonoma e obbedienza si riduce in termini di perfetta consonanza che lo Stato è chiamato a rispettare. Non so, ma rimando la questione al dibattito futuro, se la prospettiva di Dworkin sia adeguata a rendere conto di questo importante aspetto della libertà religiosa.

4.2. *La dimensione esterna della libertà religiosa*

Rispetto alla TDI, la tesi che il diritto possa essere considerato come un'attività, una pratica interpretativa mi ha sempre convinto perché, in molte occasioni, Dworkin ha chiarito che una cosa è interpretare il diritto e un'altra è inventarlo. La procedura che Dworkin chiama «interpretazione costruttiva» consiste nel «mettere il diritto (positivo) nella sua luce migliore», guidati dai materiali giuridici esistenti e da una teoria della giustizia capace di illuminarli. Una domanda che vorrei formulare in questa occasione è la seguente: siamo sicuri che la proposta di trasformare il diritto alla libertà religiosa in un diritto all'indipendenza etica non vada oltre la semplice intenzione di interpretare il diritto? Tenendo sempre presente che la prospettiva di Dworkin è molto schiacciata sul diritto americano, non possiamo fare a meno di chiederci se questa prospettiva giustificativa sia adeguata al contesto giuridico in cui operiamo. Vorrei qui utilizzare un esempio che mi sembra paradigmatico, ovvero quello dell'articolo 9 della CEDU e della sua interpretazione da parte dei giudici di Strasburgo. L'articolo 9 recita quanto segue:

[38] F. Ruffini, *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Bologna, 1992, 274.

> 1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.
> 2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui.

A dare specificità al diritto alla libertà religiosa è la seconda frase del paragrafo 9.1, che contiene un elenco degli aspetti dell'esercizio di tale libertà tutelati da tale diritto. In particolare, la disposizione in questione fa riferimento alla libertà di cambiare religione o credo, alla libertà di manifestare le proprie convinzioni individualmente o collettivamente (in pubblico o in privato), attraverso il culto, l'insegnamento, la pratica e l'osservanza dei riti. Tutti questi aspetti mi sembrano colpevolmente trascurati nell'analisi di Dworkin, e non perché Dworkin non tenga conto dell'articolo 9 della CEDU, ma perché è proprio questa dimensione esterna e pubblica della libertà religiosa a porre i problemi più importanti ai giudici di Strasburgo.

4.3. *La limitazione funzionale della libertà religiosa*

Infine, per quanto riguarda la TDBM, volgendo lo sguardo alle interpretazioni dei giudici di Strasburgo ci si può accorgere facilmente che l'assimilazione del credo religioso ad altre opzioni etiche è ormai pacifica[39]; tuttavia, gli stessi giudici hanno dovuto sviluppare un criterio per giudicare la serietà di tali scelte, limitando l'ambito di applicazione alle «convinzioni [religiose] che raggiungono un livello sufficiente di cogenza, serietà e coerenza». Questa limitazione funzionale, come la chiamerebbe Dworkin, è, a mio avviso, ingiustificatamente rifiutata da quest'ultimo e ciò ha a che fare proprio con la sua TDBM.

In *Justice for Hedgehogs*, Dworkin insiste molto sulla distinzione tra «norme etiche», cioè un insieme di giudizi di valore su ciò che significa «vivere bene» la propria vita, e «norme morali», su ciò che dobbiamo agli altri in quanto esseri umani che godono delle nostre stesse libertà. Queste norme etiche e morali sarebbero collegate dal «concetto-ponte» di dignità e rafforzate da quelli che Dworkin chiama «obblighi associativi», derivanti dall'appartenenza alla stessa comunità politica. Ora, l'obbedienza *prima facie* al diritto è, secondo Dworkin, soprattutto una questione di rispetto per gli altri membri della comunità e la

[39] V. in particolare CEDU, 12 ottobre 1978, *Arrowsmith c. Regno Unito*.

rottura di questo patto può essere basata solo su ragioni convincenti, serie e coerenti. Ci si potrebbe chiedere, allora, con un'altra domanda che lascio alla discussione futura, perché Dworkin rifiuti questa (che lui chiama) limitazione funzionale del diritto alla libertà religiosa, quando è il primo a insistere sugli obblighi associativi che derivano dall'appartenenza alla stessa comunità di principio.

5. *Conclusione*

Religion without God è un libro lodevole nel suo tentativo di evidenziare ciò che unisce tutti gli individui che hanno convinzioni individuali profondamente radicate (sia teistiche che atee) sul significato della vita. Allo stesso tempo, però, la prospettiva che questo libro offre mi sembra troppo limitata. È certamente importante chiedersi, soprattutto oggi, perché sia importante, da un punto di vista morale, che una comunità politica riconosca la libertà religiosa come un diritto morale; tuttavia, non si può pensare che l'intera soluzione del problema possa dipendere da ciò che intendiamo per religione. Anche se siamo convinti, come lo sono io, della tesi che la protezione offerta dal diritto alla libertà religiosa non possa essere limitata alle religioni convenzionali senza creare una gerarchia ingiustificata tra le visioni teistiche e atee della vita, non possiamo fermarci a questa considerazione.

Per giustificare il valore morale del diritto alla libertà religiosa, dobbiamo offrire argomenti sul perché una determinata comunità politica dovrebbe tenere conto anche delle ragioni dei credenti (siano essi teisti o atei) nel perseguimento dei propri obiettivi, insistendo sul valore contro-maggioritario della coscienza individuale; considerare le diverse strutture istituzionali in cui questo diritto viene esercitato, tenendo in debito conto le diverse norme e, più in generale, i diversi regimi laici che le caratterizzano; e, infine, collocare la giustificazione morale di questo diritto in un contesto più ampio di giustificazione valutativa della prassi giuridica e dell'elemento coercitivo che inevitabilmente la sottende. Quest'ultimo aspetto è particolarmente importante e richiederebbe una discussione sulle annose questioni dell'obiezione di coscienza e della disobbedienza civile, che non posso affrontare qui per motivi di spazio. Voglio però insistere sul fatto che una giustificazione morale del diritto alla libertà religiosa non può basarsi unicamente, come sembra fare Dworkin, sulla creazione da parte dello Stato di una «eccezione» per i cittadini religiosi: essi sono parte integrante di una comunità politica governata da principi liberal-democratici e le loro esigenze devono essere rispettate come quelle di tutti gli altri membri della comunità. Per concludere con le parole di Carlos Santiago Nino:

> Poiché la libertà di scegliere il proprio progetto di vita e l'adozione di ideali di eccellenza umana sono preziosi, lo Stato (come tutti gli altri individui) non dovrebbe interferire con questa scelta o adozione, limitandosi a dare forma a istituzioni che facilitino il perseguimento individuale di questi progetti di vita e la realizzazione degli ideali di virtù che ciascuno sostiene, ed evitando interferenze reciproche con queste scelte[40].

[40] C. S. Nino, *Ètica y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, 204-205.

Andrea Bonomi[*]

PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ E DOVERI: BREVI OSSERVAZIONI PROBLEMATICHE SU UN RAPPORTO COMPLESSO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il rapporto fra principio di solidarietà e doveri. – 3. I doveri previsti non in Costituzione, ma dal legislatore e funzionalizzati al principio di solidarietà.

1. *Premessa*

È certamente vero che il principio di solidarietà, il quale costituisce, come è stato ben detto, «il vero *Leitmotiv* della nostra Costituzione»[1] e rappresenta uno dei temi oggetto di indagine ad opera del professor Salvatore Prisco che in questa sede onoriamo[2], non si esaurisce nei doveri inderogabili previsti dall'art. 2 Cost.

Che tale principio si atteggi, oltre che come fonte di doveri, anche in altre dimensioni non meno rilevanti è plasticamente dimostrato dalla circostanza che per la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale il volontariato è considerato la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale.

In virtù del principio in questione la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e per spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa:

[*] Professore associato di diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

[1] Così P. BARILE, *Diritti fondamentali e garanzie costituzionali: un'introduzione*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Tomo I, Milano, 1999, 137; si esprimeva nel senso che, «se diventano difficili i tempi per la solidarietà, lo diventano pure per la democrazia» S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, 10, e, fra gli ultimi, si esprime nel senso che «la trama dell'intero articolato della Carta è ispirata a sentimenti che hanno nel valore della solidarietà la loro più saliente forma espressiva» A. RUGGERI, *I parametri costituzionali sfuggenti e le forme del loro inveramento nell'esperienza, a mezzo di consuetudini culturali di riconoscimento del loro significato*, in *Consulta on line*, 6 maggio 2024, 514.

[2] Cfr. a titolo esemplificativo S. PRISCO, *Antipopulismo scientifico, solidarietà fraterna, obbligo vaccinale,* green pass*: la lezione di un costituzionalista mazziniano*, in A. Salvatore, R. Pinardi, S. Scagliarini (a cura di), *Scritti in memoria di Gladio Gemma*, Torino, 2023, 597 ss., nonché già ID., *La solidarietà verticale: autonomie territoriali e coesione sociale*, in B. Pezzini, C. Sacchetto (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Milano, 2005, 15 ss., laddove l'Autore si intratteneva sulla nota distinzione operata dal Galeotti fra solidarietà doverosa o fraterna e solidarietà paterna (cfr. S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. e soc.*, 1996, 10-11).

si tratta infatti di «un principio che, comportando l'originaria connotazione dell'uomo uti socius, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della Carta costituzionale come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente»[3].

Anzi, ad uno sguardo di insieme si deve constatare che la giurisprudenza costituzionale sembra essersi soffermata sul principio di solidarietà più con riguardo alla declinazione "spontanea" del principio che non alla funzione di matrice di legittimazione costituzionale di doveri «non di rado investendo quella solidarietà volontaria di un ruolo non integrativo-sussidiario, ma sostitutivo-surrogatorio dei meccanismi costituzionali di solidarietà doverosa»[4].

Tuttavia non è meno vero che le situazioni giuridiche che si concretizzano nei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost., ovvero in quelle situazioni di svantaggio che consistono nella «necessità di un comportamento volto a soddisfare interessi di persone determinate o della collettività»[5], del principio di solidarietà costituiscono una "traduzione essenziale"[6]: non può essere un caso, del resto, che la Costituzione italiana sia una delle pochissime fra le costituzioni contemporanee degli Stati democratici in cui il sostantivo "doveri" figura accompagnato dal predicato di "solidarietà"[7].

In effetti la solidarietà dev'essere intesa anche come fondamento di doveri giuridici tanto da parte dei cittadini nei confronti dello Stato, quanto nell'ipotesi inversa e quanto infine nei rapporti dei cittadini nei riguardi degli altri cittadini.

Non si può non notare da un lato che l'art. 2 Cost. collega la realizzazione del principio di solidarietà all'adempimento dei doveri che l'ordinamento impone ai propri appartenenti fungendo così anche da *ratio* giustificatrice dei

[3] Così in modo particolare la famosissima sent. n. 75 del 1992; l'impostazione è confermata anche più di recente: cfr., ad esempio, la sent. n. 171 del 2018.

[4] Così G. Bascherini, *La doverosa solidarietà costituzionale e la relazione tra libertà e responsabilità*, in *Dir. pubbl.*, 2018, n. 2, 261-262.

[5] Così G. Tarli Barbieri, *Doveri inderogabili*, in S. Cassese, *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, 2067.

[6] L'espressione è tratta da A. Morelli, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in *Forum Quad. cost.*, 20 aprile 2015, 4, secondo il quale «è proprio nella previsione relativa ai doveri che trova enunciazione il principio in esame [di solidarietà]».

[7] In questi termini si esprimono in dottrina L. Antonini, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996, 163 e ivi nota 46 per interessanti annotazioni di diritto comparato; G. Bascherini, *op. cit.*, 255, secondo il quale «rispetto alle precedenti tradizioni costituzionali e alle altre costituzioni del secondo dopoguerra, la costituzione italiana si caratterizza in quanto affianca al catalogo dei diritti un nutrito catalogo di doveri, che costituzionalmente si legittimano a partire dal principio di solidarietà».

doveri – o, come a breve si dirà, perlomeno di una parte di essi – presenti nella stessa Costituzione; dall'altro lato la solidarietà è principio che s'impone anche allo Stato e più in generale – a seconda delle competenze proprie di ciascuno di essi – agli enti pubblici in considerazione di quanto stabilito dal successivo art. 3, comma 2 Cost.

2. *Il rapporto fra principio di solidarietà e doveri*

Più in particolare, che il concetto di solidarietà accolto dalla nostra Costituzione sia il "principio informatore"[8] perlomeno di alcuni dei doveri imposti dalla medesima Costituzione ai cittadini sembra difficilmente contestabile.

Si ammetta anche – con alcuni autorevoli studiosi[9] anche se non per tutti[10] – che taluni dei doveri che la stessa Costituzione enumera negli articoli successivi all'art. 2 non siano, per così dire, eziologicamente riconducibili al principio di solidarietà, ma anzi ne esulino.

A questo proposito è stato sostenuto che, ad esempio, il dovere di osservare la Costituzione non è ricollegabile al principio di solidarietà.

Poiché questo principio deve essere inteso quale necessità di subordinare l'attività del singolo all'interesse collettivo per un fine che trascende la conservazione della struttura organizzativa dello Stato, allora il dovere di osservare la Costituzione è imposto per la conservazione della struttura dello Stato e prescinde dunque da altre finalità: quanto appena sostenuto risulterebbe dimostrato dalla circostanza che siffatto dovere è sancito da costituzioni ispirate al principio liberale che non assumono affatto la solidarietà se non in limiti assai ristretti[11].

[8] Così G.M. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 37.

[9] Cfr. la tesi di C. Carbone, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Milano, 1968, 93 e 95-96, secondo il quale «dei vari doveri individuali regolati specificamente dalla costituzione…, anche se alcuni possono riportarsi, in relazione al loro contenuto, al principio di solidarietà, altri ne esulano» e «là dove l'utilità inerisca solo alla esistenza ed alla conservazione dello Stato non si può parlare di solidarietà, che ha un obiettivo differente ed impone comportamenti di doverosità perché si stabiliscano rapporti di armonica e fraterna convivenza nella vita sociale».

[10] Cfr., ad esempio, D. Tega, *sub art. 2*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, Bologna, 2018, 27, la quale, contrariamente all'impostazione del Carbone (cfr. la nota appena precedente e quanto si esporrà sopra nel testo poco oltre), inserisce fra i doveri di solidarietà anche il dovere civico di voto e il dovere di difesa della Patria.

[11] In questi termini cfr. C. Carbone, *op. cit.*, 94, il quale precisa che il dovere di osservare la Costituzione «è implicito nel rapporto di sudditanza, non essendo ammissibile che il suddito non adegui la sua condotta alle norme che stabiliscono la struttura dell'ente cui egli partecipa. Se ciò nonostante si stabilisce il principio dell'osservanza della Costituzione, è per ragioni di completezza e… attesa la sua importanza per la convivenza sociale».

Ancora, si è sostenuto che pure il dovere di voto prescinde dal principio solidarista, ma è giustificato dall'esigenza di una più sicura attuazione del principio democratico ed analoghe considerazioni valgono per il dovere di difesa della Patria, che non avrebbe alcun aggancio con la solidarietà, ma risponderebbe soltanto ad una necessità di difesa dello Stato[12].

D'altronde nel nostro ordinamento giuridico non esistono solo doveri di solidarietà e sarebbe perciò, come è stato autorevolmente rilevato, "eccessivo"[13] ritenere incostituzionali tutte le previsioni normative di doveri che alla solidarietà politica, economica e sociale non si ispirano in alcun modo: questo si sostiene purché tali previsioni normative esprimano interessi costituzionali meritevoli di tutela.

Si pensi a titolo esemplificativo all'art. 650 cod. pen. che punisce chiunque non osservi un provvedimento legalmente dato dall'autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica o d'ordine pubblico o d'igiene: tale disposizione codicistica può essere ritenuta costituzionalmente illegittima perché viola il principio di determinatezza delle fattispecie criminose[14], ma non certo perché non si ispira al principio di solidarietà.

[12] Cfr. C. CARBONE, *op. cit.*, 95, secondo il quale «la circostanza che, difendendo lo Stato, si crei una base di solidarietà fra i soggetti che partecipano alla difesa… attiene ad un effetto sociologico del modo di esplicazione di quei doveri [difesa della Patria e dovere del servizio militare], ma non è motivo per considerare gli stessi doveri determinati dal principio di solidarietà». La Corte costituzionale sembra avere tuttavia sposato un'altra tesi: si legge infatti nella sent. n. 409 del 1989 – in riferimento alla difesa della Patria e più in particolare alla prestazione del servizio militare – che «la situazione di chi è contrario all'uso personale delle armi per imprescindibili motivi di coscienza ma nello stesso tempo richiede ed ottiene d'essere ammesso a prestare servizio militare non armato o servizio alternativo civile è diversa e non comparabile con l'ipotesi di chi, pur adducendo gli stessi motivi di coscienza, totalmente rifiuta, in tempo di pace, prima d'assumerlo, il servizio militare di leva, rifiutandosi, così, d'adempiere a doveri di solidarietà sociale sanciti dall'art. 2 Cost.».

[13] Così A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte Generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, 2003, 56.

[14] Pare infatti difficile negare che la disposizione codicistica appena citata – nella quale si sostanzia una classica norma penale in bianco – violi il principio – costituzionalmente fondato dai più e dalla Corte costituzionale sull'art. 25, comma 2 Cost. – di determinatezza delle fattispecie di reato nella misura in cui essa non indica le autorità competenti ad emanare i provvedimenti né tanto meno le condizioni ed i presupposti della loro emanazione, ma utilizza espressioni che non consentono al giudice di identificare con certezza e con precisione le classi di provvedimenti sotto le quali ricondurre il singolo provvedimento concreto; al massimo si può ritenere che il termine "igiene" designi un campo di materia sufficientemente preciso, ma pare poco confutabile l'oscurità di espressioni come "giustizia", "sicurezza pubblica" e "ordine pubblico": tali espressioni evocano nozioni così ampie, vaghe e controverse da consentire ad ogni singolo giudice di riempirle a suo arbitrio dei contenuti più svariati. In tema per maggiori ragguagli e anche per indicazioni dottrinali in proposito cfr., volendo, A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle*

Dopotutto la stessa nostra Costituzione contiene una disposizione – l'art. 23 – che non condiziona affatto l'imposizione di obblighi e di doveri alla ricorrenza della solidarietà[15].

Tuttavia, anche ammessa come sostenibile la tesi dottrinale da ultimo ricordata, sembra certo che quanto meno alcuni dei doveri indicati in Costituzione siano ricollegabili al principio di solidarietà.

Si pensi soltanto al dovere previsto dall'art. 4 Cost. a mente del quale «Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e a propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società».

Ebbene esplicare un'attività che concorra al progresso materiale o spirituale della società significa adempiere un obbligo di solidarietà[16] e dunque «cooperare all'avvento di una società che assicuri la piena partecipazione di

fattispecie criminose: un parametro costituzionale sempre più "inesistente", in *Rivista AIC*, 15 ottobre 2020, 154 e ivi note 66 e 67.

[15] Sul punto cfr. le osservazioni di G. Lombardi, *Doveri pubblici (dir. cost.)*, in *Enc. dir.* - Agg. VI, Milano, 2002, 362, il quale in riferimento all'art. 23 Cost. osserva che «non si tratta… di una semplice riserva di legge, come si dice comunemente in dottrina, ma di una modalità di attuazione dei comportamenti vincolati»; E. Rossi, *sub art. 2*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 55-56, il quale osserva che il principio di solidarietà non costituisce la *ratio* giustificatrice di tutti i doveri che la Costituzione o la legge prevede, ma i doveri cui l'art. 2 Cost. si riferisce sono solo quelli ispirati e finalizzati alla solidarietà politica, economica e sociale ciò non escludendo che altri doveri possano essere previsti dalla legge purché essi esprimano interessi costituzionali meritevoli di tutela e che abbisognino per essere realizzati di quel tipo di imposizione. L'Autore osserva che, considerando il principio generale *ex* art. 23 Cost. che autorizza la legge ad imporre ulteriori doveri di natura patrimoniale o di carattere personale, la corretta interpretazione costituzionale di tale riserva impone di ritenere che la legge potrà prevedere doveri soltanto se funzionali alla realizzazione del principio di solidarietà o di altri interessi costituzionalmente protetti. E – conclude lo stesso Autore – l'art. 23 Cost. contribuisce a superare il problema relativo alla natura aperta o chiusa dell'art. 2 relativo ai doveri: la previsione in esso contenuta consente infatti al legislatore di estendere l'ambito dei doveri oltre quelli previsti, nei limiti stabiliti dagli stessi principi costituzionali, e comunque la previsione di doveri ulteriori rispetto a quelli costituzionalmente previsti è di esclusiva competenza della legge ancorché non necessariamente statale. In tema cfr. altresì D. Morana, *Libertà costituzionali e prestazioni patrimoniali imposte. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Milano, 2007, 117, la quale rileva che «il ruolo dell'art. 23… è solo residuale, potendo colpire le eventuali ulteriori concretizzazioni dei singoli doveri che non siano già specificate nella Costituzione con la previsione di più ampie garanzie… operando sempre come norma di chiusura, non sembra da escludere che l'art. 23 possa essere chiamato in causa al fine dell'imposizione di prestazioni personali connesse ad ulteriori interessi, siano o non siano essi costituzionalmente protetti. In altre parole, l'art. 23 non condiziona l'imposizione di prestazioni al ricorrere dei doveri di solidarietà».

[16] Cfr. in tal senso fra i tanti M. Cavino, *sub art. 4*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, Bologna, 2018, 38.

tutti»[17]: in altri termini, l'autentico contenuto del dovere di lavorare consiste nel destinare le proprie energie «all'instaurazione di sempre migliori condizioni di vita per gli altri membri della società circostante»[18].

Si pensi ancora al dovere di sottostare alle limitazioni al diritto di proprietà nell'interesse pubblico con particolare riferimento alla possibilità di subire l'espropriazione di un proprio bene per motivi di interesse generale salvo indennizzo di cui all'art. 42, comma 3 Cost.; occorre considerare inoltre il dovere di svolgere la libertà di iniziativa economica con modalità tali che non si pongano in contrasto con l'utilità sociale e non arrechino danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana di cui all'art. 41, comma 2 Cost.

Ebbene è indubitabile che la libertà di svolgere una determinata attività economico-privata sia una delle meno garantite fra quelle previste dalla nostra Costituzione se è vero che, come la proprietà, anch'essa «ha perso… gli antichi connotati di 'sacertà' e 'inviolabilità'; non è menzionata nei 'principi fondamentali'; non è fra quelle libertà che, a norma della Costituzione, è compito della Repubblica difendere»[19].

Ciò si giustifica in considerazione del fatto che il contenuto che scaturisce dall'art. 41 Cost. rappresenta uno di quei doveri[20] in cui si estrinseca il principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.[21].

Esiste un inscindibile rapporto, dunque, fra il principio di solidarietà e perlomeno alcuni doveri indicati come inderogabili previsti in Costituzione.

Questi doveri inderogabili non sono semplici obblighi giuridici tra i tanti: infatti a dare a tali semplici obblighi giuridici copertura costituzionale basterebbe e avanzerebbe il già citato art. 23 Cost.

[17] Così G.F. Mancini, *sub art. 4*, in *Comm. della Cost.*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 248.

[18] Così U. Natoli, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955, 95.

[19] Così F. Galgano, *sub art. 41*, in *Comm. della Cost.*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1982, 15, il quale constata sul punto una differenza con la Costituzione spagnola che un simile compito invece attribuisce allo Stato.

[20] In realtà, nella previsione costituzionale di cui all'art. 41 si tratterebbe più di un limite al diritto che non di un dovere; tuttavia occorre ricordare che già le Costituzioni del biennio rivoluzionario 1848/49 attribuiscono ai doveri un compito di mitigazione in senso sociale dei diritti, specie di quelli inerenti proprietà ed economia, che più compiutamente avrebbe caratterizzato gli albori *weimariani* del costituzionalismo sociale (in tal senso cfr. anche E. Rossi, *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, in *www.gruppodipisa.it*, 19 giugno 2019, 55).

[21] Del resto, la Costituzione prevede non solo alcuni doveri esplicitamente, ma anche altri doveri implicitamente: cfr. G. Di Cosimo, *sub art. 2*, in S. Bartole, R. Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 14. In tema cfr. anche, per tutti, C. Carbone, *op. cit.*, 257 e più recentemente L. Cassetti, *sub art. 41*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, Bologna, 2018, 268-269.

Tuttavia, all'interno della più generica categoria delle situazioni giuridiche di svantaggio, siffatti doveri appaiono espressamente finalizzati allo sviluppo della società, in funzione di integrazione sociale, attraverso il richiamo proprio al principio di solidarietà.

Da quanto finora sia pure succintamente esplicitato può essere inferita la conclusione secondo la quale il rapporto fra principio di solidarietà e doveri risulta estremamente complesso.

Più in particolare, tale complessità emerge nella misura in cui è opportuno enucleare le seguenti ipotesi.

In primo luogo v'è la cerchia di doveri costituita dai doveri inderogabili previsti in Costituzione e funzionalizzati al principio di solidarietà; in secondo luogo vi è la cerchia dei doveri che sono previsti in Costituzione, ma che non sono riconducibili al principio di solidarietà: questa seconda cerchia di doveri sussiste perlomeno a voler concordare con la tesi dottrinale in precedenza ricordata.

Tuttavia la complessità a cui si faceva poc'anzi riferimento emerge a tutto tondo nella misura in cui vi sono anche due ulteriori ipotesi che devono essere considerate[22]: quella della cerchia di doveri che sono previsti non in Costituzione, ma dal legislatore e che non sono affatto funzionalizzati al principio di solidarietà (come nel caso del già citato art. 650 cod. pen.); quella della cerchia di doveri che sono previsti non in Costituzione, ma dal legislatore e che sono funzionalizzati al principio di solidarietà[23].

In questo contributo si svolgeranno alcune brevi osservazioni su quest'ultima cerchia di doveri.

[22] In senso analogo vedasi altresì B. Pezzini, *Dimensioni e qualificazioni nel sistema costituzionale di solidarietà (a proposito di eguaglianza ed effettività dei diritti e tematizzazione della differenza)*, in B. Pezzini, C. Sacchetto (a cura di), *op. cit.*, 102, nonché F. Polacchini, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, 2016, 161, mentre diversa è la distinzione operata da G. Gemma, *Doveri costituzionali e giurisprudenza della Corte*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del Giudice delle leggi*, Torino, 2007, 369, secondo il quale «con un gioco di parole, può dirsi che, in base alla Costituzione, il legislatore può avere il dovere di non imporre doveri, la libertà di imporre doveri, il dovere di imporre doveri».

[23] È fondamentale mettere in risalto il ruolo che ricopre il legislatore: in tema vedasi A. Apostoli, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano, 2012, 50, secondo la quale, «mentre gli "ulteriori" diritti possono non soltanto essere configurati dal legislatore, ma anche individuati e riconosciuti in via interpretativa dai giudici e, soprattutto, dalla Corte costituzionale (basti pensare alla vastità della giurisprudenza nel campo dei c.d. "nuovi" diritti), i doveri e le modalità del loro adempimento… non sembrano essere supportati dalla stessa capacità espansiva, e presuppongono quindi sempre una esplicita previsione legislativa».

3. *I doveri previsti non in Costituzione, ma dal legislatore e funzionalizzati al principio di solidarietà*

Queste brevi osservazioni non possono che partire dall'offrire una risposta al quesito consistente nel chiarire se la fattispecie di doverosità richiamata dall'art. 2 Cost. abbia un carattere aperto o chiuso.

In altri termini, è opportuno stabilire se il principio di solidarietà possa costituire fondamento autonomo per doveri non esplicitati nella Costituzione alla stregua di una clausola aperta oppure se all'art. 2 debba attribuirsi una valenza meramente riassuntiva rispetto ai doveri espressamente disciplinati.

Alcuni studiosi hanno sostenuto che «i doveri inderogabili dell'art. 2 Cost. non sono altro che quelli espressi analiticamente dalle altre norme costituzionali riferibili alla categoria, intesa nelle sue diverse sfere di operatività, e come tali destinati ad individuarla specificando le varie situazioni soggettive ad essa sussumibili»[24].

Un'opzione interpretativa volta ad individuare nell'art. 2 una fattispecie chiusa utilizza come argomento ricostruttivo il dovere di osservanza della Costituzione di cui all'art. 54 Cost.

Si osserva che l'interpretazione dell'art. 2 come clausola aperta relativamente ai doveri sarebbe difficilmente conciliabile con l'art. 54 Cost., che impone un'osservanza della Costituzione impossibile da pretendere di fronte ad una norma sostanzialmente in bianco, quale sarebbe l'art. 2 così interpretato.

Un'altra tesi, che sembra trovare conforto in alcune decisioni del Giudice delle leggi[25], ritiene di non poter invece escludere la facoltà del legislatore di

[24] Così G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 40; in senso analogo si è espresso anche, *inter alios*, M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e soc.*, 1980, 781, secondo il quale, mentre è possibile considerare aperto il catalogo dei diritti, non altrettanto può dirsi per quello dei doveri che sono solo quelli risultanti dal testo costituzionale.

[25] Ad esempio, nella sent. n. 172 del 1999 la Corte ha legato alla solidarietà il dovere di prestazione del servizio militare da parte degli apolidi avvalendosi, in qualche modo, di una lettura dell'art. 2 Cost. quale fattispecie aperta in riferimento ai doveri. L'art. 52 Cost., proclamando il sacro dovere di difesa della Patria e l'obbligatorietà del servizio militare nei limiti e nei modi stabiliti dalla legge, si riferisce – a giudizio della Corte – ai cittadini italiani. Tuttavia – osserva sempre la stessa Corte – «l'anzidetta determinazione dell'ambito personale di validità dell'obbligo costituzionale di prestazione del servizio militare non esclude l'eventualità che la legge, in determinati casi, ne stabilisca… l'estensione. La portata normativa della disposizione costituzionale è infatti, palesemente, quella di stabilire in positivo, non già di circoscrivere in negativo i limiti soggettivi del dovere costituzionale». Ed ancora «il silenzio della norma costituzionale non comporta divieto. Perciò deve ritenersi esistere uno spazio vuoto di diritto costituzionale nel quale il legislatore può far uso del proprio potere discrezionale nell'apprezzare ragioni che inducano a estendere la cerchia dei soggetti chiamati alla prestazione del servizio militare». In dottrina cfr. L. VENTURA, *Relazione di sintesi*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *op. cit.*, 535, il quale osserva che con la sent. n. 172 del 1999 la Corte costituzionale

introdurre nuove ipotesi di doveri, i quali, però, non avranno rango costituzionale e non potranno, perciò, pregiudicare i diritti esplicitamente riconosciuti in Costituzione[26]: secondo questa tesi i doveri rappresentano, sia pure a queste condizioni, una lista potenzialmente infinita[27].

Ad avviso di chi scrive la tesi, secondo la quale i doveri sono solo quelli espressamente risultanti dal testo costituzionale e dunque l'art. 2 Cost. è una formula riassuntiva e come tale meramente introduttiva dei doveri enunciati in Costituzione, ha minori appigli rispetto all'opposta tesi.

Questo può essere dimostrato dall'efficacia anche nei confronti dei privati delle norme costituzionali: queste ultime devono essere perciò ritenute fonte immediata di reciproci diritti ed obblighi oltre che di poteri e di doveri.

Come è stato infatti autorevolmente sostenuto[28], l'art. 2 Cost. impone a tutti gli enti – statali e non – che compongono la Repubblica nonché agli organi legislativi, amministrativi e giurisdizionali di considerare inviolabili e quindi di rispettare i diritti individuali e funzionali e di farli rispettare anche nei rapporti fra soggetti privati.

La concezione ottocentesca dei diritti pubblici soggettivi in base alla quale nella Costituzione assumono rilevanza i soli rapporti intercorrenti fra il cittadino da una parte e lo Stato e gli enti pubblici dall'altra deve ritenersi sorpassata: questo perché proprio l'art. 2 Cost. impone la piena efficacia della Costituzione anche nella società civile e nelle formazioni sociali di cui questa si

ha offerto un significativo supporto all'interpretazione dottrinale relativa all'estensione ai non cittadini dell'imputabilità di diritti e doveri costituzionalmente previsti.

[26] Osserva A. Apostoli, *op. cit.*, 49-50, che in riferimento alla *quaestio* se nella seconda parte dell'art. 2 Cost. sia contenuta una clausola chiusa o aperta «la… necessità di un intervento parlamentare deve… indurci a considerarla, senz'altro, una clausola chiusa, "aperta", eventualmente, per il solo legislatore, che tuttavia dovrà motivare eventuali nuovi obblighi, secondo le indicazioni della giurisprudenza costituzionale, con finalità solidaristiche. Diversamente, solo in rare occasioni il giudice costituzionale ha potuto estendere la portata del principio di solidarietà con riferimento a "obblighi" che non sono qualificati come tali dalla Costituzione».

[27] Per questa tesi cfr., ad esempio, A. Ruggeri, *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, in *Rivista AIC*, 3 giugno 2011, 22; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, F. Pallante, *Lineamenti di diritto costituzionale*, Firenze, 2014, 305; volendo, A. Bonomi, *Il diritto/dovere alla rieducazione del detenuto condannato e la libertà di autodeterminazione: incontro o scontro?*, in *www.dirittifondamentali.it*, 3 marzo 2019, 11, nonché già a suo tempo A. Barbera, *sub art. 2*, in *Comm. della Cost. – Principi fondamentali – Art. 1-12*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 97, il quale osservava che «se si perviene alla conclusione che in ordine alla libertà l'articolo in commento [l'art. 2] si pone come una norma anche di apertura verso altri valori che emergono dalla realtà sociale sottostante, altrettanto bisogna concludere per i doveri. Nella misura in cui sarà quindi possibile una maggiore apertura verso nuovi spazi di libertà parallelamente non potranno non aprirsi nuovi orizzonti per una maggiore affermazione di doveri di solidarietà».

[28] Cfr. A. Pace, *op. cit.*, 17-18.

compone nella misura in cui esso prescrive che le norme costituzionali devono essere immediatamente rispettate nei rapporti dei singoli non solo con qualsiasi potere, pubblico o privato che sia, ma anche nei confronti dei privati che non detengano istituzionalmente dei poteri.

Ne discende che il legislatore ben può prevedere altri doveri oltre a quelli esplicitamente sanciti in Costituzione[29]: su questi intendiamo ora soffermare la nostra attenzione, soprattutto su quelli fra questi che sono funzionalizzati al principio di solidarietà.

Alcuni esempi di tali doveri legislativamente espressi possono risultare illuminanti.

Si pensi a titolo esemplificativo al reato, previsto dall'art. 593 cod. pen., di omissione di soccorso.

Tale disposizione codicistica recita così: «Chiunque, trovando abbandonato o smarrito un fanciullo minore degli anni dieci, o un'altra persona incapace di provvedere a se stessa, per malattia di mente o di corpo, per vecchiaia o per altra causa, omette di darne immediato avviso all'Autorità è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a duemilacinquecento euro. Alla stessa pena soggiace chi, trovando un corpo umano che sia o sembri inanimato, ovvero una persona ferita o altrimenti in pericolo, omette di prestare l'assistenza occorrente o di darne immediato avviso all'Autorità. Se da siffatta condotta del colpevole deriva una lesione personale, la pena è aumentata; se ne deriva la morte, la pena è raddoppiata».

A giudizio della tesi dottrinale assolutamente prevalente e pienamente condivisibile[30] il bene giuridico tutelato dall'art. 593 cod. pen. molto difficilmente può essere identificato nella vita e nell'incolumità individuale in quanto la fattispecie è stata imperniata sull'obbligo di dare immediato avviso all'autorità.

In realtà la fattispecie criminosa di omissione di soccorso costituisce una concretizzazione sul terreno penalistico dei doveri inderogabili di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.: come è stato ben scritto, «tra i doveri di solidarietà sociale vi è – senza dubbio – il dovere di soccorso. Posto che l'adempimento di questi doveri inderogabili è richiesto e che questi "doveri inderogabili" non

[29] Fra l'altro non si deve dimenticare il ruolo che può esplicare in tema di doveri l'art. 117, comma 1 Cost. nella parte in cui pone il vincolo degli obblighi internazionali e comunitari. Più in particolare, non è azzardato sostenere che dalle disposizioni comunitarie ben possono derivare nuovi doveri che in ragione del rapporto fra ordinamenti sancito dalla succitata disposizione costituzionale possono assurgere al livello costituzionale. Si pensi soltanto alla portata del principio «chi inquina paga» sancito dal Trattato CE, che è espressione di un più generale dovere di solidarietà ambientale. In tema cfr. le osservazioni di F. PIZZOLATO, C. BUZZACCHI, *Doveri costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. 3, Tomo I, Torino, 2008, 319-320.

[30] Cfr., per tutti, E. MUSCO, *Omissione di soccorso*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 558-559.

sono definiti dalla legge, non pare dubbio che il legislatore costituente abbia voluto fare riferimento al concetto tradizionale e generalmente accettato di solidarietà…»[31].

Un altro esempio particolarmente interessante è costituito dalla facoltà di arresto da parte dei privati prevista dall'art. 383 cod. proc. pen., il quale recita così: «Nei casi previsti dall'articolo 380 [cioè di arresto obbligatorio in flagranza] ogni persona è autorizzata a procedere all'arresto in flagranza quando si tratta di delitti perseguibili di ufficio. La persona che ha eseguito l'arresto deve senza ritardo consegnare l'arrestato e le cose costituenti il corpo del reato alla polizia giudiziaria la quale redige il verbale della consegna e ne rilascia copia».

L'articolo in esame dunque consente al privato di procedere all'arresto in flagranza quando si tratta di delitti perseguibili d'ufficio in presenza dei quali sarebbe obbligatorio l'arresto ad opera della Polizia giudiziaria.

In tempi piuttosto lontani nel tempo la Corte costituzionale ha affrontato con la sentenza n. 89 del 1970 la questione di legittimità costituzionale, per il supposto contrasto con l'art. 13, comma 3 Cost., dell'art. 242 cod. proc. pen. allora vigente sostanzialmente ricalcante, pur se con qualche variante, il contenuto dell'art. 383 cod. proc. pen. attuale.

Nel dichiarare la questione non fondata la Corte ha sostenuto quanto segue.

Nelle situazioni *de quibus* il privato assume la veste di organo di polizia sia pure straordinario e temporaneo ed è quindi fornito dei soli poteri strettamente necessari ad evitare il pericolo di fuga e solo per il tempo anch'esso strettamente necessario ad operare la consegna dell'arrestato alla più vicina autorità: un istituto insomma che si ricollega all'opportunità che tutti i consociati reagiscano di fronte al propagarsi del delitto e che trova quindi il suo fondamento nel principio di collaborazione civica che emerge dall'art. 2 Cost.

Consegue da tale impostazione che la Corte costituzionale non ha interpretato la locuzione «autorità di pubblica sicurezza» – impiegata nell'art. 13, comma 3 Cost. – in senso restrittivo e cioè come riferibile ai soli organi investiti istituzionalmente delle funzioni di polizia, ma l'ha estesa a chi eccezionalmente agendo quale *negotiorum gestor* di diritto pubblico assume nell'occasione la qualità temporanea di pubblico ufficiale.

[31] Così U. Giuliani, Balestrino, *Sul contenuto del dovere di soccorso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 905, secondo cui «l'art. 2 della Costituzione ha – per così dire – cristallizzato il dovere di soccorso, inquadrandolo in una nozione giusnaturalistica…». Nel senso invece che l'art. 593 cod. pen. non sia ricollegabile al principio di solidarietà, ma sia riconducibile all'art. 23 Cost. cfr. E. Rossi, *sub art. 2*, cit., 56.

Dagli inderogabili doveri di solidarietà sociale si desume il principio dell'impedibilità dei fatti illeciti[32], principio che peraltro deve tenere conto

[32] È da segnalare peraltro come, pur essendo la sent. n. 89 del 1970 stata accolta con favore da una parte della dottrina [cfr. L. VIOLINI, *I doveri inderogabili di solidarietà: alla ricerca di un nuovo linguaggio per la Corte costituzionale*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *op. cit.*, 531, la quale giudica la sentenza «certamente condivisibile, a motivo della volontarietà dell'intervento del privato»], non manchino tuttavia ricostruzioni dottrinali contrarie al punto di vista esposto sopra nel testo. Si pensi alla tesi sostenuta da E. D'ANGELO, *Sull'illegittimità costituzionale dell'arresto in flagranza di reato ad opera dei privati*, in *Giur. cost.*, 1970, 1124-1128, secondo cui la soluzione fatta propria dalla Corte costituzionale nella sent. n. 89 del 1970 desta talune perplessità. L'Autore sostiene più in particolare che il legislatore costituzionale, nell'indicare i soggetti legittimati a procedere eccezionalmente alla restrizione della libertà personale senza ordine o mandato dall'autorità giurisdizionale, voleva riferirsi solo agli organi di pubblica sicurezza, ovvero soltanto ai titolari ordinari dell'ufficio cui spetta l'esercizio delle funzioni di polizia. Infatti «anche se il comma 3 dell'art. 13 Cost. opera un rinvio indiretto al legislatore per specificare quali organi della Pubblica Amministrazione sono compresi nella denominazione di "autorità di pubblica sicurezza", è da ritenere che la categoricità dell'espressione voglia significare la volontà del costituente di limitare l'eccezionale potere di applicazione delle misure coercitive agli organi funzionali e funzionanti della pubblica sicurezza, i quali per imparzialità e soprattutto per specifiche competenze danno quelle garanzie che il *quivis de populo* evidentemente non può fornire. Il carattere di necessità ed urgenza dei provvedimenti in questione può solo escludere che si sia voluto fare riferimento agli organi gerarchicamente più elevati, quali… il prefetto, il questore ed il commissario di pubblica sicurezza, ma nulla di più. Ne consegue che la mancata estensione *expressis verbis* al privato dell'eccezionale legittimazione non può suggerire altra conclusione se non quella che si sia voluto vietare al legislatore ordinario di autorizzare limitazioni o restrizioni della libertà personale di qualsiasi sorta ad opera del privato. Una conclusione diversa non solo negherebbe uno dei più elementari canoni interpretativi, quale il divieto di applicazione analogica delle norme eccezionali, ma si porrebbe… in contrasto con la stessa attribuzione del carattere d'inviolabilità al diritto di libertà personale, la quale implica, salvo espressa eccezione, sia il dovere di tutti (individui e Stato compreso) di astenersi da ogni turbativa, sia la priorità su ogni altro interesse che possa metterlo in pericolo, quale quello dell'immediata individuazione ed apprensione del colpevole che ha ispirato l'istituto dell'arresto da parte dei privati». L'Autore osserva poi che non sarebbe «opportuno inquadrare l'attività del privato tra i doveri inderogabili di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. Si può osservare, in primo luogo, come il ragionamento della Corte non appaia molto chiaro: prima viene negata la necessità di ricorrere all'applicazione estensiva del comma 3 dell'art. 13 Cost., dato che il privato nell'esercizio della facoltà d'arresto godrebbe della speciale posizione giuridica conferita agli ufficiali di polizia giudiziaria; poi, si giustifica il ricorso al privato con il limite, più o meno implicito, dei doveri di solidarietà sociale. Inoltre non va dimenticato che nell'ipotesi dell'art. 242 c.p.p. non siamo dinanzi ad un dovere inderogabile del privato, ma tutt'al più ad un obbligo morale, a parte che non crediamo che possa farsi ricorso, all'infuori dei casi in cui la Costituzione lo richiami in modo espresso, al principio di solidarietà sociale per giustificare limiti a diritti fondamentali. È ovvio che, in caso contrario, si consentirebbe al legislatore ordinario di operare una vera e propria breccia nella sistematica dei diritti fondamentali; anzi, ci verremmo a trovare dinanzi ad un sistema costituzionale a struttura aperta, condizionato, cioè, al più o meno penetrante intervento legislativo in attuazione dei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost.».

della proporzionalità fra l'offesa posta in essere o minacciata dall'illecito e la lesione del bene individuale – la libertà personale – attuata in reazione.

Di conseguenza dinanzi al legittimo timore di abusi probabili e difficilmente controllabili e sanzionabili il legislatore ha optato per la lecita operabilità dell'arresto in flagranza nei soli casi in cui si presume *iuris et de iure* che pericoli specifici per la collettività possano irrimediabilmente discendere dalla commissione di un reato, mentre ha escluso che la facoltà di arresto possa essere legittimamente esercitata dal privato quando occorrerebbe procedere alla valutazione discrezionale attorno alla sussistenza dei *pericula libertatis*.

Un altro esempio interessante è costituito dalla legge n. 91/1999 inerente la disciplina del prelievo di organi o di tessuti da un soggetto di cui sia stata accertata la morte cerebrale.

La legge in questione ha modificato il regime del consenso all'espianto fino a quel momento basato, secondo la legge n. 644/1975, sull'espressa dichiarazione di volontà del deceduto o, in assenza di questa, sul consenso reso ai sanitari dai prossimi congiunti del soggetto dichiarato clinicamente morto.

La stessa legge ha introdotto all'art. 4 la regola del silenzio-assenso: secondo tale regola i cittadini sono tenuti a dichiarare la propria volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti del proprio corpo successivamente alla morte e sono informati che la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione[33].

Questa regola rappresenta un'espressione del valore solidaristico e più in particolare si traduce in «una tecnica, anche raffinata, di comunicazione per promuovere nel cittadino un sentimento solidale, per orientare le scelte individuali lungo la direttrice costituzionale degli adempimenti di solidarietà sociale»[34].

Questo risultato è stato perseguito peraltro senza postulare a livello normativo la "doverosità giuridica" dell'atto di donazione dei propri organi *post mortem* e dunque senza optare per la soluzione di ricollegare una vera e propria sanzione nei confronti dell'eventuale inadempienza.

[33] In realtà poi ad essere più precisi la legge *de qua* prevede, quanto alla manifestazione della volontà della persona alla donazione, un sistema che potremmo definire "misto". Il criterio individuato come prevalente da parte del legislatore, basato sul consenso informato presunto, infatti, non è mai andato a regime, mentre ha prevalso nella pratica clinica la disciplina transitoria prevista dall'art. 23 della legge, sino alla graduale introduzione di un metodo capillare – per quanto ancora solamente facoltativo – di raccolta del consenso. Per un'esauriente ricostruzione in materia cfr. L. Busatta, *Il consenso alla donazione degli organi: uno studio comparato alla ricerca di un modello costituzionalmente preferibile*, in *Corti Supreme e Salute*, 2020, n. 1, partic. 112 ss.

[34] Così I. Nicotra Guerrera, *Il silenzio legale informato nella recente legge sui trapianti: dalla regola coercitiva alla norma pedagogica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 837.

Tale soluzione, a dire il vero, è stata adombrata in passato da una parte autorevole della dottrina la quale postulava la cosiddetta statizzazione del cadavere, ovvero la sua espropriazione per pubblica utilità sulla base del presupposto della scarsità dei beni primari come gli organi umani.

Di fronte a tale scarsità dunque la nazionalizzazione del cadavere avrebbe ben potuto corrispondere all'esigenza di garantire l'affermazione del diritto alla salute inteso anche e soprattutto come interesse della collettività[35]: in altri termini, nel caso di trapianto da cadavere a vivente «non essendovi due vite da porre a raffronto, ma, da una parte, una vita – e quindi un soggetto titolare di diritti fondamentali – e dall'altra un cadavere – rispetto al quale, mancando la soggettività giuridica, non sono ipotizzabili diritti fondamentali – l'esigenza costituzionale di tutela della persona non può non essere prevalente»[36].

La legge n. 91/1999, invece, colloca l'atto di donazione per così dire a metà strada fra diritto e dovere: l'atto di donazione dunque è qualificabile come «prestazione di solidarietà indotta, che trattiene in sé una quota di spontaneismo»[37].

In altre parole, la regola adottata del silenzio-assenso identifica la prestazione solidale non quale dovere ed evita così di trasformare il principio di so-

[35] Sul necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo – anche nel suo contenuto negativo di non assoggettabilità a trattamenti sanitari non richiesti o non accettati – con il coesistente diritto degli altri e quindi con l'interesse della collettività dal momento che la tutela della salute implica anche il «dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri. Le simmetriche posizioni dei singoli si contemperano ulteriormente con gli interessi essenziali della comunità, che possono richiedere la sottoposizione della persona a trattamenti sanitari obbligatori, posti in essere anche nell'interesse della persona stessa, o prevedere la soggezione di essa ad oneri particolari» (così la sent. n. 218 del 1994) vedasi la giurisprudenza della Corte costituzionale (cfr. le sentt. n. 307 del 1990, n. 258 del 1994 e n. 5 del 2018) ed in modo particolare fra le più recenti la sent. n. 14 del 2023 in cui si trova scritto che nell'ambito del contemperamento fra la declinazione individuale e quella collettiva del diritto alla salute «l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio trova giustificazione in quel principio di solidarietà che rappresenta… la base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente…».

[36] Così G. Giacobbe, *Trapianti*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 902 e ivi nota 48. Sui motivi per i quali questa tesi della statizzazione del cadavere – già sostenuta, fra l'altro, anche da altri autori (cfr. G. Gemma, *Questioni in tema di trapianti: profili di legittimità costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 1010 nota 42; P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 320-321) – dev'essere rigettata vedansi le osservazioni svolte da E. Rossi, A. Bonomi, *La fraternità fra "obbligo" e "libertà". Alcune riflessioni sul principio di solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, in A. Marzanati, A. Mattioni (a cura di), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, 2006, 95-96.

[37] I. Nicotra Guerrera, *op. cit.*, 842.

lidarietà in quel "bacillo" che può uccidere ogni libertà e che può far dunque rimanere "sospesi" i diritti individuali[38]; tale regola, tuttavia, non relega al contempo l'atto di donazione in una pura e semplice forma di spontaneismo e di liberalità e dunque non lo subordina alla volontà espressa del soggetto.

Tutti questi esempi, per quanto diversi fra loro, di doveri previsti non in Costituzione ma dal legislatore e riconducibili al principio di solidarietà a nostro avviso presentano la seguente caratteristica essenziale.

Da un lato siffatti doveri sembrano, almeno in alcuni casi, porre restrizioni ai diritti di libertà fondamentali dei consociati.

Ci spieghiamo meglio.

Si pensi al caso emblematico del reato di omissione di soccorso su cui in precedenza ci si è intrattenuti e che almeno in apparenza limita la libertà del soggetto: infatti, qualora trovi una persona ferita o altrimenti in pericolo, il soggetto non può rimanere inerte, ma, *pur non avendo contribuito in alcun modo al ferimento o alla creazione della situazione di pericolo in cui quella persona viene a trovarsi*, deve comunque prestare l'assistenza occorrente o darne immediato avviso all'Autorità.

Eppure la fattispecie criminosa di omissione di soccorso "regge" al vaglio di costituzionalità proprio perché fondata sul principio di solidarietà: del resto, come si evince dalla giurisprudenza costituzionale[39], l'art. 2 Cost., nel riconoscere i diritti che formano il patrimonio irretrattabile della personalità umana e che appartengono all'uomo inteso come essere libero e nel coniugarli con i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, «non può escludere che a carico dei cittadini possano essere disposte quelle restrizioni della sfera giuridica rese necessarie dalla tutela dell'ordine sociale».

Dall'altro lato, però, questi stessi doveri possono essere non solo nel loro contenuto modificati, ma anche fatti venire meno attraverso una legge che

[38] In tal senso cfr. P. Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 148, nonché già G. Treves, *La difesa della libertà individuale nella nuova Costituzione*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1947, 132, secondo cui, data l'ampia sfera di azione attribuita alla solidarietà, questa può anche essere intesa "in maniera oppressiva".

[39] Cfr. la sent. n. 102 del 1975, cui si deve la citazione appena poco oltre sopra nel testo indicata. In tema cfr. A. Apostoli, *op. cit.*, 29-30, la quale constata che in alcune circostanze il giudice costituzionale ha difeso disposizioni legislative a carattere doveroso che, pur se non riconducibili direttamente a disposizioni costituzionali, tuttavia potevano essere espressione della potenzialità espansiva del principio di solidarietà: «in tal modo, pertanto, la solidarietà, nel suo ruolo di *ratio* giustificatrice dei doveri che l'ordinamento impone ai propri appartenenti, è stata fatta oggetto di una interpretazione "estensiva" del giudice costituzionale, che l'ha utilizzata non solo con riferimento alle situazioni giuridiche passive costituzionalmente sancite, ma anche come fondamento di altre condotte non espressamente qualificate come "doveri" dalla Carta fondamentale, anche se ad essi ricollegabili in virtù del complessivo quadro valoriale che essa persegue».

abroghi la disposizione legislativa che li prevede: al contrario i doveri previsti in Costituzione e funzionalizzati al principio di solidarietà non possono essere fatti venire meno da nessuna legge proprio *in quanto inderogabili*[40].

D'altra parte è opportuno tenere nella dovuta considerazione la seguente premessa: le due "immagini", ovvero quella dei diritti e l'altra dei doveri, in realtà non sono speculari come pure apparentemente sembrerebbe[41]: la validità di questa premessa si conferma quando si discute se quello dei doveri sia un *numerus clausus* oppure se anche per essi – così come per la prevalente dottrina e per la giurisprudenza costituzionale per i diritti – valga la regola dell'"apertura" e quando pure si opta per il secondo corno dell'alternativa.

In effetti solo dei diritti fondamentali si parla in termini del loro "riconoscimento": infatti i diritti fondamentali *non sono posti* e dunque non sono disponibili dalla Costituzione, ma sono da questa "accolti, testimoniati e salvaguardati"[42]; i doveri, al contrario, pur se anch'essi "fondamentali", *sono dalla Carta costituzionale costituiti*[43].

Questa affermazione non esclude affatto che possano "crearsi" altri doveri rispetto a quelli espressamente indicati in Costituzione; tuttavia, tali altri doveri, ancorché riconducibili al principio di solidarietà così come quelli di cui agli esempi in precedenza riportati, non possono godere delle stesse garanzie di inderogabilità dei doveri analiticamente espressi nel testo costituzionale.

[40] Come, ad esempio, si ricava dalla sent. n. 309 del 2013 della Corte costituzionale in riferimento alla profonda e sostanziale differenza intercorrente fra il primo ed il secondo comma dell'art. 52 Cost., «mentre *il dovere di difesa è inderogabile, nel senso che nessuna legge potrebbe farlo venir meno*, il servizio militare è obbligatorio 'nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge', purché, ovviamente, 'non siano violati altri precetti costituzionali'» (con corsivo nostro).

[41] In tal senso cfr. anche A. Ruggeri, *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, cit., 21-22.

[42] Così A. Ruggeri, *op. ult. cit.*, 22.

[43] Come scrive ancora A. Ruggeri, *op. ult. cit.*, 22 e ivi note 77 e 78, «quanto meno, così è per alcuni di essi, mentre altri sono da considerare presupposti, non potendo ad ogni modo il loro adempimento fare difetto, a pena della stessa impossibilità dell'ordinamento di trasmettersi integro nel tempo, restando comunque demandata alla Costituzione la definizione dei modi e dei limiti del loro esercizio».

Carlo Bottari[*]

IL DIRITTO ALLO SPORT COME COMPONENTE ESSENZIALE DEL DIRITTO FONDAMENTALE ALLA TUTELA DELLA SALUTE: PARTIAMO DALL'IMPIANTISTICA SPORTIVA

SOMMARIO: 1. Premessa all'impianto istituzionale. – 2. Il nuovo approccio all'impiantistica sportiva.

1. *Premessa all'impianto istituzionale*

L'impronta di carattere sociale che caratterizza la Costituzione del 1948 è chiaramente presente anche nella duplice accezione della tutela della salute, sancita dall'art. 32 quale «fondamentale diritto dell'individuo» ma anche come «interesse della collettività».

La Costituzione repubblicana è il fondamento dello Stato sociale, che si è sostituito allo Stato liberale, vigente dalla Rivoluzione francese sino alla fine della Seconda guerra mondiale, che in Italia trovava la sua espressione nello Statuto Albertino.

Con l'affermazione dello Stato sociale e il superamento di quello liberale, lo Stato non deve solo riconoscere le libertà fondamentali, già tutelate da quello liberale, ma deve pure preoccuparsi delle esigenze sociali dei cittadini e garantirle.

Gli artt. 2 e 3 della Costituzione italiana sono le fondamenta dell'ordinamento: l'art. 2 sancisce il principio di solidarietà, che garantisce lo sviluppo di determinati valori all'interno di tutto il territorio nazionale, mentre il 3 stabilisce il principio di uguaglianza.

Mentre lo Stato liberale può essere definito «astensionista» in quanto si astiene volutamente dall'intervenire, ovvero mira a garantire al massimo le libertà del cittadino proprio intervenendo il meno possibile, lo Stato sociale, fondandosi su un presupposto diverso, è tenuto per sua stessa natura ad intervenire anche se i suoi interventi limitano e ridimensionano inevitabilmente le libertà del cittadino.

Fondamentale è, quindi, la scelta dei settori e dei livelli di intervento, l'assunzione delle decisioni sull'utilizzo delle risorse disponibili per il paese.

Nel 1948, in Italia si è data vita, quindi, ad uno Stato interventista, uno Stato che deve intervenire per assicurare le garanzie sociali al cittadino, prima

[*] Professore Alma Mater, Università di Bologna, carlo.bottari@unibo.it.

tra tutte il diritto alla tutela della salute, anche se poi, dal 1948, dovranno trascorrere trent'anni prima che detto diritto alla tutela della salute possa trovare garanzia ed effettiva attuazione.

Fino alla metà degli anni Settanta, in Italia vigeva un sistema mutualistico che, però, non era espressione dell'art. 32 della Costituzione bensì si fondava sull'art. 38, che, essendo inserito fra le norme a tutela dei lavoratori, sancisce la garanzia di interventi per questi, in caso di malattia.

Dal sistema mutualistico, le cui prestazioni sanitarie erano garantite attraverso una minima partecipazione alla spesa da parte dei lavoratori e, invece, un consistente contributo da parte dei datori di lavoro, con la l. n. 833/1978, si passò ad un sistema che ha portato, nel tempo, ad un'enorme dilatazione della spesa sanitaria, oltre che a differenziazioni nell'erogazione delle prestazioni, contraddicendo anche il principio dell'uguaglianza nella fruizione delle stesse, sempre introdotto dalla l. 833.

Della erogazione delle prestazioni a livello territoriale non c'era uniformità nel 1978 né c'è uniformità nel 2024 e, probabilmente, come molti temono, questa uniformità andrà sempre più allontanandosi proprio a seguito di quel regionalismo differenziato già citato.

Quanto rappresentato evidenzia come sia necessario che il legislatore intervenga senza indugi per cercare di qualificare al meglio le prestazioni alle quali si potrà avere accesso fino ad arrivare ai livelli essenziali di assistenza (LEA), ovvero elenchi le prestazioni sanitarie alle quali il cittadino potrà accedere attraverso il Servizio sanitario nazionale.

Il problema di fondo è legato alla sostenibilità del servizio: quale sia la garanzia di sostenibilità del Servizio sanitario nazionale, in quali termini e con quali modalità e qualità.

La recente pandemia e le conseguenti crisi socio-economiche hanno avuto, e stanno avendo, un impatto estremamente negativo sulle condizioni sociali e di salute della cittadinanza e sui sistemi sanitari dei paesi europei, ma possono anche indurre un processo di valorizzazione degli strumenti adottabili dagli stati e creare un clima politico ed economico favorevole, in quanto queste condizioni terribili non cancellano «la speranza di poter mettere in moto una grande battaglia contro il bisogno»[1], così come si verificò ai due tempi della stesura del Rapporto Beveridge[2].

[1] E. Mingione, *Il Piano Beveridge e il nuovo welfare*, in U. Ascoli, D. Benassi, E. Mingione (a cura di), *William Beveridge. Alle origini del welfare state*, Milano, 2010, 172.

[2] Per la lettura multidisciplinare del Rapporto Beveridge, il rimando è a: U. Ascoli, D. Benassi, E. Mingione, *William Beveridge. Alle origini del welfare state*, Milano, 2010; M. La Rosa, L. Benedetti, F. Franzoni, P. Grazioli, *Solidarietà, equità e qualità. In difesa di un nuovo welfare*

A questo proposito la sfida di Beveridge è oggi ancora attuale anche se non semplice da realizzare.

Ed è per questo che l'occasione offerta ai paesi europei dal Dispositivo europeo per la Ripresa e la Resilienza (*Recovery and Resilience Facility*), adottato con il Regolamento UE 2021/241[3], quale strumento innovativo di sostegno finanziario diretto agli Stati membri per affrontare le conseguenze e gli effetti negativi della crisi da Covid-19 nell'ambito del programma Next Generation Europe e declinata nei diversi Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)[4] non va sprecata ma colta per permettere al SSN di adattarsi ai cambiamenti demografici ed epidemiologici, garantendo un'assistenza di qualità a tutti, indipendentemente dalla loro posizione geografica o dal loro stato socio-economico, sviluppando soluzioni innovative di tutela della salute.

Peraltro, come in più occasioni affermato dall'Organizzazione mondiale della sanità, la salute non può trovare tutela unicamente attraverso prestazioni di carattere strettamente sanitario, considerato che alla salute ed alla sua tutela contribuiscono tutta una serie di fattori che vanno dall'ambiente di vita e di lavoro, alle capacità economiche, dalla dimensione culturale al contesto sociale, dalla potenzialità di svolgere attività motoria alla concreta fruibilità di farmaci o prestazioni di carattere sanitario.

Si inserisce, qui, il concetto riguardante le competenze nel modello olistico del benessere: la salute globale non è vista come semplice assenza di malattie, ma come benessere globale di corpo-mente-società-ambiente (dal greco «olos», tutto). La persona deve essere considerata nella sua totalità psico-fisica in cui fattori biologici, psicologici e sociali sono fortemente interconnessi: deve essere in grado di prendersi cura di sé nel suo complesso.

in Italia, Milano, 1995; M. Paci, *"Attualità di Beveridge"*, in *Quale Stato*, 4/96-1/97, 1996-1997, 313-322; Aa.Vv., "*Il 'Progetto Beveridge' tra Stato e mercato*", in *Economia & Lavoro*, XXXIX, 3, sett.-dic. 2005.

[3] Per un'analisi giuridica si rimanda, tra gli altri, a: E. Bressanelli, L. Quaglia, *La Genesi del Next Generation EU: intergovernativismo vs sovranazionalismo?* in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, 3, 2021.

[4] Tra gli altri, si rimanda a: C. Tozzi, *Procedure normative per l'attuazione del PNRR: tra vecchie e nuove prospettive di riforma*, in *Federalismi*, 3, 2023; M.A. Sandulli, *Problematiche generali dell'attuazione del PNRR*, in *Federalismi*, Paper 15 febbraio 2023; A. Manzella, *L'indirizzo politico, dopo Covid e PNRR*, in *Federalismi*, 19, 2022; M Cocconi, *Le riforme dell'istruzione nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Federalismi*, 11, 2022; N. Lupo, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi*, 1, 2022; A. Sciortino, *PNNR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico "normativo"?*, in *Federalismi*, 18, 2021.

2. *Il nuovo approccio all'impiantistica sportiva*

Il tema dell'impiantistica sportiva e della sua importanza è valorizzato anche nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), tanto nella Missione 4, "Istruzione e Ricerca" quanto, con maggior rilievo, nella Missione n. 5, "Inclusione e Coesione".

In particolare, la Componente 2, della Missione 5, prevede l'Investimento 3.1, rubricato, "Sport e inclusione sociale", finalizzato proprio alla valorizzazione degli impianti sportivi anche come occasione per intervenire per il recupero di aree urbane.

Premettendo che i termini temporali fissati dallo stesso PNRR potranno, o, forse, dovranno, essere oggetto di eventuali proroghe, preme sottolineare che la materia dell'impiantistica sportiva è estremamente rilevante e necessita di essere approfondita *in primis* con coloro che, nei fatti, dovranno disporre e dare attuazione ai suddetti interventi.

Sebbene lo sport sia sempre stato abbinato al turismo, tanto che l'Amministrazione dello Stato in passato ha spesso previsto il Ministero dello Sport e del Turismo, ed anche se il legame è effettivamente esistente tuttora, è opportuno evidenziare che lo sport non è solo un'opportunità di potenziamento per le attività turistiche.

Lo sport è qualcosa di ben diverso: è inclusione, educazione, competizione ed anche prevenzione.

Progressivamente, detti caratteri si sono affermati sempre più ed una potente accelerazione del processo è stata impressa dalla modifica dell'articolo 33 della Costituzione con la Legge Costituzionale 26 settembre 2023, n. 1, che ha sancito «il valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme», potenziando l'importanza di rango costituzionale assegnata allo sport.

Già con la Legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, di riforma del Titolo V della Costituzione, lo sport era stato inserito nella Carta Fondamentale come disciplina dell'ordinamento sportivo, rientrante tra le materie di legislazione concorrente Stato-Regioni elencate all'articolo 117, co, 3, ma, proprio in ragione del principio cardine dell'autonomia dell'ordinamento sportivo, poco trattata dalle legislazioni regionali.

In merito all'ordinamento sportivo, la cronaca recente ha riportato il contrasto, anche molto acceso, intercorso fra il Governo, il CONI e le Federazioni sportive, in particolare quelle del calcio e del basket, che ha portato il Governo ad introdurre un'authority per il controllo dei bilanci delle società, sia di calcio che di basket, con una norma che era ipotizzata da tempo, anche in ragione dei numerosi processi che si sono avvicendati nel corso degli ultimi anni.

L'assenza di controllo sui bilanci e sui finanziamenti, da cui conseguiva tutta una serie di problematiche, rendeva assolutamente doveroso intervenire, soprattutto per garantire la correttezza del gioco e per rendere conto ai cittadini.

Nonostante l'aspra reazione da parte del CONI e delle stesse Federazioni, che hanno invocato l'autonomia dello sport e la presenza di propri organi interni incaricati del controllo, il Governo ha confermato la propria scelta, stante la necessità di introdurre una forma di vigilanza in una realtà che, soprattutto negli ultimi 10 anni, ha subito radicali modifiche, tanto che nel prossimo campionato di calcio 12 delle 20 squadre saranno di proprietà straniera e, quindi, completamente al di fuori del controllo delle proprietà italiane.

Si è trattato, dunque, di un intervento necessario su cui si potrà, se lo si riterrà opportuno, svolgere un approfondimento atto a verificarne la coerenza con la sancita autonomia dell'ordinamento sportivo, autonomia che ogni Federazione e ogni Comitato Olimpico esercita in conformità con le regole di carattere internazionale, adottate dal CIO o da tutte le altre organizzazioni internazionali che presiedono i vari settori dello sport.

La grande novità su cui si deve porre l'attenzione rimane l'inserimento nell'articolo 33 della Costituzione di un ultimo comma che attesta il valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva «in tutte le sue forme», ossia incluse tutte le attività motorie, tanto che si parla di diritto allo sport che dovrebbe essere praticato da tutti, bambini, adulti ed anziani, a tutela della salute.

Si tratta di un tema molto considerato e commentato, su cui, stante il carattere recente, si stanno avviando studi ed approfondimenti ed è in corso una discussione molto accesa, con interpretazioni contrastanti.

Già da 3-4 anni, ovvero già dalla precedente legislatura, risultavano pendenti in Parlamento progetti di legge finalizzati ad inserire lo sport in Costituzione che incontravano il favore di tutti i partiti e di tutti i gruppi parlamentari i quali, però, non erano altrettanto concordi circa la sua collocazione, ossia su quale articolo della prima parte modificare, posto che la prima parte viene considerata come il preambolo della seconda che, avendo carattere attuativo, deve sempre trovare la propria legittimazione nella prima.

Essenzialmente, vi erano tre ipotesi: inserire il diritto allo sport nell'articolo 32, accanto al diritto alla tutela della salute, nell'articolo 33, accanto al diritto allo studio e all'educazione, o nell'articolo 9, anch'esso oggetto di modifica nel 2022, con la Legge Costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, che ha introdotto il cosiddetto diritto alla tutela dell'ambiente.

A parere di chi scrive, coinvolto direttamente in varie audizioni in Parlamento, unitamente a colleghi di altre Università italiane, la collocazione nell'articolo 32 sarebbe stata la peggiore in quanto avrebbe ridimensionato il valore

dello sport, che sarebbe stato legato solo alla tutela della salute e qualificato solo come mezzo di prevenzione, con conseguente perdita degli altri suoi fondamentali aspetti. Analogamente, l'inserimento nell'articolo 9, accanto alle altre disposizioni riguardante la disciplina della tutela dell'ambiente, avrebbe sminuito il valore dello sport.

La scelta finale, condivisa da tutti e fatta propria dalle commissioni parlamentari, è stata quella di aggiungere un ultimo comma all'articolo 33.

Come detto, oggi si dibatte sulla portata di detta introduzione. A parere di alcuni, sarebbe stato affermato un diritto soggettivo del cittadino ad esercitare attività motorie mentre chi scrive, così come altri, ritiene che la Costituzione introduca esclusivamente una prospettiva, l'auspicio che lo Stato si adoperi per favorire l'esercizio delle attività motorie sportive.

Infatti, mentre il diritto alla tutela della salute contenuto nell'articolo 32 presuppone il diritto del cittadino alla prestazione sanitaria, cui è finalizzato uno specifico prelievo fiscale, il diritto allo sport è un riconoscimento della necessità che venga favorita la possibilità di svolgimento di un'attività sportiva da parte dei cittadini.

In attuazione di quanto previsto dal secondo comma dell'articolo 3 della Costituzione, dove si afferma chiaramente che «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese», lo Stato è tenuto ad adoperarsi affinché i cittadini possano praticare attività sportiva e, conseguentemente, è tenuto a realizzare gli impianti sportivi, ossia le relative sedi di svolgimento.

In una situazione variegata come quella che caratterizza il nostro Paese, con grandi differenze tra le regioni, è, quindi, fondamentale costruire impianti sportivi ma è altrettanto fondamentale impegnarsi nella ristrutturazione e manutenzione di quelli esistenti così da non replicare situazioni, presenti anche in Emilia-Romagna, con impianti sportivi fatiscenti o privi di servizi essenziali, il cui utilizzo comporta un cattivo uso delle risorse investite per il loro funzionamento per le conseguenti dispersioni di calore, luce e acqua.

Vi è, quindi, la necessità tanto di realizzare nuovi impianti sportivi quanto di gestire quelli esistenti secondo criteri di efficienza e sostenibilità, come fissato dallo stesso PNRR e dal Green Deal europeo, facendosi volano per la rigenerazione urbana e contribuendo, in tal modo, a migliorare la qualità della vita delle persone.

Andrea Buratti[*]

IL POTERE NEGATIVO NEL COSTITUZIONALISMO CONTEMPORANEO, TRA ASSORBIMENTO E PERSISTENZA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La teoria dell'assorbimento del diritto di resistenza nelle forme dello stato di diritto liberale. – 3. Il trasferimento del diritto di resistenza nel principio di opposizione: l'interpretazione dei diritti fondamentali e le istituzioni del "contropotere". – 4. La persistenza del diritto di resistenza nelle prassi democratiche del popolo.

1. *Premessa*

L'occasione di una raccolta di scritti per omaggiare l'amico Salvatore Prisco mi consente di riprendere un filone di studi a cui mi sono dedicato sin dai primi anni della mia ricerca, e ancora oggi per me ricco di sollecitazioni[1]. Studi verso i quali Salvatore Prisco ha sempre mostrato interesse, dedicandomi un'attenzione non frequente nel nostro ambiente.

Le mie ricerche sul diritto di resistenza nella prospettiva degli studi costituzionali mi hanno immediatamente condotto al confronto con la categoria del potere negativo – fino ad oggi analizzata con particolare riguardo al suo contesto d'origine, il diritto pubblico romano[2], e alla genesi del costituzionalismo nell'Europa moderna[3]. Se è vero che la dottrina del diritto di resistenza segue,

[*] Professore Ordinario di diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

[1] Mi riferisco alla monografia *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello stato costituzionale*, Milano, 2006, che avevo parzialmente anticipato con il saggio *Dal diritto di resistenza alla tutela costituzionale del dissenso politico*, in R. Nania, P. Ridola (cur.), *I diritti costituzionali*, vol. I, 2 ed., Torino, 2006, 483 ss. Di diverso taglio è la voce *Resistenza (diritto di)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, V, dir. da S. CASSESE, Milano, 2006, 5081 ss. Sono poi tornato sul tema in un saggio destinato al volume *Il diritto tra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, I, Roma, 2010, (*Diritto di resistenza e potere negativo nella Costituzione italiana*, 303 ss.) e, più di recente, con un contributo nel volume curato da B. PEZZINI e S. ROSSI, *I giuristi e la Resistenza. Una biografia intellettuale del Paese*, Milano, 2016, 197 (*Diritto di resistenza e Costituzione: diritti oppositivi, contropoteri costituzionali, prassi democratiche del popolo*).

[2] G. GROSSO, *Appunti sulla valutazione del tribunato della plebe nella tradizione storiografica conservatrice*, in *Index*, 7/1977; P. CATALANO, *Tribunato e resistenza*, Torino, 1971; G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, Milano, 1982.

[3] Oltre agli scritti di Catalano e Lobrano citati alla nota precedente, anche G. LOBRANO, *Diritto pubblico romano e costituzionalismo moderni*, Sassari, 1989, nonché ID., *La* respublica *romana, municipale-federaiva e tribunizia: modello costituzionale attuale*, in *Diritto e Storia*, n. 3/2004.

nel corso dell'età medievale e moderna, una traiettoria specifica, che accompagna lo sviluppo del costituzionalismo come dottrina politica di limitazione e legittimazione del potere, è altresì vero che esso può essere configurato all'interno dello stato costituzionale di diritto solo nell'ambito di una più comprensiva concettualizzazione del potere negativo – teoria che persegue la finalità di conciliare, pur sempre in termini di una persistente dialettica, il rapporto tra potere legittimo e opposizione popolare.

Al contrario, la dottrina costituzionalistica ha progressivamente marginalizzato la riflessione sulla vigenza di un principio oppositivo nell'impianto della Costituzione italiana[4]. Si può dunque dire che non è stato raccolto l'invito formulato da Pierangelo Catalano a conclusione del suo *Tribunato e resistenza*: «Nella prospettiva storica, l'interpretazione della Costituzione italiana del 1947 esige l'utilizzazione di un preciso concetto di potere negativo»[5].

Ragioni di ordine metodologico spingono invece al recupero di questo filone di studi, specie in ragione del riemergere nelle democrazie pluralistiche contemporanee di linee di frattura sociali, etniche, religiose e politiche che comportano il recupero di prassi di resistenza, veto ed opposizione nell'ambito di fenomeni locali e globali di contestazione a forme tradizionali ed inedite di oppressione[6]. Per comprendere le tensioni profondissime che gravano oggi sulle democrazie e sulle forme costituzionali, occorre che gli studi costituzionali si ricongiungano alle loro radici, che affondano nel terreno della storia, della cultura e della politica[7].

[4] Estremamente significativa della reazione della dottrina costituzionalistica alla teoria del potere negativo, la critica di A. Baldassarre, *Problemi di libertà*, in *Dir. soc.*, 3/1973. Per una rassegna della sorte della categoria del potere negativo negli studi storici e costituzionalistici, P. Catalano, *Sovranità della* multitudo *e potere negativo: un aggiornamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, I, Torino, 2005.

[5] P. Catalano, *Tribunato e resistenza*, cit., 125.

[6] Gli studi di Salvatore Prisco sul pluralismo culturale, religioso e di valori e orientamenti personali offrono un'eccellente rappresentazione delle società contemporanee, delle tensioni che le attraversano, e del fine che le Costituzioni perseguono all'integrazione del pluralismo sociale. Una linea rossa che si dipana dal volume sulla laicità (S. Prisco, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2007) sino, quantomeno, al recente F. Abbondante – S. Prisco (cur.), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*, Napoli, 2015.

[7] Essenziale a tal fine A.A. Cervati, *A proposito dello studio del diritto costituzionale in una prospettiva storica e della comparazione tra ordinamenti giuridici*, in *Diritto romano attuale*, 2/1999, 15: «Lo studio della storia non va considerato un puro antefatto che precorra il dato normativo e l'elaborazione dogmatica di esso», bensì il contesto ermeneutico del giuridico e delle sue categorie dogmatiche (ivi, 17). Cervati collega la sensibilità storica nello studio del diritto a quella comparatistica: «Quanto più si diffonde nel mondo la pratica dei metodi della comparazione giuridica con riferimento al diritto costituzionale comparato, tanto più si fa palese l'esigenza di approfondire le radici storiche e sociali della presenza di determinate istituzioni,

In questo lavoro cercherò dunque di precisare i termini del rapporto tra diritto di resistenza, potere negativo e Costituzione: un rapporto – anticipo qui – che certamente non può essere spiegato nei termini di un *assorbimento*, ma semmai nel senso di un parziale *trasferimento* e di una inesauribile *persistenza*.

2. *La teoria dell'assorbimento del diritto di resistenza nelle forme dello stato di diritto liberale*

In primo luogo, vorrei ricostruire l'approccio con cui gli studiosi dello stato liberale ottocentesco hanno affrontato questo problema. In continuità con quanto già accaduto nel laboratorio della Rivoluzione francese, la questione è quella del "posto" del diritto di resistenza nel sistema costituzionale.

Ed infatti, nella storia del costituzionalismo moderno, la riflessione attorno alla resistenza ha costituito il principale filone nel quale sono confluiti discorsi e prassi di opposizione politica al potere costituito, soprattutto grazie alla sua elaborazione nell'ambito delle dottrine contrattualistiche sorte in età medievale e sviluppate tra cinque e seicento negli ambienti della Riforma.

Già in alcuni autori e momenti rivoluzionari, ma poi in modo predominante nell'Ottocento, emerge l'idea che quella tensione oppositiva che il diritto di resistenza ha veicolato nell'ideologia del costituzionalismo moderno sia stata assorbita nelle forme dello stato liberale di diritto[8], e con l'approdo all'età delle Costituzioni, nelle «guarentigie» costituzionali. La terminologia utilizzata rinvia, come è evidente, a Vittorio Emanuele Orlando e al suo fondamentale scritto *Della resistenza politica, individuale e collettiva*, del 1885, che definisce con estrema efficacia la postura della dottrina ottocentesca rispetto allo scomodo antenato del diritto di resistenza. Lo scritto fu riprodotto, con modifiche minime, come seconda parte della *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*[9]. In questa più comprensiva trattazione, che segna la svolta del nuovo metodo orlandiano, la resistenza è descritta come garanzia «costituzionale» delle libertà, affiancandosi e completando le garanzie giurisdizionali, trattate nella prima parte dell'opera. Ma proprio qui Orlando vede la resistenza assorbita nelle forme del governo parlamentare, che ha introiettato le istanze di rappresentanza e partecipazione, rendendo superfluo il ricorso a forme di opposizione popolare al potere pubblico, a prescindere dal fondamentale valore che le prassi di resistenza abbiano svolto nella fondazione degli ordinamenti

con determinate attribuzioni, nei singoli Paesi e l'impossibilità di comprendere il funzionamento degli organi costituzionali se non nel loro complesso» (ivi, 32).

[8] K. Wolzendorff, *Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrigen Ausübungen der Staatsgewalt*, Breslau, 1916.

[9] In *Biblioteca di Scienze politiche*, diretta da A. Brunialti, vol. V, Torino, 1890.

costituzionali: l'affermarsi del «governo di discussione» comportava la strutturazione della «pubblica opinione», mediante l'affermazione delle libertà di stampa, riunione e associazione, «come mezzo morale di resistenza collettiva», di modo che «lo straordinario sviluppo che questi mezzi morali hanno avuto nei tempi recenti, ha reso più raro l'uso dei mezzi materiali di pura resistenza legale […]. Che se poi – proseguiva l'Orlando – all'espressione di resistenza collettiva legale si dà un largo senso, tale da includere quelle manifestazioni energiche della pubblica opinione per le quali si determinarono i governanti a concedere quelle riforme alle quali spontaneamente non sarebbero addivenuti, allora davvero diventa uno strumento poderoso di progresso e, indirettamente, di tranquillità sociale, in quanto mantiene quel giusto livello fra la *costituzione* e il *diritto costituzionale*, mentre la sproporzione fra questi è la vera ed intima causa di ogni rivoluzione politica»[10].

La teoria dell'*assorbimento* va peraltro compresa osservando processi paralleli che ebbero a verificarsi nell'ambito del costituzionalismo ottocentesco e che trovano una sintesi speculativa nella concezione dell'obbligo politico esposta nella *Metafisica dei costumi* di Kant, dove si realizza una sintesi teorica formidabile tra affermazione della sovranità nazionale, rappresentanza statuale della Nazione e identificazione dell'obbligo politico col diritto positivo e con la legalità formale[11]. La sostituzione del modello della delega, ancora presente in Locke e in tutti gli autori che hanno contribuito all'elaborazione del diritto di resistenza, con il modello della rappresentanza, conduce dunque ad una «svolta hobbesiana»[12] e ad un'esplicita adesione ad una concezione monista della sovranità[13]. Si dissolve, infatti, il fondamento teorico di un modello dualistico dell'obbligazione politica su cui, dal feudalesimo in avanti, avevamo visto sorgere la grande tradizione del diritto di resistenza.

[10] G. Meloni, *Appunti sul c.d. «diritto di resistenza collettiva» nel pensiero di V.E. Orlando*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, II, Padova, 1957, 672; L. Lacchè, *Per una teoria costituzionale dell'opinione pubblica. Il dibattito italiano (XIX secolo)*, in *Opinione pubblica. Storia, politica, costituzione dal XVII al XX secolo*, in *Giorn. st. cost.*, 6/2003, 275-6 e, sul pensiero di Orlando, 281-283.

[11] La relazione tra inderogabilità dell'obbligo politico e formalismo giuridico è essenziale: «La massima *salus publica suprema lex* enunciata da quella dottrina come fondamentale principio di articolazione del rapporto comando-obbedienza appare, infatti, compatibile con gli *standard* di universalità ed oggettività del giusrazionalismo kantiano solo a patto di interpretare come «bene pubblico che è *innanzi tutto* da tener in considerazione» quella *costituzione legale* «che garantisce a ciascuno la sua libertà secondo le leggi»». Così L. Scuccimarra, *Obbedienza, resistenza, ribellione. Kant e il problema dell'obbligo politico*, Roma, 1998, 219.

[12] Ivi, 283.

[13] Ivi, 287.

La teoria dell'assorbimento è dunque il paradigma attraverso cui il pensiero liberale fa i conti con il proprio passato, che è permeato di tensione rivoluzionaria ed antagonistica rispetto agli assetti sociali e istituzionali dell'*ancien règime*, pacificandolo con il proprio presente, che è orientato a dare forma ad una torsione statualistica – per dirla con le parole di Paolo Ridola – funzionale alla protezione degli interessi e dei valori dello stato monoclasse borghese.

Già da questa pur breve definizione si può comprendere come questa lettura abbia condizionato l'esperienza dello stato liberale di diritto, tradendo le aspirazioni fondative dell'età delle rivoluzioni.

Diversamente, la suggestione che ha animato il mio studio assume che la tensione emancipativa, conflittuale ed antagonistica che fu rappresentata nel corso dell'età moderna dalla rivendicazione costituzionalistica e dalla teorizzazione del diritto di resistenza non sia stata assorbita dal sistema delle garanzie formali e sostanziali predisposte dal diritto costituzionale positivo o dalle forme del *government by discussion*, ma esprime una pretesa di influenza che si irradia nell'esperienza dello stato costituzionale assumendo forme inedite, tanto all'interno degli istituti giuridici quanto attraverso modalità spontanee.

3. *Il trasferimento del diritto di resistenza nel principio di opposizione: l'interpretazione dei diritti fondamentali e le istituzioni del "contropotere"*

Rispetto all'esperienza dello stato di diritto di epoca liberale, le Costituzioni delle democrazie pluralistiche del Novecento manifestano una maggiore apertura e nuovi sbocchi alle manifestazioni del potere negativo del popolo.

In questa direzione, ho formulato la tesi di un *trasferimento* delle virtualità oppositive del potere negativo in un principio di opposizione, che informa e influenza l'esperienza del costituzionalismo contemporaneo, sia mediante l'operare di istituzioni di contropotere che attraverso orientamenti interpretativi. Un principio non codificato eppure intimamente appartenente al patrimonio genetico del costituzionalismo e recepito nelle pieghe della Costituzione, che favorisce l'apertura alle forme del dissenso e dell'opposizione agli interessi dello Stato-apparato, agli schemi culturali e alle classi sociali dominanti, all'indirizzo politico delle maggioranze e dei governi.

L'intima appartenenza del principio di opposizione al patrimonio genetico dello stato costituzionale e al principio di sovranità popolare invita infatti a recuperare quella «fonte negativa» della sovranità che – offuscata dalla torsione statualistica subita dal costituzionalismo all'incontro con il formalismo giuridico e lo stato liberale di diritto nel corso dei secoli XIX e XX – costituisce invece un valore, proprio del pensiero giuridico occidentale nonché delle lotte

popolari che ne hanno attraversato la storia, avverso alla «dismisura politica, giuridica, ideologica» dell'autorità[14].

La definizione di un principio di opposizione comporta anzitutto inedite virtualità espansive nei profili interpretativi dei diritti costituzionali. Nelle Costituzioni del pluralismo – tavole di valori che aspirano all'integrazione materiale della società – i diritti fondamentali presentano dimensioni dignitarie, dunque esprimono pretese di protezione, dimensioni di libertà, dunque difensive dalle ingerenze del potere, dimensioni partecipative, e ancora dimensioni positive, di aspettativa di servizi e prestazioni[15]. Un'interpretazione costituzionale orientata al principio di opposizione prospetta una dimensione oppositiva dei diritti fondamentali: essa rammenta che «l'esercizio delle libertà è tale soprattutto quando è uso "antagonistico" delle libertà: quando si dirige, cioè, contro l'universo dei valori costituiti, che è poi l'universo del potere»[16], valorizzando così l'idea della rivendicazione, della richiesta di riconoscimento, «dell'opposizione al dominio e all'oppressione»[17].

Non posso qui passare in rassegna i campi di applicazione e le potenzialità di questo metodo di interpretazione dei diritti fondamentali, anche alla luce di alcuni orientamenti – invero raramente maggioritari e non stabilmente consolidati – della giurisprudenza costituzionale[18]. Devo però richiamare l'importanza di alcuni diritti ed istituti che si pongono, in questa prospettiva, al servizio di una dimensione oppositiva dei diritti: anzitutto il diritto di sciopero, che ancorché soggetto a regolazione legislativa nell'esigenza del suo bilanciamento con diritti e interessi della collettività, esprime forme inedite e spontanee di protesta sociale che sfuggono al disciplinamento[19]; quindi, le azioni popolari,

[14] A. Zanfarino, *Le due fonti della sovranità*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1966, spec. 615. La sovranità popolare può svolgere la funzione di legittimazione di un ordinamento politico, e delle decisioni che maturano nel suo ambito, solo nella misura in cui non si lasci concepire come un «criterio immobilistico, … un ordine permanente», ma sia in grado di dispiegarsi quale «criterio fondamentale di articolazione differenziata della vita sociale, … motore destinato a scoprire e a valorizzare tutte le energie creative della esperienza». Così Id., *Trasformazioni della sovranità e critica del potere*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1965, 735. L'idea di un «lato negativo» della sovranità era presente già in P. Bonfante, *Storia del diritto romano*, IV[a] ed. Torino, 1934. V. anche il fondamentale A. Negri, *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Varese, 1992, 357 ss., spec. 368.

[15] Sulla multidimensionalità dei diritti, v. almeno P. Ridola, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006; A. Di Martino, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2/2016.

[16] C. Fiore, *I reati di opinione*, Padova, 1972, 169.

[17] L. Baccelli, *Critica del repubblicanesimo*, Roma-Bari, 2003, 83.

[18] Rinvio pertanto al mio *Dal diritto di resistenza al metodo democratico*, cit., cap. 3.

[19] Ho sviluppato questo profilo nel mio *Nuovi problemi del diritto di sciopero: la Commissione di garanzia tra contemperamento dei diritti e spontaneità sociale*, in *Rivista dell'Associazione*

tanto rilevanti nella tradizione del costituzionalismo nell'area latinoamericana, e che hanno consentito di dar voce alla spontaneità della protesta sociale; e infine la funzione dei difensori civici[20], che sono chiamati a concretizzare le aspettative di tutela dei cittadini in forme non mediate dall'azione giurisdizionale, e dunque più aperta alla spontaneità delle domande di giustizia.

In un diverso campo materiale, il principio di opposizione opera anche favorendo interpretazioni e prassi costituzionali che valorizzino le risorse di contropotere e gli strumenti interdittivi rispetto agli indirizzi della maggioranza che prendono forma all'interno dell'assetto istituzionale. Mi riferisco ad istituti di controllo e interdizione, affidati agli organi costituzionali o interpretati dagli attori sociali che operano sulla scena istituzionale, o ancora incanalati in procedure di interdizione che coinvolgono la partecipazione popolare.

Devo qui richiamare il rilevante contributo di Pierre Rosanvallon, compendiato nel suo volume sulla controdemocrazia: scrive Rosanvallon, «democrazia elettorale-rappresentativa e contro-democrazia dei poteri indiretti devono essere considerate congiuntamente se si vuole cogliere nella sua complessità il movimento effettivo di appropriazione sociale del potere»[21].

Ebbene, con riferimento agli organi costituzionali, andrebbe considerato in che misura gli strumenti di interdizione affidati ad organi neutri rispetto alla politica siano in grado di integrare risorse di potere negativo. Penso, a titolo di esempio, ai poteri dei Capi dello Stato di veto e rinvio delle deliberazioni parlamentari, o di controllo e diniego alla emanazione degli atti normativi del Governo, sovente affermatisi in via di prassi, quali ramificazioni spontanee del potere di rinvio. Essi rappresentano contropoteri rispetto alla decisione di maggioranza che riescono ad interpretare e dare voce a reazioni critiche diffuse[22].

Con riferimento agli attori sociali, è da valutare il ruolo che, nello stato costituzionale, è assunto dai partiti politici, e segnatamente dai partiti politici di opposizione. Nello sviluppo del costituzionalismo moderno spettò all'opposizione parlamentare interpretare l'esigenza di incanalare le tensioni oppositive della società, venendo a configurare il punto di approdo di un processo di «costituzionalizzazione di un diritto di resistenza continuativa in Parlamento»[23].

italiana dei costituzionalisti, 2/2013, 1-17.

[20] Tema sul quale si deve richiamare il prezioso contributo di Salvatore Prisco, *Ruolo e prospettive del difensore civico nell'esperienza italiana*, in A. D'Aloia (cur.), *Diritti e Costituzione*, Milano, 2003,

[21] P. Rosanvallon, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, (2006), Roma, 2012.

[22] Questa linea è stata valorizzata, in Italia, da L. Ventura, *Le sanzioni costituzionali*, Milano, 1981.

[23] G. De Vergottini, *Lo «Shadow Cabinet». Saggio comparativo sul rilievo costituzionale dell'opposizione nel regime parlamentare britannico*, Milano, 1973, 9-15; A. Reposo, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale negli Stati Uniti d'America*, Padova, 1977, 37-78. Nella dottri-

L'emersione di un'opposizione parlamentare governo, disposta alla critica del suo operato, alla diffusione nell'opinione pubblica dei motivi di contestazione dell'indirizzo di maggioranza ed alla prospettazione di alternative politiche, ha rappresentato il più significativo momento di identificazione di una funzione costituzionale oppositiva all'interno del sistema istituzionale liberal-democratico ed alternativo al circuito strutturato della separazione dei poteri in senso classico. Seguendo Bobbio, il primo percorso di «costituzionalizzazione» del diritto di resistenza «nello stato liberale e democratico […] è la costituzionalizzazione dell'opposizione, che permette, cioè rende lecita, la formazione di un potere alternativo, se pure entro i limiti delle cosiddette regole del gioco, cioè di un vero e proprio contropotere che può considerarsi, se pure un po' paradossalmente, come una forma di usurpazione legalizzata»[24]. Occorre d'altronde considerare che, rispetto al contesto del diritto pubblico romano, la pretesa che il popolo esprime nell'età del costituzionalismo democratico è, anzitutto, quella della partecipazione al potere, in chiave di alternativa critica al governo politico.

È evidente che le potenzialità di una funzione oppositiva affidata alle opposizioni parlamentari sono oggi – in una stagione di decisa marginalizzazione delle istituzioni parlamentari e di pesante delegittimazione dei partiti politici – molto limitate. Rimane peraltro potente la risorsa di contropotere e di critica all'arbitrio di maggioranza che può essere innescata da un'alleanza strategica tra partiti di opposizione organizzati e rappresentativi e organi dell'opinione pubblica, pure concepiti nel senso più largo, comprensivi cioè delle più nuove forme della comunicazione politica. In questa prospettiva, l'esperienza della «opposizione costituzionale», che ha segnato la storia del costituzionalismo moderno e contemporaneo in diversi contesti nazionali sempre riproducendo alcune caratteristiche comuni, può risultare una risorsa preziosa di contropotere democratico, i cui margini di operatività sono da salvaguardare con cura.

Con riferimento, infine, alle procedure interdittive popolari, occorre considerare il rendimento di strumenti quali il *recall*, negli ordinamenti ove è previsto[25], e il *referendum*, nelle svariate articolazioni in cui esso è codificato nelle Costituzioni contemporanee[26].

na tedesca aderiscono a questa tesi J. Isensee, *Das legalisierte Widerstandsrecht*, (1969), Berlin, 1970, 58 ss.

[24] N. Bobbio, *La resistenza all'oppressione, oggi*, in *Studi sassaresi*, III, *Autonomia e diritto di resistenza*, Milano, 1973, 21.

[25] V. ora, in questo senso, il lavoro di J. Paffarini, *The Gun Behind the Door. La revoca popolare degli eletti nel diritto comparato*, Bologna, 2024, che applica la categoria del potere negativo all'istituto della revoca degli eletti

[26] M. Luciani, *Art. 75*, in *Commentario alla Costituzione*, dir. da G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 2005, 8, nt. 13, ha preso in considerazione il rapporto tra *referendum* e diritto di

4. *La persistenza del diritto di resistenza nelle prassi democratiche del popolo*

Fin qui, dunque, il trasferimento del potere negativo in un principio di opposizione che opera, nel quadro dello stato costituzionale, come fattore di impulso tanto per interpretazioni oppositive dei diritti fondamentali, quanto per l'articolazione di prassi istituzionali di contropotere.

Mi rendo conto che l'idea del "trasferimento" del potere negativo in un principio di opposizione si espone alla critica – richiamando la celebre critica di Robespierre nei confronti della Costituzione girondina – per cui organizzare in forme giuridiche la resistenza altro non è che «le dernier raffinement de la tyrannie».

Devo tuttavia osservare che una dicotomia troppo rigida tra potere legittimo di governo e potere negativo sociale, cioè di fonte popolare e privo di regolamentazione giuridica, rischia di trascurare che, nelle architetture pluralistiche delle forme di governo contemporanee, l'apertura a istituti e procedure di partecipazione popolare assicura una porosità del governo che è coerente con le esigenze di controllo sociale, sorveglianza popolare e veto. Inoltre, ciò che caratterizza la teoria del trasferimento, distinguendola così dal paradigma dell'assorbimento del diritto di resistenza formulata dagli studiosi di epoca liberale, è proprio l'inesauribile spontaneità delle forme assunte dal potere negativo, che è a sua volta reattiva e speculare alle trasformazioni del potere.

Ed infatti, il trasferimento non esaurisce la portata delle istanze oppositive diffuse nelle società contemporanee. Le risorse del principio di opposizione si rinvengono proprio nella persistenza di una tensione antagonistica che può assumere forme inedite, sviluppate nelle interpretazioni e nelle prassi spontanee democratiche di opposizione ai poteri costituiti. Esauritesi nelle loro forme premoderne e moderne – la grande tradizione giuridica e speculativa del diritto di resistenza all'oppressione –, le tensioni oppositive si rinnovano e assumono forme inedite, a seconda dell'evolversi dei modi di essere dell'autorità politica e delle fratture della società civile, indipendentemente e oltre la loro codificazione e procedimentalizzazione. La definizione di un principio di opposizione, implicito nell'ordinamento costituzionale, consente a queste prassi inedite di essere valutate come svolgimenti coerenti della democrazia costituzionale, e non come azioni eversive. Lungi dal rappresentare minacce per la stabilità e la continuità dell'ordinamento costituzionale – inteso come ordinamento dei valori sociali e della sovranità popolare –, la diffusione delle prassi di contropotere è invece espressione di potere negativo, dimensione della sovra-

resistenza, da un lato, e *referendum* e forme di potere negativo, dall'altro, escludendo che l'istituto referendario possa configurarsi come manifestazione di potere negativo.

nità popolare e proteso a garantire e inverare il principio democratico[27]. Qui si radica – a ben vedere – l'identità della democrazia costituzionale sviluppatasi nella tradizione del costituzionalismo liberale, in una stagione di contestazione del suo perdurante significato politico: con tutte le sue incongruenze, le persistenti ingiustizie sociali, le ambigue dinamiche di una democrazia incentrata sulla delega rappresentativa, la democrazia costituzionale che ha preso forma nel mondo occidentale è riuscita a salvaguardare, al massimo livello possibile, l'apertura alle forme dell'opposizione, del conflitto, dell'antagonismo sociale. Perché la sua genesi è storia di opposizione e antagonismo al potere.

La sovranità popolare, dunque, se presa sul serio, e non annichilita in un'astratta delega permanente del potere, non si riduce a forza legittimante un sistema di poteri e un indirizzo politico della comunità. Essa è al contempo una tensione persistente alla sorveglianza, alla critica e all'interdizione del potere[28].

[27] P. Catalano, *Tribunato e resistenza*, Torino, 1971.
[28] A. Zanfarino, *Trasformazioni della sovranità e critica del potere*, cit.

Lucia Busatta – Carlo Casonato – Simone Penasa – Marta Tomasi[*]

IL BIODIRITTO LAICO. LE DINAMICHE DI AFFERMAZIONE DEI DIRITTI E IL NECESSARIO SPAZIO "LAICO" DI UN BIODIRITTO EQUILIBRATO

SOMMARIO: 1. La laicità come «metodo» del confronto. – 2. Laicità e obiezione di coscienza. – 3. Laicità e assistenza al suicidio. – 4. Laicità, pluralismo ed embrione quale "soggetto di narrazioni" (e di bilanciamenti). – 5. Un approccio "laico" all'identità personale e di relazione. – 6. L'afflato laico del biodiritto costituzionale.

1. *La laicità come «metodo» del confronto*

Nella irriducibile complessità del costituzionalismo contemporaneo, le dinamiche di emersione delle istanze sociali legate al riconoscimento di "nuovi" diritti o di porzioni inesplorate di posizioni giuridiche "classiche" offrono materiale particolarmente fertile quando si sposano con le opportunità offerte dall'avanzamento tecnologico e con i dilemmi della bioetica. Circa queste relazioni, molto è il materiale di riflessione che ci ha offerto negli anni Salvatore Prisco, con uno sguardo sempre attento a collegare i fenomeni, spesso disordinati e alluvionali, dell'oggi, alle parole dei classici, fonti inesauribili di spunti, moniti e riferimenti utili a leggere con occhio equilibrato una realtà il cui evolversi è talvolta troppo convulso.

Abbiamo così pensato di rileggere, a distanza di qualche anno, le parole che Salvatore ha dedicato ad alcuni fenomeni ascrivibili all'ambito del biodiritto, per cercare di individuare una chiave di lettura utile a valutare le più recenti evoluzioni nel moto perpetuo che istanze sociali e innovazioni tecnologiche imprimono al linguaggio dei diritti.

Ci è quindi parso di trovare, nell'interpretazione del concetto di laicità con cui Salvatore ha sempre letto queste dinamiche, la prospettiva ideale per analizzare i descritti andamenti.

[*] Lucia Busatta è professoressa associata di diritto costituzionale, Università degli Studi di Trento, lucia.busatta@unitn.it.; Carlo Casonato è professore ordinario di diritto costituzionale comparato, Università degli Studi di Trento, carlo.casonato@unitn.it; Simone Penasa è professore associato di diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Trento, simone.penasa@unitn.it; Marta Tomasi è professoressa associata di diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Trento, marta.tomasi@unitn.it. Pur nella condivisione dei contenuti dello scritto, i paragrafi 1 e 2 sono da attribuire a Lucia Busatta, il par. 3 a Carlo Casonato, il par. 4 a Simone Penasa e i parr. 5 e 6 a Marta Tomasi.

Il concetto di laicità – prima ancora dell'omonimo principio – sfugge ad una precisa definizione: «non si lascia infatti agevolmente circoscrivere, accompagnando piuttosto come un "basso continuo" la colonna sonora, sovente stridula e disarmonica, della pellicola che mostra il paesaggio culturale della moderna civiltà occidentale»[1]. Talvolta appare più semplice identificarla per negazione: laico è ciò che non è religioso, neutro rispetto ad un credo.

Eppure, nella prospettiva giuridica e, ancor più in quella costituzionalistica, definire la laicità è necessario e funzionale a individuare e comprendere la natura di un ordinamento giuridico, a verificarne la rotta e gli obiettivi che uno stato si dà. La laicità, infatti, è uno dei principi che contribuiscono a descrivere la forma di Stato; nella Costituzione italiana, ad esempio, essa si declina in senso promozionale e pluralista. Riprendendo le parole della Corte costituzionale, possiamo brevemente rammentare che il principio di laicità, che si lega agli articoli 2, 3, 7, 8, 19 e 20 Cost., «implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale»[2].

C'è però di più: il principio costituzionale di laicità non attiene solamente alla promozione del pluralismo confessionale, ma «appartiene all'ordine dei valori, è *qualità* di atteggiamenti e relazioni personali, di interi ordinamenti o settori di essi e non mera descrizione di un fatto o di una condizione»[3]. In questa prospettiva, dunque, ben si può comprendere come e quanto la laicità debba assurgere a guida per le istituzioni, nell'adozione di decisioni aventi un impatto sui diritti e nella garanzia quotidiana di essi. La laicità, così considerata, è insomma un *modus operandi*, un approccio, una lente per leggere e interpretare la realtà; contribuisce – potremmo dire – a costruire scelte pubbliche equilibrate e rispettose dei diversi valori coinvolti poiché non ne predilige in assoluto nessuno sugli altri, ma punta a promuovere ciascuno di essi, per assicurarne il libero esercizio.

Il principio di laicità, inteso in questi termini, si dimostra funzionale ad assicurare il pieno inveramento del principio personalista, guidando le istituzioni repubblicane (o proponendosi di farlo…[4]) nella garanzia dei diritti in senso pluralista e attraverso modalità tali da assicurare la convivenza tra differenti assetti valoriali. Se condotto ad una piena operatività, quindi, esso consente di

[1] S. Prisco, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2009, 2.

[2] Corte cost., sent. n. 203/1989, punto 4 del considerato in diritto.

[3] S. Prisco, *Laicità. Un percorso di riflessione*, cit., 2.

[4] Ci si riferisce alle derive ideologiche e, più in generale, alle polarizzazioni che negano ogni possibilità dialogica e costruttiva che purtroppo stanno connotando l'odierno dibattito sui diritti e sul riconoscimento di situazioni soggettive individuali, non solo nel nostro ordinamento, ma su larga scala negli ordinamenti occidentali.

contemperare e conciliare le diverse sensibilità che animano il nostro ordinamento, permettendo a ciascuno di trovare il proprio spazio, di dare voce alle proprie inclinazioni, scoprendo la via per una piena realizzazione di quel libero svolgimento della persona su cui insiste la Costituzione repubblicana.

Nel «politeismo dei valori»[5] che contraddistingue l'era contemporanea, la commistione di diverse sensibilità valoriali, culturali, religiose chiede inevitabilmente agli ordinamenti giuridici di individuare un punto di equilibrio tra diverse istanze, di costruire soluzioni idonee a bilanciare, volta per volta, la varietà degli interessi in gioco. Un ordinamento, come il nostro, che fa della laicità promozionale una propria cifra distintiva, produce regole giuridiche inclusive e non escludenti: il pluralismo naturalmente insito nelle società contemporanee non si può, infatti, azzerare o annullare[6]; le differenze non possono essere livellate utilizzando lo strumento (retorico, ma per nulla effettivo) di una laica eguaglianza meramente formale. La diversità, al contrario, contribuisce alla ricchezza di un ordimento basato sui principi personalista e di laicità. Per tale motivo, orientamenti, sensibilità e valori vanno ascoltati, bilanciati e accolti per mezzo di soluzioni normative e giurisdizionali equilibrate, volte ad assicurare il fiorire di un pluralismo costruttivo ed effettivo tanto all'interno della società, quanto nelle istituzioni. La laicità, per riprendere le parole di Salvatore Prisco, «non divide, ma unisce; porta alla comprensione delle differenze, senza che nessuna opzione di imponga alle altre come qualitativamente superiore»[7].

Da questa prospettiva, ben si può comprendere per quale ragione lo specifico settore del biodiritto possa rappresentare una prospettiva di analisi particolarmente efficace a porre in evidenza l'importanza della costruzione di scelte "inclusive", nelle quali i portatori dei diversi orientamenti assiologici trovino – ferma restando la necessità di un reciproco riconoscimento e rispetto – accoglienza e spazio all'interno dell'ordinamento giuridico. La complessità (e sovente la tragicità) delle scelte che l'universo del biodiritto chiede al diritto impone, infatti, di mantenere al centro di ogni decisione la persona, con tutta la complessità e la variabilità che ciascuna condizione, che ogni esistenza, reca con sé[8].

Questa esigenza, costituzionalmente necessaria e necessitata, in talune circostanze, può portare a conflitti tra posizioni giuridiche, può porre in antagonismo valori equamente meritevoli di considerazione da parte dell'ordinamento costituzionale. Questo genere di situazioni, nello specifico campo del biodirit-

[5] Il riferimento è, ovviamente, al pensiero e alle opere di Max Weber.

[6] Così anche S. Prisco, *Laicità. Un percorso di riflessione*, cit., 3.

[7] Ivi, 15.

[8] Su questi temi cfr., *inter multis*, C. Piciocchi, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova, 2013.

to, è particolarmente frequente o ricorre, comunque, con una certa costanza, proprio a motivo dell'inevitabile coinvolgimento della dimensione assiologica individuale che contraddistingue l'incrocio tra diritto e bioetica. È proprio questo, a ben vedere, l'elemento che rende il biodiritto tanto affascinante per il costituzionalista, poiché ciò lo impregna di implicazioni metodologiche e sistematiche[9]. Come regolare, infatti, ambiti controversi come le scelte di fine vita? Quali strumenti giuridici adottare per consentire a sensibilità differenti di "convivere" all'interno del medesimo quadro normativo, sentendosi egualmente protette dall'ordinamento giuridico? Come individuare un equilibrato, ma elastico, punto di bilanciamento tra posizioni giuridiche apparentemente antitetiche e inconciliabili? Come valorizzare, infine, il dato assiologico senza rinunciare a soluzioni normative attente a integrare il progresso scientifico?

2. *Laicità e obiezione di coscienza*

Un istituto che tipicamente può essere utilizzato per rispondere in maniera efficace ad (almeno) alcuni degli interrogativi formulati è quello dell'obiezione di coscienza, «tecnica diffusa, nel rapporto in democrazia tra diritti soggettivi e doveri costituzionali, al fine della possibile composizione della conflittualità coessenziale al pluralismo ideale delle società contemporanee»[10]. L'obiezione di coscienza serve, insomma, per regolare il pluralismo negli ordinamenti democratici, nei quali la garanzia della libertà di coscienza – emancipatasi nelle democrazie contemporanee dal mero fenomeno religioso – si lega alla «proiezione pubblica dell'identità culturale della persona»[11].

In questa prospettiva, il rapporto tra autorità e libertà, tra potere e diritti che connota il costituzionalismo contemporaneo, permette di trovare nell'opera di mediazione tra valori contrapposti e apparentemente inconciliabili svolta dal legislatore una soluzione rispettosa del pluralismo. Ci si riferisce al diritto all'obiezione di coscienza per il medico e il personale sanitario coinvolti negli interventi di interruzione volontaria di gravidanza, come previsto dalla legge n. 194 del 1978 (art. 9). Come è noto, questa previsione fu il frutto del compromesso tra le diverse forze politiche che consentì di giungere all'approvazione della legge, in uno dei periodi più difficili della storia repubblicana e a distanza

[9] Sia consentito rinviare, circa la rilevanza del biodiritto per il metodo del diritto costituzionale, a un nostro precedente lavoro: C. Casonato-M. Tomasi-S. Penasa, L. Busatta, C. Piciocchi, *Biodiritto costituzionale. O no?*, in Aa.Vv., *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. Bergonzini, A. Cossiri, G. Di Cosimo, A. Guazzarotti, C. Mainardis, Torino, 2019, 611.

[10] S. Prisco, *La musica della vita*, Napoli, 2015, 36.

[11] S. Prisco, *Stato democratico, pluralismo dei valori, obiezione di coscienza. Sviluppi recenti di un antico dibattito*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 8 ottobre 2007.

di oltre tre anni dalla sentenza con cui la Corte costituzionale aveva riconosciuto l'illegittimità del reato di aborto, nei casi in cui fosse in gioco non solo la vita, ma anche la salute della donna[12].

Come paventato già all'epoca dell'approvazione della legge e come poi i fatti hanno dimostrato, purtroppo, negli anni – complice l'inesistente formazione iniziale e continua dei medici nel campo della bioetica e del biodiritto, cui solo negli ultimissimi anni si sta tentando di rimediare – l'istituto previsto a garanzia del pluralismo assiologico, nato per consentire la convivenza di valori altrimenti inconciliabili, si è banalmente trasformato in agile mezzo di comodo per consentire ai medici di sottrarsi ad una prestazione sanitaria certamente non piacevole[13]. A fronte di una situazione di evidente abuso del diritto, se si considera che, ancora oggi, quasi il 70% dei ginecologi è obiettore[14], ripercorrere le ragioni costituzionali a fondamento dell'obiezione di coscienza consente di ragionare criticamente sulle possibili strategie operative per riequilibrare il ricorso all'istituto, scoraggiando le obiezioni di comodo.

Da questo punto di vista, e con specifico riguardo all'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria di gravidanza, può sembrare difficoltoso, forse un po' forzato e molto probabilmente più rischioso che utile prevedere una prestazione alternativa per il medico obiettore[15]. D'altro canto, l'assenza di

[12] Il riferimento è, ovviamente, alla sentenza della Corte costituzionale n. 27 del 1975. Il lungo e periglioso cammino che ha infine condotto all'approvazione della legge n. 194/1978 è descritto in G. Berlinguer, *La legge sull'aborto*, Roma, Editori Riuniti, 1978.

[13] La letteratura in argomento è vastissima. *Inter multis*, cfr. G. Brunelli, *L'aborto "sbilanciato". Il bilanciamento (assente) in Dobbs e il bilanciamento (inadeguato) in Corte costituzionale n. 27/1975*, in *BioLaw Journal*, special issue 1/2023, 17 ss.; G. Viggiani, *Bandi per medici non obiettori. Spunti per una riflessione su aborto e libertà di scelta*, in *BioLaw Journal*, 2/2019, 315; M.P. Iadicicco, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 1/2018; F. Grandi, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2014; D. Paris, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, 2011.

[14] In base ai dati presentati dal Ministero della Salute nell'ultima relazione al Parlamento sullo stato di attuazione della legge n. 194/1978 (ottobre 2023), il 63,4% dei ginecologi è obiettore, con una lieve diminuzione rispetto alle relazioni degli anni precedenti. In dottrina, in riferimento all'ingente percentuale di obiezioni di coscienza tra i medici ginecologi, si è arrivati addirittura a parlare di un "sabotaggio" della legge n. 194/1978. Cfr. G. Brunelli, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, vol. III, Napoli, 2009, 827.

[15] In dottrina vi è stato chi ha ipotizzato questa soluzione, suggerendo, ad esempio, l'impegno del medico in attività di *counselling* o informative. In ogni caso, si renderebbe necessaria una modifica della legge n. 194/1978 sulla quale, per il delicatissimo punto di equilibrio che è riuscita a raggiungere, appare preferibile non intervenire, a fronte della difficoltà a legiferare in queste tematiche che da qualche decennio si può riscontrare nelle Camere. Cfr. B. Liberali,

alcun obbligo a fronte dell'esercizio del diritto previsto dalla legge, nei fatti ha tradotto la nobiltà delle ragioni giustificative dell'obiezione di coscienza in uno strumento per sottrarsi ad una parte delle proprie mansioni professionali. A riguardo, appare essere una soluzione senz'altro più efficace quella di circoscrivere l'esercizio dell'obiezione di coscienza, escludendone la rilevanza all'interno dei consultori familiari[16], oppure prevedendo bandi non riservati ai non obiettori, ma delimitati quanto all'oggetto delle prestazioni professionali che il ginecologo selezionato sarà chiamato a svolgere[17].

Al di là delle soluzioni operative sperimentate per ovviare all'evidente abuso dell'istituto, l'esempio appare utile ad evidenziare la difficoltà che le democrazie contemporanee incontrano nella costruzione di soluzioni equilibrate, efficaci e rispettose delle diverse posizioni individuali coinvolte. I principi costituzionali sopra richiamati, la laicità e la garanzia della libertà di coscienza costituiscono, come si è visto, strumenti di garanzia del pluralismo che connota l'odierna società occidentale e che cerca nel diritto riconoscimento e protezione.

Si tratta di un tema di perdurante attualità nel biodiritto, ove lo scontro tra le dimensioni morali individuali, le opportunità offerte dall'avanzamento tecnologico e le nuove istanze di riconoscimento di diritti impongono al diritto continui assestamenti e aggiustamenti. In queste dinamiche, la frequente assenza del legislatore, che ha preferito una «peculiare "strategia del silenzio"»[18] alla ricerca di soluzioni normative equilibrate e pluraliste, finisce per consegnare alla giurisdizione il ruolo di guardiano dei diritti, con tutte le implicazioni che ne possono scaturire. Si pensi, solo per fare alcuni esempi, all'attesa decennale prima dell'approvazione della legge sul consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento (l. n. 219/2017); all'attuale perdurante silenzio delle Camere sulla disciplina dell'assistenza medica al suicidio dopo la duplice pronuncia della Corte costituzionale; al lungo e dibattuto percorso che ha portato, dopo una condanna della Corte EDU, al riconoscimento giuridico delle unioni

Problematiche costituzionali nelle scelte procreative, Milano, 2017; F. Angelini, *Perché parlare di aborto*, in *Nomos*, 2/2022, 1.

[16] Vedasi il Decreto n. 152/2014 del Presidente della Regione Lazio recante Linee di indirizzo regionali per le attività dei consultori familiari, la cui legittimità è stata confermata dal Tar del Lazio n. 8990/2016.

[17] Si tratta di alcuni bandi di concorso di cui si era ampiamente discusso in dottrina alcuni anni fa, quale strumento per contenere il ricorso all'obiezione di coscienza dei ginecologi. In argomento cfr., inter multis, A. Carminati, *La decisione del Comitato europeo dei diritti sociali richiama l'Italia ad una corretta applicazione della legge 194 del 1978*, in *Osservatorio Costituzionale,* giugno 2014; B. Liberali, *Prime osservazioni a margine della decisione sul merito del reclamo collettivo n. 91 del 2013 Diritti Sociali*, in *BioLaw Journal*, 2/2016, 417.

[18] S. Prisco, *La musica della vita*, cit., 66.

tra persone dello stesso genere; o, ancora, alla mancanza di una regolamentazione organica della disciplina sulla procreazione medicalmente assistita, dopo i numerosi interventi ablativi del giudice delle leggi.

3. *Laicità e assistenza al suicidio*

Un secondo ambito in cui la laicità come ricostruita da Salvatore Prisco spiega tutte le sue potenzialità giuridico-costituzionali è costituito dalle scelte di fine vita. Più che al rifiuto dei trattamenti, che nonostante alcune inerzie ormai difficilmente comprensibili pare assodato sia sul versante giuridico che su quello bioetico[19], il riferimento può rivolgersi all'assistenza al suicidio, che l'Autore per cui si raccolgono questi scritti ha trattato in relazione all'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale[20]. Tale contributo, il cui obiettivo esplicito – pienamente raggiunto – era quello di dare inizio ad una discussione sul tema, racchiude una serie di spunti interessanti proprio in termini di laicità.

In riferimento al collegamento fra tale principio e quello pluralista, anzitutto, possono richiamarsi le considerazioni riconducibili agli aspetti processuali legati ai canali di accesso di interessi all'interno del procedimento della Corte. Si legge, al riguardo, dell'estromissione degli interventi non presenti nel giudizio *a quo*, con l'eccezione di quelli «immediatamente inerent[i] al rapporto sostanziale dedotto in giudizio»[21]. Purtuttavia, si appoggia una posizione di apertura, cauta e ragionata, all'ingresso di terzi portatori di interessi qualificati: «sarebbe ormai opportuno scuotere vetuste certezze, derivanti da ricostruzioni solo "oggettivistiche" della funzione del processo costituzionale. Se è ormai evidente che la Corte partecipa sempre più, coi propri strumenti processuali, al dibattito di opinione del Paese e che tale tendenza è di fatto inevitabile, sa di ipocrisia che questo non venga ormai, attraverso l'incanalamento in essi, introdotto nell'aula di udienza, sia pure aprendone le porte con prudenza, onde evitare tanto il peso eccessivo del *judicial lobbyng*, quanto la trasformazione dell'aula di piazza del Quirinale in una succursale *sic et simpliciter* di quelle di Montecitorio e di Palazzo Madama…»[22]. Da segnalarsi, inoltre, come il dibattito cui l'Autore ha contributo sia poi sfociato nella pur discussa modifica delle

[19] Si fa qui riferimento alle criticità presenti nella posizione A della risposta data il 6 febbraio 2023 dal Comitato Nazionale per la Bioetica ai quesiti posti dal Ministero della Giustizia, su cui C. Casonato, A. Pugiotto, *Il caso Cospito come sineddoche e il controverso parere del Comitato Nazionale per la Bioetica*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2023, 411-414.

[20] S. Prisco, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *BioLaw Journal*, 3/2018, 153-169.

[21] Il riferimento va alle sentenze della Corte cost n. 85 e 134 del 2013.

[22] S. Prisco, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico*, cit., 155.

norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale del gennaio 2020 in tema di *amici curiae* e di intervento di terzi.

Riguardo all'attenzione agli aspetti sostanziali delle questioni trattate, aspetti che spesso si traducono in concretezza ed efficacia della relativa portata garantista, Salvatore Prisco richiama come, nonostante un presumibile «fastidio dell'autorevole estensore per qualche inaccuratezza nella scrittura – e prima ancora nella struttura logica – dell'ordinanza di rimessione», la Corte abbia esercitato una sorta di funzione «pedagogica» volta a correggere errori materiali, omissioni o incertezze interpretative al fine di giungere ad una decisione che, seppur ancora interlocutoria, potesse indicare con chiarezza i parametri costituzionali e la direzione da intraprendere[23].

Sempre in riferimento all'ord. n. 207 del 2018, Salvatore riporta alcune considerazioni legate al compito di co-legislazione esercitato dagli organi di giustizia costituzionale nelle dinamiche che caratterizzano i contemporanei Stati di derivazione liberale. La tematica, pure, è affrontata con equilibrio e ragionevolezza, puntando, prevalentemente, ad una funzione apparentemente più modesta, ma concretamente decisiva all'interno di un complessivo quadro di legittimazione delle decisioni pubbliche su temi sensibili e controversi. Alla Corte costituzionale, così, è riconosciuta la funzione di «sollecitatrice del dibattito pubblico, specialmente su temi etici, che sfuggono agli schieramenti rigidi del "politico" per coinvolgere soluzioni e sensibilità trasversalmente collocate, rispetto a tale piano, non traducibili in schemi tassonomici semplificati, del tipo destra/sinistra, conservazione/progresso»[24].

Pienamente condivisibile, nella stessa prospettiva, pare l'attenzione alle specificità concrete del caso che ha generato il contenzioso da cui è nata la questione di legittimità costituzionale[25]. Tale approccio ha permesso di considerare una serie di fattori materiali determinanti per un'applicazione effettiva dei principi e dei diritti della Costituzione. Anzitutto, si è fatto riferimento al dolore che l'interruzione della ventilazione meccanica, pur con una sedazione profonda, avrebbe provocato sia in Fabiano Antoniani che in quanti lo avrebbero dovuto accompagnare in un «processo più lento (…) meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care»[26].

Un secondo elemento sostanziale che la Corte costituzionale aveva posto alla base dell'ordinanza, divenuto poi centrale nella sentenza n. 242 del 2019,

[23] Ivi, 155 s.

[24] Ivi, 168.

[25] Su cui ivi, 158 ss.

[26] Punto 9 del Considerato in diritto dell'ord. n. 207/2018, che sarà poi ripreso dal punto 2.3 della sentenza n. 242/2019.

ruota attorno al principio di eguaglianza, sul versante, in particolare, della ragionevolezza. Ponendo a confronto i malati che si limitavano a domandare l'interruzione di un trattamento di sostegno vitale con quanti richiedevano l'assistenza al suicidio, si è denunciata l'illegittimità di una così ampia distanza fra il diritto costituzionale dei primi e il divieto assoluto ed incondizionato, assistito da una pena che prevedeva fino a dodici anni di reclusione, per chi avesse assecondato i secondi. È parso anzi agevole osservare come «se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede la ragione per la quale la stessa persona, a determinate condizioni, non possa ugualmente decidere di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri»[27]. In buona sostanza, se «il fondamentale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale».

Senza tale sensibilità verso i profili concreti della questione, la Corte avrebbe potuto esimersi dall'entrare realmente nel merito della questione, giungendo ad una decisione (di inammissibilità) tanto teorica e astratta quanto costituzionalmente miope in riferimento ai principi personalista e pluralista che, proprio nella menzionata lettura di Salvatore Prisco, danno sostanza a quello di laicità[28]. Su queste basi, piuttosto, ci sentiamo di richiedere un supplemento di indagine rispetto alla conclusione che l'Autore in onore del quale si raccolgono questi scritti ha svolto al termine del suo contributo sul caso Cappato. Si tratta della condivisione di autorevole dottrina che – se intendiamo bene – sostiene l'autosufficienza della risposta bioetica e l'inutilità di quella giuridica ai quesiti sollevati da vicende come quella di Fabiano Antoniani. «La mediazione tra valori etici decisivi deve compierla la società, non la legge. Se i *dissói lógoi* etici riusciranno a orientare comportamenti pratici, come l'alleviamento del dolore

[27] Punto 2.3 del Considerato in diritto della sentenza n. 242/2019, cui si riferisce anche la successiva citazione.

[28] Si permetta, al riguardo, il riferimento a C. Casonato, *La Corte costituzionale, tra giuste attenzioni e eccessi di prudenza*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2/2020, 418-423.

con terapie palliative, e la compagnia di familiari, amici, medici, infermieri nel processo verso la morte, la questione dell'eutanasia potrebbe sciogliersi in una scelta etica, non legale»[29]. Tale impostazione ci pare nascondere alcune insidie, nel momento in cui la qualificazione di tali tematiche come "eticamente sensibili" possa comportare il rischio di esaurirne l'inquadramento all'interno di coordinate di natura etico-morale invece che di parametri costituzionali. Tale tentazione neutralizzerebbe i principi costituzionali impedendone una efficace funzione di tutela dei diritti delle persone più fragili a fronte delle scelte della maggioranza. La riconducibilità in via esclusiva alla categoria dell'"eticamente sensibile", in altri termini, potrebbe impedire che sul tema si applichino principi e regole di natura vincolante, relegando la definizione e la regolamentazione di questioni così ricostruite al campo dell'extragiuridico. Al riguardo, forse, l'approccio fondato sull'«etica dei diritti» e quello solidaristico del «prendersi cura» dovrebbero trovare un'integrazione invece che una contrapposizione[30], all'interno di un biodiritto autenticamente ispirato da un principio di laicità che, come ci ha insegnato Salvatore Prisco, si pone come «garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale»[31] e «porta alla comprensione delle differenze, senza che nessuna opzione si imponga alle altre come qualitativamente superiore»[32].

4. *Laicità, pluralismo ed embrione quale "soggetto di narrazioni" (e di bilanciamenti)*

Ragionando di principi costituzionali – in particolare, nella prospettiva che si è scelto in questo contributo, di laicità, pluralismo e personalismo – e questioni tipiche del biodiritto, lo statuto giuridico dell'embrione umano esprime evidentemente un rilievo paradigmatico. L'Autore al quale si dedicano queste pagine, pur non utilizzando esplicitamente il concetto di laicità, ha avuto occasione – commentando gli sviluppi giurisprudenziali (a livello eurounitario e costituzionale) dell'art. 13 della legge 40 del 2004 che prevede, come noto, il divieto di utilizzo di embrioni umani a scopo di ricerca e sperimentazione scientifica – di applicare un approccio "laico" alla citata questione[33]. Lo ha fatto, da un lato, analizzando le interpretazioni alternative relative al tenore

[29] La citazione è da F. P. Casavola, *Bioetica. Una rivoluzione postmoderna*, Roma, 2013, 23.

[30] Cfr. S. Prisco, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico*, cit., 169.

[31] Corte cost., sent. n. 203/1989, punto 4 del considerato in diritto.

[32] S. Prisco, *Laicità. Un percorso di riflessione*, cit., 15.

[33] S. Prisco, *Il diritto e l'embrione come soggetto di narrazioni*, in *BioLaw Journal*, 2/2016, 209-221.

costituzionale e al livello di tutela che un ordinamento giuridico dovrebbe garantire al citato bene costituzionale – l'embrione umano in vitro – tanto dal punto di vista della dottrina giuridica, quanto della riflessione bioetica (Comitato Nazionale per la Bioetica); e, dall'altro lato, al fine di esprimere la pluralità di approcci che possono trovare ragionevoli appigli costituzionali e sancire in termini perentori la natura intimamente plurale del biodiritto e della bioetica[34], utilizzando il concetto di "narrazioni" biogiuridiche e, in particolare, di "narrazioni giuridiche sull'embrione"[35].

Anche in tale prospettiva, si conferma il fatto che il biodiritto esprime in termini paradigmatici i caratteri tipici del costituzionalismo, i quali – proprio di fronte a questioni eticamente sensibili e socialmente complesse – sono tessuti in modo da lasciare spazio al libero confronto, entro il perimetro del costituzionalmente legittimo[36], delle idee e degli schemi attuativi della Costituzione. Rileggendo il contributo da cui si trae spunto, riecheggia, quantomeno nella mente di chi scrive queste brevi note, l'idea sunsteiniana di «accordi parzialmente teorizzati su un principio generale»[37], i quali «agevolano la convergenza, riducono i costi dei disaccordi e portano a dimostrare umiltà e mutuo rispetto»[38], evitando – almeno potenzialmente – la lotta per rivendicare il "diritto all'ultima parola" nella definizione del bilanciamento tra valori e interessi costituzionali. Se si assume questa ottica, «le persone che accettano quel principio non devono necessariamente essere d'accordo su quello che esso comporta nei singoli casi»[39], così come – nell'ottica dello scritto analizzato – l'immissione del concetto di ragionevolezza[40] nel discorso giuridico implica necessariamente la coesistenza di una «necessaria pluralità di narrazioni»[41].

Tale pluralità, che evidentemente veicola una molteplicità di bilanciamenti tra valori, non può non riguardare il dibattito giuridico sull'embrione umano e – secondo l'Autore – avrebbe un carattere tanto naturale quanto culturale[42], prima ancora che normativo, «(…) dipendendo le concezioni che si abbiano

[34] Ritiene l'Autore che «bioetica e biodiritto o sono narrativi, o non sono», ivi, 210.

[35] *Ibidem*.

[36] Recentemente si è sistematizzato il concetto di sostenibilità costituzionale (Q. Camerlengo, *La sostenibilità costituzionale: profili teorici e scenari applicativi*, in *Consulta Online*, 1/2023, 1-42)

[37] C. R. Sunstein, *A cosa servono le Costituzioni*, Bologna, 2001, in particolare 80 ss.

[38] C. R. Sunstein, *op. cit*., 88.

[39] Ivi, 80.

[40] Che l'Autore in tale e altre sedi critica apertamente in ragione del potenziale distorsivo dei rapporti tra corti e legislatore, parlando di strumento di egemonia delle corti sul legislatore (S. Prisco, *Il diritto e l'embrione come soggetto di narrazioni*, cit., 210).

[41] S. Prisco, *Il diritto e l'embrione come soggetto di narrazioni*, cit., 210.

[42] Ivi, 212.

della sua natura, dignità e manipolabilità o meno dalla pre-comprensione dello scienziato, del filosofo, del teologo e appunto del giurista[43]». Tale impostazione del resto sembra difficilmente contestabile, se solo si pensi al fatto che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 84 del 2016, relativa al divieto di utilizzo di embrioni a scopo di ricerca e sperimentazione[44], ha fondato la decisione di inammissibilità anche sulla affermazione della impossibilità di pervenire – tra «le legislazioni, i comitati etici e le commissioni speciali dei molti Paesi che hanno affrontato il problema, approfondendone le implicazioni» – «a (…) risultati su cui converga un generale consenso». La Corte si esprime in termini di divisione profonda all'interno della comunità giuridica, scientifica e della società civile rispetto alla definizione del conflitto che intercorre «tra il diritto della scienza (e i vantaggi della ricerca ad esso collegati) e il diritto dell'embrione, per il profilo della tutela (debole o forte) ad esso dovuta in ragione e in misura del (più o meno ampio) grado di soggettività e di dignità antropologica che gli venga riconosciuto»[45].

In ultima analisi, richiamando l'assenza di un consenso rispetto alla "scelta tragica" se consentire o meno l'utilizzo di embrioni umani crioconservati in vitro a scopo di ricerca scientifica, la Corte costituzionale apre – almeno implicitamente – alla possibilità di ricavare, dal quadro dei principi costituzionali coinvolti, una pluralità di bilanciamenti che vadano a definire l'assetto concreto che deve caratterizzare i beni costituzionali in gioco. Proprio sulla natura plurale – metodologicamente laica – della Costituzione sembra fondarsi l'impostazione della Corte costituzionale, la quale al contempo – nell'inserirsi in quella che può essere descritta come sorta di "competizione" nella trasformazione, attraverso il diritto, di narrazioni culturali dell'embrione umano in bilanciamenti normativi, che ne implichino un certo grado – variabile – di tutela, individua nel legislatore il soggetto – apparentemente l'unico – legittimato a svolgere tale operazione.

Non si tratta di una impostazione inedita, all'interno della giurisprudenza costituzionale, quando entrino in gioco valutazioni di natura discrezionale che esprimono un elevato livello di complessità etica, culturale e, in ultima analisi, scientifica. La Corte tende tipicamente a utilizzare in questi casi percorsi argomentativi – o, come più di recente nel caso della questione relativa al suicidio assistito, schermi processuali[46] – che finiscono con il valorizzare la centralità

[43] *Ibidem*.

[44] Corte cost., sent. 84 del 2016, sulla quale si richiama il *Focus on* dedicato alla sentenza dalla rivista *BioLaw Journal*, 2/2016, 157-269, con contributi di G. Baldini, C. Casonato, M. D'Amico, M.P. Iadicicco, V. Marzocco, S. Prisco, G. Razzano, A. Ruggeri, A. Spadaro.

[45] Corte costituzionale, sent. 84 del 2016.

[46] Cfr. il paragrafo 3 del presente contributo.

del legislatore, il quale viene identificato tendenzialmente come l'autorità che è chiamata, «quale interprete della volontà della collettività», a «(…) tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale»[47].

Tuttavia, a parere di chi scrive, tale impostazione, che come noto nel caso di specie ha condotto a una decisione di inammissibilità della questione proposta, non ha del tutto chiuso alla possibilità di veicolare giuridicamente una diversa "traduzione normativa" – per utilizzare la terminologia della Corte, che significativamente si avvicina al concetto di "narrazioni" intorno all'embrione umano – del bilanciamento tra valori in conflitto espresso dalla società di riferimento: a patto che, prendendo questa decisione sul serio, ciò avvenga a livello legislativo, dal momento che un eventuale mutamento di assetto assiologico all'interno del bilanciamento in oggetto non pare poter avvenire – secondo la Corte – a livello giurisprudenziale. L'elevata discrezionalità della scelta formalizzata dall'art. 13 della legge n. 40 del 2004 sottrae, infatti, al sindacato della Corte la possibilità di valutarla nel merito. Un esercizio di judicial modesty[48], pertanto, ad esito del quale però – pur nella sconfortante presa d'atto del trascorrere inesorabile del tempo tanto dall'entrata in vigore della legge 40 quanto dalla pubblicazione della sentenza richiamata – un bilanciamento "altro", che ad esempio, come prefigurato dall'Autore[49], consenta l'utilizzo a scopo di ricerca scientifica unicamente degli embrioni crioconservati in vitro non più impiantabili né utilizzabili con finalità procreativa[50], si pone quale legittima – anche dal punto di vista costituzionale – "narrazione" normativa alternativa a quella pietrificata attualmente nel testo legislativo. Una narrazione alternativa che, attualmente, appare realisticamente ben lontana dal venire trasposta in un atto normativo, ma che potrebbe trovare una ragionevole e legittima traduzione legislativa, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale.

A parere di chi scrive, se, da un lato, la Corte costituzionale ha riservato al legislatore la prerogativa di definire il bilanciamento in una materia così complessa dal punto di vista scientifico, assiologico e sociale, giungendo a sancirne la sostanziale insindacabilità, dall'altro lato dalla sentenza non è possibile concludere che il divieto di utilizzo di embrioni umani nell'ambito della ricerca scientifica sancito dalla legge 40 sia l'unica soluzione costituzionalmente legittima o vincolata. Altri bilanciamenti potrebbero essere astrattamente configura-

[47] Corte costituzionale, sent. 84 del 2016, cit.

[48] Si richiama qui il concetto utilizzato anche da N. Zanon, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2015, 919-929.

[49] S. Prisco, *Il diritto e l'embrione come soggetto di narrazioni*, cit., 217.

[50] *Ibidem*.

bili, come peraltro avviene in altri ordinamenti nazionali, ma la loro traduzione normativa può avvenire solo attraverso una riforma legislativa. Tuttavia, a tale prerogativa non può non corrispondere – quantomeno a livello di metodo – una concomitante responsabilità che incombe sul legislatore, proprio «quale interprete della volontà della collettività»[51], di predisporre adeguati meccanismi procedurali che consentano di rilevare, verificare e valutare eventuali mutamenti che intervengano a livello sociale o scientifico. Si pone in tal senso la questione dell'apertura dei processi decisionali a istanze sociali e scientifiche, al fine di mantenere aperto un canale di confronto con la comunità di riferimento e di rafforzare[52], anche alla luce di un ormai consolidato principio di ragionevolezza scientifica delle leggi, la legittimazione e legittimità delle scelte politiche[53].

A mo' di conclusione, la questione dell'utilizzo di embrioni in vitro a scopo di ricerca scientifica mette indiscutibilmente alla prova l'idea di biodiritto laico tanto cara all'Autore, ma ne finisce per valorizzare – almeno potenzialmente – una dimensione ulteriore, attraverso la quale la natura laica delle risposte giuridiche a fenomeni tecnico-scientifici si misura anche alla luce del metodo – aperto, attento, aggiornato[54] – utilizzato per rivestire di forza normativa le narrazioni naturali e culturali che, attorno all'embrione umano come ad altre questioni complesse, connotano in senso plurale le società contemporanee.

5. *Un approccio "laico" all'identità personale e di relazione*

La chiave di lettura della laicità consente di interpretare anche alcune altre dinamiche evolutive che permeano il complesso e articolato concetto di identità, intesa in senso personale, collettivo e sociale, e che possono dipendere dall'azione trasformativa prodotta dagli avanzamenti della medicina e della scienza.

Fra le più fondamentali prove che il principio di eguaglianza si è trovato ad affrontare negli ultimi decenni, vi è quella dell'identità sessuale e di genere

[51] Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 84 del 2016, cit.

[52] Si pensi, ad esempio, allo strumento – legislativamente tipizzato – degli "Stati generali della bioetica" nell'ordinamento francese, sul quale, volendo, S. Penasa, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015, 150 ss.

[53] Da ultimo, sul tema della consulenza scientifica G. Ragone, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2022, 73-103; T. Amico di Meane, *La consulenza scientifica parlamentare Riflessioni comparative sull'insostenibile eccezionalismo del caso italiano*, in *DPCE Online*, 3/2023, 3101-3138.

[54] Il riferimento è a C. Casonato, *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*, in Aa.Vv., *Biotecnologie e diritto*, a cura di V. Barsotti, Santarcangelo di Romagna, 2016, 29-53.

(*rectius*, delle identità), la quale testa l'ampiezza delle aspirazioni pluralistiche degli ordinamenti costituzionali. Più in particolare, fra le osservazioni che, già alcuni anni fa, si erano fatte inevitabili per ogni studioso attento alle evoluzioni del vivere comune, vi sono quelle che hanno investito, in un movimento duplice, la dimensione familiare, incisa anche dal progresso medico-scientifico: si sono osservate, da un lato, la «degiuridificazione nella sfera delle relazioni personali tra i coniugi», dall'altro, la «giuridificazione della famiglia di fatto in questi stessi ambiti», in un continuo e progressivo aggiustamento di equilibri e di «mediazione tra libertà e autonomia, da un lato, e responsabilità e garanzia dall'altro»[55]. Per quanto riguarda la famiglia fondata sul matrimonio, le relazioni fra adulti perdono forza, diventando sempre più aperte alla negoziazione, mentre il legame genitore-figlio diventa la «nuova istituzione sociale»[56], presidiata da meccanismi di solidarietà imposta, previsti dagli ordinamenti giuridici, a favore del soggetto "debole" del rapporto. Al progressivo rilassamento delle forme giuridiche relative alle unioni "tradizionali" ha fatto da controcanto la progressiva ricerca di riconoscimento giuridico da parte delle coppie omosessuali; una ricerca che, quando Salvatore Prisco si è occupato di questi temi, non aveva ancora trovato solidi approdi normativi.

Più di recente, alcune delle "immobilità" criticamente segnalate sono state superate e travolte dai movimenti del reale. Così, invero anche a seguito delle sollecitazioni pervenute dal livello internazionale[57], il Parlamento italiano ha inaugurato, con significativo ritardo nel contesto europeo, la strada delle unioni civili, aperte anche alle coppie omosessuali (legge 20 maggio 2016, n. 76).

L'approvazione della legge, incrociata con la molteplicità delle formazioni familiari e la moltiplicazione delle identità, aveva rappresentato – fra le altre

[55] R. Tommasini, *La famiglia di fatto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. IV, tomo I, a cura di T. Auletta, Torino, 1999, 499 ss., richiamato da S. Prisco, *La musica della vita*, cit., 89.

[56] D. Calanca, *Percorsi di storia della famiglia*, in *StoriaeFuturo*, online, 5, 2004. Al modello di famiglia deistituzionalizzata per quanto riguarda il rapporto tra moglie e marito e istituzionalizzata per quanto riguarda la relazione "indissolubile" con i figli fa riferimento I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Parigi, La documentation francaise/Editions Odile Jacob, 1998.

[57] Oltre al monito (per alcuni sin troppo implicito) contenuto nella sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010, si pensi alla risoluzione del Parlamento europeo 2011/2244 del 13 marzo 2012, la quale, intervenendo sui temi della parità tra uomo e donna, aveva censurato – esprimendo un senso di «rammarico» – la permanenza, in taluni ordinamenti nazionali dell'Unione Europea, di nozioni restrittive di famiglia, che pongono ostacoli alla formazione di unioni tra persone dello stesso sesso e con i loro figli. Avanzando un invito agli Stati nel senso della loro rimozione, il Parlamento «ricorda che il diritto dell'UE viene applicato senza discriminazione sulla base di sesso o orientamento sessuale, in conformità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea».

cose – la risposta al richiamo avanzato dalla Corte costituzionale con la sentenza relativa alla legittimità della norma della legge n. 164 del 1982 che prevedeva lo scioglimento automatico del matrimonio in caso di «rettificazione del genere» di uno dei coniugi. La Corte, pur mantenendo fisso il «modello eterosessuale del matrimonio», aveva evidenziato la lacuna di tutela derivante dalle dinamiche biografiche e biologiche della vita delle persone e aveva richiamato l'esigenza che il legislatore individuasse opportune «forme di garanzia e di riconoscimento» per i nuovi tipi di unione familiare che si venissero a creare (sent. n. 170 del 2014)[58]. A dimostrazione dell'incessante forza generativa dell'intreccio tra dati normativi e situazioni del reale, un decennio più tardi, le domande di eguaglianza e di considerazione di interessi rilevanti si sono rinnovate, imponendo alla Corte costituzionale di tornare sul punto, in un andamento sostanzialmente speculare, dichiarando – questa volta in termini più netti – l'incostituzionalità dell'automatismo dello scioglimento dell'unione civile a seguito di sentenza di rettificazione anagrafica di attribuzione del sesso, essendo necessario prevedere – laddove le parti manifestino l'intenzione di voler contrarre matrimonio – che il giudice possa disporre la sospensione degli effetti derivanti dallo scioglimento del vincolo fino alla celebrazione del matrimonio (sent. n. 66 del 2024). Secondo la Corte, la mancanza di tutela nel frangente del passaggio da una relazione giuridicamente riconosciuta (l'unione civile) all'altra (il matrimonio) «entra irrimediabilmente in frizione con il diritto inviolabile della persona alla propria identità, di cui pure il percorso di sessualità costituisce certa espressione» (punto 4 del Considerato in diritto).

La decisione si colloca nel solco di una recente, consistente giurisprudenza tesa alla valorizzazione dell'importanza delle relazioni affettive di fatto. La tensione fra abbandono delle forme per le famiglie "tradizionali" e ricerca delle stesse per quelle "nuove" rappresenta, quindi, un paradosso solo apparente, «in quanto il recupero di una logica unitaria si può rinvenire nella accentuazione dei profili della solidarietà sociale, in virtù della quale questi processi esprimono linee di tendenza convergenti, costituendo una diretta ed immediata conseguenza del pluralismo ideologico e culturale del nostro ordinamento»[59].

Il descritto recupero di una logica unitaria, laicamente intesa, non pare però ancora un movimento portato a definitiva compiutezza, quanto piuttosto

[58] Come osservato, si tratta di una sentenza che accerta una violazione di diritti, lasciandoli tuttavia "scoperti", in attesa dell'intervento riparatore del legislatore. Si v., *ex multis*, A. Ruggeri, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consulta online*, Studi, 13 giugno 2014.

[59] R. Tommasini, cit. 499 ss.

una via progressiva, lungo la quale inciampi contraddittori emergono costantemente.

In questo senso, si possono portare due esempi. Il primo riguarda le relazioni genitori-figli e il modo in cui queste sono innovate dagli sviluppi della tecnologia. Se, come si diceva, la relazione genitoriale appare l'asse più solido e "fermo" delle famiglie contemporanee, il modo – talvolta tecnicamente condizionato – in cui tale legame viene a crearsi produce ancora un impatto sul suo grado di "fissità". Così, nell'ambito della procreazione medicalmente assistita, l'aver manifestato la volontà genitoriale rappresenta, nell'intendimento legislativo, un dato che cristallizza il rapporto, al punto di escludere – a tutela del minore – l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità e la manifestazione di volontà di non essere nominata al momento del parto per la madre[60]. Diversamente, l'aver perseguito il proprio piano genitoriale (in una coppia etero o omosessuale) attraverso il ricorso alla diversa procedura della maternità surrogata, probabilmente all'estero, rappresenta oggi un comportamento illecito, in riferimento al quale si sta discutendo di costruire addirittura una fattispecie di "reato universale"[61]. Un impianto complessivo che, lavorando sugli estremi, chiama in causa due connotazioni opposte del concetto di *responsabilità*, che rovesciano sui minori conseguenze affatto differenti.

Il secondo esempio, che mostra le inconsistenze della tendenza alla valorizzazione dei legami di solidarietà e che conferma la neghittosità del Parlamento ad intervenire in maniera coerente e decisa su questi temi, riguarda il fallimento, in esito a un ampio dibattito, del tentativo di estensione degli artt. 604 bis e ter del codice penale attraverso il c.d. "disegno di legge Zan"[62]. La proposta di modifica – come noto – mirava ad ampliare la portata del reato di "Propaganda e istigazione a delinquere" e dell'omologa aggravante, aggiungendo al novero delle possibili discriminazioni che la legge già prevede ai fini dell'integrazione del reato (razza, etnia, nazione, religione), quelle, nuove, del sesso, del genere, dell'orientamento sessuale, dell'identità di genere e della disabilità (artt. 2 e 3 del d.d.l). Il testo, animato dall'intenzione di promuovere uguaglianza ed inclusione, aveva incontrato aspre opposizioni e, in una logica

[60] Tali divieti, come noto, sono contenuti nell'art. 9 della l. n. 40/2004, recante Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

[61] Su questi temi, si v., in termini parzialmente differenti, M. D'Amico, *Il "reato universale" di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento,* in *Osservatorio costituzionale*, 4/2023, 4-35 e A. D'Aloia, *Serve davvero il 'reato universale' di maternità surrogata?,* in *federalismi.it*, 25/2023, 4-14.

[62] Il disegno di legge "Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità" ha ottenuto l'approvazione alla Camera il 4 novembre 2020, arenandosi successivamente nella discussione in Senato.

piuttosto contraddittoria, era stato rappresentato come una inopportuna interferenza con il principio pluralistico, in quanto foriero di indebite compressioni della libera manifestazione del pensiero: argomento che – come è stato segnalato da più parti[63] – entrava in scontro aperto tanto con il dato testuale (che era stato integrato con una clausola appositamente volta a chiarire il rapporto fra la riforma e il diritto di manifestare il proprio pensiero)[64], quanto con la solidissima giurisprudenza – costituzionale e di merito – in tema di reati di opinione (sviluppatasi anche all'estero, sulla base di normative simili a quella che si andava proponendo). Nell'intendimento della maggioranza degli organi giudicanti – come noto – tali reati non abbracciano forme di critica, sempre lecita ancorché radicale, ma colpiscono unicamente comportamenti idonei a "provocare la commissione di delitti" (Corte cost., sent. n. 65 del 1970), essendo necessario verificare sempre la "capacità della condotta a determinare altri a compiere un'azione violenta con riferimento al contesto specifico e alle modalità del fatto" (Cass., sez. I pen., sent. n. 42727 del 2015).

Certa recente giurisprudenza, peraltro, testimonia come – a fronte dell'immobilità del legislatore – sia necessario agire in supplenza, intercettando le dinamiche sociali e caricandosi del fardello di inverare l'eguaglianza: in questo senso, nel 2011, il Tribunale di Trieste, con una singolare interpretazione, aveva disgiunto la discriminazione, non necessariamente ricollegabile a «*ragioni etniche, nazionali, razziali o religiose*», *e l'odio, punibile solo quando riconducibile a queste*. Più di recente, anche il Tribunale di Milano ha ritenuto, apoditticamente *fondato*, quasi fosse un'acquisizione dei tempi, *il richiamo dell'aggravante di cui all'art. 604 ter c.p., «da ritenersi pienamente applicabile alle forme di discriminazione manifestate in ambito sessuale»*[65].

Nell'analisi di questo dibattito si tenta dunque di prendere sul serio la valenza "normativa" del principio di eguaglianza, che presuppone la naturale diseguaglianza di fatto di persone e situazioni anche simili, ma che incardina lo Stato costituzionale nell'assunto e nell'obiettivo che tutte queste debbano essere "uguali in qualcosa", in un «principio dei principî, positivizzato, ma in

[63] Fra i molti che hanno criticamente commentato la proposta, si v., per brevità, S. Curreri, *Ddl Zan: proviamo a fare chiarezza*, in *www.lacostituzione.info*, 30 maggio 2021, e più estesamente S. Curreri, *Il travagliato iter parlamentare del c.d. disegno di legge Zan*, in *GenIUS*, 2/2021, 48-67.

[64] L'art. 4 del d.d.l. – rubricato "Pluralismo delle idee e libertà delle scelte" – recitava infatti: «ai fini della presente legge, sono fatte salve la libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte, purché non idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti».

[65] Il riferimento è a Trib. Milano, 20 ottobre 2022 (dep. 16 dicembre 2022). La decisione è brevemente introdotta da P. Caroli, *Il Tribunale di Milano applica l'aggravante di discriminazione razziale all'omofobia*, in *Sistema penale*, online, 10 gennaio 2023.

primo luogo etico-politico»[66], nel fondamento "non declinabile" del complesso dei diritti, nella dignità sociale. La questione è, anche in questo caso, come si possa, in un sistema intrinsecamente policentrico (o "culturalmente pluralista"), selezionare le nuove istanze di riconoscimento e richiesta di tutela[67], comprendere sino a che punto sia possibile "tendere (…) l'elastico", evitando l'esito finale che porti alla sua rottura[68].

6. *L'afflato laico del biodiritto costituzionale*

Nell'analisi delle tematiche che si sono affrontate, la chiave di lettura della laicità si pone come un supporto imprescindibile, seppure non autosufficiente: essa «è un elemento del quadro, tanto necessario a comporlo, quanto difficilmente isolabile dagli altri»[69]

La scelta di affidarsi (anche) al canone ermeneutico della laicità, intesa – come si è detto – nel senso dell'integrazione, presuppone anzitutto l'osservazione acuta e scevra di pregiudizio della realtà contemporanea, finalizzata alla costruzione di un diritto aperto alle influenze extra-disciplinari, che da esse si faccia attraversare e sollecitare. Il punto di partenza di ogni ragionamento giuridico intorno alle contemporanee evoluzioni delle manifestazioni sociali dell'essere (individuali o collettive) è dunque la conoscenza delle declinazioni plurali della società. Essa rappresenta la precondizione per il superamento del pregiudizio[70], mentre sono la mancanza di osservazione e di esperienza a generare una «meraviglia ipocrita e perbenista», diffidenza ed esclusione. Si tratta di una considerazione generale, che trova una manifestazione particolarmente palese in materie come la bioetica e il biodiritto, che «sono narrativi, o non sono»[71], che vivono nell'esigenza imprescindibile di orientare l'interpretazione del materiale normativo alla «pressione del caso e del 'vissuto'», ai frammenti osservati della realtà, imprescindibili in contesti nuovi al fine della costruzione di logiche coerenti e dotate di senso.

[66] S. Prisco, *La musica della vita*, cit., 72.

[67] L'esigenza che il diritto non si presenti come auto-referenziale, ma si apra agli impulsi che provengono dalla realtà etico-sociale, è evidenziata da S. Prisco, M. Monaco, *L'Italia, il diritto e le unioni affettive stabili di carattere non tradizionale. Un panorama di problemi e di possibili soluzioni*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2/2014, 273 ss.

[68] S. Prisco, *La musica della vita*, cit., 87.

[69] S. Prisco, *Laicità. Un percorso di riflessione*, cit., 2.

[70] In questo senso il riferimento a G. W. Allport, *La natura del pregiudizio*, trad. it, La Nuova Italia, Firenze, rist., 1973, che apre il capitolo che S. Prisco dedica al genere e ai suoi diritti (S. Prisco, *La musica della vita*, cit., 69).

[71] S. Prisco, *Il diritto e l'embrione come soggetto di narrazioni*, cit., 210.

Nella complessità contemporanea, caratterizzata dalla pluralità delle agenzie di formazione etica delle coscienze, dalla perdita di cogenza di una tradizione culturale, dalla disarticolazione delle identità singole e collettive da un asse unitario, un approccio laico sembra indicare la giusta via. Una via – come ci ricorda Salvatore – che si colloca fra il «pensiero fermo alla percezione di una essenza ontologica a-storica dell'unione familiare» (come «l'ultimo giapponese» o «l'astronomo tolemaico attardato») e l'assecondare «ogni novità sempre e comunque, facendosi aedo di mode anche transitorie, senza nemmeno saperne riconoscere la caducità». Una via che consente di osservare i mutamenti – sociali, ma anche scientifico-tecnologici – con spirito critico, «proponendosi di comprendere quanto di invariato passi attraverso le maglie della dinamica storica e quanto del passato resti invece consegnato ai suoi archivî»[72]. Una direzione, dunque, e non un punto di approdo, orientata alla progressiva integrazione, «che è precisamente il contrario dell'autosufficienza culturale e dell'integralismo, benché i due termini abbiano una radice comune», l'unica percorribile «se si voglia continuare ad assicurare la necessaria comunicazione tra paesaggi compositi, caratterizzati da valori spirituali differenti, tra città ideali diverse, che non siano tuttavia ciascuna un ghetto autoreferenziale abitato da "stranieri morali"»[73].

[72] S. Prisco, *La musica della vita*, cit., 108.
[73] S. Prisco, *Stato democratico, pluralismo dei valori, obiezione di coscienza*, cit.

Vittorio Capuzza[*]

GIORGIO ARCOLEO, UN GIURISTA POSTMODERNO, UN LETTERATO VERISTA (NEI 110 ANNI DALLA MORTE)

SOMMARIO: 1. Arcoleo alla scuola del De Sanctis: l'apprendimento del metodo storicistico. – 2. Vittorio Emanuele Orlando e la dogmatica del diritto pubblico. – 3. Vittorio Scialoja: la legge è comando. – 4. Prime voci per la post-modernità giuridica e uno sguardo alle tradizioni locali. – 5. Realismo, naturalismo e verismo letterario. Simmetrie con le nuove istanze giuridiche. – 6. Arcoleo: giurista e verista.

1. *Premessa. Arcoleo alla scuola del De Sanctis: l'apprendimento del metodo storicistico*

Tra i primi scritti che hanno esaminato il pensiero di Giorgio Arcoleo come giurista di diritto pubblico, quello prezioso di Maurizio Fioravanti, apparso nella celebre collana dei *Quaderni Fiorentini* nel 1986[1], metteva in risalto anche il fatto che «A rigore, non dovrebbe poi essere esclusa neppure un'attenzione particolare ad Arcoleo letterato e critico letterario, nella fase giovanile di studi a Napoli presso De Sanctis», aggiungendo però che questo dovesse avvenire «non tanto per tentare arditi ed improbabili paralleli tra 'realismo' letterario e 'realismo' giuridico, o tra 'politicità' dell'impegno letterario e 'politicità' dell'impegno tecnico-giuridico, quanto per esplorare compiutamente (…) quella cultura napoletana» nella quale Arcoleo si formò[2]. Questa riflessione trovò diverse eco. La prima nel volume dedicato ad Arcoleo e introdotto da Tommaso Edoardo Frosini[3], il quale nel presentare il futuro parlamentare Arcoleo poneva in risalto la sua frequentazione, come allievo, alle lezioni del De Sanctis nel corso tenuto tra il 1873 e il '74, formandosi così nel metodo storicistico legato ai *fatti* e non alle *idee* (come già affermò Vittorio Frosini)[4].

[*] Abilitato professore Associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Roma Tor Vergata, vittorio.capuzza@uniroma2.it.

[1] M. FIORAVANTI, *Costituzione, Stato e politiche costituzionali nell'opera di Giorgio Arcoleo*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 15 (1986), Milano, 355-399.

[2] M. FIORAVANTI, *op. cit.*, 357, nota (5).

[3] T. E. FROSINI, *Giorgio Arcoleo, un costituzionalista in Parlamento*, in *Discorsi parlamentari di Giorgio Arcoleo*, collana dell'Archivio storico del Senato della Repubblica, Bologna, 2005, *Introduzione*, 19 ss.

[4] «Più incline al positivismo che all'idealismo», *Giorgio Arcoleo giurista e politico*, *Annali 80*, in *Arcoleo settant'anni dopo: Stato, Politica, Diritto* (Atti del Convegno, Catania e Caltagirone, 1-3 ottobre 1984), Acireale, 1986,12.

La seconda voce è stata quella di Salvatore Prisco, il quale ha posto in chiaro risalto quest'approccio rivolto ai fatti, quindi alla storia, come fonte e motivo del contatto globale di Arcoleo alla vita e alla società, nutrito «dalla pluriformità degli interessi intellettuali». Di talché, «sembra perciò anche non imprudente ipotizzare che gli sarebbe molto piaciuta la tendenza che viene oggi affermandosi verso gli studî di *Law and Humanities*, della quale egli può anzi dirsi un illustre e consapevole precursore»[5].

Se, come ammoniva Fioravanti, sarebbe quantomeno ardito leggere un parallelismo fra realismo letterario e realismo giuridico nel pensiero dell'Arcoleo, è pur vero che comunque l'una visione ha influito notevolmente sull'altra, cioè la sensibilità letteraria, aperta alla realtà dello spirito umano nelle cose del tempo, ha dato impostazione e coloritura all'idea di diritto pubblico che Arcoleo insegnò nell'accademia, esercitò nel foro e invenne nell'aula dove si formano le stesse leggi.

2. *Vittorio Emanuele Orlando e la dogmatica del diritto pubblico*

Occorre ribadire che nel 1877, quando il giovane Arcoleo divenne professore di diritto Costituzionale all'Università di Napoli (la stessa nella quale s'era formato sotto la guida del De Sanctis, divenuto poi il Ministro della pubblica istruzione competente alla firma del decreto di nomina di Arcoleo)[6], il diritto pubblico stava per ricevere una sorta di cristallizzazione dogmatica grazie all'opera di Vittorio Emanuele Orlando. Celebre è la *Prolusione* palermitana dell'Orlando (letta l'8 gennaio 1889) nella quale, dopo aver riconosciuto che «i cultori del diritto pubblico sono troppo filosofi, troppo politici, troppo storici, troppo sociologisti e troppo poco giureconsulti», aveva delineato lo scopo (nuovo) della scienza pubblicistica: «sino a quando il diritto pubblico non sarà scienza forte di una propria giuridica autonomia, una preparazione necessaria per lo studio di esso dovrà riscontrarsi nel Diritto Romano»[7] e quindi di mirare a una evoluzione della disciplina che porti il diritto pubblico a essere con-

[5] S. Prisco, *Giorgio Arcoleo, un costituzionalista tra storia e politica*, in *Costituzione, diritti umani, forma di Governo. Frammenti di un itinerario di studio tra Storia e prospettive*, Torino, 2014, 97.

[6] Pare che esclamò in proposito: «Ecco un uomo che si perde!», s'intenda alla letteratura: così riferiscono G. Paulucci Di Calboli e A. Casulli, *Pensiero di Giorgio Arcoleo*, Milano, 1927; lo riporta G. A. Borgese nella Prefazione alle *Opere di Giorgio Arcoleo*, I. Studii e profili, a cura di G. Paulucci Di Calboli Barone e A. Casulli, Milano, 1929, xx.

[7] V. E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico. Contributo alla storia del diritto pubblico italiano nell'ultimo quarantennio 1885-1925*, pubblicato nel 1925 dall'Università degli Studi di Modena (con "nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885"), 4.

siderato «nel modo stesso che il diritto privato»[8]. Considera Massimo Severo Giannini: «dopo che Serafini ebbe aperto le porte della romanistica tedesca alla romanistica italiana, per le altre discipline giuridiche era solo questione di tempo. La giuspubblicistica tedesca entrò in Italia con V. E. Orlando, alla fine del secolo, e subito produsse frutti con quella che fu la generazione dei grandi maestri del diritto pubblico a cavallo di secolo (S. Romano, F. Cammeo, O. Ranelletti)»[9]. Due anni dopo, nel 1891, Orlando dava vita, in Palermo, alla rivista *Archivio di Diritto Pubblico*: nel primo fascicolo[10] ne delineava il programma, esprimendo i criteri tecnici necessari allo sviluppo del diritto pubblico italiano[11], nonché il metodo da seguire[12]. A quella scuola e al lavoro intorno a quella rivista, fra i più brillanti allievi dell'Orlando si formò e lavorò il giovane Santi Romano[13], il quale nel 1909, nell'altrettanto celebre *Prolusione* pisana, spiazzerà l'aspettativa del celebre Maestro, parlando di crisi dello Stato

[8] V. E. Orlando, *I criteri tecnici*, cit., 16. Tale esigenza era già stata trattata nelle precedenti due *Prolusioni* lette nelle Università di Modena (1880) e di Messina (1886). Si trattava anche di una reazione alla scuola eclettica, rappresentata da Carlo Francesco Ferraris (titolare di Scienza dell'amministrazione a Pavia nel 1875 e poi a Roma); tale orientamento comunque sopravvive sottotraccia, specialmente grazie a Guido Cavaglieri (dal 1899 docente a Padova e a Roma).

[9] M. S. Giannini, *Il pubblico potere. Stato e amministrazioni pubbliche*, Milano, 1986, 50.

[10] *Archivio di Diritto Pubblico*, anno I, vol. 1, 1891, 7 e 8.

[11] Ovvero, la sua fondazione sul modello culturale del diritto privato e romano; reazione contro l'eccesso delle teorie filosofiche e delle generalizzazioni astratte; reazione al commento esegetico; ricerca dei sistemi di principi giuridici.

[12] Esclusione delle vecchie scuole metafisiche e della sociologia; sostituzione mediante un sano indirizzo positivo e l'applicazione dei postulati della scuola storica intuiti dal Savigny; distinzione del diritto amministrativo dalla scienza dell'amministrazione (sul ritorno di una dialettica per le due discipline, si veda M. Nigro, *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 802).

[13] Lo ricorda lo stesso Orlando nella sua commemorazione di Santi Romano, tenuta all'Università di Roma nel giugno 1948; poi edita nelle *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Modena*, n. 74, 1948 e infine inserita come Introduzione negli *Scritti minori* di Romano, raccolti e pubblicati da G. Zanobini, vol. I – Diritto costituzionale, Milano, 1950, v-xxiv. In quella commemorazione, Orlando ricorda la nascita e il lavoro intorno alla Rivista: «Fu la prima, in Italia, dedicata esclusivamente al puro studio del diritto pubblico; la prima, ed anche la sola, per un settennio, dal 1891 al 1897. (…) Nessuno, poi, contesterà ad essa l'onore di avere ospitato il primo articolo di Santi Romano, articolo poco conosciuto, come poco lo era la Rivista stessa». Si tratta dell'articolo apparso nel vol. 4, anno 1894, scritto dal diciottenne Romano e intitolato "*Il concetto di istituzione di pubblica beneficenza*". «Noi tutti, – prosegue Orlando – appartenenti a quello studio-laboratorio, eravamo i redattori della rivista e, nello stesso tempo, i correttori delle stampe», (viii). Di fronte alla scelta, poi, del giovane Santi Romano di seguire la via della cattedra universitaria, Orlando dichiara: «Trovai quella resistenza che è propria dei caratteri ascetici. Così Egli mi lasciò, in quell'anno veramente cruciale che fu per me il 1897. Io fui eletto Deputato; l'*Archivio di diritto pubblico* cessò le sue pubblicazioni e Santi Romano accettò l'incarico nell'Università di Camerino, vivendo con poco più di cento lire al mese», (x).

moderno a riportando, dopo secoli, l'attenzione sulla rinnovata vitalità della società, non più monolitico strato, bensì collettività capace di esprimere valori storicamente validi e confermati negli usi locali e duraturi, magari lasciati per decenni a decantare tra le pieghe nascoste di una comunità. Santi Romano di certo aveva intravisto tra i monumentali risvolti granitici della costruzione orlandiana alcune insenature capaci di lasciar spazio alla vita, quando, ed esempio, Orlando aveva affermato la necessità di aprirsi ai postulati storici, o al rigetto dell'esasperato ruolo esegetico dei commentatori, oppure ancora al fatto che la scienza moderna non poteva più riconoscere l'uomo come creazione astratta, prescindendo dalle influenze di tempo e di luogo, «apparizione fantastica sotto la bacchetta dello spiritismo metafisico»[14]. Da qui, il diritto nell'età post-moderna (iniziata col Novecento) viene a presentarsi non più come astrattezza, ma come ordinamento di istituzioni o, come affermato più volte da Paolo Grossi, con un certo grado di "impurità"[15], cioè di armonia con la storicità della pluriforme collettività. In concreto, si avrà non più un modello astratto d'individuo che si rapporta al più grande modello statuale, l'unico capace di coercizione, di sanzione, di raccogliere l'equo distinguendolo dall'iniquo, di immobilizzare nei Codici dell'età moderna una società amorfa e ciecamente obbediente. Lasciando la visione borghese si passerà, invece, all'idea per la quale la legge nasce dall'ascolto della voce concreta e fattuale della collettività, *osservante* la regola giuridica *inventata* proprio per rispondere, mediante le proprie categorie ordinanti (da qui la voce *ordinamento*), alle concrete vedute valoriali vissute ogni giorno[16].

3. *Vittorio Scialoja: la legge è comando*

Anche sul versante civilistico e degli studi romanistici si era assistito, tuttavia, a qualche cenno d'apertura del sistema legale e dogmatico alla vita reale delle persone. Si deve partire dal rigorismo iniziale: Vittorio Scialoja nel *Discorso* inaugurale nell'Università di Camerino, letto il 23 novembre 1879 (a soli 23 anni già ricopriva la cattedra di Diritto romano in quell'Ateneo), era stato chiaro negli obiettivi e nel metodo da seguire: «Essenza del diritto è la coazione. (…) Trattasi dunque di trovare non l'ottimo, ma il migliore ordinamento. (…)

[14] V. E. Orlando, *I criteri tecnici*, cit., 17.

[15] Così P. Grossi, *L'invenzione del diritto. Alle radici di una civiltà storica*, Conferenza tenuta all'Università di Milano, Bicocca, Scuola di dottorato (16 gennaio 2018).

[16] Su tutti questi aspetti si vedano di P. Grossi: *"Lo Stato moderno e la sua crisi" (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, in *Riv. trim. dir. pub.*, n. 1 (2011), 1-22; *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998; *Ritorno al diritto*, Bari-Roma, 2015; *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017.

Il diritto veramente degno di questo nome sorge con lo Stato, nella cui unità si armonizzano le forze individuali. Lo Stato è superiore a tutti gl'individui»[17]. Contrariamente all'attuale visione post-moderna del diritto (caratterizzata anche dal fatto che non più un Codice assoluto rappresenta la pretesa di regolare la società, bensì una legislazione *per principi* guida l'interprete a una sempre più chiara funzione *scopritrice* del diritto), il giovane Scialoja opponeva un desiderio, quello di non dare ai principii «tale elasticità da farli uscire dalla legge. Una buona legge non pone i principii; essa detta comandi»[18].

4. *Prime voci per la post-modernità giuridica e uno sguardo alle tradizioni locali*

Invece, come s'accennava poc'anzi, in questa epoca della post-modernità giuridica[19], ancora in atto e finora non risolta e che forse potremmo qualificare come 'neo-realismo giuridico' perché aderente ai fatti e al loro valore, appare con sempre maggior evidenza che le normative presentano una legiferazione per principi[20], rimettendo così all'interprete la dimensione equa e proporzionata della norma[21]. Quest'ordine di veduta nasce, da un lato, dalla presa d'atto che la legge non è un testo immobile, al quale rapportarsi con atteggiamento esegetico, servile e appiattito alla *voluntas legis* e, d'altro lato, dalla convinzione che la società, ormai diversa da quella generatrice dell'assolutismo giuridico borghese, «aborre da catene vincolanti che soffocano il suo spontaneo adeguamento, mentre accoglie una misura in grado di rispettare la sua storicità»[22]. Da qui il sempre maggiore ruolo lasciato agli interpreti e scienziati giuristi, alla loro capacità inveniente e all'indebolimento nella materia civilistiche e nel diritto amministrativo, del principio di strettissima legalità, per il quale l'onniscienza del legislatore non ha bisogno di principi regolatori e ordinanti, garantendo, con stucchevoli idealizzazioni e prodotti mitologici, il bene comune[23]. Tornando al giovane Scialoja, quella visione rigorista, tuttavia, si mitiga sette anni

[17] V. Scialoja, *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Studi giuridici*, vol. III Diritto privato, parte I, Roma, 1932, 3 e 6.

[18] V. Scialoja, *Del diritto positivo*, cit., 20.

[19] P. Grossi, *Storicità* versus *prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, in *Oltre la legalità*, Bari, 2020, 79-98.

[20] P. Grossi, *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, in *Ritorno al diritto*, Bari-Roma, 2015, 92.

[21] Si pensi, ad esempio, al D.Lgs. n. 104/2010 - *Codice del processo amministrativo* (artt. 1-3: giusto processo, effettività, dovere di motivazione e sinteticità degli atti), al D.Lgs. n. 152/2006 - *Codice dell'ambiente* (artt. 3-*bis*. Principi sulla produzione del diritto ambientale; 3-*ter*. Principio dell'azione ambientale; 3-*quater*. Principio dello sviluppo sostenibile; 3-*quinquies*. Principi di sussidiarietà e di leale collaborazione), al D.Lgs. n. 36/2023 - *Codice dei contratti pubblici* (artt. 1-3: principi del risultato, della fiducia, dell'accesso al mercato).

[22] P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Bari-Roma, 2003, 18.

[23] Su questi argomenti, P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, cit., 61e 62.

dopo la *Prolusione*, nel 1886; mentre Orlando sul versante giuspubblicistico stava strutturando una dogmatica al diritto pubblico italiano e stava progettando l'idea della rivista palermitana, Scialoja proponeva una raccolta di usi popolari italiani e lo faceva attraverso una lettera pubblicata dall'*Antologia giuridica* (1886, 411), a cura di Pietro Delogu. Scialoja richiamava la necessità di conservare i costumi delle nostre popolazioni, sia perché «non passerà gran tempo, e questi verranno distrutti dalla rapidità delle comunicazioni, dalla maggiore attività degli scambi, dalla vasta uniformità della vita civile moderna», sia per poter ricercare e studiare in quelle costumanze i fatti giuridici, «i quali possono attrarre anche l'attenzione del filosofo del diritto e del legislatore». Scialoja considerava infatti che quei fatti «valgono a mostrarci lo stato reale dei rapporti giuridici spesso ben diversi da ciò che risulterebbe dalla generale e uniforme legge scritta»;[24] fu come un'apertura all'idea post-moderna della legge che sale dal basso, non che scende dall'alto mediante astrattezze e modelli mitologici[25]. Suggeriva, poi, tre categorie degli usi da ricercarsi e studiarsi: usi d'importanza storica e forme degli atti giuridici osservate; istituti giuridici vigenti o contrari alla legge scritta o da questa non contemplati, compresi quelli d'importanza economica; le consuetudini giuridiche aventi valore di legge per il rinvio fatto ad esse da codici e altre leggi scritte[26]. Scialoja così dava attuazione a quanto già era stato prospettato da due giuristi fiorentini dei prima anni del secolo XIX: Francesco Forti (1806-1838)[27], e Girolamo Poggi (1803-1837)[28].

In un'ottica più ampia, ma di certo rispondente alle proposte di Scialoja, nel 1893 Angelo De Gubernatis aveva fondato la *Rivista delle tradizioni popolari italiane* (il 1° dicembre uscì il n. 1; l'ultimo numero fu quello di maggio 1895, fasc. VI)[29]. Se Scialoja cercava di raccogliere le fonti per portare un certo ordine

[24] V. Scialoja, *Proposta di una raccolta di usi giuridici popolari italiani*, cit., 24.

[25] «Mitizzazione quale trapasso di un meccanismo di *conoscenza* in un meccanismo di *credenza*», (P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2005, 4). Per l'elenco dei principali miti giuridici (stato di natura, contratto sociale, volontà generale, ecc.) si veda l'ultima grande opera di S. Romano, edita nel gennaio del 1947, *Frammenti di un dizionario giuridico*, alla voce *Mitologia giuridica* (nuova edizione, Macerata, 2022, 164-167).

[26] V. Scialoja, *Proposta di una raccolta di usi giuridici popolari italiani*, cit., 25 e 26.

[27] C. Marzucchi, *Elogio dell'Auditor Francesco Forti*, letto nell'adunanza dell'Accademia dei Georgofili il 30 settembre 1838, Tipografia Galileiana, Firenze, 1838, 9, 10 e 12.

[28] G. Poggi, *Consultazioni, decisioni e opuscoli inediti*, volume unico, Tipografia Bonducciana, Firenze, 1844, 387. Su Forti e Poggi si veda P. Grossi, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana (1859-1950)*, Milano, 1986, 22-31. Guardando, invece, in avanti, Fulvio Maroi segue il consiglio di Scialoja: dedica la *Prolusione* al corso di Istituzioni di diritto Civile nell'Università di Roma (25 gennaio 1925) al tema "*Costumanze giuridiche popolari*" (poi edito a Roma, 1925).

[29] Non fu l'unico: Pitrè e Marino curarono la rivista *Archivio per lo studio delle tradizioni popolari* (1882-1909). In argomento, si veda P. Resta, *Una storia reietta. Consuetudini giuridiche*

alla legge scritta, nel *Discorso* che De Gubernatis tenne alla Società Nazionale per le Tradizioni Popolari Italiane e che costituì il manifesto della stessa Rivista (venne pubblicato, per l'appunto, nel n. 1, pp. 3-19), l'esigenza si fa autonoma: egli, in netta opposizione alla visione dogmatica che stava intanto formandosi sulla spinta delle riflessioni dei due 'Vittorio' – Scialoja (in parte) per il diritto civile e Orlando per il diritto pubblico – riconosceva che «Noi abbiamo ora, in Italia, una legge comune; ma, se la legge non sempre si osserva, la ragione principale di questa indifferenza e negligenza muove dalla sua contraddizione continua con le consuetudini locali» e attaccava l'astrattezza (non nel senso orlandiano, funzionale cioè a un diritto positivo più penetrante) riportando in vista l'esigenza valoriale locale (come farà un quindicennio dopo Santi Romano): «Non sarebbe dunque cosa prudente che l'odierno legislatore italiano, invece di cercare de' tipi fittizi di legislazioni astratte ne' codici stranieri, studiasse meglio, in ogni regione, l'indole e il costume popolare, e si informasse più spesso delle condizioni reali del nostro popolo rilevate da tenacissime consuetudini, per adattare la legge al costume e fornirle in tal modo una base razionale e durevole?»[30]. Con riferimento alle regole del viver quotidiano, a dispetto di tutti i codici civili e di commercio, concludeva De Gubernatis nel Proemio alla nuova Rivista: «Chi vive nelle campagne (…) deve persuadersi che in Italia la legge non è davvero fatta per tutti, che il popolo la legge se l'è fatta a un po' per volta da sé e se la conserva fedelmente (…) nel proprio costume»[31]. Una simile apertura o sensibilità verso la vita reale comporterebbe un dovere per il legislatore italiano di «ritornare sull'opera propria, ad inspirarsi più largamente e a fondare maggiormente sugli indizi della natura e della storia i nuovi ordinamenti del diritto pubblico e del diritto privato»[32]. E da questa idea non era così lontano il pensiero del giurista Giorgio Arcoleo.

In questo pullulare di nuove istanze valoriali della società, non più chiusa nelle speculazioni borghesi, ma che s'era aperta alla complessità dei particolarismi, si stava passando, alla fine del secolo XIX, dallo Stato *monoclasse* o borghese allo Stato *pluriclasse*[33]: il punto di rottura si ebbe dalla nascita di nuove esigenze strutturali, come la protezione dallo sfruttamento del lavoro, l'adozione di istituzioni di assistenza, anche specializzata (ospedali); esigenza di previdenza; istruzione pubblica per uno Stato neo unitario segnato da un bassissimo grado di alfabetismo; la collettivizzazione di alcune attività d'impre-

e pratiche locali alla fine del XIX secolo, in *Sud e nazione. Folklore e tradizione musicale nel Mezzogiorno d'Italia*, a cura di E. Imbriani, Università del Salento, 2013, 11-32.

[30] *Rivista delle tradizioni popolari italiane*, fasc, I (1893), 10.

[31] *Rivista delle tradizioni popolari italiane*, fasc, I (1893), 10.

[32] *Rivista delle tradizioni popolari italiane*, fasc, I (1893), 11.

[33] Queste sono le efficaci qualificazioni di M. S. Giannini, *op. cit.*, 46, 52, 56.

sa, che divenissero perciò servizi pubblici; interventi contro il monopolio; partitismo politico come conseguenza dell'allargamento del suffragio[34]. In questa prospettiva va letta anche l'Enciclica 'Rerum Novarum' di Leone XIII, datata 15 maggio 1891; nel paragrafo 2.28 affermava: "Non è giusto (…) che il cittadino e la famiglia siano assorbiti dallo Stato".

La nuova sensibilità si alimentò nel versante letterario con il cd. naturalismo e in quegli anni Arcoleo era professore di diritto a Napoli, cresciuto alla scuola del De Sanctis.

5. *Realismo, naturalismo e verismo letterario. Simmetrie con le nuove istanze giuridiche*

Nell'ultimo trentennio dell'Ottocento la visione sull'uomo non è più rivolta alla considerazione del suo essere spirituale; la storia non è più vista come tradizione espressa con la ricostruzione delle strutture passate; i temi non sono più nazionalistici, funzionali al raggiungimento di una unità Statale (per questo sarebbe, quindi, servita una dogmatica del diritto pubblico, inteso, come voleva Orlando, "scienza pura"). Si passa invece a guardare la realtà con sguardo fisso all'oggettiva manifestazione del presente, all'attualità, ai fatti. In letteratura questa visione storica e dinamica al contempo, si esprime soprattutto nella prosa e attraverso la tecnica narrativa del distacco dello scrittore, il quale sceglie di non intervenire, di non commentare né di esprimere giudizi in glosse. La realtà di ogni giorno è quella che interessa ai pensatori (letterati e non) dell'Italia di fine Ottocento.

Dall'universalità del sentire umano, dalla ricerca delle idee perenni intese come neutrali caposaldi della vita, dal modello astratto di uomo – tutti paradigmi del Romanticismo – si passa con una certa rapidità alla concretezza della vita, alla persona/cittadino (che non è più mero individuo, da porre in parallelo e sudditanza passiva all'individualità Statale), ai valori definiti e custoditi nella società sempre cangiante nel tempo. L'uomo è condizionato dall'ambiente particolare in cui si muove e s'organizza. La scienza diviene lo strumento per cogliere l'obiettività, la verità del mondo esterno.

Non a caso, notava Natalino Sapegno, «la fedeltà dei veristi alla natura e al meccanismo delle passioni dove esso si attua e si offre allo sguardo dell'osservatore nelle forme più semplici elementari native del suo processo, spiega la loro preferenza per i temi attinti alla vita delle plebi rurali, in cui l'umanità si presenta più nuda, non ancora deformata e corrotta dai pregiudizi e dai freni

[34] M. S. Giannini, *op. cit.*, 53 e 54.

della convenienza sociale»[35]. Si tratta della stessa impronta alla quale pure Scialoja aveva dato seguito, invitando i giuristi a raccogliere le fonti dall'esperienza nativa dei territori e che De Gubernatis aveva allargato per tutti i campi del sapere: leggere le consuetudini per comprendere il presente, nella tradizione non di una nazione ma di una collettività locale.

D'altra parte, dall'ideale dell'unità patriottica si dovette poi cominciare ad affrontare la serie di problematiche che la nuova fisionomia territoriale presentava come effetto di una raggiunta composizione. In filosofia la corrente che con tali caratteri sorti sulla novella scienza si volle opporre all'idealismo romantico è nota come positivismo o realismo; in letteratura, il naturalismo – specie in Francia – fu la corrente che derivò «tutti i suoi criteri di verosimiglianza dall'indagine scientifica. Il suo concetto di verità psicologica si fonda sul principio di causalità, quello del corretto sviluppo di un intreccio»[36]. In Italia la forma che questa prospettiva assunse come espressione della nuova coscienza diretta alla storia e al suo presente fu il verismo. Nella più autorevole critica letteraria v'era chi considerava come la mutata atmosfera, anche alimentata dal verismo che comunque la rifletteva, fosse un derivato non solo della nuova concezione filosofica con la quale si diffuse il culto della scienza, ma anche della «urgenza con cui s'impone dappertutto, nella lotta economica e politica e sul terreno della cultura, la questione sociale»[37]. Nell'Europa di fine Ottocento il naturalismo e, in particolare, il verismo in Italia, erano proprio questo: «nel quadro di una società moderna, con la violenza dei conflitti di classe, che metteva in risalto le oscure radici del bisogno, la segreta molla economica dell'assistenza associata, e che d'altro canto smantellava ad una ad una le troppe frettolose illusioni di ordine, libertà, giustizia, prosperità, che avevano alimentato le rivoluzioni europee del primo cinquantennio del secolo, una ripresa delle esigenze realistiche dei romantici, fatta con animo nuovo»[38].

Francesco De Sanctis, non per nulla, «s'era accostato dopo il '70 con ammirazione e simpatia alla prove dei narratori naturalisti francesi», egli «che era la coscienza e lo specchio critico delle tendenze realistiche dei romantici italiani»[39]. Dal De Sanctis a Giorgio Arcoleo il passo del pensiero che li accomuna è breve.

[35] N. Sapegno, *Compendio di storia della letteratura italiana*, vol. III, *Dal Foscolo ai Moderni*, Firenze, 1954, 340.

[36] H. Hauser, *Storia sociale dell'arte*, vol. IV, Torino, 1959, 103-105.

[37] N. Sapegno, *op. cit.*, 334.

[38] N. Sapegno, *op. cit.*, 335.

[39] N. Sapegno, *op. cit.*, 334.

6. *Arcoleo: giurista e verista*

Salvatore Prisco richiama il fatto che Arcoleo, pur assumendo la cattedra di diritto Costituzionale all'Università di Napoli nel 1877 (due anni prima la celebre *Prolusione* di Scialoja) «continuò sempre a scrivere saggi di critica letteraria, l'ultimo – dedicato a Giovanni Boccaccio – pubblicato appena un anno prima della morte, essendo sempre interessato al realismo, che fu a ben vedere la stella polare che in modo continuo ne ispirò tutte le attività intellettuali alle quali via via si applicava»[40].

È stata messa in risalto la posizione di Arcoleo nella dialettica letteraria del tempo ed è stata interpretata come più vicina al pensiero di Dickens che a quello di Zolà[41], quanto a dire che fu più aderente al romanzo sociale, non meramente descrittivo della realtà esterna, ma ad essa proiettato quasi per risolverne le disparità e le ingiustizie derivate dal contrasto tra diversi ceti sociali.

Così, per maturazione complessiva alimentata da questa dialettica di discipline, al giuspubblicista Arcoleo cominciava ad apparire chiaramente il fatto che la legge, intesa nel suo astrattismo onnisciente, non era più in grado di ordinare la realtà presente; occorreva quindi postulare nuove funzioni agli interpreti, non più ristretti nelle geometrie dell'esegesi. Il diritto doveva essere non "creato", bensì "inventato", scoperto;[42] la legge doveva allora essere il risultato di una continua ricerca da operare tra i valori sociali, che divengono istanze di una collettività. Questo non avrebbe significato un cedimento di fronte a una cieca fattualità, cadendo cioè dall'alto delle astrattezze in un empirismo fagocitante; al contrario, avrebbe rappresentato il riconoscimento delle forme associative sempre più presenti fino a divenire vere e proprie formazioni sociali, nelle quali si definiscono tuttora le esigenze obiettive e durevoli[43]. Quell'accoglimento poi avrebbe generato l'*ordinamento* (i.e. riordinamento) attraverso l'applicazione delle categorie giuridiche; esse avrebbero perso mano a mano la natura dogmatica (figlia delle mitologie giuridiche della modernità), per assumerne la funzione ordinante, nel senso che diede a questa voce Santi

[40] S. Prisco, *Giorgio Arcoleo,* cit., 100.

[41] N. Ruggiero, *La civiltà dei traduttori. Transcodificazioni del realismo europeo a Napoli nel secondo Ottocento*, Napoli, 2009, 23.

[42] Sul significato da attribuire al verbo "inventare", si vedano: F. Calasso, *Metodo e poesia. Conversazione con Francesco Carnelutti*, 1952, ora in *Storicità del diritto*, a cura di P. Fiorelli, Milano, 1965, 125-141; da ultimo, la lezione tenuta da Calasso nell'anno accademico 1964-1965, all'Università degli Studi di Roma La Sapienza, in S. Caprioli, *Satura lanx 34. Francesco Calasso, Frammento di una lezione (1964)*, in *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo*, a cura di O. Condorelli, Tomo I, Roma, 2004, 327-328.

[43] In argomento, P. Grossi, *L'invenzione del diritto. Alle radici di una civiltà storica*, Conferenza tenuta all'Università di Milano - Bicocca, Scuola di dottorato (16 gennaio 2018).

Romano nel suo celebre libro del 1918[44]. Insomma, nella visione che fu anche di Giorgio Arcoleo il diritto pubblico non doveva assumere quel carattere di purezza, così come Orlando voleva (e riuscì comunque a fargli conquistare), bensì doveva rimanere impuro, unito cioè alla forza delle discipline sociologiche, antropologiche, politiche, etc. Arcoleo aveva intuito che il limite della Pandettistica[45] era anche il limite del Romanticismo in letteratura; non guardavano al presente, ma ricostruivano il passato. In questa dinamica tra storia e vita presente non poteva ormai più disconoscersi il fenomeno dell'associazionismo, che la Rivoluzione francese aveva represso, con la Legge di Le Chapelier del 1791. Infatti, Arcoleo in questo senso si può qualificare come un anticipatore della lettura che Santi Romano ebbe il coraggio di esporre nella celebre *Prolusione* pisana del 1909. Sempre Prisco considera che in Arcoleo, docente di diritto pubblico, «si avverte (…) la consapevolezza e il fervore per l'analisi delle forze vive che si muovono nella società», «sente all'opposto nell'associazionismo, anche partitico, la potenzialità di una forza innovatrice della tradizione»; «si era dunque in lui lontani dal dogmatismo»[46], anche se V. E. Orlando, che della dogmatica del diritto pubblico italiano fu padre e difensore potente, aveva avuto nei confronti di Arcoleo un insolito atteggiamento d'apertura. Infatti, in una recensione al *Discorso* di Saverio Scolari tenuto all'Università di Roma e intitolato "*Della libertà come ragione e fondamento degli istituti politici*", considerando ancora non matura la scuola accademica da lui proposta e progettata, Orlando citava – *mirabile dictu* – tra i propri alleati proprio Giorgio Arcoleo[47]. Eppure, la visione giuridica di quest'ultimo si fondava su una chiara coscienza per la quale il cambiamento non doveva strutturarsi su un adeguamento del diritto pubblico alla tradizione secolare del diritto romano e civile, purificandosi da ogni commistione fuorviante; al contrario, Arcoleo sapeva che erano già «cambiati i tempi: depressa la fantasia, moltiplicati gli istinti del benessere; prevale all'arte l'industria: lo spirito di analisi decompone credenze, istituzioni, sistemi, dottrine», quello che Santi Romano chiamò "crisi" dello Stato moderno; «l'osservazione, – prosegue Arcoleo – il raffronto, la ricerca, imprime un indirizzo positivo agli studi». Occorreva perciò «svecchiare le menti e gli animi dai dotti pregiudizi, dai dogmi, dalla automatica

[44] Paolo Grossi contrappone in questo senso le categorie giuridiche *ordinanti* e quelle *dogmatiche*: *L'invenzione del diritto. Alle radici di una civiltà storica*, Conferenza tenuta all'Università di Milano - Bicocca, Scuola di dottorato (16 gennaio 2018).

[45] Sulla quale, da una parte, poggiava la scienza dei civilisti, alimentata anche da Scialoja e verso la quale, d'altra parte, tendeva la giuspubblicistica, seguendo l'insegnamento di Orlando.

[46] S. Prisco, *Giorgio Arcoleo,* cit., 101 e 102.

[47] Sulle possibili ragioni di questa positiva citazione da parte di Orlando, si veda M. Fioravanti, *op. cit.*, 362-366;

disciplina dei concetti e delle forme»[48], aprirsi alla libera associazione perché prevale la collettività sull'individuo, «e si noti una strana dissonanza: da un lato la scienza odierna analizza, decompone, esamina l'individuo nelle ultime quasi impercettibili varietà di pensiero e di azione; le istituzioni politiche tendono a garentire meglio la libertà individuale nelle più delicate sue manifestazioni: d'altro lato la tendenza democratica mira sempre più a collegare le varie attività economiche e sociali»[49]. Il 16 novembre del 1883, nella *Prolusione* per l'inaugurazione dell'anno accademico presso l'Università di Napoli, Arcoleo riconosce espressamente che il diritto pubblico non è come il diritto privato[50], in questo opponendosi nettamente a quelle che da lì a sei anni sarebbero state le parole di V. E. Orlando a Palermo[51]. D'altronde, il giovanissimo Giorgio Arcoleo, quando era ancora studente di Lettere alla scuola del De Sanctis, aveva già affermato nel suo tema su Pulcinella, filosofo in maschera, di essere «convinto che il tipo o il costume di una popolazione si studia attraverso le cose, non attraverso le idee. Ma qui un intoppo, la miopìa; e però ho visto, a volte ho svisto, ho travisto, e infine ho dubitato che la troppa vicinanza con Pulcinella m'abbia partecipato un po' della sua natura»[52].

[48] G. Arcoleo, *Francesco De Sanctis. L'eloquenza nell'Ateneo*, in *Le Opere di Giorgio Arcoleo*, cit., 276 e 272.

[49] G. Arcoleo, *La scienza nella vita sociale*, in *Le Opere di Giorgio Arcoleo*, cit., 114.

[50] «Circostanze fatali impedirono all'Italia che nelle attenenze del Diritto pubblico cogliesse i risultati splendidi che ebbe nel privato», G. Arcoleo, *Diritto e politica*, in *Le Opere di Giorgio Arcoleo*, cit., 218.

[51] Che cambieranno le sorti del diritto pubblico e del diritto amministrativo in Italia.

[52] *Un Filosofo in maschera*, dapprima pubblicato da F. De Sanctis con prefazione, nella *Nuova Antologia*, agosto 1872, poi comparso in *Le Opere di Giorgio Arcoleo,* cit., 67.

Germana Carobene[*]

LA *DISSOCIAZIONE* E IL C.D. *OSTRACISMO* DEI TESTIMONI DI GEOVA TRA IL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE E LA TUTELA DEI DIRITTI DELL'UOMO

SOMMARIO: 1. L'appartenenza comunitaria nei TdG, dimissioni e dissociazione. – 2. Il principio di non discriminazione e la tutela dei diritti dell'uomo nella recente giurisprudenza belga. – 3. I c.d. gruppi intermedi nel nostro tessuto sociale. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *L'appartenenza comunitaria nei TdG, dimissioni e dissociazione*

Alcuni recenti interventi giurisprudenziali[1] ci consentono di centrare l'attenzione sulla tutela dell'individuo, all'interno delle formazioni sociali, in particolare di quelle religiose, collegata al tema della laicità dello Stato, la cui ricchezza lessicale e concettuale impone di ricondurla alle diverse tradizioni che con essa si confrontano[2].

Tali vicende processuali attengono alla facoltà di recedere da un sodalizio volontario, improntato su una professione di fede, senza subire condizionamenti di sorta e sulle conseguenze negative, riconducibili a una serie di condotte da parte degli altri associati, presumibilmente lesive dei diritti della personalità. Ciò trae origine da un comportamento, talvolta contestato ai Testimoni di Geova, legato all'allontanamento formale di un membro dalla comunità, per libera scelta del fedele di rinunciare alla propria condizione spirituale: questa è quella comunemente definita come «dissociazione». Ma è anche possibile, ed è

[*] Ordinario di Diritto Interculturale e delle religioni, Dipartimento Scienze Politiche, Università Federico II, Napoli, carobene@unina.it.

[1] L'ultimo intervento è della Corte di Cassazione belga, del 19 dic. 2023, in https://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/2023_12-19__Cass..pdf. Tra recenti interventi cfr. anche Tribunale di Roma, XVI sez. civ., n. 76320, 2016, 23 maggio 2021, pubblicata, con un breve commento di C. MOSENSCAIA, L. MATTEI, *È lecito che i fedeli decidano di non frequentare più chi lascia la comunità religiosa, e l'annuncio delle dimissioni ai fedeli non lede i diritti del dimissionario*, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (https://www.statoechiese.it), https://d1vbhhqv6ow083.cloudfront.net/contributi/Mosenscaia-.M_E-lecito.pdf. Cfr. anche, Corte di Appello di Bari del 2014, pubblicato con commento di S. MARTUCCI, *Appartenenza confessionale e ostracismo, qualcosa di nuovo, anzi d'antico, nelle dinamiche dell'affiliazione religiosa*, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (https://www.statoechiese.it), n. 29 del 2015.

[2] Cfr. S. PRISCO, *Laicità. Un percorso di riflessione*[2], Torino, in particol. 8.

anzi l'ipotesi più frequente, quella dell'allontanamento a seguito della commissione di un grave peccato, definita come «disassociazione». In tali casi la forma di isolamento dal gruppo/ostracismo[3] può essere molto rigida[4] e comporterà la scelta dei fedeli, in base alla propria coscienza religiosa, di limitare o, addirittura interrompere definitivamente, i rapporti sociali con quella persona, sia in pubblico che in privato, in base ai comandi biblici[5], fino alla sua eventuale riassociazione, decisa sempre dagli Anziani della Congregazione. Alcuni sostengono che, dal momento che il contatto sociale al di fuori della comunità religiosa non è in ogni caso raccomandato per i Testimoni di Geova, essa implica *de facto* il rifiuto finale e il completo isolamento.

Come è noto tale distacco potrebbe rientrare nel concetto di apostasia, la cui origine semantica (dal greco ἀπό apò «[lontano] da» e στάσις stàsis da ἵστημι ìstemi «stare, collocarsi») indica l'abbandono formale e volontario della propria religione, che può determinare sia un'altra adesione = conversione, che una scelta areligiosa = ateismo o agnosticismo. Nelle scritture cristiane era utilizzato principalmente in riferimento alla defezione religiosa, come allontanamento dalla vera adorazione[6]. Per i Testimoni la dissociazione non rientrerebbe in tale definizione che riguarda, invece, la disassociazione, legata a comportamenti scorretti del fedele. È, comunque, una condizione di ribellione più o meno cosciente alla religione professata, con una transizione da uno stato religioso cosciente a un altro stato, egualmente cosciente. In senso ampio,

[3] "Ostracismo" deriva dal sostantivo greco *ostrakon*, il frammento di terracotta sul quale veniva scritto il nome di colui che veniva messo al bando dalla comunità ateniese intorno al V secolo a.C. È stato definito dalla World Health Organization come "social murder", ovvero "omicidio sociale", ma non è riferibile ai Testimoni di Geova. In inglese ci si riferisce a questa pratica con il diverso termine di "shunning", che non trova equivalenti in altre lingue il cui verbo "to shun" è definito dal Cambridge Dictionary: «To ignore someone and not speak to that person because you can not accept their behavior, beliefs, etc…». Cfr. anche A. Zamperini, *L'ostracismo. Essere esclusi, respinti e ignorati*, Torino, 2010.

[4] Cfr. M. Gruter, R.D. Masters, *Ostracism: a social and biological phenomenon*, Cambridge, 1986.

[5] Tuttavia, come spiega il sito ufficiale dei Testimoni di Geova, se dal punto di vista religioso le cose cambiano, i legami di sangue restano inalterati. Il vincolo coniugale e i normali rapporti familiari e affettivi proseguono. Una persona che è stata disassociata o che si è dissociata è sempre libera di assistere alle riunioni religiose della Congregazione, partecipare ai cantici religiosi durante tali riunioni e ricevere le pubblicazioni religiose dei Testimoni. Se in seguito la persona esprime il desiderio di tornare a essere testimone di Geova, potrà informare gli anziani i quali stabiliranno se è idonea per essere riassociata, valutando se le dichiarazioni e la condotta della persona dimostrano pentimento e un sincero desiderio di vivere nuovamente secondo le norme bibliche: https://www.jw.org/it/testimoni-di-geova/domande-frequenti/evitare-ogni-contatto/.

[6] Cfr. La disassociazione: un provvedimento amorevole | Studio (jw.org) w15/4; od 144-15 https://wol.jw.org/it/wol/pc/r6/lp-i/1200273672/2/0; sul pentimento (w15/12/81) cfr w21.10 7 In cosa consiste il vero pentimento? – BIBLIOTECA ONLINE Watchtower (jw.org).

significa il mutamento di atteggiamento di fronte alle realtà religiose e rientra nel diritto, costituzionalmente tutelato nelle società democratiche, di avere una fede religiosa o di non averla, ma anche nel diritto di cambiarla; è associata alla libertà di propaganda religiosa e a quello di critica.

2. *Il principio di non discriminazione e la tutela dei diritti dell'uomo nella recente giurisprudenza belga*

In un recente caso belga il Tribunale delle Fiandre aveva condannato la "Congregation chrétienne des Témoins de Jéhovah" a una pesante multa pecuniaria, per incitamento alla discriminazione e all'odio contro gli ex seguaci. È stata la prima volta in cui una comunità religiosa ha subito una condanna penale, sulla base del principio della parità di trattamento, solennemente affermato, in ambito europeo, nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE del 2000[7]. Ciò ha portato, come è noto, in diversi Paesi del nostro continente all'adozione di specifiche misure legislative che, *inter alia*, si sono tradotte nella legge 215 del 2003 in Italia[8] e in quella del 2007 del Belgio, «tendant à lutter contre certaines formes de discrimination»[9]. Tale ultima previsione era stata, tuttavia, errone-

[7] L'art. 21 della Carta di Nizza vieta «qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali».

[8] "Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica", pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 186 del 12 agosto 2003 e in www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/03215dl.htm. L'art. 1 ne definisce l'oggetto, relativo all'attuazione della parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica. L'intento viene realizzato attraverso la previsione di misure atte a evitare che le differenze di razza e di origine etnica siano causa di discriminazione, anche in considerazione del differente impatto che le medesime forme di discriminazione possano avere: su donne e uomini; sull'esistenza di forme di razzismo a carattere culturale e religioso.

[9] Il testo in vigore della legge è in https://www.ilo.org/dyn/travail/docs/2525/Loi%20du%2010%20mai%202007%20tendant%20%C3%A0%20lutter%20contre%20certaines%20formes%20de%20discrimination.pdf. Il Belgio consacra nella sua Costituzione (artt. 10 e 11) il principio di uguaglianza dei cittadini davanti alla legge e quello di non discriminazione. Nel 1981 il legislatore belga ha introdotto disposizioni specifiche a livello federale, ma solo contro le discriminazioni fondate sul razzismo e la xenofobia (legge del 30 luglio 1981) mentre in anni più recenti (legge del 25 febbraio 2003) ha ampliato il campo delle discriminazioni condannabili. Nel 2007, a seguito della sentenza n. 157 del 2004 della *Cour d'arbitrage (*la Corte costituzionale belga) che ha dichiarato illegittime alcune disposizioni della legge del 2003, è stato approvato un nuovo pacchetto di leggi federali anti-discriminazione. La legge del 2007 ha riformato la normativa preesistente su alcuni tipi di discriminazione. Tali decreti sono stati adottati in attuazione delle disposizioni individuate dagli artt. 1 e 29 della L. 39/2002 (legge comunitaria 2001), che hanno delegato il Governo ad emanare uno o più decreti legislativi di recepimento

amente interpretata dal Tribunale belga, ritenendo che potesse essere utilizzata per entrare negli affari interni dei gruppi religiosi, nel quadro giuridico dell'incitamento all'odio e alla violenza morale, con conseguenze sull'integrità psichica e sulla dignità degli ex adepti. Si sottolineava nella sentenza che i Testimoni erano incoraggiati a osservare rigorosamente l'isolamento, che è una forma di discriminazione, attuata in ipotesi di deviazione del soggetto dalla vera credenza[10].

Tuttavia, una più corretta interpretazione del termine "discriminazione", nell'ambito del comportamento e degli atteggiamenti sociali, impone di associarlo alle ideologie che proclamano e attuano una distinzione e un trattamento differenziato delle persone sulla base di gruppi o categorie di appartenenza (culturale, religiosa etc.): ma ciò non poteva rientrare nel caso *de quo,* che aveva, invece, ad oggetto il semplice mutamento dei rapporti con chi si allontana da una comunità, per adesione a valori diversi, attuata non con intento discriminatorio ma come forma di disciplina, di protezione dell'identità del gruppo e anche in vista di un possibile recupero del fedele.

Come era stato correttamente sottolineato dalla difesa dei rappresentanti legali dell'ente di culto, se un disassociato ha la libertà personale di fare delle scelte e vivere come vuole, è un diritto innegabile della comunità che ogni gruppo si aspetti che i suoi membri sostengano i valori e gli standard dello stesso. Ed è tale impostazione a risultare assolutamente condivisibile, non riuscendo a essere comprensibile un diverso atteggiamento da parte del gruppo, soprattutto se basato sulla condivisione di forti ideali comuni. La libertà del singolo è – e deve essere – tutelata dalla possibilità di fuoriuscita e quella del movimento dalla difesa dei propri valori fondanti, in condivisione con i fedeli.

Ancora più anomalo risultava in tale sentenza il riferimento normativo agli artt. 9, 10 e 11 della CEDU, oltre che il riferimento all'attentato alla vita familiare, art. 8[11]. È stata, inoltre, particolarmente pericolosa l'interpretazione data dal Tribunale belga nel caso *de quo* alla seconda parte di tali articoli, relativa alle limitazioni delle libertà, poiché ciò rappresentava un drastico cambiamen-

della direttiva 2000/43/CE in materia di parità di trattamento tra le persone, indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

[10] Cfr. Tribunale di Gant (Belgio), cit., 25.

[11] Con riferimento all'art. 9.2 la Corte ha sottolineato che uno Stato può legittimamente interferire con l'autonomia delle comunità religiose quando ciò risponda a un bisogno sociale imperativo e che, in secondo luogo, deve esistere un ragionevole rapporto di proporzionalità tra l'obiettivo giuridico perseguito e la restrizione di tali libertà. Con riferimento all'art. 10.2 ha affermato che l'espressione di un parere è punibile se esso, consapevolmente e intenzionalmente, incita pubblicamente alla discriminazione, all'odio, alla violenza, etc. sulla base della legge anti discriminazione.

to degli orientamenti della Corte EDU nella lettura di queste norme della Convenzione.

Nella fattispecie considerata la condanna della Congregazione appariva, quindi, frutto di un'interpretazione limitata della normativa interna antidiscriminazione e fuorviante delle chiare indicazioni delle norme della Convenzione Europea, costituendo un pericoloso attentato all'affermazione dei diritti di libertà religiosa. Tali interventi potrebbero prestarsi, infatti, a finalità strumentali, destinate in ultima analisi a soffocare il pluralismo religioso, linfa vitale delle strutture democratiche. Il sindacato in ordine alla violazione dei diritti dell'uomo, nell'ambito delle regole che disciplinano la vita interna di una confessione religiosa è legittimo solo in riferimento alle norme statutarie, non a quelle religiose o alle procedure confessionali, salvo in ipotesi di violazione dei diritti fondamentali della persona. Occorre, infatti, prestare molta attenzione a non confondere il piano civilistico di un ente o associazione con quello religioso. Il battesimo come la disassociazione sono decisioni interne, insindacabili, residua soltanto un vaglio giudiziario di comportamenti che già sono previsti come penalmente rilevanti, indipendentemente dalla motivazione religiosa.

È interessante, infine e per inciso, sottolineare che il Tribunale aveva ritenuto superfluo valutare se la politica di esclusione fosse basata o meno sull'interpretazione di versetti della Bibbia o di altre Scritture e si rileva, infine, che nella decisione *de quo* erano state ignorate le esenzioni per le organizzazioni religiose, contenute nella Direttiva dell'Unione Europea che ha portato alla legge del 2007[12].

In sentenza la condotta della Congregazione era stata dunque giudicata irresponsabile e riprovevole, basata sull'incitamento alla discriminazione, a commettere violenza morale e odio ma, in violazione del principio di stretta legalità, il giudice non era stato in grado di indicare né l'oggetto né la metodica di realizzazione di questi comportamenti penalmente rilevanti. Il primato del diritto avrebbe dovuto imporre, secondo il Tribunale di primo grado, anche alle confessioni religiose di rispettare il normale andamento democratico e si è auspicato, da parte del movimento, una riconsiderazione della politica di esclusione, in futuro. Il Tribunale aveva ribadito altresì la particolare gravità

[12] Sul ruolo degli organismi europei cfr. *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, a cura di R. Mazzola, Bologna, 2012; A. Licastro, *Unione europea e "status" delle confessioni religiose. Fra tutela dei diritti umani fondamentali e salvaguardia delle identità costituzionali*, Milano, 2014. Sulla costruzione di un diritto europeo delle religioni cfr. G. Macrì, M. Parisi, V. Tozzi, *Diritto ecclesiastico europeo*, Roma-Bari, 2006; G. Casuscelli, *Stati e religioni in Europa: problemi e prospettive*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale,* (*https://www.statoechiese.it*), giugno 2009.

dei reati commessi, il lunghissimo periodo in cui si erano delineati e il danno umano irreparabile che avevano causato alle molte vittime, attenendosi più a una valutazione psicologica che a un profilo di natura giuridica.

Con la sentenza di primo grado del 2021, il Tribunale penale di Gand aveva, dunque, condannato l'organizzazione a una multa di 96 mila euro. Con il successivo intervento del 7 giugno 2022, la Corte d'Appello di Gand ha, invece, correttamente ribaltato il dispositivo di primo grado, stabilendo che non era stato dimostrato che l'organizzazione incitasse alla discriminazione o alla segregazione. E la Corte di Cassazione, a dicembre del 2023, ha definitivamente ribadito tale principio[13].

Nel caso *de quo*, infatti, come è stato correttamente sottolineato nei successivi gradi di giudizio, l'ipotesi era di libero e volontario recesso di un fedele, pienamente capace e culturalmente provveduto. La Congregazione usualmente richiede l'isolamento religioso per i familiari, l'astensione dalla frequentazione per gli altri, ma ovviamente permangono, salvo scelte personali, eventuali rapporti civilistici, con il solo scopo di provocare nel tempo il pentimento e il riavvicinamento alla verità di Geova. Come chiarito anche in Cassazione le norme in questione si limitano solo a ridurre fortemente i contatti e a etichettarli come "peccato", senza tuttavia incitare a comportamenti manifestamente illeciti, quali approcci o proselitismo aggressivi, stalking, minacce o molestie in generale. Si deve, dunque, escludere un'ipotesi di ingerenza nei diritti dei singoli.

Un intervento esterno, con la comminazione di una sanzione pecuniaria fortemente incisiva, avrebbe rischiato quindi di destabilizzare l'assetto di uno Stato democratico, violando palesemente il principio della non ingerenza dei pubblici poteri nelle regolamentazioni e negli affari interni dei c.d. gruppi intermedi.

È, infatti, ormai inequivocabile il principio secondo cui lo Stato non può valutare la legittimità delle credenze religiose o il modo in cui le stesse vengono espresse, inclusa la questione della espulsione e/o disassociazione dei membri[14]. Né il potere politico né i suoi organi giudiziari possono interferire nelle decisioni di un'organizzazione religiosa di accogliere nuovi fedeli o di escludere quelli che già ne fanno parte, purché il diritto di libertà del singolo sia garantito

[13] Cass., 19-12-2023 – ruolo numero P.22.0971.N. 1, non pubblicata, https://freedomofbelief.net/articles/the-belgian-supreme-court-brings-justice-to-the-jehovahs-witnesses.

[14] Il riferimento ai paragrafi n. 118-120, 141, 142 (in particolare sull'illegittimità di un giudizio negativo sull'insegnare la credenza biblica circa il rifiuto delle trasfusioni di sangue) della decisione ECHR Testimoni di Geova di Mosca v. Russia del 2010, in https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-99221%22]}.

attraverso la possibilità di lasciare il movimento[15]. È, quindi, di conseguenza accettato che le comunità religiose possano delineare e imporre standard dottrinali per i propri adepti, incluso quello di decidere che revocare la propria adesione all'ente equivalga a una cessazione dell'appartenenza confessionale[16].

Tra i riferimenti legislativi è importante ricordare anche l'art. 19 della Costituzione belga che, come quello italiano, è dedicato alla tutela della libertà di religione (garantendo la libertà di culto, il suo libero esercizio nonché la libertà di espressione) e l'art. 21 che afferma che lo Stato non ha il diritto di interferire negli affari interni di una religione[17].

3. *I c.d. gruppi intermedi nel nostro tessuto sociale*

È naturale nel mondo giuridico che le associazioni, dunque anche quelle religiose, seguano le regole del contratto, ricalcate sulla falsariga di quelle civilistiche e basate su comportamenti sociali (intra-confessionali) che si esprimono uniformemente, con caratteri ricorrenti, creando schemi organizzativi che riassumono attività umane, portatrici di valori e interessi[18]. Tali relazioni comunitarie impongono agli associati, secondo vincoli di lealtà, l'obbligo di astenersi dal tenere comportamenti o azioni che possano compromettere il conseguimento degli scopi collettivi e degli interessi individuali degli altri membri[19]. I Testimoni di Geova sono stati, talvolta, accusati di utilizzare un rigido meccanismo di controllo sociale, per imporre una conformità all'interno della comunità, in cui la critica non è tollerata ed è talvolta oggetto di sanzioni.

Tale problematica deve essere inquadrata facendo riferimento a concetti che attendono ad altri campi del sapere, prima ancora di essere analizzata sotto

[15] Cfr. Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), *Sindicatul «Păstorul cel Bun» v. Romania*, n. 2330/09, 9 luglio 2013, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-122763%22]}, parr. 136, 137 e 165.

[16] Cfr. CEDU, *Jehovah's Wtnesses of Moscow v. Russia*, 302/02, cit. Per un commento cfr. C. Lapi, *La difficile posizione giuridica dei Testimoni di Geova in Russia di fronte alla Corte di Strasburgo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, (*https://www.statoechiese.it*), giugno 2011 e CEDU, Grand Chamber, *Izzettin Doğan and Others v. Turkey*, 26 aprile 2016, in particol. parr. 110 e 121, in https://strasbourgobservers.com/2016/07/18/grand-chamber-judgment-in-izzettin-dogan-and-others-v-turkey-more-than-a-typical-religious-discrimination-case/.

[17] G. Carobene, *The meaning of "religion" in Belgian Case Law*, in *Stato, Chiese e pluralismo religioso* (https://www.statoechiese.it), 39/2017, 54-72.

[18] Cfr. G.B. Ferri, *Interpretazione, autonomia privata e realtà sociale*, in *Studi in onore di Gaetano Catalano*, vol. II, Soveria Mannelli (CZ), 1998, 653 ss.

[19] Cfr. P. Rescigno, *Gruppi sociali è lealtà*, in Id., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966, 88. Si tratta di obblighi e vincoli generati, nelle società democratiche, dai «diritti sociali che non possono non essere soddisfatti»: L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, IV, 2015, 1, 40.

il profilo giuridico. *In primis*, infatti, essa investe il delicato rapporto individuo – gruppo. È quindi interessante partire dal concetto di "comunità", il cui prefisso *cum* ne sottolinea, a livello etimologico, l'aspetto relazionale e del contesto condiviso. Si riferisce a un tipo di ambiente all'interno del quale siamo in grado di sviluppare un senso di appartenenza e condivisione, dove l'unità delle persone è fortemente sentita e basata sul *consensus*, sulla reciproca comprensione. Equità, identità e fiducia rappresentano, dunque, i valori sottesi al concetto di comunità, in cui la scelta di appartenenza nasce da un'adesione volontaria e ben specifica, di tipo naturale, che deriva da presupposti come stessi sentimenti, usi e costumi, medesima aspirazione fondamentale.

Per alcune comunità o determinati gruppi sociali è fondamentale il senso di appartenenza, basato su un'identità culturale, psicologica e religiosa: come nel caso dei Testimoni di Geova[20]. La riflessione sociologica sull'identità considera l'uso di tale concetto all'interno di diversi schemi teorici, definendo una sua problematizzazione che riguarda, essenzialmente, le modalità con le quali gli individui definiscono la propria situazione e si collocano in un contesto simbolico.

Nella costruzione teorica del concetto è bene, inoltre, evidenziare alcune questioni preliminari e, soprattutto, il rinnovato interesse giuridico al paradigma pluralista e l'importanza delle comunità e dei corpi intermedi, per dare spessore alla partecipazione democratica e contribuire a migliorare le condizioni di effettività dei diritti sociali. Partendo dal dettato dell'art. 2 della nostra Costituzione e, riprendendo l'elaborazione proveniente sia dal pensiero liberale che dalla dottrina sociale, si è affermata ormai la valutazione positiva della presenza e dell'azione di numerosi soggetti sociali organizzati a livello locale, nazionale e internazionale[21]. Si pone l'accento sull'importanza delle comunità e dei gruppi intermedi quale espressione della libertà di associazione e dell'iniziativa privata, in connessione con il fondamento personalista della scelta dei Costituenti, cui è seguita la considerazione dell'obbligo del rispetto dei diritti essenziali della persona non solo da parte dello Stato, ma anche all'interno delle stesse organizzazioni.

Negli ultimi anni si è ripresa decisamente anche la riflessione sui diritti dei singoli all'interno delle comunità, quale elemento fondante del pluralismo e quale garanzia del ruolo costruttivo dello stesso fenomeno comunitario. Si

[20] Interessanti, in senso generale, le riflessioni di S. Ferrari, *Tra geo-diritti e teo-diritti. Riflessioni sulle religioni come centri transnazionali di identità*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1/2007, 3 ss.

[21] Cfr. M. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, 2002; P. Rescigno, *Le formazioni sociali intermedie*, in Id., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato. III (1988-1999)*, Padova, 1999, 20 ss.

osserva, in linea generale, la significativa presenza nella società di ambiti di aggregazione intermedia, quale contributo alla possibilità di uno sviluppo integrale dell'uomo, che si interseca con la necessità di esprimere una valutazione in merito alla "qualità" della vita associata e alla garanzia di un effettivo pluralismo. Peraltro, nelle stesse comunità intermedie albergano i rischi propri di tutte le aggregazioni umane, sia con riguardo alle aporie organizzative e di partecipazione, sia rispetto a più gravi violazioni della libertà di pensiero e di coscienza. Tutto ciò tende, poi, ad assumere rilievo particolare per quelle forme di appartenenza che non comportano soltanto impegni episodici, ma coinvolgono la vita intera della persona, come i Testimoni di Geova, aggregazioni di più intensa vita spirituale e comunitaria, spesso associati al concetto di setta piuttosto che a quello, più corretto, di confessione o movimento religioso[22].

4. *Considerazioni conclusive*

In ultima analisi è interessante ricordare una proposta di legge per l'introduzione, nel codice penale italiano, dell'art. 613-*quater*. – *Isolamento sociale o affettivo* – il cui obiettivo dovrebbe essere diretto a tutelare l'individuo, sanzionando chi, avendo poteri decisionali o gestionali all'interno del gruppo, induce gli altri adepti alla pratica dell'isolamento sociale dagli affetti. La soglia di punibilità risulterebbe superata solo in presenza della sussistenza di uno stato ansiogeno della persona offesa[23]. Su tale puntualizzazione normativa non si

[22] In Francia, ad es., i Testimoni di Geova sono passati nel corso dei decenni dallo status di movimento religioso di natura settaria a quello ufficiale di associazione religiosa, ex legge 1905. Ed è noto l'uso dispregiativo del termine "setta" nel panorama sociologico e giuridico. Il 23 giugno 2000, il Consiglio di Stato ha emesso due sentenze epocali concludendo che le associazioni locali dei Testimoni di Geova dovevano godere dello status di associazione religiosa: cfr. *Droit français des religions,* F. Messner, P.-H. Prelot, J.-M. Woehrling (eds.), 2013, in particol. 161 ss. Cfr. anche R. Dericquebourg, *Témoins de Jéhovah: vers une sortie de la logique sectaire*, in *Sectes et démocratie*, F. Champion, M. Cohen (dir.), Paris, Seuil, 1999, 105-125. Sulla situazione italiana cfr. N. Colaianni, *Le intese con i buddisti e i Testimoni di Geova*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2000, 476 ss.

[23] Il 15 luglio 2020, XVIII legislatura, è stata presentata alla Camera dei Deputati, la proposta di legge n. 2592, su iniziativa degli onn. Costanzo e Siragusa,: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, all'interno di associazioni riconosciute o non riconosciute, fondazioni o altri enti, disponendo di un potere decisionale o di gestione nell'ambito di un gruppo sociale, religioso o politico, esclude o emargina, attraverso forme di coazione sociale, anche con il mezzo della stampa o della propaganda, un membro del gruppo stesso che ne abbia violato le regole, ancorché da esso formalmente o informalmente accettate al momento dell'adesione al gruppo, ovvero che se ne sia dimesso per qualsiasi motivo, inducendo l'isolamento sociale dello stesso rispetto agli altri membri, con la conseguente interruzione di ogni rapporto sociale o affettivo e provocando allo stesso stati d'ansia, turbamenti e gravi alterazioni delle sue abitudini di vita, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni. La pena è aumentata fino a un terzo se il

può che ripetere quanto già sottolineato per le proposte di legge tendenti alla reintroduzione del reato di plagio/manipolazione mentale nel nostro ordinamento: «il rischio di simili normative è quello di non riuscire a colpire fenomeni effettivamente pericolosi, complicare inutilmente l'accertamento del reato e l'eventuale formazione di responsabilità, più facilmente individuabili attraverso l'uso delle categorie già previste dal codice penale»[24]. Non è possibile, infatti, concordare con una tale stigmatizzazione di forme di allontanamento da un gruppo ma, ancor più, non è possibile considerarne la prova in sede giudiziale.

La lettura di questi interventi giudiziari e politici evidenzia, infine e in senso di più ampio respiro, che le riflessioni sul concetto di laicità sono ancora molteplici. Dobbiamo partire considerando la stessa una sorta di modello di neutralità attiva dello Stato che impone a quest'ultimo, non solo in campo religioso, di favorire l'espressione di tutte le possibili istanze (ideologiche, politiche, religiose, culturali) e che impedisca l'affermarsi – ma non l'esprimersi – di quelle legate a un atteggiamento di integralismo esclusivo[25]. Altro punto di osservazione deve essere la considerazione dell'impossibilità di pervenire a un astratto concetto di laicità, valido per qualunque ordinamento e in ogni epoca storica, dovendosi invece preferire una nozione di laicità c.d. 'relativa'.

In un settore così delicato, attinente alle facoltà e agli strumenti di cui un individuo può liberamente disporre per una valutazione del reale, è importante non sottovalutare il ruolo essenziale che i *poteri* dello Stato e della società possono esercitare – e di fatto esercitano[26] – chiedendo l'attuazione di libertà,

fatto è commesso in danno di un minore, di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e se l'istigazione all'isolamento sociale è operata dal coniuge, da un ascendente o discendente, da un affine in linea retta, da un adottato o da un adottante ovvero da un fratello o da una sorella. Il delitto è punito a querela della persona offesa. Si procede d'ufficio se il fatto è commesso in danno di un minore o di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nonché quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio»: in www.camera.it/leg18/126?tab=2&leg=18&idDocumento=2592&tipo=.

[24] G. Carobene, *Adesione religiosa e reazione giuridica. Limiti alla libertà di credo in una società democratica, pluralista e tollerante/ Religious Affiliation and Legal Reaction. Limitations to Freedom of Belief in a Democratic, Pluralist and Tolerant Society*, in D*iritto e libertà di credo in Europa. Un cammino difficile/Law and Freedom of Belief in Europe. An arduous journey*, Ospedaletto (PI), 2018, 288-313.

[25] F. Rimoli, v. *Laicità*, in *Dizionario costituzionale*, a cura di M. Ainis, Bari-Roma, 2000, 269-270; G. Casuscelli, *La laicità e le democrazie: la laicità della "Repubblica democratica" secondo la Costituzione italiana*, in *Quad. dir e pol. eccl.*, 2007, 177 ss.; N. Colaianni, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale*, Bologna, 2012.

[26] «"Libertà" nel linguaggio filosofico moderno non significa indifferenza dell'arbitrio ma "autonomia"… il che vuol dire non già "non riconoscere alcuna norma" ma "non riconoscere alcuna norma che quella che ciascuno di noi dà a se stesso"»: N. Bobbio, *Della libertà dei moder-*

individuali e comunitarie che lascino però esprimere il pluralismo ideologico[27]. Gli organismi internazionali e interni devono prevedere, in tale settore, norme specifiche per la tutela delle minoranze, con la funzione di riaffermare il divieto di usare trattamenti differenziati in ragione delle diversità di adesione religiosa, ma soprattutto di garantire l'esigenza di eguaglianza *sostanziale*, conferendo non soltanto determinate facoltà ma soprattutto il diritto al mantenimento dei caratteri propri al gruppo, all'interno dei quali un tratto fondamentale è indubbiamente rappresentato dal comune senso di appartenenza identitaria. Il recente intervento belga, correttamente ribaltato nel secondo grado di giudizio, minava proprio questo aspetto fondamentale, criminalizzando, attraverso un distorto utilizzo della normativa interna (antidiscriminazione) e europea (Convenzione di Roma) gruppi religiosi minoritari, creando inoltre la base di un pericoloso precedente giurisprudenziale.

Lo Stato laico è la proiezione istituzionale di una base politico – culturale strutturalmente pluralista, che arbitra i conflitti del tessuto sociale, «il libero confronto tra sistemi di pensiero, la partecipazione politica, l'azione sociale delle organizzazioni culturali e con finalità spirituali… sono ad esempio… valori per la convivenza… L'ordinamento giuridico non può pertanto evitare di aprirsi ad essi, trascurandone la funzione di ordine e di integrazione della comunità politica, che le sole norme giuridiche non riuscirebbero ad assicurare al meglio»[28].

Il principio di laicità, posto alla base delle democrazie europee, non è una convinzione, un semplice ideale ma si configura più correttamente come metodo, strumento, paradigma assiologico di uno Stato moderno, democratico e pluralista. La difesa dell'identità di un gruppo/movimento religioso non può costituire *tout court* minaccia o involuzione dell'ideale laico ed occorre, in tal senso, potenziare una *politica dell'identità* nel rispetto delle *diversità*[29].

ni comparata a quella dei posteri, in *Nuovi Argomenti*, 1954, fasc. 11, 54-86, in particol. 56; ma anche Id., *Difesa della libertà*, in *Società*, 1952, 512-520.

[27] Per H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Torino, 1952 «una democrazia senza opinione pubblica è una contraddizione in termini. In quanto l'opinione pubblica può sorgere dove sono garantite la libertà di pensiero, la libertà di parola, di stampa e di religione, la democrazia coincide con il liberalismo politico» (293).

[28] S. Prisco, *Laicità*, cit., 144.

[29] Ed è interessante sottolineare che nel Protocollo n. 12, firmato a Roma il 4 novembre 2003, si afferma il nuovo fondamentale principio del rispetto della «diversità culturale, religiosa e linguistica» (art. II-23).

Vincenzo Casamassima[*]

LOTTA ALLA POVERTÀ E DIRITTO AD UN'ESISTENZA DIGNITOSA TRA ASSISTENZA SOCIALE E LAVORO

SOMMARIO: 1. Contrasto alla povertà, Costituzione, lavoro. – 2. Alla ricerca delle basi costituzionali del "diritto al minimo vitale". – 3. Diritto ad una vita dignitosa e dovere di concorrere al progresso della società. – 4. Il difficile rapporto tra contrasto alla povertà e lavoro alla luce dei più recenti sviluppi normativi. – 5. Il duplice volto delle misure di contrasto alla povertà e le implicazioni per la garanzia del diritto ad una vita dignitosa: notazioni a partire da recenti sviluppi giurisprudenziali.

1. *Contrasto alla povertà, Costituzione, lavoro*

La povertà economica e le forme di vulnerabilità che, in relazione ad una pluralità di fattori, possono accompagnarla (e pressoché inevitabilmente la accompagnano)[1], potendo concorrere a generare (anche) esclusione sociale[2], possono agevolmente essere collocate tra gli «ostacoli di ordine economico e sociale» al «pieno sviluppo della persona umana» e all'«effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» che l'art. 3, comma 2, Cost. impegna la Repubblica a rimuovere. È stato in proposito affermato che «povertà, nella Carta costituzionale repubblicana, è, in definitiva, – seppure nell'omissione del termine –, soprattutto situazione la cui presenza rifluisce – negandola – su quella dignità sociale e quello svilup-

[*] Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi del Sannio di Benevento.

[**] Le riflessioni contenute nel presente saggio riprendono una parte di quelle contenute in V. CASAMASSIMA, *Il diritto a un'esistenza dignitosa nel rapporto tra contrasto alla povertà e lavoro: quadro generale e recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 3/2024, 138 ss.

[1] Ci si riferisce a fattori attinenti al contesto ambientale e familiare in cui si vive, alle condizioni di salute (e a quelle connesse ad un'eventuale disabilità), al livello di istruzione, al profilo professionale, alla condizione occupazionale ecc., i quali sono in grado di alimentare a loro volta processi di cronicizzazione della povertà, come evidenziato da C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, 2021, 29.

[2] V. CERULLI IRELLI, A. GIURICKOVIC DATO, *La lotta alla povertà come politica pubblica*, in *Riv. it. Scienze Giur.*, n. 11/2020, 195, i quali notano che l'esclusione sociale è cosa diversa dalla povertà e «denota situazioni nelle quali all'estremo bisogno economico si accompagna la mancanza di condizioni di carattere culturale e sociale […] tali da comportare l'emarginazione della persona o della famiglia dal contesto sociale nel quale è inserita».

po della persona (anche nella sua dimensione partecipativa) che campeggiano, combinatamente e finalisticamente, nei due commi che compongono l'articolo 3 Cost.»[3]. Di povertà la Costituzione non parla infatti in maniera specifica, richiamando, in una pluralità di articoli, la condizione di disagio economico come ostacolo al pieno godimento di specifici diritti (sociali). Ciò, mentre evidenzia la volontà di non considerare i poveri uno specifico gruppo di individui da proteggere, ma di guardare alla povertà come fenomeno che può toccare la vita di chiunque, non rende agevole reperire le basi costituzionali di un diritto di portata generale ad un'esistenza dignitosa in quanto libera dalla povertà. Si è rilevata, anzi, «una configurazione dei diritti sociali ad "arcipelago"», facendone derivare la conseguenza che tali diritti, «proprio per la loro funzione congenitamente redistributiva, non possono spettare in eguale misura a tutti […] pena la rescissione del loro legame genetico con il principio di uguaglianza in senso sostanziale»[4].

Accanto alla struttura del sistema di garanzia dei diritti (sociali), ad esercitare un rilevante condizionamento in ordine alla possibile individuazione delle basi costituzionali del diritto ad una vita dignitosa è anche la lettura che si ritiene di dover dare delle norme che delineano il ruolo costituzionale del lavoro, da cui si desume, come è noto, la vigenza di un "principio lavorista". Se si guarda infatti al testo costituzionale con l'obiettivo di individuare i punti di possibile ancoraggio di un intervento di contrasto alla povertà di portata non settoriale, si profila immediatamente la centralità del ruolo del lavoro, il quale, qualificato dall'art. 4, comma 1, Cost. come diritto e, ancor prima, dall'art. 1 come fondamento della Repubblica democratica, si configura come via maestra attraverso cui prevenire il rischio di povertà. Nella prima parte della Costituzione vengono poi in rilievo l'art. 36, comma 1, il quale richiama la necessità che la retribuzione del lavoratore, oltre che «proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro», sia «in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa», da leggersi insieme agli altri commi dell'art. 36 e all'art. 37 Cost.[5], e l'art. 38, comma 2, il quale stabilisce che «i lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria», usando una locuzione, «mezzi adeguati alle loro esigenze di vita», di cui è stata evidenziata la «contiguità semantica» con quella

[3] R. Fattibene, *Povertà e Costituzione*, Napoli, 2020, 33.

[4] M. Benvenuti, *Quali misure per assicurare un'esistenza libera e dignitosa? Lavoro e reddito in una prospettiva costituzionale*, in, *Le riforme del diritto del lavoro. Politiche e tecniche normative*, a cura di M.P. Iadicicco, V. Nuzzo, Napoli, 2016, 173.

[5] Come ricordato da A. Apostoli, *Il miraggio dell'esistenza libera e dignitosa*, in *Costituzionalismo.it,* n. 3/2023, 40.

usata dal primo comma dell'art. 36[6]. A proteggere dalla povertà per la Costituzione devono dunque essere, innanzitutto, un lavoro adeguatamente retribuito e un sistema di garanzie di cui il lavoratore possa godere allorquando non sia, temporaneamente o definitivamente, in grado di lavorare. In concreto, però, come è noto, l'attuazione di impronta marcatamente categoriale ricevuta, nel corso del tempo, dall'art. 38, comma 2, Cost.[7] ha prodotto rilevanti vuoti di tutela, contribuendo a rendere quello italiano un sistema di protezione sociale tra i meno efficaci in Europa per capacità di contrasto alla povertà[8].

A fronte di ciò, valorizzandosi un'interpretazione estensiva del concetto di «lavoratori» di cui all'art. 38, comma 2, Cost., che tende ad essere sovrapposta a quella di «cittadini»[9], nel quadro di una lettura delle disposizioni collocate nel titolo sui «rapporti economici» alla luce degli artt. 3 Cost. (sulla «pari dignità sociale» di tutti i cittadini e sulla «partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione […] del Paese») e dell'art. 4, comma 2, Cost. (sul dovere di «ogni cittadino» di svolgere attività o funzioni che concorrano al «progresso materiale o spirituale della società»)[10], la nozione di lavoratori è stata intesa

[6] C. Bergonzini, *Come un gioco di specchi. Sulle tracce dell'«esistenza libera e dignitosa» nella giurisprudenza costituzionale*, in *Costituzionalismo.it,* n. 3/2023, 71.

[7] Come rilevato da S. Giubboni, *Il reddito di cittadinanza tra diritto e politica*, in *La Cittadinanza europea*, n. 2/2019, 84.

[8] Come rilevato da E. Ranci Ortigosa, *Politiche di contrasto alla povertà e reddito minimo di inserimento*, in *Giustizia e povertà. Universalismo dei diritti, formazione delle capacità*, a cura di W. Rinaldi, Bologna, 2008, 155-157.

[9] C. Salazar, *La Costituzione interpretata dalle parti sociali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2018, 13, valorizza in quest'ottica anche l'ampia formulazione adoperata dall'art. 35, comma 1, Cost., il quale statuisce che «la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni».

[10] Cfr. C. Salazar, *Giustizia sociale e poteri pubblici*, in *Enc. Dir.*, I Tematici, V, *Potere e Costituzione*, Milano, 2023, 195, la quale nota che i «lavoratori» di cui parla il secondo comma dell'art. 3 Cost. sono coloro che concorrono a costruire la Repubblica con la loro attività quotidiana, cioè «non soltanto mediante un lavoro in senso stretto, ma anche attraverso un qualunque *facere* non egoistico idoneo a contribuire al progresso materiale o spirituale della collettività, così che tale impegno è sufficiente perché chiunque possa *sentirsi* (ed *essere riconosciuto come*) *parte* della stessa, che diviene massimamente inclusiva (art. 4 comma 2 cost.)». A. D'Aloia, *Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti di un principio 'sconfinato'*, in *Rivista Aic*, n. 4/2021, 81, in relazione al nesso tra istanze lavoristiche e personalistico-egualitarie, si è affermato che «in questo incrocio di finalità (l'eguaglianza, la pari dignità sociale) e di strumenti (il lavoro), la Costituzione ritrova il senso più profondo della sua esperienza normativa e sociale, che è quello di "realizzare la libertà nell'eguaglianza"; e il suo stesso fondamento assiologico, racchiuso nella formula di apertura dell'art. 1». Della pari dignità sociale A. Apostoli, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2019, 10, ha affermato che «consolida il nesso, già implicito nelle corde dello Stato democratico-sociale ed esplicitamente affermato dall'articolo 2, tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà». Cfr. anche M. Luciani, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la*

come riferita a tutti i cittadini non inabili al lavoro che lavorino attualmente o che siano invece in cerca di occupazione, compresi dunque gli inoccupati. A tutti i non occupati, purché disponibili a inserirsi/reinserirsi nel mondo del lavoro o, comunque, a svolgere attività utili per la collettività[11], dovrebbe essere garantito, anche se non hanno versato contributi sociali (come nel caso degli "inoccupati"), l'accesso a misure di sostegno al reddito in grado di assicurare «mezzi adeguati alle loro esigenze di vita». In quest'ottica, sono stati valorizzati in dottrina il «carattere aperto del precetto di cui all'art. 38 Cost.»[12] e la sua connessione con l'art. 4 Cost., e in particolare con il suo secondo comma, statuente il dovere di tutti di concorrere al progresso della società.

Contro tale prospettazione, è stato reputato discutibile il riferimento alla mera disponibilità a lavorare (o "laboriosità") ai fini dell'accesso alle misure di supporto di cui all'art. 38, comma 2, Cost., criterio di identificazione – si è affermato – «scarsamente discretivo e quindi inutile»[13]. Inoltre, è stata richiamata la differenza tra il livello di adeguatezza richiesto per misure di carattere previdenziale, quali quelle fruibili dai disoccupati strettamente intesi, e quello riferibile a misure di natura non previdenziale, integralmente finanziate dalla fiscalità generale, tra le quali si collocherebbero, totalmente o comunque ampiamente, gli interventi in favore degli inoccupati o dei disoccupati con modesti versamenti contributivi[14].

Più in generale, l'oggettiva inadeguatezza dell'attuale sistema di garanzie, attestata dalle condizioni di grave disagio economico in cui versano numero-

Repubblica democratica sul lavoro, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, n. 3/2010, 632 e 634-635, il quale, a proposito del richiamo al lavoro nell'art. 1 Cost., afferma che vi si riconosce «la volontà di *fondare la Repubblica su un elemento profondamente egalitario e addirittura universalistico*, su un dato insuperabilmente *umano*».

[11] Così P. Bozzao, *Reddito minimo e* welfare *multilivello: percorsi normativi e giurisprudenziali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 4/2011, 621-622.

[12] P. Bozzao, *op. cit.*, 622, afferma, in quest'ottica, che un modello "atipico" rispetto a quelli tradizionali delineati dai primi due cc. dell'art. 38 Cost. sarebbe ammissibile e che «tale strada potrebbe essere tecnicamente sostenuta se il rischio della disoccupazione involontaria, di cui al secondo c., fosse inteso quale evento connesso non a semplici scelte individuali, quanto piuttosto alle «condizioni oggettive del mercato», in modo tale da ampliare gli schemi protettivi fino a ricomprendervi non solo il lavoratore in sé, ma anche il nuovo soggetto, che è "colui che vuole lavorare"».

[13] Così G.G. Balandi, *La collocazione costituzionale degli strumenti di sostegno al reddito*, in *Lav. dir.*, n. 4/2018, 584, secondo il quale «in questo modo si cerca di mantenere coerenti […] i lavoratori del 3.2 e del 38, forzando quest'ultimo», mentre la laboriosità può essere «più utilmente invocabile come criterio di condizionalità […] di prestazioni riferite alla collocazione nel mercato del lavoro».

[14] F. Ravelli, *Natura e inquadramento costituzionale del reddito di cittadinanza*, in *Reddito di cittadinanza e pensioni: il riordino del welfare italiano. Legge 28 marzo 2019, n. 26. Commentario aggiornato ai decreti "Cura Italia" e "Rilancio"*, a cura di S. Giubboni, Torino, 2020, 27.

si disoccupati, oltre che gli inoccupati, fa emergere chiaramente l'esigenza di aggiungere, sul fronte del contrasto alla povertà, un rilevante "pilastro assistenziale" a quello previdenziale del sistema di sicurezza sociale. Resta infatti – pare di poter affermare – uno scarto evidente, sul piano concettuale e su quello giuridico-costituzionale, tra interventi e politiche di contrasto, rispettivamente, alla disoccupazione (anche intesa in senso ampio) e alla povertà. Quando si parla di contrasto alla povertà (e, in particolare, alle forme più gravi di povertà), a venire in rilievo è la persona in quanto tale, a prescindere da ogni appartenenza categoriale. Si tratta dunque di una questione che attiene alla dignità della persona e – è stato affermato – alla garanzia dello stesso diritto alla vita, inteso come comprensivo del diritto al "minimo vitale"[15], cosicché risulta necessario collocarsi in quest'ottica nell'accingersi a ricercare un fondamento costituzionale per lo *ius existentiae*.

2. *Alla ricerca delle basi costituzionali del "diritto al minimo vitale"*

Se puntare soltanto su un radicamento lavoristico degli interventi di contrasto alla povertà non basta (o può sollevare comunque fondate obiezioni), risulta necessario focalizzare l'attenzione sull'art. 38, comma 1, Cost., secondo cui «ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale». L'essere «sprovvisto dei mezzi necessari per vivere» corrisponde sostanzialmente all'essere gravemente poveri. La succitata disposizione pare però riservare il diritto ivi previsto ai soli "inabili al lavoro", lasciando quindi scoperti coloro i quali siano privi di mezzi, cioè poveri, ma abili al lavoro. Per questi ultimi l'unica via d'uscita dalla povertà sarebbe dunque rappresentata dal lavoro. Considerato, però, che la statuizione dell'art. 4, comma 1, Cost. sul diritto al lavoro non implica garanzia di un diritto soggettivo ad ottenere un'occupazione, ma fonda (soltanto) il doveroso impegno della Repubblica a perseguire l'obiettivo della piena occu-

[15] Si veda in questo senso L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, *2. Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2007, 392-393, per il quale accanto al diritto alla vita, inteso come diritto a non essere uccisi, si pone«diritto alla sopravvivenza», cioè a vivere dignitosamente (vedendosi garantiti almeno i minimi vitaliche del diritto alla vita costituisce un corollario. Cfr., analogamente, N. Bobbio, *I diritti dell'uomo e la pace*, in N. Bobbio, *Il terzo assente. Saggi e discorsi sulla pace e sulla guerra*, a cura di P. Polito, Casale Monferrato, 2013, 95-96, il quale rileva che «allo stato attuale della coscienza etica dell'umanità, si tende a riconoscere all'individuo non soltanto il diritto di vivere (che è un diritto elementare e per così dire primordiale dell'uomo) ma anche *il diritto di avere il minimo indispensabile per vivere*» e afferma alla luce di ciò che «il diritto a vivere implica da parte dello stato un comportamento positivo, vale a dire interventi di politica economica ispirati a un qualche principio di giustizia distributiva».

pazione[16], se si facesse leva esclusivamente sull'art. 4, resterebbe privo di una tutela costituzionalmente necessaria lo *ius existentiae*, risultando possibile, ma non costituzionalmente necessaria, l'introduzione di misure miranti ad assicurare il "minimo vitale" a tutti coloro che, pur abili al lavoro, risultino privi di un'occupazione o per i quali il reddito da lavoro non sia sufficiente a fornire i «mezzi necessari per vivere»[17].

A fronte di tale tipo di interpretazioni (e attuazioni) dell'art. 38 Cost., non ne sono mancate altre, le quali, al fine di individuare un fondamento costituzionale per il diritto generale al minimo vitale, hanno fatto leva su una lettura diversa da quella più diffusa (e sopra richiamata) di locuzioni adoperate dal primo comma della succitata disposizione oppure, per altro verso, hanno compiuto una lettura dell'art. 38, comma 1, Cost. alla luce dei principi fondamentali della Costituzione.

Sul primo versante si colloca la posizione di chi ritiene coerente con la *ratio* della disposizione sopra citata (e con la stessa intenzione dei costituenti) un'interpretazione della nozione di "inabilità al lavoro", tale che il termine inabilità attragga alla tutela «non solo l'impossibilità fisica al lavoro», ma «anche l'impossibilità al lavoro causata da ciò che l'evoluzione socioeconomica fa emergere, nel tempo, come "ostacolo" al lavoro», coprendo dunque anche quella che può definirsi una "inabilità sociale" al lavoro[18], anche se non si è mancato di rilevare criticamente che tale ricostruzione «si scontra tuttavia con un dato testuale – quello riferito al connotato della "inabilità al lavoro" – che difficilmente, se non al prezzo di una evidente forzatura, può essere dilatato fino ad includere il concetto di "inabilità sociale"»[19].

Si può, sul secondo versante, richiamare la posizione di chi, ritenendo la scelta di riservare agli inabili al lavoro il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale fondata sul presupposto (e la convinzione) che un'esistenza libera e dignitosa sarebbe stata garantita a tutti gli abili al lavoro appunto mediante il lavoro, residuando solo per gli inabili l'esigenza di interventi di natura assi-

[16] Come ricordato da ultimo da C. Salazar, *Il principio lavoristico*, in *Trattato di diritto costituzionale. I principi fondamentali*, a cura di M. Benvenuti e R. Bifulco, Volume II, Torino, 2024, 92.

[17] Conclusione a cui approda, tra gli altri, S. Caffio, *Povertà, reddito e occupazione*, Bergamo, 2023, 72.Cfr., analogamente, M. Olivetti, *Diritti fondamentali*, Torino, 2018, 443. La locuzione "minimo vitale" è frequentemente adoperata in dottrina per riferirsi ai «mezzi necessari per vivere» di cui all'art. 38, comma 1, Cost. Cfr., emblematicamente, F. Pizzolato, *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Milano, 2004.

[18] Così R. Casillo, *Reddito di inclusione e figure affini: una prospettiva di diritto della sicurezza sociale*, in *Dir. Lav. Mer.*, n. 3/2018, 518.

[19] F. Ravelli, *op. cit.*, 28.

stenziale[20], afferma che, di fronte al tradimento di fatto della promessa della piena occupazione, considerato che «negli articoli 3, II comma, e 2 della Costituzione, e nelle altre numerose disposizioni costituzionali che fissano il volto sociale dell'Italia, non può non vedersi la sintesi inequivocabile di un progetto di società che esclude l'abbandono e l'emarginazione del debole, *lavoratore o meno che sia*» (corsivo dell'autrice)[21], si imporrebbe alla Repubblica il dovere «di farsi carico di questi nuovi fatti, di queste nuove debolezze»[22].

Emerge dal percorso argomentativo seguito dalla dottrina da ultimo richiamata l'ineludibile esigenza di interpretare l'art. 38, comma 1, Cost. alla luce dei principi fondamentali della Costituzione[23] e, anzi, a ben vedere, di oltrepassare – pare di poter dire – i confini che all'espansione delle tutele pongono, nel loro complesso, le disposizioni relative ai diversi diritti sociali previsti dalla Costituzione. Se si prende sul serio l'intreccio tra principi personalista e di eguaglianza (sostanziale), alla luce anche della statuizione sulla «pari dignità sociale» (artt. 2 e 3 Cost.) e di quella relativa al principio solidaristico[24]. Dato che il bisogno economico estremo mina le condizioni minime di una vita dignitosa, impedendo il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione all'organizzazione del Paese di cui parla l'art. 3, comma 2, Cost.[25], si può dunque concordare con chi ritiene enucleabile un «'diritto a un'esistenza degna'», il quale «pare trovare autonomo fondamento proprio negli artt. 2 e 3, ossia nelle prescrizioni sull'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale e della pari dignità sociale»[26].

[20] Così C. Tripodina, *Il diritto ad un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Torino, 2013, 137.

[21] C. Tripodina, *op. cit.*, 144-145.

[22] C. Tripodina, *op. cit.*, 147.

[23] Cfr. in questo senso anche F. Ravelli, *Il reddito minimo. Tra universalismo e selettività delle tutele*, Torino, 2018, 89.

[24] La centralità del ruolo del principio solidaristico ai fini del reperimento delle basi costituzionali del dovere dei pubblici poteri di impegnarsi nel contrasto alla povertà è sottolineata da Q. Camerlengo, *Il senso della Costituzione per la povertà*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1-2/2019, in partic., 12 ss.

[25] Come affermato da Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna, 2013, 351, «lo sviluppo della persona umana può considerarsi "pieno" se e solo se l'individuo è stato messo *davvero* nelle condizioni di sfruttare al meglio le proprie attitudini ed il proprio talento», allo stesso modo in cui «la partecipazione alla vita comunitaria può considerarsi "effettiva" se e solo se *davvero* il singolo ha avuto occasione di misurarsi con il potere e di dare il proprio contributo grazie alle proprie capacità ed al proprio impegno», condizioni, quelle richiamate da tali affermazioni, di cui si può agevolmente rilevare la carenza in rapporto a chi versa in uno stato di grave povertà.

[26] M. Ruotolo, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa*, in *Dir. Pubbl.*, n. 2/2011, 402. Cfr., analo-

Tale ricostruzione delle basi costituzionali dello *ius existentiae* ha trovato conferma in un orientamento della Corte costituzionale. Il riferimento è, innanzitutto, alla sent. n. 10/2010[27], in cui i giudici della Consulta, a proposito della disciplina della carta acquisti (introdotta nel 2008), hanno reputato l'intervento del legislatore statale legittimo esercizio della competenza legislativa esclusiva di cui all'art. 117, comma 2, lettera m), concernente la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, in riferimento a un diritto fondamentale, radicato negli artt. 2, 3, comma 2, e 38 Cost., «strettamente inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana», spettante a soggetti che versano «in condizioni di estremo bisogno» (punto 6.3. del Considerato in diritto): si può dunque «ricondurre tra i "diritti sociali" di cui deve farsi carico il legislatore nazionale il diritto a conseguire le prestazioni imprescindibili per alleviare situazioni di estremo bisogno – in particolare, alimentare» (punto 6.4. del Considerato in diritto), cioè – pare di poter dire – un vero e proprio diritto costituzionale al minimo vitale.

Se la sentenza n. 10/2010 richiama, insieme alle disposizioni sui principi fondamentali, l'art. 38 Cost.[28], pur senza espressi riferimenti all'inabilità al lavoro di cui al suo primo comma, nella sentenza n. 50/2019 paiono porsi i presupposti per una completa autonomizzazione del diritto al minimo vitale rispetto al sopra citato articolo. In quest'ultima pronuncia infatti la Corte, mentre salva la norma che stabilisce per gli stranieri non cittadini europei, il requisito del possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo ai fini della fruizione dell'assegno sociale, in quanto tale misura è ritenuta priva dello scopo di soddisfare bisogni primari della persona, afferma, in un *obiter dictum*, che una prestazione funzionale al soddisfacimento dei succitati bisogni «non è tanto una componente dell'assistenza sociale (che l'art. 38, primo comma, Cost. riserva al "cittadino"), quanto un necessario strumento di garanzia di un diritto inviolabile della persona (art. 2 Cost.)» (punto 7. del Considerato in diritto).

Tra i "bisogni primari" della persona trova agevolmente collocazione l'«estremo bisogno» richiamato nella sentenza del 2010, a cui corrisponde un dirit-

gamente, S. Gambino, *"Costituzione, reddito minimo garantito, pilastro europeo dei diritti sociali: osservazioni introduttive*, in *La Cittadinanza europea*, n. 1/2019, 40-41.

[27] Su questa decisione della Corte costituzionale cfr. E. Longo, *I diritti sociali al tempo della crisi. La Consulta salva la* social card *e ne ricava un nuovo titolo di competenza statale*, in *Giur. cost.*, n. 1/2010, 164 ss. e C. Panzera, *I livelli essenziali delle prestazioni fra sussidiarietà e collaborazione*, in *Le Regioni*, n. 4/2010, 941 ss.

[28] Analogo richiamo è presente nella sentenza n. 137/2021, in cui si enuclea un diritto alla «sopravvivenza dignitosa», connessa alla garanzia del minimo vitale, fondato sul combinato disposto degli artt. 2, 3 e, appunto, 38 Cost.

to fondamentale a prestazioni che vi pongano rimedio. Un diritto configurato, nell'*obiter dictum* della decisione del 2019, come distinto da quelli desumibili dall'art. 38 Cost., così che «sembra possibile affermare che, nel sistema dei diritti sociali protetti dalla Carta, a quelli scaturenti dall'art. 38 Cost. *si aggiunge* il diritto a ricevere prestazioni assistenziali che rispondono a bisogni primari», a cui corrisponde un dovere del legislatore, il quale «è *tenuto* a predisporre interventi volti ad alleviare le situazioni di grave debolezza e vulnerabilità sul piano sociale ed economico in favore di *chiunque* ne sia colpito, qualora esse siano tali da mettere a rischio la dignità della persona e si rivelino insufficienti le prestazioni già esistenti» (corsivi dell'autrice)[29].

3. *Diritto ad una vita dignitosa e dovere di concorrere al progresso della società*

Se dunque sembra possibile reperire nell'ordinamento italiano le basi costituzionali del diritto ad un'esistenza dignitosa (e cioè, almeno, al minimo vitale), indiscutibilmente rientrante nel novero di quelli per cui bisogna determinare livelli essenziali delle prestazioni ai sensi dell'art. 117, comma 2), lettera m), Cost., deve rilevarsi la valenza da riconoscere alle istanze sottese all'affermazione del principio solidaristico (art. 2 Cost.), anche nella sua declinazione lavoristica (art. 4, comma 2, Cost.), che esige la doverosa partecipazione attiva di tutti, comprese le persone in condizione di povertà, alla costruzione del tipo di società prefigurato dai principi fondamentali della Costituzione, una partecipazione che, peraltro, costituisce al contempo uno degli obiettivi a cui deve rivolgersi l'impegno della Repubblica ai sensi dell'art. 3, comma 2, Cost.[30]. Ne consegue la necessità che la disciplina delle misure di contrasto alla povertà preveda il concorso attivo dei destinatari delle stesse al raggiungimento dei loro obiettivi. La logica ispiratrice degli interventi non può essere però quella propria del *workfare*, la quale esige dal destinatario di una misura di questo tipo massima disponibilità ad accettare offerte di lavoro (e ad adempiere altri eventuali obblighi): per evitare di veder snaturato il ruolo per esso disegnato dal testo costituzionale di strumento di emancipazione e partecipazione attiva alla vita del Paese, il lavoro non può essere infatti ridotto al rango di bene da

[29] C. Salazar, *'Reddito di cittadinanza', 'reddito minimo garantito' e Costituzione: notazioni sparse (e qualche perplessità)*, in *La cittadinanza europea*, n. 2/2019, 110.

[30] F. Polacchini, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, 2016, 308, afferma che «un'interpretazione dell'art. 4, comma 2 in combinato disposto con gli artt. 1, 2 e 3, comma 2 Cost. […] conduce a ritenere che svolgere un'attività che concorra al progresso materiale o spirituale della società significa adempiere un dovere di solidarietà e, insieme, contribuire alla costruzione di una società che assicuri la piena partecipazione di tutti all'organizzazione politica, economica e sociale del paese».

vendere sul mercato, ottenendo, in cambio della disponibilità ad accettare ogni offerta di lavoro, la contropartita di un sussidio.

Non si deve d'altra parte dimenticare che l'art. 4, comma 2, Cost. colloca il lavoro nell'ambito della più ampia sfera delle attività umane latamente considerate, una sfera libera da ancoraggi ad una logica puramente economicistica[31]. Si tratta di un lavoro concepito come cardine di un modello sociale in cui la persona è «considerata alla luce di quel principio non bilanciabile che è la dignità sociale»[32], la quale contribuisce a ridisegnare il volto stesso dell'eguaglianza, tanto formale quanto sostanziale, consentendo di superarne uno permeato dell'idea della sufficienza di una parità purchessia in ordine alla possibilità di esercitare di fatto i diritti formalmente attribuiti per delinearne invece uno attento anche al "come dell'eguaglianza"[33]. Con la conseguenza che, per quel che concerne le misure di contrasto alla povertà, il legislatore dovrebbe «assumere rimedi allo stato di indigenza che non contemplino condizioni stringenti od umilianti», dal momento che «il cittadino in difficoltà non dovrebbe trovarsi nell'esigenza di accettare condizioni di accesso al "beneficio" non rispettose delle sue concezioni di vita, delle sue attitudini, della sua formazione»[34].

È vero, infatti, che «la scelta di costruire il lavoro anche come dovere si giustifica innanzitutto sull'assunto della sua centralità etica»[35] e che, nella Costituzione, «elemento trainante dei diritti, il lavoro è anche il veicolo della responsabilità sociale del soggetto», ma il secondo comma dell'art. 4, delineando i tratti distintivi del dovere ivi previsto, richiama anche le «possibilità» e la «scelta» (cioè la libertà) di ciascuna persona e si riferisce non soltanto ad attività coincidenti con il lavoro in senso stretto, ma, più in generale, «all'impegno del polítēs per le sorti della politéia», dal momento che «il concorso al progresso della società può ben realizzarsi […] attraverso lo svolgimento di un'attività o una prestazione che non si traduca, necessariamente, in rapporto lavorativo»[36].

[31] L. Nogler, *Dal «principio lavorista» al diritto costituzionale sull'attività umana: primo abbozzo*, *L'attuazione dei principi fondamentali della Costituzione dopo settant'anni*, a cura di M. Della Morte, F.R. De Martino, L. Ronchetti, Bologna, 2020, 177, afferma che «il termine attività umana rimanda a tutto lo spettro della vita, ben oltre le funzioni meramente economiciste».

[32] C. Buzzacchi, *Il lavoro. Da diritto a bene*, Milano, 2019, 15.

[33] R. Fattibene, *op. cit.*, 126, la quale afferma che il ruolo da riconoscersi alla «pari dignità sociale» esige che i diritti siano esercitati «da una situazione di dignità eguale a quella goduta dagli altri membri della comunità, da cui consegua, cioè, la medesima considerazione relazionale (*pari dignità sociale*, *ex* art. 3, co. 1, Cost.): possibilità, alfine, pari e parimenti dignitose (*pari dignità nella pari eguaglianza*, *ex* art. 3 Cost., complessivamente inteso)» (corsivi dell'autrice).

[34] R. Fattibene, *op. cit.*, 127.

[35] F. Polacchini, *op. cit.*, 303-304.

[36] M. Ruotolo, *Eguaglianza e pari dignità sociale: Appunti per una lezione*, in *Revista jurídica de los Derechos Sociales*, n. 2/2013, 17.

La consapevolezza della necessità di considerare la prospettiva doveristica in armonia con quella personalistico-promozionale ed egualitaria[37] implica, oltre al rigetto di prospettive di stampo workfaristico, l'enucleazione di un fondamento (anche) di stampo personalistico per interventi di contrasto alla povertà che non possono (e non devono) risolversi in mere erogazioni monetarie, le quali, da sole, non risultano particolarmente efficaci[38]. Come è stato infatti rilevato, piuttosto che quello di limitarsi ad «assistere» le persone (comprese quelle in condizione di povertà), «il compito principale di ogni istituzione pubblica è […] quello di realizzare uno stimolo assicurando le condizioni affinché ogni persona possa sviluppare al meglio le proprie capacità»[39] o, detto con le parole della Costituzione, possa "svilupparsi pienamente"[40]. È dunque in quest'ottica che deve leggersi la previsione di forme di coinvolgimento attivo dei destinatari di interventi di contrasto alla povertà e impostarsi correttamente il tema del ruolo da assegnare al principio di "condizionalità.

Se è stata in proposito sostenuta, valorizzando il combinato disposto degli artt. 2 e 4, comma 2, Cost., la tesi dell'incompatibilità con la Costituzione di erogazioni non corredate della previsione di obblighi di attivazione[41], tale conclusione non è esente da profili di problematicità, soprattutto se l'adempimento dei succitati obblighi si configurasse in sostanza come la "contropartita" di una prestazione sociale. Quest'ultima rischierebbe, se così concepita, di perdere di vista la complessità (e gravità) del bisogno, a cui corrisponde un diritto fondamentale da garantire indefettibilmente, per rispondere invece alla logica sinallagmatica del *do ut des*. In altri termini, il concorso del beneficiario al conseguimento delle finalità di una misura di contrasto alla povertà «non deve essere una controprestazione *tout court*», dato che esso, così configurato, «sarebbe probabilmente fuori dalla logica del reddito minimo», ma deve atteggiarsi come qualcosa che «può dare il senso di un'eguaglianza che non

[37] Così F. Pizzolato, *I doveri*, in *Trattato di diritto costituzionale. I diritti e i doveri costituzionali*, a cura di M. Benvenuti e R. Bifulco, Volume III, Torino, 2022, 407.

[38] Così M. Bezze, *Povertà e poveri*, in Fondazione Emanuela Zancan, *Una costituente per un nuovo welfare. La lotta alla povertà. Rapporto 2023*, Bologna, 2023, 20.

[39] E. Longo, *I diritti sociali nella Costituzione italiana: un percorso di analisi*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 3/2017, 222.

[40] Come rilevato da B. Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984, 121, quella del «pieno sviluppo della persona umana» si configura come «una clausola attraverso cui la Costituzione *richiama, rimette in circolo, e chiede di utilizzare i dati della singola esperienza umana*, di *ogni* singola esperienza umana; è in definitiva una clausola il cui svolgimento spetta ad ognuno sulla base della sua irripetibile esperienza».

[41] F. Polacchini, *Principi costituzionali e reddito minimo di cittadinanza*, in *federalismi.it*, n. 5/2019, 23-24.

viene semplicemente 'attesa dall'alto' ma fatta propria attraverso un percorso di solidarietà sociale»[42].

In questa prospettiva, le misure di contrasto alla povertà, oltre a non potersi esaurire in mere erogazioni monetarie, devono essere strutturate in maniera tale da tenere conto delle peculiarità delle diverse situazioni oggettive e soggettive (di natura socio-economica, personale, familiare, professionale ecc.) in cui possono versare i loro potenziali beneficiari. La loro disciplina non dovrebbe quindi, con la previsione di obblighi stringenti, porre in secondo piano le finalità promozionali degli interventi, sacrificate sull'altare, oltre che del contenimento della spesa pubblica, di una concezione puramente "mercantile" del lavoro e di un'idea della povertà come "colpa" da cui emendarsi[43]. Come è stato affermato, il destinatario di una misura del tipo in esame «può essere positivamente stimolato da elementi di condizionalità finalizzati prioritariamente alla sua inclusione sociale e alla sua autodeterminazione che può raggiungere attraverso la propria attività», ma nella consapevolezza che «tale condizionalità conserva la sua conformità ai valori costituzionali nella misura in cui non degeneri in una forzatura che di fatto obblighi il beneficiario ad una prestazione lavorativa in cambio del sostegno economico ricevuto»[44].

È necessario dunque che gli interventi di contrasto alla povertà siano orientati a valorizzare le capacità e stimolare l'operosità dei loro destinatari, ma nel quadro di processi strutturati in maniera tale da assicurare a persone e famiglie in difficoltà economica un adeguato sostegno nel loro cammino, spesso molto arduo, di costruzione (o ricostruzione) di progetti di vita, non solo lavorativa. Risultano perciò incoerenti con lo spirito dei principi costituzionali (oltre che in concreto scarsamente efficaci) tanto interventi improntati ad una logica puramente assistenzialistica, quanto misure di impianto marcatamente workfaristico[45]. D'altra

[42] A. D'Aloia, *op. cit.*, 84-85.

[43] Concezione e idea stigmatizzate da P. Bianchi, *Contrasto alla povertà e reddito di cittadinanza: spunti critici*, in *Quale reddito di cittadinanza? Criticità e prospettive delle politiche di contrasto alla povertà*, a cura di E. Innocenti, E. Rossi ed E. Vivaldi, Bologna, 2019, 118.

[44] F. Nugnes, *Le misure di sostegno al reddito tra vecchie e nuove povertà*, in *Jus-online*, n. 4/2021, 267. Cfr. anche A. Somma, *Contrasto alla povertà e politiche attive del lavoro: reddito di cittadinanza, reddito minimo garantito e regime delle condizionalità*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2/2019, 450-451, secondo cui, se si tiene presente la *ratio* dell'art. 4, comma 2, Cost., che richiede che si tenga contro delle «possibilità» e della «scelta» di coloro che sono chiamati ad adempiere il previsto dovere, può riscontrarsi una «frizione con il regime delle condizionalità affiancato al reddito minimo garantito, che spinge i disoccupati nel lavoro trascurando le loro inclinazioni e la loro scelta, e che soprattutto alimenta il processo di svalutazione del lavoro per cui esso sempre meno consente di accedere a una vita dignitosa».

[45] Cfr. R. Fattibene, *Le misure contro le povertà tra diritto internazionale e ordinamento interno*, in *Dir. Pubbl. Eur. Rass. online*, n. 1/2023, 557-558, la quale afferma che «l'attivazione lavorativa, con il suo seguito di condizionalità, in assenza (o in pochezza) d'investimenti sociali che

parte, le persone in condizione di povertà non possono essere assimilate a (meri) disoccupati o sotto-occupati che poveri non siano e per i quali, dunque, l'operare di forme di condizionalità in relazione alla fruizione di misure di sostegno al reddito non mette a rischio il diritto al minimo vitale[46]. Ciò vale in maniera particolare in relazione a persone (e famiglie) le cui condizioni di disagio economico (e spesso di marginalità sociale) sono molto accentuate: interventi incentrati sulla preminenza del reinserimento lavorativo, oltre che di discutibile compatibilità con i principi personalista e della pari dignità sociale (soprattutto se improntate a rigida condizionalità), rischiano in questo caso di rivelarsi di scarsa efficacia.

Molto interessante, in quanto capace di combinare virtuosamente "assistenza" e "promozione umana e sociale", risulta la prospettiva del "*welfare* generativo", che propugna l'integrazione negli interventi socio-assistenziali (e, in particolare, in quelli di contrasto alla povertà) appunto di fattori di generatività. Questi ultimi consistono nella previsione di forme di coinvolgimento, su base volontaria (ma in presenza di forti sollecitazioni "etiche"), in vista del conseguimento del risultato dell'intervento, dei destinatari delle prestazioni, i quali sono chiamati (ma non giuridicamente tenuti) a svolgere attività (si parla in proposito di "azioni a corrispettivo sociale") produttive di valore per la collettività (oltre che per la persona che le compie). Tale approccio è incardinato su due pilastri, uno di carattere fattuale e l'altro di natura valoriale.

Sul primo versante, rileva la constatazione che il sistema italiano di welfare, pur a fronte di un significativo incremento delle risorse complessivamente dedicate all'assistenza sociale nel corso dell'ultimo decennio[47], continua ad evidenziare notevoli criticità in ordine all'efficacia della spesa sociale per il contrasto alla povertà[48]. Sul secondo versante, quello valoriale, è stato criticamente evidenziato il prevalere, in relazione alle politiche pubbliche, di un «materialismo metodologico, fatto di assistenzialismo povero di risultati»[49], che indul-

ne siano di supporto e integrazione, rischia di svilirsi facilmente in un sistema di trasformazione dell'inoccupato/disoccupato in un individuo passivamente disponibile ad ogni *occupazione*, in quanto attivamente responsabile della propria *occupabilità*».

[46] Si veda in questo senso F. Ravelli, *Il reddito minimo*, cit., 146.

[47] L'incremento della spesa sociale è segnalato da D. Geron, *Cosa ricevono i poveri*, in Fondazione Emanuela Zancan, *Una costituente per un nuovo welfare*, cit., 41-44.

[48] Così M. Bezze, C. Canali, D. Geron, T. Vecchiato, *Welfare generativo: un percorso di ricerca e sperimentazione*, in Fondazione Emanuela Zancan, *Una costituente per un nuovo welfare*, cit., 202.

[49] T. Vecchiato, *Una costituente per innovare il welfare*, in Fondazione Emanuela Zancan, *Una costituente per un nuovo welfare*, cit., 88, ove si afferma poi che «il teorema "maggiore spesa e minore povertà" ha in definitiva dato risultati opposti, "maggiore spesa e uguali o maggiori livelli di povertà"».

gerebbe, discutibilmente e inefficacemente, ad approcci proclivi ad una sostanziale deresponsabilizzazione delle autorità pubbliche[50]. Inoltre, l'opzione favorevole alla volontarietà della scelta dei destinatari degli interventi di agire in modo generativo muove dal presupposto che la logica della condizionaità finirebbe per ledere libertà e dignità della persona, dovendosi invece «la produzione di valore sociale ed economico» per il tramite delle pratiche generative interpretare «come eccedenza solidale che nasce dalla libera attivazione della persona»[51], in adesione ad una scelta etica pienamente coerente con la *ratio* dei principi fondamentali della Costituzione e con l'esigenza di assicurare effettiva e indefettibile tutela a quelli che sono configurati come diritti[52]. L'approccio del *welfare* generativo, opportunamente integrato nella struttura di una misura di contrasto alla povertà, può consentire, quanto meno in relazione ai beneficiari in situazioni di disagio molto accentuato, per i quali la logica della condizionalità rischierebbe di risultare "punitiva" (anziché promozionale) e inefficace, di garantire il diritto al minimo vitale per una via diversa e più conforme alla logica costituzionale rispetto sia a quella assistenzialistica, sia ad una, più o meno marcatamente, workfaristica.

4. *Il difficile rapporto tra contrasto alla povertà e lavoro alla luce dei più recenti sviluppi normativi*

Rivolgendo lo sguardo alla più recente normativa statale in materia di contrasto alla povertà dal punto di vista del ruolo riconosciuto al lavoro, un primo profilo di potenziale prolematicità concerne la scelta di fare dell'"abilità al lavoro" (o, come anche si è detto, dell'"occupabilità") un fattore di esclusione dall'accesso ad una misura oppure accogliere, coerentemente con l'impianto dei principi costituzionali, un'impostazione universalistica (per quanto selettiva). Altrettanto degno di attenzione è il ruolo riconosciuto al lavoro nella configurazione degli interventi attraverso la valorizzazione del principio di condizionalità.

Se si passa a considerare, alla luce di quanto appena notato, i principali (e più recenti) interventi normativi di livello nazionale finalizzati al contrasto alla povertà, deve, innanzitutto, evidenziarsi come l'universalismo selettivo fatto

[50] T. Vecchiato, *op. cit.*, 93, rileva che «le esperienze più efficaci dicono […] che uno dei determinanti di esito è l'aiutare ad aiutarsi e non invece la gestione in solitudine degli aiuti ricevuti».

[51] M. Bezze, C. Canali, D. Geron, T. Vecchiato, *op. cit.*, 205.

[52] Così E. Rossi, *Una proposta di legge sul welfare generativo: perché e come*, in Fondazione Emanuela Zancan, *Cittadinanza generativa. La lotta alla povertà. Rapporto 2015*, Bologna, 2015, 125.

proprio dalle normative concernenti il Reddito di inclusione (Rei) e poi il Reddito di cittadinanza (Rdc) introdotti rispettivamente dal d.lgs. n. 147/2017 e dal decreto-legge n. 4/2019, sia stato abbandonato ad opera del decreto-legge n. 48/2023. Quest'ultimo ha infatti configurato la misura di contrasto alla povertà che ha sostituito il Rdc, l'Assegno di inclusione (Adi), come una misura di carattere categoriale (spetta solo ai nuclei familiari in cui siano presenti componenti con disabilità, minorenni, ultrasessantenni oppure in condizione di svantaggio e inseriti in programmi di cura e assistenza dei servizi socio-sanitari territoriali certificati dalla pubblica amministrazione (art. 2, comma 1).

All'Adi viene affiancato dal succitato decreto-legge il Supporto per la formazione e il lavoro (Sfl), presentato all'opinione pubblica come misura destinata agli "occupabili". Ad essere decisivo ai fini dell'accesso non è però l'occupabilità in senso proprio del richiedente, ma la mancanza nel nucleo familiare di componenti ritenuti, per le loro caratteristiche, "deboli"[53]. È infatti fruibile dai «componenti dei nuclei familiari, di età compresa tra 18 e 59 anni […] che non hanno i requisiti per accedere all'Assegno di inclusione» (art. 12, comma 2) oppure dai componenti adulti infrassessantenni privi di carichi di cura di nuclei familiari percettori dell'Adi e configurato come un'indennità di partecipazione a misure di attivazione lavorativa, della durata massima (e non rinnovabile) di 12 mesi, che consente di percepire, finché dura la partecipazione a progetti di formazione, di qualificazione professionale, di orientamento o accompagnamento al lavoro o di altre politiche attive del lavoro, un beneficio economico di importo mensile (invariabile) di 350 euro (art. 12). Considerato poi che ai fini dell'accesso al Sfl è previsto un valore dell'ISEE più basso (non superiore a 6000 euro, anziché a 9360) di quello previsto per l'accesso all'Adi, che si tratta di un'erogazione fruibile *una tantum* e che il suo importo non è, a differenza di quello dell'Adi, parametrato sul livello del reddito familiare, il Sfl appare una misura che ha come destinatari i poveri, ma non si configura effettivamente come una misura di contrasto alla povertà: una volta terminato il periodo di sua eventuale fruizione, il beneficiario non è più reputato meritevole di supporto, quali che siano le sue condizioni economiche. Il Sfl rischia perciò di funzionare in concreto come un bonus di scarso impatto sia come strumento di, pur temporaneo, sostegno economico, sia come canale di (re-) inserimento nel mondo del lavoro.

Nel 2023 il legislatore ha dunque eliminato una misura, il Rdc, pur non priva di molti limiti, finalizzata a tutelare il diritto costituzionale ad un'esi-

[53] Così F. De Michiel, *Le misure di contrasto alla povertà nel c.d. decreto lavoro (commento agli artt. 1-13, d.l. 4 maggio 2023, n. 48, conv. con modif. dalla l. 3 luglio 2023, n. 85)*, in *Lav. Dir. Eur.*, n. 1/2024, 3.

stenza dignitosa, lasciando l'ordinamento privo di una misura universalistica di contrasto alla povertà[54], sostituito da misure che non adempiono quello che sappiamo essere un dovere costituzionale di intervento. Tali scelte confliggono in maniera palese altresì con orientamenti consolidati a livello euro-unitario, come in dottrina non si è mancato di notare[55]. In questo modo, la recente riforma lascia privo di tutela il diritto costituzionale al minimo vitale di tutti i poveri privi dei requisiti per accedere all'Adi.

Passando a prendere in esame la struttura degli interventi di contrasto alla povertà, va rilevato, innanzitutto, un andamento per così dire parabolico quanto ai profili definitori delle normative su Rei, Rdc e Adi (inclusione lavorativa strumentale al contrasto alla povertà nella definizione della prima e della terza misura e tutela del diritto al lavoro affiancato al contrasto alla povertà come finalità distinta nella definizione della seconda). In relazione al ruolo della "condizionalità", si registra poi una progressiva accentuazione del rilievo della dimensione doveristica di impronta lavoristica[56].

Posto che delle misure di contrasto alla povertà, per essere, al contempo, efficaci e coerenti con il portato dei principi costituzionali, non possono funzionare come "stampella" (se non addirittura fattore di indiretta legittimazione) di un assetto dei rapporti lavorativi contraddistinto da una marcata dose di frammentazione e di diffusa fragilità delle garanzie economiche e normative, che ha fatto parlare di una constatabile tendenza alla «de-costituzionalizzazione del lavoro»[57], deve constatarsi che la conformazione delle misure nazionali di contrasto alla povertà non pare orientata ad arginare tale tendenza.

[54] Così C. Tripodina, *Povera Italia. Un'Italia più povera senza reddito minimo garantito*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2023,18. Cfr., analogamente, M. Vincieri, *Le nuove misure di inclusione sociale e lavorativa: quale rimedio alla povertà nel lavoro?*, in *Dal lavoro povero al lavoro dignitoso. Politiche, strumenti, proposte*, a cura di M. Brollo, C. Zoli, P. Lambertucci, M. Biasi, Adapt University Press, 2024, 259.

[55] A. Sartori, *Misure di inclusione sociale e lavorativa dopo il reddito di cittadinanza. Back to the future or to the past?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, n. 4/2023, 770-771, afferma, a proposito dell'impostazione recepita dal legislatore del 2023, che essa «non appare in sintonia con la recente raccomandazione del Consiglio dell'UE 30 gennaio 2023 (2023/C 41/01), approvata nelle more della riforma, ed evidentemente disattesa *in toto*: infatti, nel provvedimento europeo si coglie abbastanza nettamente l'opzione per le misure di carattere generale, in grado di garantire una vita dignitosa, benché condizionate all'attivazione dei beneficiari».

[56] Tale progressiva accentuazione era stata rilevata prima che compisse ulteriori passi avanti con gli interventi normativi del 2023 da C. Saraceno, D. Benassi, E. Morlicchio, *La povertà in Italia*, Bologna, 2022, 203.

[57] Si tratta di una tendenza evidenziata da C. Salazar, *La Costituzione interpretata dalle parti sociali*, cit., 15. Cfr. anche E. Morlicchio, *Il lavoro come maledizione e come salvezza*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2023, 36, la quale rileva la forza del processo di «pauperizzazione del lavoratore a basso salario» da tempo in corso.

Concentrando l'attenzione sull'Adi, può senz'altro considerarsi condivisibile la sottoposizione di tutti i nuclei familiari beneficiari (e non solo di quelli privi di componenti attivabili, come previsto dalle norme sul Rdc) ad «una valutazione multidimensionale dei bisogni del nucleo familiare, finalizzata alla sottoscrizione di un patto per l'inclusione», che precede, per gli adulti infrasessantenni attivabili al lavoro, la sottoscrizione presso i centri per l'impiego di un «patto di servizio personalizzato». Egualmente apprezzabile può ritenersi l'esclusione dal computo ai fini della determinazione del beneficio economico, entro il limite dei 3000 Euro annui lordi, del maggior reddito da lavoro dipendente percepito da un componente del nucleo familiare beneficiario che intraprenda un'attività lavorativa, previsione che determina un progresso rispetto ai contenuti della normativa sul Rdc, sebbene il risultato sia stato raggiunto in un modo che ritenuto non pienamente soddisfacente[58]. Lo stesso dicasi della possibilità che nell'ambito dei percorsi personalizzati di inclusione sia previsto l'impegno alla partecipazione a progetti utili alla collettività (Puc), a cui è parificata la partecipazione […] ad attività di volontariato presso enti del Terzo settore, anche se, con l'inserimento dei Puc soltanto tra gli interventi di politica attiva destinati a sviluppare le competenze per l'occupabilità e il reinserimento lavorativo dei beneficiari dell'Adi attivabili al lavoro (e dei beneficiari del Sfl), «si perde […] la funzione di *empowerment* e capacitazione che questi progetti hanno, almeno in linea di principio, per i beneficiari più fragili in carico ai servizi sociali»[59].

A fronte di tali innovazioni complessivamente apprezzabili (o ambivalenti), si registra un deciso irrigidimento dei vincoli che sostanziano la condizionalità. Si deve a tal proposito richiamare la disponibilità richiesta agli attivabili ad accettare qualunque offerta di lavoro su tutto il territorio nazionale, se si tratta di rapporto di lavoro a tempo indeterminato (o entro un certo ambito territoriale, se il contratto di lavoro è a tempo indeterminato), senza riferimenti espressi ad un livello minimo salariale reputato adeguato (che non sia quello, generico, ai minimi salariali previsti dai contratti collettivi) e alla "congruità" dell'offerta di lavoro, che deve quindi essere accettata a prescindere da ogni valutazione circa la conformità della stessa alle «proprie possibilità» e alla «propria scelta», a cui fa riferimento l'art. 4, comma 2, Cost. Non può che valutarsi negativa-

[58] Così S. Sacchi, A. Ciarini, G. Gallo, R. Lodigiani, F. Maino, M. Raitano, *op. cit.*, 110, ove si nota che non è stato previsto «un sistema strutturato in cui vi sia un'aliquota marginale effettiva che incentiva l'acquisizione di un'occupazione non necessariamente saltuaria o a basso salario».

[59] S. Sacchi, A. Ciarini, G. Gallo, R. Lodigiani, F. Maino, M. Raitano, *Sostegno ai poveri: quale riforma? Dal Reddito di Cittadinanza all'Assegno di Inclusione: analisi dell'Alleanza contro la povertà in Italia*, Milano, 2023, 107-108.

mente la rigidità di tali previsioni, tanto più alla luce della composizione dei nuclei beneficiari della misura in esame, in cui devono necessariamente essere presenti soggetti appartenenti a categorie reputate fragili o comunque meritevoli di particolare attenzione[60]. Pare essere così relegata «in secondo piano proprio quella multidimensionalità della povertà e dell'esclusione sociale che l'AdI […] ambisce a contrastare e a prevenire»[61]. Ciò risulta ancora più evidente se si tiene conto del fatto che la decadenza dal beneficio, in caso di mancato adempimento degli obblighi previsti, è immediata, a differenza di quanto stabilito dalla previgente normativa sul Rdc, che prevedeva un sistema di decurtazioni graduali della prestazione, e riguarda, in questo caso non diversamente da quanto in precedenza previsto, l'intero nucleo familiare, facendo ricadere su tutti le conseguenze di ogni inadempimento di cui si sia reso responsabile un solo componente della famiglia[62].

5. *Il duplice volto delle misure di contrasto alla povertà e le implicazioni per la garanzia del diritto ad una vita dignitosa: notazioni a partire da recenti sviluppi giurisprudenziali*

In verità, oltre che dalla considerazione dei più recenti interventi normativi, le implicazioni problematiche in ordine all'effettività della tutela del diritto costituzionale ad una vita dignitosa del ruolo assegnato alla condizionalità di impronta occupazionale emergono molto bene anche dall'esame di recenti orientamenti della Corte costituzionale. A venire all'attenzione della Corte è stata la previsione, tanto nella normativa sul Rei quanto in quella sul Rdc, tra i requisiti di accesso, del possesso del permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo, titolo di soggiorno a tempo indeterminato, acquisibile dopo almeno cinque anni di soggiorno regolare sul territorio nazionale, per il cui conseguimento è richiesta, tra l'altro, la disponibilità di un reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale (insieme, in alcuni casi, alla disponibilità di un alloggio con determinati requisiti di idoneità). La previsione per i non cittadini europei di un simile requisito di accesso pare porsi in contraddizione evidente con la *ratio* di una misura di contrasto alla povertà[63]. Di-

[60] Come rilevato da A. Sartori, *Misure di inclusione sociale e lavorativa dopo il reddito di cittadinanza*, cit., 756.

[61] S. Caffio, *L'introduzione dell'Assegno di inclusione (artt. 1-6, 9, 11, 13, d.l. n. 48/2023, conv. in l. n. 85/2023)*, in *Commentario al d.l. 4 maggio 2023, n. 48 c.d. "decreto lavoro", convertito con modificazioni in l. 3 luglio 2023, n. 85*, a cura di E. Dagnino, C. Garofalo, G. Picco e P. Rausei, Adapt University Press, 2023, 173.

[62] Come notato criticamente da M. Vincieri, *op. cit.*, 265-266.

[63] Per un quadro generale della giurisprudenza costituzionale in materia di diritti sociali dei non cittadini, cfr. F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuri-*

versamente si è però orientata la Corte costituzionale nelle sentenze n. 19/2022 sul Rdc e n. 34/2022 sul Rei (ci soffermeremo sulla prima, dato che la seconda ne riprende pressoché integralmente argomentazioni e *decisum*).

Viene in primo luogo rigettata, in ordine alla previsione sopra richiamata, la questione sollevata in relazione agli artt. 2 e 3 Cost., negandosi che il Rdc sia prestazione diretta a soddisfare bisogni primari della persona umana e da cui perciò nessuno straniero regolare potrebbe essere escluso. Il giudice delle leggi fonda tale conclusione sull'affermazione, accompagnata dalla sottolineatura della temporaneità della prestazione e del suo carattere condizionale (essendone la fruizione subordinata all'adempimento di precisi impegni), che «il reddito di cittadinanza, pur presentando anche tratti propri di una misura di contrasto alla povertà, non si risolve in una provvidenza assistenziale diretta a soddisfare un bisogno primario dell'individuo, ma persegue diversi e più articolati obiettivi di politica attiva del lavoro e di integrazione sociale» (punto 4. del Considerato in diritto), che prevarrebbero sul fine di tutelare il diritto di persone in povertà ad una vita dignitosa[64]. La previsione di percorsi di inclusione sociale e lavorativa finisce dunque per confliggere con il fine del contrasto alla povertà. Il riferimento poi anche alla temporaneità della misura (di cui non è invece richiamata la rinnovabilità) pare convergere verso una lettura del Rdc in sostanza come "ordinaria", per quanto peculiare, misura di contrasto alla disoccupazione e di politica attiva del lavoro, rispetto alla quale il contrasto alla povertà costituisce un fine certamente importante, ma accessorio.

La Corte ritiene inoltre non irragionevole la previsione del requisito della titolarità del permesso di soggiorno UE per lungosoggiornanti, richiamando nuovamente la natura "mista" della misura, oltre alla durata non breve del beneficio economico, come presupposti per affermare che «gli obiettivi dell'intervento implicano […] una complessa operazione di inclusione sociale e lavorativa, che il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, non irragionevolmente ha destinato agli stranieri soggiornanti in Italia a tempo indeterminato», contraddistinti da un consolidato radicamento sul territorio nazionale (punto 6. del Considerato in diritto).

Le conclusioni cui è complessivamente approdato il giudice delle leggi destano rilevanti perplessità. In primo luogo, il riferimento, in relazione alla que-

dica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali, Torino, 2013, F. Biondi Dal Monte-E. Rossi, *Diritto e immigrazioni. Percorsi di diritto costituzionale*, Bologna, 2022, con particolare riguardo per la Parte terza del volume, M. Savino, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quad. cost.*, n. 1/2017, 41 ss. e, in partic., 58 ss.

[64] Con analoghe motivazioni, sulla base delle conclusioni raggiunte in ordine alle caratteristiche del Rdc, la Corte rigetta anche la questione sollevata con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 14 CEDU.

stione sollevata in ordine al principio di eguaglianza/ragionevolezza, all'ampio orizzonte temporale della misura, quale fondamento dell'esigenza di un forte radicamento territoriale dei beneficiari non tiene adeguato conto del fatto che il radicamento territoriale è già assicurato dal requisito della residenza prolungata sul territorio statale[65]. In secondo luogo, pur avendo anche altre finalità, il Rdc ha certamente come scopo – lo attestano i requisiti reddituali e patrimoniali di accesso – il contrasto alla povertà e, per molti suoi beneficiari, ad una povertà economica estrema. Come escludere ragionevolmente, alla luce di ciò, dall'accesso ad una simile misura, anche qualora ritenuta non correlata alla garanzia del nucleo essenziale di un diritto fondamentale, coloro i quali non siano in possesso di un certo livello reddituale minimo, cioè coloro per i quali risulta più necessaria una misura di contrasto alla povertà[66]? In terzo luogo, emerge la problematicità di percorsi di inclusione lavorativa e sociale improntati ad una condizionalità la quale, oltre a rischiare per sua natura, soprattutto se non adeguatamente modulata, di lasciare prive di tutela persone in stato di grave bisogno economico, si traduce per alcuni, conformando il significato di un intervento, in radicale ostacolo all'accesso ad una misura contro la povertà. E anche facendo propria la tesi del Rdc come misura prevalentemente di politica attiva del lavoro, finalizzata all'inclusione lavorativa, appare discutibile la sua riserva ai soli stranieri lungosoggiornanti[67]: l'esclusione dalla fruizione della stessa di stranieri regolari poveri esclude infatti da una garanzia di un diritto fondamentale, quello al lavoro[68], sulla base del discutibile «assunto per cui l'inserimento o il re-inserimento nel mondo del lavoro costituirebbe necessariamente un passaggio, logico o fattuale, successivo all'integrazione del soggetto nella società»[69].

[65] Così A. Lamberti, *Dignità, eguaglianza e ragionevolezza nella recente giurisprudenza costituzionale sugli stranieri* in *Nomos*, n. 2/2022, 30.

[66] Così E. Longo, *L'eguaglianza alla prova delle migrazioni: la giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni sociali a favore degli stranieri residenti*, in *Dir. imm. citt.*, n. 2/2022, 221, il quale afferma che «non si comprende come possa dirsi ragionevole che, una volta valutato il loro essere in stato di estremo bisogno, una categoria di potenziali beneficiari venga esclusa, in forza di un requisito formalmente insormontabile, dal godimento di un diritto sociale». Cfr. anche G. Fontana, *op. cit.*, 80-81.

[67] Così D. Loprieno, *Riflessioni sul reddito di cittadinanza e gli stranieri alla luce della sent. n. 19 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Osserv. cost.*, n. 3/2022, 272-273.

[68] Come notato da A. Lamberti, *op. cit.*, 30.

[69] M. Roma, *La Corte costituzionale su reddito di cittadinanza e reddito di inclusione. Bisogni primari degli individui e limite delle risorse disponibili*, in *Consulta online*, n. II/2022, 736, la quale afferma che «più in linea con il dato costituzionale, per cui la Repubblica è "*fondata sul lavoro*", sarebbe considerare proprio il lavoro lo strumento di integrazione per eccellenza, permettendo allo straniero di contribuire "*al progresso materiale o spirituale della società*"» (corsivi dell'autrice).

Bisogna comunque notare che la Corte, nella sentenza n. 19/2022, rilevata la non afferenza del Rdc al soddisfacimento di bisogni primari della persona, afferma che «la conclusione di non fondatezza così raggiunta non esclude che resta compito della Repubblica, in attuazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3 e 38, primo comma, Cost., garantire, apprestando le necessarie misure, il diritto di ogni individuo alla "sopravvivenza dignitosa" e al "minimo vitale" (sentenza n. 137 del 2021)». Non può che spettare dunque al legislatore assolvere il compito di garantire a tutti il diritto al minimo vitale, compito che il giudice delle leggi ha, in maniera ancora più chiara che in occasioni precedenti, ricordato ricadere tra quelli che la Repubblica è chiamata a svolgere. Come nella sentenza n. 50/2019, che ancorava tale diritto in via diretta ed esclusiva ai principi fondamentali della Costituzione, il giudice delle leggi afferma inequivocabilmente, in termini generali, la doverosità dell'intervento pubblico in vista della garanzia del diritto ad una vita dignitosa. Nella sentenza n. 19/2022, in cui si richiama sul punto la n. 137/2021, si parla testualmente di «sopravvivenza dignitosa» e di «minimo vitale» come oggetto di un «diritto di ogni individuo», cosicché il riferimento all'art. 38, comma 1, risulta, per così dire, depurato da, quanto meno espliciti, riferimenti alla «inabilità al lavoro».

A fronte dell'inadeguatezza del Rdc (e di ogni misura dotata di analoga struttura) a garantire pienamente tale diritto, al legislatore pareva aprirsi la via verso una revisione della normativa statale in materia di contrasto alla povertà che evitasse il persistere di un assetto normativo elusivo di un indefettibile compito della Repubblica. A tal proposito, anche se tra le righe della sentenza n. 19/2022 pare emergere come plausibile l'introduzione di misure finalizzate a garantire lo *ius existentiae* prive del corredo di percorsi di inclusione lavorativa e sociale, un'opzione di tale tipo risulterebbe di dubbia coerenza con il quadro dei principi costituzionali (oltre che con orientamenti consolidati a livello di diritto e politiche dell'Unione europea), il quale esige invece che gli interventi di contrasto alla povertà integrino una componente promozionale, articolata nella previsione di servizi e percorsi, non improntati a rigida condizionalità workfaristica, finalizzati, con il concorso attivo dei destinatari delle prestazioni, al superamento dei diversi fattori di fragilità che si accompagnano alla povertà economica (e concorrono ad aggravarla e cronicizzarla).

Il fatto che il legislatore, come sappiamo, si sia recentemente mosso in una direzione opposta rispetto a questa, decidendo di sostituire una misura, pur non priva di molti e rilevanti limiti ma comunque di stampo universalistico (selettivo), come il Rdc con una misura categoriale come l'Adi (a cui se ne aggiunge una che si può definire "per i poveri, ma non di contrasto alla povertà" come il Sfl), non fa che rendere ancora più necessario l'impegno per colmare una grave lacuna nel sistema italiano di *welfare*.

Luisa Cassetti[*]

UN PATTO SOCIALE E UNA PROSPETTIVA CULTURALE A SOSTEGNO DELLE POLITICHE PER LE PERSONE ANZIANE[**]

SOMMARIO: 1. Pandemia, finanziamenti europei e politiche italiane per l'invecchiamento. – 2. Le premesse e le condizioni per l'attuazione del "patto per la terza età". – 2.1. I rapporti con la normativa preesistente (disabilità) e i silenzi del legislatore (il fattore di genere). – 3. Le coordinate costituzionali. Oltre le "sabbie mobili" della vulnerabilità. – 4. Quale apporto dal diritto internazionale pattizio?

1. *Pandemia, finanziamenti europei e politiche italiane per l'invecchiamento*

Quando i numeri impressionanti delle vittime, per lo più molto anziane[1], dell'epidemia da Covid 19 sembravano ormai un dolorosissimo ricordo destinato ad essere relegato – un po' frettolosamente – nel dimenticatoio, il tema dei diritti e della qualità della vita degli anziani è diventato un concreto obiettivo delle politiche sociali dell'attuale governo, che ha di recente approvato un decreto legislativo in attuazione dei principi e dei criteri definiti con una legge delega del 2023 in materia di politiche in favore delle persone anziane[2].

[*] Ordinario di Diritto costituzionale e pubblico nell'Università degli Studi di Perugia.

[**] Il presente contributo, aggiornato al 10 luglio 2024, è stato realizzato nell'ambito del Progetto di ricerca "*Elderly People, Vulnerability, Inclusive Society. Ageing and Law" (ELVIS)*" finanziato dall'Unione Europea – *Next Generation EU*, PNRR, Missione 4, Componente 2, Investimento 1.1. – Bando PRIN 2022 (D.D. n. 104 del 02/02/2022) (codice id.: 2022YP7KH5; CUP: J53D23006050006). (*Principal Investigator*: L. Cassetti, Università degli Studi di Perugia; Responsabili delle altre unità locali: F.G. Pizzetti, Università degli Studi di Milano e A. Papa, Università Parthenope di Napoli). Sito web:www.elvisproject.it/.

[1] I dati EUROSTAT 2024 (https://ec.europa.eu/eurostat/web/interactive-publications/demography-2024) ci ricordano che tra il febbraio 2020 e il febbraio 2024 si è registrato un incremento del tasso di mortalità nei paesi UE, seppure con livelli differenti tra i vari paesi, per un totale di un milione e novecentosettantamila decessi ulteriori rispetto a quelli registrati nel periodo 2016-19. Questo dato si è inserito in un trend demografico negativo (differenza tra nascite di persone vive e decessi) che risale già al 2012, trend che è direttamente collegato con l'aumento dell'età con un'aspettativa di vita per le donne pari a 84,2 anni e per gli uomini di 78,9 anni. Il paese in cui si registra una crescita dell'età media (48,4 anni)è l'Italia, seguita da Portogallo (47.0), Bulgaria (46.8), e Grecia (46.5). Nel ventennio 2003-2023 si è registrato un aumento della popolazione con 80 anni di oltre 2 punti percentuali: gli over 65 sono aumentati in tutti i paesi e anche su questo dato si è registrato un aumento dal 16.2% al 21.3%.

[2] Cfr. L. 23 marzo 2023, n. 33 e successivo d.lgs. 15 marzo 2024, n. 29 contente "Disposizioni in materia di politiche in favore delle persone anziane, in attuazione della delega di cui agli articoli 3,4,5 della legge 23 marzo 2023, n. 33".

Si tratta di un intervento che, come è espressamente confermato *per tabulas* dalla legge e dal decreto attuativo, è intimamente legato al raggiungimento degli obiettividel PNRR[3], in particolare per la parte in cui si richiede un imponente sforzo di riorganizzazione e potenziamento dei servizi sanitari nel quadro della ridefinizione dei servizi territoriali e dell'evoluzione dei servizi di telemedicina. I suddetti obiettivi (declinati attraverso corrispondenti *Missions*) riproducono, come è noto, le finalità declinate dalle macro-aree di intervento definite dal Fondo europeo per la ripresa e la resilienza (RFF), parte integrante dell'imponente finanziamento erogato agli Stati membri, impegnati nel risanamento dell'economia e dei sistemi sanitari nazionali messi a dura prova dalla pandemia, mediante il piano denominato *Next Generation EU*. In armonia con le macro-aree previste dagli strumenti di finanziamento europeo, il PNRR descrive dunque l'obiettivo della ridefinizione dei servizi alla persona in ambito locale, la creazione di infrastrutture sociali per le politiche a sostegno delle famiglie, dei minori, dei disabili e degli anziani non autosufficienti, l'integrazione dei servizi sanitari in ambito territoriale e il potenziamento dell'assistenza domiciliare nonché le misure per facilitare l'inclusione digitale, che è la premessa fondamentale e preliminare per realizzare i servizi di telemedicina.

In realtà, il primo intervento legislativo organico dedicato alle politiche per le persone anziane, che appunto reca nel suo *DNA* la tragedia della pandemia e le ingenti misure di sostegno messe poi in campo dalle istituzioni europee, dovrebbe essere analizzato e studiato proprio avendo lucidamente ben presen-

[3] Cfr. art. 1, co. 1 l. n. 33 del 2023, ove si fa riferimento alla normativa nazionale sulla gestione in ambito locale dei servizi alla persona e alla famigliain attuazione dei programmi di cui alla Missione 5, componente 2, riforma 1.2 del PNRR e in armonia con gli standard per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel settore sanitario nazionale in attuazione della Missione 6, componente 1, riforma 1 del PNRR. La componente 2 della Missione 5 (Coesione sociale e inclusione) coinvolge la creazione di "infrastrutture sociali" funzionali alla realizzazione di politiche a sostegno delle famiglie, dei minori, delle persone con gravi disabilità e degli anziani non autosufficienti. La componente 1 della Missione 6 (Salute) ricomprende la creazione di presidi territoriali (come le Case della Comunità e gli Ospedali di Comunità), il rafforzamento dell'assistenza domiciliare (per raggiungere il 10 per cento della popolazione con più di 65 anni, in particolare coloro che hanno patologie croniche o non sono autosufficienti), lo sviluppo della telemedicina e l'assistenza remota e una più efficace integrazione con tutti i servizi socio-sanitari. Nel preambolo del d.lgs. n. 29 del 2024 si richiama la decisione del Consiglio del 13 luglio 2021 con la quale è stato approvato il PNRR con particolare riferimento alla Missione 1 (Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo) - Componente 1(Digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella PA) - Investimento 1.7.2. (Centri di facilitazione digitale), la Missione 5 (Inclusione e coesione) - Componente 2 (Infrastrutture speciali, famiglie, comunità e terzo settore) e la Missione 6 (Salute) - Componente 1 (Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale) - Investimento1.2. (Casa come primo luogo di cura, assistenza domiciliare e telemedicina) - Subinvestimento 1.2.3. (Telemedicina per un migliore supporto ai pazienti cronici).

te alcuni dati di esperienza che provengono da quella tragedia. In particolare, è bene riflettere su una delle costanti della narrazione ai tempi della pandemia ovverosia il collegamento "naturale" tra la fragilità dell'essere vecchio/anziano e le (probabili) conseguenze fatali dell'eventuale contagio su quella parte di popolazione. Si tratta di una narrazione che ha evidentemente posto al centro dell'attenzione la categoria degli anziani con una buona dose di semplificazione e di generalizzazione che alcuni studi di stampo sociologico non esitano però a definire rischiosa. Quella narrazione è infatti in grado di veicolare e cristallizzare lo stereotipo che associa unilateralmente all'età avanzata lo "stigma" della vulnerabilità assoluta, della dipendenza dall'assistenza di altri e dalle prestazioni sanitarie e sociali[4].

Se è stato pressoché inevitabile costruire la narrazione del "rischio" corso in particolare dalle persone anziane, anche per favorire l'adesione sociale (indispensabile) alle poderose misure restrittive delle libertà fondamentali[5] in un'ottica di protezione "necessaria" degli anziani, questa premessa narrativa non è stata priva di ombre soprattutto nella misura in cui ha posto al centro del dibattito una sorta di pregiudizio sulla assoluta vulnerabilità dell'anziano.

Tale consapevolezza "diffusa" in realtà si è saldamente ancorata nella società attraverso una parziale alterazione/semplificazione comunicativa di ciò che i dati hanno poi lucidamente testimoniato ovverosia che l'altissimo prezzo pagato dagli anziani ai tempi della pandemia si è concentrato nelle residenze per gli anziani (per effetto di scelte strategiche profondamente rischiose e discutibili, ancorché in parte necessitate per effetto della eccezionale emergenza sanitaria vissuta dagli ospedali nei primi mesi della pandemia, specie in alcune regioni del Nord) e ha riguardato in percentuale nettamente più elevata le persone anziane affette da più patologie pregresse.

Forti di questa esperienza, ci accingiamo a leggere in filigrana le potenzialità del nuovo sistema normativo a sostegno delle politiche per gli anziani nella consapevolezza delle complesse premesse teoriche e culturali che qualunque scelta normativa in tema di invecchiamento inevitabilmente porta con sé.

L'altro elemento di riflessione è collegato al dato sopra evidenziato: di fronte alla disciplina normativa sui bisogni e sulle peculiarità dell'età anziana è bene essere consapevoli del fatto che quelle misure si riferiscono a un universo

[4] Come ha ben dimostrato S. Poli, *Invecchiamento e Coronavirus: la costruzione del rischio e la marginalizzazione degli anziani oltre il lockdown*, in Società*Mutamento*Politica, *Rivista italiana di Sociologia*, 11(21), 2020, 271 ss.

[5] In particolare sulle conseguenze di tali misure restrittive sul bilanciamento – necessariamente ineguale – dei diritti costituzionali, con la prevalenza pressoché assoluta del diritto alla salute, v. G. Brunelli, *Sistema delle fonti e ruolo dei parlamenti dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC* n. 1/2021, 384 ss.

tutt'altro che omogeneo. In questo contesto si comprende la necessità di riflettere sui rischi di considerare le persone anziane come uno dei (tanti) gruppi sociali vulnerabili: piuttosto si tratta di spostare l'attenzione sulla individualità dell'anziano rispetto ai diversi bisogni di partecipazione, inclusione sociale, di cura e assistenza nonché di alfabetizzazione digitale, tanto per richiamare alcune delle fondamentali aree di intervento prescritte dai finanziamenti europei sopra richiamati.

Più in generale, ci sembra ragionevole muovere dalla necessità logica e pratica di mantenere la specificità dello *status* di anziano rispetto agli altri *status* personali cui gli ordinamenti giuridici (a partire dal contesto internazionale) hanno da decenni prestato attenzione e conferito autonoma rilevanza. Mi riferisco in particolare alla protezione del minore/adolescente e alla protezione delle donne per i quali l'età (nel primo caso) e una condizione naturale (nel secondo caso) sono alla base del riconoscimento di una "speciale" protezione che appunto si è tradotta nell'adozione di specifici tratti internazionali elaborati in ambito ONU e che ha avuto in ambito giurisprudenziale una forma di tutela riconducibile alla nozione di vulnerabilità.

Sulla base di queste premesse proviamo a ragionare sull'impianto e sul valore delle scelte espresse dalla normativa nazionale sui diritti delle persone anziane.

2. *Le premesse e le condizioni per l'attuazione del "patto per la terza età"*

Lo svolgimento dei principi e dei criteri direttivi contenuti nella legge delega n. 33 del 2023 ha preso forma con l'adozione del decreto legislativo n. 29 del 2024, che contiene una serie di misure riassunte nella formula del "patto per la terza età".

Emerge già nella struttura della legge delega e nei capitoli del decreto legislativo una chiara e netta distinzione tra le premesse di fatto (tipologie diverse di persona anziana) e le relative azioni/politiche da intraprendere.

Per l'anziano troviamo dunque declinate le diverse forme della vulnerabilità (intesa esclusivamente come dipendenza da altri e come bisogno di cure e assistenza) e prima ancora la fondamentale e appropriata distinzione tra le misure per favorire l'invecchiamento attivo (interventi necessari per diffondere le migliori pratiche e garantire gli strumenti per favorirlo) e lo stato di assoluto bisogno in cui può trovarsi l'anziano qualora versi in condizioni (fisiche e/o mentali) di dipendenza dalla cura/assistenza che deve essere costantemente prestata da altri soggetti (siano essi familiari o altri *care givers*).

I differenti blocchi di intervento previsti dal decreto sono quindi descritti a partire dalla definizione degli anziani (sono coloro che hanno compiuto 65 anni), dei «grandi anziani» (coloro che hanno compiuto 80 anni) e gli anziani

«non autosufficienti»[6]. Tale differenziazione in base all'età è del resto la diretta espressione di un processo demografico che vede allungarsi la prospettiva di longevità e con essa aumentare la fascia di possibilità che in fase molto avanzata dell'età anziana si possa incorrere con grande probabilità in situazioni di estrema vulnerabilità che si traducono in una pressoché totale dipendenza dall'assistenza da altre persone.

Il primo gruppo di interventi comprende una pluralità di misure (per lo più senza oneri per la finanza pubblica) rivolte in generale alla promozione della partecipazione degli anziani alla vita sociale e culturale: questi interventi vanno dalle facilitazioni per il turismo lento, per lo sport e la vita attiva, al sostegno-economico per la cura degli animali di affezione, all'adeguamento e alla riprogettazione degli edifici in cui vivono le persone anziane, al tentativo di superare il *digital divide*, alla ridefinizione della trama dei rapporti intra-generazionali attraverso tirocini formativi e crediti da riconoscere in ambito universitario[7].

Sul versante dei finanziamenti per l'innovazione digitale nel settore della salute (telemedicina e non solo) si dovrà progettare e preventivare adeguatamente l'impatto sugli anziani, in quanto stiamo parlando di una popolazione in crescita la cui formazione digitale potrebbe essere per ovvie ragioni anagrafiche molto limitata, per non parlare poi di quella fascia di anziani che non ha vicino la rete di protezione della famiglia (figli, nipoti, parenti etc.) in grado di mediare i passaggi tecnologici di adeguamento degli strumenti atti a ricevere e attivare effettivamente i servizi di telemedicina. Proprio in questo ambito si metteranno alla prova simili prospettive della rivoluzione digitale, valutando il loro impatto sociale sulle fasce di popolazione meno preparate a riceverle.

Se si guarda all'articolazione degli interventi prefigurati dalla delega e descritti in dettaglio dal decreto attuativo si comprende appieno la centralità di alcune misure di intervento finanziate grazie al PNRR al fine di realizzare un

[6] Così art. 2, co. 1 d.lgs. n. 24 del 2024. Per la definizione di anziano non autosufficiente la norma è molto puntuale nel descrivere le condizioni che devono sussistere anche alla luce delle norme e dei parametri internazionali.

[7] Cfr. Capo II del d.lgs. n. 24 del 2024 che contiene misure sulla promozione dell'invecchiamento attivo anche nei luoghi di lavoro, attraverso l'impegno nei servizi di volontariato, la tutela del benessere e del turismo lento e le misure per la diffusione della telemedicina; nel Capo III troviamo le misure per il mantenimento della socialità degli anziani attraverso percorsi di formazione universitaria, la promozione dello sport in età avanzata, la cura degli animali da affezione e i progetti di servizio civile a favore degli anziani; nel Capo IV sono definite le linee guida per il *senior cohousing* e per *il cohousing* intergenerazionale anche attraverso interventi di rigenerazione urbana; nel Capo V sono previste misure di intervento per limitare ed eliminare il divario digitale degli anziani mediante il coinvolgimento da parte di scuole del secondo ciclo di istruzione in percorsi laboratoriali volti a introdurre le persone anziane all'utilizzo delle nuove tecnologie digitali.

modello assistenziale specifico e multidisciplinare che non solo si dovrebbe tradurre nella riduzione della pressione sui pronto soccorso e sugli ospedali, ma sarà una prospettiva assai utile per la cura degli anziani spesso affetti da pluri-patologie. È il caso delle case di comunità immaginate come *hub* in grado di promuovere l'approccio alla cura multidisciplinare e integrato e strettamente collegato con i servizi sociali per gli interventi socio-assistenziali.

Presso le case di comunità avrà sede il Punto Unico di Accesso (PUA) immaginato come via di ingresso per la fruizione dei servizi sociali e sociosanitari. I PUA garantiscono la valutazione dei bisogni della persona anziana con una patologia cronica e con un quadro complessivo suscettibile di possibili aggravamenti e riduzione del livello di indipendenza attraverso un processo di valutazione multidimensionale unificata volta a individuare gli specifici fabbisogni della persona[8]. In questo caso il patto sociale che la norma sembra volere disegnare passa attraverso la necessità di ricercare sempre il metodo di intervento individuale più appropriato ed efficace delle cure specifiche di cui possono avere bisogno le persone anziane.

Sempre per ciò che riguarda la cura e l'assistenza degli anziani non autosufficienti, le misure ivi previste andranno valutate in relazione alla effettiva capacità dei soggetti istituzionali coinvolti di creare una rete attorno al Sistema Nazionale per la popolazione Anziana non Autosufficiente (SNAA): Amministrazioni centrali, INPS, regioni e province autonome, ASL, comuni singoli o associati negli Ambiti Territoriali Sociali.

Anche qui la programmazione suddetta si incrocia ed è supportata grazie all'attuazione delle linee di interventoprogettate a valere sulla Missione 5 - Inclusionee coesione e sulla Missione 6 - Salute unitamente a quelle per la rigenerazione urbana e la mobilità accessibile e sostenibiledel PNRR (art. 21 co. 8).

L'intima e profonda connessione tra alcuni passaggi chiave delle procedure del d.lgs con gli obiettivi del PNRR – in materia di inclusione sociale e salute – acuisce il problema del dopo-2026: le strutture che dobbiamo mettere in campo e che sono parte essenziale della strategia di protezione e cura dell'anziano non autosufficiente come si troveranno ad operare una volta che il sostegno dei fondi europei sarà terminato?[9]. Il reperimento dei fondi indispensabili per mantenere in efficienza la complessa struttura operativa delle Case di comunità deve essere considerata una scelta obbligata che il nostro paese si troverà a dover affrontare e sarà quello il vero banco di prova per verificare l'effettiva

[8] Cfr. art. 27 e art. 10 del d.lgs. n. 29 del 2024.

[9] Le analisi svolte da AGENAS si sono tradotte in Linee di indirizzo che prefigurano i costi del numero elevato di personale medico, infermieristico e personale assistenziale e di supporto amministrativo necessario per il funzionamento h. 24, 7 giorni su 7, delle Case di Comunità: v. i dati riportati in *quotidianosanità.it* del 12 giugno 2024.

metabolizzazione delle priorità e dei bisogni non comprimibili in questo delicato versante delle prestazioni sanitarie e sociali[10].

Il problema della scarsità delle risorse potrebbe del resto avere già in questa prima fase effetti negativi che meritano attenta riflessione. Sul versante del sostegno alla non autosufficienza gravissima la riforma, adottata in via sperimentale fino al 2026, prevede la trasformazione dell'indennità di accompagnamento nella cd. "prestazione universale" che nel nuovo regime ingloberà anche una congrua integrazione della suddetta indennità di accompagnamento, integrazione che ha però un vincolo di destinazione imposto dal legislatore (costi di cura e assistenza a domicilio da parte di lavoratori domestici che devono essere assunti con regolare contratto ovvero acquisto di servizi finalizzati alla cura e all'assistenza forniti da imprese qualificate), pena, in caso di mancato utilizzo per le finalità sopra richiamate, la revoca della stessa[11].

Il tentativo lodevole di razionalizzare la modalità e le finalità di erogazione di questo fondamentale supporto vede però ridursi inspiegabilmente la platea degli anziani potenziali destinatari giacché è richiesta dal decreto la condizione del compimento degli 80 anni (art. 35 co. 1). Questo vincolo genera una inaccettabile discriminazione per quelle persone anziane, di età ricompresa tra i 65 e gli 80 anni, che per varie patologie (magari legate a decadimento psichico e cognitivo) vivono in condizioni di bisogno assistenziale gravissimo e che non avranno però accesso alla riforma in atto.

2.1. *I rapporti con la normativa preesistente (disabilità) e i silenzi del legislatore (il fattore di genere)*

La normativa italiana che per la prima volta affronta gli *status* e i diritti delle persone anziane si inserisce in un tessuto di regole settoriali preesistenti che fanno riferimento al trattamento di specifiche condizioni di vulnerabilità della persona. Ci riferiamo in particolare alla fragilità dell'essere persona con disabilità che ha vissuto una parabola evolutiva nel nostro ordinamento per effetto delle regole adottate nel 1992 e di recente modificate grazie al decreto legislativo n. 62 del 2024 che punta sulla valutazione multidimensionale e sulla definizione di un progetto di vita personalizzato e partecipato. Questi diversi ambiti di normazione sono destinati a interagire giacché sovente si registra l'intreccio tra le diverse vulnerabilità del corpo e della mente (il disabile che diventa persona anziana, ai sensi dell'art. 33) ovvero la concomitanza tra queste

[10] Cfr. G.Razzano, *Equità e integrazione: due principi chiave per un nuovo piano sanitario nazionale. Oltre la "Missione Salute" del PNRR*, in *Rivista AIC*, n. 2/2024.

[11] Cfr. artt. 34-36 del d.lgs. n. 29 del 2024

ultime con alcune importanti fragilità sociali (lo stato di povertà, l'immigrazione irregolare, l'appartenenza a una minoranza etnica etc.).

Non mancano inoltre alcune zone d'ombra nel complesso sistema normativo che sta imprimendo forma giuridica al tema dell'invecchiamento: a fronte di dati statistici che esprimono con nettezza il divario uomo/donna rispetto all'aspettativa di vita nei paesi dell'Unione europea ovverosia un'età media delle donne che è superiore di oltre cinque anni rispetto a quella degli uomini, non sembra essere stata in alcun modo presa in considerazione la questione della salute di genere che pure si porrà dal momento che, alla luce del *trend* sopra richiamato, l'invecchiamento sarà sempre più una questione femminile e lo sarà a livello globale[12]. È un aspetto importante con il quale la progressiva (e speriamo efficace e duratura) implementazione delle politiche per le persone anziane dovrà necessariamente fare i conti.

3. *Le coordinate costituzionali. Oltre le "sabbie mobili" della vulnerabilità*

La delega e il correlato decreto legislativo sulle politiche in favore delle persone anziane dovrebbero favorire una riflessione attenta sulle premesse culturali, sul significato e sulle sfide che l'invecchiamento propone a tutti i pubblici poteri, riflessione che in effetti è pressoché assente nel panorama degli studi di diritto pubblico italiano. Questa lacuna appare tanto più vistosa se paragonata con l'attenzione che da decenni la dottrina straniera riserva allo studio dei problemi sanitari, psico-sociali, economici e giuridici dell'invecchiamento[13].

Partiamo dunque dai principi costituzionali di riferimento. Il patto per la protezione degli anziani delineato dal decreto legislativo del 2024 è un patto

[12] I dati EUROSTATaggiornati(*https://ec.europa.eu/eurostat/web/interactive-publications/demography-2024*) evidenziano come la durata della vita delle donne sia superiore a quella degli uomini (l'aspettativa di vita per le donne è di 84,2, mentre quella degli uomini è di 78,9 anni): è dunque facile desumere che esiste e si accentuerà ancor più in futuro la prospettiva di genere nell'ambito delle politiche per l'invecchiamento. Sugli studi multidisciplinari dedicati al tema dell'invecchiamento al femminile v. da ultimo I. Paoletti, *Older Woman in Europe. A Human Rights-Based Approach*, London-NewYork, 2023. Si tratta in realtà di un *trend* globale giacché anche in America latina si registra un processo di femminilizzazione dell'invecchiamento. In quella parte di occidente i dati sono differenti da paese a paese, ma si rileva una comune tendenza nei paesi latinoamericani e nel Caribe verso l'aumento dell'aspettativa di vita che è vicina a quella dei paesi sviluppati: per una comparazione con il sistema europeo di protezione sociale dei diritti degli anziani v. A. Díaz-Tendero y G. Cruz-Martínez, *Políticas públicas y derechos humanos de las personas mayores en la Europa mediterránea y en América Latina y el Caribe: seguridad económica, salud y cuidados de larga duración*, in *Política y Sociedad*, 2023, 1 ss.

[13] Cfr. I. Doron, N. Georgantzi (a cura di), *Ageing, Ageism and the Law. European Perspective on the Rights of Older Persons*, Cheltenham (UK) - Northampton (USA), 2018 e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

che ha bisogno di essere consolidato e agganciato ai principi fondamentali dello Stato costituzionale moderno: in particolare il patto intergenerazionale, che sembra ispirare e sorreggere molte di queste misure sul versante della promozione dell'invecchiamento attivo, può costituire una ottima base per radicare la cultura della complessità dell'*Ageing*, cultura che si può e si deve opporre a qualunque tentativo di semplificazione e di omologazione allo stereotipo che fa coincidere la vecchiaia con la vulnerabilità.

Si tratta di un patto sociale che trova in effetti solidi ancoraggi nel sistema costituzionale: la dignità della persona, fondata sul pieno godimento dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost.), è del resto legata (anche) alle diverse stagioni della vita e in questo caso va declinata con riferimento alla persona che vive l'età anziana. Il patto (indispensabile) tra generazioni è il filo rosso che accomuna le diverse declinazioni della sostenibilità accolte dalla Carta costituzionale: quel patto deve essere valorizzato nella misura in cui è riconducibile alla dimensione della solidarietà (art. 2 Cost.) da intendere come elemento costitutivo del principio personalista[14].

Da un lato, l'art. 81 Cost., così come riformato nel 2012, esprime indirettamente la finalità ultima dell'obiettivo di riportare i bilanci pubblici in equilibrio ovverosia il bisogno che l'indebitamento (che pesa come stock complessivo e per gli interessi da corrispondere per finanziare il debito) sia attentamente valutato dal Parlamento come ipotesi residuale, in virtù dell'impatto sulle generazioni future che si troveranno a vivere quel peso per la scelte politiche dell'oggi[15].

Dall'altro lato, la recente declinazione della sostenibilità in materia ambientale porta con sé una diversa concezione della persona e dei rapporti tra generazioni: la consapevolezza in merito alla finitezza delle risorse naturali vitali del pianeta costituisce la premessa accolta dal Parlamento italiano che nel 2022 ha modificato l'art. 9 Cost. elevando a principio fondamentale la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi nella consapevolezza che siffatto impegno/compito della Repubblica è stato assunto "anche nell'interesse delle generazioni future" e ha espressamente inserito tra i limiti apponibili alla libertà di impresa il rispetto della salute e dell'ambiente (art. 41, co. 2 Cost.), oltre a immaginare strumenti di coordinamento e direzione dell'intervento pubblico nei rapporti economici anche "a fini ambientali" (art. 41, co. 3 Cost.). Resta ovviamente da monitorare il processo di attuazione di questi principi, processo che si intreccia

[14] Cfr. F. Polacchini, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, 2016, 25.

[15] Sulle (plurime) declinazioni costituzionali della sostenibilità, v. D. Porena, *Il principio di sostenibilità. Contributo alla studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017.

a doppio filo con il quadro europeo di regolazione riassunto nella formula del *Green Deal* e con le misure da realizzare nell'ambito dell'obiettivo specifico della "transizione ecologica" così come declinato nel PNRR[16].

Nel solco di queste premesse costituzionali, il patto tra generazioni può fornire una utile chiave di lettura anche per le diverse misure in materia di invecchiamento attivo nella misura in cui quel patto arricchisce e dà piena forma alla dimensione e all'obiettivo più ampio della "sostenibilità sociale".

Se ci si colloca in questa prospettiva interpretativa è possibile sottrarsi al (ricorrente) filo rosso della vulnerabilità che è presente anche nel dibattito giuspubblicistico italiano per effetto del consolidamento di alcuni filoni giurisprudenziali elaborati in particolare nell'ambito del sistema internazionale europeo di protezione dei diritti umani.

Nell'ambito del Consiglio d'Europa la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non contiene, come è noto, garanzie esplicite sui diritti sociali, ma ciò non ha impedito alla Corte di Strasburgo di tessere trame giurisprudenziali in grado di accogliere le fragilità, inclusa quelle delle persone anziane. Per queste ultime i profili di violazione delle norme convenzionali hanno riguardato il diritto alla vita (persona anziana malata di Alzheimer scomparsa in quanto non adeguatamente vigilata dal personale della casa di cura)[17] o ancora le precarie condizioni di salute di persone detenute in là con gli anni o ancora le conseguenze sulla vita degli anziani delle misure adottate sul versante dei tagli alle pensioni ai tempi della grave crisi economico-finanziaria dell'area euro. Su questi ultimi versanti si registra però una costante chiusura dei giudici di Strasburgo (inammissibilità/manifesta infondatezza) che hanno avallato l'idea della prevalenza del margine di apprezzamento statale in ordine alla realizzazione delle misure di risanamento dei conti pubblici ed alle scelte di politica sociale[18].

Diverso è il discorso per la implementazione della Carta sociale europea (revisionata nel 1996), che invece declina formalmente le prospettive dell'impegno degli Stati parte verso la promozione sociale dell'anziano: nell'art. 23 della suddetta Carta si afferma infatti il diritto alla protezione sociale delle persone anziane e si esalta il valore della partecipazione sociale e culturale

[16] Sulle declinazioni attuali dello sviluppo sostenibile alla luce della riforma costituzionale del 2022 e degli obiettivi del PNRR, v. i contributi raccolti in B.G. Mattarella (a cura di), *Il governo dello sviluppo sostenibile*, Torino, 2023.

[17] Cfr. Corte EDU, sentenza 17 gennaio 2008, *Dodov v.Bulgaria*, con la quale sono state condannate le lacune assistenziali e di controllo della casa di riposo in cui era ricoverata l'anziana signora malata di Alzheimer scomparsa, mentre sono state rigettate le richieste di condanna a carico delle autorità di polizia per le azioni svolte nella fase delle indagini e delle ricerche immediatamente dopo il fatto.

[18] Cfr. L. Jimena Quesada, *Derechos relativos al bienestar y el cuidado de las personas mayores a la luz de los estándares evolutivos del sistema europeo*, in *Política y Sociedad*, 2023, 1 ss.

dell'anziano, il diritto a vivere in abitazioni appropriate e alla assistenza/cura adeguate nonché al rispetto dei diritti nella case di cura. Su questo versante va precisato l'atteggiamento del Comitato dei diritti sociali (CEDS) che nella sua "giurisprudenza" ha ragionato sulle condizioni di vita necessarie per garantire alle persone anziane uno spazio temporale attivo all'interno della società più a lungo possibile. In un recente passato (2012) è stata ad esempio netta la condanna della Grecia per aver adottato, nel quadro delle misure imposte dalla *Trojka* per fare fronte all'indebitamento e alla grave crisi fiscale dello Stato, misure sproporzionate di tagli alle pensioni, tagli che sono stati riconosciuti come la causa di eccessive e dannose forme di precarizzazione di persone vicine alla pensione o già in età pensionabile.

Resta ovviamente da considerare problematicamente il peso della scelta "storica" di mantenere, nell'ambito del sistema internazionale europeo di protezione dei diritti umani, un doppio binario con il conseguente cammino in parallelo tra le garanzie dei diritti contemplati dalla CEDU, elaborate con gli strumenti di cui è titolare la Corte di Strasburgo e le garanzie dei diritti economici e sociali affidate ai pareri del CEDS.

In questo quadro appare decisamente problematico il ragionamento della Corte europea di Strasburgo quando ha dato vita, in chiave di interpretazione evolutiva delle garanzie convenzionali, a un percorso – assai creativo e tutt'altro che lineare negli esiti – sugli obblighi di protezione che incombono sugli Stati in presenza di soggetti ovvero gruppi sociali qualificati di volta in volta come "vulnerabili" o "particolarmente vulnerabili". È opportuno evidenziare in particolare le scelte elaborate a Strasburgo attorno alle peculiare vulnerabilità dei minori di età: la connessione posta dai giudici tra vulnerabilità e condizione del minore di età ha favorito in genere l'accertamento della responsabilità dello Stato denunciato. In termini ancora diversi i giudici di Strasburgo hanno disegnato la vulnerabilità dell'essere donna, in quanto la speciale protezione che è dovuta dallo Stato a tale categoria di persone scatta solo in presenza di condizioni particolari (donna incinta e donna vittima di violenza domestica). Peraltro, anche all'interno di quest'ultimo schema interpretativo non mancano soluzioni giurisprudenziali che invece lasciano completamente in ombra le peculiari ed evidenti fragilità personali e sociali della donna[19].

[19] È il caso delle peculiari condizioni di debolezza in cui versava la ricorrente nel caso *Garib* in cui la Corte EDU evita completamente di prendere in considerazione le condizioni personali della ricorrente, donna, madre *single* di due figli in condizioni di povertà e bisognosa dell'assistenza pubblica: v. sul punto L.Cassetti, S.Bruno, *La Corte di Strasburgo tra misure discriminatorie e politiche urbane per i territori eccezionali. Il caso* Garib v. The Netherlands, in *federalismi.it*, Focus Human Rights, n. 2/2019.

In questa selezione "mobile" di casi (riconducibili a condizioni personali legate all'età e al sesso) è doveroso rimarcare la pressoché totale irrilevanza che nell'argomentare dei giudici di Strasburgo è riservata alla condizione della persona anziana che pure può vivere, sempre in ragione dell'età, una situazione di vulnerabilità più o meno accentuata[20].

Sappiamo altresì che la nozione (elastica e sfuggente) di vulnerabilità ha favorito, per effetto del collegamento con la dignità della persona radicata nei parametri degli articoli 2 e 3 della Costituzione, l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul versante della fragilità di alcuni soggetti in virtù di *status* personali (età, sesso ovvero condizioni personali/sociali). Anche nell'esperienza costituzionale italiana la casistica giurisprudenziale in questione non è affatto esente da critiche soprattutto sul versante del rischio del paternalismo giudiziario e sul versante del (dubbio) rispetto dei principi di laicità e pluralismo. Gli esempi più evidenti sono forniti dal ragionamento che ha indotto i giudici costituzionali a valutare la peculiare situazione di debolezza in cui versano le donne dedite alla prostituzione (sentenze nn. 141 e 278 del 2019) o ancora le condizioni giuridiche che circondano il perimetro della complessa e problematica decisione sul fine vita (Corte cost. ord. n. 207 del 2018 e sent. n. 242 del 2019 nonché la recente ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale n. 32 del 2024[21]), perimetro delineato dai giudici costituzionali nel silenzio – ormai assordante – del legislatore[22].

È dunque preferibile, in armonia con l'architettura della normativa sulla protezione degli anziani sopra richiamata, prendere atto della complessità dello *status* di anziano e su questa base valorizzare al massimo le potenzialità della valutazione "individuale" delle possibilità di partecipazione alla vita sociale ed economica come anche, sul versante opposto, dell'eventuale (specifico) bisogno di cura e di assistenza della persona anziana. In questa dimensione è ragionevole ridurre al minimo i rischi della omologazione a stereotipi ed evitare pericolose semplificazioni fondate sulla "fragilità/vulnerabilità".

[20] Giustamente se lo chiede in chiave critica P. Scarlatti, *I diritti delle persone vulnerabili*, Napoli, 2022, 49, nt. 12.

[21] Cfr. Ordinanza n. 32 del 17 gennaio 2024 con la quale il Tribunale di Firenze - Sezione del giudice per le indagini preliminari ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, come modificato dalla sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale, nella parte in cui richiede che la non punibilità di chi agevola l'altrui suicidio sia subordinata alla circostanza che l'aiuto sia prestato a una persona «tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale», per contrasto con gli articoli 2, 3, 13, 32 e 117 della Costituzione, quest'ultimo in riferimento agli articoli 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Le questioni di costituzionalità sono state poi rigettate della Corte cost. con sentenza n. 135 del 2024.

[22] Sono questi alcuni dei casi giurisprudenziali presi in esame da P. Scarlatti, *op. cit.*, 119.

4. *Quale apporto dal diritto internazionale pattizio?*

Se è indiscussa la premessa dalla quale abbiamo preso le mosse per questa ricerca, ovverosia la dimensione ormai "globale" del fenomeno dell'invecchiamento della popolazione, è doveroso chiedersi se, e in quale misura, il diritto internazionale pattizio sia in grado, anche in virtù del vincolo art. 117 co. 1 Cost. di guidare ed eventualmente rafforzare il cammino intrapreso di recente dal legislatore nazionale sul versante delle politiche per l'*Ageing*.

L'essere anziani rappresenta uno *status* ovvero una stagione della vita delle persone esattamente come lo sono l'infanzia e l'adolescenza: a differenza di queste ultime, però, le questioni relative all'invecchiamento non hanno ad oggi trovato alcuna formalizzazione della relativa tutela in ambito internazionale nel senso che non esiste una Convenzione sui diritti degli anziani adottata ovvero adottanda sotto l'egida delle Nazioni Unite[23].

Nel panorama del diritto internazionale pattizio fa però eccezione l'area latino-americana: grazie all'impegno dell'Organizzazione degli Stati Americani e in virtù dell'esperienza interpretativa maturata in seno alla Corte interamericana dei diritti umani, nel 2015 è stata approvata la Convenzione interamericana sui diritti degli anziani. Questo Trattato ha attivato un fecondo e rapido processo di ratifica da parte dei principali paesi del Centro e del Sud America, ratifica che in realtà si coniuga con il *favor* esplicito, formalizzato in molte Costituzioni di quell'area, verso le garanzie dei diritti umani elaborate in ambito internazionale. In virtù del rinvio costituzionale ai livelli di garanzia offerti dai trattati internazionali è stato in realtà possibile innescare un processo virtuoso che vede oggi importanti democrazie latino-americane impegnate nell'opera di dare concreto svolgimento in ambito nazionale agli obiettivi e agli impegni formalizzati nella suddetta convenzione. Un esempio virtuoso di come la fiducia estrema nella forza progressiva degli accordi internazionali e nella cultura internazionale consolidata attorno ai diritti umani (tale è la fiducia che quei patti sono considerati parte integrante del blocco di costituzionalità) stia in effetti fornendo una sponda importante in quella parte di occidente per sperimentare questo tipo di meccanismi di garanzia. La sfida aperta dalla Convenzione interamericana del 2015 è ambiziosa anche per la ricchezza e il dettaglio con cui declina le forme di tutela dei diritti degli anziani. In effetti, in assenza di un sistema di protezione di *welfare* pubblico, che ha sostanzialmente caratterizzato l'evoluzione del costituzionalismo europeo del secondo dopo-

[23] Si interroga sulle cause che sono alla base di questa perdurante lacuna del diritto internazionale elaborato in ambito ONU, J. Dabbs Sciubba, *Explaining campaign timing and support for a UN Convention on the Rights of Older People, in The International Journal of Human Rights*, 2014, vol. 18, 4-5, 462 ss.

guerra, la via delle garanzie internazionali dei diritti umani riferiti alle persone anziane sembrerebbe voler fornire una solida sponda per l'approfondimento e l'effettività delle garanzie da parte degli ordinamenti nazionali parti dell'OSA, in particolare là dove la dimensione costituzionale riconosce espressamente il rango costituzionale dei Trattati internazionali. Questo circuito virtuoso vede ovviamente protagonisti i giudici e, in particolare, i giudici costituzionali impegnati in un dialogo serrato e costante con le posizioni assunte dalla Corte interamericana dei diritti umani.

È proprio dalla giurisprudenza della Corte IDU che provengono del resto interessanti pronunce adottate negli ultimi anni (2018-2021) in materia di protezione effettiva di alcuni diritti fondamentali delle persone anziane, sia sul versante del diritto alla salute, sia per quanto attiene al diritto alla pensione nonché l'accesso alla giustizia[24]. La Corte interamericana in realtà esprimeva già nel 2018 piena consapevolezza in merito alla centralità e alla ineludibilità del fenomeno dell'invecchiamento demografico spostando l'attenzione sulla necessità che gli Stati garantiscano il diritto alla salute delle persone anziane soprattutto quando gli stessi siano affetti da malattie croniche ovvero in fase terminale: numerosi e precisi sono stati gli obblighi imposti allo Stato denunciato (Cile), obblighi che includono il rafforzamento della rete ospedaliera oltre a una serie di azioni concrete da intraprendere per diffondere la cultura dei diritti umani che devono essere riconosciuti alle persone anziane[25].

È dunque auspicabile che nella dinamica della reciproca influenza tra i sistemi di protezione dei diritti umani si riesca a fissare livelli elevati di protezione e a diffondere la cultura della complessità dell'invecchiamento.

[24] Un'analisi di questa giurisprudenza è svolta da H.Miranda Bonilla, *La tutela de las personas mayores en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos*, in IUSTITIA, 26, n. 303, julio-settembre 2022, 25 ss.

[25] Sulla centralità della sentenza Corte IDU, *Poblete Vilches y Otros vs Chile*, 8 marzo 2018, Serie C, n. 349 spec. par. 130, v. H. Miranda Bonilla, *op. cit.*, 30-32.

Emilio Castorina[*]

CITTADINANZA EUROPEA E "LIMITI SOCIALI DEL MERCATO"

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La cittadinanza europea come *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri nella "comunità di diritto". – 3. *Segue*. La "struttura autonoma" di essa rispetto alle cittadinanze nazionali. – 4. La crisi sanitaria e la crisi economica: un andamento contraddittorio per la cittadinanza europea. – 5. *Segue*. La pandemia da Coronavirus e la "apertura" dell'Unione verso un sistema europeo di solidarietà multilivello. – 6. *Segue*. La clausola di condizionalità economica e la "frattura" dello statuto giuridico della cittadinanza europea. – 7. Dalla "crisi ecologica" un rilancio per la cittadinanza europea?

1. *Premessa*

«La società civile europea e i suoi apparati governanti sono chiamati oggi (…) a compiere un salto di qualità non più rinviabile», dovendosi «trascorrere in modo definitivo e stabile (…) ad un assetto più maturo e rivolto a realizzare l'obiettivo della costruzione di un ordine complessivo, politico e sociale assieme, che è la meta ormai chiaramente assegnata ai suoi popoli dai Trattati»: nella breve ma intensa "Nota introduttiva" al volume *Unione europea e limiti sociali del mercato*[1], Salvatore Prisco, oltre vent'anni addietro, in questi termini auspicava che l'integrazione sovranazionale prendesse forma intorno a un "modello sociale europeo" volto al perseguimento di uguali condizioni materiali di esistenza delle persone.

Nel percorso verso una «definitiva e compiuta integrazione continentale», il giurista partenopeo avvertiva, in particolare, come «gli assetti di *welfare* siano comunque ineliminabili alla luce dell'evoluzione storica e culturale del continente», ma, al tempo stesso, reputava «necessaria una profonda riforma, che appunto li faccia salvi nell'essenziale, giacché la loro attuale configurazione all'interno dei diversi scenari nazionali soffre in diversi casi di una patente inefficienza». In particolare, il contesto italiano procede «troppo lentamente nell'effettività di realizzazione e comunque a velocità diversa nei singoli segmenti territoriali, a motivo del noto, storico dualismo di sviluppo socioecono-

[*] Ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Catania, ecastorina@lex.unict.it.

[1] Il volume, edito nel 2002, costituisce il risultato scientifico di un progetto di ricerca condotto dalla Seconda Università degli Studi di Napoli sul tema "La costituzione economica e i diritti sociali. I riflessi del processo di integrazione comunitaria".

mico ed istituzionale, rispetto al cui tendenziale superamento il vincolo europeo funziona da stimolo»[2].

Le sopra richiamate notazioni sono ancora attuali, atteso che alcuni segnali di avanzamento verso un ordine sociale possono intravvedersi nel rafforzamento della cittadinanza europea in una duplice direzione: come componente costitutiva della "società europea" e anche come fattore di coesione interna degli ordinamenti nazionali degli Stati membri.

2. *La cittadinanza europea come* status *fondamentale dei cittadini degli Stati membri nella "comunità di diritto"*

L'istituzione, col Trattato di Maastricht (art. 8), della cittadinanza è considerata l'avvio della costruzione di un'area socio-politica sovranazionale[3], caratterizzata dalla condivisione dei valori democratici del costituzionalismo europeo e, quindi, da una identità comune da fortificare progressivamente mediante il riconoscimento di un «legame politico diretto fra i cittadini degli Stati membri e l'Unione europea»[4].

L'integrazione non procede, dunque, soltanto nella prospettiva economica[5]: i diritti fondamentali della persona sono stati ben presto considerati parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza[6], coinvolgendo persone e Stati in una unica "Comunità di diritto"[7].

Tale concezione è presente nella giurisprudenza della Corte di giustizia già negli anni Sessanta, anche se essa è stata più compiutamente enunciata, com'è noto, nella sentenza *Le Verts* del 1986[8], concernente la questione della violazione del principio di uguaglianza davanti alla legge da parte di una decisione dell'Ufficio di presidenza del Parlamento europeo in materia di stanziamenti

[2] S. Prisco, *Nota introduttiva*, in *Unione europea e limiti sociali del mercato*, a cura di S. Prisco, Torino 2002, 4 ss.

[3] A. Tizzano, *Alle origini della cittadinanza europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 4/2010, 1031 ss.; J. Shaw, *The Interpretation of European Union Citizenship*, in *The Modern Law Review*, Vol. 61, No. 3 (May, 1998), 293-317.

[4] In questi termini, la Relazione della Commissione delle Comunità europee sulla cittadinanza dell'Unione COM (93) 702 def, del 21 dicembre 1993.

[5] Cfr. le Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, presentate il 12 aprile 2018 nella Causa C-335/17, *Neli Valcheva contro Georgios Babanarakis*, punto n. 25.

[6] Sentenza *Stauder*, 12.11.1969, C-26/69; sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*, 17.12.1970, C-11/70. In dottrina, fra i tanti, A. Ciancio, *A margine dell'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali in ambito europeo, tra luci ed ombre*, in *federalismi.it*, n. 21/2012.

[7] M. P. Chiti, *Dalla «Comunità di diritto» alla Unione dei diritti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008.

[8] Causa C-294/83.

economici, destinati al rimborso delle spese delle formazioni politiche partecipanti alle elezioni europee del 1984. Ancor prima, nel giudizio *Van Gend & Loos*, il giudice europeo, com'è noto, sottolineò che i soggetti dell'ordinamento comunitario non sono soltanto gli Stati, poiché il sistema comunitario prevede «organi investiti istituzionalmente di poteri sovrani da esercitarsi nei confronti sia degli Stati membri sia dei loro cittadini»[9].

Nella sentenza *Costa* del 15 luglio 1964, la Corte di giustizia ha dichiarato che l'istituzione, da parte del Trattato CEE, di un proprio ordinamento giuridico, accettato dagli Stati membri a condizioni di reciprocità, ha per corollario che essi non possono far prevalere contro tale ordinamento giuridico propri unilaterali provvedimenti, né opporre al diritto derivante dal Trattato CEE una qualsiasi norma di diritto nazionale, senza far perdere a tale diritto il proprio carattere comunitario e senza mettere in discussione il fondamento giuridico della Comunità. In particolare, il giudice europeo ha tenuto a rimarcare che l'efficacia del diritto comunitario non può variare da uno Stato membro all'altro per effetto di leggi interne posteriori senza mettere in discussione gli scopi del Trattato e causare discriminazioni in base alla cittadinanza[10].

La Corte costituzionale italiana – già prima di Maastricht – pur non condividendo la tesi sostenuta dalla Corte del Lussemburgo, secondo cui le fonti normative della Comunità e quelle del singolo Stato sono da ritenersi integrate in un unico sistema, ha concluso, com'è noto, nel senso che «il regolamento comunitario è sempre e subito applicato dal giudice italiano, pur in presenza di confliggenti disposizioni della legge interna», anteriori o successive; infatti, «esso serve a stabilire e garantire condizioni di parità, sia degli Stati membri, sia dei loro cittadini, di fronte al modo come funziona la disciplina e la stessa organizzazione del Mercato Comune»[11].

Non appare rilevante, allora, che i cittadini europei non diano luogo a un unico popolo nel senso tradizionale del termine, per via della natura di ente non a fini generali che ancor oggi caratterizza l'Unione, poiché l'art. 2 del vigente Trattato sull'Unione di Lisbona ribadisce – mediante una "super-norma" dell'ordinamento europeo – che i valori comuni su cui si fonda costituiscono le premesse per la progressiva formazione di un nuovo e più ampio "*demos*", da realizzare mediante l'integrazione politica e sociale dei diversi popoli europei nel rispetto del principio di uguaglianza e di non discrimina-

[9] Causa C-26/62.

[10] Tale conclusione è consolidata nella giurisprudenza europea: cfr. sentt. 22 febbraio 2022, *RS*, Causa C-430/21; 21 dicembre 2021, *Euro Box Promotion e a.*, C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19, punto n. 246.

[11] Sentenza n. 170 del 1984 della Corte costituzionale, *Granital*, rel. La Pergola.

zione[12]. Secondo copiosa giurisprudenza, infatti, la cittadinanza dell'Unione è destinata ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri (siano essi economicamente attivi o meno[13]), che consente a coloro che si trovino nella medesima situazione di ottenere, negli ambiti di applicazione del Trattato[14], il medesimo trattamento giuridico indipendentemente dalla cittadinanza nazionale, fatte salve le eccezioni espressamente previste[15].

Si può, del resto, concepire una "comunità di diritto" solo se – riprendendo le parole dell'Avvocato Generale M. Poiares Maduro – si assume che questa cittadinanza, pur complementare rispetto a quelle nazionali, nel senso che non le sostituisce, rappresenta «il fondamento di un nuovo spazio politico, dal quale scaturiscono diritti e doveri che vengono fissati dal diritto comunitario e non dipendono dallo Stato»[16].

3. Segue. *La "struttura autonoma" di essa rispetto alle cittadinanze nazionali*

Se è vero che la cittadinanza dell'Unione presuppone quella di uno Stato membro e che, in base al Trattato di Amsterdam (1997), la prima non sostituisce la seconda ma ne rappresenta un complemento, la nozione giuridica e politica, alla quale lo *status* europeo dà vita, si può qualificare come "autonoma" rispetto alla corrispondente appartenenza nazionale e si mantiene in vita sino a quando – come ha di recente precisato la Corte del Lussemburgo – persiste il collegamento politico all'Unione dello Stato membro[17].

[12] Per tali notazioni, sia consentito rinviare a E. Castorina, *I valori fondanti dell'Unione europea*, in *Riflessioni sul processo costituente europeo*, Torino 2010, 391.

[13] Cfr. le Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, presentate il 20 maggio 2014, nella causa C-202/13, *Sean Ambrose McCarthy Helena Patricia McCarthy Rodriguez Natasha Caley McCarthy Rodriguez* contro *Secretary of State for the Home Department*, punto n. 39.

[14] Tra le situazioni che rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario figurano quelle riguardanti l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato e, in particolare, della libertà di circolare e di soggiornare sul territorio degli Stati membri, come conferita dall'art. 18 CE.

[15] Tra le prime pronunce della Corte del Lussemburgo, al riguardo, le sentenze 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, punto n. 31; 11 luglio 2002, causa C-224/98, *D'Hoop*, punto n. 28; 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello*, punti nn. 22 e 23, e 29 aprile 2004, causa C-224/02, *Pusa*, punto n. 16. Con la sentenza *Martínez Sala* (12 maggio 1998, causa C-85/96) la Corte ha riconosciuto alla cittadinanza europea efficacia diretta nell'ambito della previdenza sociale.

[16] Conclusioni presentate il 30 settembre 2009, nella causa C-135/08, *Janko Rottmann* c. *Freistaat Bayern*.

[17] Corte di giustizia (Grande Sezione), sent. 9 giugno 2022, Causa C-673/20, *EP contro Préfet du Gers, Institut national de la statistique et des études économiques*. La Corte ha chiarito che, dal momento del recesso del Regno Unito dall'Unione europea (1° febbraio 2020), i cittadini britannici che hanno trasferito la loro residenza in uno Stato membro prima della fine del

Si tratta, in realtà, di «due nozioni allo stesso tempo inestricabilmente connesse e autonome», in quanto sono tenute insieme, appunto, da un «collegamento politico» che unisce i popoli europei in uno spazio di diritti e di doveri, fondati sul reciproco impegno «ad aprire le rispettive comunità politiche agli altri cittadini europei e a costruire una nuova forma di solidarietà civica e politica su scala europea»[18].

La cittadinanza dell'Unione non è, tuttavia, una "conchiglia vuota"[19]: una reale Comunità politica europea sarebbe impensabile senza una forma di comune appartenenza in funzione identitaria. Essa è il fondamento di uno spazio politico, dal quale scaturiscono diritti e doveri per i cittadini degli Stati membri (art. 17.2 TCE): in questi termini è stata particolarmente valorizzata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia proprio nel suo nucleo essenziale, consistente nel divieto di discriminazione in base alla nazionalità (art. 12 TCE), del quale è possibile seguirne gli sviluppi sotto un duplice versante.

Da un lato, dal divieto di discriminazione discende il diritto dei cittadini europei al riconoscimento in tutti gli Stati membri del medesimo trattamento giuridico accordato ai cittadini di tali Stati che si trovino nella medesima situazione. Dall'altro, come la stessa Corte del Lussemburgo ha parimenti indicato[20], questi hanno diritto, nello Stato membro di cui abbiano la cittadinanza, al trattamento in vigore nel proprio ordinamento nazionale nel caso in cui de-

periodo di transizione non beneficiano più dello *status* di cittadino dell'Unione né, in particolare, del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali nello Stato membro di residenza, anche qualora siano altresì privati, in forza del diritto dello Stato di cui sono cittadini, del diritto di voto alle elezioni indette da quest'ultimo Stato.

[18] In questi termini, M. Poiares Maduro, nelle Conclusioni presentate il 30 settembre 2009, nella causa C-135/08, Janko Rottmann c. Freistaat Bayern, cit., punto n. 23. Sul principio di solidarietà, cfr. più di recente la sent. C-848/19 P del 15 luglio 2021, *Repubblica federale di Germania, Repubblica di Polonia contro Commissione europea e altri*.

[19] L'espressione si deve all'Avvocato Generale Melchior Wathelet, nelle Conclusioni presentate il 14 aprile 2016 nella causa C-115/15, *Secretary of State for the Home Department* c. *NA*.

[20] Sentenza *Herbert Schwarz, Marga Gootjes-Schwarz e Finanzamt Bergisch Gladbach* dell'11 settembre 2007, Causa C-76/05, punti nn. 88-94, in cui si dichiara incompatibile col diritto dell'Unione una normativa nazionale che introduce una differenza di trattamento tra contribuenti, soggetti all'imposta sul reddito in Germania, che hanno scolarizzato i loro figli in una scuola situata in Germania e coloro che hanno mandato i loro figli a studiare in una scuola situata in altro Stato membro, non riconoscendogli il medesimo beneficio fiscale e, così, svantaggiando i propri cittadini per il solo fatto che hanno esercitato la libertà di circolare e di soggiornare in un altro Stato membro, con restrizione, dunque, delle libertà riconosciute dall'art. 18, n. 1, CE a tutti i cittadini dell'Unione. La Corte, nella circostanza, ha chiarito che i corsi impartiti da istituti scolastici finanziati essenzialmente da fondi privati, in particolare dagli alunni o dai loro genitori, costituiscono servizi ai sensi dell'art. 50 CE e che lo scopo perseguito dagli istituti d'istruzione consiste nell'offrire una prestazione in cambio di un corrispettivo.

cidano di esercitare le facoltà connesse alla libertà di circolazione e soggiorno prevista dal Trattato.

Il principio di non discriminazione opera, dunque, lungo il duplice versante su cui si riflette la "strutturazione autonoma" della cittadinanza dell'Unione rispetto alle singole cittadinanze nazionali: in quello "esterno", non ammettendo disparità di trattamento rispetto ai cittadini dello Stato membro ospitante, allorché vengano esercitati diritti previsti dai Trattati e, prima fra tutte, la libertà di circolazione e soggiorno; in quello "interno", non potendosi ammettere discriminazioni a danno di colui che richieda tutela e domandi di essere integrato nello Stato di appartenenza[21], allorché vengano in considerazione diritti previsti dai Trattati. Al riguardo, la Corte di giustizia ha precisato che l'articolo 20 TFUE osta a provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini europei del godimento reale ed effettivo dei diritti derivanti dal loro *status*, potendosi avvalere, anche nei confronti dello Stato membro di cui hanno la cittadinanza, dei diritti derivanti dalla cittadinanza sovranazionale[22].

In definitiva, sia nella sfera europea sia in ambito nazionale, la "autonomia" della cittadinanza europea conferisce ai titolari di essa "diritti originari"[23]. Questa cittadinanza può essere intesa, dunque, come una vera e propria "condizione della persona" che non tollera – né nello Stato membro ospitante, né in quello di cui abbia la cittadinanza – deroghe all'uguaglianza formale davanti alla legge (art. 3, comma primo, Cost.), che non siano dipendenti, secondo il diritto europeo, da considerazioni oggettive e adeguatamente commisurate allo scopo legittimamente perseguito nei singoli ordinamenti statali e che non siano unicamente dipendenti dalla cittadinanza nazionale delle persone interessate.

I consistenti progressi dell'integrazione fino ai giorni nostri confermano l'idea secondo la quale una "reale Unione" richiede l'effettivo superamento delle disuguaglianze esistenti fra i cittadini degli Stati membri mediante la promozione della coesione economica e sociale. In tale prospettiva, può ben dirsi che lo *status* di cittadino europeo debba essere apprezzato, essenzialmente, alla luce del carattere dinamico e progressivo dell'integrazione di persone e Stati nella "comunità di diritto"[24].

[21] Cfr. le Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar presentate il 4 febbraio 2016 nella causa C-165/14, *Alfredo Rendón Marín* c. *Administración del Estado*, punto n. 116.

[22] Cfr. il punto n. 42 della sentenza dell'8 marzo 2011, *Ruiz Zambrano* (causa C-34/09), ma anche le sentenze del 5 maggio 2011, *McCarthy* (causa C-434/09), punto n. 48, del 15 novembre 2011, *Dereci e a.* (causa C-256/11), punto n. 63, nonché del 6 dicembre 2012, *O e a.*, (cause C-356/11 e C-357/11), punto n. 44.

[23] Così la sentenza della Corte 13 settembre 2016, nella causa C-304/14, *Secretary of State for the Home Department* contro *CS*, punto n. 28.

[24] C. Closa, *The concept of citizenship in the Treaty on European Union*, in *Common Market Law Review*, Vol. 29, No. 6, 1992, 1167 (1992).

4. *La crisi sanitaria e la crisi economica: un andamento contraddittorio per la cittadinanza europea*

In occasione della crisi pandemica che ha investito anche l'intero continente europeo, il tema della cittadinanza dell'Unione è venuto particolarmente alla ribalta, evidenziando, tuttavia, un andamento contraddittorio: per un verso, ha registrato un forte segnale di apprezzamento a favore di una integrazione "più sociale" dell'Unione europea; dall'altro, invece, ha messo a nudo la mancanza di una concezione realmente condivisa e consolidata, su scala europea, dei valori di riferimento sui quali l'integrazione possa davvero avanzare unitariamente.

In particolare, il Coronavirus e il regime di c.d. condizionalità economica – cui si deve la regola, secondo la quale la erogazione agli Stati membri di fondi a carico del bilancio europeo dipende dal positivo riscontro del rispetto dei principi dello Stato di diritto – possono essere indicati, il primo, come l'occasione che ha rafforzato una più ampia fiducia verso una Unione europea sensibile e proattiva nei confronti dei bisogni essenziali dei cittadini europei; il regime di condizionalità, invece, ha evidenziato l'esistenza di ostacoli per la definizione di una comune identità europea, fondata sui contenuti liberali della concezione "civica" di cittadinanza e su valori ordinamentali realmente condivisi, a causa di perduranti violazioni dei principi dello Stato di diritto – in alcuni Stati membri reputate addirittura "sistemiche" – in grado di interferire seriamente su una sana gestione finanziaria dell'Unione, con pregiudizio per un consistente numero di cittadini e imprese[25].

5. Segue. *La pandemia da Coronavirus e la "apertura" dell'Unione verso un sistema europeo di solidarietà multilivello*

La crisi da Covid-19 ha messo in ginocchio, sin dai primi mesi del 2020, l'organizzazione dello Stato sociale nei Paesi membri: il sistema dell'assistenza sanitaria – negli ultimi anni, per altro, oggetto di severi depotenziamenti eco-

[25] Cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Rapporto 2023 sullo Stato di diritto*, COM(2023) 800 def, del 5 luglio 2023. In dottrina, cfr. I. Spadaro, *La crisi dello Stato di diritto in Ungheria, Polonia e Romania ed i possibili rimedi a livello europeo*, in *federalismi.it*, n. 14/2021, 178 ss., il quale, traendo spunto dal recente regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 sul c.d. meccanismo di condizionalità finanziaria e da una sintetica ricostruzione del concetto di *rule of law* nella cultura giuridica occidentale, esamina in chiave comparatistica i processi di «democratic back sliding» tuttora in corso in alcuni Stati membri, per poi interrogarsi sulla concreta efficacia dei rimedi attualmente previsti a livello europeo, nonché sulle possibili alternative in prospettiva *de iure condendo*.

nomici e organizzativi anche al fine di assicurare il rispetto dei vincoli europei – ha subito drammatiche sollecitazioni, come, del resto, è accaduto in altri importanti settori del *welfare* – quali il mercato del lavoro, l'istruzione e il sostegno delle disuguaglianze – che sono andati in sofferenza.

Alla luce dell'esperienza pandemica, in occasione del Vertice sociale di Porto del 7-8 maggio 2021, il Consiglio europeo ha discusso circa il rafforzamento dei meccanismi di tutela dei diritti sociali europei, auspicando un più efficiente coordinamento tra gli Stati membri e le istituzioni dell'Unione. Nella Dichiarazione finale del Vertice sono state evidenziate l'unità e la solidarietà europea nel fronteggiare il Covid-19, convenendo, comunque, di dover procedere con più determinazione verso una "Europa sociale" che tenesse conto dei mutamenti dello stile di vita, del mercato del lavoro, dei consumi e delle transizioni verde e digitale, ai fini di una "una ripresa collettiva" mediante il rafforzamento della dimensione sociale dell'integrazione in aderenza al Pilastro europeo dei diritti sociali del 2017[26].

Nel contrasto alla crisi sanitaria da parte delle istituzioni dell'Unione, la cittadinanza europea ha mostrato la propria "struttura autonoma" rispetto alle singole appartenenze nazionali.

L'assunzione del compito di reperire sul mercato internazionale i vaccini in nome e per conto degli Stati membri – in esecuzione della Decisione della Commissione del 18 giugno 2020 C(2020) 4192 final, avente ad oggetto "*Approving the agreement with Member States on procuring Covid-19 vaccines on behalf of the Member States and related procedures*" – ha mostrato come sul tema della salute si siano aperti, "all'interno" dell'ordinamento europeo, margini di sviluppo della dimensione sociale dell'integrazione già a Trattati e riparto di competenze invariati, avendo assunto l'Unione un'importante "quota di partecipazione" alla tutela di diritti fondamentali ancora sostanzialmente riservata agli Stati membri: allo stato attuale dell'integrazione, infatti, vere e proprie aspettative di garanzia diretta del bene-salute possono essere nutrite dai cittadini degli Stati membri esclusivamente nei confronti dello Stato di appartenenza.

È utile segnalare che nella Comunicazione avente ad oggetto *Strategia dell'Unione europea per i vaccini contro la Covid-19*, COM(2020) 245 final, del 17 giugno 2020, la Commissione aveva presentato la strategia dell'U.E. – volta ad accelerare lo sviluppo, la fabbricazione e la diffusione di vaccini contro il Covid-19 – come iniziativa diretta «a contribuire a proteggere tutte le persone

[26] Si legge, in particolare, nella richiamata Dichiarazione finale: «l'Europa deve essere più che mai il continente della coesione sociale e della prosperità. Riaffermiamo il nostro impegno a lavorare per un'Europa sociale».

e in particolare i cittadini dell'U.E.». E così, alla debolezza degli Stati nel fornire, singolarmente, risposte pronte ed efficaci alla ingravescente crisi sanitaria, ha corrisposto una rilevante attività di sostegno e integrazione dei sistemi di assistenza sanitaria degli Stati membri, che ha impresso un volto "più umano" alle istituzioni dell'ente sovranazionale grazie all'assunzione di una diretta tutela del bene-salute.

Al riguardo, si sono indirizzate crescenti aspettative da parte dei cittadini europei circa l'assunzione di un ruolo più attivo dell'Unione in ambito sociale, come risulta da un'indagine speciale curata dal Parlamento europeo i cui esiti mostrano chiaramente che – mentre veniva registrata una limitata soddisfazione per la solidarietà emersa nei rapporti tra gli Stati membri durante la crisi – la maggioranza degli intervistati concordava, invece, sulla prospettiva che l'Unione europea dovesse disporre di maggiori competenze per affrontare le emergenze, auspicando, conseguentemente, un bilancio europeo più adeguato a tali fini[27].

A prescindere degli esiti di un semplice sondaggio d'opinione, la risposta europea all'emergenza sanitaria ha dato prova di un'operatività non guidata da logiche intergovernative, ma da intenti solidaristici e cooperativi: la Commissione si è resa promotrice, in posizione di indipendenza dai Governi nazionali, di un percorso di protezione della salute pubblica imputabile all'Unione nella sua interezza, sebbene quest'ultima non disponga di una competenza concorrente (né tanto meno esclusiva) nella tutela della salute, che ricade nella sfera delle competenze sovrane degli Stati membri[28].

[27] Si veda il rapporto *Citizens call for a bigger EU budget to tackle crisis*, in *www.europarl.europa.eu/at-your-service/it/be-heard/eurobarometer/public-opinion-in-the-eu-in-time-of-coronavirus-crisis-2*.

[28] È noto che, per quanto attiene specificamente ai medicinali e ai dispositivi di impiego medico, il TFUE – nell'ambito dei «problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica»: art. 4, par. 2, lett. k), TFUE; art. 168, par. 4, lett. c), TFUE – attribuisce all'Unione una competenza concorrente con quella degli Stati membri unicamente per quanto attiene alla fissazione di elevati parametri di qualità e sicurezza, i quali riguardano principalmente le autorizzazioni per l'immissione in commercio, il cui rilascio, di cui necessitano anche i presidi vaccinali, spetta alla Commissione europea su parere dell'Agenzia Europea per i Medicinali (EMA). Più in generale in materia, e per il resto, l'Unione può solo «sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri» (art. 6 TFUE) con iniziative che, nel settore della sanità pubblica, sono di ambito limitato, poiché «completano semplicemente le azioni degli Stati membri». Il Parlamento e il Consiglio dispongono, infatti, di prerogative tendenzialmente «deboli» e non legislative, si potrebbe dire d'incentivazione, al pari di quanto avviene in ulteriori settori in cui si pone il medesimo divieto di armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli ordinamenti nazionali, sancito, appunto, all'art. 168, par. 5, TFUE: rimane, dunque, «salva la responsabilità primaria degli Stati membri di proteggere dalle catastrofi le persone, l'ambiente e i beni, compreso il patrimonio culturale, sul loro territorio e di dotare i rispettivi sistemi di gestione delle

Il "ruolo guida" assunto dalla Commissione – si pensi anche alla costituzione di una scorta strategica (*rescEU*) di attrezzature mediche, nel contesto di rafforzamento del "Meccanismo di protezione civile", istituito nel 2001 per migliorare la prevenzione e la risposta alle catastrofi[29] – ha testimoniato una evidente presa di posizione verso il superamento, a Trattati invariati, della radicata concezione di «residualità» e «strumentalità» dei diritti sociali rispetto agli obiettivi economici del mercato unico, mostrando una significativa apertura verso un sistema europeo di "solidarietà multilivello"[30].

6. Segue. *La clausola di condizionalità economica e la "frattura" dello statuto giuridico della cittadinanza europea*

L'erogazione dei fondi europei per la ripresa economica, "condizionata" al rispetto dei principi dello Stato di diritto, determina la privazione, per un certo numero di cittadini europei, di diritti nascenti dal bilancio dell'Unione[31].

La clausola di condizionalità economica, ai sensi del Regolamento 2020/2092, è diretta, com'è noto, a salvaguardare gli interessi finanziari dell'Unione, ma porta a contraddire l'idea di una cittadinanza europea come *status* autonomamente strutturato rispetto alle singole cittadinanze nazionali, allorché uno Stato membro non sia ritenuto rispettoso dei valori su cui l'Unione si fonda (art. 2 TUE) in settori che rientrano nella competenza esclusiva statale, come ad esempio l'amministrazione della giustizia[32].

Secondo la Corte del Lussemburgo, il rispetto dei valori dello Stato di diritto «non può essere ridotto a un obbligo cui uno Stato candidato è tenuto al fine di aderire all'Unione e al quale potrebbe sottrarsi dopo la sua adesione»[33].

La clausola di condizionalità economica finisce, dunque, per indebolire la solidarietà tra i popoli dell'Unione (anch'esso valore contemplato all'art. 2

catastrofi di mezzi sufficienti per affrontare in modo adeguato e coerente catastrofi di natura e dimensioni ragionevolmente prevedibili e per le quali possono essere preparati».

[29] Cfr. *https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_20_476*.

[30] E. Castorina, *L'approvvigionamento centralizzato dei vaccini nell'U.E.: verso un sistema multilivello dei diritti sociali*, in *Questioni di diritto costituzionale nell'epidemia globale*, a cura di E. Castorina, Torino 2023, 49 ss.

[31] E. Castorina, *Il Piano per la ripresa tra condizionalità economica e rispetto dello Stato di diritto*, in *Questioni di diritto costituzionale*, cit., 95 ss.

[32] E. Castorina, *I valori fondanti dell'Unione europea*, in *Riflessioni sul processo costituente europeo*, a cura di E. Castorina, Torino 2010, 387.

[33] Cfr. Corte di giustizia, sent. 16 febbraio 2022, nella causa C-157/21, *Repubblica di Polonia* c. *Parlamento europeo, Consiglio dell'Unione europea*, punti n. 140 ss.; analogamente, sent. 16 febbraio 2022, nella causa C-156/21, *Ungheria* c. *Parlamento europeo, Consiglio dell'Unione europea*.

TUE), che si colloca tra i principi fondamentali dell'ordinamento europeo e sul quale si fonda la comune cittadinanza[34].

Come si può notare, la tutela diretta del bene-salute in occasione della crisi pandemica e la clausola di condizionalità per fronteggiare pericolose derive nazionali dai principi dello Stato di diritto hanno rivelato uno *status* "contraddittorio" e non unitario della cittadinanza europea. Quest'ultima, infatti, presenta contorni ancora deboli a causa della incompletezza del progetto costituente europeo, il quale, per un verso, mostra "aperture" a favore di esigenze vitali delle persone, ma, dall'altro, fa dipendere da condizioni istituzionali interne agli Stati membri la capacità di usufruire delle risorse derivanti dai bilanci dell'Unione, creando disparità di trattamento tra i cittadini europei.

I valori dello Stato di diritto definiscono l'identità dell'Unione quale ordinamento giuridico e, pertanto, quest'ultima è disposta a difenderli anche a costo di provocare "fratture" nello *status* unitario della cittadinanza europea. Da questo punto di vista, solo una più avanzata integrazione potrebbe autorizzare penetranti controlli da parte degli organi europei sul rispetto della legalità costituzionale degli Stati membri, movendo proprio "da un punto di vista europeo": ma per far ciò sarebbe necessario imboccare la strada della costituzionalizzazione ed effettiva federalizzazione dell'Unione, ovvero ricorrere al procedimento scandito all'art. 7 TUE, che rappresenta lo strumento, arduo ma certamente il più appropriato, da cui far dipendere la privazione di diritti derivanti dall'applicazione dei Trattati, poiché coinvolge aspetti di "sovranità non condivisa" e, come tali, rimessi alla esclusiva competenza del Consiglio europeo mediante una deliberazione unanime dei Capi di Stato e di governo[35].

7. *Dalla "crisi ecologica" un rilancio per la cittadinanza europea?*

In uno scenario ancora incerto, segnali di rilancio della cittadinanza europea si possono, tuttavia, intravedere nel percorso, avviato nel 2019, con l'*European Green Deal*, partendo dall'emergenza climatica.

In coerenza con l'accordo di Parigi del 2015, il *Green Deal* delinea gli obiettivi di sviluppo sostenibile e di neutralità climatica, i quali non sono perseguibili senza un radicale ripensamento delle abitudini di vita delle persone e delle comunità locali: la c.d. "cittadinanza verde" rappresenta un importante punto di avvio per arricchire la cittadinanza europea con una dimensione de-

[34] Cfr. la sent. 15 luglio 2021, *Germania/Polonia*, C-848/19, punto n. 38 ss.

[35] E. Castorina, *Il "federalismo imperfetto dell'Unione europea" e il rispetto dei principi dello Stato di diritto*, in *Rivista giuridica AmbienteDiritto.it*, n. 3/2021.

mocratica, civica, identitaria e partecipativa volta al conseguimento di nuovi obiettivi comuni[36].

Come ha precisato la Commissione, il Patto prevede il coinvolgimento della società civile e la partecipazione attiva dei cittadini europei, che andrà favorita anche mediante l'allestimento di spazi fisici e virtuali in cui essi potranno esprimere le proprie idee, nella prospettiva di rendere meno dannosi per l'ambiente la produzione di energia e gli stili di vita di ciascuno, ponendo il benessere delle persone e i diritti basilari di esse al centro delle politiche economiche.

Lo sviluppo sostenibile richiede, dunque, l'attuazione di «un nuovo patto che riunisca i cittadini, con tutte le loro diversità, le autorità nazionali, regionali, locali, la società civile e l'industria, in stretta collaborazione con le istituzioni e gli organi consultivi dell'U.E.»[37]: per queste ragioni, i cittadini sono indicati dalla stessa Commissione – che mirerebbe a rafforzare il progetto europeo instaurando un rapporto diretto con questi ultimi – come "il motore della transizione verde" e sono chiamati ad "agire insieme" con la consapevolezza che le questioni ecologiche globali, unitamente ad altrettante importantissime sfide in corso nelle società contemporanee (si pensi, ad es., ai fenomeni migratori o alla sicurezza pubblica), mettono in discussione il modello classico di cittadinanza, ereditato dalle rivoluzioni liberali ed essenzialmente fondato sulla titolarità di diritti[38], per accreditarne uno che considera la comune appartenenza all'Unione non uno *status* "passivo" o "privato"[39], ma una pratica attiva in cui ai diritti si accompagnano doveri e virtù[40], collegati alla «adozione di comportamenti eco-compatibili che si inseriscono senza frizioni nel quadro normativo e nei modelli comportamentali delle società democratiche occidentali (come le pratiche di riciclaggio, l'acquisto di prodotti biologici e a chilometro zero, la preferenza per i mezzi pubblici)»[41].

[36] Per uno spunto in tal senso, cfr. *The future of Environmental Citizenship in the EU*, a cura di A. Amand e E. Jareño Cuesta, College of Europe, 2021, 27.

[37] Cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. *Il Green Deal europeo*, COM/2019/640 final dell'11.12.2019.

[38] E.F. Isin, P.K. Wood, *Citizenship and identity*. Sage, 1999, 114; M.J. Smith, P. Pangsapa, *Environment and citizenship: Integrating justice, responsibility and civic engagement*, Zed Books 2008, 9.

[39] W. Kymlicka, W. Norman, *Return of the citizen: A survey of recent work on citizenship theory*, 1994, Ethics, 104(2), 352-381.

[40] A. Machin, E. Tan, *Green European citizenship? Rights, duties, virtues, practices and the European Green Deal*, in *European politics and society*, 2024, vol. 25, n. 1, 155.

[41] Cfr. C. Certomà, *Questione Ambientale e Transizione Ecologica*, in *https://web.uniroma1.it*, 4, con il richiamo alla impostazione di A. Dobson (*Citizenship and the environment*, New York, Oxford University Press 2003), secondo cui la cittadinanza ecologica si concentra sui doveri, così come sui diritti, e questi doveri sono dovuti, in modo non reciproco, da quegli

Come avverte il Regolamento (UE) sul clima[42], i singoli e le comunità dovranno svolgere un ruolo decisivo nel perseguimento degli "obiettivi verdi", enunciati al fine di proteggere, conservare e migliorare il patrimonio naturale dell'Unione e salvaguardare la salute e il benessere dei suoi cittadini dai rischi di natura climatica e ambientale. Tali obiettivi, per altro, sono sostenuti da una crescente consapevolezza, a livello nazionale, circa l'esistenza di un preciso impegno costituzionale alla salvaguardia dell'interesse delle generazioni future (art. 9, comma 3, Cost., aggiunto nel 2022) per l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi[43].

In conclusione, il *Green Deal* e l'attuazione del Pilastro dei diritti sociali, tra loro integrati, possono dare avvio a una strategia di economia sociale di mercato (art. 3.3 TUE), atta a sostenere il progresso dell'Unione europea come «società giusta, sana, sostenibile e prospera, con un'economia resiliente al servizio delle persone e della natura»[44]. Un programma certamente ambizioso, ma che permetterebbe di incrementare gli interventi diretti dell'Unione nei confronti dei "bisogni" dei cittadini correlati allo sviluppo dell'economia-verde.

In tale contesto, la cittadinanza riserva potenzialità sempre più inclusive ai fini del consolidamento di unico *demos* europeo, quando ancora appare lontano un decisivo avanzamento dell'Unione sul piano dell'organizzazione federale della esistente "comunità di diritto".

individui e comunità che occupano quantità insostenibili di spazio ecologico a coloro che ne occupano troppo poco.

[42] Regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 2021, che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il Regolamento (UE) 2018/1999 ("Normativa europea sul clima").

[43] La cui valorizzazione implica anche il contrasto al cambiamento climatico (R. Bifulco, *Ambiente e cambiamento climatico nella Costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, n. 3/2023).

[44] Cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. *Patto europeo per il clima*, COM(2020) 788 final del 9.12.2020.

Alessandro Catelani[*]

MAGGIORE RAPPRESENTATIVITÀ SINDACALE E "PARTI SOCIALI"

SOMMARIO: 1. I sindacati in Italia dal dopoguerra ad oggi. – 2. Il predominio assicurato ai sindacati finanziati dai partiti politici. – 3. L'art. 19 dello statuto dei lavoratori. – 4. L'incostituzionalità della «maggiore rappresentatività sindacale». – 5. I precetti costituzionali sulla libertà sindacale. – 6. Il computo delle deleghe per il versamento dei contributi. – 7. L'asserita presenza di una lacuna legislativa. – 8. L'esigenza ineludibile di riforme.

1. *I sindacati in Italia dal dopoguerra ad oggi*

La Costituzione repubblicana ha garantito nella sua assolutezza la libertà sindacale (art. 39, 1° comma). L'unica condizione che ha imposto per il riconoscimento dei sindacati è che garantiscano un ordinamento interno a base democratica (art. 39 cit., 3° comma)[1].

A quest'ultima prescrizione costituzionale, che aveva lo scopo di garantire la democraticità del sistema, non è mai stata data attuazione. E l'organizzazione sindacale ha subito un percorso completamente diverso da quello che la Costituzione aveva prescritto.

Dal dopoguerra ad oggi, l'organizzazione sindacale, dopo la caduta del regime corporativo, ha ben presto subito l'influenza dei maggiori partiti rap-

[*] Già ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Siena.

[1] G. SANTORO PASSARELLI, *L'organizzazione sindacale,* Diritto dei lavori e dell'occupazione, Cap. V, Torino, 2015, 38; ID., *L'autonomia collettiva da Francesco Santoro Passarelli a Gino Giugni*, in *Argomenti dir. lav.*, 2022, 1147; ID. *L'attività sindacale,* Diritto dei lavori e dell'occupazione, Cap. VI, Torino, 2015, 62; M. PERSIANI, *Rappresentatività e concorrenza sindacale,* 2022, 687; G. GIUGNI, *Diritto sindacale (con aggiornamenti),* Bari, 2014; M. RUSCIANO, *Sindacati e partiti nell'attuale momento storico*, in *Jus*, 2022, n. 1-2; M.V. BALLESTRERO, F. CARINCI, M. PERSIANI, M. RUSCIANO, T. TREU, *Libertà e attività sindacale a cinquant'anni dallo statuto dei lavoratori,* Tavola rotonda, Giornata di studio Aidlass, Lucca 5-6 maggio 2021, 915; G. PROSPERETTI, *Il problema della rappresentatività sindacale*, in *Dir. mercato lav.*, 2021, 257; U. ROMAGNOLI, *Sindacato e Costituzione: un incontro ravvicinato ma non troppo*, in *Lav. e dir.*, 2017, 649; G. BALLESTRERI, *Sindacato: autonomia e legge,* Milano, 2016; O. MAZZOTTA, *Diritto sindacale,* Torino, 2014; ID., *Libertà sindacale*, in *Dir. sindacale*, Cap. I, sez. I, Torino, 2914, 1; ID. *L'associazione sindacale*, in *Dir. sindacale*, Cap. I, Sez. II, Torino, 2014, 14; ID., *Il sindacato in Italia*, in *Dir. sindacale*, Cap. I, Sez. II, Torino, 2014, 20; L. ZOPPOLI, *Il lavoro tra vecchio e nuovo diritto: il diritto sindacale*, in *Labor*, 2018, 631; G. FONTANA, *La libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti,* in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 2019, n. 2, 97; G. MARTIRE, A. VALLEBONA, *Libertà sindacale*, in *Il dir. Enc. giur.*, Milano, 2007, Vol. IX, 106; S. SCARPONI, *Rappresentatività e organizzazione sindacale,* Padova, 2005.

presentati in Parlamento, i quali hanno fatto a gara nel controllare i sindacati, quali forze elettorali assolutamente decisive per rafforzare il proprio potere. Cospicui finanziamenti sono stati dunque elargiti ai sindacati ad essi collegati. E si è ben presto arrivati ad una regolamentazione che istituzionalizzasse questa posizione di forza. Un controllo sulla consistenza numerica degli aderenti alle varie organizzazioni sindacali non lo si è mai voluto fare. E il legislatore ha sostituito al criterio prescritto dalla Costituzione quello della «maggiore rappresentatività sindacale»[2].

Il concetto di sindacato rappresentativo si è ben presto, sempre e necessariamente, per costante interpretazione giurisprudenziale, identificato con quello di sindacato politicizzato. La giurisprudenza ha sempre riconosciuto come rappresentativi soltanto quei sindacati che possedessero un'organizzazione che unicamente i finanziamenti statali potevano consentire.

[2] G. Santoro Passarelli, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale*, in *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Cap. VII. Torino, 2015, 68; M. Falsone, *L'esclusione dalle trattative di rinnovo del sindacato non firmatario del CCNL: fra inattuazione del T.U. 2014 e disorientamenti riguardo al giudice competente*, in *Dir. relazioni ind.*, 2022, 863; M. Mariella, *Riflessioni sulla misurazione della rappresentanza datoriale nell'ordinamento statale e intersindacale*, in *Lav. dir. Europa*, 2021, n. 4; R. Pettinelli, *Lesione di interesse collettivo e conflitto di interessi nell'azione sindacale: controllo degli associati e rispristino della democrazia interna*, in *Dir. mercato lav.*, 2021, 707; G. Bonomi, *Il passaggio dalle r.s.a. alle r.s.u. (e vìceversa), alla luce del T.U. sulla rappresentanza*, in *Dir. relaz. ind.*, 2020, 152. M. Lai, *Misurazione della rappresentanza sindacale: recenti sviluppi*, in *Dir. pratica lav.*, 2019, 2573; A. Brignone, Rappresentanza *sindacale: r.s.u. o r.s.a.?*, in *Guida al lav.*, 2019, n. 24, 18; B. Caponetti, *Ancora sulla legittimazione a costituire r.s.a.*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, II, 523; M. Verzaro, *La rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro: l'ambito di rappresentatività*, in *Leggi del lav.*, 2019, n. 5, 28; A. Braga, *Quali soluzioni organizzative per le nuove forme di rappresentanza? – Le ricerche organizzative dei sindacati*, in *Riv. scienza amm.*, 2017, n. 4; U. Romagnoli, *Sindacato e Costituzione: un incontro ravvicinato ma non troppo*, in *Lav. e dir.*, 2017, 649; M. Ferraresi, *Puntualizzazioni sull'ambito soggettivo di efficacia del T.U. sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014*, in *Direz. relaz. sind.*, 2015, 848; A. Garilli, *Crisi e prospettive della rappresentatività sindacale: il dialogo tra Corte Costituzionale e accordi sindacali*, in *Arg. Dir. lav.*, 2015, 38; E. Giorgi, *Il T.U. sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014: i primi esiti giurisprudenziali*, in *Riv. it. lav.*, 2015, II, 381; G. Proia (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva,* Padova, 2014; P. Lambertucci, *La rappresentanza sindacale e gli assetti della contrattazione collettiva dopo il T. U. sulla rappresentanza sindacale del 10.1.2014*, in *Riv. it. lav.*, 2014, I, 237; A. Cataudella, *Note sul protocollo di intesa del 31 maggio 2013*, in *Giornale dir. lav. relaz. ind.*, 2014, 137; S.B. Caruso, *T.U. sulla rappresentanza*, in *Libro dell'anno del dir. Enc. Treccani*, Roma, 2015, 319; A. Andreoni, *La Corte Costituzionale nel prisma delle relazioni sindacali*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, 3; S. Laforgia, *L'accordo interconfederale del 1° gennaio 2014, e le "nuove" r.s.u.*, in *Riv. giur. lav.*, I, 513; L. Tria, *Il quadro della rappresentatività sindacale dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 231 del 2013*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, 7; P. Lambertucci, *L'art. 19 dello statuto dei lavoratori dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 231 del 2013: brevi riflessioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, II, 902; G. Cannella, S. Mattone, *Alla ricerca di nuove regole per la rappresentanza sindacale*, in *Questione giustizia*, 2011, n.1, 20; S. Scarponi, *Rappresentatività e organizzazione sindacale,* Padova, 2005.

È stata così privilegiata un'organizzazione vasta e complessa – indubbiamente di grande ausilio ai lavoratori – pienamente controllata dalle forze politiche. In tal modo i sindacati legati ai maggiori partiti politici rappresentati in Parlamento hanno acquistato in breve tempo una posizione predominante rispetto ad ogni altra presenza sindacale.

2. *Il predominio assicurato ai sindacati finanziati dai partiti politici*

I maggiori partiti rappresentati in Parlamento hanno voluto impadronirsene, e monopolizzare gli interessi della classe lavoratrice, come formidabile strumento di lotta politica. Ciò ha subito portato ad una disciplina legislativa che avesse questo precisissimo scopo, disconoscendo tutte quelle garanzie di democraticità che la Costituzione aveva configurato. Al criterio democratico della rappresentanza degli interessi dei lavoratori si è sostituito ben presto quello della «maggiore rappresentatività», la quale prescindeva da un accertamento democratico della volontà degli interessati.

In particolare, il fatto che il sindacato più forte rappresentasse l'opposizione, anziché i partiti di governo, ha fatto sì che l'alleanza tra gli uni e gli altri fosse talmente potente da tradursi in un monopolio della rappresentanza dei lavoratori che escludesse una rilevanza veramente adeguata ad ulteriori presenze sindacali. Tali sindacati sono stati dotati di un'organizzazione più vasta, utilizzando i finanziamenti di cui godevano, e sono stati in grado di avvalersi di esperti altamente qualificati, che hanno loro consentito di svolgere un'azione sindacale di alto livello. Così come i collegamenti con i partiti che li hanno sostenuti hanno loro consentito di soddisfare agevolmente ogni pretesa che venisse avanzata. Il successo dell'azione sindacale, e la sua incisività, sono stati condizionati non tanto dai mezzi a disposizione dei lavoratori, e cioè dal diritto di sciopero, ma dall'entità degli appoggi dei quali godevano i sindacati nella classe politica che, attraverso i partiti, erano in grado di condizionare concretamente l'operato del governo.

Il mondo del lavoro è stato inquadrato in organizzazioni che di fatto sono parte integrante della pubblica amministrazione, e che come tali sono elementi costitutivi di quel rapporto di forza nel quale si traduce l'attuale regime. I sindacati sono elementi costitutivi di un unico sistema di potere controllato dalle forze politiche; così che gli esponenti sindacali sono uomini politici che dal sindacato passano al partito, e viceversa.

Il successo ottenuto dalla formula della c.d. «maggiore rappresentatività sindacale», quale si è avuta in sede legislativa, è indubbiamente da ricollegare al vantaggio dei pubblici poteri, e ancor più del mondo finanziario e imprenditoriale, di avere come interlocutore, nella contrattazione collettiva, una contropar-

te che rappresentasse in maniera unitaria le categorie dei lavoratori. E che per di più fosse composta da elementi di piena fiducia della classe politica e delle forze economiche e sociali con essa collegate. A livello istituzionale, la rappresentanza degli interessi contrapposti della classe lavoratrice e del mondo imprenditoriale, che avviene attraverso i sindacati, costituisce un indubbio vantaggio, perché consente a tali forze di collaborare con il Governo e il Parlamento attraverso interlocutori certi e affidabili. Il potere politico e l'alta finanza hanno quindi costituito un interlocutore privilegiato, in quanto sono state sempre soddisfatte, soltanto e necessariamente, le richieste dei sindacati favoriti dal potere politico, e costituenti parte integrante di un unico sistema di potere.

Fin dall'inizio la pubblica amministrazione ha stipulato i contratti collettivi con i sindacati con essa collegati, disconoscendo ogni altra organizzazione sindacale, e negando a queste, a volte, persino la legittima qualificazione di sindacati. In tal modo si è potenziata al massimo l'adesione ai sindacati politicizzati, ai danni di tutti gli altri, e si è creata una situazione che un diverso assetto istituzionale sarebbe stata ben lungi dal determinare. La tanto esaltata superiorità numerica dei sindacati c.d. "rappresentativi", sulla quale si basa il loro potere, si spiega con il fatto che solo questi sono in grado di essere ammessi alla contrattazione collettiva; per cui è soltanto l'adesione a quelli che consente una qualche speranza ai lavoratori di vedere soddisfatte le proprie aspirazioni.

La «maggiore rappresentatività sindacale» ha portato al concetto di "Parti sociali", che si traduce nell'identificare in tali sindacati la rappresentanza globale di tutti i lavoratori. Tale ultimo concetto è propagandato ostentatamente dai mezzi di comunicazione di massa, per far credere che altri sindacati, oltre a quelli chiamati «maggiormente rappresentativi», non ve ne siano.

3. *L'art. 19 dello statuto dei lavoratori*

La posizione di forza delle organizzazioni sindacali collegate con il potere politico è stata istituzionalizzata attraverso lo statuto dei lavoratori (D. lgs. 20 marzo 1970, n. 300), che ha incentrato le sue disposizioni nel privilegiare al massimo i sindacati considerati «maggiormente rappresentativi». L'art. 19 di tale statuto, alla lett. a), escludeva dalle rappresentanze aziendali i componenti delle organizzazioni non considerate maggiormente rappresentative. Tale disposizione è stata però abrogata con D.P.R. 28 luglio 1995 n. 312, a seguito di referendum popolare; e la lett. b) dello stesso articolo, che ammetteva alla contrattazione collettiva le associazioni sindacali firmatarie di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, è stato parzialmente dichiarato incostituzionale dalla Corte con sentenza3 luglio 2013 n. 231, nella parte in cui non prevedeva che la rappresentanza sindacale aziendale potesse essere costituita

anche nell'ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, avessero comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti, quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda.

Numerose sentenze della Corte Costituzionale e della giurisprudenza di merito hanno inoltre lodevolmente cercato di tenere conto, ai fini dell'ammissibilità alla contrattazione collettiva, anche della consistenza numerica delle associazioni, e dell'effettiva partecipazione, con carattere di continuità e sistematicità, alla contrattazione collettiva[3].

Attualmente, in sostituzione dell'art. 19 dello statuto dei lavoratori, la materia è regolata dal T.U. sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014, contenente l'accordo interconfederale stipulato tra la CGL, CISL, UIL e la Confindustria, che ha dato attuazione al Protocollo di intesa del 31 maggio 2013, a sua volta attuativo dell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, stipulato tra le medesime parti.

Si tratta di un testo fortemente limitativo di diritti di libertà, adottato in aperto contrasto con la riserva di legge che è prescritta per tali diritti; e per di più stipulato da organizzazioni che non rappresentano in maniera democratica la volontà dei lavoratori.

4. *L'incostituzionalità della "maggiore rappresentatività sindacale"*

La normativa vigente ha voluto imporre una rappresentatività la quale non ha nulla a che vedere con quella prevista dalla Costituzione, la quale ha espressamente escluso ogni arbitraria restrizione. Questa formula all'apparenza sembra validamente sostitutiva di quella che faccia riferimento a una rappresentanza democratica dei lavoratori; ma non ci si è resi conto di quanto arbitrario e ingannevole fosse questo criterio che ripropone, sotto altri aspetti, le passate limitazioni al diritto di voto: in passato l'elettorato era riservato ai contribuenti più ricchi, perché considerati maggiormente rappresentativi. Per i sindacati si è adottato in sostanza lo stesso criterio, poiché l'entità e la complessità dell'organizzazione richiesta dipendono integralmente dai finanziamenti che i sindacati sono in grado di procurarsi, con i quali di fatto si identificano. Si sono dunque adottate, in aperto contrasto con quanto prescritto dalla Costituzione, restrizioni quali si avevano in passato per il riconoscimento del diritto di voto, premiando le disuguaglianze create dal potere politico.

[3] Tra le più recenti – oltre a quella ora richiamata della Corte Costituzionale – *ex multis* cfr. Corte Cost. 26 gennaio 1990 n. 30; Cass. sez. lav., 1° luglio 1991 n. 2021; Corte Cost. 4 dicembre 1995 n. 492; Cons. Stato Sez. VI, 22 febbraio 2007 n. 977; Tar Lazio 9 febbraio 2018 n. 1522; Trib. Pavia 26 febbraio 2019 n. 80.

5. *I precetti costituzionali sulla libertà sindacale*

L'art. 39 della Costituzione statuisce che i sindacati, per potere stipulare i contratti collettivi di lavoro, debbono prima acquistare la personalità giuridica, la quale può essere accordata solo dopo che sia stata effettuata la registrazione, che ha lo scopo di garantirne l'interna gestione democratica; mentre le delegazioni unitarie legittimate alla stipulazione devono essere costituite dai sindacati in proporzione ai loro iscritti, così da essere realmente espressione della volontà di tutti i lavoratori interessati. Dispone il 2° comma dell'art. 39: «Ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la registrazione presso uffici locali o centrali, secondo le norme di legge». Ed il 3°: «E condizione per la registrazione che gli statuti dei sindacati sanciscano un ordinamento interno a base democratica». Ed infine il 4°: «I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Possono, rappresentati unitariamente in proporzione ai loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce».

La norma dell'art. 39 della Costituzione prescrive che la contrattazione collettiva sia effettuata da delegazioni unitarie dei sindacati, le quali rappresentino i lavoratori dipendenti in proporzione ai propri iscritti, così che da una lato la categoria dei lavoratori, sui quali deve incidere la contrattazione collettiva, sia rappresentata globalmente, e dall'altro che la trattativa sia condizionata da quei sindacati che sono esponenziali della maggioranza dei suoi appartenenti, restando però in tal modo assicurata anche la partecipazione, se pure non determinante, dei sindacati minoritari.

In tale sistema istituito dall'art. 39, i sindacati hanno rilevanza giuridica e sono oggetto di tutela soltanto in quanto rappresentativi dei lavoratori che ne fanno parte, e quindi sulla base di tale rappresentatività, allo scopo di rispettare la volontà di questi ultimi.

I criteri adottati dalla normativa vigente sono esattamente all'antitesi di quelli prescritti dalla Costituzione. Quest'ultima ha espressamente vietato ogni restrizione alla libertà sindacale, disponendo che ai sindacati non possa essere imposto altro obbligo che quello della registrazione. Si è invece richiesto che ogni sindacato abbia un'organizzazione che sia soddisfacente, e a volte anche uno statuto, e quindi una serie di requisiti che sono altrettante restrizioni alla libertà sindacale, che dovrebbe invece rispettare la volontà dei lavoratori, basandosi unicamente sulle adesioni che hanno avuto, quali si esprimono attraverso l'iscrizione. Lo scopo della normativa costituzionale era di evitare restrizioni che pregiudicassero il corretto svolgimento della vita democratica all'interno dell'organizzazione sindacale. Tali criteri sono stati apertamente violati dalla normativa vigente, la quale ha adottato criteri esattamente antitetici, basati su

restrizioni che, se hanno avuto lo scopo di rendere più agevole la contrattazione collettiva, e più stabile la normativa adottata, sono però in contrasto con i diritti inviolabili che spettano ai lavoratori.

Un giudizio qualitativo dei sindacati, condotto sulla base della loro portata organizzativa, sull'efficienza e sulla funzionalità loro propria, e sulla loro disponibilità finanziaria, considerati come indici rivelatori della rappresentatività sindacale, si traduce nel conferire il monopolio della rappresentanza ai sindacati più potenti ai danni degli altri, consentendo l'esclusione, in contrasto con quanto prescritto dal 4° comma dell'art. 39, di ogni altra forza sindacale. In tal modo si disconosce il diritto dei prestatori di lavoro di avere propri rappresentanti liberamente eletti.

6. *Il computo delle deleghe per il versamento dei contributi*

A ciò si aggiunga che, ai sensi dell'art. 43 del D. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, la legge ha spostato il computo degli aderenti ai sindacati dall'iscrizione alle deleghe. Il che ha indubbiamente favorito i sindacati più forti, perché il pagamento del contributo presuppone un'adesione particolarmente intensa e duratura, che solo i sindacati più potenti sono in grado di garantire. Ma, a parte questo, si è configurato un meccanismo particolare per rendere le deleghe durature, e anzi a tempo indeterminato. Una volta conferita la delega, non occorre effettuare un ulteriore espresso versamento, per cui non è facile farla venire meno, in quanto occorre una esplicita rinuncia per farla decadere; anche perché sarà difficile che ciò faccia chi è abituato a considerare lo stipendio quale si configura, a prescindere da uno specifico versamento che, essendo automatico, non sempre viene adeguatamente avvertito.

I requisiti prescritti dal legislatore si basano non su un'adesione all'associazione sindacale, quale sarebbe espressa attraverso l'iscrizione, come manifestazione giuridica di una volontà diretta a tale scopo, ma su qualcosa di diverso, che può anche non coincidere con la prima. Si può essere iscritti anche senza conferire la delega. Del fatto che la rappresentatività basata sull'iscrizione venga espressamente riconosciuta, così come prescrive la Costituzione, non vi è alcuna garanzia, perché da quella completamente si prescinde, e si fa riferimento unicamente al conferimento delle deleghe per il versamento dei contributi. Le deleghe, di per sé, sono solo strumenti tecnici per il versamento dei contributi, che nulla hanno a che vedere con le manifestazioni di volontà dirette ad aderire al sindacato, delle quali costituiscono una mera accidentalità. Il tenere conto della delega significa disconoscere i diritti di coloro che hanno proceduto all'iscrizione, e che possono anche essere in numero superiore a coloro che la delega non hanno conferito. Inoltre, di fatto, la delega per la riscossione dei

contributi presuppone non solo l'adesione, ma anche l'intento di instaurare una stabile appartenenza al sindacato, di creare un rapporto continuativo sulla base di una relazione di fiducia destinata a durare nel tempo. Lo spostare la manifestazione di volontà di adesione al sindacato dall'iscrizione alle deleghe è in grado di cambiare i risultati dell'accertamento riguardante l'adesione dei lavoratori alle organizzazioni sindacali. L'adesione ai sindacati diversi da quelli che potremmo chiamare di maggiore successo, mai o quasi mai si manifesterà attraverso una delega per il versamento dei contributi, ma soltanto, quando sia ufficializzata e resa giuridicamente consistente, attraverso l'iscrizione, della quale invece non si tiene alcun conto. E chi si iscrive a un sindacato senza conferire una delega non viene preso in considerazione ai fini della rappresentatività dello stesso sindacato. La Costituzione ha prescritto che l'accertamento della rappresentatività sindacale avvenga attraverso l'iscrizione; la legge ordinaria statale, eludendo questo precetto, non ha disposto alcun controllo circa il numero degli iscritti, ma ha invece statuito che si tenga conto delle deleghe conferite per il pagamento dei contributi, in modo da dare rilevanza non a tutte le manifestazioni di volontà diretta ad aderire ai sindacati, ma solo a quelle che di fatto possono essere rivolte ai sindacati dotati di una certa consistenza funzionale ed organizzativa, ed ancor più di efficaci appoggi all'interno del sistema politico vigente, che li rende in grado di far valere le proprie pretese.

Questa normativa, che non può dare alcuna garanzia circa l'accertamento del reale numero degli iscritti, è dunque in grado di falsare l'accertamento della rappresentatività sindacale, in quanto consente di far apparire rappresentativi sindacati che magari, da certe categorie di lavoratori, non si sentono in alcun modo, anche nella stragrande maggioranza, rappresentati. La rappresentatività reale può esserci, ma può anche, in certi casi, mancare; perché i criteri di accertamento non sono, come dovrebbero essere, idonei a tale scopo.

7. *L'asserita presenza di una lacuna legislativa*

La ragione che spesso viene addotta per giustificare questa situazione è assolutamente inattendibile. I precetti dell'art. 39 vengono considerato "obsoleti", e come tali non degni di essere attuati. Si afferma in tal modo che la Costituzione non ha alcun valore cogente e precettivo, ma che gli organi pubblici e i consociati possono applicarli se, come e quando loro conviene; se e quando lo ritengono opportuno. Si afferma che è doveroso prescindere dalla Costituzione per disconoscere valore e significato normativo a precetti che della Costituzione fanno parte.

È chiaro che una simile impostazione non ha nulla di giuridico. In tal modo si viola il principio di legalità. E si disconosce l'essenza della Carta Costituzio-

nale nella sua funzione garantista dei diritti umani, scardinando le fondamenta dello Stato di diritto. All'interprete spetta applicare la legge, non disattenderla, o crearne una nuova che non esiste. Se i margini interpretativi a volte sono assai ampi, il precetto non deve essere disatteso e apertamente violato.

A prescindere da questa giustificazione, il disconoscimento dei precetti costituzionali viene universalmente prospettato come una lacuna legislativa. La lacuna legislativa sussiste per la mancata normativa di attuazione che consenta di registrare i sindacati sulla base della loro consistenza numerica; ma questa lacuna è stata colmata da una legislazione estremamente vasta e complessa, che viola apertamente le prescrizioni garantiste della Costituzione riguardo alla democraticità del sistema. La lacuna ha dato luogo ad un complesso di precetti viziati di incostituzionalità.

Le norme della Costituzione sull'organizzazione sindacale, contenute nell'art. 39, sono rimaste inattuate. Tali disposizioni avrebbero richiesto un'apposita legislazione attuativa, che invece non vi è stata. Non è però certo mancata una disciplina legislativa del settore, accurata e complessa, che è stata costruita senza alcun rapporto con i precetti costituzionali. Tradizionalmente, quando si fa riferimento a questa problematica, si parla di lacuna legislativa. Ma non ci si rende conto che una disciplina legislativa sussiste ugualmente; e che tale disciplina dovrebbe essere conforme a quei precetti. Tali precetti sono stati invece integralmente ignorati, come se non esistessero. Il sistema vigente quei precetti ha ignorato, e da quelli apertamente si discosta. Viene quindi spacciata per lacuna legislativa l'incostituzionalità dei precetti vigenti nel settore.

8. *L'esigenza ineludibile di riforme*

La difformità dell'attuale sistema rispetto ai precetti costituzionali è universalmente riconosciuta. Ma altrettanto unanimi si è nell'ignorare il problema, che viene fatto passare per una lacuna legislativa; lacuna la quale non sussiste minimamente, perché vi è invece al riguardo una disciplina giuridica ben precisa, apertamente difforme dai precetti costituzionali.

La dottrina, a cominciare ai suoi esponenti più qualificati, si è subito adeguata al nuovo sistema di potere, di cui ha sempre tessuto gli elogi, e si è fatta garante.

La giurisprudenza e la dottrina – cosi come le forze politiche e l'opinione pubblica – si limitano a richiamare la normativa vigente; e qualunque valutazione di più ampio respiro è destinata ad essere completamente ignorata. Tale problema, prospettato nei primissimi anni del dopoguerra, è ormai scomparso, ed è assolutamente impossibile a chiunque risollevarlo, e farlo tornare di at-

tualità: se ancora negli anni Sessanta il compianto Maranini osava parlare di «baronie sindacali», questo costituisce ormai un ricordo storico, del quale da più di mezzo secolo si sono perdute le tracce.

Tutte le questioni di costituzionalità sollevate al riguardo, le quali avrebbero realmente messo in crisi l'attuale sistema di potere, sono state accuratamente evitate.

Da tempo si parla di abrogare l'art. 39, e di sostituirlo con una nuova normativa. Ma finora tale tendenza ha urtato contro insormontabili difficoltà, che sono quelle di tradurre in una normativa costituzionale rispettosa dei diritti umani il vigente sistema. Per cui si è sempre preferito ignorare il problema, e riferirsi unicamente alla normativa vigente, come se questa fosse costituzionalmente valida. E tutto lascia pensare che questa sia la via che verrà seguita anche in un futuro non solo prossimo, ma anche remoto.

Il sistema richiede di essere modificato: il problema non è quello dei contenuti dell'azione sindacale, sulla quale occorrerebbe discutere caso per caso, ma della democraticità del sistema, che dovrebbe rispettare, anche in questo settore, i diritti inviolabili dell'uomo. Non si tratta di valorizzare in maniera indiscriminata tutte le rivendicazioni che vengano dal basso, che ovviamente non sempre sono attendibili e degne di essere accolte, ma di salvaguardare una democrazia la quale costituisce un valore assoluto, e che deve essere pertanto, anche all'interno del mondo sindacale, assicurata.

Elisabetta Catelani[*]

IL GRAN CONSIGLIO DEL FASCISMO E LA DECISIONE COLLEGIALE DEL 24/25 LUGLIO 1943

SOMMARIO: 1. Un problema di diritto statutario o di diritto costituzionale? – 2. Lo Statuto Albertino come presupposto per la caduta del fascismo? – 3. Il Gran Consiglio del Fascismo organo costituzionale anomalo. – 4. La nomina del maresciallo Badoglio a Capo del governo fu un colpo di Stato?

1. *Un problema di diritto statutario o di diritto costituzionale?*

A distanza di 81 anni dall'ultima seduta del Gran Consiglio del fascismo del 25 luglio 1943, può essere utile ripercorrere quegli avvenimenti che hanno avuto effetti particolarmente rilevanti sulla storia istituzionale italiana ed in particolare domandarsi se gli avvenimenti di quella notte, ma anche di tutta la fase storica precedente e successiva, costituiscano «un problema di diritto statutario o di diritto costituzionale?»[1].

Una domanda apparentemente pleonastica, visto che quella notte determina la fine della vita del fascismo e l'inizio del declino anche dello Statuto albertino[2], ma con una continuità storica ed istituzionale indiscutibile con la Costituzione repubblicana. Non a caso, ogni corso di diritto costituzionale non parte certo dalla semplice analisi dell'Assemblea costituente o del testo della Costituzione del 1948, ma almeno dagli eventi del marzo 1848 e dal contenuto originario e dall'evoluzione statutaria. Cosicché non si può analizzare nessun tema delle istituzioni italiane se non partendo dallo Statuto Albertino, dal modo in cui ha operato nella sua vigenza, dalle ragioni che hanno portato al fascismo ed ancor più dal modo in cui è stato alterato dal regime fascista. Un testo in linea con il costituzionalismo ottocentesco, che proprio per la sua natura "non" è riuscito a bloccare il fascismo nella sua ascesa e durante tutti

[*] Ordinaria di Diritto costituzionale e diritto pubblico Università di Pisa.

[1] Questo contributo trae origine da un intervento ad un Convegno svoltosi presso l'Università degli studi di Pisa il 24 luglio 2023 i cui atti sono stati oggetto di pubblicazione in G. L. CONTI, G. SANTINI (a cura di), *25 luglio 1943. Un problema di diritto statutario o di diritto costituzionale?*, Pisa University Press, Pisa, 2025, 247ss. riformulato e ora dedicato agli studi in onore del collega ed amico Salvatore Prisco.

[2] Formalmente lo Statuto albertino rimane vigente in alcune parti fino al 1° gennaio del 1948, ma in realtà gran parte delle norme organizzative vengono superate dal decreto-legge Lgt. 25 giugno 1944 n. 151 e poi, ulteriormente, dal d. lgs. lgt. 16 marzo 1946 n° 98.

gli eventi del ventennio, salvo tuttavia rimanere latente, in una forma quasi ibernata, per consentire poi di produrre quegli effetti che si sono visti proprio durante l'ultima riunione del Gran consiglio e che ora è al centro della nostra attenzione.

Se gli avvenimenti di quella notte rappresentano il momento di cesura fra una fase e l'altra, tutto quanto è accaduto successivamente è stato sicuramente influenzato da quegli avvenimenti, comprese le discussioni e tutti i lavori dell'Assemblea costituente. Esiste, in altre parole, una continuità storico istituzionale indiscutibile[3].

Nella domanda iniziale, in ordine alla prevalenza degli aspetti di diritto statutario o di diritto costituzionale, vi è un fondamento teorico-scientifico ben più importante, perché tende a verificare se la riunione del 24/25 luglio del Gran Consiglio trovi la sua legittimazione nel dettato originario dello Statuto, nella sua evoluzione statutaria e costituzionale insieme (e l'autodefinizione di Vittorio Emanuele III di "monarca costituzionale" ne è indice) o sia stato un colpo di Stato. La scelta fra queste tre soluzioni ci può far comprendere anche quali siano le basi della nostra Costituzione e quanto il diritto costituzionale aiuta a comprendere quegli eventi. Obiettivo di queste riflessioni è, pertanto, quello di motivare le ragioni per cui si ritiene che nessuna delle tre soluzioni o, meglio, nessuno dei tre elementi fondativi può essere escluso, ma nessuno di essi è preponderante sull'altro.

2. *Lo Statuto Albertino come presupposto per la caduta del fascismo?*

Gli eventi che si sono realizzati in quella notte e nei giorni precedenti, che ne costituiscono il presupposto imprescindibile, hanno origine nelle caratteristiche dello Statuto albertino e dalla stessa forma di governo che, anche durante il fascismo, aveva mantenuto alcuni dei suoi elementi fondativi essenziali. La forma di governo duale, ossia quella "diarchia" che era stata delineata con lo Statuto[4], consentiva al Re di svolgere una funzione di controllo e di freno sul

[3] Come giustamente ha rilevato S. Prisco, *Costituzionalismi antichi e moderni tra strutture invarianti e specificità storiche*, in *Diritti fondamentali.it*, 2012, 4, «cercare le radici del moderno» e interrogarsi infine su quanto di esse possa essere proficuamente consegnato al futuro, purché al tempo stesso si abbia cura – per quanto possibile – di sfuggire a tentazioni di anacronismo, foriere di errori metodologici e non si attribuiscano quindi ai nostri antenati ordini di idee che essi non avrebbero potuto in merito avere». Ed ancora, richiamando Benedetto Croce, «"ogni storia è storia contemporanea", quantomeno nel senso che chi investiga il passato lo fa mosso da preoccupazioni riconducibili alla sua individualità».

[4] Amplissima è la dottrina sul tema, ma fra gli altri cfr. L. Paladin, *Saggi di storia costituzionale*, Bologna, 2008 ed ivi anche la *Introduzione*, di S. Bartole, 7 ss; S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Bologna, 2010; P. Colombo, *La monarchia fascista. 1922-1940,* Bologna 2010 e più dettagliata-

governo, che certamente avrebbe potuto essere utilizzata ben più ampiamente prima e, ancor di più, durante tutto il ventennio, ma che in ogni caso fu rivitalizzata in quelle circostanze propizie derivanti dal contesto politico/sociale che ormai si era formato. Una forma di governo duale che vedeva prima nella Camera dei Deputati l'organo che poteva interferire sulle decisioni del governo, talvolta anche condizionate dal Re e che poi vede in Mussolini, quale Capo di governo, Primo Ministro e Segretario di Stato il detentore del potere centrale ed il Re come potere di controllo e di freno, nei limiti in cui l'ha svolto.

Non si può parlare quindi di un monismo come alcuni teorizzavano anche prima dell'avvento del fascismo, ma di un potere regio silenzioso, spesso latente, potrei dire schivo, che affiancava il fascismo e che si risvegliò solo quando ormai gli esiti della guerra erano disegnati, quando si cercava di salvare la monarchia e la credibilità di una Nazione, quando con l'aiuto di alcuni fascisti, fra cui Scorza, Bottai, Ciano ed in particolare Grandi, si realizzò il passaggio finale. Un comportamento tiepido ed inaffidabile del re che si era manifestato durante la marcia sul Roma, che si era concretizzato con il rifiuto della firma del decreto di stato d'assedio, che si era perpetrato in fase di emanazione delle leggi fascistissime, raggiungendo l'apice con le leggi razziali. Un comportamento che il re ed il suo *entourage* cercava di giustificare[5] e, come egli stesso riteneva, di poter legittimare il suo operato prima, durante e nella fase conclusiva del fascismo[6] proprio basandosi sui limiti che lo Statuto albertino gli poneva e che la prassi costituzionale formatasi nel tempo gli imponeva.

Si dice che Vittorio Emanuele III fosse frenato da un estremo formalismo giuridico-costituzionale, dal suo convincimento che «il re regna ma non governa», teorizzato dal Donati[7] a cui il Re si era adattato ed era rispondente al suo carattere ed alla sua natura[8]. Certamente una gestione del suo potere più

mente anche G. Melis, *La macchina imperfetta. Immagine e realtà dello Stato fascista*, Bologna, 2018. Per una recente ricostruzione del dibattito dottrinale G. Brunelli, *Dopo la marcia su Roma. La dismisura totalitaria del regime fascista*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2023, 209 ss. che peraltro mette in dubbio che vi sia stata una diarchia fra il Monarca ed il Duce.

[5] Come risulta dalle memorie di P. Puntoni, *Parla Vittorio Emanuele III*, Milano 1958, *passim* ed in particolare 143.

[6] Vedi la lettera del re ad Acquarone del 1° giugno 1944, in cui dice che «fin dal gennaio 1943 io concretai definitivamente la decisione di porre fine al regime fascista e di revocare il Capo del Governo, Mussolini», su cui più ampiamente S. Bertoldi, *Vittorio Emanuele III*, Torino 1970, 422; nonché l'*Introduzione* di R. De Felice a D. Grandi, *25 luglio. Quarant'anni dopo*, Bologna, 1983, 78.

[7] D. Donati, *Sulla posizione costituzionale della Corona nel governo monarchico presidenziale*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, II, 1937, 5-12.

[8] «Un formalismo che aveva, del resto, già manifestato in altre occasioni – il pensiero corre subito soprattutto al periodo aventiniano – e che può ovviamente essere giudicato anche duramente, ma che sarebbe sbagliato ritenere un espediente per eludere i problemi e sottrarsi alle

accorta e più dirigistica avrebbe portato ad altri risultati, ma, riprendendo le parole ormai anche troppo banali di don Abbondio nel suo colloquio con il Cardinal Borromeo, «il coraggio, uno, se non ce l'ha, mica se lo può dare»[9]. Si era già constatato in modo ricorrente durante il ventennio la sua incapacità di affrontare le situazioni più delicate ed in cui avrebbe dovuto frenare il superamento dei limiti fondamentali di un ordinamento che in ogni caso si fondava sullo Statuto, fra cui si deve sicuramente annoverare la firma sulle leggi razziali. Questo coraggio pare invece riaccendersi durante la sua fase finale, in cui vi era la necessità di difendere l'esistenza stessa della monarchia, dinanzi al forte timore che la perdita della guerra, ormai imminente, e la caduta del fascismo che quella riunione del Gran consiglio del fascismo avrebbe potuto determinare, avrebbe anche causato il venir meno delle fondamenta del regime monarchico, visto che spinte verso una forma di governo repubblicana erano da tempo ricorrenti.

Prima della riunione del 24 luglio, vari furono gli incontri fra Dino Grandi ed il Re, nei quali il gerarca, ex Presidente della Camera dei Fasci e delle corporazioni ed ormai anche ex Guardasigilli comunicò al Re il proprio ambizioso piano per eliminare Mussolini e difendere l'Italia dai tedeschi. Paragonò Vittorio Emanuele III al suo antenato Vittorio Amedeo II, duca di Savoia, vissuto nel XVIII secolo, che aveva rotto l'alleanza coi francesi, passando a quella con gli Imperiali, salvando così la dinastia. Il Re ribadì la sua posizione originaria del ruolo ricoperto, visto che si considerava, anche in quella fase drammatica ed emergenziale, un monarca costituzionale. Cosicché si sarebbe mosso per deporre Mussolini solo dopo un voto del Parlamento o del Gran Consiglio del Fascismo. Un monarca costituzionale che si sentiva condizionato non tanto e non solo dal suo contenuto originario, ma anche dal modo in cui le prassi, le consuetudini e le tante leggi approvate in contrasto con il contenuto iniziale, avevano determinato la sua evoluzione, tale, fra l'altro da comprimere quel ruolo centrale del Re, che lo Statuto in ogni caso garantiva, di cui si sarebbe dovuto riappropriare, proprio invocando la Carta nel suo testo originario.

Uno Statuto di per sé flessibile, che si era adattato agli eventi, ma che in ogni caso sopravviveva nella sua forma originaria con un'applicazione spesso

proprie responsabilità, poiché, al contrario, esso era connaturato al suo modo di intendere la sua funzione di sovrano costituzionale e i doveri che da essa gli derivavano", così R. De Felice, *Introduzione*, cit. 76. Pensiero espresso dallo stesso re in modo esplicito dopo l'allontanamento del Sen. Gorla dal governo in cui dichiara: "Gli italiani mi potranno incolpare di tutto, tranne di essere stato un re non costituzionale. Non sono mai venuto meno ai miei doveri e non ho mai oltrepassato le mie prerogative» su cui vedasi G. Gorla, *L'Italia nella seconda guerra mondiale: diario di un milanese, ministro del re nel governo di Mussolini*, Milano, 1959, 403.

[9] Frase ormai celeberrima del XXV Capitolo de *I Promessi sposi* di A. Manzoni.

diversa, che non escludeva tuttavia una sua riviviscenza nel suo contenuto iniziale e, proprio su questa base teorica ed ideologica, il re e Dino Grandi ritennero possibile porre le basi per la caduta del fascismo.

3. *Il Gran Consiglio del Fascismo organo costituzionale anomalo*

La forma di governo delineata nello Statuto albertino non aveva quasi mai operato nella sua integrità, proprio per la natura flessibile connaturata al suo contenuto ed ai presupposti della "concessione", cosicché in tutta la sua vigenza vi era stato un continuo assestamento in rapporto alla situazione storica e politica del momento.

Durante il fascismo questa trasformazione sicuramente fu accentuata, prima con la legge n. 2263 del 1925 che disciplinava le attribuzioni e prerogative del Capo del Governo, Primo Ministro Segretario di Stato, poi con la legge n. 100 del 1926 sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche, con l'eliminazione del Parlamento e la creazione della Camera dei fasci e delle Corporazioni (legge 19 gennaio 1939, n. 129) ed ovviamente anche con la creazione del Gran Consiglio del Fascismo (GCF), organo che in questo contesto deve essere al centro della nostra analisi.

Il Gran Consiglio era un organo sicuramente anomalo nel contesto istituzionale italiano, ma voluto da Mussolini «con intenti di controllo del partito e coordinamento dello stesso con le strutture statuali»[10] e che opera per una parte significativa della sua storia come organo extra-statuale, visto che delle 187 riunioni, 90 si svolgono fra il 1923 ed il 1928, ossia prima della sua formalizzazione in una legge. E proprio in quel periodo si formano le prassi, le competenze ed i suoi obiettivi, che solo con la legge 9 dicembre 1928, n. 2693 vengono poi esplicitati, così da consentire anche di legittimare i suoi vari interventi e le decisioni che avevano come obiettivo primario quello di sostenere le scelte politiche del Duce. Tali riunioni vengono completamente sospese durante tutto il periodo bellico.

Il GCF era stato delineato come organo costituzionale che caratterizzava la forma di governo fascista[11], ma non aveva un carattere di stabilità nella sua funzione. Non aveva il diritto di riunirsi, perché poteva essere convocato ogni qual volta il Capo del governo lo ritenesse "necessario", fissandone anche l'ordine del giorno. Mussolini avrebbe potuto delegare il potere di convocazione solo al Segretario del Partito fascista che era anche segretario del GCF, che in

[10] Come ben precisato da F. Lanchester, *Il Gran Consiglio del Fascismo e la monarchia rappresentativa*, in *Nomos*, 3, 2017, 8.

[11] Art. 1 «Il Gran Consiglio del Fascismo è l'organo supremo, che coordina e integra tutte le attività del Regime sorto dalla Rivoluzione dell'ottobre 1922».

quel momento era Carlo Sforza, ed aveva una linea politica strettamente connessa a quella del Capo del Governo, con cui concordò un ordine del giorno espressione del Partito fascista, ma che, con un errore politico significativo, avrebbe dovuto essere posto in votazione solo dopo quello di Grandi. Non si prende coscienza che una volta che fosse stato approvato il primo, sarebbe venuta meno la ragione stessa del contenuto del secondo, così come di fatto è avvenuto.

Nella legge istitutiva del GCF erano individuate anche le funzioni e la tipologia degli interventi dell'organo (art. 11-13[12]), rinviando poi ad un regolamento interno le modalità di azione, le eventuali votazioni, le procedure da seguire. Niente si diceva nella legge in ordine alle modalità di votazione proprio perché nella fase precedente alla sua stesura non vi erano stati problemi di contrapposizione interna fra i membri del GCF, ma solo dibattiti che terminavano con un riassunto della riunione approvato nelle forme del saluto al Duce.

Gli eventi del 24 luglio si pongono quindi in linea con il contenuto della legge n. 2963/28 da un lato e con lo Statuto dall'altro.

Il GCF non si riuniva più da quattro anni e mezzo, ma, come si è detto, questa sua inattività non faceva venir meno i suoi poteri, perché era un organo di per sé privo di una continuità nella sua funzione, a carattere intermittente e il suo interpello era in rapporto alle necessità dello Stato. Necessità che si determinano appunto nella fase finale della guerra, che forse anche lo stesso Mussolini percepisce e, dinanzi ad una richiesta che viene fatta dai membri del GCF, il Duce si convince a convocarlo, già sapendo nelle linee generali il contenuto dell'ordine del giorno Grandi, perché presentatogli da Scorza. Ancora una volta il rispetto della forma è garantito.

[12] Art. 11. Il Gran Consiglio delibera: 1° sulla lista dei deputati designati, ai termini dell'articolo 5 della legge 17 marzo 1928, n. 1019; 2° sugli statuti, gli ordinamenti e le direttive politiche del Partito Nazionale Fascista; 3° sulla nomina e la revoca del Segretario, dei Vice Segretari, del Segretario amministrativo e degli altri membri del Direttorio del Partito Nazionale Fascista.

Art. 12. Deve essere sentito il parere del Gran Consiglio su tutte le questioni aventi carattere costituzionale. Sono considerate sempre come aventi carattere costituzionale le proposte di legge concernenti: 1° la successione al Trono, le attribuzioni e le prerogative della Corona; 2° la composizione e il funzionamento del Gran Consiglio, del Senato del Regno e della Camera dei deputati; 3° le attribuzioni e le prerogative del Capo del Governo, Primo Ministro Segretario di Stato; 4° la facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche; 5° l'ordinamento sindacale e corporativo; 6° i rapporti tra lo Stato e la Santa Sede; 7° i trattati internazionali, che importino variazione al territorio dello Stato e delle Colonie, ovvero rinuncia all'acquisto di territori.

Art. 13. Il Gran Consiglio, su proposta del Capo del Governo, forma e tiene aggiornata la lista dei nomi da presentare alla Corona, in caso di vacanza, per la nomina del Capo del Governo, Primo Ministro Segretario di Stato. Ferme restando le attribuzioni e le prerogative del Capo del Governo, il Gran Consiglio forma altresì e tiene aggiornata la lista delle persone che, in caso di vacanze, esso reputa idonee ad assumere funzioni di Governo.

Parimenti, se si analizzano le competenze del GCF elencate negli art. 11-13 della legge istitutiva e comunque desumibili anche implicitamente da tali disposizioni, il contenuto dell'ordine del giorno Grandi e quindi anche la decisione di revocare la fiducia a Mussolini sicuramente rientrava nelle competenze dell'organo, visto che una Camera rappresentativa non sussisteva e il GCF era l'organo legittimato ad esprimere il proprio parere su tutte le questioni aventi carattere costituzionale e comunque anche quelle riguardanti le prerogative della Corona.

L'ordine del giorno Grandi era diviso in tre parti, in cui la prima conteneva un lungo messaggio retorico nel quale ci si appellava alla Nazione e alle Forze Armate, elogiandole per la loro resistenza agli invasori, senza introdurre alcun elemento di carattere politico/istituzionale. Nella seconda parte si entrava invece nel centro dell'attacco al Duce perché si chiedeva la restaurazione delle istituzioni e delle leggi pre-fasciste. La fine del documento era un appello al re di riassumere i propri supremi poteri civili e di guerra, come dettagliatamente elencati nell'art. 5 dello Statuto Albertino.

C'era poi un'altra parte, poi rimossa, che delineava i poteri del Gran consiglio con cui si dimostrava che il massimo collegio del fascismo aveva il potere legale di deporre il Capo del Governo. La fonte originaria del potere esecutivo era nel sovrano e quindi il Duce comandava sul Paese per conto del re. Se il Gran consiglio, *trait d'union* tra il Fascismo e lo Stato, approvava una mozione di sfiducia al dittatore, il re era legittimamente titolato a rimuoverlo e a nominare un successore per un nuovo governo[13]. Una valutazione che trovava quindi fondamento, in parte nella legge sul GCF ed in parte nello stesso Statuto albertino, che nella sua flessibilità riappariva nella sua forza originaria grazie ad una decisione collegiale dello stesso "organo supremo" a cui erano demandate le valutazioni di carattere politico di interesse nazionale.

Pur nella continuità del rispetto delle forme, vi sono sicuramente anche dei passaggi, negli eventi del 24/25 luglio, che vanno un po' oltre le prassi preesistenti, ma che sono in linea con quella flessibilità della forma di governo che da sempre ha caratterizzato l'Italia dal 1848 al 1943.

Si dice innanzitutto che il voto per appello nominale abbia rappresentato un'anomalia, rispetto alla prassi precedente, perché l'organo aveva una funzione prevalentemente consultiva e quindi poteva esprimere pareri non decisioni. Questo non esclude comunque un voto, anche con riguardo ad un parere, visto

[13] Come aveva precisato uno dei maggiori ideologi del fascismo, C. COSTAMAGNA, nell'ultima edizione del suo manuale *Elementi di diritto pubblico generale*, Torino, 1943, 433, il Gran Consiglio era «un organo integrativo della competenza della Corona e del Capo del Governo nell'esercizio della funzione direttiva del governo stesso».

che il parere può essere adottato all'unanimità o a maggioranza in ogni organo collegiale. Ma, dice sempre l'art. 1 della legge n. 2963/28, il GCF, oltre ad esprimere pareri, ha anche funzioni deliberative, nei casi previsti dalla legge, fra cui quella di deliberare sulle direttive politiche del partito. E quella delibera non fu presa in modo autonomo da Grandi o da un numero ristretto di componenti del GCF, ma dalla maggioranza di essi dopo una riunione lunghissima, si potrebbe dire estenuante, in cui anche le richieste di rinvio ed interruzione furono escluse, proprio in virtù della situazione emergenziale, che imponeva di definire la questione.

Può essere considerata anche una forzatura da parte di Dino Grandi indurre i componenti a votare il suo ordine del giorno, così come fu precisato anche durante la discussione da parte di Viggini, secondo cui solo il Parlamento avrebbe potuto esprimere un voto. Ma quell'organo non c'era e non poteva essere convocato. E comunque se non fosse stato approvato l'ordine del giorno Grandi, si sarebbe proceduto a votare l'ordine del giorno Sforza, prima richiamato. Quindi indipendentemente dall'oggetto della deliberazione, tutti i componenti del GCF immaginavano che quella riunione sarebbe terminata con un voto dei componenti.

Ancor più una forzatura, si è detto, il voto per appello nominale, che non era in precedenza mai avvenuto, ma, nell'ambito dell'elasticità delle prassi di quegli organi costituzionali, anche le modalità usate in un momento di emergenza come quello possono considerarsi conformi ad una legge istitutiva dell'organo essenziale, di uno Statuto che si era sempre adattato alle varie esigenze storiche ed a dei componenti che accettano quella forma di decisione che è tipica e connaturata ad un organo collegiale.

Il Gran Consiglio era indiscutibilmente l'organo supremo dello Stato, un organo costituzionale ed un organo rappresentativo delle varie anime del fascismo e proprio in quell'ambito con una discussione ampia e dibattuta, si giunse ad approvare un testo forse in parte anche ambiguo, ma conosciuto dai più in precedenza e che costituiva il fondamento della delegittimazione di Mussolini. E proprio grazie alla discussione, di cui oggi non si hanno verbali formali, ma resoconti scritti a mano dai componenti del GCF (che in quella fase non potevano certo costituire il fondamento di alcuna decisione, visto che, comunque, le sue sedute erano segrete come stabiliva l'art. 10 della legge istitutiva), si percepisce che vi era un comune sentire di sconfitta dell'esercito italiano, che non doveva anche tramutarsi in disfatta per tutto lo Stato. Un dibattito schietto e deciso, in cui emergono una pluralità di recriminazioni in ordine alla mancata convocazione dell'organo, nei momenti più importanti, quali la dichiarazione di stato di guerra prima nei confronti della Francia e dell'Inghilterra, poi degli Stati Uniti e la Russia. Una carenza che aveva portato ad una "guerra ideolo-

gica", ad una "guerra fascista" di cui gli italiani non percepivano la ragione. L'assenza di un convincimento nazionalistico, ben presente invece nelle guerre d'indipendenza ed anche nella prima guerra mondiale, aveva determinato l'esito che si stava profilando.

La struttura organizzativa dello stato fascista, pur essendo totalitario, prevedeva la coesistenza accanto al Duce di organi costituzionali interni partecipi dell'indirizzo politico, che nel corso del ventennio avevano anche trasformato e comunque variato le scelte unilaterali del Capo del governo[14] e quella mancanza di condivisione iniziale e durante tutto il periodo della guerra, era valutata come l'origine degli eventi successivi.

Occorreva quindi ripartire da una decisione collegiale per decidere i successivi passaggi sulla base della normativa esistente, rappresentata appunto dal contenuto della legge sul GCF e dallo Statuto. E proprio quest'ultimo, una situazione di emergenza, poteva tornare in auge in tutta la sua portata normativa.

4. *La nomina del maresciallo Badoglio a Capo del governo fu un colpo di Stato?*

La convocazione del Gran Consiglio, così come l'oggetto del dibattito svoltosi quella notte e tutte le varie fasi del suo svolgimento rientrano nell'ambito della normativa esistente e dei principi statutari nella sua forma evoluta. Eventi questi che hanno rappresentato anche la base portante della decisione del Re di revocare la nomina di Mussolini e di nominare il maresciallo Badoglio, Primo Ministro - Capo del Governo - Segretario di Stato, proprio perché il re aveva richiesto una decisione collegiale di un organo rappresentativo, quale il Gran consiglio, era anche in base a quanto previsto nella legge della sua istituzione.

Il contenuto dell'ordine del giorno Grandi non era pienamente esplicito in ordine alla revoca dei poteri a Mussolini. Anzi, da un lato si affermava la necessità de «*l'immediato ripristino di tutte le funzioni statali, attribuendo alla Corona, al Gran Consiglio, al Governo, al Parlamento, alle Corporazioni i compiti le responsabilità stabilite dalle nostre leggi statutarie e costituzionali*» e, dall'altro, si invitava il Capo del governo di "pregare" il re di assumere «*l'effettivo comando delle Forze Armate di terra, di mare, dell'aria*». Un ordine del giorno non trasparente in tutte le sue parti, non direttamente critico nei confronti del fascismo e dello stesso Capo del Governo, ma formulato in positivo nella riattribuzione del ruolo centrale al Re, non come sottrazione dei poteri a Mussolini. In realtà, consentendo al Re di assumersi di nuovo quei poteri che lo Statuto gli attribuiva, gli permetteva anche di revocare e nominare "i suoi ministri", come previsto dall'art. 65 dello Statuto, fra cui doveva essere ricompreso

[14] E questo si desume in varie parti nel bel volume di G. Melis, *La macchina imperfetta*, cit.

il Capo del governo. Revoca e nomina che poteva essere fatta dal Re, anche in maniera autonoma rispetto alle indicazioni del partito, di Mussolini o del GCF, che peraltro non erano state date in quel contesto della riunione del GCF.

Questo potere autonomo del Re nella formazione del governo rientrava nelle prassi precedenti al fascismo, certo non costanti, ma ricorrenti in alcuni periodi di emergenza, di contrapposizione con il Parlamento e spesso connessi ad eventi bellici delle guerre d'indipendenza che avevano imposto al Re di prendere decisioni anche contrarie a quelle indicate dalla Camera dei deputati. Non costituiva certo una novità la formazione di "governi del re", come era avvenuto con la nomina del governo De Launay alla fine della prima guerra d'indipendenza (27 marzo - 7 maggio 1849) e del successivo governo D'Azeglio (7 maggio 1849 - 21 maggio 1852), tutti formatisi prescindendo dalla volontà della maggioranza parlamentare, se non addirittura in diretto contrasto con essa. La Corona, poi, tenne in vita governi che non avevano l'appoggio della maggioranza politica nel 1864 con Minghetti, nel 1865 con Lamarmora ed ancor più con i due governi Menabrea nel 1867 e nel 1868, quando si disse che era stato creato un «governo di corte» di natura extraparlamentare, costituto da senatori, notabili ed alti funzionari dell'amministrazione regia.

Spesso si sottolineano le caratteristiche di "mobilità" "duttilità" "elasticità", "flessibilità" statutaria e tutto questo ha consentito nel tempo al Re di interpretare lo Statuto in rapporto al contesto storico/politico, come già si è detto, e quindi anche di nominare in modo autonomo il Capo del Governo[15].

Quindi il colpo di Stato se ci fu, non fu tanto quello di nominare il maresciallo Badoglio, che il Re volle, in contrapposizione allo stesso Grandi e forse a molti dei componenti del GCF che si erano espressi a favore dell'ordine del giorno, perché rientrava nei suoi poteri.

Valutazione diversa può invece essere fatta con riguardo all'arresto di Mussolini.

Questa decisione sicuramente fu adottata in contrasto con quanto prescritto dall'art. 9 della legge n. 2963/28 che non consentiva l'arresto di nessun membro del Gran Consiglio, salvo il caso «di flagrante reato, né sottoposto a procedimento penale, né assoggettato a provvedimenti di polizia, senza l'autorizzazione del Gran Consiglio». Così come non poteva essere adottato alcuna misura disciplinare senza la sua autorizzazione.

[15] Certamente la storia sarebbe stata diversa se dopo la prima guerra mondiale fosse stato modificato lo Statuto come molti richiedevano e non modifiche concrete come quelle operate dallo stesso fascismo, se il re avesse avuto caratteristiche diverse, se non fosse stato scelto come successore di Mussolini, Badoglio ma con i se non si fa la storia.

D'altra parte, se rientrava nelle competenze del Re revocare il Capo del governo, essendo venuta meno la fiducia come risultava dall'organo d'indirizzo politico, e nominarne un nuovo, occorreva anche che questa nomina non fosse ostacolata da interventi impropri del Duce. Nella visione del Re, l'arresto era una condizione essenziale per rendere operativa la sostituzione del Capo del Governo, che Mussolini e la Milizia fascista avrebbe potuto ostacolare.

Una decisione, quella dell'arresto, adottata in piena autonomia, senza alcun tipo di provvedimento formale adottato ed in apparente violazione della legge sul GCF. In realtà l'arresto deve essere valutato come presupposto essenziale e parte integrante della nomina di Badoglio[16], tale da giustificarlo sulla base di tale obiettivo e di tutti gli eventi straordinari concomitanti. Lo stato di guerra rappresentava di per sé il fondamento della configurazione di uno stato d'eccezione e una guerra ormai agli esiti finali lo imponeva ancor di più. Uno Statuto che si era trasformato e che rendeva complessa la sostituzione del Capo del governo, cosicché anche l'arresto può trovare una sua ragion d'essere in una nomina che rappresentava elemento essenziale per la sopravvivenza dello Stato e della monarchia nel complesso degli eventi straordinari di quel momento. D'altra parte, per affrontare uno stato d'eccezione che di per sé deve essere temporaneo, come ci insegna Schmitt[17], occorreva ipotizzare l'introduzione di una dittatura commissariale, che in quel caso doveva essere finalizzata

[16] Peraltro, permane l'incertezza in ordine alla possibilità di configurare l'atto di nomina di Badoglio da parte del Re come un colpo di Stato, visto che non avrebbe consultato il Gran Consiglio in merito ai nominativi del successore del Duce, che ai sensi dell'art. 13 della L. 9 dicembre 1928, n. 2693, lo stesso Mussolini avrebbe dovuto proporre allo stesso Gran Consiglio, come sostenuto da C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, vol. I,1975, 87, aderendo all'interpretazione di E. LODOLINI, *La illegittimità del governo Badoglio: storia costituzionale del quinquennio rivoluzionario*, Milano,1953 ben ricostruita da F. LANCHESTER, *Il Gran Consiglio del Fascismo*, cit., 2, che, pur con pluralità di precisazioni ed un'attenta ricostruzione del ruolo del GCF nel sistema, aderisce all'interpretazione degli eventi del 24/25 luglio 1943 come conformi all'ordinamento. Rileva infatti Lanchester che «l'eccezionalità della situazione, caratterizzata dall'invasione di parte del territorio nazionale e dal bombardamento della capitale, giustificavano infatti anche ai sensi dello Statuto l'intervento del Capo dello Stato, mentre l'arresto di Mussolini e la normativa volta alla cancellazione delle strutture istituzionali del fascismo da parte del Governo Badoglio ne costituiva una conseguenza».

[17] Sono i problemi di cui discute C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, Bologna, 1998, 33, 40, 41. Schmitt individua due tipi di dittatura: quella "commissaria", finalizzata alla difesa e al ripristino della legalità costituita (il modello paradigmatico è rappresentato dalla figura del *dictator* nella Roma repubblicana), e quella "sovrana" che mira invece alla rimozione dell'ordinamento vigente e alla sua sostituzione con uno nuovo (l'esempio è la dittatura del proletariato secondo la dottrina marxista-leninista). La dittatura sovrana crea un temporaneo "vuoto giuridico", in cui il dittatore agisce come sovrano esercitando un informe "potere costituente". Nulla di nuovo, insomma: sovrano è chi decide dello stato di eccezione e l'affermazione, purtroppo affascinante sul piano dogmatico, conduce lontano.

alla difesa e al ripristino della legalità costituita, che secondo il re poteva essere rappresentata da un nuovo Capo del governo ed il definitivo allontanamento del precedente che aveva determinato appunto lo stato d'eccezione. La dittatura sovrana crea un temporaneo "vuoto giuridico", in cui il sovrano esercita il "potere costituente".

Presupposti teorici che forse non possono *in toto* adattarsi al contesto di quel pomeriggio del 25 luglio, ma che consentono una lettura di quegli eventi che, da un lato trova fondamento nell'ambito dell'ordinamento giuridico statutario, dall'altro costituisce anche la base del nuovo potere costituente, che nella fase successiva al fascismo si viene piano piano formando.

Giovanni Cavaggion[*]

SIMBOLI RELIGIOSI E PRINCIPIO DI LAICITÀ: UN DOPPIO STANDARD DELLA CORTE EDU?

SOMMARIO: 1. Introduzione: i simboli religiosi nella società multiculturale. – 2. I principi di diritto posti dalla Corte EDU nel caso Lautsi. – 3. L'utilizzo strumentale del "caso Lautsi" da parte del legislatore e del Giudice italiano. – 4. Il caso Mikyas and Others v. Belgium. – 5. Conclusioni: il doppio standard della Corte EDU e il futuro della laicità positiva.

1. *Introduzione: i simboli religiosi nella società multiculturale*

Salvatore Prisco ha dedicato un'ampia parte della sua produzione scientifica allo studio delle problematiche costituzionali collegate alla società multiculturale[1]. Entro questa più ampia cornice di riferimento, particolarmente rilevante è l'attenzione dedicata alla questione dei simboli religiosi e della loro esposizione, che egli ha condivisibilmente descritto come una vera e propria "*vexata quaestio*" del costituzionalismo contemporaneo[2].

La regolamentazione dei simboli religiosi è, come noto, uno dei temi maggiormente problematici nell'ambito del rapporto tra diritto e multiculturalismo[3], nella misura in cui il "simbolo" costituisce la rappresentazione esteriore

[*] Professore associato di Diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi di Milano, giovanni.cavaggion@unimi.it.

[1] Si vedano, tra le molte opere, almeno: S. PRISCO, *I modelli di integrazione musulmana in Europa e il caso dell'"Islam italiano"*, in AA.VV., *Scritti in onore di Aldo Loiodice*, Bari, 2012; F. ABBONDANTE, S. PRISCO (a cura di), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*, Napoli, 2015; F. ABBONDANTE, S. PRISCO, *La condizione giuridica degli immigrati e le politiche degli enti territoriali tra integrazione e rifiuto*, in *Rivista AIC*, 2009; S. PRISCO, *Il multiculturalismo nel dibattito bioetico*, in *Diritto e religioni*, nn. 1-2, 2006.

[2] Così S. PRISCO, *La laicità come apertura al dialogo critico nel rispetto delle identità culturali (riflessioni a partire da Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, n. 24414 del 2021)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 21, 2021, 53. Sul tema si veda altresì S. PRISCO, *Il valore della laicità e il senso della storia*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino, 2004.

[3] Su cui si vedano almeno: P. BILANCIA, *Società multiculturale: i diritti delle donne nella vita familiare*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1, 2012; V. BALDINI, *La società multiculturale come "questione giuridica"*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2011, C. PINELLI, *Società multiculturale e Stato costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1, 2012; T. GROPPI, *Multiculturalismo 4.0*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1, 2018; F. SCUTO, *Diritti culturali e multiculturalismo nello Stato costituzionale*, in P. Bilancia (a cura di), *Diritti culturali e nuovi modelli di sviluppo*, Napoli,

(percepibile tanto al pubblico potere quanto agli altri consociati) dell'identità culturale dell'individuo, ed è come tale al contempo elemento di divisione e di aggregazione[4]. In una società culturalmente (e religiosamente) omogenea, il tema non aveva particolare rilevanza, ma in società come quelle odierne, caratterizzate da elevatissimi livelli di diversità culturale, e dalla coesistenza di più gruppi culturali, ciascuno portatore di una sua precisa e peculiare identità, la questione assume tutt'altro momento[5].

Le "nuove" minoranze[6] (e in particolare le minoranze religiose) rivendicano la possibilità di poter esibire i propri simboli nello spazio pubblico, quale espressione del diritto a mantenere la propria identità culturale[7], sottraendosi a forme di assimilazione (anche solo indiretta) nella cultura maggioritaria. Tale pretesa può, però, entrare in contrasto con le norme dell'ordinamento "ospitante", a seconda delle caratteristiche del simbolo in questione.

Si pensi al caso del velo islamico (e specie del velo integrale), e al suo asserito contrasto con l'eguaglianza di genere, i diritti delle donne, e il "vivere insieme" in una società democratica[8]. Si pensi, altresì, al *kirpan* portato dagli appartenenti alla minoranza sikh, e al suo possibile contrasto con la pubblica sicurezza[9].

2015. Sia inoltre consentito il rinvio a G. Cavaggion, *Diritti culturali e modello costituzionale di integrazione*, Torino, 2018.

[4] Si veda S. Prisco, *La laicità come apertura al dialogo critico nel rispetto delle identità culturali*, cit., 66.

[5] Sui simboli religiosi nella società multiculturale si vedano almeno: E. Gianfrancesco, *L'esposizione del crocefisso e degli altri simboli religiosi negli spazi pubblici*, in *Diritto e società*, n. 2, 2015; G. Brunelli, *Simboli collettivi e segni individuali di appartenenza religiosa: le regole della neutralità*, in Aa.Vv., *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Padova, 2007; E. Olivito, *Laicità e simboli religiosi nella sfera pubblica: esperienze a confronto*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2004; E. Rossi, *Laicità e simboli religiosi*, in Aa.Vv., *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, cit.; S. Mancini, *Il potere dei simboli, i simboli del potere. Laicità e religione alla prova del pluralismo*, Padova, 2009.

[6] Si intendono con "nuove" minoranze le minoranze che si creano in una società per effetto del fenomeno migratorio, così distinguendole dalle minoranze "storiche", che pre-esistono alla nascita dell'ordinamento. Si veda W. Kymlicka, *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 11 ss.

[7] Su tale diritto sia consentito il rinvio a G. Cavaggion, *Diritti culturali e modello costituzionale di integrazione*, cit., 66 ss.

[8] Sul tema del velo islamico nel costituzionalismo si vedano, *ex multis*: J. Luther, *Il velo scoperto dalla legge: profili di giurisprudenza costituzionale comparata*, in S. Ferrari (a cura di), *Islam ed Europa*, Roma, 2006; C.B. Ceffa, *L'aspetto del velo*, Milano, 2022; R. Mazzola, *Il velo islamico nel contesto giuridico europeo. Le ragioni di un conflitto*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1, 2018.

[9] Sul tema si vedano: A. Bernardi, *Populismo giudiziario? L'evoluzione della giurisprudenza penale sul kirpan*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, 2017; A. Simoni, *La sen-*

In quegli ordinamenti che aderiscono a una lettura "negativa" del principio della laicità dello Stato la pretesa delle minoranze si scontra, inoltre, con la volontà del pubblico potere di garantire una netta separazione tra spazio pubblico e religione[10].

In altri casi, infine, il contrasto si verifica perché lo spazio pubblico è già "occupato" dai simboli dell'identità culturale (religiosa) maggioritaria, in forza di norme che ne impongono l'esposizione. È questo il caso, in alcuni Paesi europei, dell'esposizione del crocifisso negli uffici pubblici e/o nelle scuole.

Rientra in quest'ultima categoria l'Italia, ove l'esposizione del crocifisso nelle scuole pubbliche è prescritta per via della sopravvivenza, nell'ordinamento, di antiche norme adottate durante il Ventennio fascista: l'articolo 119 del regio decreto n. 1297 del 26 aprile 1922 (recante "Regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare"), che nell'individuare gli arredi delle classi menziona il crocifisso e il ritratto del Re, e l'articolo 118 del regio decreto n. 965 del 30 aprile 1924 (recante "Ordinamento interno delle Giunte e dei Regi istituti di istruzione media), che contiene una disposizione di contenuto sostanzialmente analogo[11].

Un ulteriore elemento di complessità nel quadro comparato è stato introdotto dall'avvento del sistema multilivello di tutela dei diritti. In particolare, sul tema dei simboli religiosi si è sviluppata una ricca giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU), che si è a più riprese confrontata con la questione, con particolare riferimento al problema della loro esposizione/ostensione in luoghi pubblici. Come si dirà, con riferimento alle scuole pubbliche, la Corte EDU ha più volte ribadito la necessità di evitare ogni forma di indottrinamento dei minori, che si trovano nelle fasi più delicate dello sviluppo della propria personalità.

Tale principio di diritto, certamente coerente con la neutralità culturale che dallo Stato si pretende negli ordinamenti democratici pluralisti (*rectius*, multiculturali), si applica in modo "temperato" all'Italia, che è invece stata oggetto di decisioni in parte divergenti rispetto al filone giurisprudenziale maggioritario della Corte.

tenza della Cassazione sul kirpan: "voce dal sen fuggita"?, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2, 2017.

[10] È questo il caso della Francia, ove il principio di laicità assume una sua speciale rilevanza, per cui lo Stato si assume quasi il compito di "proteggere" l'individuo dal fenomeno religioso.

[11] Il crocifisso dovrebbe essere esposto, inoltre, nelle aule di udienza, in forza della circolare ministeriale n. 2134/1867 del 28 maggio 1926, e in generale in ogni edificio pubblico, in forze della circolare ministeriale n. 68 del 22 novembre 1922 e dell'ordinanza ministeriale n. 250 dell'11 novembre 1923.

Nelle sezioni che seguono si andranno quindi a ripercorrere i principi posti dalla Corte EDU nel "caso Lautsi" (cfr. §2), l'utilizzo strumentale di tali principi da parte del legislatore e dell'autorità giudiziaria negli anni successivi (cfr. §3), e i differenti principi, espressivi della giurisprudenza maggioritaria della Corte, posti nel recente "caso Mikyas" (cfr. §4). Si tenterà quindi di evidenziare come il consolidarsi della giurisprudenza europea in tema di neutralità dell'ambiente scolastico rischi, di fatto, di introdurre un "doppio standard" di giudizio, in base al quale l'ordinamento costituzionale italiano potrebbe finire per porsi in netta controtendenza rispetto a quanto prescritto dalla tradizione costituzionale comune europea (cfr. §5).

2. *I principi di diritto posti dalla Corte EDU nel caso Lautsi*

Le vicende del celebre "caso Lautsi" sono note e sono già state ampiamente studiate dalla dottrina, e non avrebbe senso ripercorrere interamente la vicenda in questa sede.

Per quel che qui interessa, giova ricordare, in massima sintesi, che la Corte EDU si è trovata a dover vagliare la compatibilità convenzionale – e in particolare con gli articoli 9 della Convenzione (diritto alla libertà religiosa) e 2 del Protocollo addizionale (diritto dei genitori di educare i figli secondo le proprie convinzioni morali, filosofiche e religiose) – dell'orientamento espresso dal Consiglio di Stato, per cui non vi sarebbe contrasto tra il principio di laicità dello Stato (principio costituzionale fondamentale[12]), e l'esposizione obbligatoria del crocifisso nelle aule scolastiche (imposta dalle già richiamate norme regolamentari). Ciò perché tale esposizione produrrebbe sì un indottrinamento "indiretto" del minore, ma si tratterebbe di indottrinamento nei principi e nei valori dello Stato, e non in quelli della Chiesa. Il Consiglio di Stato aveva ritenuto, infatti, che «non si può però pensare al crocifisso esposto nelle aule scolastiche […] come ad un oggetto di culto; si deve pensare piuttosto come ad un simbolo idoneo ad esprimere l'elevato fondamento dei valori civili […] di tolleranza, di rispetto reciproco, di valorizzazione della persona, di affermazione dei suoi diritti, di riguardo alla sua libertà, di autonomia della coscienza morale nei confronti dell'autorità, di solidarietà umana, di rifiuto di ogni discriminazione, che connotano la civiltà italiana, […] che sono poi i valori che delineano la laicità nell'attuale ordinamento dello Stato»[13].

[12] La laicità non è, come noto, espressamente menzionata dal testo costituzionale, ma è stata riconosciuta quale principio fondamentale implicito ("supremo") dell'ordinamento dalla giurisprudenza della Consulta. Cfr. Corte Cost., n. 203/1989. Sulla laicità nell'ordinamento italiano si veda S. Prisco, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2009.

[13] Cfr. Cons. di Stato, n. 556/2006.

La Corte EDU ha inizialmente negato che il crocifisso possa essere considerato, come suggerito dal Consiglio di Stato, alla stregua di un "simbolo laico", e ha riconosciuto la violazione, da parte dell'Italia, del principio di laicità, del diritto alla libertà religiosa e del diritto dei genitori a educare i figli secondo le proprie convinzioni, che impongono allo Stato di garantire un ambiente scolastico neutrale e, quindi, di astenersi dall'inculcare, anche solo indirettamente, determinate convinzioni negli studenti, che peraltro, quando frequentano la scuola dell'obbligo, sono in una fase particolarmente delicata (e vulnerabile) del loro sviluppo[14].

Tale decisione è stata, tuttavia, come noto, successivamente riformata dalla Grande Camera che, pur condividendo la premessa per cui il diritto dei genitori di educare i figli secondo le proprie convinzioni impone la neutralità della scuola come istituzione (e dunque non solo la neutralità dei programmi scolastici), e pur osservando che il crocifisso è indubbiamente un simbolo religiosamente connotato, non ha ritenuto dimostrato che la sua esposizione abbia un effetto di indottrinamento, neppure indiretto[15].

Al di là dell'utilizzo, da molti autori denunciato come "politicamente orientato", della dottrina del margine di apprezzamento nel caso di specie, particolarmente interessante appare, nel ragionamento della Corte, la valorizzazione dell'interpretazione "positiva" del principio di laicità che vige nell'ordinamento costituzionale italiano.

La Corte ha rilevato, infatti, che, l'adesione alla versione "positiva" del principio di laicità, ricavabile dagli articoli 2, 3, 7 e 8 Cost., richiede la promozione, da parte della Repubblica, del fenomeno religioso, che viene visto con favore, in quanto strumento per lo sviluppo della personalità dell'essere umano. La religione è, quindi, la "benvenuta" nello spazio pubblico, con la precisazione che ciò deve valere, in accordo con i principi pluralista e di eguaglianza, allo stesso modo per tutte le religioni, rispetto alle quali il pubblico potere deve rimanere neutrale[16].

La Corte ha rilevato, quindi, che la scuola italiana è aperta a tutte le religioni indistintamente, ed è pertanto possibile, ad esempio, che le allieve indossino il velo islamico o, in generale, che gli allievi indossino i simboli delle loro religioni. Proprio tale apertura al fenomeno religioso varrebbe a differenziare

[14] Cfr. *Lautsi v. Italy*, App. no. 30814/06, 3 novembre 2009.

[15] Cfr. *Lautsi v. Italy*, [GC], App. n. 30814/06, 18 marzo 2011.

[16] Si veda S. Sicardi, *Il principio di laicità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale (e rispetto alle posizioni dei giudici comuni)*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2007, 516 ss. Sembra possibile quindi affermare, *a contrario*, che ad avviso della Corte la soluzione adottata nel "caso Lautsi" non sarebbe applicabile in ordinamenti costituzionali che aderiscano a una interpretazione "negativa" del principio di laicità.

il caso italiano da quelli di altri Stati europei, oggetto di precedenti decisioni della Corte[17], ove la neutralità religiosa dell'istituzione scolastica (intesa in senso negativo) assumerebbe un diverso (e più intenso) rilievo costituzionale.

3. *L'utilizzo strumentale del "caso Lautsi" da parte del legislatore e del Giudice italiano*

I principi di diritto posti dalla Corte EDU nel "caso Lautsi" hanno, come prevedibile, offerto una sponda, per molti versi insperata, a quelle posizioni politiche che rifiutano le teorie del multiculturalismo, sostenendo piuttosto la necessità di promuovere e proteggere, tanto nella scuola dell'obbligo quanto negli altri spazi della vita pubblica, le tradizioni e i principali elementi che caratterizzano l'identità culturale maggioritaria.

Sul versante normativo, l'insegnamento di *Lautsi* è stato posto, ad esempio, a fondamento dei provvedimenti approvati dal Consiglio regionale del Veneto che, nel 2017, hanno tentato di imporre l'esposizione del presepe nei luoghi dell'istruzione nel periodo delle festività natalizie. Si legge infatti in tali provvedimenti che la Corte EDU «ha affermato il principio secondo il quale il crocifisso apposto nei luoghi pubblici non ha nulla di coercitivo poiché rappresenta un simbolo che per gli italiani è sinonimo di storia, cultura e tradizione» e che, pertanto, «anche il presepe può essere annoverato tra quei simboli che travalicano i 'confini' della pura sfera religiosa»[18].

Parimenti, i medesimi principi di diritto sono stati richiamati nell'ordinanza contingibile e urgente del 2009, con cui il Sindaco del Comune di Mandas ha ordinato, ex articoli 50 e 54 del d. lgs. n. 267/2000, l'immediata affissione del crocifisso in tutti gli uffici pubblici presenti nel territorio comunale, motivata dalla necessità di «preservare le attuali tradizioni ovvero mantenere negli edifici pubblici di questo comune la presenza del crocifisso quale simbolo fondamentale dei valori civili e culturali del nostro paese», prevedendo al contempo la sanzione di euro cinquecento a carico dei trasgressori[19]

La giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte EDU nel "caso Lautsi" è stata altresì richiamata, a livello nazionale, dalle diverse proposte che, in quasi ogni legislatura, hanno tentato di introdurre nella legislazione ordinaria un obbligo espresso di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche o, più in generale, negli uffici pubblici.

[17] Cfr. *Dahlab v. Switzerland*, App. no. 42393/98, 15 febbraio 2001.

[18] I provvedimenti in questione sono la mozione n. 285 del 16 novembre 2017 del Consiglio regionale del Veneto e la legge regionale n. 45/2017, che istituiva un apposito fondo per la realizzazione ed esposizione dei presepi nelle scuole di ogni ordine e grado.

[19] Cfr. ordinanza n. 21/2998 del 23 novembre del 2009 Comune di Mandas.

È stato questo il caso della proposta di legge recante "Disposizioni concernenti l'esposizione del Crocifisso nelle scuole e negli uffici delle pubbliche amministrazioni", presentata il 6 settembre 2023 alla Camera dei Deputati dalla Lega, che, dopo aver proclamato che il crocifisso sarebbe «emblema di valore universale della civiltà e della cultura cristiana, è riconosciuto quale elemento essenziale e costitutivo e perciò irrinunciabile del patrimonio storico e civico-culturale dell'Italia, indipendentemente da una specifica confessione religiosa», ne impone l'esposizione «in luogo elevato e ben visibile» in tutte le aule scolastiche e universitarie, negli uffici delle pubbliche amministrazioni e, addirittura, negli "organi costituzionali", punendo con apposita ammenda chi dovesse rifiutarsi di ottemperare all'obbligo in questione[20].

Sul versante giurisprudenziale non sono rare, poi, le pronunce in cui il "caso Lautsi" è stato richiamato, dall'autorità giudiziaria amministrativa, alla stregua di precedente, capace di orientare (per quanto, ovviamente, con forza esclusivamente persuasiva) le decisioni future del Giudice.

È stato questo il caso, ad esempio, della sentenza n. 383/2017 del TAR Sardegna che, nel vagliare la legittimità della sopramenzionata ordinanza sindacale che aveva disposto l'esposizione del crocifisso negli edifici pubblici sul territorio comunale, ha fatto ampio uso della sentenza della Corte EDU, traendo da essa il principio di diritto per cui «la cultura dei diritti dell'uomo non deve essere posta in contraddizione con i fondamenti religiosi della civiltà europea», con la conseguenza che sarebbe «doveroso garantire ad ogni Paese un margine di apprezzamento quanto al valore dei simboli religiosi nella propria storia culturale e identità nazionale e quanto al luogo della loro esposizione», e il crocifisso non sarebbe «un elemento di indottrinamento, ma espressione dell'identità culturale e religiosa dei Paesi di tradizione cristiana».

Invero, l'utilizzo della sentenza *Lautsi* "e la sua esegesi" da parte del TAR sono stati, nel caso di specie, così ampi, che in dottrina si è osservato che il Giudice amministrativo si sarebbe spinto, in effetti, con la propria attività interpretativa, "al limite dell'invenzione", traendo dalla sentenza della Corte EDU citazioni e principi di diritto difficilmente rinvenibili (o non pacificamente ricavabili) nella stessa[21].

[20] Cfr. A.C. n. 1384, XIX legislatura, che riprendeva, con modifiche minime, la precedente proposta A.C. n. 387, XVIII legislatura, presentata dalla Lega il 26 marzo 2018. Su quest'ultima proposta si veda S. Baldassarre, *Brevi considerazioni a margine della proposta di legge n. 387 del 2018 "Disposizioni concernenti l'esposizione del Crocifisso nelle scuole e nelle pubbliche amministrazioni"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 12, 2019.

[21] Si veda M. Croce, *La decisione CEDU Lautsi c. Italia e la sua influenza come precedente nelle decisioni interne successive*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 3, 2019, 79. Sul caso si veda inoltre A. Licastro, *"A ognuno la sua croce". Notazioni sparse in tema di ostensione*

In generale, "a prescindere dalle peculiarità dei singoli casi", si può osservare come, a seguito delle sentenze (nazionali e sovranazionali) nel "caso Lautsi", si siano moltiplicati gli sforzi (anche dottrinali[22]) di operare una distinzione tra il crocifisso esposto in luogo pubblico e gli altri simboli religiosi (individuali o collettivi), strumentale rispetto al riconoscimento al solo crocifisso di una valenza "ultra-religiosa" e, in un certo senso "laica", che varrebbe a garantirne la compatibilità con la neutralità del pubblico potere imposta dai principi di laicità e di eguaglianza senza discriminazione sulla base della religione.

4. *Il caso Mikyas and Others v. Belgium*

La questione della laicità dell'ambiente scolastico è tornata a essere oggetto di scrutinio, una volta di più, in tempi recenti, e più precisamente con la decisione che la Corte EDU è stata chiamata ad assumere nel "caso Mikyas"[23]. La vicenda aveva a oggetto la proibizione di ogni simbolo religioso visibile nei luoghi scolastici introdotta nel 2009, a livello decentrato, dall'Education Council of the Flemish Community ("*GO! Onderwijs van de Vlaamse Gemeenschap*"), e motivata sulla base della necessità di implementare la prescrizione costituzionale della neutralità dell'insegnamento e del rispetto della libertà (filosofica, ideologica e religiosa) dei genitori e degli studenti[24], in un contesto sociale in cui si erano verificati episodi di segregazione e coercizione e alcune studentesse erano state costrette (se non altro moralmente) a indossare il velo islamico, e in cui la scelta della scuola da parte dei genitori era dettata unicamente dalla possibilità (o meno), per le figlie, di indossare tale simbolo (anziché dalla rispondenza del progetto educativo offerto alle esigenze di sviluppo della personalità della discente).

Il divieto è stato contestato da tre ragazze appartenenti alla minoranza musulmana, che hanno denunciato che la proibizione avrebbe impedito loro di frequentare la scuola (e dunque di partecipare a tutte le attività scolasti-

istituzionale dei simboli cristiani nella sfera pubblica europea (con particolare riferimento all'art. 28 della legge francese di separazione), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 1, 2018, 4 ss. La sentenza è stata riformata successivamente dal Consiglio di Stato, che ha reputato illegittima l'ordinanza impugnata per via dell'assenza dei requisiti di contingibilità e urgenza, ma senza operare alcun riferimento alla laicità dello Stato e alla questione della rilevanza simbolica del crocifisso. Cfr. Cons. di Stato, n. 2567/2024.

[22] Si veda di recente P. Sammarco, *Vietare il velo islamico non lede alcun diritto*, in *Libero*, 20 maggio 2024.

[23] Cfr. *Mikyas and Others v. Belgium*, 9 aprile 2024 (App. No. 50681/20).

[24] Cfr. l'articolo 24 comma 3 della Costituzione belga: «The community organises non-denominational education. This implies in particular the respect of the philosophical, ideological or religious beliefs of parents and pupils».

che). In particolare, il ricorso aveva a oggetto la violazione degli articoli 8, 9 e 10 della Convenzione e l'articolo 2 del Protocollo n. 1 alla Convenzione, e dunque il diritto al rispetto della vita privata e familiare, il diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione, il diritto alla libertà di espressione, e il diritto dei genitori di educare i figli secondo le proprie convinzioni filosofiche, morali e religiose.

La Corte EDU, tuttavia, ha giudicato infondate le censure relative all'articolo 9 della Convenzione (libertà religiosa) – le uniche ritenute ammissibili – sulla base dell'argomento per cui il divieto di simboli religiosi, che indubbiamente comporta una compressione della libertà religiosa del singolo (di cui il velo islamico è espressione), avrebbe perseguito il fine legittimo di proteggere i diritti e le libertà altrui e la pubblica sicurezza[25]. Più precisamente, la Corte ha ritenuto che la regola costituzionale della neutralità religiosa dell'educazione vigente in Belgio possa essere interpretata non solo nel senso di imporre il rispetto e l'eguaglianza delle diverse religioni (protezione dei minori da forme di indottrinamento religioso nella scuola), ma anche nel senso di imporre un ambiente scolastico scevro da riferimenti religiosi, e dunque anche dai simboli delle fedi cui aderiscono i diversi studenti. A maggior ragione laddove ciò si renda necessario per proteggere gli studenti stessi da forme di pressione dei loro pari o delle loro famiglie, volte a imporre l'utilizzo di determinati simboli religiosi, e dunque da forme di proselitismo diretto o indiretto.

La Corte ha altresì valorizzato, ai fini della propria decisione, da un lato la neutralità del divieto, che investiva non solo il velo islamico, ma ogni simbolo religioso, e dall'altro la libera scelta delle famiglie delle ricorrenti che, pur informate delle regole vigenti, avevano ugualmente deciso di iscriverle presso la scuola comunitaria in questione (così lasciando intendere che, volendo, essi avrebbero invece potuto fare ricorso a una scuola privata di ispirazione confessionale).

In definitiva, la Corte EDU ha ribadito, con la sentenza nel "caso Mikyas", il principio di diritto, più volte affermato, per cui la laicità può essere legittimamente imposta, nell'ambito del margine di apprezzamento di cui dispongono gli Stati, non solo alla *scuola istituzione*, ma anche alla *scuola comunità*, e che pertanto l'obbligo di neutralità religiosa può essere legittimamente esteso dalla pubblica amministrazione che eroga il servizio scolastico (strutture, docenti, personale amministrativo, ecc.), agli utenti del servizio (gli studenti).

[25] Conclusioni simil a quelle cui la Corte era già giunta nelle precedenti decisioni nei casi: *Leyla Şahin v. Turkey*, [GC], App. no. 44774/98, 10 novembre 2005; *Dogru v. France*, App. no. 27058/05, 4 dicembre 2008; Kervanci v. France, App. no. 31645/04, 4 dicembre 2008, oltre al già citato caso *Dahlab*.

5. *Conclusioni: il doppio standard della Corte EDU e il futuro della laicità positiva*

La giurisprudenza della Corte EDU appare ormai convinta nell'affermare, se non la necessità, quantomeno l'opportunità che, in quegli ordinamenti che aderiscono al principio di laicità dello Stato, l'istituzione scolastica (intesa non solo come *ente*, ma altresì come *ambiente*, e dunque come *comunità*) sia ispirata a un principio di neutralità religiosa. Ciò è necessario da un lato per garantire l'eguaglianza e la pacifica coesistenza tra le diverse religioni rappresentate nella società di riferimento (che, nel caso europeo, diviene sempre più multiculturale e, quindi, multireligiosa), e dall'altro per proteggere gli studenti da forme di proselitismo che, attraverso la pressione morale (anche solo indiretta) della scuola, delle famiglie, degli insegnanti, o di altri studenti, ne vadano a coartare la libera determinazione.

Vero è che la Corte di Strasburgo è il "Giudice del caso concreto", e che le sentenze in questione hanno avuto a oggetto ordinamenti diversi da quello italiano, ma vero è altresì che la giurisprudenza in materia sembra stare sempre più assumendo i caratteri della giurisprudenza "consolidata", come tale passibile di applicazione generale (al di là delle specificità del singolo caso). Laddove ciò dovesse accadere, il caso italiano risulterebbe particolarmente problematico.

La sentenza nel "caso Lautsi" si pone, infatti, sempre più come un "*outlier*" nel panorama continentale, nella misura in cui essa sembra aver avallato, in sostanza, una condotta (l'esposizione obbligatoria del crocifisso) contrastante tanto con le ragioni dell'eguaglianza tra le diverse confessioni, quanto con quelle della prevenzione del proselitismo.

Sotto il primo profilo, risulta evidente come l'esposizione del crocifisso possa finire per introdurre un trattamento differenziato tra le diverse religioni. Al di là delle intenzioni di chi lo espone, infatti, è indubbio che il crocifisso è il simbolo della religione cristiana, e che pertanto l'affissione dello stesso in un luogo pubblico veicola il messaggio di una particolare vicinanza tra lo Stato e tale religione.

Sotto il secondo profilo, è evidente come il crocifisso possa svolgere, proprio per via della relazione privilegiata che a esso viene riconosciuta con il pubblico potere, un effetto indottrinante, anche solo indiretto, nell'ambiente scolastico. È noto da tempo alla dottrina, infatti, l'effetto di promozione (indiretta) della cultura e della religione maggioritaria che si può verificare per effetto dell'adesione dello Stato a un determinato modello identitario valoriale (si pensi, ad esempio, alla scelta della lingua ufficiale, alla individuazione delle festività nazionali, o alla determinazione del contenuto dei programmi scolastici)[26].

[26] Si vedano i contributi raccolti in L. Orgad, R. Koopmans (a cura di), *Majorities, minorities, and the future of nationhood*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022.

Le sentenze (tanto al livello nazionale, quanto al livello sovranazionale) nel "caso Lautsi", che hanno consentito allo Stato di sottrarsi all'obbligo di neutralità culturale e religiosa che a esso viene tendenzialmente imposto negli ordinamenti democratici pluralisti contemporanei, rappresentano allora un caso peculiare, in cui si è data una qualche forma di riconoscimento (per molti versi "*ante litteram*") alle teorie che stanno divenendo note, nel dibattito giuspubblicistico, come "teorie dei diritti della maggioranza", che sostengono la necessità (o, quantomeno, la possibilità), per gli ordinamenti costituzionali, di introdurre apposite forme di tutela per l'identità culturale maggioritaria nelle società di riferimento[27]. Secondo dette teorie, infatti, esisterebbe un interesse costituzionalmente rilevante, per gli Stati, a preservare, tramandare e promuovere i valori maggioritari, che sono poi quei valori che, attraverso la traduzione in norme giuridiche, animano i principi fondamentali della Costituzione. L'esposizione del crocifisso, in questa prospettiva, sarebbe legittima in quanto finalizzata alla testimonianza e alla propagazione dei "valori della società italiana" (con le parole del Consiglio di Stato), che potrebbe essere legittimamente imposta a tutti coloro che frequentano la scuola dell'obbligo, inclusi i minori appartenenti alle minoranze socio-culturali che in tali valori non si riconoscono.

L'applicazione all'Italia del "combinato disposto" della giurisprudenza (che va consolidandosi) sulla neutralità religiosa della scuola e delle decisioni sul "caso Lautsi" introdurrebbe, pertanto, nell'ordinamento, un vero e proprio "doppio standard", per cui alle minoranze religiose potrebbe essere imposto un obbligo di neutralità che non si pretende invece dal pubblico potere[28]. Obbligo che risulterebbe ancor più discriminatorio se appena si considera che gli appartenenti alla maggioranza, pur non potendo ostentare individualmente il simbolo della propria religione, si giovano comunque della sua esposizione nell'ambiente scolastico, nel quale possono quindi ritrovare il simbolo della propria fede (al contrario di ogni altra confessione).

In questa prospettiva, allora, un definitivo consolidarsi dei principi da ultimo ribaditi dalla Corte EDU nel "caso Mikyas", dovrebbe necessariamente indurre a ritenere ormai superata la giurisprudenza nel "caso Lautsi", se appena si considera che essa aveva valorizzato, per "far salva" l'esposizione del crocifisso in Italia, l'apertura della scuola italiana alla diversità religiosa, e dunque la possibilità per gli studenti di indossare i simboli della propria fede

[27] Sulle teorie dei diritti delle maggioranze si veda, per tutti, L. Orgad, *The cultural defense on Nations. A liberal theory of majority rights*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

[28] In questa prospettiva il leader della Lega, partito che propone una legge sull'obbligatorietà del crocifisso nella scuola, ha aperto, in parallelo, al divieto del velo islamico nello spazio scolastico. Cfr. *Velo islamico, Salvini: a scuola si rispetti nostra cultura*, in *Tgcom24*, 29 marzo 2024.

individuale. Pretendere la neutralità religiosa dagli studenti imporrebbe, allora, di pretendere la neutralità religiosa anche dall'istituzione, e l'applicazione della giurisprudenza sovranazionale finirebbe per mutare definitivamente il paradigma del rapporto tra scuola e religione nell'ordinamento nazionale da quello della laicità "positiva" a quello della laicità "negativa".

Esiste, allora, uno spiraglio per conservare l'approccio "positivo" alla laicità, elemento caratterizzante della tradizione costituzionale italiana?

Uno spiraglio sembra esservi, se alla logica "formalista", che presuppone lo "scontro" tra culture, che potrebbe essere risolto solo imponendo una rigida neutralità ("asettica") dell'ambiente scolastico, si oppone quella dell'"incontro" tra culture, e dunque della risoluzione della questione dei simboli per via più dialogica e meno procedurale, valorizzando al contempo la funzione formativa della scuola. Sembra essere questa la strada tracciata, seppur faticosamente, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che hanno ritenuto che la risoluzione della questione dei simboli possa essere affidata alla "saggezza" delle singole comunità scolastiche, che con metodo "mite", pluralista e dialogante potrebbero farsi carico di tutte le diverse esigenze culturali e religiose in tensione[29]. Sarebbe possibile forse, in questo modo, secondo l'insegnamento di Salvatore Prisco, addivenire, nell'ambiente scolastico, a un "multiculturalismo temperato" ed egualmente aperto alle diverse religioni, attraverso la «valorizzazione della presenza collettiva delle posizioni religiosamente orientate», che «arricchiscano l'altrimenti esangue concezione di una democrazia come mera procedura e gli stessi valori secolari»[30].

[29] Cfr. Cass. Civ., Sez. Unite, n. 24414/2021.

[30] Così S. Prisco, *La laicità come apertura al dialogo critico nel rispetto delle identità culturali*, cit., 73.

Stefania Cavaliere[*]

LA TRANSIZIONE *GREEN* E LE "NUOVE" ECONOMIE

SOMMARIO: 1. La crisi dell'economia tradizionale e la transizione *green*. – 2. L'economia sociale e solidale. – 3. L'*orange economy*. – 4. Note finali.

1. *La crisi dell'economia tradizionale e la transizione* green

L'espansione demografia mondiale, la crescita della domanda di materie prime dovuta al consumismo, il problema degli scarti di cui disfarsi una volta finito il ciclo produttivo, la corsa al profitto senza tenere conto dei bisogni umani, le disuguaglianze sociali e le crisi economiche che si sono succedute hanno evidenziato i limiti dell'economia tradizionale[1]. Quest'ultima, basata sull'approccio lineare, "*take, make, use, dispose*" (prendi, produci, usa e getta), secondo il paradigma meccanicistico[2], dove il prodotto, una volta terminato il suo utilizzo, diventa un rifiuto[3]. Non solo, i beni sono progettati per rispondere a un bisogno che ingenera dopo poco tempo nuovi ma simili desideri. Si tende ad alimentare, in questo modo, l'ambizione sempre maggiore di possedere prodotti di cui effettivamente non si ha una reale necessità, innescando i pericolosi meccanismi dell'economia consumistica e benecentrica[4]. Anche la tecnologia si è adeguata a questo modello progettando le merci in modo che dopo un determinato periodo di tempo esse non siano più funzionanti al fine da stimolare nuovi acquisti. La riparazione, secondo questa tesi, deve essere evitata perché è più redditizio vendere sempre più prodotti piuttosto che ridare nuova vita ai vecchi beni, con la conseguenza che le materie prime si consumano ad un ritmo "insostenibile" rischiando di esaurirsi del tutto[5].

Tra le più importanti negatività dell'economia tradizionale ci sono, quindi, l'inquinamento, le inefficienze derivanti dagli sprechi, un utilizzo delle risorse eccessivo che le porta a esaurirsi, i disequilibri ecologici e non ultima, la noncu-

[*] Professoressa associata di diritto dell'economia presso l'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

[1] A. SEN, *Etica ed economia*, traduzione di S. MADDALONI, Roma-Bari, 1987, 41 ss.

[2] F. CAPRIA, U. MATTEI, *Ecologia del diritto*, Sansepolcro, 2017, 40 ss.

[3] M. T. STILE, *Da economia lineare ad economia circolare: un percorso in salita*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n. 1-2/2015, 263 ss.

[4] S. ZAMAGNI, S. GEORGESCU-ROEGEN, *I fondamenti della teoria del consumatore*, Milano, 1979, *passim*.

[5] S. CAVALIERE, *Economia circolare e intervento pubblico nell'economia: spunti di riflessione*, in *dirittifondamentali.it,* n. 1/2020, 925.

ranza della vita umana e della sua qualità[6]. Ciò rende imperativo riconsiderare i modelli di produzione attraverso la minimizzazione dei rifiuti e l'uso razionale delle risorse[7], anche indirizzando le imprese verso la sostenibilità ambientale e sociale[8] al fine di non compromettere le esigenze delle generazioni future e di evitare il collasso degli ecosistemi[9]. Un processo transizionale che potrà realizzarsi solo con un diverso approccio sul piano istituzionale e una diversa impostazione per quel che concerne l'intervento pubblico nell'economia, partendo dall'Unione europea, senza, tuttavia, dimenticare, sia nuovi vincoli di finanza pubblica (recentemente ripristinati[10]), sia il coordinamento delle politiche economiche[11]. In tale contesto, si è imposto il concetto di transizione *green* o ecologica, locuzione molto usata negli ultimi tempi, sebbene, data la sua composita varietà e complessità, non ne è ancora del tutto chiara la definizione[12].

[6] P. Maddalena, *Gli inganni della finanza: come svelarli, come difendersene*, Roma, 2016, 15 ss.

[7] F. De Leonardis, *Il futuro del diritto ambientale: il sogno dell'economia circolare*, in Atti del II Convegno annuale AIDAMBIENTE *"Il Testo Unico dell'Ambiente a dieci anni della sua approvazione"*, Roma, 10-11 giugno 2016, in *www.aidaambiente.it*, 2 ss.

[8] Sull'origine del termine "sostenibilità", v. K. Bosselmann, *The Principle of Sustainability. Transforming Law and Governance*, Ashgate, Aldershot, 2008, 9 ss. In generale *ex multis* sul tema, F. De Leonardis, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Diritto amministrativo*, 788 ss.; G. Rossi, *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 1/2020, 6 ss.; S. Nespor, *Il governo dell'ambiente. La politica e il diritto per il progresso sostenibile*, Milano, 2009; S. Maglia, *Diritto ambientale: alla luce del d.lgs. 152/2006 e successive modificazioni*, Roma, 2009; F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; D. Porena, *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017; D'Aloia, *Bioetica ambientale, sostenibilità, teoria intergenerazionale della Costituzione*, in *BioLaw Journal*, *Special Issue*, n. 2/2019, 645 ss.

[9] K. Mathis, *Sustainable Development*, *Economic Growth and Environmental Regulation*, in K. Mathis, B.R. Huber (eds), *Environmental Law and Economics*, Berlino, 2017, 3 ss.

[10] L'intesa dell'ECOFIN è stata raggiunta il 20 dicembre 2023, con approvazione formale del 29 aprile 2024.

[11] A.M. Nico, G. Luchena, *Vincoli europei di finanza pubblica e autonomia di bilancio. Una breve nota ricostruttiva*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2018, 1 ss. Sull'attività dei pubblici poteri, D. Sammarro, *Attività amministrativa e politiche attuative della sostenibilità ambientale in ottica dell'economia circolare*, in *Diritto e società*, n. 2/2023, 389 ss.

[12] F. De Leonardis, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, cit., 780. Sul tema, S. Lazzari, *La transizione verde nel piano nazionale di ripresa e resilienza «Italia domani»*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente,* n. 1/2021, 198 ss.; A. Moliterni, *La transizione alla green economy e il ruolo dei pubblici poteri*, in *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici* G. Rossi, M. Monteduro (a cura di), Torino, 2020, 51 ss.; L. Pergolizzi, *PNRR e transizione ecologica: un duplice percorso*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 2/2022, 444; F. Albione, *I nuovi equilibri giuridici tra ambiente e paesaggio sullo sfondo della transizione ecologica*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 4/2023, 231 ss.

Tanto per fare un esempio di quanto tale perifrasi sia presente delle istituzioni e della società del nostro Paese possiamo ricordare che il vecchio Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, ha assunto la denominazione di "Ministero della Transizione Ecologica", che una delle missioni del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza s'intitola "Rivoluzione verde e transizione ecologica", che nel 2021 è stato elaborato un importante strumento di programmazione amministrativa intitolato "Piano di transizione ecologica"[13], che nella compagine governativa è stato istituito un "Comitato per la transizione ecologica"[14], e che è stato emanato, anche, un decreto-legge denominato"decreto transizione ecologica"[15].

In linea di massima, la transizione *green* indica un processo che intende realizzare un cambiamento e una trasformazione della società e dell'economia verso obiettivi di sviluppo sostenibili, di tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e della biodiversità, producendo sostanze meno inquinanti con una drastica riduzione dei rifiuti. In altre parole, attraverso tali politiche si intende realizzare un'innovazione tecnologica e una rivoluzione ambientale tesa a favorire l'economia e lo sviluppo nel rispetto degli ecosistemi e delle generazioni future favorendo opportunità di investimento e di creazione di posti di lavoro, efficienza energetica e non ultimo l'utilizzo di fonti rinnovabili.

La transizione *green* si è evoluta e perfezionata quasi naturalmente nell'economia circolare tanto che, secondo alcuni, ne rappresenta la positiva trasformazione, il miglioramento e, forse, persino il superamento, soprattutto sul piano culturale[16].

Il concetto di economia circolare, ormai patrimonio linguistico non solo dei tecnici ma anche degli studiosi delle scienze sociali, in realtà non è nuovo[17]. Già nel 1976 in un rapporto presentato alla Commissione europea dall'econo-

[13] Il Piano, presentato nel luglio 2021, intende fornire un inquadramento generale della Strategia per la transizione ecologica, elaborando un quadro concettuale che accompagni gli interventi del PNRR, promuovendo una riflessione sui temi ecologici.

[14] Il comitato è stato istituito dall'art. 4 del d.l. n. 22/2021 e si aggiunge al CIPE che sulla base dell'art. 1 *bis* del d.l. 14 ottobre 2019, n. 11 (decreto clima) convertito in l. 15 dicembre 2016, n. 229 ha visto modificare la sua denominazione in CIPESS ovvero Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile.

[15] D.l. 31 maggio 2021, n. 77 convertito in legge 29 luglio 2021, n. 108.

[16] R. Ferrara, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in *Diritto amministrativo*, n. 3/2018, 803. Per E. Scotti, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2019, 508, l'economia circolare è un passo oltre la (o nella) *green economy*.

[17] Il concetto di economia circolare ha iniziato ad essere diffuso nel 1970 da ambientalisti quali J.T. Lyle, architetto paesaggista americano con la "progettazione rigenerativa" sull'uso delle risorse locali rinnovabili e W. Stahel, architetto svizzero che elaborò il concetto della insostenibilità del modello di produzione lineare.

mista Walter Stahel e dalla sociologa Genevieve Reday fu delineata una prima visione di economia circolare[18], mentre in occasione del *World Economic Forum* di Davos del 2014 tale paradigma economico ha acquistato valore a livello internazionale. Esso non tende a disarticolare e a scomporre socialmente l'umanità: anzi, partendo dall'ambiente e dalla persona, involge verso obiettivi che offrono più *chances* consentendo di aumentare il benessere, non solo in termini di guadagno, ma anche in termini di capitale umano, sociale e culturale. Dà priorità, inoltre, all'accesso alla conoscenza e all'istruzione, a tecnologie e a processi produttivi più rispettosi dell'ambiente così come si evince nella c.d. Agenda 21 e nella successiva Agenda 2030 elaborate in sede ONU[19], ma anche e soprattutto nel *Green New Deal*[20], il piano attraverso il quale la Commissione europea ha adottato una serie di proposte per trasformare le politiche dell'UE soprattutto in materia di clima ed energia[21].

[18] Il Rapporto presentato alla Commissione europea, il 30 giugno 1976, dal titolo "The Potential for Substituting Manpower for Energy", si soffermava sul nuovo modello economico (circolare) e sul suo impatto sulla creazione di posti di lavoro, risparmio di risorse e riduzione dei rifiuti.

[19] L'Agenda 21 è il Piano d'azione delle Nazioni Unite per lo sviluppo sostenibile nel secolo XXI: approvato da 173 governi in sede di Conferenza ONU del 1992 di Rio de Janeiro sull'ambiente e sullo sviluppo, esso invitava le comunità locali a elaborare un piano di sviluppo sostenibile per i loro territori (paese, città o zona) in un'ottica antropocentrica ma nello stesso tempo olistica in quanto basata sull'unità e l'interdipendenza del pianeta. L'Agenda 21 considera lo sviluppo come diritto di tutti gli esseri umani e come condizione necessaria perché venga soddisfatto, a sua volta, il bisogno di ambiente e sviluppo delle generazioni non solo presenti ma soprattutto future. L'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, con i relativi 17 Obiettivi di sviluppo sostenibile, è stata adottata il 25 settembre 2015 ed è articolata in 169 *Target* da raggiungere entro il 2030. Nell'Agenda 2030 è stato espresso un chiaro giudizio sull'insostenibilità dell'attuale modello di sviluppo, non solo sul piano ambientale, ma anche su quello economico e sociale. In questo modo, viene definitivamente superata l'idea che la sostenibilità sia unicamente una questione ambientale e si afferma una visione integrata delle diverse dimensioni dello sviluppo. A tale scopo si richiede un forte coinvolgimento di tutte le componenti della società, dalle imprese al settore pubblico, dalla società civile alle istituzioni filantropiche, dalle università e centri di ricerca agli operatori dell'informazione e della cultura.

[20] Comunicazione della Commissione, "*Il Green Deal europeo*", COM(2019) 640 final del 11.12.2019.

[21] F. De Leonardis, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, cit., 791. Sul *Green Deal, ex multis*, S. Caserini, *Il Green deal fa bene all'economia*, in *AE. Altraeconomia*, 2020, 27 ss.; M. Falcone, *Il Green Deal europeo per un continente a impatto climatico zero: la nuova strategia europea per la crescita tra sfide, responsabilità e opportunità*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2/2020, 379 ss.; G. Asaro, M. Fisicaro, *Il Green Deal europeo*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, n. 2-3, 2021, 858 ss.; C. Pesce, *La dimensione esterna del Green Deal: profili attuativi ed evolutivi*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 3/2021, 529 ss.; D. Bevilaqua, *From sustainable development to Green New Deal*, in *Ius Publicum Network review*, n. 1/2021, 1 ss.; M. Maglio, *Le dinamiche della conoscenza nel Green Deal*, Roma, 2021, 47 ss.; F. Martelloni, *I benefici condizionati come tecniche promozionali nel Green*

Si è compreso che l'impatto delle attività produttive non riguarda solo il profitto, ma anche gli effetti positivi o negativi che essi realizzano nell'ambiente in cui viviamo[22], con la conseguenza di dover prevedere un ripensamento profondo e radicale del processo di creazione di valore congiungendo l'economia all'etica[23].

L'economia circolare si pone come modello che supera le esternalità del processo produttivo tradizionale. I rifiuti divengono, quindi, risorsa, cioè materia prima da riutilizzare e restituire circolarmente al sistema, secondo il paradigma «*dalla culla alla culla*»[24] e le merci, in tal modo, diventano anche fattori produttivi futuri perché, dopo la fabbricazione e il loro utilizzo vengono reintrodotte nel circuito produttivo[25].

L'economia circolare si ispira alla natura rispettando le sue regole, riabilitando le nozioni di condivisione, prestito, riutilizzo, riparazione, ricondizionamento e riciclo dei materiali e dei beni esistenti con l'obiettivo di estendere il ciclo di vita dei prodotti riducendo l'inquinamento e generando nuovo valore[26]. Insomma, in tal modo si può produrre di più con meno scarti, rivoluzionando il tradizionale pensiero economico[27] poiché l'economia si rigenera da sola realizzando una sorta di circolarità che diventa un'alternativa al concetto

New Deal, in *Lavoro e diritto*, n. 2/2022, 293 ss.; F. Rolando, *L'attuazione del Green Deal e del dispositivo per la ripresa e resilienza: siamo effettivamente sulla strada per raggiungere la sostenibilità ambientale?*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, n. 1/2022, 185 ss.; M. Passalaqua, *Green deal e transizione digitale. Regolazione di adattamento a un'"economia sostenibile"*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1/2022, 27 ss.; S. Obertur, *From emissions trading to the European Green Deal: the evolution of the climate policy mix and climate policy integration in the EU*, in *Journal of European Public Policy*, n. 3/2023, 445 ss.; I. Beretta, S. Tagliapietra, R. Zoboli, *European Green Deal: a blueprint for an incomplete revolution*, inB. Boschetti, (ed.), *FuturAP – Report on the Future and Innovation of Public Administration*, Milano, 2023, 119 ss.

[22] F. Capriglione, *Responsabilità sociale d'impresa e sviluppo sostenibile*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, suppl. n. 4/2022, 6 ss.

[23] Sul rapporto tra etica ed economia, D. Shoenmaker, W. Schramade, *Corporate finance and sustainability: a teaching note*, in *www.ssrn.com*.

[24] W. Mcdonough M. Braungart, *Dalla culla alla culla. Come conciliare tutela dell'ambiente, equità sociale e sviluppo*, Torino, 2003.

[25] E. Scotti, *Il diritto dell'economia nella transizione ecologica* in F. Bani, F. Di Porto, G. Luchena, E. Scotti (a cura di), *Lezioni di diritto dell'economia* 265 ss., ma anche F. De Leonardis, *Economia circolare: saggio su suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare*?, cit., 2017, 169 ss.

[26] Capitolo II e VIII del famoso Rapporto Bruntland del 1987 e il Dossier del Senato e della Camera dei deputati, XVII legislatura, *Proposte sull'economia circolare*, Roma, gennaio 2016; ma si v. anche Ellen Macarthur Foundation, *Towards the Circular Economy*, in *www.ellenmacarthurfoundation.org*, 2012.

[27] R. Ferrara, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, cit., 801; F. De Leonardis, *Presentazione*, in Id. (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Macerata, 2019, 7 ss.

di limite[28]. Non solo, le componenti settoriali legate all'economia circolare hanno dimostrato la possibilità di ottenere risultati superiori alla media rispetto al sistema tradizionale[29] con un aumento di produttività a fronte di un minor utilizzo di materie prime e con un conseguente abbassamento del livello di volatilità dei prezzi e dei rischi di fornitura[30], come è stato evidenziato in vari rapporti[31].

L'importanza della nuova economia si rivela anche nel nuovo piano d'azione per l'economia circolare adottato nel febbraio 2021 dal Parlamento europeo in tema con il *New Green Deal* dove si prospetta la necessità di misure aggiuntive per raggiungere un'economia a zero emissioni di carbonio, sostenibile dal punto di vista ambientale e libera dalle sostanze tossiche entro il 2050. Nel piano sono anche incluse norme più severe sul riciclo e obiettivi vincolanti per il 2030 sull'uso e l'impronta ecologica dei materiali con la richiesta alla Commissione e al Consiglio di adozione di misure contro l'obsolescenza programmata dei prodotti, voluta dal modello economico lineare.

La "sensibilità" europea verso gli aiuti alla transizione verde, peraltro, non può considerarsi nuova e anzi si è resa evidente già dall'approvazione del primo Regolamento quadro sulle esenzioni dalla notifica preventiva[32]. La Commissione, infatti, si è impegnata ad adottare misure a 360° per cambiare l'intero ciclo di vita dei prodotti, sottolineando la sua ambizione nel riuscire a trasformare concretamente l'economia dell'Unione[33] a favore della riparabilità, della durata e della riciclabilità delle merci attraverso norme che toccano l'intera filiera e incentivano l'uso efficiente delle biorisorse. Tutto ciò attraverso sostegni economici, misure di fiscalità ambientale e obblighi di informazione per i consumatori.

[28] F. De Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Diritto amministrativo,* 2017, 153ss.

[29] Sul tema, per un punto di vista singolare, S. Latouche, *La scommessa della decrescita,* Milano, 2014, 98 ss.

[30] J. Koronen, C. Nuur, A. Feldmann, S. Eshetu Birkie, *Circular economy as an essentially contested concept,* in *Journal of Cleaner Production*, 2018, 544 ss.

[31] Nella relazione del Parlamento europeo, "*Economia circolare: definizione, importanza e vantaggi*", in *www.europarl.europa.eu*, 25/05/2023, si evidenzia come l'economia circolare incrementi l'occupazione e imprima un impulso all'innovazione e alla crescita economica con un aumento del PIL dello 0,5%. Si stima che nell'UE grazie all'economia circolare potrebbero esserci 700.000 nuovi posti di lavoro entro il 2030. Si v. anche *V Rapporto sull'economia circolare in Italia,* 2023, in *www.circulareconomynetwork.it* e *Emas e l'economia circolare*, Rapporto n. 299/2018 reperibile *online* in *www.isprambiente.gov.it*, 2018.

[32] Regolamento (CE) n. 994/98 del Consiglio, del 7 maggio 1998, sull'applicazione degli art. 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a determinate categorie di aiuti di Stato orizzontali.

[33] Così, COM(2015)614.

Questi buoni propositi si scontrano, tuttavia, con molte criticità. Innanzitutto, occorre tenere conto della difficoltà di stanziare investimenti elevati soprattutto in un periodo di crisi come quello attuale, sebbene sia manifesto un *favor* della Commissione europea per gli aiuti di Stato "*green*", che in particolar modo dopo la pandemia, è divenuto ancora più evidente nelle azioni di programmazioni in risposta a quest'ultima[34].

2. *L'economia sociale e solidale*

L'economia circolare non annulla del tutto il concetto di limite perché, prima o poi, le materie prime non potranno più essere riutilizzate; essa, infatti, è in grado di sostenersi per un lungo periodo ma non per sempre[35] e per questo motivo è necessario coordinare e completare l'economia circolare con altre "nuove forme di economia".

A tal scopo, si pongono in primo piano l'economia c.d. sociale e solidale (ESS)[36] e l'*orange economy*, modelli che si armonizzano tra loro e portano a pieno compimento la transizione *green*, in quanto, entrambe sono dirette verso forme di creazione di valore condiviso per costruire una società più equa, nel rispetto dell'ambiente.

Quelle che si potrebbero chiamare le *new economies* intendono coniugare sviluppo e dimensione sociale, garantendo salute e sicurezza a lungo termine, nel pieno rispetto degli obiettivi dell'Agenda 2030 e del *Green New Deal*. Gli elementi in comune mettono in evidenza la ricerca di uno sviluppo centrato sulla persona e sul pianeta.

Per quanto riguarda l'economia sociale e solidale (ESS), sebbene non tutti i Paesi utilizzino lo stesso termine per descrivere tale fenomeno[37], è oggetto

[34] Sul tema, A. Poliseno, L. Rodio Nico, *Tutela ambientale e aiuti pubblici: spunti di riflessione*, in *Euro-Balkan Law and Economics Review*, n. 1/2024, 54 ss.; S. Prisco, M. Tuozzo, *Dalle crisi nuove opportunità per l'Unione europea. Programmazione economica, solidarietà sociale, coesione territoriale*, in *Italian Papers On Federalism*, n. 2/2022, 23 ss.; O. Porchia, *Le politiche dell'Unione Europea in materia ambientale*, in R. Ferrara, C. E. Gallo (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, tomo I, Milano, 2014, 153 ss.

[35] S. Falocco, *Economia circolare: speranze e trappole di un concetto*, in *www.forumcompraverde.it*, 2017.

[36] Espressione utilizzata nel 1830 dall'economista Charles Dunoyer che pubblica l'opera *Nouveau traité d'economie sociale ou simple exposition des causes sous l'influence desquelles les hommes parviennent à user de leurs forces avec le plus de liberté, c'est-à-dire avec le plus de facilité et de puissance*. Sull'economia sociale e solidale, M. Passalaqua, *L'economia sociale e solidale come economia della società,* in *www.labsus.org*, 2016; G. Di Gaspare, *Suum unicuique tribuere*? *Alle origini della giustizia distributiva*, in A*mministrazione in cammino*, 6 aprile 2014.

[37] R. Di Meglio, V. Van Vuuren, *L'Economia Sociale e Solidale: una prospettiva internazionale*, in *Impresa sociale*, n. 1/2022, 54 ss. evidenziano come tra i termini più diffusi riguardanti

di attenzione da parte di un numero crescente di Stati che negli ultimi decenni hanno scommesso su questo nuovo paradigma. Affermatasi inizialmente in alcuni Paesi dell'America latina e in Francia, essa è oramai adottata come strategia economica fortemente associata al cambiamento sociale anche dall'Unione africana. In Italia trova qualche riferimento a partire dagli anni '80 con il commercio equo e solidale e nel campo della finanza etica con la MAG (Mutua Auto Gestione) per poi svilupparsi in attività legate al consumo critico e agli stili di vita più equi con i gruppi di acquisto solidale. Nel contesto istituzionale dell'UE è ancora poco presente, emergendo spesso talune contraddizioni relativamente a tale fenomeno economico[38], anche perché le funzioni in materia di tutela dei diritti sociali restano nella competenza degli Stati e l'Unione europea, pur dichiarando di voler contribuire alla coesione economica, sociale e territoriale e alla lotta alle disuguaglianze, non ha ancora raggiunto del tutto gli obiettivi auspicati[39].

In generale, l'economia sociale e solidale può essere inquadrata come un modello di sviluppo ispirato ai principi di giustizia sociale ed economica in senso distributivo che, attraverso forme di *governance* partecipativa, coinvolge i cittadini per le loro qualità umane nella co-costruzione o co-gestione delle decisioni pubbliche, tutelando i diritti sociali di coloro che stentano a inserirsi nelle relazioni economiche[40]. Persino la Risoluzione ONU "*Promoting the social and solidarity economy for sustainable development*"[41] ha evidenziato la necessità di passare dall'accezione più tradizionale del termine economia, dove la crescita deve avvenire a ogni costo anche a discapito di persone e territori, a un nuovo concetto di essa, dove il fine ultimo è la crescita e lo sviluppo delle

tale economia nel mondo, ritroviamo Economia Sociale, Economia Solidale, Economia Popolare e Terzo Settore.

[38] G. Luchena, *Social Market Economy and its Enemies*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, gennaio 2015.

[39] G. Luchena, *Moti ascensionali della sovranità economica*, in *Amministrazione in cammino,* 2016, 4 ss., evidenzia che «La c.d. Europa sociale, altro non è che un auspicio o un manifesto che non si è tradotto in politiche europee concrete di riduzione delle disuguaglianze» poiché non è tramontata l'originaria idea di privilegiare la tutela del mercato aperto e in libera concorrenza.

[40] R. Iacobucci, *Economia sociale e solidale: un'utopia realizzata*, in *iusinitinere.it*, 2021; L. Bruni, S. Zamagni, *Economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, Bologna, 2004, 9 ss.

[41] Approvata dall'Assemblea generale dell'Onu il 18 aprile 2023 e promossa da 15 Stati tra cui anche l'Italia. Per la Risoluzione: «L'economia sociale e solidale può contribuire al raggiungimento degli Obiettivi di sviluppo sostenibile (SDGs), in particolare all'occupazione e a un lavoro dignitoso, alla fornitura di servizi sociali, all'istruzione e alla formazione, alla protezione dell'ambiente, alla promozione della parità di genere e l'emancipazione delle donne, alla promozione del dialogo sociale, alla crescita inclusiva e sostenibile, alla creazione di partenariati e reti a livello locale, nazionale e internazionale, alla promozione della *governance* partecipativa e dei diritti umani».

persone, delle comunità e dei territori. Il documento incoraggia gli Stati membri a promuovere e attuare strategie, politiche e programmi nazionali, regionali e locali per sostenere e rafforzare l'economia sociale e solidale come possibile modello di sviluppo, sia a livello culturale che normativo.

Non a caso, durante la crisi pandemica, le imprese dell'ESS hanno dimostrato una decisa resilienza e capacità di adattamento nell'offrire servizi che hanno risposto ai bisogni generati dalla crisi e promosso l'integrazione nel mercato del lavoro, creando occupazione dignitosa e di qualità come evidenziato anche dall'OIL (l'Organizzazione Internazionale del Lavoro)[42]. Nell'economia sociale e solidale un soggetto agisce in favore di un altro non per la pretesa di una ricompensa ma per l'aspettativa che quest'ultimo, in futuro, si possa adoperare a suo vantaggio, diretto o indiretto basandosi sui doveri di solidarietà.

Le imprese, invece, agiscono all'interno di queste relazioni sociali per favorire lo sviluppo attraverso la diffusione di legami basati sulla reciprocità, orientando i sistemi economici verso il bene comune[43]. In tal modo, si può conseguire una crescita fondata sull'equità distributiva anche per quanto riguarda le risorse ambientali.

Il coordinamento tra l'economia circolare e l'economia sociale e solidale si può individuare nel fatto che i sistemi di produzione e scambio delle imprese che scelgono i modelli organizzativi della ESS tendono a limitare i rifiuti, gli scarti e l'inquinamento, dando vita a relazioni tra individui che concludono transazioni basate sulla cooperazione e sul rispetto dei valori della persona[44]. Tale economia, perciò, integra e sopperisce le mancanze contenute nel concetto di circolarità che da parte sua, invece, può mitigare i lati più utopici della prima.

3. *L'*orange economy

Un ulteriore modello di economia che rappresenta un altro tassello delle *new economies* è l'economia culturale e creativa o arancione. Colore, quest'ultimo ritenuto dalla maggior parte dei popoli del globo come quello proprio della cultura e della spiritualità[45].

[42] A novembre 2022, la 346ª sessione del Consiglio d'amministrazione dell'OIL, ha adottato una strategia e un piano d'azione settennale sul lavoro dignitoso e l'economia sociale e solidale (2023-2029)l in *www.ilo.org*.

[43] L. Becchetti, L. Bruni, S. Zamagni, *Taccuino di economia civile*, Roma, 2016, 39 ss.

[44] L. Bruni, S. Zamagni, *Economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, Bologna, 2004, 9 ss.

[45] Già dagli antichi egizi, l'arancione era il colore della cultura perché usavano il realgar di zolfo arancione per decorare le tombe dei loro faraoni; gli indù posizionano il *chakra* arancione sulla pancia per rappresentare il centro del potere creativo di un individuo; i nativi americani as-

L'*orange economy* risponde anche essa all'esigenza del mercato di trovare ispirazioni più vicine al principio di sostenibilità. I suoi prodotti, infatti, non inquinano ma pongono in primo piano la persona nascendo dalle idee e dall'ingegno nella piena realizzazione dell'inclusione sociale e in totale sintonia con la transizione *green*. I soggetti di tale economia sono le imprese culturali e creative ovvero tutte quelle produzioni che, per l'appunto, hanno come scopo principale la produzione o la riproduzione, la promozione, la diffusione e/o la commercializzazione di beni e servizi sia tangibili sia intangibili che hanno valore culturale, artistico o che nascono dalla trasformazione delle idee e del sapere. Per altri, invece, tali attività vengono denominate *soft economy* che punta sulla qualità, valorizzando l'identità delle comunità e dei territori, rispettando l'ambiente e incorporando bellezza[46].

L'apporto delle imprese culturali e creative alla crescita di un Paese, tuttavia, è difficile da determinare quantitativamente poiché esse producono beni cui non si possono applicare i classici strumenti di misurazione, venendo meno i tradizionali indicatori economici[47], data la grande difficoltà e, a volte, addirittura l'impossibilità, di stabilire un prezzo che possa in qualche modo rifletterne il valore[48].

Ciononostante, in Italia, la filiera in cui operano soggetti privati, pubblici e del terzo settore legati alla cultura nel 2022 ha generato complessivamente un valore aggiunto pari a 95,5 miliardi di euro, in aumento del +6,8% rispetto all'anno precedente. Non solo, i *cultural workers* sono cresciuti del +3,0% rispetto al 202[49] e per ogni euro di valore aggiunto (nominale) prodotto da una delle attività del settore, se ne attivano altri 1,8 sul resto dell'economia. Ciò significa che i 95,5 miliardi di euro prodotti nel 2022 hanno attivato approssimativamente 176,4 miliardi di euro[50] e questo non è sicuramente poco per un'economia che non inquina, crea sviluppo spirituale e materiale, genera

sociano l'arancia alla *leadership* e all'apprendimento; i peruviani collegano l'arancio alla società e alla cultura; mentre i monaci buddisti indossano il saio colore arancione perché a esso sono associate proprietà che favoriscono la concentrazione mentale. Sulle politiche e le dinamiche della *orange economy*, in generale, negli altri Paesi, J. Howkins, *The Creative Economy: How People Make Money from Ideas*, London, 2013; G.P. Manzella, *L'economia arancione. Storie e politiche della creatività*, Soveria Mannelli, 2017.

[46] Sul tema, E. Realacci, A. Cianciullo, *Soft economy*, Milano, 2005.

[47] Per i prodotti della cultura fu introdotto il concetto di bene meritorio alla fine degli anni '50; cfr. R. Musgrave, *A Multiple Theory of Budget Determination*, in *Public Finance Analysis*, 1956, 11 ss.

[48] F. Di Donato, *Problematiche valutative delle imprese culturali*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1/2007, 119 ss.

[49] Dati reperibili nel Rapporto "*Io sono Cultura 2023. L'Italia della qualità e della bellezza sfida la crisi*" in *www.symbola.net*., 2023, 10.

[50] Ivi, 82.

inclusione sociale (molto spesso lavorano in questo settore donne e giovani) e benessere arricchendo e migliorando notevolmente la vita quotidiana delle persone[51], consuma pochissime risorse se non addirittura nessuna e non produce rifiuti[52]. I posti di lavoro del "settore arancione" tendono ad essere più *green*, più soddisfacenti dei posti di lavoro generati dall'industria tradizionale, coinvolgendo micro, piccole e medie imprese[53] connotate da una forte valenza di riscatto economico e sociale relativamente ai territori e alle comunità locali[54]. I lavoratori del comparto, per di più, sono spesso imprenditori di sé stessi con il valore aggiunto di evitare il problema dello sfruttamento dei lavoratori salvaguardando la dignità di questi ultimi[55].

In questo settore, inoltre, la ricerca, l'innovazione e la tecnologia rappresentano gli *input* più importanti del processo produttivo motivo per cui tale economia è naturalmente portata a migliorarsi, generando nuovo valore e motivi di interazione tra imprenditori e consumatori. La cultura, in questo modo, è economia, molto più di quanto non lo sia la fabbrica, il mercato o l'ufficio.

L'*orange economy*, quindi, sta diventando un fattore fondamentale del nuovo modo di produzione e di consumo delle economie post-industriali che si distinguono per una profonda ridefinizione motivazionale degli atti di acquisto, i quali si orientano verso forme socialmente sostenibili[56] offrendo, come è stato detto, un'opportunità infinita[57]. Tuttavia, tale paradigma economico stenta ad affermarsi in quanto, creare ricchezza dalle idee implica una trasformazione senza precedenti, non facile da realizzare perché gli *input* che la costituiscono non sono del tutto acquisibili nel mercato e nella catena del valore.

Occorre, però, evidenziare che negli Stati dove sono state adottate politiche in favore delle imprese culturali e creative, il valore aggiunto generato ha

[51] A. Sen, *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Milano, 2020, 307 ss.

[52] G. Marchionna, *La cultura come valore aggiunto nell'economia post-industriale*, in *Post filosofie*, n. 5/6, 2010, 133; S. Cavaliere, *Un innovativo approccio dell'intervento pubblico nell'economia: l'orange economy*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, n. 1/2024, 1 ss.

[53] D. Throsby, *L'economia della politica culturale,* New York, 2010, 40; ma anche, *Primo studio sull'Industria della Cultura e della Creatività in Italia,* in *www.italiacreativa.eu,* 2016.

[54] L. Tricarico, *Imprese di Comunità nelle Politiche di Rigenerazione Urbana: Definire ed Inquadrare il Contesto Italiano, in Euricse Working Papers*, 2014, 14; A. Lampis, *Verso un'idea di welfare allargato. Il welfare culturale nelle iniziative della Provincia Autonoma di Bolzano*, in *Economia della Cultura,* n. 1/2017, 131 ss.; I. Giuliani, *La città culturale. Spazi, lavoro e cultura a Milano,* in *Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, www.fondazionefeltrinelli.it,* 2018.

[55] Sulla dignità del lavoratore, P. Corrias, *Dignità della persona e mercato*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, n. 4/2022, 435 ss.

[56] G. Marchionna, *op. cit*.,134.

[57] F. Buitrago, I. Márquez, *La Economía Naranja: Una Oportunidad Infinita*, Washinton DC, 2013, 1.

mostrato valori ampiamente positivi. In tali Paesi (per esempio, lo Zambia, la Nigeria o le Filippine), infatti, l'economia arancione ha permesso di realizzare uno sviluppo di qualità capace di fornire intuizioni per sostenere o, piuttosto, creare inedite espressioni di reddito, addirittura, a volte, di vitale importanza per molti cittadini che diversamente non avrebbero saputo come inserirsi nel mondo del lavoro[58].

L'intervento pubblico in questo campo è, pertanto, ampiamente giustificato dal potenziale beneficio a vantaggio della collettività e dal contributo che essa può fornire all'innovazione e al diffondersi di nuove competenze. Tra le varie misure del Piano Nazionale di Resilienza e Resistenza che rappresentano un concreto esempio della consapevolezza dei decisori pubblici circa il valore di questo settore.

Nel PNRR, infatti, si destinano finanziamenti all'industria creativa privilegiando la gestione impostata sulla transizione digitale e la riqualificazione *green* di strutture e forniture. Tali imprese beneficiano di due tipi di azioni, indirette e dirette. Nel primo caso, si possono menzionare numerosi programmi dedicati in generale al turismo e al patrimonio culturale nonché i finanziamenti alle piccole e medie imprese a cui possono accedere anche le attività creative. Gli interventi diretti, invece, si riferiscono a obiettivi specifici come nel caso della Missione 1 "Industria culturale e creative 4.0" – Sviluppo della capacità degli operatori della cultura per gestire la transizione digitale e verde, Missione che evidenzia anche lo stretto rapporto tra *orange economy* e obiettivi *green*. I finanziamenti previsti nel Piano intendono incoraggiare l'approccio verde lungo tutta la catena di valore dei prodotti culturali e creativi, orientando la collettività verso la produzione e la partecipazione al mondo della cultura ambientalmente responsabile.

Emblematico è il caso della Colombia dove il suo Piano di sviluppo nazionale (PND) 2018-2022 ha previsto, tra gli obiettivi, anche l'*orange economy.* Le imprese arancioni hanno ricevuto incentivi per la creazione di posti di lavoro, per la produzione di nuovo reddito nonché per sostenere lo sviluppo locale, la coesione sociale e il benessere.

Nell'ambito di una strategia a tutto tondo a favore di questo settore, il Governo colombiano ha anche deciso di attingere al fertile terreno creativo del suo Stato per istituire i primi prodotti finanziari (nello specifico obbligazioni) legati alla filiera della cultura. Si tratta dei c.d. *orange bond* (obbligazioni

[58] P. Kabanda, *Le arti nell'economia e l'economia nelle arti*, in D. Lewis, D. Rodgers, M. Woolcock (a cura di), *Nuovi mezzi, messaggi migliori?*, Oxford, 2022, 150 ss.

tematiche[59]), inseriti nei diversi meccanismi generati dalle borse globali per il finanziamento sostenibile come auspicato dalle organizzazioni internazionali nell'ultimo decennio. Essi sono destinati a finanziare progetti che danno sostegno non solo a creazioni della letteratura, dei media visivi, delle arti dello spettacolo e dell'artigianato, ma anche al comparto turistico con l'impegno della banca emittente di assicurare agli investitori guadagni non irrilevanti.

4. *Note finali*

Implementando i principi dell'economia sociale con quella circolare e con quella arancione (che, comunque, portano in sé oltre agli aspetti ambientali anche un notevole potenziale sociale dovuto all'incremento occupazionale e al maggiore sviluppo di legami sociali), sembra si possa dare vita a una vera e propria trasformazione del modello economico che, pur senza contrapporre lo Stato al mercato o il mercato alla società civile, realizza una evoluzione "antropocentrica" delle scelte economiche in generale, perseguendo lo sviluppo sostenibile ovvero la tutela della vita stessa dell'intero pianeta. Allo scopo, è però necessario responsabilizzare la società, nella considerazione che siamo tutti parte di un unico sistema con il quale abbiamo il dovere di interagire nel rispetto reciproco.

È ormai evidente quanto sia necessario dare vita a politiche favorevoli all'innovazione e aperte a quelle trasformazioni che potranno rendere la società più inclusiva e più vicina ai bisogni umani. L'esperienza pandemica, a tal fine, ha contribuito a un ripensamento dell'azione dello Stato in materia di politica economica rendendo evidente la necessità di eliminare le negatività e i fallimenti creati dal sistema tradizionale nella consapevolezza dell'esigenza di ridisegnare i modelli di produzione e di consumo. Al riguardo, ovviamente, bisognerà modificare anche la dimensione normativa che dovrà essere improntata a nuove regole atte, dove è necessario, a ridefinire gli assetti istituzionali per realizzare uno sviluppo futuro di tipo olistico, riguardante non solo la materialità, ma anche l'essenza stessa dell'uomo.

Proprio tale sviluppo è quello auspicato dai nuovi paradigmi sopra descritti che, sovvertendo i tradizionali modelli dove la persona era al servizio dell'economia, si inseriscono, invece, nel solco dell'economia concepita per la persona.

[59] Le obbligazioni arancioni sono note anche come obbligazioni GSS (*Green, Social and Sustainability bond*).

Riccardo Cavallo[*]

L'UNIVERSO NARRATIVO DI DAVID LODGE E LE SUE IMPLICAZIONI GIUSFILOSOFICHE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il destino dell'Autore. – 3. Nel microcosmo del professore universitario. – 4. Alle origini del picaresco accademico. – 5. Dall'Autore/Legislatore al Lettore/Interprete. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Sono passati all'incirca dieci anni da quando conobbi, quasi per caso, il Professor Salvatore Prisco in occasione di una delle sue trasferte in Abruzzo, se non ricordo male, presso l'ateneo pescarese. La cosa che mi ha subito colpito, quando lo vidi avvicinarsi, è stata la sua insopprimibile voglia di socializzare, soprattutto con i più giovani, dispensando consigli di lettura che spesso vertevano su testi apparentemente avulsi dal *milieu* giuridico.

Dopo un colloquio abbastanza appassionato, ripreso via *mail*, a distanza di qualche mese, mi suggerì di leggere un volume di David Lodge *Il professore va al congresso* ingiustamente rimasto ai margini dei percorsi più battuti del vasto ambito denominato *Law and Humanities*[1]. Del resto, proprio, in quegli anni Prisco aveva deciso di dedicare i seminari del suo corso di *Diritto e letteratura* alla condizione esistenziale e professionale del docente universitario[2] quasi a suggellare la sua passione antica verso il problematico rapporto tra due ambiti tra di loro apparentemente incomunicabili: il diritto e la letteratura, Questo complesso ma necessario dialogo tra la solida terraferma del diritto e il vasto mare della letteratura ha, infatti, rappresentato, uno tra i più fecondi filoni di ricerca della riflessione di Prisco[3], il quale si è coraggiosamente avventurato

[*] Ricercatore di Filosofia del diritto e docente di Didattica del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania.

[1] Cfr. S. PRISCO, *Letteratura e altre arti. Un ruolo decisivo per un nuovo giurista critico*, in O. Roselli (a cura di), *Le arti e la dimensione giuridica*, Bologna, 2020, 403 ss.

[2] S. PRISCO, *Diritto, letteratura, discipline umanistiche. Teorie, metodi e casi. Un programma culturale e un progetto di ricerca per il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Federico II*, in *Rivista AIC*, 4, 2016, 14.

[3] S. PRISCO, *Diritto, letteratura, discipline umanistiche. Teorie, metodi e casi*, in S. Torre (a cura di), *Il diritto incontra la letteratura*, Napoli, 2017, 1-23 che rivendica l'esistenza di una vera e propria tradizione nazionale e, in particolare, napoletana di questo peculiare approccio al diritto.

alla scoperta di questo continente all'epoca poco esplorato, specialmente in Italia, suscitando una serie di interrogativi[4] che, come squarci di luce improvvisi, permettono di illuminare il cammino del giurista[5] laddove il diritto rimane costellato da zone d'ombra. Vale la pena allora di ripercorrere il tortuoso cammino all'epoca suggeritomi da Prisco, inoltrandomi nei meandri del romanzo di Lodge[6], anche se la rotta seguita mi ha portato forse in tutt'altra direzione.

2. *Il destino dell'Autore*

«Prezzo della nascita del lettore non può essere che la morte dell'Autore»[7]. Questa lapidaria affermazione funge da sintesi e da chiusura del breve ma denso saggio di Roland Barthes intitolato, non a caso, *La morte dell'Autore*, in cui il noto critico letterario francese sovverte il mito dell'Autore-Tiranno che emerge come non mai in seguito allo sviluppo della società capitalistica riconoscendo al tanto vituperato Lettore, invece, dopo una secolare subordinazione, una centralità senza precedenti. Tale opera di decostruzione nel *milieu* letterario francese si ritrova, tra gli altri, nella poetica di Stéphane Mallarmé, dove l'Autore lascia il posto alla scrittura, nell'*opus* di Paul Valéry che lo mette incessantemente in dubbio e in ridicolo rivendicando la condizione essenzialmente verbale della letteratura di fronte alla quale ogni ricorso all'interiorità dello scrittore gli sembra pura superstizione, o addirittura nei romanzi di Marcel Proust in cui lo scrittore e i personaggi si intrecciano e si confondono fino a rendersi indistinguibili, tant'è che il narratore non è più colui che ha visto o sentito, e neppure colui che scrive, bensì colui che sta per *scrivere*. L'assenza dell'Autore (o la sua indifferenza)[8] si riverbera altresì sul Testo che non assume più un significato univoco e dato una volta per tutte, ma è uno spazio aperto in cui confluiscono le scritture più disparate. Ne deriva che «lo scrittore non ha più in sé passioni, umori, sentimenti, impressioni, ma quell'immenso dizio-

[4] Cfr. S. Prisco, *Delle epidemie. Un (per)corso fra letteratura e diritto. Primi appunti di viaggio*, in *Historia et ius*, 19, 2021, 1-20, il quale traccia una sintesi delle tematiche sviscerate nel suo ultimo corso.

[5] S. Prisco, *La guerra, la pace, il compito del giurista. Voci lontane dalla grande letteratura russa dell'Ottocento*, in «Passaggi Costituzionali», 1, 2022.

[6] Le considerazioni qui sviluppate sono in larga parte riprese da R. Cavallo, *La dialettica legislatore/interprete tra diritto e letteratura*, in *Democrazia e Diritto*, 1, 2022, 187-204.

[7] R. Barthes, *Le bruissement de la langue*, Paris, 1984; tr. it., *Il brusio della lingua*, Torino, 1988, 56.

[8] Insiste invece su tale aspetto e le sue molteplici sfaccettature, anche se il suo discorso appare a volte ondivago e tortuoso, M. Foucault, *Qu'est-ce qu'un auteur?*, in *Bullettin de la Societé française de Philosophie*, luglio-settembre, 1969; tr. it., *Che cos'è un autore*, in Id., *Scritti letterari,* Milano, 1971, 1-21.

nario cui attinge una scrittura che non può conoscere pause: la vita non fa mai altro che imitare il libro, e il libro stesso, a sua volta, non è altro che, un tessuto di segni, imitazione perduta, infinitamente remota»[9]. Allora al bando qualsivoglia significato o senso originario «la struttura può essere seguita, 'sfilata' (come si sfila la maglia di una calza) in tutti i suoi 'prestiti' e piani ma non esiste un fondo»[10]; del resto, «rifiutarsi di bloccare il senso equivale sostanzialmente a rifiutare Dio e le sue ipostasi (Ragione/Scienza/Legge)»[11].

Alla morte del Soggetto si accompagna dunque anche quella dell'Autore, la cui figura sembra progressivamente assottigliarsi fino a scomparire del tutto dalla scena letteraria grazie all'avvento delle nuove tecnologie che avrebbero dato il colpo di grazia all'Autore determinandone la sua fine. Tale assunto è stato il *leitmotiv* del post-strutturalismo, una corrente di pensiero che dal *milieu* intellettuale francese – dove era nato tra gli anni Sessanta e Settanta del Novecento – ha lasciato una traccia indelebile non solo nel pensiero filosofico *tout court* ma anche nella sociologia, la psicologia, l'antropologia e la critica letteraria. Essa si propone – soprattutto sulla scorta della polemica di Nietzsche verso la ricerca di un fondamento ultimo – di oltrepassare (e non di contrapporsi) allo strutturalismo dichiarando, da un lato, la morte dell'Uomo, del Soggetto e, dall'altro, la contestuale rinascita della differenza, della singolarità e dell'alterità. Ma il tramonto dell'Autore si riverbera negativamente – (come l'hegeliana dialettica servo/padrone) – anche sul Lettore, la cui libertà diventa illusoria se uccide l'Autore, anzi, in questo caso l'annientamentotrascina con sé negli inferi lo stesso Lettore.

Dal momento che il destino dell'*Autore* è indissolubilmente legato a quello del *Lettore* con cui esiste un rapporto di reciproca necessità (non sussiste l'uno senza l'altro) si potrebbe azzardare un paragone tra tale rapporto e quello esistente tra *Legislatore* e *Interprete* così come rappresentato dalle teorie che si contendono il campo in materia di interpretazione. Per saggiare la fecondità di tale assonanza si cercherà innanzitutto di indagare la prima coppia concettuale (*Autore/Lettore*) attraverso la rilettura di un romanzo come quello di David Lodge *Il professore va al congresso*. Tale romanzo, infatti, seppur *primo visu*, non sembri di alcuna utilità per il giurista-filosofo essendo apparentemente privo di un'immediata valenza giuridica, invece, nasconde innumerevoli suggestioni in tal senso. Dopo esserci sinteticamente soffermati sul romanzo di Lodge che, al di là del sapido *sense of humour*, riporta in auge il controverso rapporto *Autore/Lettore* cercheremo di capire come il discorso letterario, al di là

[9] R. Barthes, *Il brusio della lingua*, cit., 56.
[10] Ivi, 55.
[11] Ivi, 55-56.

dei *distinguo*, possa specchiarsi in quello giuridico e soprattutto nella dialettica *Legislatore/Interprete* e da ultimo quali potrebbero essere le sue implicazioni.

3. *Nel microcosmo del professore universitario*

Ben consapevole di tale incombente rischio David Lodge nel suo *Il Professore va al congresso*[12] evidenzia come l'*Autore*, ben lungi dal morire, viene riportato in vita proprio dal *Lettore*. Ciò emerge dalle provocatorie parole dello stesso Lodge che, pur ritenendo la commedia un'efficace forma di resistenza al dominio quasi incontrastato dell'estetica post-strutturalista, come in un gioco di specchi, rimette in gioco provocatoriamente la *desueta* figura dell'Autore. Del resto, quando Lodge traccia la genesi del suo *romance* ambientato alla fine degli anni Settanta del Novecento, vuole saggiare non solo la fecondità epistemologica delle teorie letterarie ma anche la strisciante omologazione che pervade la critica che ruota sempre attorno alla dialettica strutturalismo/post-strutturalismo.

Tale dialettica attraversa come un *filo rosso* questo romanzo che traccia in maniera impietosa uno spaccato del microcosmo accademico e delle innumerevoli figure che lo popolano. Esso costituisce il *sequel* di *Scambi*, i cui personaggi principali Philiph Swallow e Morris Zapp entrambi docenti di letteratura inglese come nel film di Woody Allen[13] *La rosa purpurea del Cairo* sembrano uscire da un romanzo per entrare nell'altro e muovendosi freneticamente nel *campus* universale incontrano altri colleghi provenienti dalle più disparate università che, oltre a sapersi muovere abilmente nel labirintico mondo accademico, devono essere in grado di districarsi altrettanto nei complicati ingranaggi dell'editoria e dei mass-media. Il convegno universitario diventa il luogo deputato ad esaltare le due anime apparentemente inconciliabili dell'accademico: la sete di conoscenza e di accrescimento culturale e l'immancabile dose di narcisismo ed edonismo che lo rende simile ad un acrobata che riesce a mantenersi in un precario e quanto mai instabile equilibrio tra dovere e piacere: «come il pellegrino cristiano del Medioevo, così il congressista del nostro tempo indulge a tutti i piaceri e ai diversivi del viaggio, mentre in apparenza sembrerebbe austeramente intento al proprio perfezionamento. È vero che vi sono degli esercizi penitenziali da eseguire, come presentare (talvolta), un proprio saggio, e ascoltare (immancabilmente) l'esposizione dei lavori altrui, ma con questa

[12] D. Lodge, *Small World*, London, 1984; tr. it., *Il professore va al congresso,* Milano, 2015.

[13] Sulle valenze filosofiche nascoste nei film e nei personaggi del registra newyorkese cfr. R. Escobar, *Il mondo di Woody*, Bologna, 2020, mentre su alcune suggestioni più prettamente storico-giuridiche si rinvia a M. Riberi, *Irrational justice. La dialettica colpa-pena secondo Woody Allen*, in *L'ombra*, 7, 2016, 68-82.

scusa il viandante si muove e visita posti nuovi e interessanti, conosce persone nuove e interessanti […] scambia pettegolezzi e confidenze (perché le sue storielle un po' consunte, sono nuove per gli altri e viceversa); mangia e beve e si diverte ogni sera in compagnia […] eppure, a cosa finita, torna a casa con la reputazione accresciuta di persona seria e impegnata. I congressi di oggi hanno un ulteriore vantaggio sui pellegrinaggi di una volta, nel fatto che le spese sono pagate totalmente o in parte, dall'istituzione a cui il moderno pellegrino appartiene, sia essa un dicastero governativo, una ditta commerciale, o come forse più spesso accade, un'università»[14].

L'emblema di questa poliedrica e variegata comunità rimane, senza dubbio, il professore universitario, il cui ritratto caricaturale emerge come non mai nelle pieghe di tale esilarante *romance*: «era questo il bello della vita accademica […] A chi aveva già avuto, molto di più sarebbe stato dato. Tutto ciò che serviva per cominciare era di scrivere un dannato libro veramente buono, il che, bisognava ammetterlo, non era facile per un giovane insegnante all'inizio della carriera, alle prese con un incarico gravoso su argomenti ostici […] Ma partendo da una posizione di forza, grazie a quel buon dannato libro, è possibile ottenere una borsa di studio per scriverne un secondo in condizioni più vantaggiose; con due libri si può avere un avanzamento, un incarico più leggero come insegnante e corsi posso essere ideati da noi stessi. L'insegnamento allora può servire come mezzo di ricerca per un prossimo libro, che si sarà così scaltri da pubblicare il più presto possibile. E tutta questa produttività può rendere idonei a una cattedra, a un ulteriore avanzamento, ad assegnazioni più generose e prestigiose, a un alleggerimento della routine dell'insegnamento e delle preoccupazioni burocratiche. In teoria era possibile diventare professore a tutti gli effetti, senza fare nulla se non essere sempre assenti per dei viaggi di studio retribuiti»[15].

4. *Alle origini del picaresco accademico*

In questo grande e terribile mondo combattuto da ambivalenti sentimenti di attrazione e repulsione si muove il goffo e impacciato Persse McGarrigle che ha completato da poco la sua dissertazione sulle influenze di William Shakespeare sulla poesia di Thomas Stern Eliot. Dopo essere stato assunto per sbaglio nella periferica Università di Limerick, il cui Dipartimento è formato da sole tre persone, il giovane ricercatore irlandese si trova per la prima volta alle prese con gli insegnanti di lingua e letteratura inglese convenuti nel cuore delle

[14] D. Lodge, *Il professore va al congresso,* cit., 11.
[15] Ivi, 186.

Midlands per il loro congresso annuale e ospiti di un malconcio studentato dalle pareti screpolate e piene di crepe[16]. Qui egli inizia ad affacciarsi timidamente a un universo finora sconosciuto e prende parte ai rituali congressuali scanditi dall'incessante scorrere del tempo tra un'aula e un'altra per assistere a noiose relazioni o per partecipare ad altrettanto monotone serate mondane che si consumano in uno sterile e alquanto altezzoso chiacchiericcio, oppure nelle stanze del *campus* in compagnia di qualche avvenente ragazza disposta a tutto pur di entrare nel *mondo dorato* dell'accademia.

Un'insolita esperienza che permette a Persse di dimenticare la ricerca condotta in maniera solitaria nelle anguste e silenziose biblioteche dei *college* facendolo immergere anima e corpo nel mondo della vita accademica dove emerge una sorta di universo parallelo che accanto ad un brulicare di appassionati e cordiali incontri tra colleghi e editori che sembrano apparentemente occultare invidie e rivalse emergono anche tresche amorose. Persse socializza quasi per caso con l'illustre accademico Morris Zapp che si mostra piuttosto irritato per aver percorso più di seimila miglia per illustrare le sue *seducenti* teorie a sole 57 persone e insieme a lui si muove alla scoperta dell'universo accademico e delle sue ferree leggi non scritte: «viene un momento in cui l'individuo deve cedere allo *Zeitgeist*, o ritirarsi dalla partita»[17]. Allora il mantenersi (o sentirsi) eternamente giovani diventa un imperativo categorico in un ambiente fortemente competitivo che tende ad ogni minimo cenno di caduta a sopraffarti anche se sei un talento ormai riconosciuto sottraendoti non solo i fondi per la ricerca ma anche le donne: «il successo non è solo questione di quanti articoli si sono pubblicati lo scorso anno, ma di quanti chilometri si sono percorsi questa mattina»[18].

L'imbarazzo di Persse sembra però placarsi quando incrocia tra un *drink* e l'altro lo sguardo di Angelica: «la più bella ragazza che avesse mai visto in vita sua. Alta, aggraziata, estremamente femminile nella figura sinuosa, e con una carnagione scura e vellutata»[19]. Il nome come testimonia, tra l'altro, la sua ricerca ancora *in fieri* sui poemi cavallereschi riecheggia, non a caso, la protagonista dell'Orlando furioso di Ludovico Ariosto. Dopo alcune fugaci apparizioni Angelica – di cui Persse si invaghisce perdutamente – si dissolve nel nulla e il giovane la rincorre tra mille peripezie da un capo all'altro del mondo fino a ritrovarla dopo un lungo peregrinare al mega congresso di New York degli studiosi di letteratura inglese (circa 10.000 persone e non meno di 600

[16] Ivi, 11.
[17] Ivi, 85.
[18] Ivi, 60.
[19] Ivi, 21.

sessioni) dove Angelica – sulla scorta della lezione appresa da Morris Zapp – tiene una relazione sul legame nascosto tra letteratura e sessualità trasponendo il concetto di invaginazione – ripreso da Derrida[20] per descrivere la complessa relazione tra l'esterno e l'interno di una digressione – dall'ambito filosofico *tout court* a quello del romanzo cavalleresco che si distingue dall'epica e dalla tragedia caratterizzate da una struttura chiusa e predefinita paragonabile all'esplosione tipica dell'orgasmo maschile per la sua apertura indefinita al piacere comparabile all'orgasmo multiplo femminile[21].

Tutti i protagonisti dapprima ritratti singolarmente nel loro *habitat* naturale alla fine come in una foto di gruppo si ritrovano allo stesso tavolo per discettare sulla funzione della critica, cercando di dissimulare la vera posta in gioco che era, in realtà, la tanto agognata cattedra dell'Unesco. Se, per un verso, alla critica era assegnato il compito di rendere piacevole o quantomeno sopportabile la vita in modo da creare un ponte tra il grande scrittore e il comune lettore, per l'altro, essa non doveva dare adito a infinite e più che soggettive interpretazioni ma enucleare le leggi fondamentali che stanno alla base di un testo letterario. Essa poteva essere altresì uno strumento in mano alla borghesia per affermare la sua egemonia, una sorta di «reificazione feticistica dei cosiddetti valori estetici costruiti e conservati grazie a un sistema d'istruzione elitario, per nascondere la realtà brutale dell'oppressione di classe sotto il capitalismo industriale»[22]. Alla fine degli interventi molti studiosi, ancora poco conosciuti, approfittano dell'irripetibile occasione di trovarsi faccia a faccia con insigni studiosi per porre ovvie e scontate domande sulla funzione della critica, a cui seguono le altrettanto banali e consuete risposte. A scompaginare l'ordine istituito sovviene però la lapidaria domanda di Persse che avanzando lentamente nella sala gremita e suscitando la reazione scomposta di qualche relatore che l'invita a non fare domande in quanto privo del cartellino d'identificazione: che cosa succede se i relatori e gli oratori sono concordi tra di loro? Una domanda imbarazzante a prima vista che suscita disapprovazione e sconcerto finché il moderatore invita nuovamente Persse a riformularla e, dopo un sospiro di sollievo, la interpreta nel modo seguente: la cosa importante nell'esercizio della critica non è la ricerca della verità ma la differenza. Questa in estrema sintesi la trama del romanzo di Lodge che sembra abbia inventato un nuovo genere letterario, il *picaresco accademico* descrivendo altresì con l'inconfondibile *humor british* splendori e miserie del mondo accademico nei cui «umbratili ritiri dei

[20] Cfr. J. Derrida, *Parages*, Paris, 1986; tr. it., *Paraggi. Studi su Maurice Blanchot*, Milano, 2000, 299 ss.

[21] D. Lodge, *Il professore va al congresso,* cit., 382.

[22] Ivi, 377.

campus universitari, colpi di scena, agnizioni, incroci di destini, peripezie a cui ci avevano abituato solo i più sfacciati tra i romanzi di appendice»[23].

5. *Dall'Autore/Legislatore al Lettore/Interprete*

Inforcando gli occhiali del giurista-filosofo potrebbero emergere – come già anticipato – dalla lettura del testo di Lodge delle sorprendenti analogie tra il discorso letterario e quello giuridico in tema d'interpretazione. Come confessa amaramente Morris Zapp «davanti a voi vedete un uomo che un tempo ha creduto nella possibilità dell'interpretazione. Pensavo cioè che lo scopo della lettura fosse di capire il significato dei testi»[24]. Questo l'*incipit* dell'atteso intervento di Zapp che si cimenta, sulla scorta delle teorie in voga in quel frangente, con la complessa tematica dell'interpretazione di un testo letterario a partire dalla sua personale esperienza di profondo conoscitore dell'*opus* di Jane Austen. Egli pensava che buttandosi a capofitto nello studio dei testi della scrittrice britannica sarebbe stato l'unico a comprenderli nella sua interezza. Alla fine di questa *avventura* però si era reso conto non del carattere eccessivamente ambizioso di tale progetto ma del suo autolesionismo, vista la natura ambigua della lingua, il cui significato si sposta continuamente da un significante all'altro e mai potrà essere posseduto completamente. Zapp insiste sulla differenza tra la lettura che comporta un ruolo meramente passivo, vista l'impossibilità di interagire dialetticamente con il testo e la conversazione che postula un ruolo attivo, in quanto permette di relazionarsi continuamente con l'interlocutore: «il lettore si masturba mentre il testo fa leva sulla sua curiosità, sul suo desiderio, come una spogliarellista approfitta della curiosità e del desiderio dei suoi spettatori»[25]. In realtà, la tradizione classica dello spogliarello offre una valida metafora per la lettura poiché la ballerina stimola continuamente il pubblico allo stesso modo di come un testo pungola senza sosta il lettore attraverso una sorta di spostamento del desiderio e della curiosità all'infinito. Tant'è che Freud ha ritenuto la lettura ossessiva come l'espressione traslata del desiderio di vedere gli organi genitali materni: «leggere significa abbandonarsi a una traslazione infinita di curiosità e desiderio, da una frase all'altra, da un piano all'altro del testo. Esso ci si rivela, ma non si lascia possedere e invece di sforzarci di possederlo dovremmo trarre piacere dalla sua provocazione»[26]. Alla fine della sua polemica e poco compresa relazione il suo

[23] U. Eco, *Piccolo mondo modernissimo*, in D. Lodge, *Il professore va al congresso*, cit., V e VII.

[24] D. Lodge, *Il professore va al congresso*, cit., 40.

[25] Ivi, 42.

[26] Ivi, 43.

antagonista Swallow accusa Zapp di essersi lasciato sedurre dallo strutturalismo (o meglio, dal post-strutturalismo) visto il prevalere dello scetticismo e del porsi continuamente interrogativi, dubbi e non rassicuranti certezze o interpretazioni unilaterali che riducono la lettura ad una forma rigida e schematica: l'impossibilità di togliere il velo all'immagine per arrivare al suo significato.

Per tale ragione il testo di Lodge, forse a torto dimenticato dai giuristi, può offrire spunti di riflessione che rientrano a pieno titolo in quel vasto campo di studi denominato diritto e letteratura[27]. Anche se diversi giuristi da tempo si sono lasciati felicemente contaminare dall'ambito letterario (si pensi all'uso che nel *milieu* giuridico tedesco fa Rudolf von Jhering dei testi shakespeariani[28] oppure all'analisi del rapporto tra letteratura e crimine svolta da due autorevoli esponenti della Scuola Positiva di diritto penale come Scipio Sighele[29] ed Enrico Ferri[30]), il variegato e composito movimento *Law and Literature*[31] comincia ad affermarsi come disciplina autonoma nelle *Law Schools* nordamericane grazie alla pubblicazione nel 1973 dell'influente lavoro di James Boyd

[27] Un imprescindibile punto di partenza per districarsi nei meandri di tale articolato campo di studi sono i volumi di A. Sansone, *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*, Milano, 2001 e di G. Minda, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York and London, 1995; tr. it., *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001, 247-276 che ripercorre le tappe salienti del dibattito e dei suoi principali protagonisti nel solo *milieu* americano inscrivendoli nell'orizzonte post-moderno. Si vedano altresì i saggi di M.P. Mittica, *Diritto e letteratura in Italia. Stato dell'arte e riflessioni sul metodo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2009, 273-299 che cerca di soffermarsi, tra l'altro, sulle potenzialità euristiche dell'approccio giusletterario e di C. Faralli, *Le origini di "Diritto e letteratura" nel realismo americano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2012, 81-89, la quale evidenzia le affinità tra l'interpretazione delle leggi da parte del giudice e quella delle composizioni musicali da parte degli esecutori (pianisti, violinisti o direttori d'orchestra) prendendo spunto specie dagli scritti di Jerome Frank uno degli esponenti di punta dell'ala più estrema del realismo giuridico americano.

[28] Cfr. R. von Jhering, *Der Kampf um's Recht,* Wien, 1872; tr. it., L*a lotta per il diritto*, Bari, 1935. In realtà il giurista si spinge ben oltre il testo del drammaturgo inglese azzardando un paragone tra due figure «storiche e poetiche»: l'ebreo Shylock nel *Mercante di Venezia* di William Shakespeare e il mercante di cavalli Michael Kohlhaas nell'omonimo racconto di Heinrich von Kleist. Pur credendo entrambi fermamente nel diritto, il primo accetta in silenzio l'esito del processo mentre il secondo, dopo aver perseguito senza successo le vie legali, continua imperterrito a lottare contro l'ingiustizia anche a costo di pagare con la sua stessa vita.

[29] S. Sighele, *Letteratura tragica*, Milano, 1906.

[30] E. Ferri, *I delinquenti nell'arte*, Genova, 1896.

[31] In realtà, i pionieri negli Stati Uniti di tale filone sono stati rispettivamente John H. Wigmore, *A List of Legal Novels*, in *Illinois Law Review*, 2, 1908, 574-593 e B.N. Cardozo (1924-1925), *Law and Literature*, in *Yale Review*, v. 14, 1924-1925, 699-718 (successivamente ripubblicato in *Law and Literature and Other Essays and Addresses*, New York, 1931) che, all'inizio del Novecento, hanno evidenziato le implicazioni etico-giuridiche di alcuni capolavori della letteratura anglosassone.

White *The Legal Imagination,* il cui intento è di dimostrate che il diritto è un sistema culturale al quale partecipano l'immaginazione e la creatività letteraria, come componenti del ragionamento giuridico[32]. Ciò che sembrava solo un fenomeno sporadico, rintracciabile qua e là in alcuni scritti per lo più *stravaganti* di qualche giurista colto ed erudito sensibile alle *avances* letterarie, diventa sempre più appannaggio degli studiosi afferenti soprattutto al sistema di *common law* per allargarsi sempre più a cerchi concentrici fino a lambire la nostra tradizione giuridica. L'idea, certo accattivante, è quella di aprire un confronto tra il diritto e gli altri saperi più smaccatamente umanistici, tra cui la letteratura. Contrariamente a quanto possa suggerire un approccio superficiale non si tratta per nulla di un fenomeno omogeneo essendo possibile immaginare tale ambito come una composita galassia al cui interno nascono e muoiono costellazioni, si scoprono nuovi pianeti e si individuano inedite orbite[33].

6. *Conclusioni*

Alla luce di queste sommarie considerazioni emerge che la centralità dell'interpretazione intesa in senso ampio come «un insieme di operazioni intellettuali di apprendimento, di critica e insieme di selezione e di giudizio, volte a chiarire contenuti espressi nel linguaggio o ad attribuire significati ad enunciati linguistici»[34] ormai non può essere più revocata in dubbio. Tant'è che da alcuni decenni la tendenza in atto nella riflessione giusfilosofica è, da un lato, l'eclissi della figura del *Legislatore* e, dall'altro, l'ascesa dell'*Interprete* come si evince dal fatto che, al di là delle differenze, ogni esperienza giuridica risulta contrassegnata dall'esistenza di contrasti interpretativi o, più spesso, da mutamenti di interpretazione (e, tra questi, soprattutto i *revirements* giurispruden-

[32] Cfr. A. Sansone, *Diritto e letteratura*, cit., 39.

[33] Si pensi alle recenti ricerche che esplorano ogni ambito delle *Humanities*, come per esempio, il nesso tra immagine e normatività (cfr. C. Faralli, V. Gigliotti, P. Heritier, M.P. Mittica (a cura di), *Il diritto tra testo e immagine. Rappresentazione ed evoluzione delle fonti*, Milano-Udine, 2014); agli studi che intendono misurarsi – attraverso l'utilizzo della cinematografia – con le problematiche sottese alla società multiculturale, alle diatribe sui diritti umani, ai limiti e le potenzialità della bioetica e alle insidie della giustizia internazionale (cfr. in generale O. Roselli (a cura di), *Cinema e diritto. La comprensione della dimensione giuridica attraverso la cinematografia*, Torino, 2020 e, in particolare, M. Riberi, *Quando il gioco si fa serio… Procedura penale di Dino Buzzati e Luciano Chailly (1959) e La più bella serata della mia vita di Ettore Scola (1972)*, in *Historia et ius*, 18, 2020, 1-41; alle indagini riguardanti le reciproche contaminazioni tra arte e diritto e la collocazione di quest'ultimo nella più ampia sfera umana (cfr. O. Roselli (a cura di), *Le arti e la dimensione giuridica*, cit.).

[34] F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, 105.

ziali)[35]. Ma il rischio sotteso all'eccesso di creatività cui va incontro una siffatta prospettiva tesa al superamento del principio di legalità e del positivismo, coincide, com'è stato osservato, con la neutralizzazione della politica, l'abdicazione alle forme di democrazia rappresentativa e il tramonto dello Stato di diritto[36]. Similmente, in ambito letterario, esautorare del tutto l'*Autore* a vantaggio del *Lettore* vuol dire giungere al paradosso della negazione stessa del processo creativo che costituisce la ragion d'essere del lettore stesso.

Se così stanno le cose non si può negare che l'intrecciarsi di saperi offerto da quel multiforme campo definito *Law and Literature* può costituire uno strumento duttile quanto pericoloso. La sua adattabilità a situazioni e contesti diversi lo rende utilissimo per la comprensione del *giuridico* ma il rischio latente, specie nella variante più comune del diritto *nella* letteratura, è che dal campo giuridico si trascenda, senza accorgersene, in quello della morale[37]. Tenendo dunque ben a mente i rischi di un approccio troppo strumentale e moralistico del binomio Diritto/Letteratura, è indubbio tuttavia come tale approccio risulti più che fertile per il giurista, *a fortiori* il filosofo del diritto, per propria natura costretto ad andare oltre gli angusti steccati del giuridico. L'ambito letterario, la forma dello *storytelling* e le trame giuridiche nascoste in un testo sono, infatti, un campo privilegiato per la speculazione giuridica, altrimenti troppo ancorata al saldo terreno del diritto positivo. Anche se occorre precisare che accanto alle innumerevoli differenze tra il discorso giuridico e quello *lato sensu* letterario sussistono numerose relazioni e similitudini[38] come possono essere i tanti rami di un unico e frondoso albero[39]. Adottare pertanto l'ottica del complesso approccio di «Diritto e letteratura» vuol dire beneficiare di una visione più vasta e lucida della realtà giuridica, come chi osserva dall'alto un plastico di una cittadina, sapientemente costruita nei minimi dettagli, dal municipio alla chiesa e alla stazione ferroviaria: se lo si scruta troppo da vicino ogni parte non è che un pezzo di plastica insignificante ma dalla giusta altezza, tutto assume una forma ed un valore diverso. Allo stesso modo, grazie

[35] R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 26-27 e 31-32.

[36] L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 4, 2016, 22.

[37] Emblematica in tal senso è la rilettura operata del romanzo *Billy Budd* di Melville da parte di Richard Weisberg, fermamente convinto che «gli autori dei classici della letteratura offrano le migliori descrizioni etiche del tipo di valori umani che dovrebbero essere creati dalla cultura giuridica» (G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, cit., 254).

[38] Sulle relazioni tra diritto e letteratura cfr. R. Dworkin, *Law As Interpretation*, in *Critical Inquiry*, 1, 1982, 179-200; tr. it., *Diritto come letteratura*, in Id., *Questioni di principio*, Milano, 1985, 179-205; invece sulle loro differenze si rinvia a R. Posner, *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, Cambridge, 1988.

[39] Cfr. J.B. White, *When Words Lose Their Meaning*, Chicago and London, 1984; tr. it., *Quando le parole perdono il loro significato. Linguaggio, individuo, comunità*, Milano, 2010, 5.

alla letteratura anche aspetti del diritto che sembravano incomprensibili o insignificanti assumono forme e contorni meravigliosi e imprevisti. Ciò è proprio quello che accade con il tema affrontato in queste pagine. Il grottesco mondo accademico tratteggiato da Lodge nasconde, non a caso, nei dettagli gli aspetti più illuminanti per il giurista-filosofo. Nella finzione letteraria così come nel ben più concreto ambito delle teorie giuridiche dell'interpretazione, *Autore/Lettore* e *Legislatore/Interprete* sono, più di quanto si possa pensare, indissolubilmente legati l'uno all'altro. Come Orfeo, allora il *Lettore/Interprete* non riuscendo a vivere senza la sua sposa (suo *alter ego*) vuole strapparla dal regno dei morti per riportarla in vita ma mentre risale dagli inferi non riesce a fare a meno di voltarsi, malgrado sappia di non doverlo fare, a guardare il volto di Euridice (*Autore/Legislatore*); in realtà, quest'ultimo si mostra ben tetragono ai reiterati attacchi e la sua ombra lunga potrebbe paradossalmente riemergere come la Fenice dalle sue ceneri[40].

[40] Cfr. C. Benedetti, *L'ombra lunga dell'autore. Indagine su una figura cancellata,* Milano, 1999.

Augusto Cerri[*]

TUTELA DELLE MINORANZE E TUTELA DEL FENOMENO RELIGIOSO: CONSIDERAZIONI TEORICHE PRELIMINARI

SOMMARIO: 1. Considerazioni generali sulle minoranze. – 2. Garanzia dei diritti civili e dell'eguaglianza: la tutela delle minoranze dalle "soglie" di difesa da atti discriminatori alla stabile "azione positiva" a loro favore. – 3. Il problema della scuola. – 4. Tutela privilegiata della persona o del gruppo? Diritti individuali, individual-collettivi, collettivi. – 5. Azioni positive e tutela dell'obbiezione di coscienza. Inosservanza di onere o di obbligo. – 6. Considerazioni finali.

1. *Considerazioni generali sulle minoranze*

La minoranza, intesa nel senso della presente problematica, per cui ci si chiede se occorra «un più» di garanzie, oltre a quelle generali di cui godono anche le minoranze politiche (la cui vocazione, peraltro, è di divenire maggioranza), non si connota, a differenza di queste ultime, per un dato puramente numerico, ma per la circostanza di trovarsi in una situazione di minore potere[1]; anche le persone di sesso femminile integrano, per certi profili, una «minoranza» pur se, come noto, sono più della metà del genere umano. A maggior ragione minoranze sono coloro che seguono vie proprie nella ricerca della comunione sessuale.

Ai nostri fini, può essere utile distinguere dalle minoranze politiche (di cui si è fatto cenno), quelle che si connotano per una *situazione di svantaggio* di cui soffrono (ed intendono rimuovere), quelle che si connotano per una propria *identità stabile* (che intendono mantenere), quelle che si connotano per il fatto di perseguire *valori di ordine diverso* rispetto a quelli della collettività generale (di cui richiedono la garanzia). Questi ulteriori modi di essere minoranza possono anche ricorrere congiuntamente.

La distinzione solo in parte coincide con quella, sovente tracciata[2], fra minoranze coatte e minoranze volontarie: perché sembra essere sicuramente volontaria la minoranza, non discriminata, che vuole preservare una propria identità; mentre la minoranza è coatta quando risulti puramente discriminata

[*] Emerito di Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università La Sapienza di Roma.

[1] A. PIZZORUSSO, *Le minoranze nel diritto pubblico*, Milano 1967, 340.

[2] A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, 92 ss., 126 ss., 188 ss., ecc.

(essendo a questi fini irrilevante se voglia o non voglia poi conservare la sua identità).

Ciò avviene sovente per le minoranze linguistiche e per le minoranze religiose.

Come è stato osservato[3], le minoranze religiose (che sono assistite, del resto, accanto alle garanzie generali del primo e del secondo comma dell'art 3, dell'art. 8, comma 1, e dell'art. 19 Cost., oltre che dalle garanzie specifiche del medesimo art. 8, commi 2 e 3.) anticipano, appunto, per molti versi quella che sarà ed è la problematica delle minoranze linguistiche.

In Europa, non certo meno che altrove, guerre, migrazioni di interi popoli alla ricerca di nuovi territori o di insiemi cospicui di persone singole hanno comportato il radicamento di minoranze all'interno della comunità nazionale e, talvolta, di minoranze riconducibili alla comunità nazionale all'interno delle minoranze medesime[4]. Sono rarissimi gli Stati (Islanda, Portogallo, Korea) che non presentano problemi di minoranze al loro interno[5].

Il mondo contemporaneo è attraversato, inoltre, da flussi migratori pacifici ma imponenti, sollecitati da necessità economiche.

Gli studiosi di economia, muovendo dall'esperienza degli stati federali, hanno elaborato modelli di trasferimento da un luogo all'altro di persone con gusti omogenei o eterogenei (in questo secondo caso alla ricerca, «votando con i piedi», come essi dicono, e, cioè, appunto, emigrando, di una combinazione di servizi sociali e beni privati ritenuta da ciascuno ottima).

La situazione diviene ancor più scottante quando al fattore economico si accompagna l'eventualità di riequilibri culturali o istituzionali. L'egoismo degli individui, l'egoismo dei popoli, la difesa della propria identità culturale e civile non possono esser demonizzati, ma neppure possono essere supinamente seguiti pur quando siano del tutto miopi e debbono, comunque, essere governati secondo regole e principi accettabili.

Queste "nuove minoranze" sono diverse da quelle "autoctone" o, almeno radicate in tempi ben anteriori a quelli dello "Stato italiano" (cui, secondo opi-

[3] J. C. Heim, *The demise of the confessional state and the rise of idea of a legittimate minority*, in *Majorities and Minorities*, *Nomos XXXII*, (ed. by J. Chapman and A. Wertheimer), New York, 1990, 24 ss.; A. Pizzorusso, *op. cit.*, prime pagine.

[4] Cfr., con riferimento al Canada, V. Piergigli, *Lingue minoritarie e identità culturali*, Milano 2001 239; con riferimento ad Istria, Fiume e Dalmazia, Aa.Vv. (a cura di V. Piergigli), *L'autoctonia divisa. La tutela giuridica della minoranza italiana in Istria, Fiume e Dalmazia*, Padova 2005.

[5] Cfr. W. Kymlicka, *Multicultural Odysseys - Navigating in International Politics of Diversity*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2007, 62.

nione largamente maggioritaria, si riferisce l'art. 5 Cost.[6]) e, dunque, non possono non ricevere un supporto di tutela normativa complessivamente diverso.

Diviene allora naturale il riferimento alle costituzioni ed a quella sorta di costituzioni riflesse che sono le carte sovranazionali di tutela dei diritti umani.

Le regole ragionevoli ed universalmente accettabili contenute nelle costituzioni rappresentano, del resto, una frontiera difficile da difendere di fronte alle turbolenze di società disorientate, prese dalla paura[7], agitate da movimenti politici coerenti con queste inquietudini, che, in qualche modo, contribuiscono ad esasperare. Fughe in avanti potrebbero lasciarla incustodita.

Vorrei solo osservare come il fenomeno dell'*obbiezione di coscienza* presenti larghi collegamenti con l'esercizio della libertà religiosa e come manifesti una pretesa ad un trattamento diversificato in ragione di un vincolo altro rispetto a quello che ci lega all'ordinamento generale; proprio come avviene per le minoranze linguistiche[8].

Più complesso è, sotto questo profilo, il caso delle minoranze sessuali, che, per un verso, aspirano alla rimozione di discriminazioni indirette; e, per altro verso, aspirano alla rimodulazione delle regole, in guisa da includere anche esigenze loro proprie non identiche (ma omogenee rispetto) a quelle generalmente garantite[9].

2. *Garanzia dei diritti civili e dell'eguaglianza: la tutela delle minoranze dalle "soglie" di difesa da atti discriminatori alla stabile "azione positiva" a loro favore*

Come è noto si è a lungo discusso circa l'opportunità o, prima ancora, la legittimità costituzionale di una tutela delle minoranze linguistiche. Il problema da noi è risolto in senso positivo dall'art. 6 Cost.; cui ora corrisponde l'art. 22

[6] Sui diversi livelli di tutela delle minoranze cfr. Corte cost., ad es., sent. 28/1982; 62/1992; 422/1995; 15/1996; 213, 295, 356 del 1998; 406/1999, ad es. In dottrina, cfr. R. Bin *Regioni e minoranze etnico-linguistiche alla luce della legge quadro*, in *Le Reg.* 1989; E. Palici Di Suni, *Intorno alle minoranze*, Torino 1992. Cfr. anche S. Bartole, *Lingue minoritarie e potestà legislativa regionale*, in *Giur. cost.* 2009, 1764; R. Toniatti, *Pluralismo sostenibile e interesse nazionale all'identità linguistica posti a fondamento di «un nuovo modello di riparto delle competenze» legislative fra St. e R.,* in *Le Reg.* 2009, 1121. Cfr. anche W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship: a liberal Theory of minority Rights*, Oxford Un. Press. (New York), 1995.

[7] Cfr. *Paura dell'altro. Identità occidentale e cittadinanza* (a cura di F. Bilancia, F. M. Sciullo, F. Rimoli), Roma 2008.

[8] Cfr. M. Walzer, *Obligations*, Cambridge 1970. Ma cfr. anche, del medesimo A., *Che cosa significa essere americani*, Venezia 1992; *On toleration*, Yale University Press, Mew Haven 1997; trad. it., *La tolleranza*, Roma-Bari 1998.

[9] Cfr., in senso vicino a queste osservazioni, A. Cabiddu, *Maggioranza, minoranza, eguaglianza*, Padova 1997, 227 ss., 273 ss.

della Carta di Nizza, recepita con art. 6 TUE, ed anche a livello internazionale la soluzione positiva sembra ormai accolta, dopo l'art. 27 del patto sui diritti civili e politici di New York (L. n. 881/1977)[10].

Tutto ciò, peraltro, non dispensa dall'onere di confrontarsi con gli argomenti contrari ad una tutela specifica, se non altro perché questi argomenti possono anche suggerirne i limiti.

È particolarmente significativa l'esperienza degli Stati Uniti d'America, ove la problematica è stata discussa forse in anticipo rispetto ad altri paesi e con scarso supporto di dati legislativi, con argomenti, dunque, «quasi filosofici».

Una tesi largamente sostenuta sottolinea, appunto, la necessità di garantire il pieno godimento delle libertà civili ai membri delle minoranze e di assicurare il rigoroso rispetto dell'eguaglianza nei loro confronti. Ciò sarebbe anche sufficiente a consentire una convivenza ideale fra queste minoranze e la parte maggioritaria della popolazione.

È la tesi, ad es., affermata nel pensiero e nella realtà giuridica USA (rispecchiata anche nella nota opposizione della sig.ra Rooswelt all'inserimento di una clausola di tutela delle minoranze nella dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948) ed è anche la tesi prevalente in Francia. All'ombra di ampie libertà, le minoranze possono coltivare una propria cultura, ma poi, per tutto quello che è "pubblico", sono equiparate all'intera popolazione attraverso un rigoroso rispetto dell'eguaglianza; in questo ambito, l'assenza di specifiche normative si è ritenuta talvolta favorevole alle minoranze (*benign neglect*)[11]. Vorrei aggiungere che l'ampio concetto di *privacy* elaborato dalla cultura giuridica americana, come insieme di manifestazioni di vita individuale e di socialità privata sottratta al controllo della socialità generale, offre respiro ad un'ipotesi ricostruttiva di questo tipo; cui fa riscontro la tendenziale fusione delle diverse esperienze storiche nei principi «eminentemente pubblici» della democrazia americana (*melting pot*).

[10] Cfr., successivamente, risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 18 dicembre 1992, recante Dichiarazione sui diritti delle persone appartenenti alle minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche; Carta europea delle lingue regionali o minoritarie adottata dal Consiglio d'Europa il 5 novembre 1992, non ancora ratificata; Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali, L. 1997, n. 302; Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali, L. 2007, n. 19; OIL, convenzione n. 169, sui popoli indigeni. Cfr. anche art. 22 della Carta di Nizza, peraltro, piuttosto neutrale sul punto. Cfr., per ulteriori indicazioni, W. KYMLICKA, *op. cit*. 2007, 31 ss.

[11] Cfr. N. GLAZER, *Affirmative discrimination: ethnic inequality and public policy*, New York (Basic Books), 1975; ID., *Ethnic dilemmas*, Harward Un. Press, Cambridge, Massachussetts), 1983.

Non solo la scelta della scuola[12], ma anche l'associazionismo intimo e non «aperto al pubblico» è una manifestazione di *privacy*. Si distingue, appunto, la *intimate association* e la *expressive association*[13]; la associazione intima viene prima dell'uso degli strumenti propri del medesimo diritto privato, perché appunto la *privacy* esprime anche una sfera di vita individuale e di socialità privata che non chiede sostegni specifici (oltre quelli, generici e neutri, del *neminem laedere*) ma neppure tollera intrusioni dall'esterno; non chiede, dunque, il positivo sostegno (l'*enforcement*) delle corti ma rifiuta fin anche l'ingerenza normativa. Clausole contrattuali discriminatorie, del resto, risulterebbero per lo più, contrarie a principi come l'eguaglianza, che non vincola la vita intima delle persone (fondata su scelte non suscettibili di essere formalizzate) ma reprime qualsiasi formalizzazione «di segno esclusivo» che pretendesse di essere positivamente protetta. Ricordo i casi relativi alle clausole contrattuali che escludevano la facoltà di vendere o dare in locazione immobili a persone di razza od etnia diversa rispetto a quella dominante nel quartiere; perché l'ordinamento generale si astiene dal sindacare la vita intima nella sua spontaneità e le scelte che sono ad esse inerenti, ma non protegge vincoli, sia pure fondati sull'autonomia privata, da far valere innanzi ai tribunali, quando essi siano di segno contrario ai suoi principi (*public policy*)[14].

La *privacy of autonomy* sussiste nei limiti di scelte coperte da regole generali e neutrali, come quelle che presidiano la proprietà, il possesso, il domicilio, come si è accennato e, anche in questi limiti, nella misura in cui l'attività svolta nelle «mura amiche» non sia soggetta ad autorizzazione o licenza pubblica, non abbia il *colour of law* o il *governmental involvment to some significative extent*[15].

[12] Cfr. *Meyer v. Nebraska*, 262 U. S. 390, del 1923, che resiste all'ondata di xenofobia antigermanica, succeduta alla prima guerra mondiale.

[13] Cfr. D. Vincenzi Amato, *Tutela dei singoli, eguaglianza e libertà associativa in una recente sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Giur. cost.* 1989, II, 681 (discutendo U. S. 107 S. Ct. 1940, del 1987, *Board of Directors of Rotary International Club v. Rotary Club of Duarte*; cfr. anche *Robert v. United States Jaycees*, 1984).

[14] Cfr., ad es., *Shelley v. Kraemer*, 334 U. S. 1, del 1948; *Barrows v. Jacson*, 346 U. S. 249, del 1953; *Evans v. Newton*, 382 U. S. 296, del 1966; *Evans v. Abney*, 396 U. S. 435, del 1970; *Jones v. Alfred Mayer*, 392 U. S. 409, del 1968 (rifiuto di contrattare per ragione di razza, dopo offerta pubblicizzata), ecc.

Cfr., del resto, art. 43, comma 2, lett. b, del D. lgs. n. 286 del 1998, che considera atto discriminatorio imporre condizioni più svantaggiose o rifiutarsi di servire beni o servizi offerti al pubblico ad uno straniero solo perché tale o perché appartenente ad una determinata razza, religione, etnia, nazionalità.

[15] *Pennsylvania v. Board of Trusts*, 353 U. S. 230, del 1957; *Lombard v. Louisiana*, 373 U. S. 267, del 1963; *Burton v. Willmington Parking Authority*, del 1984, ecc.

E, peraltro, l'insieme, pur ampio delle garanzie di ogni ordinamento di tipo liberal democratico e dello stesso ordinamento nord americano sembra, talvolta, non sufficiente.

Il fatto è che anche le regole più generali di qualsiasi società, talvolta (in alcuni punti, almeno), presuppongono valori di civiltà non necessariamente da tutti condivisi.

Le minoranze, appunto, in alcuni casi avvertono come lesivo di valori che fanno parte della identità del gruppo e dei componenti ciò che (uso della lingua, insegnamento linguistico, insegnamento della storia, festività, simboli, modi di abbigliamento, ecc.), invece, la collettività generale accetta come pacifico o di interesse comune[16].

Esiste, nel processo, il diritto di difesa: ma come può l'imputato difendersi (difesa personale) se non conosce la lingua in cui è scritto il capo di imputazione o in cui è pronunciata la requisitoria dell'accusa[17]? Il diritto, dunque, ad un interprete fa parte del diritto di difesa. Ma, ad un certo punto, si chiede di poter interloquire con l'autorità pubblica (anche giudiziaria) nella propria lingua-madre, anche se si conosce assai bene la lingua ufficiale dello Stato cui tale autorità fa riferimento; si chiede, allora, di poter «professare», come valore a sé, la propria identità etnico-linguistica[18].

La libertà di manifestazione del pensiero include quella di esprimersi attraverso composizioni poetiche nella lingua che si ritiene più appropriata, anche se non è quella «ufficiale» dello Stato[19]. Sappiamo bene, del resto, che proprio l'esercizio esteso di questa libertà, dapprima nel campo letterario e poi anche in quello scientifico, ha contribuito in misura decisiva alla formazione stessa della nostra identità nazionale[20]. E non si tratta di un caso isolato, perché anche altrove qualcosa del genere è accaduto[21]. Ma, anche da questo punto di

[16] Cfr. W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship: a liberal Theory of minority Rights*, Oxford Un. Press (New York), 1995.

[17] Cfr. ad es., Corte cost., sent. 10/1993. Cfr., in dottrina, G. Conetti, *L'impiego della lingua materna nei procedimenti giudiziari come diritto dell'uomo*, in *Scritti in on. di G. Sperduti*, Milano, 1984, 521; M. Chiavario, *La tutela linguistica dello straniero nel nuovo processo penale*, in *Studi in on. di P. Nuvolone*, III, Milano, 1991, 111.

[18] Cfr. *Reference re Manitoba*, in *The Supreme Cort of Canada Review*, 1985, 347.

[19] Cfr. *Quebec v. Ford et al*, in *The Supreme Cort of Canada Review* 1988; *Societé des Acadiens v. Association of Parents*, in *Supreme Court of Canada Review* 1986, I, 549. Cfr. anche *Reference re Manitoba*, poco sopra cit.

[20] Anche per il nostro paese, del resto, la «questione della lingua» ha assunto un rilievo fondamentale nella costruzione della identità nazionale: ricordo le pagine di Antonio Gramsci, *Quaderni dal carcere* (quaderno 3, § 76, quaderno 6, § 62; quaderno 9, § 132; quaderno 23, § 7, quaderno 29, § 7, ecc.), ove anche si sottolinea il rilievo specifico della letteratura a questi fini

[21] Osserva O. Bauer (*Die Nationalitâtenfrage und die Sozialdemokratie*, Wien, 1907, 93, 117 ss.; cfr. anche A. Agnelli, *Questione nazionale e socialismo*, Bologna, 1969, 167 ss.) come

vista, la pretesa di interloquire con l'autorità pubblica nella propria lingua-madre segna un «salto di qualità»: non si tratta più di esercizio di una libertà generale ma di rivendicazione di un diritto specifico[22].

3. *Il problema della scuola*

Di più: le comunità linguistiche, in genere, chiedono anche scuole pubbliche in cui la propria lingua-madre sia coltivata (come oggetto di insegnamento o, addirittura, come lingua veicolare dell'insegnamento); denominazioni stradali in madre lingua o bilingui; testi normativi in madre lingua o bilingui, ecc.

La minoranza religiosa Amish sollecita una vita di umiltà che può essere contaminata dall'orgoglio del sapere; consiglia, allora, un livello basso di scolarità, che può essere al di sotto della «soglia minima» di istruzione prevista da un certo Stato[23]. Altre comunità religiose possono consigliare una scuola orientata ai valori che professano, diversa dalla scuola pubblica, ispirata a valori laici (e, cioè, al confronto fra diversi valori). Alcune minoranze islamiche in Francia vorrebbero escludere le lezioni di educazione fisica per le ragazze.

Un caso emblematico per misurare le complesse valenze di un approccio laico può essere (e storicamente è stato), appunto, quello della scuola. Se l'ordinamento generale elabora un certo tipo di scuola ciò fa ritenendo che questa, dal suo punto di vista, sia la migliore possibile. Può anche sbagliare in tale opinione, può anche in seguito correggere le conseguenze di certi errori; può anche rielaborare questo modello tenendo conto delle intervenute trasformazioni della società, della cultura, ecc. Ma tutto ciò non esclude, in un certo tempo e in un certo luogo, una valutazione ottimale del modello di scuola adottato. Perché, allora, consentire «scuole altre» che si discostano, in misura maggiore o minore, da questo modello e, dunque, si potrebbe ritenere, non assicurano pari ottimalità di prestazioni e di risultati?

È innegabile, d'altra parte, che ogni modello si forma e si migliora nel confronto aperto con altri ed è, del pari, innegabile che nessun dialogo aperto fra

la «minoranza» sia fenomeno che appartiene alla cultura popolare, che tuttavia acquista una dimensione politica nel momento in cui questa cultura popolare viene recepita e fissata dalla cultura letteraria; di qui il fenomeno dell'emergere di «nazioni senza storia» e di qui anche il rilievo che sempre ha avuto in questo contesto il fattore linguistico.

[22] Cfr. anche Corte cost., sent. 62/1992. Cfr. anche sent. 16, 219, 249 (trasmissioni nella lingua minoritaria). 261/1995; 15/1996; 213, 356, 395/1998; 406 /1999; 249, 257/2004; 337/2006; ECJ, sent. 24/11/1998, causa C-274/96.

[23] La Corte Suprema federale americana ha tenuto una rotta prudenziale, non aliena da concessioni nei confronti delle minoranze (cfr., con riguardo agli Amish, ad es., *Wisconsin v. Yolder*, 406 U. s., 205, del 1972), sia pure nel quadro di un bilanciamento che largamente avvalora la libertà religiosa senza fornire criteri rigorosi.

diverse matrici culturali «in un luogo pubblico» è possibile, se queste non si sono prima formate «in un luogo privato».

4. *Tutela privilegiata della persona o del gruppo? Diritti individuali, individual-collettivi, collettivi*

L'immagine del passo stretto, di Scilla e Cariddi, evocata da un acuto autore americano[24], rappresenta davvero, in una prima approssimazione, il duplice ed alternativo pericolo di schiacciare l'identità di culture minoritarie nella società generale o di schiacciare i diritti della persona in un gruppo cui appartiene[25].

Forse, però, la navigazione può tenere una rotta che eviti i due scogli. In linea di massima, già appare dubbia un'immagine così rigidamente piramidale della scala di valutazione di un certo servizio. Certo, il potere pubblico organizza la scuola nel modo (che ritiene) migliore; ma neppure può escludere i vantaggi della varietà, della complessità. La scuola pubblica è la migliore, in relazione alle risorse (anche culturali, storiche, umane) di cui dispone il potere pubblico; entità ulteriori possono disporre di risorse diverse, in relazione a cui possono ottenere livelli di ottimalità non facilmente comparabili rispetto al primo e non graduabili in una scala così univoca. La varietà, *ceteris paribus*, è un fattore che arricchisce e non impoverisce la società generale, offrendole prospettive, contrasti, elementi di discussione salutari; impedendone il ristagno nella morta gora del proprio passato[26]. Non si tratta solo di venire incontro ad esigenze proprie del singolo (e ciò già sarebbe non poca cosa), ma, inoltre, di arricchire la società di valenze profonde, nascoste e complesse, ben oltre la pura diversità di attitudini e caratteri individuali; per conservare dimensioni ulteriori rispetto a quelle stereotipe (ricordo il rischio, segnalato da MARCUSE, di ridurre l'uomo ad una sola dimensione), capaci di interagire con queste anche attraverso contrasti fecondi.

Tutto ciò ha a che fare con l'eguaglianza, le c. d. «azioni positive», che, nel caso, assumono «dimensioni storiche» e non più solo «economiche o politiche»[27].

[24] J. H. CARENS, *Difference and domination: reflects on the relation between pluralism and equality*, in *Majorities and minorities*, 1990, *cit.* spec. 226.

[25] Cfr. anche R. L. SIMON, *Pluralism and equality: the status of minority values in a democracy*, in. *Majorities and minorities*, 1990 *cit.*, spec. 219.

[26] Cfr., oltre a R. L. SIMON e J. H. CARENS *cit.*, anche W. E. B. DU BOIS, *The conservation of races*, in *Negro Social and Political Tought*, New York 1966; per il rilievo che assume, nella tolleranza in genere, la consapevolezza della complessità e ricchezza del reale cfr. A. SEN, *Identità e violenza* (trad. it.), Roma-Bari 2006, 16 ss., 25 ss., 158 ss.

[27] Cfr. A. CERRI, ad es., *Uguaglianza*, in *Enc. Giur. Treccani*, 2.2.8.

In genere, si ritiene intrinsecamente temporaneo il fenomeno delle c. d. "azioni positive", destinate all'abrogazione ove abbiano conseguito il loro scopo di eliminare certi svantaggi "di

Se l'eguaglianza, così intesa, offre vie nuove di tutela alle minoranze, limite invalicabile resta la garanzia dei diritti umani anche al loro interno, secondo il modello dell'art. 2 della nostra Costituzione[28]. Come non è possibile tutelare l'autonomia privata, quando sia discriminatoria, così neppure è possibile consentire l'abuso all'interno delle entità tutelate.

Tutto ciò presuppone un intreccio di garanzie della persona, per sé considerata, o in quanto membro di un gruppo (diritti individual-collettivi) o del gruppo in quanto tale (diritti collettivi)[29].

5. *Azioni positive e tutela dell'obbiezione di coscienza. Inosservanza di onere o di obbligo*

Quando la minoranza assume colore religioso, la rivendicazione di «diritti speciali» si manifesta, sovente, come rifiuto di adempiere *obblighi* piuttosto che quale rifiuto di soddisfare *oneri* connessi con l'esercizio di un qualche potere; ed acquista il sapore più drammatico della «obiezione di coscienza». Si tratta, peraltro, di una problematica in larga parte comune[30].

La previsione di «obblighi alternativi» in parte sdrammatizza la contrapposizione fra singola persona e contesto giuridico-positivo fino a rasentare il limite della «opzione alternativa»[31]; ma non cancella del tutto il valore simbolico del rifiuto di un obbligo.

partenza": cfr., ad es., Brennan in *Local n. 28 Sheet Metal Workers*, etc, 421 U. S. 450, del 1986; M. Rosenfeld, *Affirmative Actions and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven-London 1991, 296 ss.; R A. Rossum, *Reverse Discrimination*, New York-Basel 1980; L. Gianformaggio, *Politica della differenza e principio di eguaglianza*, in *Lavoro dir.*, 1992, 227 ss.

Gli stessi "aiuti di Stato", nella misura in cui sono consentiti, lo sono per superare "circoli viziosi" temporanei, non per supportare, in via permanente, iniziative non economiche: cfr. O. Spataro, *Le politiche per lo sviluppo tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino 2002. Le misure di sostegno delle minoranze superano, invece, siffatti limiti temporali.

[28] Cfr., ad es., Cass., 26 novembre 2008, *Fahmi*, in *Giur. it.* 2010, 416; Cass., sez. V penale, 8 gennaio 2009, in *Foro it.* 2009, II, 254; Cass., sez. VI pen., 28 gennaio 2009, in *Foro it.* 2009, II, 592; Cass. n. 43646/2011 (art. 583 bis c. p.); Cass., sez. VI pen., 28-30 marzo 2012, n. 12089.

[29] Cfr. C. Lavagna, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, ora in *Ricerche sul sistema normativo*, Milano 1984, 800 ss.; K. Kymlicka, *op. cit.*, 1995 e 2007; A. Pizzorusso, *Minoranze e maggioranze*, Torino 1993; A. Cerri, *Libertà, eguaglianza, pluralismo*, ecc., in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1993; Id., *Prolegomeni ad un discorso di tutela delle minoranze*, in *Scritti in on. di Alessandro Pace*, I, Napoli 2012.

[30] Ricordo A. Passarin D'entreves, *Obbedienza e resistenza in una società democratica* (raccolta di scritti), Milano 1970; ma anche J. Habermas, *Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratische Rechtsstaat*, in Aa.Vv. *Ziviler Ungehorsam und rechtsstaatliche Demokratie*, Frankfurt 1983, 29.

[31] S. Prisco, *Stato democratico, pluralismo dei valori, obbiezione di coscienza, Sviluppi recenti di un antico dibattito*, in S. Prisco, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino 2009, 115 ss., spec. 119.

6. *Considerazioni finali*

Si tratta di un approccio *libertarian*, *republican*, *liberal*, *communitarian*? Non saprei e, forse, non facile è una categorizzazione netta di fenomeni culturali e sociali così complessi[32].

Per essere assolutamente trasparente, vorrei dire che si segue in queste pagine un approccio storicistico (non necessariamente idealistico), del resto fatto proprio da Will KYMLICKA, cui va riconosciuto anche il merito di aver superato barriere culturali che dividono il Nuovo mondo dalla vecchia Europa. Questo approccio storicistico, sovente dimenticato, fa parte della nostra cultura (ricordo VICO, CROCE) più profonda; e ritengo non possa essere eluso in un tema di questo tipo.

La tradizione, in quest'ottica, è la base ineliminabile da cui muove la ricerca e la sperimentazione del «nuovo»; e proprio in questa ricerca inestinguibile risiede la libertà, che diviene liberalismo quando intende informare di sé l'intero ordinamento. Ciò può fare, peraltro, nei limiti delle sue effettive potenzialità, perché ciò che si accetta o si rifiuta (non è il vuoto, il nulla, ma) è pur sempre un dato della tradizione (attraverso cui viene filtrata la medesima natura umana, di per sé non suscettibile di accettazioni o rifiuti); mentre ciò che si innova, ove si consolidi, diverrà, a sua volta, tradizione per le generazioni future[33].

[32] È sintomatico, del resto, il fatto che sia incerta e controversa la collocazione dello stesso pensiero di J. KIMLICVKA nell'una o nell'altra categoria: sovente viene ascritto al pensiero *communitarian*, mentre lo stesso A. si professa *liberal*.

[33] La comunità è fattore costitutivo della nostra persona (ricordo, ben oltre considerazione di psicologia sociale che muovono pur sempre dall'interazione fra individui, la sociologia di DURKHEIM; ricordo, fra i contemporanei, M. SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge 1982 (trad. it. *Il liberalismo e I limiti della giustizia*, Milano 1994; ID., *Democracy's Discontent. America in Search of public Philosophy*, Harward University Press, Cambridge 1996); C. TAYLOR (*Sources of the self: the Making of modern identity*, Cambridge (Massachussetts), Harward of University Press, 1989; ID., *Multiculturalism and «The Politics of Recognition»*; Princeton University Press, trad. it. *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, Anabasi, Milano 1993 (anche: in *Multiculturalismo*, Milano 1998); ma ciascuno di noi non è pura rotella di un meccanismo destinato sempre a ripetersi; è fattore di ricezione ma anche di trasformazione dei valori tramandati. Ed, infatti, le società (e le medesime comunità) non sono insensibili al corso della storia, ma via via si trasformano per l'insorgere di nuovi interessi, di nuovi rapporti economici, di nuove sensibilità, di nuove idee.

Da questo punto di vista si segnala la posizione di S. MAFFETTONE (ad es., *Liberalismo filosofico contemporaneo*, in *Manuale di filosofia politica*, (Besussi, Ferrara, Galeotti, Maffettone, Petruccini, Sacconi, Veca), ed. Roma 1996, 69) che pone nella tradizione culturale la radice di una fedeltà profonda ai valori liberali; ciò può esser vero, purché (e ciò è implicito nel pensiero dell'A.) questa tradizione (per essere liberale e non puramente, si perdoni il bisticcio, tradizione) includa il confronto continuo con ciò che è nuovo e diverso.

Il diritto non è l'unico fattore di coesione sociale[34].

Il diritto laico è un «ponte» fra diverse realtà sociali, diverse ideologie, ecc., che, come tutte le cose umane, presenta «limiti di tenuta»[35]. A poco serve, peraltro, se non è percorso, in un senso e nell'altro, da persone, da gruppi, ecc. Mi auguro, in ogni caso, che sia un ponte robusto.

[34] Cfr. S. Prisco, *La laicità accogliente: Nota minima su simboli religiosi e discorso pubblico*, in *Laicità* sit., spec. 61.

[35] S. Prisco, *Laicità e convivenza: un ponte per un incontro*, in *Laicità cit.*, 139 ss. Ricordo la rivista "Il Ponte", fondata da Piero Calamandrei, ed anche "Il ponte sulla Drina" di Ivo Andric: ponte fra diverse ideologie, ponte fra diverse civiltà.

Francesco Cerrone[*]

SULLA POETICA DI ALCUNI SCRITTORI DELLA GENERAZIONE DEGLI ANNI DIFFICILI

SOMMARIO: 1. Le ragioni del disincanto. – 2. Tempo di uccidere. – 3. Racconto d'inverno. – 4. Il mondo è una prigione.

1. *Le ragioni del disincanto*

Negli anni immediatamente successivi alla fine della seconda guerra mondiale furono pubblicati, in Italia, alcuni romanzi che espressero un grande disagio, un disorientamento. Non era indifferenza quella che circolava in questi libri, non si trattava di pagine che inseguivano pedissequamente la temperie esistenzialista. Gli eventi successivi all'otto settembre 1943, in particolare la Resistenza partigiana, la Liberazione e il ruolo, in quei mesi, dei CLN e dei partiti antifascisti, il referendum che decretò la scelta repubblicana, le elezioni del 1946 per l'Assemblea costituente e l'avvio dei suoi lavori, tutto questo insieme di novità della vita pubblica non ispirarono però, agli autori di cui scriviamo, un sentimento di fiducia per il nuovo inizio che si profilava per gli italiani. Le ragioni di queste perplessità sono rese esplicite, apertamente tematizzate in una memorialistica e storiografia coeva, che può essere perciò utilmente accostata ai romanzi in questione.

La polemica nei confronti della classe dirigente italiana prefascista è certamente un tratto comune, ricorrente nelle annotazioni di intellettuali che, nati fra l'inizio del secondo e del terzo decennio del Novecento, erano perciò cresciuti con il fascismo, non avevano conosciuto direttamente istituzioni e cultura democratico-liberali, erano ancora fanciulli quando avvennero la marcia su Roma e il delitto Matteotti. Le grandi responsabilità della classe dirigente prefascista sono al centro de *Il lungo viaggio attraverso il fascismo* di Ruggero Zangrandi[1], una classe dirigente che spianò la strada al fascismo, finse di prestargli fede e gli diede «comunque, solidarietà e appoggio, fornendo a noi,

[*] Ordinario presso l'Università degli Studi di Perugia.

[1] R. ZANGRANDI, *Il lungo viaggio attraverso il fascismo. Contributo alla storia di una generazione*, Milano, 1962. La prima edizione del libro, pubblicata da Einaudi, apparve alla fine del 1947. Zangrandi era nato nel 1915. Si v. anche l'intervento di Zangrandi nell'inchiesta, prima apparsa sulla rivista *Il paradosso* negli anni 1959-1960, e poi pubblicata da Laterza nel volume *La generazione degli anni difficili*, a cura di E. A. Albertoni, E. Antonini, R. Palmieri, Bari, 1962, 275 ss.

ragazzi, uno dei più memorabili esempi di conformismo»[2]. Una classe dirigente, per di più, che, all'indomani del venticinque luglio, riassunse il controllo effettivo della situazione politica, fatta di uomini che «con il fascismo avevano fornicato, da principio, o erano venuti a patti, più tardi, o non avevano mai levato un dito per indicarne, a noi giovani, gli inganni»[3]. Nel dopoguerra questa polemica non è ormai esaurita ma indotta, per dire così, a correre sottotraccia, per non ingenerare equivoci e confondersi con le posizioni di qualunquisti e neofascisti. Eppure, Zangrandi non riesce a sottrarsi all'impressione che lo spettacolo del conformismo, a cui aveva assistito durante il ventennio, prosegua ancora: «Nuovi, molteplici e magari contrastanti conformismi si sono andati consolidando, in questi anni; ed è soprattutto latente, nella società culturale italiana, la disposizione a piegarsi ancora ad un altro conformismo, non importa di qual colore, solo che le circostanze politiche, di nuovo, lo suggeriscano»[4]. Zangrandi era stato fascista, si era sforzato, insieme ad altri giovani, di cogliere la sua novità specie sul terreno sociale ed economico, aveva sperato nel corporativismo, si era infine allontanato dal fascismo fino a diventare antifascista[5],

[2] R. Zangrandi, *Il lungo viaggio*, cit., 9. Sul conformismo della società italiana durante il fascismo v. la testimonianza di M. Abbate, in *La generazione degli anni difficili*, cit., 29 s.

[3] R. Zangrandi, *ibidem*.

[4] R. Zangrandi, *op.ult.cit.*, 369. Richiama l'attenzione sulla polemica dei giovani che lamentavano di sentirsi "senza maestri", polemica che si rivolse nei confronti della vecchia cultura prefascista prima, poi del fascismo "ufficiale", e che si ripercosse «negli anni del dopoguerra, rovesciat[a] … nei confronti della cultura antifascista», R. De Felice, *Mussolini il duce. II. Lo Stato totalitario 1936-1940*, Torino, 1981, 239 ss., e 240 per il passo riportato fra virgolette. Non è difficile pertanto comprendere che, già al primo apparire, nel 1947, e poi con la seconda edizione, nel 1962, il libro di Zangrandi ebbe un'accoglienza ostile: si v., per es., la recensione di N. Pierri, in *Nord e Sud*, 36, 1962, 99 ss. – dove si tratta anche del citato volume *La generazione degli anni difficili*, cit. *supra*, n. 1. Pierri critica la denuncia, da parte di Zangrandi, di responsabilità collusive con il regime fascista di uomini come Croce, De Gasperi, Orlando, D'Aragona, ecc. Personalità come Croce hanno rappresentato e rappresentano, a giudizio del recensore, l'antifascismo e fu da essi che i più giovani lo appresero. Dal libro di Zangrandi affiora invece una «continuità sola fra prefascismo, fascismo e postfascismo. E questa ci sembra invero una posizione assai sterile e infeconda» (100). In sostanza, le posizioni di Zangrandi erano sospettate di essere contigue con quelle qualunquiste e neofasciste e, benché questo sospetto non potesse investire la persona dell'autore, era tuttavia "oggettivamente" – per usare un avverbio forse un po' abusato che, dal recinto del lessico marxista, si era diffuso anche oltre – riferibile alle tesi del libro.

[5] Sulle ripercussioni della guerra d'Etiopia nel dibattito fra i giovani, verso la metà degli anni Trenta, sul corporativismo, sul c.d. fascismo universale e, più tardi, su razzismo e alleanza con la Germania nazista, v. R. De Felice, *Mussolini il duce. I. Gli anni del consenso 1929-1936*, Torino, 1974, 778 s., che ricorda il contributo di Zangrandi alla formazione e all'attività del c.d. gruppo *novista*. Se a metà degli anni Trenta le posizioni frondiste emerse fra i giovani non potevano ancora sfociare in antifascismo, ciò accadrà qualche anno più tardi, specie a partire dal 1938. Sull'azione dei giovani intellettuali della "generazione difficile" sul terreno corporativo

ad operare clandestinamente contro il regime ed essere perciò arrestato e poi deportato in Germania. Gli anni del consenso al regime fascista non furono turbati dalla scomparsa di quello democratico-parlamentare: l'inconcludenza del parlamentarismo, dei "ludi cartacei", la decrepitezza del regime liberale e democratico, dominato da avvocati e professori che non rappresentavano davvero nessuno, non potevano che cedere, nell'immaginario dei giovani formatisi negli anni di massimo rigoglio del fascismo, al cospetto delle promesse di una rappresentanza direttamente collegata alle forze del lavoro e delle prospettive di trasformazione, persino di superamento del capitalismo[6]. Nell'esperienza di Zangrandi e di molti giovani del suo *milieu* – tutti ostili all'impronta nazionalista ed imperiale che il fascismo andava accentuando nella seconda metà degli anni Trenta – la guerra di Spagna fu l'innesco del capovolgimento che condusse alla militanza antifascista. Nuovi argomenti, ancora più convincenti, a favore di questa opzione vennero dalla politica razziale e, infine, dalla guerra a fianco della Germania nazista, anche se nacque poi dalla tragedia del secondo conflitto mondiale il dramma interiore di doversi schierare per la sconfitta della Patria, per la quale tanti giovani italiani stavano dando e avrebbero dato la vita.

La polemica contro gli uomini del regime democratico e liberale prefascista, la sottolineatura delle loro deficienze, ritornano nelle annotazioni di Ugoberto Alfassio Grimaldi[7]. I vecchi antifascisti possono aver capito il fascismo, il fatto, la sua genesi, ma «non le vite umane che in quel fatto, in quell'ambiente, sono sbocciate»[8]. L'incontro con gli antifascisti è l'incontro con l'*ancien régime*, un mondo di uomini che si erano tirati in disparte, ma «la loro nobile intransigenza morale, il loro Aventino che continuava ancora non era il resto di un mondo che, sconfitto, non aveva voluto – per ammirevole ma sterile dignità – piegarsi al vincitore?»[9]. Come Zangrandi anche Alfassio Grimaldi lamenta la mancanza

e sindacale e poi, a seguito della reazione all'*Anschluss*, in chiave antitedesca, v. ancora R. De Felice, *Mussolini il duce. II. Lo Stato totalitario*, cit., 207 ss., e 474.

[6] È stato notato che, per molti giovani cresciuti durante il ventennio, l'assenza di una educazione politica si associò tuttavia alla percezione del senso di una crisi della democrazia europea di quel tempo, di una «debolezza di fondo della struttura politica e ideale delle strutture democratico-borghesi» e, specie a partire dalla guerra di Spagna, quei giovani iniziarono a percepire sia la contraffazione dell'impegno politico e dell'etica fascista, sia la critica ideale che circolava nella cultura fascista nei confronti della democrazia, in tal senso R. Rossanda Banfi, nel suo intervento nel citato volume *La generazione degli anni difficili*, cit., 243.; ma si v. anche, nello stesso volume, la *Introduzione* di E. Antonini, 9.

[7] U. Alfassio Grimaldi, in *Autobiografie di giovani del tempo fascista*, Brescia, 1947, 49 ss. Alfassio Grimaldi era nato, come Zangrandi, nel 1915.

[8] U. Alfassio Grimaldi, *op. cit.*, 49. Si v. anche la testimonianza di Alfassio Grimaldi in *La generazione degli anni difficili*, cit., 43 ss.

[9] U. Alfassio Grimaldi, *Autobiografie*, cit., 53.

di maestri per la gioventù intellettuale di quel tempo; la dolorosa conseguenza di ciò fu lo scarso interesse della sua generazione per i «problemi che l'antifascismo aveva trattato e che il fascismo diceva di aver risolto»[10]. Ritorna inoltre anche in questo autore la sottolineatura dell'interesse giovanile per la politica sociale del regime, l'opposizione al razzismo e alla guerra. Ancora nel 1941 egli non ha tuttavia maturato la scelta di rompere i ponti con il fascismo[11]: era convinto che «il fascismo avesse impostato esattamente il problema del superamento del vecchio mondo democratico, disancorando la vita politica del paese da una formula ormai consumata: il girare a vuoto del sistema parlamentare»[12].

Ora, è appunto questa critica rivolta al passato, alle istituzioni e agli uomini del sistema parlamentare prefascista, che apre poi una nuova prospettiva di analisi del presente: già nel periodo badogliano Alfassio Grimaldi non può ammettere, polemizzando con Croce, che il fascismo sia da considerare solo una parentesi della storia italiana, chiusa la quale tornare al passato. Un passato che, certamente, grava sulla situazione italiana attuale, per l'assenza di una coscienza civica in Italia, che deriva da un Risorgimento realizzato solo da un'élite. Dopo la prima guerra mondiale, le contraddizioni sociali, economiche, culturali determinarono il cortocircuito fra la veste democratico-liberale delle istituzioni e l'immaturità della coscienza popolare che condusse al fascismo. In certo senso, perciò, il fascismo «fu la fine di un'ipocrisia»[13], mostrò l'effettiva condizione di un'identità collettiva lontana da una coscienza civica democratica. Il fascismo non fu parentesi ma aspetto connaturato della storia italiana, non episodio ma capitolo di questa storia[14]. Ancora nel 1947, nonostante

[10] U. Alfassio Grimaldi, *op.ult.cit.*, 54. Anche Alfassio Grimaldi, come Zangrandi, sottolinea la vivacità della ricerca giovanile all'interno del fascismo: «Noi cercavamo la verità dentro la linea … i littoriali restano una ampia documentazione di 'antifascismo fascista' … furono l'occasione del primo, spontaneo formarsi di una coscienza critica e di opposizione» (così il suo intervento in *La generazione degli anni difficili*, 50).

[11] «Ci vollero il 25 luglio e l'8 settembre per buttarmi senza residui dall'altra parte», *op. ult. cit.*, 52.

[12] U. Alfassio Grimaldi, *Autobiografie*, cit., 61.

[13] U. Alfassio Grimaldi, *op.ult.cit.*, 73.

[14] U. Alfassio Grimaldi, *op.ult.cit.*, 74, dove ricorda «il carnevale delle divise, dei gradi, le manifestazioni piazzaiole, il clientelismo, il semplicismo che voleva sembrare semplificazione, la retorica di Roma antica, l'ossequio formale e falso alla Chiesa e alla monarchia: il fascismo non è un episodio, è purtroppo un capitolo terribilmente italico, è la sintesi della nostra storia deteriore». V. anche, di nuovo, l'intervento di Alfassio Grimaldi in *La generazione degli anni difficili*, cit., 53 s. L'analisi spregiudicata, realistica e per molti tratti pessimista, della storia italiana che ha letto in questi termini il ventennio fascista era già implicita nel giudizio di Giustino Fortunato, espresso in una lettera a Giovanni Ansaldo: «*Non 'rivoluzione', no, ma 'rivelazione' è stato, e rimane, il fascismo: rivelazione di quel che realmente è, di quel che realmente vale l'Italia. Il fascismo è proprio l'Italia, di ieri e dell'altro ieri, così come sarà, indubitatamente, l'Italia di domani e di*

Resistenza, Liberazione, nuovo ordine repubblicano e lavori dell'Assemblea costituente per la scrittura di una costituzione antifascista, Alfassio Grimaldi esprime inquietudine, avverte persino il pericolo di un nuovo fascismo alle porte. Perché? Il suo giudizio è che l'opinione pubblica sia assente, lontana dai problemi reali, le elezioni gli appaiono dominate dai partiti presi, dalle parole al vento, dalle promesse che servono solo da esca. Gli eletti sono spesso solo i vecchi tromboni dell'oratoria e nella stessa Assemblea costituente si riproduce una mancanza di serietà che dirotta le decisioni dalla effettiva convinzione dei rappresentanti del popolo al gioco degli accordi fra partiti (è portato l'esempio della discussione sulla indissolubilità del matrimonio)[15]. L'autore sente il distacco del lavoro dei Costituenti dalla società italiana[16] e teme ancora, come

domani l'altro», v. G. Fortunato, *Carteggio 1927/1932*, a cura di E. Gentile, Roma-Bari, 1981, 185. L'aderenza del fascismo alla storia italiana è, nel giudizio di Giulio Colamarino, conseguenza diretta del fallimento politico, civile, morale della classe dirigente italiana, sia «come classe borghese nel significato strettamente economico, sia come élite di governo e della cultura»: in tal senso G. Colamarino, *Il fantasma liberale*, Milano, s.d. (ma 1945), 334. Colamarino era scomparso nell'agosto del 1944 e, nato nel 1883, apparteneva ad un'altra generazione rispetto a Zangrandi e Alfassio Grimaldi ma la sua spietata e lucida analisi della storia italiana, che parte dal Risorgimento per arrestarsi al 1922 solo per la sopraggiunta morte dell'autore, è in sintonia con il giudizio nettamente critico nei confronti della classe dirigente liberale (ma in realtà conservatrice, dal punto di vista di Colamarino) che circola nelle pagine dei più giovani autori. Gli stessi giudizi di Alfassio Grimaldi sull'assenza di una coscienza civica del popolo italiano e sulle sue cause, da cercarsi nel carattere elitario del Risorgimento, sono coerenti con le analisi di Colamarino, v. G. Colamarino, *op. cit.*, 3 ss., spec. 9, 11 s., 14 e tutto il capitolo I, dedicato a *L'unificazione nazionale e le idee del Risorgimento*. Colamarino, tuttavia, aveva sottolineato un aspetto importante delle dinamiche sociali e politiche del primo decennio del Novecento, che impressero a suo giudizio al «generale risveglio del popolo italiano alla vita pubblica … un'impronta e finalità schiettamente economiche» (196). In altre parole, la maturazione di una coscienza collettiva del popolo italiano seguiva le vie segnate dalla sua storia sociale, economica, politica, culturale e non avrebbe senso, secondo l'a., estendere il giudizio estremamente critico nei confronti della classe dirigente a tutto il popolo italiano, senza «graduare le responsabilità e le colpe», e ciò «non per il gusto di fare dei processi giudiziari, ma per comprendere una storia che troppo ci interessa e tormenta» (334).

[15] Vorrei ricordare, a proposito della polemica nei confronti dei partiti politici, la testimonianza di un protagonista della cultura meridionalista quale Vittore Fiore: «i partiti sono ridotti a macchine elettorali-clientelari incapaci di suscitare entusiasmi» (v. *La generazione degli anni difficili*, cit., 137 s.). In fondo, come Alfassio Grimaldi, Zangrandi e Colamarino, anche Fiore teme il conformismo, il cinismo, il disinteresse diffusi nella società italiana, teme un «corso tradizionale delle nostre cose» (*ibidem*) che neanche i partiti popolari sarebbero riusciti a scalfire. Ricordo, peraltro, che gli interventi raccolti ne *La generazione degli anni difficili* risalgono alla fine degli anni Cinquanta, non agli anni immediatamente successivi alla fine della guerra. È necessario tener conto del fatto che la polemica nei confronti dei partiti politici assumeva, a distanza di più di dieci anni, significati e implicava valutazioni in larga misura, ma non del tutto, diversi.

[16] Un distacco che era percepito anche da G. Capograssi, *Dubbi sulla Costituzione* (1945), in Id., *Opere*, VI, Milano, 1959, 105 ss. Mi pare si possa dire che Capograssi, nel tempo im-

ricordato, la tentazione del fascismo, una tentazione che proviene da un ordine politico e giuridico, da una società, da una cultura non pienamente democratici, incapaci di coinvolgere il popolo e perciò di articolare una sfera pubblica e civica democratica.

Le vite degli autori richiamati sinora, e degli altri di cui si dirà, presero, com'è naturale, pieghe diverse: alcuni parteciparono alla Resistenza, altri subirono la prigionia nei campi di lavoro, altri ancora se non condivisero queste esperienze vissero comunque sulla propria pelle il disorientamento, la crisi, la conseguente sfiducia che derivavano dall'aver compreso di essere nati, di aver compiuto i primi passi, insieme ad una dittatura che aveva espresso aspetti non secondari della società italiana, aspetti che provenivano dalla sua storia risalente; una sfiducia che, pertanto, si allargava verso la nuova situazione politica che si avviava in quegli anni.

È noto che esistono numerosi studi sul rapporto fra letteratura e Resistenza, studi che hanno investito anche il periodo successivo, per esempio il sentimento della Resistenza tradita. Alcuni di questi studi hanno avuto il proposito di presentare un quadro complessivo di questo rapporto. Il compito che si assume qui è assai più modesto: esiste una letteratura, come accennato in apertura, che compare subito dopo la fine della guerra, fra il 1945 e il 1947, nella quale si avverte tutto il peso non solo degli anni del conflitto ma anche del ventennio del regime e di quelli della crisi della società e dell'ordine costituzionale da cui era nato il fascismo. È una letteratura in cui prevale un tratto di disorientamento che si prolunga in sfiducia, o almeno in mancanza di investimento, nella classe politica e nelle prospettive di legittimazione del nuovo ordine costituzionale repubblicano. Forse le cose dette finora, nel richiamare i contributi di alcuni autori che, fra storiografia, memorialistica e riflessione personale sulle

mediatamente successivo alla fine della guerra, nel 1945, avvertisse netto il contrasto fra gli interessi diffusi dei popoli europei, e di quello italiano fra essi, che, travolti dalla catastrofe, non potevano che esser presi dalle cose e bisogni elementari, e i circoli ristretti di individui che si occupavano della costituzione. Così la costituzione non poteva interessare quasi nessuno e il dubbio di Capograssi era che, in questo modo, la costituzione non sarebbe riuscita ad essere «l'effetto e l'atto di un comune potente vissuto pensiero!» (108). È vivo il contrasto fra questa visione della società e della politica italiane ed europee e quella di chi riconobbe nella Resistenza e nella lotta partigiana il punto di svolta capace di dare un senso ad una nuova fase della vita, di rappresentare il passaggio da un momento negativo e distruttivo, quello dell'odio razziale, dell'oppressione, della guerra, ad un altro invece costruttivo, in grado di reintegrare il primo nella storia, però superandolo nella opposta prospettiva dell'amore e della partecipazione: «Si scopriva il senso della attività politica nella libertà … e la presenza *entro* una comunità appariva un atto prima morale (umano) che sociale» (così l'intervento di G. Gramigna, in *La generazione degli anni difficili*, cit., 164). Se si pensa ai ritratti più crudi e disperati delle condizioni in cui si trovarono molte persone subito dopo la guerra il pensiero corre al romanzo di G. Berto, *Il cielo è rosso* (1947), Milano, 1969.

esperienze vissute, delineano le vicende di una generazione cresciuta con il fascismo, dentro il fascismo, maturata nella convinzione che il vecchio sistema della democrazia parlamentare fosse ormai superato; l'esperienza insomma di una generazione che prende infine congedo dal fascismo, lo combatte ma non trova nella nuova temperie politica italiana le ragioni per la speranza di un nuovo inizio, potranno aiutare a comprendere la poetica degli scrittori di cui ci occupiamo.

Si può dire perciò che prevalga in questa letteratura un tratto pessimistico, in cui è in primo piano la crisi, non le nuove *chances* della società italiana? Sì. Si può anzi soggiungere che nei romanzi di cui diremo la crisi sociale si riflette su quella individuale, che le due crisi sono l'una il riflesso dell'altra; forse lo spirito di Luigi Pirandello non è estraneo alle opere di questi autori. Dunque una letteratura della crisi, dove il disorientamento non è provvisorio, parziale, ma diventa vero e proprio smarrimento di sé, del proprio mondo, condizione esistenziale che si lega però, negli scrittori di cui parliamo, alla concretezza della storia italiana.

2. *Tempo di uccidere*

Il primo romanzo è *Tempo di uccidere*, di Ennio Flaiano. Durante la guerra di Etiopia, una guerra gravida della magniloquente retorica del regime e, come tutte le guerre, attraversata dalle crudeltà e brutalità del cuore umano, un ufficiale italiano, afflitto dal mal di denti, si muove in un'Africa onirica, fantastica, un mondo dove «il giorno moriva … davvero e la parola domani era la più inutile delle ipotesi»[17]. È in questo scenario antico, atavico, che il protagonista si aggira come in un labirinto, certo lontanissimo da ogni retorico eroismo e attraversando piuttosto un incubo. Incontra una bellissima indigena, Mariam, la possiede, la ferisce a causa di un incidente e decide di ucciderla, forse reputando le conseguenze della ferita comunque letali, e per risparmiare sofferenze alla donna, forse per cavarsi dall'impaccio di una situazione incresciosa. Il protagonista agisce, prende bensì decisioni, ma è come se le sue azioni siano indirizzate da un'intenzionalità che non risiede in lui e che non potremmo attribuire se non al caso. E tuttavia egli agisce e dopo aver ucciso la donna compie altre

[17] E. Flaiano, *Tempo di uccidere* (1947), Milano, 1973, 124. È opportuno ricordare che il tempo della guerra di Etiopia fu forse quello di massima espansione del consenso per il regime, certo incoraggiato dall'apparato propagandistico mobilitato dal fascismo. Si v., al riguardo, l'ampia analisi di R. De Felice, *Mussolini il duce. I. Gli anni del consenso 1929-1936*, cit., 597 ss.: «Gli ultimi mesi del '35 e la prima metà del '36 videro il popolo italiano stretto attorno a Mussolini e al regime come non mai, in una sorte di esaltazione e di entusiasmo collettivi, crescenti via via che le vittorie militari e le difficoltà nelle quali si dibattevano la Società delle Nazioni e i governi di Londra e Parigi davano esca all'esaltazione patriottica e all'orgoglio nazionale» (616).

azioni e, come già in quella, il confine fra la sua volontà, i suoi propositi, e il cospirare delle circostanze, delle occasioni, si fa incerto, labile, sfuggente. Flaiano, nato nel 1910, cresciuto con il fascismo, partecipa alla guerra d'Etiopia e *Tempo di uccidere* è pubblicato nel 1947. Da quella guerra e dalla catastrofe europea della prima metà degli anni Quaranta egli trae – questo appare nel suo romanzo – un senso vissuto di irrealtà, che proviene sì dalla tragedia delle nazioni in guerra, ma un senso che si installa nell'interiorità dell'individuo.

Il tenente del romanzo di Flaiano si convince di aver contratto la lebbra e che sia stata Mariam a trasmettergliela. Vive giorni di angoscia, fra disperazione e frammenti di speranza, sballottato da sensazioni o da allucinazioni, da progetti di fuga per sottrarsi ad un destino di intoccabile, di lebbroso isolato dalla società. Il male si impadronisce di lui, lo domina, dirige i suoi pensieri e le sue azioni e, benché per un verso esso provenga dall'esterno, da un mondo di fuori, coincide anche, per l'altro, con un sé del protagonista, un altro sé che lo agisce e lo sdoppia, che si nasconde nelle pieghe della sua coscienza. Il tenente di *Tempo di uccidere* vorrebbe seguire una condotta razionale, razionale anche per la allucinata coscienza dell'individuo che si sente braccato, ricercato dai carabinieri, e che si concentra perciò nello sforzo di sfuggire all'accerchiamento. Il sesto e penultimo capitolo del romanzo si apre con il protagonista ancora attivamente impegnato contro «la certezza che era ormai vano lottare contro un destino che m'aveva già colpito a morte»[18], ma la sua è una «futile energia»[19]. Ripensando a Mariam egli ormai riconosce di aver agito solo per sé, per «restar solo»[20], per disfarsi dell'incomodo di un'indigena da lui gravemente ferita. E Mariam lo ha però ripagato, trascinandolo nella sua solitudine, nella condizione di intoccabile. Ora egli può misurare la distanza, l'opposizione, persino, fra il modo di agire di Mariam e il suo. È il tempo che li divide, che li separa, un tempo vissuto in termini così divaricati, il tempo di chi *non ne ha* per «verificare un fenomeno già sufficientemente controllato dall'esperienza»[21] (il fenomeno, cioè, della letalità di una ferita al ventre); e il tempo di chi *ha tutto il tempo*, ne ha in misura indeterminata: non si sa quando e come la lebbra possa agire, se rapidamente divorando l'individuo contagiato o restando invece quiescente magari per vent'anni per poi manifestarsi improvvisamente.

Giunto infine nel villaggio che era stato di Mariam, ormai abitato solo dal vecchio Johannes, padre della donna, l'ufficiale continua a combattere dentro di sé la tentazione dell'accasciamento, della rinuncia, ma tutti i suoi sforzi sono

[18] E. Flaiano, *op. cit.*, 186 s.
[19] E. Flaiano, *op. cit.*, 187.
[20] E. Flaiano, *op. cit.*, 189.
[21] *Ibidem*.

vani ed egli sembra ormai definitivamente consegnato alla potenza terribile di quel luogo, senza più poter «vincere l'orrore della notte, quando il mondo sembrava rotolare nel buio e sotto di me sentivo l'inferno sgranchirsi negli urli delle fiere»[22]. È proprio Johannes, tuttavia, che cura le piaghe del protagonista, che iniziano a guarire. Non c'era stata, perciò, contaminazione, la lebbra non era che una creazione della fantasia? L'ultimo capitolo del romanzo porta il titolo *Punti oscuri*. Dopo la sua pubblicazione e la vittoria, nel 1947, della prima edizione del *Premio Strega*, la critica espresse giudizi severi sulla conclusione del romanzo che avrebbe tradito il suo tenore onirico, il suo ondeggiare in un'ambiguità che coincide con una condizione interiore e profonda di disorientamento esistenziale. L'avrebbe tradito con la banalità di una spiegazione razionale. Ora, è vero che in quelle pagine finali appare in bella vista l'ordine di una razionalità calcolante, enumerativa, che distingue e separa, che enuncia i punti oscuri e tenta ipotesi logiche per spiegarli. Ma le ipotesi restano tali, sono solo fantasmi del reale, tutt'altro che capaci di diradare l'indeterminatezza delle situazioni, delle circostanze, dei tempi. L'indagine sulle cause e sul rapporto fra queste e gli effetti precipita in «una partita a dadi, dove tutto è affidato al caso. Quale fu la prima disgraziata circostanza?»[23]. Anche la storia del protagonista, «come tutte le storie di questo mondo … sfugge a un'indagine»[24], a meno di voler ammettere che le «"disgraziate circostanze" ti seguivano perché facevano parte della tua persona. Obbedivano soltanto a te. Eri tu, insomma»[25]. La spiegazione razionale dichiara perciò la sua impotenza e il disegno della vita sfugge alla comprensione di chi la vive come se ne fosse agito, posseduto. Allo stesso tempo, però, il protagonista appare prigioniero di se stesso, preso da uno smarrimento profondo che coincide con le fibre più intime del suo essere. Il romanzo è perciò lontanissimo dall'esporre un qualche frammento di speranza suscitato dal clima nuovo, dal nuovo inizio della società italiana che, in quell'anno 1947, stava per assistere alla conclusione dei lavori dell'Assemblea costituente. Il clima antieroico e onirico del romanzo si oppone, vistosamente, ai toni trionfalistici dell'imperialismo fascista, ma – più segretamente – anche al clima post resistenziale che investiva sul nuovo ordine repubblicano antifascista. Certo, non apertamente contestandolo, ma esponendo i tratti di una condizione umana sfibrata e incapace di orientare le sue scelte secondo criteri di razionalità.

[22] E. Flaiano, *op. cit.*, 209.
[23] E. Flaiano, *op. cit.*, 265.
[24] *Ibidem*.
[25] *Ibidem*.

3. *Racconto d'inverno*

Racconto d'inverno parla di una prigionia, quella di soldati italiani, insieme ad ucraini e polacchi, in un campo di lavoro sulle Alpi austriache. L'autore, Oreste del Buono, aveva vissuto quell'esperienza e il romanzo esce alla fine del 1945. Il panorama esteriore, cui corrisponde quello dell'anima dei prigionieri – Tommaso e i suoi compagni – è di profonda desolazione. Il gelo, la neve, la luce che non scalda sono il segno di un inverno che morde il fisico ma al tempo stesso invade i cuori, si rapprende come stato dell'anima. La prigionia, il freddo, la sporcizia, il lavoro forzato, spossante, sono la quotidianità, la ripetizione giorno dopo giorno di una *routine* che odora di miseria e rassegnazione. Ci si sente presi in un meccanismo, «non possiamo pensare … ogni sera è uguale lo sconforto del giorno che verrà dopo, e non si può avere una speranza, fabbricarsela»[26]. In una drammatica, terribile scena, segnata dalla neve che scende fitta e dalla luce bianca, accecante e opprimente, Attilio si ferma davanti ad un crocifisso: «tra i suoi occhi e la croce cade la neve, ma l'ira travolge i gesti questo sordo furore che portiamo in noi»[27]. Attilio colpisce con una palla di neve il Cristo in croce, sfidandolo, «scendi da quella croce», grida, «e ti metto con la faccia nella neve, scendi dalla croce»[28]. Il crocifisso è «rattrappito nella sua carne di legno» e «li guarda, la neve sembra farina sul suo corpo smagrito»[29]. Anche Tommaso «guarda il crocifisso, quel volto di legno infarinato di neve, le sue labbra sottili e crudeli»[30].

Un odio gelido stagna nei cuori, è un odio rivolto contro se stessi che nasce dalla passività in cui si è confinati, una condizione che sottrae umanità e allarga la prigione assai oltre i confini del campo, poiché infine «siamo tutti prigionieri sulla terra»[31]. Tommaso pensa «di essere un burattino … e che mi abbiano tagliato qualche filo. C'è qualcosa di inerte in me, che non vuole muoversi»[32]. Lo smarrimento si allarga nei cuori di Tommaso e dei suoi compagni: lo smarrimento, non l'insensibilità, poiché resta in loro consapevolezza di essere uomini offesi, umiliati, e perciò anche feroci: «queste sono le nostre voci, cantiamo nel buio, è meglio non guardarci negli occhi. Siamo prigionieri della neve, del freddo, della miseria. Cantiamo, ma non è una difesa, è impotenza»[33]. È come se la prigionia allargasse e approfondisse lo smarrimento, che sembra non proveni-

[26] O. Del Buono, *Racconto d'inverno* (1945), Roma, 2019, 44.
[27] O. Del Buono, *op. cit.*, 50.
[28] *Ibidem*.
[29] *Ibidem*.
[30] *Ibidem*.
[31] O. Del Buono, *op. cit.*, 94.
[32] O. Del Buono, *op. cit.*, 65.
[33] O. Del Buono, *op. cit.*, 68.

re più dalla condizione di internato nel campo ma già dalle proprie esistenze prima della cattura. Perciò, «se qualcuno pensa, ricorda, gli sembra d'improvviso d'essersi fatto la prigione da solo, giorno per giorno, con le menzogne, la vergogna, le offese patite; si arriva a non sopportare più il proprio silenzio, la propria inerzia»[34]. Sono parole da cui traspare un nesso tra memoria e dolore che proviene dalla condizione in cui l'individuo si è trovato a vivere in società, fra falsità, inerzia, opportunismo, vergogna.

Lo smarrimento è pertanto certamente installato nell'individualità ma le sue cause nascono in un'organizzazione sociale modellata sull'ipocrisia, sulla violenza, sul falso. Così, non porta sollievo pensare a casa, ai propri cari, il ricordo è solo illusione e non genera la nostalgia e sia pure la sofferenza calda che viene dalla mancanza, dal distacco. Genera invece, e moltiplica, ancora smarrimento, allarga il deserto dei cuori, come se non si fosse più capaci di riconoscere le immagini della propria vita. Ciascuno è confisso nel proprio isolamento e se anche «certe volte, prima di dormire, abbandoniamo noi stessi alle confidenze, alla memoria e alle immagini; in baracca proviamo il desiderio di parlarci, scambiamo parole. Sappiamo che è inutile, che siamo sempre soli, ciascuno in se stesso» anche se «consola tentare un colloquio, la fiducia umana che non possediamo»[35]. Poiché «il volto umano è senza salvezza»[36] e ciascuno, come prigioniero di se stesso, non è capace di un atto che avvicini, poiché è ancora l'odio «che scava tra noi, fra me e te, tra te e gli altri, perché non possiamo sopportare di ritrovare negli occhi degli altri il ricordo, il segno della nostra condanna»[37]. Anche nella storia di Tommaso con Kata, un'ucraina che lavora nelle cucine, non compare mai un tratto di autenticità e fra loro «tutto è fermo, il gesto … è un gesto preveduto, un atto senza stupore»[38].

Oreste del Buono, direttore negli anni Settanta di *Linus*, era nato nel 1923 e nel 1940, quando l'Italia entra in guerra, non ha che diciassette anni. Non si sentiva fascista «perché non ero bravo in ginnastica. Alle adunate sbagliavo sempre il passo»[39]. Nel febbraio di quell'anno compare una sua vignetta sul *Bertoldo*: quattro buffi ometti stanno impalati sul palco e un uomo in platea, rivolto ad una signora che gli siede accanto, commenta: «il coro non vuole

[34] O. Del Buono, *op. cit.*, 51.
[35] O. Del Buono, *op. cit.*, 27 s.
[36] O. Del Buono, *op. cit.*, 104.
[37] O. Del Buono, *op. cit.*, 147.
[38] O. Del Buono, *op. cit.*, 72.
[39] Così la sua testimonianza ne *La generazione degli anni difficili*, cit., 102. È qui che l'autore annota: «essere comunisti sul serio richiede una capacità di sperare e magari d'illudersi che io non possiedo, che la classe cui appartengo non possiede più da tempo. Non si può ridiventare ingenui: io non so sperare e neppure illudermi sulla natura umana» (114).

uscire di scena. Dice che vuole vedere tutto lo spettacolo». Tre anni dopo Oreste, appena ventenne, si arruola in marina con un tempismo incredibile, cioè il ventiquattro luglio 1943, e l'otto settembre è fatto prigioniero dai tedeschi. Nel campo di lavoro di Gerlopass prenderà drammaticamente le mosse la sua vita fuori dal coro. *Racconto d'inverno* non è però una testimonianza, un resoconto, ma un vero romanzo. L'autore ricorre ad un'espressività ruvida che denuncia l'insensatezza che proviene dalla guerra – sempre sullo sfondo nella vita del campo – e il tradimento di ogni speranza, di tutte le attese che appartenevano al mondo di ieri. Non esiste traccia di fiducia in una prospettiva di riscatto per una società segnata da conformismo e cinismo e si consolida invece una frattura con il passato, con le parole di un tempo, per esempio quelle che circolavano nelle pubblicazioni dei giovani universitari fascisti, sulle quali anche il giovanissimo OdB aveva scritto. Non sappiamo se il giovane del Buono risentì il clima esistenzialista di quegli anni ma il Tommaso di *Racconto d'inverno* non è, a mio parere, da accostare a Meursault. Tommaso e i suoi compagni di prigionia avvertono sì acutamente un male di vivere ma sono ricchi di emozioni, provano odio, rabbia, disperazione, il loro sfinimento è fisico e morale, la loro insicurezza, lo smarrimento che li domina, non è indifferenza ma assenza di un legame con il *milieu* umano, morale, culturale, sociale dell'Italia che li ha travolti con la guerra. Sembra di poter intravedere un'indistinzione fra l'epoca del ventennio e quella che l'aveva preceduta, come se in entrambe si stagli il tipo antropologico di Bonaventura Camposoldani, il protagonista de *Il guardaroba dell'eloquenza*. Certo, OdB nella sua vita, accanto all'attività di romanziere, giornalista e traduttore, si occupò di calcio, di letteratura gialla, di fumetto, come se in un mondo che gli appariva ancora e sempre più vocato alla farsa egli rivendicasse almeno il diritto a divertirsi.

4. *Il mondo è una prigione*

I temi che abbiamo incontrato nei romanzi di Flaiano e del Buono, le questioni affrontate dagli scritti di Colamarino, di Zangrandi, di Alfassio Grimaldi, tornano nel romanzo di Guglielmo Petroni. *Il mondo è una prigione*[40] è romanzo, certamente, e al tempo stesso testimonianza. Smarrimento, fragilità, crisi, sfiducia, insufficienza di una comprensione affidata ai soli strumenti di una razionalità arida e presuntuosa, diffidenza nei confronti degli entusiasmi e delle illusioni di molti, infine una riflessione molto profonda sulla *memoria*, individuale e collettiva, sul rapporto fra un suo aspetto meccanico e fuorviante, e invece il suo trasformarsi in *ricordo*, che richiede impegno, coraggio, tensione

[40] G. Petroni, *Il mondo è una prigione* (1945), Roma, 2020.

morale, e che è perciò virtuoso: è come se nelle parole di Petroni sia possibile trovare un antidoto allo smarrimento e alla sfiducia, non respingendo fragilità e crisi del proprio mondo interiore e di quello sociale, ma partendo da esse e cercando dentro di sé energie sufficienti per investire ancora nello scambio, nel dialogo con gli altri.

Petroni è arrestato ai primi di maggio del 1944, condotto a via Tasso, picchiato, internato in una cella stretta e lurida, buia, insieme ad altri compagni dai volti bianchi, trasparenti, tutti prigionieri dell'inesorabile lentezza del tempo. Viene trasferito a Regina Coeli e vive, insieme agli altri prigionieri politici, lo stillicidio dei giorni sempre aperto all'esito della fucilazione, e invece esce di prigione a seguito della ritirata dei tedeschi e dell'arrivo degli Alleati a Roma. Dopo essere tornato a Lucca, la sua città, Petroni si sente «vecchio di tutti i secoli … oppresso, ero, incatenato dalla mia civiltà»[41]. Perché lo assale un «crudo fastidio del mondo»[42]? Torniamo a Roma e al momento dell'apertura dei cancelli di Regina Coeli. Il nostro avverte uno smarrimento spirituale, un rammarico. Perché non si sente felice, libero, e sente invece il fastidio di tornare fra gli uomini e l'attrazione per i giorni di prigionia? Nascono le domande: «la prigione, la libertà, non sono vera prigione, vera libertà? È forse il mondo stesso una prigione? Siamo forse noi stessi la nostra prigione, oppure è soltanto in noi la nostra libertà? Gli altri son forse la tua prigione? Una prigione che potrai amare forse, come ora ami quella concreta che lasci dietro te con questo oscuro rimpianto?»[43]. Si noti che, subito dopo, l'autore scrive che solo più tardi riuscì a comprendere che «tutti i miei ragionamenti erano vani, che certe verità dell'animo nostro hanno un senso che viene profanato inutilmente ogni volta che vogliamo snudarlo del suo mistero»; e che «da quel giorno mi sentii più vicino agli altri … mi avvicinai di più a chi soffriva nel mondo sconvolto dalla guerra, e non dalla guerra soltanto»[44].

Come nel libro di Flaiano, perciò, anche ne *Il mondo è una prigione* la pretesa della razionalità, l'esigenza della certezza, sono considerate inconcludenti e pretestuose. La potenza delle emozioni, come quella avvertita da Petroni uscendo da Regina Coeli, non può essere ricondotta all'ordine arido della articolazione razionale del discorso ed è vano lo sforzo di cercare un senso che sveli le ragioni vere del disorientamento dell'uomo appena uscito di prigione.

[41] G. Petroni, *op. cit.*, 19.

[42] G. Petroni, *op. cit.*, 21.

[43] G. Petroni, *op. cit.*, 22 s. Anche nel romanzo di del Buono avevamo incontrato l'ipotesi che tutto il mondo fosse prigione, che tutti fossero prigionieri dell'odio rivolto contro se stessi, dall'oscuro sentimento di passività e dalla incapacità di trovare le vie per stare in relazione con altri.

[44] *Ibidem*.

Quel che accade, però, è che Petroni può infine sentirsi più vicino agli altri proprio da quel giorno, in cui aveva avvertito la difficoltà di tornare nel mondo degli uomini, proprio in quel momento e a partire dalla intensità dei sentimenti provati nel confronto fra il mondo umano vissuto in prigione e quello di fuori. Si tratta di una contraddizione produttiva, di una discordanza che sarebbe inutile, anzi fuorviante, ricomporre con il ragionamento. Una discordanza che tuttavia avviene, ma non è risolutiva, convive con «quel fastidio di esistere, quella noia di convivere [che] a varie riprese m'assaliva quando meno vi pensavo»[45].

È possibile, seguendo il viaggio di Petroni da Roma a Lucca, registrare le esperienze attraversate dall'autore che percorre un territorio naturale ed umano devastato. Arriva in Toscana, «la terra del maestoso egoismo rinascimentale, la terra degli uomini ai quali brilla nell'occhio troppo intelligente l'indifferenza e la passione di se stessi: ogni uomo è un mondo insormontabile, ha già tutto con sé»[46]. Il viandante non trova nessuno disposto a cedergli un pezzo di pane, attraversa la campagna e, nella notte di Natale, vive fino in fondo la diffidenza, l'ostilità, la dura rabbia ostentata contro di lui, sfinito dalla fatica: «quelli non mossero una mano, non fecero un passo verso di me»[47]. Gli viene offerto come ricovero per la notte, e difesa dal freddo intenso, previo sequestro cautelativo della carta di identità, una specie di tana scavata nella terra dove infine si sente ridotto ad animale selvatico. Davvero qui il mondo di fuori si presenta così terribile e le persone che lo popolano talmente estranee, nemiche, insensibili, da far rimpiangere e avere nostalgia del mondo dietro le sbarre. A Pisa, sul Lungarno, ha l'impressione che, assieme ad una parte della vecchia città, sia franata anche l'anima degli uomini, non restano che frammenti, come nella sua vita. Eppure qualcosa resta ed è la facoltà della memoria, «la sapienza e l'esperienza … rimangono le immagini, le storie, lo spirito delle opere, che difficilmente è sopraffatto»[48]. Infine, arriva a Lucca, si avvicina alla città, miracolosamente ancora in piedi, e si sente «come se cadessi da un'altezza mai conosciuta prima, nelle placide acque del lago della mia infanzia»[49].

Petroni scopre, come altri scrittori prima di lui, il tempo misurato dall'animo umano, così diverso dal *clock time*. Fino ad allora, tornando nella sua Lucca, tutto gli era apparso sempre uguale, ora invece le cose gli appaiono «come se le avessi abbandonate in un'altra età»[50]. Inizia perciò a capire che la ricerca delle risposte suppone di guardare sia dentro che fuori di sé, esplo-

[45] G. Petroni, *op. cit.*, 23.
[46] G. Petroni, *op. cit.*, 27 s.
[47] G. Petroni, *op. cit.*, 33.
[48] G. Petroni, *op. cit.*, 37.
[49] G. Petroni, *op. cit.*, 38.
[50] G. Petroni, *op. cit.*, 39.

rando i propri sentimenti intimi e quel che riesce a cogliere degli uomini e delle cose; e che la ricerca non deve pretendere di acquisire una conoscenza obiettiva e invece indirizzarsi verso ciò che è giusto, verso una giustizia che coincide con un cammino faticoso. Per esempio, incontra Mario, suo vecchio amico, lo trova inquieto e pieno di rivolta, una rivolta che suppone speranza. Appare così il senso di una poetica che non si consegna intellettualisticamente ad un'indifferenza di maniera esistenzialista, che all'opposto vive emozioni e ideali legati alla concretezza della situazione sociale, politica, morale italiana; una poetica che, però, non investe sui significati derivati dalla Resistenza o dal nuovo quadro politico che era già in formazione sulle ceneri del fascismo e sulle macerie della guerra. È una poetica che, come detto, investe sulla memoria, che è individuale e collettiva. I suoi sentimenti, scrive l'autore, non sono solo suoi ma appartengono alla sua generazione – Petroni era nato nel 1911 – a coloro che non solo hanno sofferto la guerra ma la cui «gioventù … fu chiusa in una corazza inesorabile e falsamente decorata, anche per quelli che d'istinto cercarono sempre di sormontarla per vedere oltre»[51].

Inizia così un'opera di scavo che, lo dicevamo, è rivolta verso la propria intimità e verso l'esterno. L'autore ricorda che già nei giochi e persino nelle risse dei ragazzi poveri, ed egli fra quelli, poteva apparire la morale di una vita civile, contrapposta alla vita del bambino alle prese con il giocattolo solitario[52]. Sorge dapprima, in quei ragazzi, «l'oscuro sentimento che molte cose ci fossero negate»[53], poi la guerra, il venticinque luglio, l'otto settembre, l'impegno concreto nell'azione rischiosa, un'azione alla quale difficilmente si rendevano disponibili gli «scalmanati della politica»[54], nei confronti dei quali affiora e si consolida la diffidenza. Riflettendo su quei giorni, e poi su quelli della prigionia e della liberazione, Petroni avverte che il suo travaglio, la sua rivolta interiore, che pensava solo sua, aveva invece «un significato che lo legava alla vita degli altri»[55], un significato che, per quelli della sua generazione, era filtrato attraverso le sofferenze ed i disastri della prima metà degli anni Quaranta. Lo smarrimento che veniva da quelle terribili esperienze non poteva però essere affrontato cercando nelle parole degli altri, nelle parole della politica e perciò fuori di sé ma partendo dal «fondo della propria anima, della propria cultura,

[51] G. Petroni, *op. cit.*, 51.

[52] Il tema dei giochi di ragazzo tornerà nel romanzo con il quale, nel 1974, Petroni vincerà il Premio Strega, cioè *La morte del fiume*, di cui brevemente si dirà fra poco.

[53] G. Petroni, *op. cit.*, 52.

[54] G. Petroni, *op. cit.*, 54.

[55] G. Petroni, *op. cit.*, 114.

dell'esperienza che in ognuno di noi rappresenta il sentimento secolare della tradizione e della nostra storia»[56].

Ora, l'impegno verso se stessi e verso gli altri, lo scavo interiore e l'anelito verso la giustizia, presuppongono onestà dello sguardo. Nel 1945 era molto ampio il margine che ciascuno concedeva alle illusioni ma quando nel 1960 Petroni aggiunge una *Nota* al suo libro sottolinea che era necessario, da subito, «ricordare cosa ereditavamo; occorreva saper distogliere gli occhi dalle piazze, pur senza ignorarle»[57]. Senonché, il suo libro fatica ad essere pubblicato, vengono le accuse di disfattismo, l'autore scopre che la sua Resistenza non è quella dell'editore. Il clima, anche fra i suoi amici, è saturo di illusioni e teorie e Petroni sente il peso dell'incomprensione. La *Nota* del 1960 è densa di riflessioni profonde, di annotazioni preziose che meriterebbero di essere meditate a fondo e che non possiamo esplorare qui. Vale ancora soffermarsi un momento sul rifiuto che l'autore oppone alle illusioni, rifiuto che si lega all'indagine sul passato. Chi cerca nella memoria, individuale e collettiva, rischia di trovare ciò che non è stato, per aver detto a se stesso, consapevolmente o non, cose non vere. «C'è chi ha tramutato la propria realtà passata in un mito e, se lo ricerca, si perde. Gli uomini temono il proprio avvenire, ma è del passato che debbono aver paura. Se non lo sanno ritrovare in tutta la sua realtà, non trovano se stessi, ed il loro avvenire è l'incognito»[58]. È problematico il rapporto fra la realtà di ciò che è stato e l'immagine che ciascuno ne porta con sé. È appunto questa problematicità che si tratta di affrontare, sventando l'insidia di un meccanismo della memoria piegato *ad usum delphini*, ed esercitando invece la facoltà del ricordo, che può snervare, addolorare, ma che sola ci permette di compiere la nostra umanità.

[56] G. Petroni, *op. cit.*, 143 s.

[57] G. Petroni, *op. cit.*, 146.

[58] G. Petroni, *La morte del fiume*, Milano, 1974, 90. Similmente, con il suo lessico e per il mondo contadino di Molise, aveva scritto F. Jovine, *L'impero in provincia. Cronache italiane dei tempi moderni* (1945), Torino, 1981, 3: «Se qualcuno mai ritorni nella terra dei padri troverà scritto tra le pietre e la gramigna, il grido dei morti e il pianto dei vivi, lontani. Ma c'è un tempo più remoto da cui nacque il nostro presente dolore che le case crollate e la campagna morta non potrebbero narrare».

Giuseppe Chiara[*]

LE DECLINAZIONI APPLICATIVE DELLA LAICITÀ DELLO STATO NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La laicità nella giurisprudenza costituzionale più risalente. – 3. La laicità e l'ostensione del Crocifisso nelle aule scolastiche: continuità e discontinuità della giurisprudenza di legittimità più recente con gli orientamenti della Consulta. – 4. La laicità in ambito penale: il caso del favoreggiamento della prostituzione.

1. *Introduzione*

La laicità sconta tutt'oggi una certa «inafferrabilità» concettuale[1] e occupa, conseguentemente, un perimetro applicativo dai contorni molto sfumati, intercettando moltissimi ambiti espressivi della libertà degli individui *uti singuli*, oltre che della loro dimensione relazionale. Obiezione di coscienza; uso dei simboli religiosi nello spazio pubblico; dilemmi di varia natura su inizio e fine vita, ma l'elencazione potrebbe proseguire, costituiscono soltanto alcuni degli ambiti in cui si fronteggiano, in nome della laicità dell'ordinamento preso in esame volta per volta, visioni profondamente diverse della libertà dei singoli e della stessa vita umana, interpellando scelte essenziali in settori nevralgici del tessuto sociale, nei quali la latitanza del legislatore è stata spesso colmata dall'attivismo giudiziale e dal ruolo, sostanzialmente fondativo in materia, della Corte costituzionale[2].

La laicità si pone quindi al punto di confluenza tra i diritti di libertà (in specie, ma non solo, religiosa), assunti in una prospettiva soggettiva, e la configurazione della struttura di una società idonea a porre le premesse per il pieno dispiegarsi di quelle libertà.

Procedendo solo per cenni in merito a tematiche che meriterebbero ben altro approfondimento, può solo accennarsi, per marcarne la differenza rispetto agli assetti ordinamentali attuali, alla concezione della laicità dello Sta-

[*] Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania.

[1] Cfr., in tal senso, le osservazioni svolte da S. PRISCO, *La laicità e i suoi contesti storici. Modelli socio-culturali e realtà istituzionale a confronto*, in ID., *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino 2009, 2 ss., che propone un relativismo critico e dialogico, realisticamente sensibile, seppure in modo non oltranzista, alle tradizioni culturali dei vari Paesi; ID., *Laicità (ad vocem)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. IV, Milano, 2006, 3335 ss.

[2] Cfr., per tutti, A. BARBERA, *Laicità. Alle radici dell'occidente*, Bologna 2023, par. 1.4 del Capitolo terzo, ma *passim.*

to borghese ottocentesco, radicata sull'idea di una separazione, peraltro non unanimemente condivisa[3], tra lo Stato e la società stessa. Nel primo, le leve del governo non potevano spettare che ai soli «sapienti», che avrebbero manifestato lo spirito e le idee a-religiose (se non antireligiose) prevalenti in quell'epoca[4]; nella seconda, il riconoscimento, pur cospicuo, delle libertà (*ivi* compresa quella di credere o di non credere) non poteva spingersi fino a influenzare l'organizzazione dello Stato e, in primo luogo, il suo ordine normativo[5].

Sul diverso, seppure collegato, piano relativo ai rapporti tra la dimensione giuridica e quella morale, si può ricordare che autorevolissima dottrina liberale tendeva a mantenere nettamente distinti tali ambiti. Pur ammettendo che il diritto, sia esso quello oggettivo, che quello soggettivo, debba, quanto più possibile, conformarsi alla morale o almeno non distaccarsi da essa, tale dottrina confinava questo esito, per certi ordinamenti (in particolare, per quello dello Stato e della Chiesa), tra le esigenze pratiche, ma non concettuali, sicché «il diritto per dir così immorale o ingiusto non è meno diritto di quello morale» e il carattere antigiuridico di una determina manifestazione deriverebbe «non

[3] Come osserva N. Raponi, *Cattolicesimo liberale e cattolicesimo democratico*, in *Laicità, problemi e prospettive*, *Atti del XLVII corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica*, Milano, 1977, 163 ss., in specie 167 ss., infatti, non pochi esponenti del mondo cattolico (Manzoni, Rosmini, Gioberti, solo per limitarci al periodo immediatamente pre e post unitario) si sforzarono di mostrare la non inconciliabilità del messaggio cristiano con la trasformazione della società operata a partire dalla rivoluzione francese e ad accordare una teologia che privilegiava il principio di autorità con una spiritualità basata sulla libertà e responsabilità personale dei laici.

[4] In tal senso, U. Pototschnig, *La laicità dello Stato*, in *Laicità, problemi e prospettive*, cit., 270, rileva come agnosticismo, o indifferentismo, dello Stato in materia religiosa, intesi come totale indifferenza dello Stato rispetto a qualsiasi fenomeno religioso, e separatismo, qualificato come assoluta e netta separazione tra trono e altare, in un regime di libertà reciproca dei due poteri e quindi «in una partizione assoluta delle rispettive sfere di sovranità» hanno caratterizzato, con alterne vicende, tutta la storia italiana dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa fin dall'Unità e per vari decenni a seguire. Per un'analisi diffusa delle varie posizioni espresse dalla cultura laica post-unitaria cfr. P. Scoppola, *Laicismo borghese e laicismo operaio nell'Italia unita*, in *Laicità, problemi e prospettive.*, cit., 141 ss.

[5] Cfr. A.C. Jemolo, *Chiesa e Stato in Italia. Dalla unificazione a Giovanni XXIII*, Torino, 1965, 12, che già nelle prime pagine del suo lavoro evidenzia come nella politica ecclesiastica del Piemonte, ben prima dell'Unità d'Italia, «si erano inseriti i principi dello Stato moderno, che in nessun ambito riconosce potestà superiori a sé; che può e deve autolimitarsi per rispetto alla libertà dei cittadini, ma non può trovare limiti legali al proprio potere; che non è legato ad alcuna confessione religiosa; ha un proprio codice etico (che per gli Stati formatisi in una civiltà cristiana collima nella più gran parte con i precetti dell'etica cristiana), ma considera buon cittadino chi ad esso si adegua, disinteressandosi sull'avere egli o meno fede religiosa». Su queste premesse, l'A. svolge un'analisi attenta delle vicende e, soprattutto, del dibattito politico e culturale che si svolse in Italia negli anni dell'Unità e in quelli successivi.

dalla forza della morale, ma dalla forza propria del diritto che ciò stabilisce, ma potrebbe anche non stabilire»[6].

Guardando agli esiti più recenti, e tentando una ricostruzione della nozione di laicità alla luce del dettato costituzionale, gli assetti fugacemente ricordati sembrano aver subito profonde trasformazioni, attenuando notevolmente i tratti di indifferenza, se non di ostilità, dell'ordinamento statuale nei confronti del fenomeno religioso, diffusi in epoche precedenti[7].

La Costituzione repubblicana, infatti, non può dirsi descriva uno Stato agnostico: essa non ignora per nulla il fenomeno religioso che, al contrario, risulta riconosciuto e tutelato, in termini generali, per mezzo delle norme sulla libertà religiosa e sull'eguale libertà davanti alla legge di tutte le confessioni e, in particolare, attraverso il riconoscimento esplicito della Chiesa cattolica, il richiamo ai Patti lateranensi ed il rinvio a specifiche intese per la disciplina dei rapporti con le altre confessioni[8].

Ciò detto, si rimane comunque ben distanti da una ricostruzione «in positivo» della nozione e, soprattutto, delle declinazioni applicative della laicità, sulla quale la Carta fondamentale tace, ma che, in età repubblicana, ha permeato di sé interi settori della vita sociale, grazie agli interventi definitori offerti dalla Corte costituzionale. Questa – come si avrà modo di verificare – ha impresso alla laicità un intrinseco carattere dinamico, nella cornice di un frequente e

[6] Così S. Romano, *Diritto e morale*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, a cura di M. Croce, M. Goldoni, Macerata, 2022, 97 ss., prendendo le distanze da G. Capograssi, che invece afferma (ma in sede filosofica, dalla quale, secondo Romano, il giurista può prescindere) il principio secondo cui ogni ordinamento «si realizza in quanto si riporta a un principio costitutivo dell'azione», il quale ben può stare fuori di un determinato diritto positivo» (94). Su queste premesse, l'A. perviene alla conclusione secondo cui anche la «società dei ladroni», ove considerata sotto il versante intrinseco della sua stessa struttura e non da quello delle leggi statali che ne reprimono le condotte come illecite, è da qualificare come ente giuridico. Al termine della sua analisi, Romano avverte peraltro l'esigenza di precisare che le sue osservazioni vanno riferite esclusivamente al diritto positivo.

[7] In argomento cfr. le perspicue osservazioni di U. Pototschnig, *op. cit.*, 269, secondo cui lo Stato laico conserva oggi ben poco di quel carattere non solo di anticlericalismo, ma anche di antireligiosità proprio di altri tempi. Su questi ultimi fattori, cfr. anche C. Cardia, *VI. Stato laico*, in *Enc. Dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, 874 ss., in specie 881 ss.

[8] Riferimenti più ampi, in argomento, si rinvengono in U. Pototschnig, *op. cit.*, 272, il quale esclude, altresì, che la nostra Carta fondamentale abbia accolto una visione rigorosamente separatista dello Stato, se per separatismo intendiamo, come storicamente è sempre avvenuto, il rapporto tra Stato e Chiesa nel quale alla seconda si applica la disciplina del diritto comune e nel quale gli istituti ecclesiastici sono inquadrati fra gli enti privati, elementi che, già *ictu oculi*, non si danno nel nostro ordinamento, che affida la disciplina di tale rapporto ad uno strumento di diritto internazionale e quella delle relazioni con le altre confessioni alle intese, del tutto estranee al diritto comune.

diuturno rapporto con la giurisdizione ordinaria e con quella amministrativa, che non sempre si sono mosse nella medesima direzione.

2. *La laicità nella giurisprudenza costituzionale più risalente*

Con la sent. n. 203 del 1989 la Corte costituzionale ha tracciato, al di là del lungo itinerario giurisprudenziale che aveva consentito di individuare alcuni tratti della laicità in riferimento a specifici aspetti della vita sociale, pur di grande impatto sull'opinione pubblica, le linee maestre dello stesso concetto di laicità[9].

Quest'ultima, ricavata dalla stessa Consulta richiamando gli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 Cost., è stata elevata a principio supremo dell'ordinamento costituzionale, «uno dei profili della forma di Stato delineata dalla Carta costituzionale della Repubblica»[10], offrendo al contempo una qualificazione della stessa laicità in termini "positivi", in forza della quale il fenomeno religioso non risulta circoscritto nella dimensione del semplice "privato".

In tale direzione, la Corte ha proposto una valutazione favorevole nei confronti del fenomeno religioso, che ammette interventi a supporto delle attività religiose, in quanto espressione di interessi dei cittadini meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico[11]. Notissime, a questo riguardo, le formule secondo cui il principio di laicità «implica non indifferenza dello Stato dinnanzi alle religioni, ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale»; e ciò in quanto «l'attitudine laica dello Stato-comunità […] risponde non a postulati ideologizzati ed astratti di estraneità, ostilità o confessione dello Stato-persona o dei suoi

[9] Su tale pronuncia, in dottrina, cfr., *ex multis*, L. Musselli, *Insegnamento della religione cattolica e tutela della libertà religiosa*, in *Giur. cost.*, I, 1989, 908 ss.; G. Floridia, S. Sicardi, *Dall'eguaglianza dei cittadini alla laicità dello Stato*, *ivi*, n. 6/1989, 1086 ss.; per la collocazione della sentenza nella cornice offerta dalla giurisprudenza costituzionale, cfr., per tutti, N. Colaianni, *Trent'anni di laicità. (Rileggendo la sentenza n. 203 del 1989 e la successiva giurisprudenza costituzionale)*, in *Stato, Chiese e plur. conf.*, n. 21/2020, 52 ss. Sulla nozione di laicità positiva cfr., per tutti, G. Dalla Torre, *Sana laicità o laicità positiva?*, in *Stato, Chiese e plur. conf.*, n. 34/2012, 1 ss.

[10] Così sent. n. 203 del 1989, punto 4 del *Considerato in diritto*. Sull'ampio dibattito innescato in dottrina dalla declinazione della laicità come principio supremo del nostro ordinamento, cfr., *ex multis*, S. Ceccanti, *Laicità e istituzioni democratiche*, in *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, a cura di G. Boniolo, Torino, 2006, 27 ss.

[11] Manifestano perplessità su tale indirizzo, tra gli altri, G. Casuscelli, *Le laicità e le democrazie: la laicità della "Repubblica democratica" secondo la Costituzione italiana*, in *Quad. di diritto e pol. eccl.*, n. 1/2007, 169 ss.; F. Alicino, *La disciplina giuridica delle minoranze religiose (escluse). Le diseconomie esterne del* favor religionis, in *Stato, Chiese e plur. conf.*, n. 13/2021,19 ss.

gruppi dirigenti, rispetto alla religione o ad un particolare credo, ma si pone a servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa del cittadino»[12].

La pronuncia in oggetto coglieva pure l'intima correlazione tra laicità e divieto di discriminazione, nonché tra la prima e la libertà di coscienza (nella sua specificazione religiosa, ma non solo), da intendersi come declinazione concreta dell'idea universale della dignità della persona umana, che circonda i diritti *ex* artt. 21 e 19 Cost. e per questo meritevole di una tutela particolarmente significativa nel sistema costituzionale, a fronte di possibili lesioni poste in essere, direttamente o indirettamente, dalla stessa disciplina primaria[13].

L'impegno ad offrire pari tutela alla coscienza di ogni soggetto che si riconosca in una fede, indipendentemente dalla confessione di appartenenza, si può rinvenire, altresì, nella sent. n. 440 del 1995, riferita al reato di bestemmia, nella quale, dopo aver affermato che «la nozione di "religione di Stato" […] [risulta] […] incompatibile con il principio costituzionale fondamentale di laicità dello Stato», si è dichiarato incostituzionale l'art. 724 c.p. in quanto contenente una discriminazione tra la bestemmia rivolta alla religione di Stato e quella rivolta ad altri culti, così differenziando «la tutela penale del sentimento religioso individuale a seconda della fede professata». Rimaneva preservato, peraltro, il reato di bestemmia contro la Divinità, scorporandola da quella riferita a simboli o persone della religione di Stato, «indipendentemente dalla riconducibilità della Divinità stessa a questa o a quella religione» e così «proteggendo già ora dalle invettive e dalle espressioni oltraggiose tutti i credenti e tutte le fedi religiose, senza distinzioni e discriminazioni, nell'ambito – beninteso – del concetto di buon costume». Così ampliata e non limitata ad una sola fede religiosa, la fattispecie penale si sarebbe sottratta alla censura di incostituzionalità, proteggendo «un bene che è comune a tutte le religioni che caratterizzano oggi la nostra comunità nazionale, nella quale hanno da convivere fedi, culture e tradizioni diverse»[14].

Risulta rilevabile ancora una volta l'attenzione prestata dalla giurisprudenza costituzionale italiana per il fenomeno religioso, che è riconosciuto meritevole di tutela pure sul versante penale, in una cornice ordinamentale segnata

[12] Cfr. sent. n. 203 del 1989, punti 4 e 7 del *Considerato in diritto*.

[13] La specifica attenzione nei confronti della libertà di coscienza ha connotato anche la sent. n. 13 del 1991, nella quale il riconoscimento dell'insegnamento religioso cattolico nelle scuole pubbliche come «manifestazione» del principio di laicità (in quanto proprio la laicità in termini "positivi" accolta dal giudice delle leggi ammette l'insegnamento religioso nella scuola pubblica) si correla alla tutela della posizione dei non avvalentesi, a presidio della scelta di coscienza manifestata da costoro in ordine alla fruizione o meno di questo insegnamento.

[14] Le citazioni sono tratte dai punti 3.3 e 3.4 del *Considerato in diritto*.

dal pluralismo confessionale e dall'irrilevanza del criterio numerico (o di quello sociologico) nelle valutazioni costituzionali dell'eguaglianza di religione[15].

Negli anni novanta del secolo scorso si assistette ad un ulteriore arricchimento delle forme di declinazione della laicità: la non rilevanza (pur con l'eccezione di cui si parlerà tra poco nel testo) del criterio numerico nelle valutazioni costituzionali delle confessioni religiose, dato che in altre sentenze veniva esteso anche al criterio sociologico[16], facendo appello, tra l'altro, alla indivisibilità del sentimento religioso[17] e all'atteggiamento di equidistanza e imparzialità dello Stato nei confronti delle stesse confessioni[18].

[15] In argomento, cfr. S. SICARDI, *Il principio di laicità nella giurisprudenza della Corte costituzionale (e rispetto alle posizioni dei giudici comuni)*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 25 novembre 2006, 3, il quale, in riferimento all'indirizzo della Corte, osserva come «Si tratt[i] di una risposta […] non configgente con le tendenze prevalenti nel *milieu* italiano, che miravano ormai da tempo ad un aggiornamento/trasformazione della prospettiva pattizia, non quindi più da intendersi in un'ottica duramente discriminante e di drastico privilegio di una confessione – come era avvenuto nel periodo pre-repubblicano e nei primi decenni dopo il 1948 –, ma in chiave democratico-pluralistica»; sull'ampliamento prodotto dalla Corte all'area del penalmente rilevante, con il rischio di infrangere il principio di legalità in materia penale, cfr. M. D'AMICO, *Una nuova figura di reato: la bestemmia contro la «Divinità» (nota alla sent. n. 440/1995)*, in *Giur. cost.*, 1995, 3487 ss.

[16] In un primo momento, infatti, la Corte aveva offerto rilievo al criterio quantitativo (con conseguente preminenza del cattolicesimo in quanto religione della quasi totalità dei cittadini (cfr., ad es., le sentt. n. 125 del 1957; n. 79 del 1958; n. 14 del 1973), criterio comunque successivamente dismesso (cfr., *ex multis*, le sentt. n. 925 del 1988 e n. 440 del 1995).

[17] Anche in questo caso, peraltro, in un primo momento la Consulta aveva preso in considerazione la maggiore vastità e intensità delle reazioni sociali suscitate dalle offese (cfr., *ex multis*, sentt. n. 79 del 1958; n. 39 del 1965; n. 14 del 1973). Il mutamento di prospettiva è ben evidente, ad es., nella sent. n. 329 del 1997, punti 2 e 3 del *Considerato in diritto*, in cui si afferma che «il richiamo alla cosiddetta coscienza sociale, se può valere come argomento di apprezzamento delle scelte del legislatore sotto il profilo della loro ragionevolezza, è viceversa vietato là dove la Costituzione, nell'art. 3, comma 1, stabilisce espressamente il divieto di discipline differenziate in base a determinati elementi distintivi, tra i quali sta per l'appunto la religione […] La protezione del sentimento religioso, quale aspetto del diritto costituzionale di libertà religiosa, non è divisibile. Ogni violazione della coscienza religiosa è sempre violazione di quel bene e di quel diritto nella sua interezza e tale, dunque, da riguardare tutti allo stesso modo, indipendentemente dalla confessione religiosa».

[18] Cfr., ad es., la sent. n. 508 del 2000, dove l'equidistanza e l'imparzialità dello Stato nei confronti delle confessioni religiose si giustifica in forza della «pari protezione della coscienza di ciascuna persona che si riconosce in una fede, quale che sia la confessione di appartenenza» (punto 3 del *Considerato in diritto*).

Proprio alla laicità declinata come pluralismo fondato sull'equidistanza e sull'imparzialità e come momento di emersione dell'esigenza costituzionale di pari protezione del sentimento religioso, si correla la pronuncia di accoglimento in esame, in riferimento all'art. 402 c.p. (vilipendio alla religione di Stato). Secondo la Corte, infatti, se tale previsione si giustificava in un contesto politico-istituzionale profondamente diverso dall'attuale, nel quale la religione cattolica era assunta ad «elemento costitutivo della compagine statale e, come tale, formava oggetto di

Ancora nella medesima prospettiva si colloca l'attenzione della Consulta per la libertà di culto, «componente essenziale della libertà religiosa» e, in questa direzione, per la dimensione comunitaria del fenomeno religioso[19], da intendersi non in opposizione con quella individuale. Partendo dalla eguale libertà delle confessioni religiose, si è pervenuto alla garanzia dell'esercizio pubblico del culto professato, espressamente tutelato dall'art. 19 Cost., a favore di tutte le confessioni religiose (e non solo di quelle dotate di intesa[20]),

particolare protezione anche nell'interesse dello Stato», oggi, venuta meno quella prospettiva, alla luce degli artt. 3 e 8 Cost., lo Stato non può che assumere un atteggiamento di equidistanza ed imparzialità nei confronti di tutte le confessioni religiose, imponendosi la pari protezione della coscienza di ciascuna persona che si riconosc[a] in una fede, quale che sia la confessione di appartenenza», ferma restando la possibilità di rapporti bilaterali differenziati in base agli articoli 7 e 8 Cost. Su queste premesse, pur ribadendo che la laicità non si traduce in indifferenza o astensione dello Stato dinnanzi alle religioni, implicando piuttosto legittimi interventi legislativi a protezione della libertà di religione, la Consulta ha dichiarato illegittimo l'articolo 402 c.p., a motivo della riserva di legge in materia di reati e pene, che rende impossibili, in questi casi, le sentenze additive.

Nella successiva sent. n. 327 del 2002, il giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 405 c.p., in quanto stabiliva una pena diversa per il turbamento delle funzioni religiose di culto cattolico rispetto a quanto disposto per gli altri culti ammessi, pervenendo al pareggiamento della pena al livello più basso, in base a quanto sancito dall'art. 406 c.p.

In tempi più recenti, la sent. n. 168 del 2005 è pervenuta alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 403, commi 1 e 2, c.p., nella parte in cui prevedeva, per le offese alla religione cattolica mediante vilipendio di chi la professa o di un ministro del culto, una sanzione più grave di quella prevista per le medesime condotte in danno delle altre confessioni religiose.

Si è così completato il percorso di equiparazione dei reati contro la religione, avviato con la citata sent. n. 329 del 1997, che aveva dichiarato illegittimo l'art. 404, comma 1, c.p., ancora per violazione degli artt. 3, comma 1, e 8, comma 1, Cost., nella parte in cui prevedeva una pena più severa per l'offesa alla religione dello Stato mediante vilipendio di cose rispetto al trattamento sanzionatorio disposto, *ex* art. 406 c.p., nel caso dei delitti contro i culti ammessi dallo Stato.

[19] In questo ambito non sono mancate, peraltro, pronunce intese a individuare limiti stringenti alla dimensione comunitaria della libertà di culto, correlati sovente alla piena tutela della libertà di coscienza, posta su un piano di particolare rilievo rispetto ad altre istanze pur degne di presidio costituzionale. Cfr. in tal senso, ad es., la sent. n. 259 del 1990, che ha censurato la natura pubblicistica della personalità giuridica riconosciuta ad una determinata confessione (nel caso esaminato, le Comunità Israelitiche), i cui poteri avrebbero introdotto elementi di discriminazione e violato non soltanto l'autonomia statutaria della confessione, ma anche il principio di laicità dello Stato. La Corte ha rilevato il *vulnus* arrecato a quest'ultimo principio dal carattere pubblicistico delle Comunità Israelitiche «sia che si manifesti in una penetrante ingerenza nel modo di essere e nelle attività delle comunità, sia che si manifesti, reciprocamente, nell'attribuzione di poteri autoritativi che sono propri degli enti pubblici», compromettendo così la tutela della libertà di religione, in regime di pluralismo culturale e confessionale.

[20] Nella sent. n. 195 del 1993, il giudice delle leggi, con riguardo a fattispecie disciplinate da una regolamentazione non pattizia, ma unilaterale, rilevava l'inaccettabilità della difformità di trattamento tra confessioni religiose sulla base del dato offerto dall'intervenuta stipula di un'intesa o meno, dal momento che «il rispetto dei principi di libertà e uguaglianza […] va

in quanto «idonee a rappresentare gli interessi religiosi dei loro appartenenti»[21].

Con riguardo alla possibilità di beneficiare di contributi pubblici, è necessario rilevare, peraltro, come il giudice costituzionale abbia ammesso una diversità di trattamento in riferimento «alla entità della presenza nel territorio dell'una o dell'altra confessione», ritenendo tale criterio «del tutto logico e legittimo», non suscettibile di integrare «nemmeno *stricto sensu* una discriminazione, in quanto si limita a condizionare e a proporzionare l'intervento all'esistenza e all'entità dei bisogni al cui soddisfacimento l'intervento stesso è finalizzato»[22].

garantito non tanto in raffronto alle situazioni delle diverse confessioni religiose […], quanto in riferimento al medesimo diritto di tutti gli appartenenti alle diverse fedi e confessioni religiose di fruire delle eventuali facilitazioni disposte in via generale dalla disciplina comune dettata dallo Stato perché ciascuno possa in concreto più agevolmente esercitare il culto della propria fede religiosa» (punto 4 del *Considerato in diritto)*. Da ciò consegue che «qualsiasi discriminazione in danno dell'una o dell'altra parte religiosa è costituzionalmente inammissibile in quanto contrasta con il diritto di libertà e con il principio di uguaglianza» (punto 7 del *Considerato in diritto*).

[21] Le ultime due citazioni sono tratte dalla richiamata sent. n. 195 del 1993, punti 4 e 6 del *Considerato in diritto*, nella quale la Corte correla la tutela "in positivo" della libertà religiosa alla formulazione del comma 2 dell'art. 3 Cost. Nella successiva sent. n. 346 del 2002, in specie punti 2 e 3 del *Considerato in diritto*, essa ha ribadito tale indirizzo, appuntando l'attenzione sull'eguaglianza dei singoli nel godimento effettivo della libertà di culto «di cui l'eguale libertà delle confessioni di organizzarsi e di operare rappresenta la proiezione necessaria sul piano comunitario e sulla quale esercita una evidente, ancorché indiretta influenza la possibilità delle diverse confessioni di accedere a benefici economici» (punto 2 del *Considerato in diritto*) come quelli disposti da apposite normative, in specie regionali, rivolte alla destinazione di varie aree e alla erogazione di contributi in ambito urbanistico per assicurare quel servizio di interesse pubblico costituito dal servizio religioso. Quanto all'eventuale stipula di intese, anche in tale occasione la Consulta ha ribadito che esse sono strumenti relativi ad «aspetti che si collegano alle specificità delle singole confessioni o che richiedono deroghe al diritto comune: non sono e non possono essere, invece, una condizione imposta dai poteri pubblici alle confessioni per usufruire della libertà di organizzazione e di azione, […], né per usufruire di norme di favore riguardanti le confessioni religiose» (ancora punto 2 del *Considerato in diritto*).

[22] Cfr. ancora la sent. n. 195 del 1993, punto 4 del *Considerato in diritto*, la quale però – come sopra precisato – ha escluso che l'attribuzione di aree riservate e di contributi finanziari per la realizzazione di edifici di culto possa essere negata del tutto alle confessioni acattoliche che non avessero ancora stipulato l'intesa con lo Stato prevista dall'art. 8, comma 3, Cost., o che fossero prive dello statuto organizzativo di cui al comma 2 dello stesso articolo.

Nella stessa direzione, la sent. n. 178 del 1996 ha ritenuto inammissibile una q.l.c. riferita alla disciplina riguardante la non deducibilità dal reddito, ai fini Irpef, di erogazioni liberali dei fedeli a favore delle Confessioni senza intesa. In particolare, «la possibilità di prendere in esame la necessità di estendere alle confessioni senza intesa la attribuzione di un beneficio, che in ipotesi si assumesse essere allo stato illegittimamente limitato alle sole confessioni con intesa, è *in limine* preclusa e resa inutile dalla mancanza di una "disciplina, posta da una legge comune, volta ad agevolare l'esercizio" del diritto di libertà religiosa, quale è la disciplina cui ha avuto

Si è già detto dell'intima correlazione sussistente tra il principio di laicità e la libertà di coscienza, ma sul tema pare opportuno tornare. La libertà di coscienza è stata intesa dalla Corte come prioritaria libertà del singolo, correlata con la protezione del sentimento religioso, che, pur non essendo formalmente sancita in Costituzione, è stata radicata sulla libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21, comma 1, Cost.[23], assumendo col tempo una rilevanza centrale, "fondante" la stessa nozione di laicità.

Emblematico, in tal senso, quanto statuito dai giudici del Palazzo della Consulta nella ricordata sent. n. 13 del 1991: pur qualificando l'IRC quale «manifestazione» del principio di laicità, infatti, essi evidenziavano come lo stato di non-obbligo comportasse che non si dovesse «condizionare dall'esterno della coscienza individuale l'esercizio di una libertà costituzionale, come quella religiosa, coinvolgente l'interiorità di una persona», pervenendosi dunque a «separare il momento dell'interrogazione di coscienza sulla scelta di libertà di religione o dalla religione, da quello delle libere richieste individuali alla organizzazione scolastica»[24].

riguardo la sentenza n. 195 del 1993» (punto 5 del *Considerato in diritto*). Criticamente, sul punto, A. Guazzarotti, *L'«inammissibile» eguaglianza. Diritto ecclesiastico e tecniche legislative di privilegio*, in *Giur. cost.*, 1996, 1648 ss., ma *passim*, il quale rileva come «il limite per lo Stato di intervenire "promozionalmente" nel godimento della libertà dei cittadini», fa sì che «al potere civile, in caso di simili interventi, non si dà la possibilità di scindere una categoria generale, quale è quella di "libertà religiosa" – ovvero di interessi o bisogni religiosi –, in tante categorie "soggettive" di questa o quella confessione religiosa, pena la violazione del principio di eguaglianza». Così operando, però, le esigenze di culto, che esprimono esigenze assolutamente generali per le Confessioni religiose, sono confluite entro la disciplina definita dal diritto speciale bilaterale, che trasforma le intese in atti di "misericordia" o di cedimento dello Stato e tende a creare, inevitabilmente, nicchie di privilegio.

Successivamente, la sent. n. 235 del 1997 ha sottolineato come le differenze riscontrabili nei contenuti delle discipline bilaterali, le quali giustificano, entro la ragionevolezza, differenziazioni nella legislazione unilaterale, siano «espressione di un sistema di relazioni che tende ad assicurare l'eguale garanzia di libertà e il riconoscimento delle complessive esigenze di ciascuna di tali confessioni, nel rispetto della neutralità dello Stato in materia religiosa nei confronti di tutte» (punto 4 del *Considerato in diritto*).

[23] In argomento, F.P. Casavola, *Laicità e Stato. L'esperienza italiana*, in G. Dalla Torre (a cura di), *Lessico della laicità*, Roma, 2007, 103.

[24] Cfr. sent. n. 13 del 1991, cit., in particolare punti 3, 4 (al quale si riferisce la citazione) e 5 del *Considerato in diritto*, in cui la Corte ha operato un bilanciamento tra libertà di coscienza ed inclusione dell'insegnamento della religione cattolica, ricompreso nel piano didattico ma, al contempo, del tutto rispettoso del non obbligo e, per questo, espressione della laicità dello Stato, in quanto «l'insegnamento di religione cattolica, compreso tra gli altri insegnamenti del piano didattico, con pari dignità culturale, come previsto dalla normativa di fonte pattizia, non è causa di discriminazione e non contrasta – essendone anzi una manifestazione – col principio supremo di laicità dello Stato» (punto 3 del *Considerato in diritto*).

Nel medesimo quadro concettuale, inteso a presidiare la libertà di coscienza, cogliendone i profondi legami con il principio di laicità, si collocano, poi, i vari approdi cui è pervenuta la Corte costituzionale in tema di giuramento, seguendo linee di sviluppo e argomentazioni non sempre univoche.

Fin dal 1960, con la sent. n. 58, la Corte ebbe ad occuparsi della legittimità della formula del giuramento prevista dall'art. 449 del c.p.p. allora vigente, ritenendo scindibile da tale formula il riferimento alla divinità solo in forza di un intervento legislativo, dal momento che il reato previsto dall'art. 366, comma 3, c.p. (rifiuto del giuramento), come ogni fattispecie incriminatrice, è da ricondurre, in forza del disposto dell'art. 1 c.p., nell'esclusiva potestà di punizione e formulazione della legge penale. Nel merito, poi, la Consulta escluse la violazione dell'art. 21 Cost., dal momento che le parole «consapevole della responsabilità che col giuramento assume davanti a Dio», nei confronti di chi faccia professione di ateismo, sono da intendere nel senso di un richiamo alla responsabilità che il credente, e soltanto lui, assume con il giuramento davanti a Dio. Il vincolo, nei riguardi dell'ateo, di dire la verità sarebbe stato perciò rafforzato esclusivamente dalla consapevole responsabilità che egli avrebbe assunto con l'atto del giuramento davanti agli uomini, responsabilità puramente morale, nonché dalla minaccia di una sanzione penale; ma non dal senso della Divinità che per lui sarebbe stato irrilevante. Su queste premesse, la Corte ritenne che il giuramento non rivestisse «quel carattere prevalente di religiosità, che si vorrebbe ad esso attribuire», sicché non si sarebbe potuto disconoscere che la disposizione impugnata non incidesse né sulla libertà di pensiero, né sulla libertà di coscienza, «perché il monito della responsabilità davanti a Dio non può essere inteso, ripetesi, se non nel senso che esso impegna soltanto la coscienza del credente, non già quella dell'ateo»[25].

Ancora nel 1963 la questione del giuramento tornava all'attenzione della Corte, in riferimento alla compatibilità della formula di cui all'art. 251 c.p.c. con la libertà di professare la propria fede, tutelata dall'art. 19 Cost.[26]. La questione fu respinta sul presupposto che il giuramento non costituisse un atto di culto imposto secondo peculiarità identificabili in una piuttosto che in un'altra

[25] Le citazioni sono tratte dal *Considerato in diritto*; di analogo tenore, l'ord. n. 15 del 1961; in dottrina, per tutti, cfr. F. FINOCCHIARO, *Giuramento dei testimoni e libertà religiosa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, 1253 ss.; M. PISANI, *Il giuramento dei testimoni nel processo penale e la libertà di coscienza*, cit., 271 ss.; F. ONIDA, *Osservazioni in tema di legittimità costituzionale del giuramento*, in *Giur. cost.*, 1960, 228 ss.; C. D'URSO, *In tema di incostituzionalità della formula del giuramento prevista dall'art. 449 c.p.p.*, in *Dir. eccl.*, 1961, II, 23 ss.; più recentemente, L. VANNICELLI, *La libertà religiosa nella formula di giuramento del testimone alla luce delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Il dir. eccles*., 1987, parte I, 1098 ss.

[26] Cfr. la sent. n. 85 del 1963; nel caso specifico la questione riguardava due fedeli di religione protestante evangelica, che in base al loro credo non avrebbero potuto prestare giuramento.

confessione, essendo in esso richiamati valori religiosi generali. Nella stessa pronuncia, si precisava, significativamente, che la libertà religiosa non può contrastare né soverchiare l'ordinamento giuridico dello Stato «tutte le volte in cui questo imponga ai cittadini obblighi che, senza violare la libertà religiosa, […], si assumano vietati dalla fede religiosa dei destinatari della norma»[27], in specie allorché la fonte dell'obbligo si rinvenga in un precetto costituzionale, quale l'art. 54, comma 2, Cost. Si veniva così affermando il principio secondo cui «la fede religiosa non può sovvertire un ordine sociale apprezzato e regolato senza contrasto da legge e Costituzione»[28].

Con la sent. n. 117 del 1979 si è realizzato un mutamento di rotta significativo. La Consulta ha posto in risalto il significato sicuramente religioso del giuramento, il quale «nel linguaggio comune evoca un impegno di veridicità da assumere nei confronti di un Essere soprannaturale e supremo, di natura trascendente, dotato di quella onnipotenza e onniscienza, messe in rilievo in una delle formule, quella con asseverazione religiosa, adottata nell'ordinamento processuale della Repubblica federale tedesca: infine, di un Dio che legge nel cuore dell'uomo e giudica i suoi comportamenti»[29]. Sulla scorta di tali osservazioni, il giudice delle leggi ha evidenziato la rilevanza costituzionale della libertà negativa dei non credenti, osservando come «in realtà gli artt. 19 e 21 della Costituzione tutelano innanzitutto l'opinione religiosa propria della persona, essendo indifferente che essa si iscriva o meno in quella di una minoranza»[30]. Ciò avrebbe comportato che il *vulnus* alla libertà fosse arrecato non soltanto quando fossero stati imposti atti di culto, ma pure allorché si fosse richiesto il compimento di atti con significato religioso[31]. In particolare, si ammetteva che il richiamo alla divinità contenuto nella formula del giuramento avrebbe comportato «turbamenti, casi di coscienza, conflitti di lealtà tra doveri del cittadino e fedeltà alle convinzioni del non credente»[32], pervenendo così

[27] Cfr. la sent. ult. cit., n. 2 del *Considerato in diritto*.

[28] Così F.P. Casavola, *op. cit.*, 105.

[29] Cfr. sent. n. 117 del 1979, punto 2 del *Considerato in diritto*.

[30] Cfr. sent. n. 117 del 1979, punto 3 del *Considerato in diritto*.

[31] Entro la prospettiva tracciata nel testo, la Corte ha formulato l'osservazione secondo cui la formula di giuramento stabilita dall'art. 251, comma 2, c.p.c. induca per il testimone non credente «una lesione della sua libertà di coscienza da due punti di vista, distinti ma collegati: in primo luogo egli si manifesta credente di fronte al giudice ed in generale a tutti i presenti, mentre credente non è; inoltre la sua convinzione di non credente comporta, più che una intenzione ed un proposito di non vincolarsi verso la Divinità, una necessità di ridurre, ma *in interiore homine*, il contenuto normale della formula per ciò che concerne l'obbligo di natura religiosa» (punto 4 del *Considerato in diritto).*

[32] Sent. ult. cit., punto 4 del *Considerato in diritto*.

alla declaratoria di incostituzionalità di tutte le norme in materia, nelle quali non fosse previsto l'inciso limitativo «se credente».

Ancora in tema di formula del giuramento dei testimoni, l'intimo connubio tra libertà di coscienza e laicità si coglie nelle sentenze n. 234 del 1984 e, soprattutto, n. 149 del 1995. La prima, riferita alle religioni che vietino del tutto la pronuncia di qualsiasi giuramento, è pervenuta ad una pronuncia di inammissibilità della q.l.c., in quanto sarebbe spettato al legislatore scegliere tra più formule e predisporre quelle di promessa o di impegno alternative al giuramento[33]. La seconda ha assunto una prospettiva di particolare tutela della libertà di coscienza, anche nei confronti dei «doveri inderogabili», affermando l'esigenza di protezione di tale libertà «in misura proporzionata "alla priorità assoluta e al carattere fondante" ad essa riconosciuta nella scala di valori espressa dalla Costituzione italiana», in particolare «se è correlata all'espressione dei propri convincimenti morali o filosofici […] ovvero […] alla propria fede e credenza religiosa»[34].

Nella successiva sent. n. 334 del 1996, riferita alla legittimità costituzionale della forma del giuramento decisorio, che conteneva il richiamo alla responsabilità «davanti a Dio», la Corte costituzionale, compiendo una complessiva sistematizzazione della disciplina, ha ribadito che la libertà di coscienza «rappresenta un aspetto della dignità della persona umana […] dichiarata inviolabile», spettante «tanto ai credenti quanto ai non credenti, siano essi atei o agnostici», sicché «in nessun caso, il compimento di atti appartenenti, nella loro essenza, alla sfera della religione p[uò] essere oggetto di prescrizioni obbligatorie derivanti dall'ordinamento giuridico dello Stato»[35].

Nella stessa occasione, è stata posta in risalto, altresì, la distinzione tra l'ordine dello Stato e quello della Chiesa, che «caratterizza nell'essenziale il fondamentale e "supremo" principio di laicità e non confessionalità dello Stato» e «significa che la religione e gli obblighi morali che ne derivano non possono essere imposti come mezzo al fine dello Stato», precisando che la libertà religiosa non si traduce solo nella libertà da ogni forma di coercizione per atti di culto da parte di soggetti di altre confessioni, ma preclude ogni imposizione «perfino quando l'atto di culto appartenga alla confessione professata da colui

[33] In senso analogo, cfr. anche ord. n. 278 del 1985; il problema è stato successivamente superato – come noto – con l'introduzione dell'«impegno» sancito dal nuovo art. 497 c.p.p.

[34] Cfr. sent. n. 149 del 1995, punto 2 del *Considerato in diritto*. La parte tra virgolette è tratta dalla sent. n. 467 del 1991. In tale prospettiva, spetta al legislatore realizzare la delicata opera di bilanciamento della libertà in oggetto con i «contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale e garantirne la possibilità di realizzazione in modo da non arrecare pregiudizio al buon andamento delle strutture organizzative e dei servizi di interesse generale» (ivi).

[35] Cfr. sent. n. 334 del 1996, cit., punto 3.1 del *Considerato in diritto*.

al quale esso sia imposto, perché non è dato allo Stato di interferire, come che sia, in un "ordine" che non è il suo, se non hai fini e nei casi espressamente previsti dalla Costituzione»[36].

Da ciò deriva che allo Stato è inibito «ricorrere a obbligazioni di ordine religioso per rafforzare l'efficacia dei suoi precetti», con conseguenze immediate sul giuramento decisorio. Questo, dotato di significato religioso, pur non essendo imposto dalla legge, risulta «pur sempre l'oggetto di una prescrizione legale alla quale la parte si trova sottoposta, con conseguenze negative»[37] e, in tal senso, viola non soltanto la libertà di coscienza, ma anche, spettando al giudice esprimere l'ammonizione in riferimento all'importanza religiosa del giuramento, la distinzione tra l'ordine delle questioni civili e l'ordine di quelle religiose[38].

Si è così pervenuti ad una sentenza caducatoria parziale, limitatamente alle parole «davanti a Dio e agli uomini» e ad un altro ulteriore inciso, sia per evitare la stessa possibilità di un richiamo «ad una sorta di religione dell'umanità», sia in quanto «mantenendosi il riferimento ad un solo contenuto di valore, implicitamente si escluderebbero tutti gli altri, con violazione della libertà di coscienza dei credenti»[39].

Volendo svolgere talune brevi considerazioni partendo dall'analisi fin qui svolta, può rilevarsi come il principio di laicità abbia ormai da tempo assunto, almeno nella giurisprudenza costituzionale, tratti piuttosto definiti, quantunque suscettibili di dare luogo ad alcune incertezze in sede interpretativa. Assur-

[36] Cfr. sent. n. 334 del 1996, cit., punto 3.1 del *Considerato in diritto*. Nella medesima sede, la Corte trae le conclusioni delle proprie considerazioni sostenendo che «In ordine alla garanzia costituzionale della libertà di coscienza non contano dunque i contenuti. Credenti e non credenti si trovano perciò esattamente sullo stesso piano rispetto all'intervento prescrittivo, da parte dello Stato, di pratiche aventi significato religioso; esso è escluso comunque, in conseguenza dell'appartenenza della religione a una dimensione che non è quella dello Stato e del suo ordinamento giuridico, al quale spetta soltanto il compito di garantire le condizioni che favoriscano l'espansione della libertà di tutti e, in questo ambito, della libertà di religione».

[37] Le due citazioni sono tratte ancora dalla sent. n. 334 del 1996, punti 3.2 e 4 del *Considerato in diritto*.

[38] Nella stessa pronuncia sopra menzionata, la Corte ha precisato che per la difformità tra i due istituti ad essa non è consentito trasporre la formula del giuramento dei testimoni a quello decisorio, la quale può essere riscritta solo dal legislatore.

[39] Cfr. sent. ult. cit., punto 6.2 del *Considerato in diritto*. Ciò, come ha aggiunto lo stesso giudice delle leggi «non equivale a "secolarizzar[e]" il significato [del giuramento]. Un'eventuale statuizione in tal senso, a sua volta, potrebbe confliggere con la coscienza dei credenti, rispetto ai quali il valore religioso del giuramento non può essere escluso. Significa invece operare nel senso di un ordinamento pluralista che, riconoscendo la diversità delle posizioni di coscienza, non fissa il quadro dei valori di riferimento e quindi né attribuisce né esclude connotazioni religiose al giuramento ch'esso chiama a prestare» (punto 6.1 del *Considerato in diritto*).

to al livello di principio supremo, seppure non scritto, del nostro ordinamento costituzionale, esso ha manifestato, certo, una presa di distanza rispetto a qualsivoglia forma di Stato confessionale e ai rapporti che in questo si danno tra lo Stato e le singole confessioni religiose, in omaggio all'intento di tutelare nella misura più estesa la libertà di religione e, prima, la stessa libertà di coscienza[40].

Negli sviluppi della giurisprudenza costituzionale, anche più recenti, tale principio non ha mai assunto, però, i tratti della laicità c.d. «protetta», segnata dall'aperta ostilità a qualsivoglia presenza delle confessioni religiose nello spazio pubblico[41], mantenendo piuttosto quest'ultimo «aperto» ai valori religiosi e battendo «la via della libertà e del pluralismo religioso, ma non dell'indifferenza rispetto al sentimento religioso»[42], a sostegno della «massima espansione della libertà di tutti, secondo criteri di imparzialità»[43].

3. *La laicità e l'ostensione del Crocifisso nelle aule scolastiche: continuità e discontinuità della giurisprudenza di legittimità più recente con gli orientamenti della Consulta*

In questa cornice concettuale si deve collocare la c.d. «questione del Crocifisso». Almeno a partire dai primi anni del nuovo secolo, infatti, in varie occasioni si è fatto ricorso alla magistratura ordinaria o a quella amministrativa, oltre che, in una prospettiva di tutela dei diritti multilivello, alla stessa Corte EDU, con l'intento di realizzare la rimozione del Crocifisso dalle aule scolastiche e, in genere, dai luoghi pubblici[44].

[40] Cfr., in tal senso, M. Ricca, *Art. 19*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 420 ss.

[41] Cfr. F. Pastore, *Pluralismo religioso e laicità dello Stato nel "*Multilevel Constitutionalism*"*, Padova, 2012, 39 ss.; M. D'Arienzo, *La laicità francese secondo Nicolas Sarkozy*, in *Diritto e Religioni*, n. 2/2008, 257 ss.

[42] Così A. Barbera, *op. cit.*, paragrafi 2.1 ss. del capitolo II (ed ivi anche ampi riferimenti giurisprudenziali), ma *passim*; Id., *Il cammino della laicità*, in *Forum Quad. cost.*, 2007. Diversa l'opzione ideologica fatta propria da altri ordinamenti, che considerano «il fenomeno religioso non ostativo, bensì, al contrario, integrativo dell'identità nazionale»; così A. Ciancio, *Integrazione sociale e laicità (traendo spunto da due casi recenti)*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2018, 5, ma *passim*, che, a questo proposito, richiama gli esempi delle Costituzioni irlandese e greca (configuranti ordinamenti definiti "paraconfessionali"), accomunate da un esplicito richiamo alla Trinità, che si riversa nella considerazione speciale riservata, rispettivamente, alla Chiesa cattolica e a quella ortodossa (definita "religione prevalente" dall'art. 3 della Carta ellenica […]) da cui conseguono divieti». Sui modelli di laicità, in una prospettiva comparata e diacronica, cfr. anche S. Prisco, *La laicità e i suoi contesti storici*, cit., 10 ss., ma *passim*; F. Pastore, *op. cit.*, 91 ss., ma *passim.*

[43] Così Corte cost., sent. n. 254 del 2019, punto 6 del *Considerato in diritto*; ma si v. già sent. n. 63 del 2016 e 67 del 2017.

[44] Per un problema simile, che si pose alcuni anni fa con riferimento all'aula delle udienze della Corte costituzionale, cfr. A. Cariola, *Linguaggi religiosi e laicità: a partire dai nuovi stru-*

In tal senso, si è fatto appello a vari principi, tra i quali in primo luogo quello di laicità, ma anche al diritto antidiscriminatorio e alla libertà di educazione dei genitori, nonché alla libertà dalla religione. E proprio aderendo ad un certo modo di intendere la laicità dello Stato, in talune occasioni la magistratura ordinaria si è mostrata propensa a consentire la rimozione del Crocifisso dalle aule scolastiche[45].

La giurisprudenza amministrativa si è collocata, invece, su posizioni diverse.

Nota, in argomento, la posizione del Consiglio di Stato[46], intervenuto con la sent. n. 556 del 2006, che ha osservato come dalla Carta fondamentale si ricaverebbe che «la laicità, benché presupponga e richieda ovunque la distinzione fra la dimensione temporale e la dimensione spirituale e fra gli ordini e le società cui tali dimensioni sono proprie, non si realizza in termini costanti nel tempo

menti di comunicazione, in Id., *Sull'interpretazione costituzionale ed altri saggi*, Torino, 2015, 87 ss.

[45] Cfr., ad es., Trib. Aquila, ord. 22 ottobre 2003, che accolse la richiesta avanzata in tal senso da alcuni genitori; criticamente, per tutti, M. Olivetti, *Crocifisso nelle scuole pubbliche: considerazioni non* politically correct, in *Forum Quad. cost.*, 2001; Cass. pen., sez. IV, 1° marzo 2000, n. 4273, avente ad oggetto l'istanza di rimozione del Crocifisso di uno scrutatore in occasione delle consultazioni elettorali; su questa pronuncia, *ex multis*, N. Colaianni, *Il crocifisso di nuovo in Cassazione. Note da* amicus curiae, in *Stato, Chiese e plur. conf.*, n. 12 del 2021, 11 ss., ma *passim*.

[46] La pronuncia si colloca nell'ambito di un'annosa vicenda, che aveva visto in origine l'intervento del TAR Veneto, sez. III, sent. n. 1110 del 2005 e il tentativo, da questo compiuto, di coinvolgere la Corte costituzionale, la quale però aveva dichiarato la questione manifestamente inammissibile, in quanto avente ad oggetto «norme prive di forza di legge» (ord. n. 389 del 2004); in dottrina, per tutti, G. Cascuscelli, *Il crocifisso nelle scuole: neutralità dello Stato e «regola della precauzione»*, in *www.olir.it* (novembre 2005). Successivamente, nell'ord. n. 127 del 2006, essa ha considerato inammissibile un conflitto di attribuzione riferito all'esposizione del crocifisso nelle aule giudiziarie, proposto da un magistrato con funzioni di giudice monocratico presso il Tribunale di Camerino, per carenza di requisito soggettivo ed oggettivo. Il ricorrente aveva lamentato che l'ostensione del Crocifisso si sarebbe risolta in una «illegittima invasione della sfera di competenza del potere giurisdizionale da parte del potere amministrativo», dal momento che dovrebbe ritenersi «inibita al Ministro l'apposizione di qualsiasi simbolo che valga a connotare in modo partigiano o parziale l'esercizio dell'attività giurisdizionale da parte dei giudici […] non potendo lo Stato[…] identificarsi in simboli religiosi di parte come il crocifisso, ma semmai in simboli che identificano l'unità nazionale e il popolo italiano (art. 12 della Costituzione)». Negando la sussistenza dei requisiti soggettivo ed oggettivo, la Corte ha rilevato come «un organo giudiziario… [sia] […] legittimato a proporre conflitto, in quanto esso sia attualmente investito» di un processo; per di più, il ricorrente si era astenuto dalle funzioni giurisdizionali da diversi mesi antecedenti alla proposizione del ricorso. Per altro verso, «il ricorso per conflitto […] non prospetta in realtà alcuna menomazione delle attribuzioni costituzionalmente garantite agli appartenenti all'ordine giudiziario», limitandosi a manifestare un personale disagio del ricorrente.

e uniformi nei diversi paesi, ma, pur all'interno di una medesima "civiltà", è *relativa* alla specifica organizzazione istituzionale di ciascuno Stato, e quindi essenzialmente *storica*, legata com'è al divenire di quella organizzazione»[47]. In questa cornice andrebbe inserito il valore simbolico del Crocifisso, che, con riferimento al luogo in cui è collocato, assume significati diversi: in una sede non religiosa, esso assume per credenti e non credenti un significato non discriminatorio, in quanto idoneo a rappresentare e richiamare, in una forma sintetica, immediatamente percepibile, l'insieme dei valori costituzionalmente rilevanti, che fondano il nostro convivere civile. In tal senso il Crocifisso ben può svolgere, anche in un orizzonte «laico», una funzione simbolica altamente educativa, a prescindere dalla religione professata dagli alunni. In sede giurisdizionale non può trovare accoglimento, quindi, la richiesta «che lo Stato e i suoi organi si astengano dal fare ricorso agli strumenti educativi considerati più efficaci per esprimere i valori su cui lo Stato stesso si fonda e lo connotano, raccolti ed espressi dalla Carta costituzionale, quando il ricorso a tali strumenti non solo non lede alcuno dei principi custoditi dalla medesima Costituzione o altre norme del suo ordinamento giuridico, ma mira ad affermarli in un modo che sottolinea il loro alto significato»[48].

Una volta esauriti i rimedi giurisdizionali interni, nel suddetto, lungo confronto giurisprudenziale è stata coinvolta anche la Corte EDU, eccependo davanti ad essa che l'esposizione del Crocifisso nelle aule scolastiche si ponesse in contrasto con la libertà di educazione e la libertà dalla religione dei genitori. Riformando la decisione resa dalla seconda sezione della Corte di Strasburgo[49], la *Grande Chambre*[50] ha affermato che l'ostensione di un simbolo religioso «passivo» all'interno di un ambiente scolastico nel suo complesso pluralista e senza alcun obbligo di culto rientra nel «margine di apprezzamento» del legislatore nazionale e, in ogni caso, non è idonea a compromettere né la laicità dell'istituzione, né la libertà religiosa degli studenti o quella di educazione dei genitori; essa, inoltre, non dà luogo ad alcuna forma di limitazione nei riguardi dei non credenti o dei fedeli di religioni diverse da quelle cristiane.

[47] Consiglio di Stato, sent. n. 556 del 2006, punto 3 del *Diritto* (corsivi nella sentenza).

[48] Consiglio di Stato, sent. n. 556 del 2006, ancora punto 3 del *Diritto*. Sulla laicità come canale primario di integrazione dell'odierna società multietnica e multiculturale, cfr. A. Ciancio, *op. cit.*, 11; analogamente, P. Cavana, *La questione del crocifisso in Italia*, in *www.olir.it*, 12, ma *passim*, che della laicità evidenzia la qualificazione come fattore di promozione della persona e dello sviluppo sociale.

[49] Sent. 3 novembre 2009 *(requête n. 30814/06)*, *Lauti e altri c. Italia.*

[50] *Grande Chambre*, sent. 18 marzo 2011 (*requête n. 30814/06)*, *Lauti e altri c. Italia*, sulla quale, per tutti, F. Vari, *Note su religione e sfera pubblica tra Costituzione italiana e Convenzione europea "dei diritti dell'uomo"*, in *Stato, Chiese e plur. conf.*, marzo 2012.

Sul diritto antidiscriminatorio (almeno in prevalenza), invece, si è appuntata la sent. delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 24414 del 2021[51].

Sembra opportuno richiamare brevemente le vicende che hanno occasionato la pronuncia in oggetto. Nel corso dell'anno scolastico 2008-2009 il ricorrente, insegnante di materie letterarie in un istituto professionale di Terni, rimuoveva all'inizio delle sue lezioni il Crocifisso dall'aula in cui queste si svolgevano, ricollocandolo al suo posto al termine delle lezioni stesse. Gli studenti, che avevano preso l'iniziativa per l'affissione del Crocifisso, manifestavano in assemblea, a larga maggioranza, la propria contrarietà alla rimozione. Faceva quindi seguito una conforme delibera del consiglio di classe, dotata di carattere vincolante, come era confermato da una circolare successiva. Il docente, tuttavia, non mutava il proprio atteggiamento, neppure di fronte ai richiami a lui rivolti dal dirigente scolastico. Su iniziativa di questo, pertanto, l'ufficio scolastico provinciale comminava al docente un provvedimento disciplinare di sospensione, che era tempestivamente impugnato. Davanti al Tribunale, il ricorrente affermava di aver agito in «autotutela», dal momento che la presenza del Crocifisso avrebbe violato la sua libertà di insegnamento e di coscienza, nonché la stessa laicità della scuola pubblica; riteneva, inoltre, di essere stato discriminato in quanto ateo. In primo e in secondo grado la ricostruzione proposta dal ricorrente veniva rigettata, anche in considerazione dell'indirizzo frattanto manifestato dalla Corte EDU nel ricordato caso *Lautsi.*

La questione perveniva così alla Cassazione, Sezione Lavoro, che ipotizzava la violazione della libertà di religione e di coscienza dell'insegnante, oltre che un'ingiusta discriminazione operata a suo danno, in violazione delle norme in materia di tutela dei lavoratori. Su tali premesse, essa investiva le Sezioni Unite.

Queste, coniugando un'interpretazione evolutiva delle norme regolamentari in materia di ostensione del Crocifisso nelle aule scolastiche con una lettura costituzionalmente orientata, sono pervenute alla sostanziale disapplicazione della disciplina vigente[52].

[51] Su tale pronuncia cfr., per tutti, S. Prisco, *La laicità come apertura al dialogo critico nel rispetto delle identità culturali (riflessione a partire da Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, n. 24414 del 2021)*, in *Stato, Chiese e plur. conf.*, n. 21 del 2021, 53 ss.; P. Cavana, *Le Sezioni Unite della Cassazione sul crocifisso a scuola: alla ricerca di un difficile equilibrio tra pulsioni laiciste e giurisprudenza europea*, ivi, n. 19 del 2021, 1 ss.; N. Colaianni, *Dal "crocifisso di Stato" al "crocifisso di classe" (nota a margine di Cass., SS. UU., 9 settembre 2021, n. 24414)*, ivi, n. 17 del 2021, 17 ss.; F. Vari, *Ancora sull'esposizione del Crocifisso nei locali scolastici*, in *federalismi.it*, n. 4/2022, 953 ss.

[52] In tal senso, già I. Spadaro, *Il "nuovo" modello italiano di laicità dello Stato alla luce di Cass., Sez. Un. civ., sent. n. 24414/2021, tra professata fedeltà ai precedenti e tendenze emulative di alcune esperienze straniere*, in *dirittifondamentali.it*, n. 2/2022, 273-274.

Distanziandosi dalla proposta ermeneutica avanzata dalla Sezione lavoro, le Sezioni Unite hanno ritenuto il regio decreto n. 965 del 1924, che detta la disciplina relativa all'esposizione del Crocifisso nella scuola media, applicabile (anche) agli odierni istituti d'istruzione di secondo grado.

Esse hanno rilevato, d'altra parte, la necessità di rileggere il dato normativo alla luce dei principi di uguaglianza, pluralismo e, specialmente, di laicità dello Stato, fissati nel Testo costituzionale. Alla luce di una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni in esame, nella sentenza si afferma che l'ostensione obbligatoria del Crocifisso risulterebbe incompatibile proprio con il principio supremo di laicità dello Stato. Di questo si è offerta, peraltro, una ricostruzione ben definita: esso non imporrebbe soltanto la separazione tra Stato e confessioni religiose, ma anche l'equidistanza rispetto alle diverse confessioni, sicché l'esposizione autoritativa lederebbe (anche) la libertà religiosa nella sua valenza negativa, cioè quale libertà di non credere.

L'ostensione del Crocifisso assumerebbe, pertanto, carattere facoltativo, dipendendo dal raggiungimento di un accordo in seno a ciascuna comunità scolastica, eventualmente affiancando allo stesso «gli altri simboli delle fedi religiose presenti all'interno della comunità scolastica e ricercando un ragionevole accomodamento[53] che consenta di favorire la convivenza delle pluralità»[54]. Eventuali dissidi dovrebbero essere risolti dal dirigente facendo ricorso agli strumenti della mediazione o, in subordine, con provvedimenti autoritativi, i quali sarebbero legittimi, però, solo in quanto realizzino, a loro volta, ancora una *reasonable accomodation* tra le diverse sensibilità. Proprio il mancato ricorso a tale approccio, che avrebbe consentito l'attuazione in concreto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, ha determinato l'illegittimità del provvedimento dirigenziale e, a cascata, l'invalidità della sanzione disciplinare irrogata al ricorrente, nella parte relativa al mancato rispetto del provvedimento stesso.

Partendo, dunque, da un assetto ideale offerto dal c.d. "muro bianco"[55], l'esposizione del crocifisso sarebbe il risultato di una complessa mediazione,

[53] Su questa nozione, anche in prospettiva comparata, cfr. F. Alicino, *L'accomodamento ragionevole e l'equità della laicità italiana. L'esposizione del crocifisso alla luce dell'insegnamento che proviene dalla comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, n. 1/2022, 53 ss., in specie 63 ss.; P. Cavana, *Le Sezioni Unite della Cassazione sul crocifisso a scuola,* cit., 9 ss. Il concetto di *reasonable accomodation* è stato introdotto nel confronto giuridico italiano da M. Cartabia, *The Many and the Few: Clash of Values or reasonable accomodation?, in Amer. Univ. Inter. Law Rewiew*, 2018; in riferimento a scelte concrete, esso consentirebbe che «everybody gains although everybody has to accept a sacrifice, without impairing the essence of the value she or he is defending» (677).

[54] Così Cass., Sez. Unite, n. 24414 del 2021, par. 12.1 del *Diritto*.

[55] Secondo l'espressione utilizzata da P. Pinna, *La libertà e l'uguale trattamento delle fedi religiose*, in *Il crocifisso nelle aule scolastiche, la libertà religiosa e il principio di laicità*, a cura di

dal momento che l'avviso contrario di un numero anche molto ridotto di soggetti (al limite, anche uno soltanto) imporrebbe la ricerca di un compromesso dal contenuto molto vario[56].

Le Sezioni Unite hanno escluso, peraltro, che l'esposizione del Crocifisso dia luogo ad una discriminazione, seppure indiretta. Secondo i giudici, infatti, «il dirigente scolastico non ha connotato in senso religioso l'esercizio della funzione pubblica di insegnamento»; egli non ha aderito con i propri atti ai valori della religione cattolica, né ha «costretto o indotto i docenti non cattolici a svolgere l'attività di insegnamento in nome dei valori propri di quel credo religioso, spingendoli ad allinearsi a, o a misurarsi con, una convinzione di fede che non è la loro»[57]. D'altra parte, «la percezione soggettiva del ricorrente non può da sola essere sufficiente a caratterizzare, e ad integrare, la "situazione di particolare svantaggio" rispetto ad altre persone, prevista dall'art. 2, comma 1, lett. b del d. lgs. 216 (del 2003)»[58].

Rispetto alla giurisprudenza costituzionale sopra descritta, e riferita ad altri istituti o circostanze, le Sezioni Unite manifestano, per certi versi, elementi di continuità. Esse hanno affermato che nel nostro ordinamento si dà una laicità positiva, connotata dall'inclusività, nella quale il fattore religioso svolge un ruolo determinante nello spazio pubblico, prendendo così le distanze dal alcuni arresti della magistratura di merito e della stessa Corte di cassazione[59].

Per altro verso, l'atteggiamento di fondo assunto dalla Corte di cassazione, pur mirando all'individuazione di un consenso di amplissimo raggio (tendente all'unanimità), declina la laicità come momento di integrazione tra le diverse sensibilità espresse dalla società in materia religiosa, prendendo le distanze, o almeno attenuando sensibilmente, il significato identitario e tradizionale che un simbolo, anche religioso, può avere, come espressione dei valori propri di una certa civiltà, secondo le indicazioni offerte dal Consiglio di Stato e sopra richiamate. Menzionando ancora una volta principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale, viene rimarcata la posizione di equidistanza e imparzialità dello Stato nei confronti delle confessioni e della stessa libertà religiosa positiva o negativa, facendo appello a un atteggiamento collaborativo tra le parti, che

S. Pajno, P. Pinna, Napoli, 2012, 31 ss.

[56] Gli stessi giudici hanno suggerito, in tal senso, alcune soluzioni: l'affiancamento – come detto – di simboli di religioni diverse; la rimozione di qualsiasi simbolo, in via temporanea o definitiva; l'allocazione di uno o più simboli in punti poco visibili e comunque distanti dalle postazioni di lavoro del non credente.

[57] Così Cass., Sez. Unite, n. 24414 del 2021, par. 28.1 del *Diritto*.

[58] Così Cass., Sez. Unite, n. 24414 del 2021, par. 28.2 del *Diritto* (data tra parentesi aggiunta da me).

[59] V. *supra*, nota n. 45.

dovrebbero raggiungere un accomodamento ragionevole pur partendo, sovente, da posizioni antitetiche.

Nei fatti, però, molte di queste affermazioni risultano smentite, o almeno rese di difficile attuazione: l'equilibrio tra libertà religiosa positiva e negativa appare sbilanciato, privilegiando, in concreto, le istanze (anche) di un singolo individuo (non credente) su quelle della grande maggioranza dei membri del gruppo di lavoro o di studio; in termini più ampi, poi, non appare del tutto peregrino che venga consumata una «velata discriminazione», intesa a far prevalere la volontà di chi «fondi la propria esistenza solo su credenze non spirituali (filosofiche, politiche, *etc.*) rispetto a chi, invece, si identifichi in un certo rapporto col trascendente […]»[60].

Lo stesso strumento della negoziazione potrebbe rivelarsi, in sede realizzativa, fonte di ulteriori contrasti, e comunque precario, esposto come potrà essere alle variazioni del gruppo sociale di riferimento o degli orientamenti spirituali dei singoli, favorendo così, esclusa la decisione a maggioranza, situazioni di stallo, determinate da pochi soggetti (al limite, anche uno solo). Lo stesso ruolo di mediazione affidato al dirigente scolastico appare, nel complesso, poco felice, dal momento che quest'ultimo, al termine del percorso tendente a rinvenire una soluzione condivisa, potrà comunque decidere in via autoritativa e imprimere alla scelta compiuta, anche con le migliori intenzioni, la propria sensibilità personale[61].

Sia ben chiaro che attraverso tali osservazioni non si intende esprimere preferenze o rendere obbligatorie soluzioni che costituzionalmente obbligatorie non sono. In tal senso, la Carta fondamentale risulta compatibile con l'ostensione del solo Crocifisso (con l'obbligo per la scuola, però, di formare gli alunni al rispetto nei confronti dei non credenti o di chi si riconosca in altre confessioni) o la compresenza di più simboli. Appare più problematico – a sommesso avviso di chi scrive – il c.d. "muro vuoto" come espressione di una minoranza o anche di un solo soggetto, stante anche quel ricorrente *favor religionis* che tanta parte ha avuto, nel contesto del pluralismo di matrice liberal-democratica, nella giurisprudenza costituzionale.

[60] Così I. SPADARO, *op. cit.*, 280.

[61] Per tali riserve, cfr. ancora I. SPADARO, *op. cit.*, 290, secondo il quale «sarebbe stato preferibile che la Corte avesse riconosciuto legittima l'esposizione del crocifisso nel suo duplice significato religioso e storico-identitario, secondo il modello tedesco. Tutt'al più, i Giudice avrebbero potuto rivolgere un monito agli istituti d'istruzione affinché questi, esercitando i propri poteri di autonomia in senso costituzionalmente orientato, accogliessero eventuali istanze volte ad affiancare simboli ulteriori, anche non strettamente confessionali (rappresentativi, cioè, di atei, agnostici *etc.*).

Risultano allora assai preziose, in una cornice tuttora tanto complessa, le considerazioni svolte da un illustre Maestro (cui queste pagine sono dedicate), il quale al tema della laicità ha destinato pagine molto importanti nel dibattito dottrinale nazionale e internazionale.

Partendo dall'assunto secondo cui «una specifica e storicamente rilevante tradizione nazionale […] non può comunque essere imposta d'autorità dall'alto, deve tenere conto di altre opzioni spirituali eventualmente in campo» e affermando che «ogni scelta deve essere soprattutto criticamente discussa e problematizzata», Egli auspica che una discussione matura intorno al simbolo possa far «crescere una comunità attraversata da faglie potenzialmente conflittuali, perché induce le differenze ad aprirsi, a spiegarsi reciprocamente, a contaminarsi in senso positivo»[62].

Al contempo, però, lo stesso Autore rileva il rischio, diffuso in tutto l'Occidente, di vivere come monadi, come "stranieri morali", «Schiavi in troppi di identità chiuse nell'incomunicabilità reciproca, quanto più ci illudiamo di esserne liberi». Di fronte a tali evenienze, sempre incombenti, Egli stesso si rende conto della necessità, ben prima di procedimentalizzare formalmente un percorso, di formare gli alunni con «autorevolezza, senza autoritarismo e disponendoli alla comprensione delle ispirazioni altrui. […] Si tratta insomma di porsi il compito di ricostruire niente meno che un terreno pre-giuridico di razionalità dialogica minima condivisa». Da ciò, logicamente, l'Autore deduce «che il diritto è una forza sussidiaria di regolazione, che può innescare o rafforzare processi di incivilimento solo se essi trovano autonome e forti radici in esigenze e movimenti culturali di maggiore ampiezza e complessità»[63].

Tale opera non può che spettare – mi sembra – alla discrezionalità del Parlamento, certo entro i confini del dettato costituzionale e dei tratti della laicità definiti dalla Consulta (che potrebbe compiere in materia qualche ulteriore intervento chiarificatore). È compito di tale organo realizzare quelle scelte, squisitamente politiche e pre-giuridiche, che favoriscano i processi di incivilimento sopra richiamati, nel cui contesto il *favor religionis* è chiamato a svolgere un ruolo determinante, senza dimenticare che in questo contesto la cultura religiosa, e in particolare i principi del cattolicesimo, fanno tutt'ora

[62] Le due ultime citazioni sono tratte da S. Prisco, *La laicità come apertura al dialogo critico nel rispetto delle identità culturali*, cit., 69, ma cfr. anche i vari contributi dello stesso A. raccolti nel volume *Laicità. Un Percorso di riflessione*, cit., in specie i saggi *Il principio di laicità nella recente giurisprudenza*; *Ancora sul crocifisso*; *Il valore della laicità e il senso della Storia*; *Non si devono temere i simboli*; *La laicità accogliente. Nota minima su simboli religiosi e discorso pubblico*; *Laicità e convivenza: un ponte per un incontro.*

[63] Così S. Prisco, *La laicità come apertura al dialogo critico*, cit., 77.

parte, per espresso disposto normativo, «del patrimonio storico del popolo italiano»[64].

In questa direzione, l'intervento legislativo risulterebbe particolarmente prezioso in alcuni ambiti che risultano ancora carichi di una certa dose di ambiguità, come quelli relativi all'individuazione degli organi legittimati ad assumere la decisione relativa all'esposizione dei simboli religiosi o alla determinazione degli stessi simboli ostensibili e, prima, all'ampiezza semantica della nozione di simbolo[65].

4. *La laicità in ambito penale: il caso del favoreggiamento della prostituzione*

L'indagine potrebbe proseguire con riferimento a molte altre questioni in cui il principio di laicità risulta profondamente coinvolto, ma in questa sede esse non possono essere neppure accennate (basti pensare, al tema, risalente ma sempre ricco di nuovi spunti, dell'obiezione di coscienza o al vasto campo dei rapporti tra laicità e biodiritto).

Una notazione finale merita, comunque, la sentenza della Corte costituzionale n. 141 del 2019, in materia di favoreggiamento e reclutamento della prostituzione, in cui il giudice delle leggi, rigettando la q.l.c. dell'art. 3, comma 1, n. 4, prima parte e n. 8 della legge n. 75 del 1958, avrebbe assunto, secondo un certo indirizzo interpretativo, un atteggiamento moralistico, incompatibile con il principio di laicità, inteso ad offrire una valutazione etica della condotta di prostituzione, in conformità con l'insegnamento tradizionale della teologia morale cattolica e mortificante la libertà di coscienza di coloro che in questa visione non si riconoscono.

Come perspicuamente mostrato da autorevole dottrina, in tale occasione la Corte non ha svolto una valutazione sulla condivisibilità delle opzioni legislative sul piano politico-criminale, «ma unicamente sulla sostenibilità di queste scelte al metro degli imperativi costituzionali (e, oggi, convenzionali) di tutela dei diritti fondamentali della persona»[66].

La pronuncia è stata, certo, in qualche modo "orientata" dal fatto che la questione fosse stata sollevata dal punto di vista di coloro che, secondo il PM,

[64] Cfr. l'art. 9, comma 2, dell'accordo di revisione del Concordato; oltre a questo dato, F. Vari, *op. cit.*, 964 ricorda come «il Cristianesimo [abbia] un'importanza decisiva nell'impostazione della vita sociale dell'Occidente e […] anche della scuola, a partire dal computo degli anni dalla nascita di Gesù e dalla organizzazione della vita civile intorno a festività religiose, con la Domenica come giorno festivo, le vacanze di Natale e di Pasqua».

[65] In argomento, *ex multis*, F. Vari, *op. cit.*, 964-965.

[66] Così F. Viganò, *Il principio di laicità e le recenti sentenze della Corte costituzionale in materia di aiuto al suicidio e favoreggiamento della prostituzione*, in *Sistema penale*, 12 dicembre 2022, 18.

avevano proceduto al "reclutamento" delle persone avviate alla prostituzione o ne avevano comunque favorito in vario modo l'esercizio. In questo senso, la Corte ha correttamente osservato come, rispetto a tali soggetti, il parametro di costituzionalità cui fare riferimento fosse da individuare nella libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., cogliendo un limite esplicito alla stessa nel rispetto della dignità della persona. Quest'ultima nozione viene, certo, assunta in una prospettiva «oggettiva», ma inevitabilmente «il parametro esaminato non poteva che condizionare lo sguardo della Corte: trattandosi di individuare i limiti alla libertà di iniziativa economica, non riconducibile all'ambito dei diritti fondamentali nella sistematica della Costituzione italiana, il legislatore ha le mani più libere nella previsione di possibili limitazioni del diritto»[67].

Secondo quella dottrina, l'esito (vale a dire il rigetto della questione) non sarebbe sostanzialmente mutato neppure nel caso in cui il giudice delle leggi avesse esaminato la stessa fattispecie dal punto di vista della persona che si prostituisce, la quale si avvalga della collaborazione di terzi, ad esempio per il reperimento dei clienti.

Anche ad ammettere, infatti, mutando sensibilmente il quadro di riferimento normativo, che l'attività sessuale dietro corrispettivo rientri nella libertà di autodeterminazione nella sfera sessuale, riconducibile al diritto alla vita privata di cui all'art. 8 CEDU e, per tale via, all'art. 2 Cost., la Corte ben avrebbe potuto invocare, per giustificare una limitazione legislativa a tale libertà peraltro pienamente conforme al criterio di proporzionalità[68], la tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili. La Consulta, in altri termini, avrebbe potuto utilizzare il medesimo argomento "speso" nella sent. n. 141 cit. per mostrare come la valutazione della effettiva libertà di autodeterminazione nella sfera sessuale del soggetto che si prostituisce vada comunque svolta alla luce del principio di realtà e in concreto, così rinvenendo, in una larghissima maggioranza di casi, «fattori che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue

[67] Così F. Viganò, *op. cit.*, 14-15. Secondo la Consulta, infatti, è «incontestabile che, nella cornice della previsione dell'art. 41, secondo comma, Cost., il concetto di dignità vada inteso in senso oggettivo: non si tratta, di certo, della "dignità soggettiva" quale la concepisce il singolo imprenditore o il singolo lavoratore. È, dunque, il legislatore che – facendosi interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico – ravvisa nella prostituzione, anche volontaria, un'attività che degrada e svilisce l'individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente» (punto 6.1 del *Considerato in diritto*).

[68] In generale, sul giudizio di proporzionalità in ambito penale, cfr. N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020.

opzioni esistenziali»[69]. Ciò non esclude, peraltro, che, ancora appellandosi al principio di realtà e dopo aver esaminato tutte le circostanze apprezzabili nella concretezza del caso sottoposto al suo esame, il giudice comune possa «escludere la configurabilità del reato in presenza di condotte che […] si rivelino completamente prive di ogni potenzialità lesiva»[70].

Ritorna qui, ancora una volta, mediato dal principio di realtà, l'eterno problema della legittimazione del diritto, in specie di quello che si esprime attraverso il potere di coercizione[71] e, in senso più ampio, della legittimazione del potere dello Stato liberal-democratico, laico e pluralista, in termini di giustizia, onde evitare che questo stesso potere si traduca in mera forza sopraffattrice.

Si tratta, certo, di conclusione per molti versi inappagante, che sollecita una serie di indagini ulteriori su problemi teorici densissimi di conseguenze (primo tra tutti, cosa sia la giustizia). Avere però tracciato un quadro, sia pure sintetico, delle declinazioni applicative della laicità da parte della Corte costituzionale (e non solo) e aver colto in essa, ancora alla luce della concretezza del dato giurisprudenziale, un «filo rosso» con fondamentali esigenze di giustizia, ci sembra risultato non del tutto trascurabile.

[69] Così sent. n. 141 del 2019, ancora punto 6.1 del *Considerato in diritto*, la quale precisa ulteriormente come «in questa materia, la linea di confine tra decisioni autenticamente libere e decisioni che non lo sono si presenta fluida già sul piano teorico – risultando, perciò, non agevolmente traducibile sul piano normativo in formule astratte – e, correlativamente, di problematica verifica sul piano processuale, tramite un accertamento *ex post* affidato alla giurisdizione penale».

[70] Ancora sent. n. 141 del 2019, punto 7.3 del *Considerato in diritto.*

[71] In argomento cfr., *ex multis*, D. Pulitanò, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 53 ss.

Lorenzo Chieffi[*]

LE RADICI COSTITUZIONALI DEL RIPUDIO DELLA GUERRA DI AGGRESSIONE E DELLA PROMOZIONE DELLA PACE E DELLA GIUSTIZIA TRA LE NAZIONI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il ripudio della guerra per la risoluzione delle controversie internazionali. – 3. La promozione di una pace *positiva* per ridurre le tensioni tra gli Stati. – 4. La cooperazione tra i popoli come antidoto alla conflittualità bellica. – 5. Il legittimo ricorso alla guerra difensiva per respingere un'ingiusta aggressione. – 6. Considerazioni conclusive: sviluppi interpretativi dell'apertura costituzionale alla guerra difensiva.

1. *Premessa*

Un approfondimento delle norme costituzionali che si propongono di assicurare la conservazione della pace e di favorire la giustizia nei rapporti internazionali, ovvero il loro ripristino a seguito di una ingiustificata aggressione proveniente dall'esterno, nell'esercizio del diritto di autodifesa individuale o collettiva (art. 51 dello Statuto delle N.U.), non potrebbe prescindere dall'analisi delle motivazioni politiche, storiche e culturali che indussero i Costituenti alla loro elaborazione.

A più di sette decadi dall'entrata in vigore del nostro testo fondamentale, permangono ancora validi e attuali gli ideali di democrazia, che si intendevano proiettare anche nei rapporti con le altre nazioni, di cui si facevano portatori i neoeletti nel primo Parlamento repubblicano animati da autentiche aspirazioni di cambiamento. In non pochi casi, tale impegno a elaborare una Costituzione destinata a durare nel tempo era pure rafforzato dalle sofferenze patite da molti di questi esponenti politici, reduci dall'esilio quando non da una lunga reclusione nelle carceri, che avevano pagato sulla propria pelle l'opposizione alla dittatura fascista.

L'intento che accomunò gli esponenti delle varie forze politiche presenti in Assemblea Costituente, di ispirazione cattolica, liberale, socialista e comunista, fu soprattutto quello di ribaltare l'impostazione autoritaria e antidemocratica delle politiche realizzate all'interno del nostro Paese ma anche negli sviluppi

[*] Professore ordinario di Diritto Pubblico e Costituzionale presso l'Università della Campania Luigi Vanvitelli. Il lavoro riproduce la relazione tenuta in occasione del Convegno internazionale su "Guerra e diritto" organizzato dalla Fondazione Arangio-Ruiz a Soave nei giorni 30, 31 novembre e 1 dicembre 2025.

della politica estera proiettata dal fascismo alla conquista di altri territori e alla oppressione delle comunità in essi insediate[1].

Il ricorso ad una interpretazione *originalista* del testo fondamentale, con attenzione alle disposizioni che richiamano la pace e la guerra (artt. 11, 52, 78, 87, 9° co.) e, più in generale, lo sviluppo delle relazioni internazionali (artt. 10, 80, 117, 1° co.), nel disvelare le conquiste assiologiche realizzate dai Padri della Repubblica potrà, al tempo stesso, fornire i necessari argini ad una interpretazione evolutiva che intendesse giungere ad una sua tacita trasfigurazione.

Lungi dal voler sostenere, attraverso lo scavo dei lavori preparatori, l'immodificabilità dell'interpretazione originaria storicamente datata della Carta costituzionale, che condurrebbe ad una sua inopportuna *pietrificazione* o *musealizzazione*, l'obiettivo dell'analisi delle radici culturali sarà quello di portare alla luce le motivazioni, etiche e politiche, che condussero i Costituenti a fare, per così dire, il bilancio dei progressi assiologici a quel momento realizzati, senza tuttavia escluderne una successiva proiezione verso il futuro, in considerazione di una loro caratterizzazione programmatica idonea a consentirne una diversa conformazione interpretativa.

Come giustamente rimarcato da una pregevole dottrina[2] le norme costituzionali contengono principi che sono «al tempo stesso fattori di conservazione e di innovazione, di una innovazione che consiste nella sempre più pregnante e adeguata alle circostanze del presente realizzazione del germe primigenio che costituisce il principio». Nel riprendere una nota suggestione del Calamandrei sulla Costituzione *presbite*, per il Presidente emerito della Consulta il testo fondamentale dello Stato, pur rappresentando «un punto di riferimento del passato», appare in grado di orientare «il futuro», in considerazione di una sua capacità di proiettarsi nel tempo. I principi, in altre parole, continua l'autorevole costituzionalista, «dicono, da un lato, da quale passato si proviene, in quali linee di continuità il diritto costituzionale attuale vuole essere immerso; dall'altro, dicono verso quale futuro la costituzione è aperta».

E così, proprio con riguardo alle norme costituzionali di principio, quali sono quelle che promuovono la partecipazione del nostro Paese ad organismi internazionali idonei ad assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni (art. 11), nessuna indagine diretta ad analizzarne il contenuto potrebbe sottrarsi da un percorso ermeneutico che, partendo dalla loro storicizzazione, pervenga poi,

[1] Sulle atrocità commesse ai danni della popolazione indigena dalle forze armate italiane si rinvia agli approfondimenti realizzati da A. Del Boca nei seguenti volumi*: Gli italiani in Libia*, Milano, 1997; *Italiani, brava gente? Un duro mito a morire*, Vicenza, 2005; *Le guerre coloniali del fascismo*, Roma, 2008.

[2] G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, 237.

attraverso un processo di relativizzazione, ad enuclearne l'effettiva portata alla luce della loro evoluzione esegetica.

Tale capacità di adattamento alle mutate circostanze di fatto ne consentirà l'impiego alla progressiva, e pure imprevedibile, trasformazione delle relazioni internazionali che, a partire dalla Conferenza di Jalta del 1945, ha condotto a conclusione del secondo conflitto mondiale, e a seguito dei Trattati di pace, a una dura contrapposizione tra blocchi di Stati. Ad un fragile equilibrio assicurato dalla deterrenza atomica hanno fatto poi seguito, in estrema sintesi, l'esperienza delle guerre *asimmetriche* (provocate da gruppi terroristici sostenuti da Stati *canaglia*[3]) e, più recentemente, chiare manifestazioni di tipo imperiale da parte di una potenza nucleare, come la Federazione russa, intenzionata a ripristinare, attraverso l'aggressione dell'Ucraina, la propria influenza su Stati ad essa confinanti.

2. *Il ripudio della guerra per la risoluzione delle controversie internazionali*

Di contro all'impostazione della politica estera di tipo interventista e lesiva dell'altrui sovranità, sviluppata dal regime fascista, che aveva condotto ad una umiliante sconfitta bellica, l'intento perseguito alla Costituente fu quello di promuovere un modello di relazioni internazionali proiettato ad assicurare la pace e la giustizia tra le nazioni.

I tragici effetti provocati dal bombardamento atomico delle città di Hiroshima e Nagasaki da parte della aeronautica americana, per costringere le forze militari giapponesi alla resa, rappresentavano un chiaro monito ad un impiego della forza delle armi per risolvere dispute con altri Paesi, anche in considerazione della difficile «distinzione fra guerre difensive e guerre aggressive»[4]. L'esigenza di prevenire il ricorso alla violenza bellica accomunava la maggior parte dei Costituenti[5] coscienti della capacità distruttiva delle nuove armi di distruzione di massa che avevano condotto alle «devastazioni» e allo «sterminio» del nemico.

[3] Cfr. M. Kaldor, *Le nuove guerre. La violenza organizzata nell'età globale*, tr. it., Roma, 2001.

[4] On. U. Nobile, in *Atti A.C.*, sed. del 21 maggio 1947. Le citazioni dei lavori preparatori della Costituzione sono state tratte dai volumi pubblicati a cura della Camera dei Deputati, Segretariato generale, dal titolo *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori,* Roma, 1970; dai *Materiali della Repubblica, Assemblea Costituente*, vol. 1 (*Documentazione generale*), 1991, e vol. 2 (*Principi fondamentali*), Reggio Emilia, 1992, e dal sito internet https://www. nascitacostituzione.it/index.htm, a cura di F. Calzaretti.

[5] Cfr. on.li E. Di Giovanni, in *Atti A.C.*, sed. del 20 maggio 1947; P. Togliatti, in *Atti A.C.*, Prima Sottoc. della Comm. per la Cost., sed. del 3 dicembre 1946 e R. Bencivenga, in *Atti A.C.*, sed. del 13 marzo 1947.

Nel guardare con particolare attenzione alle potenzialità offerte dalle N.U., il cui Statuto era stato approvato nel 1945[6], diffuso fu in questa sede il «sentimento di condanna del fenomeno bellico» non giustificato da un intento meramente difensivo.

Tale orientamento, che prendeva spunto dalla relazione preliminare predisposta all'interno della Commissione Forti da due autorevoli studiosi del diritto internazionale, come Roberto Ago e Gaetano Morelli, intendeva immettere nel nostro testo costituzionale, che si andava ad approvare, una esplicita denuncia della guerra come strumento per il perseguimento della supremazia politica che aveva provocato, per Palmiro Togliatti[7], la distruzione di gran parte del Paese.

Nonostante la contrarietà manifestata da parte di taluni per l'inserimento di una disposizione (art. 4 del progetto) contente la rinuncia all'impiego delle armi[8], prevalse invece l'intento[9] di introdurre, coerentemente alle finalità garantiste di una Costituzione repubblicana, una vibrata condanna, per «ripugnare al sentimento democratico», del ricorso alle armi per finalità di «conquista e di offesa della libertà di altri popoli», di cui aveva in passato fatto frequente «abuso il regime fascista».

Per l'on. Damiani[10] l'introduzione di un articolo di questo genere oltre a fare «onore alla Costituzione italiana (…) e alla Commissione dei 75», in grado di esprimere «una grande sensibilità politica, storica e morale», avrebbe permesso allo Stato italiano di «essere all'avanguardia dei popoli che lavora-

[6] Il quale impegnava gli Stati ad astenersi da qualunque «minaccia» o «uso della forza (…) contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di qualsiasi Stato» (art. 2.4) per risolvere, in opposizione a quanto avvenuto in passato, «le loro controversie» se non con «mezzi pacifici» (art. 2.3).

[7] Cfr. on. P. Togliatti, in *Atti A.C.*, sed. del 13 marzo 1947.

[8] Per l'on. G. Russo Perez, in *Atti A.C.*, sed. del 14 marzo 1947, appariva oltremodo «ridicolo che noi, nazione disarmata, con un esercito ridotto soltanto ai limiti di una forza di polizia, senza navi da guerra, senza fortezze, senza bomba atomica, facciamo affermazioni del genere». Per l'on. F.S. Nitti, in *Atti A.C.*, sed. del 18 marzo 1947, avrebbe fatto certamente «ridere all'estero l'idea che noi», sottoposti al «dominio di fatto di altri popoli» e ridotti ad uno stato di debolezza, ci volevamo assumere «il lusso di darci per primi questa specie di obbligo morale, che non vogliamo la guerra di conquista? Vinti e umiliati ora ingiustamente vogliamo darci il lusso di rinunciare a guerre e a conquiste?».

[9] Cfr. on.li A. Crispo, in *Atti A.C.*, sed. del 13 marzo 1947 e Comm. per la Cost., sed. del 24 gennaio 1947 e M. F. Assennato, in *Atti A.C.*, sed. del 17 marzo 1947.

[10] On. U. Damiani, in *Atti A.C.,* sed. dell'8 marzo 1947, per il quale l'intento da perseguire con la disposizione in esame sarebbe stato quello di rinunziare per sempre alla guerra di «conquista, perché riconosciamo che tutti i contrasti, che qualsiasi contrasto, per quanto grave, per quanto aspro, può sempre essere risolto col ragionamento, poiché il ragionamento – dobbiamo riconoscerlo – rappresenta l'arma più poderosa dell'uomo».

no per l'organizzazione di una pace internazionale». La rinuncia alla guerra come mezzo di conquista avrebbe fatto prevalere, per questo esponente del Movimento unionista italiano, la logica del ragionamento, definita «l'arma più poderosa dell'uomo», per la risoluzione dei contrasti, «per quanto gravi, per quanto aspri» essi fossero stati.

E così, nel rispetto di questo intento perseguito dai Costituenti, il primo alinea dell'art. 11 Cost.[11], di cui viene generalmente apprezzata la portata «immediatamente precettiva»[12], vieta il ricorso del nostro Paese alla violenza bellica che abbia come esclusivo (o comunque prevalente) obiettivo di offendere la libertà di altri popoli (guerra di aggressione, di conquista territoriale, per l'appropriazione di beni altrui) o di risolvere le controversie internazionali, senza aver tentato preliminarmente di percorrere la strada, certamente più pacifica, di tipo diplomatico.

Analoga condanna, per provocare offesa ad un altro Stato, era rivolta a quei comportamenti che pur non sostanziandosi in un'azione di tipo militare, di violenza bellica, avrebbero potuto lo stesso contribuire all'annientamento dell'altrui indipendenza, come la fornitura di armi o l'ospitalità (in porti o aeroporti) a forze armate dello Stato che avesse effettivamente intrapreso un'aggressione militare.

Abbandonata una prima stesura dell'art. 11 Cost., avanzata da Giuseppe Dossetti, che, sulla scia delle conquiste valoriali realizzate dal costituzionalismo francese[13], poi riprese dal Patto di Parigi del 1928[14], proclamava la rinuncia dello Stato italiano alla guerra come «strumento di conquista e di offesa alla libertà di altri popoli» e per la «risoluzione dei conflitti internazionali»[15], in Commissione ebbe la meglio un'altra versione che non ricorreva più all'infelice espressione «guerra di conquista» e al verbo «rinunciare» sostituiva quello

[11] A norma del quale «l'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà di altri popoli e come strumento di risoluzione delle controversie internazionali».

[12] Sulla «natura precettiva e non meramente programmatica» del primo alinea dell'art. 11 Cost. cfr. N. Ronzitti, *Conclusioni: la permanente validità dell'articolo 11 della Costituzione*, in Id. (a cura di), *L'art. 11 della Costituzione. Baluardo della vocazione internazionale dell'Italia*, Napoli, 2013, 180. In analoga direzione si inoltra Bon Valsassina, *Il ripudio della guerra nella Costituzione italiana*, Padova, 1955, 27. Per L. Carlassere, *L'art. 11 della Costituzione nella visione dei Costituenti*, in N. Ronzitti (a cura di), *L'art. 11 della Costituzione. Baluardo della vocazione internazionale dell'Italia*, cit., 2, tale incisività dell'art. 11 Cost. deriva dalla localizzazione tra i «"principi fondamentali" del sistema», pure qualificabili come «principi supremi addirittura immodificabili».

[13] In particolare nella Carta costituzionale del 1791 e nel Preambolo della Costituzione del 1946.

[14] Cosiddetto Patto Briand-Kellog.

[15] Come pure proposto dall'on. P. Treves, in *Atti A.C.*, sed. del 17 marzo 1947.

di «ripudiare», proprio con l'intento di introdurre un «impegno categorico» e un «dovere morale» di non ricorrere allo strumento bellico per risolvere le controversie internazionali.

Alla maggioranza dei Costituenti[16] il riferimento alla guerra imperialista e coloniale, oltre ad apparire poco chiaro e univoco, sembrava alquanto «esagerato» e «grottesco», per un Paese, come il nostro, da poco uscito da una rovinosa sconfitta.

Per esprimere la concreta volontà di rinnegare per l'avvenire qualsiasi proposito aggressivo, sembrò[17] quindi più adatto l'uso del verbo «ripudiare» che aveva una portata più «energica» comprendendo al suo interno sia una manifestazione di «condanna» che di «rinuncia» alla guerra.

3. *La promozione di una pace positiva per ridurre le tensioni tra gli Stati*

Accanto al ripudio della guerra di aggressione e di conquista, in grado di pregiudicare l'autonomia e la libertà di altri popoli, l'art. 11 Cost. avrebbe dovuto favorire, per Giuseppe Dossetti, una maggiore «collaborazione internazionale per il bene comune» attraverso la dismissione di quote di sovranità ad organismi internazionali che fossero in grado di porre rimedio alla «anarchia che ancora dominava le relazioni internazionali»[18].

Per l'on. Corsanego[19] «la protervia con cui ogni Stato ha voluto sostenere in modo assoluto, senza limitazioni, la propria sovranità» era stata la principale causa delle «rovine che si sono verificate in questi ultimi tempi». La realizzazione di un «lungo periodo di pace tra i popoli» avrebbe perciò presupposto un assoggettamento delle Nazioni a norme internazionali che rappresentassero «veramente una sanzione». Tale rinvio a fonti sovranazionali avrebbe consentito, per questo Costituente, di «fare una Costituzione moderna che finalmente» avrebbe infranto «l'attuale cerchio di superbia e di nazionalismo» rappresentando «una mano tesa verso gli altri popoli, nel senso di accettare da un lato delle limitazioni nell'interesse della pace internazionale e col riconoscere dall'altro un'autorità superiore che dirima tutte le controversie» in modo da «mettere la Repubblica italiana tra i pionieri del diritto internazionale».

La rinuncia della propria potestà d'imperio non avrebbe, tuttavia, dovuto provocare la perdita dell'«indipendenza nazionale», ma solo una «riduzione

[16] Cfr. on.li M. Ruini, in *Atti A.C.*, sed. del 24 marzo 1947 e A. Crispo, in *Atti A.C.*, sed. del 13 marzo 1947 e Comm. per la Cost., sed. del 24 gennaio 1947.

[17] Cfr. on. M. Ruini, in *Atti A.C.*, sed. del 24 marzo 1947.

[18] Cfr. on. G. Dossetti, in *Atti A.C.*, Prima Sottoc., sed. del 3 dicembre 1946.

[19] On. C. Corsanego, in *Atti A.C.*, Prima Sottoc., sed. del 3 dicembre 1946.

della prima per la parte ceduta ad una istituzione superiore»[20]: «vogliamo», dichiarò l'on. Togliatti, «che l'Italia sia un paese libero, autonomo politicamente ed economicamente» e quindi scongiurare che possa diventare un «deposito di bombe atomiche, qualunque sia l'efficacia maggiore o minore di questi ordigni di bellica criminalità».

Di contro alla avversione manifestata dall'on. Cevolotto[21], per l'introduzione in Costituzione di una prescrizione favorevole alla limitazione della sovranità dello Stato, che avrebbe dovuto piuttosto rappresentare «materia di trattative e di rapporti internazionali», ebbe invece la meglio un indirizzo desideroso di far emergere nel testo normativo che si andava ad approvare una forte condanna per l'«esagerato nazionalismo (…), matrice di tutte le guerre», che si sarebbe dovuto «estirpare dalle radici», se si voleva assicurare la pace da tutti auspicata[22].

La partecipazione dell'Italia ad una «grande organizzazione internazionale», che si inoltrasse oltre i «confini dell'Europa»[23], quale erano le N.U., rappresentava l'obiettivo cui i Costituenti guardavano con grande interesse. Lo stesso richiamo alla Carta Atlantica[24], sottoscritta nel 1941 dal Presidente degli Stati Uniti, Franklin D. Roosevelt e dal Primo Ministro britannico, Winston Churchill, esprimeva, proprio grazie alla partecipazione a sistemi di sicurezza generale, l'esigenza di perseguire finalità ritenute imprescindibili per rappresentare un efficace deterrente alle aggressioni provenienti dall'esterno. Seppure non mancarono interventi[25] che, preoccupati dei condizionamenti da parte delle grandi potenze nel Consiglio di sicurezza delle N.U. in grado di protrarre la conflittualità tra gli Stati e di mettere in discussione una rigida applicazione del principio di reciprocità[26], dichiararono il loro favore soprattutto per l'ade-

[20] On. C. Bastianetto, in *Atti A.C.*, sed. del 24 marzo 1947.

[21] On. M. Cevolotto, in *Atti A.C.*, Prima Sottoc., sed. del 3 dicembre 1946, per il quale, considerata la variabilità dei rapporti internazionali (…), farne cenno nella Costituzione vorrebbe dire cristallizzare una materia che è di per sé mutevole».

[22] On. C. Terranova, in Atti *A.C.*, sed. 21 ottobre 1947, che esprimeva profonda condanna per un «nazionalismo che è cieco, violento, aggressivo, perché privo di umana e legittima comprensione dei diritti altrui, perché al diritto sostituisce la violenza, alla giustizia la forza».

[23] Cfr. on. M. Ruini, in *Atti A.C.*, Prima Sott. della Comm. per la Costituzione, sed. del 3 dicembre 1946.

[24] Cfr. on. U. Damiani, in *Atti A.C.,* sed. dell'8 marzo 1947.

[25] Cfr. on. G. Pieri, in *Atti A.C.*, sed. del 15 marzo 1947.

[26] La consapevolezza, di quanti parteciparono al dibattito, della inevitabilità di questa asimmetria, che il trascorrere degli anni ha tuttavia dimostrato essere la principale causa della debolezza delle N.U. nella risoluzione delle controversie tra gli Stati, è stata confermata anche in una successiva pronuncia della Corte Costituzionale (sent. n. 300 del 1984). Per il giudice delle leggi, infatti, occorre escludere «che il Costituente avesse inteso alludere ad una reciprocità tale da comportare da parte dei contraenti limitazioni assolutamente identiche a quelle consentite

sione dell'Italia ad un organismo sovranazionale di rilevanza regionale, di tipo federale, come chiaramente auspicato nel progetto elaborato nel 1944 nell'isola di Ventotene da Altiero Spinelli e Ernesto Rossi, più volte richiamato nel corso del dibattito alla Costituente.

In alternativa all'adesione all'organizzazione newyorkese, si sarebbe potuto pensare, per l'on. Pieri[27], ad un «blocco federalista centro-occidentale europeo, sinceramente democratico e pacifista, omogeneo politicamente e vitale economicamente» che avrebbe potuto «esercitare un'utile funzione di pacificazione fra i due blocchi russo e angloamericano».

Nonostante i favori espressi per una maggiore collaborazione all'interno del *vecchio continente*, il riferimento all'Europa fu tuttavia escluso in sede di approvazione dell'art. 4 del progetto.

Ai più appariva utopico che Stati che si erano aspramente contrapposti durante il conflitto da poco concluso potessero dare spazio a una unione di tipo confederale o addirittura federale.

La difficile contingenza storica indusse allora la maggioranza a preferire l'adesione ad un più esteso ordinamento internazionale che andasse oltre i confini continentali, anche in considerazione del rilievo che il riferimento alla più ampia categoria delle organizzazioni internazionali non avrebbe affatto escluso «la formazione di più stretti rapporti nell'ambito europeo»[28].

La risoluzione dell'antinomia tra conservazione della sovranità dello Stato e la presenza di un'autorità sovranazionale dotata di poteri coercitivi e sanzionatori appariva, comunque, il difficile nodo che occorreva sciogliere se si intendeva assicurare all'umanità un lungo periodo di pace.

Per Giorgio la Pira[29], che aveva ben chiare le preoccupazioni espresse nel Manifesto di Ventotene[30], la presenza stessa dello Stato, considerato «incarnazione totale della sovranità», avrebbe reso «inconcepibile una comunità internazionale se non in termini dialettici, cioè di guerra».

dal nostro ordinamento», al punto da ignorare il riconoscimento, previsto al paragr. 3 dell'art. 27 dello Statuto delle N.U., di una «posizione di privilegio, rispetto agli altri partecipanti», dei «cinque Stati membri del Consiglio di sicurezza, ai quali» era già «consentito l'esercizio del potere di "veto"».

[27] On. G. Pieri, in *Atti A.C.*, sed. del 15 marzo 1947.

[28] On. M. Ruini, in *Atti A.C.*, sed. del 24 marzo 1947.

[29] On. G. La Pira, in *Atti A.C.*, sed. dell'11 marzo 1947.

[30] Per i due esiliati nell'isola pontina (A. Spinelli, E. Rossi, *Per un'Europa libera e unita. Progetto per un manifesto*, 22 gennaio 1944, in *Il Manifesto di Ventotene*, Milano, 2006, 12) «la sovranità assoluta degli Stati nazionali ha portato alla volontà di dominio di ciascuno di essi, poiché ciascuno si sente minacciato dalla potenza degli altri e considera suo "spazio vitale" territori sempre più vasti, che gli permettano di muoversi liberamente e di assicurarsi i mezzi di esistenza, senza dipendere da alcuno».

Nella stessa direzione, prendendo spunto dalle teorie kelseniane favorevoli al «superamento del dogma della sovranità statale», per un altro protagonista della rinascita del Paese, quale era Luigi Einaudi[31], occorreva «distruggere e bandire per sempre il dogma della sovranità», causa principale dei frequenti contrasti tra i popoli, «se si vuole che la società delle nazioni nasca vitale».

4. *La cooperazione tra i popoli come antidoto alla conflittualità bellica*

Il perseguimento degli obiettivi prioritari individuati dalla «norma finalistica»[32] contenuta nell'art. 11 Cost., quali sono la pace e la giustizia tra le nazioni, dovrebbe indurre lo Stato ad attivare concrete iniziative di sostegno.

Non a caso tale disposizione fu inserita dal Costituente tra i *Principi fondamentali* che, per riprendere la definizione di Pierandrei[33], rappresentano le basi strutturali della Carta fondamentale per esprimere con maggiore intensità ed immediatezza i «valori politici in cui la Costituzione stessa trova il suo fondamento e per cui lo Stato si caratterizza in modo peculiare».

Attraverso la formula impiegata nel disposto normativo in esame, che apre la strada a forme di collaborazione interstatuale, il Costituente intendeva introdurre una configurazione *positiva* della pace che presuppone una costante e fattiva azione propizia alla riduzione delle distanze tra i popoli, anche di tipo economico e sociale, in presenza di diseguaglianze generatrici di tensioni.

Una definizione di pace, quindi, alternativa a quella *negativa*, pure definita come guerra *fredda* per la persistenza di una tensione tra fronti opposti, che avrebbe garantito un assetto dei rapporti internazionali fondato sulla giustizia e sulla cooperazione fra i popoli, nonché sul metodo democratico nella regolamentazione dei contrasti.

All'approvazione di una diffusa solidarietà, da più parti auspicata durante la Costituente, lo Stato italiano avrebbe dovuto, pertanto, contribuire, nelle parole di Luigi Einaudi[34], promuovendo lo sviluppo di idonee sedi internazionali e, inoltre, svolgendo una mirata azione di politica estera che favorisse il negoziato, gli scambi di informazioni, la riduzione degli armamenti, il riconoscimento delle reciproche sfere di interesse, in una parola che accentuasse

[31] L. Einaudi, *Il dogma della sovranità e l'idea di Società delle Nazioni* (1918) e *Per una federazione economica europea* (1943), in *La guerra e l'Unità Europea*, Bologna, 1986, rispettivamente a 32 e a 95.

[32] Cfr. N. Bobbio, *Pace*, in *Enciclopedia del novecento*, *I Supplemento*, Roma, 1989. Il saggio è stato in seguito ripubblicato dall'Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2020, 39.

[33] F. Pierandrei, *L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia*, in *Giur. Cost.*, 1962, 555.

[34] Cfr. on. L. Einaudi, in *Atti A.C.*, sed. del 29 luglio 1947.

momenti di contatto con altre nazioni al fine di pervenire a soluzioni giuste e imparziali.

L'intento perseguito dal Costituente era quindi quello di favorire una maturazione delle relazioni interstatuali in cui i contrasti fossero risolti facendo ricorso ad una regolamentazione giuridica, nella specie il diritto internazionale, mentre la guerra, configurando uno stato di eccezione, sarebbe stata invece considerata illegittima.

5. *Il legittimo ricorso alla guerra difensiva per respingere un'ingiusta aggressione*

Il ripudio della forza bellica, come strumento di offesa alla libertà di altri popoli e per la risoluzione delle controversie internazionali, non avrebbe tuttavia potuto impedire al nostro Paese di ricorrere all'impiego delle armi per salvaguardare la propria indipendenza e libertà in presenza di una aggressione proveniente dall'esterno, come peraltro consentito dagli artt. 52, 78 e 87, 9° co. Cost.

La rinuncia al ricorso dello strumento bellico non avrebbe in alcun modo comportato l'affermazione di un pacifismo assoluto, nel senso del sacrificio del «diritto» e del «dovere di difesa del territorio, dell'indipendenza, della libertà, della Costituzione», ma solo il «ripudio della guerra di aggressione, di predominio di compressione delle libertà altrui»[35].

Coerentemente al principio di autodifesa individuale, contenuto nella Carta delle N.U. del 1945, elevato dalla stessa a rango di diritto naturale, cui i Costituenti fecero certamente riferimento, veniva considerato non rinunciabile il diritto di ogni Stato di assicurare la salvaguardia dei confini e dell'autonomia di governo sul proprio territorio per reagire ad un attacco in atto attraverso un impiego controllato e misurato della forza. Per l'on. Damiani[36], infatti, «noi non aggrediremo mai nessuno, ma se lo saremo ci difenderemo».

Una volta esauriti tutti i possibili rimedi per consentire la risoluzione pacifica della controversia, la reazione bellica sarebbe stata giustificata nella misura indispensabile per far cessare le ostilità e ripristinare, a seguito dell'occupazione illegittima del territorio, lo *status quo antea.*

La possibilità, in altra direzione, di estendere questo intento difensivo oltre i confini dello Stato, per consentire un'attiva partecipazione delle nostre forze militari ad azioni di difesa collettiva, in presenza di una ingiusta aggressione subita da altri componenti della comunità internazionale, come pure consentito dallo Statuto delle N.U. (art. 51), appariva possibile a seguito del respingimen-

[35] On. M. F. Assennato, in *Atti A.C.*, sed. del 17 marzo 1947.
[36] On. U. Damiani, in *Atti A.C.*, sed. dell'8 marzo 1947.

to alla Costituente, a grandissima maggioranza (332 contrari, 32 astensioni e solo 3 voti favorevoli), di un emendamento, proposto dall'on. Coiro[37] che, riprendendo analoga opportunità consentita dall'art. 9 della Costituzione Giapponese del 1946[38], avrebbe voluto introdurre la rinuncia definitiva all'impiego delle armi in modo da assicurare all'Italia, nello scenario internazionale, una posizione di intransigente neutralità.

L'esigenza di promuovere, in ossequio a quanto prescritto dallo Statuto delle N.U., da cui l'Italia rimaneva ancora esclusa, un'attiva collaborazione, anche difensiva, con gli altri Stati, indusse la maggioranza dei Costituenti a rifiutare una posizione di ferma equidistanza nei rapporti internazionali.

Pur esprimendo una nobilissima aspirazione «dell'animo umano», che conduceva al «disegno di pace perpetua dell'abate di Saint Pierre» ovvero ai «postulati della "Repubblica" di Platone o della "Città di Dio" di Sant'Agostino»[39], questa prospettazione di un pacifismo assoluto in Costituzione appariva inopportuna, rischiando per di più di condizionare le stesse generazioni future.

Per l'on. Colombi[40] la «terribile esperienza dell'ultima guerra, dove i diritti delle genti sono stati calpestati con una assenza completa di scrupoli», induceva ad escludere qualunque costituzionalizzazione di una «neutralità disarmata» e di un pacifismo illusorio. Tale scelta avrebbe infatti condotto l'Italia «alla mercé del primo Paese straniero» che ne avesse voluto fare una «terra di conquista o un campo di battaglia».

Per l'on. Terracini[41] l'impegno ad «adempiere a quanto stabilito dall'organizzazione delle N.U.» rendeva possibile l'approvazione da parte del nostro Governo, all'esito di una previa autorizzazione del Parlamento con legge, della «spesa necessaria per fornire i contingenti richiesti» per la difesa degli Stati ingiustamente aggrediti.

Il rifiuto di una impostazione della politica estera di tipo isolazionista emerse pure in occasione dell'esame del Trattato di pace firmato a Parigi il 10 febbraio 1947.

[37] L'emendamento dell'on. A. Coiro, in *Atti A.C.*, sed. del 20 maggio 1947, statuiva che «la Repubblica, nell'ambito delle convenzioni internazionali, attuerà la neutralità perpetua». A favore dell'emendamento si espressero gli on.li. T. Benedetti, in *Atti A.C.*, sed. del 25 luglio 1946; A. Azzi, in *Atti A.C.*, sed. del 20 maggio 1947 e U. Calosso, in *Atti A.C.*, sed. del 20 maggio 1947.

[38] A norma del quale il popolo giapponese avrebbe rinunciato «per sempre alla guerra quale diritto sovrano della Nazione ed alla minaccia o all'uso della forza come mezzo per la risoluzione delle dispute internazionali».

[39] On. E. Di Giovanni, in *Atti A.C.*, sed. del 19 maggio 1947.

[40] On. A. Colombi, in *Atti A.C.*, sed. del 21 maggio 1947.

[41] On. U. Terracini, in *Atti A.C.*, Prima Sez. della seconda Sottoc. della Commissione per la Costituzione, sed. del 20 dicembre 1946.

E così per l'on. Sforza[42] sarebbe stato necessario «abbandonare» sul piano internazionale ogni aspirazione di impostazione isolazionista che, avviata «col fascismo», si era conclusa «con la violenza e il sangue della guerra del 1940».

Per l'autorevole Costituente «solo attraverso una politica internazionale di collaborazione profonda» si sarebbero poste le condizioni per «salvare la democrazia e la pace in casa nostra». Da qui il favore per l'ex Ministro degli esteri del Regno d'Italia, costretto all'esilio dal regime fascista, per l'unità europea e per lo sviluppo di una sua armonizzazione economica, a condizione di coinvolgere anche la Russia[43], come antidoto alla «politica dei blocchi» che avrebbe certamente favorito il ricorso alla guerra[44]. Una collaborazione tra le nazioni, che si erano fino ad allora tragicamente combattute, avrebbe consentito invero quel «coordinamento di sforzi per un maggiore benessere ed una più alta civiltà di tutti noi italiani e francesi e britannici e russi e così via». L'isolamento del nostro Paese «dal resto del continente» avrebbe rappresentato un insormontabile ostacolo per la «creazione di un complesso europeo interessato alla pace»[45].

6. *Considerazioni conclusive: sviluppi interpretativi dell'apertura costituzionale alla guerra difensiva*

L'introduzione nel testo fondamentale dello Stato del principio pacifista e del sacro dovere di difesa dello Stato rappresenta un inderogabile argine a possibili derive esegetiche favorevoli alla legittimazione della violenza bellica per finalità *contra constitutionem* e, allo stesso, tempo lesive del diritto internazionale, espressamente richiamato agli artt. 80 e 117, 1° comma Cost., cui inesorabilmente condurrebbero gli interventi armati effettuati in via preventiva[46] ovvero

[42] On. C. Sforza, in *Atti A.C.*, sed. dell'11 marzo 1946, dedicata alla approvazione del Trattato di pace.

[43] On. C. Sforza, *ibidem*, a giudizio del quale non si sarebbe potuto infatti immaginare «una Europa senza la Russia».

[44] Per lo stesso on. G. Pieri, in *Atti A.C.*, sed. del 15 marzo 1947, la prevalenza, all'interno delle N.U., «della politica delle zone di influenza, di equilibrio politico, di blocchi», nel condurre alla guerra senza risolvere «nessuno dei problemi fondamentali» aveva continuato a «dividere il mondo» a causa, in particolar modo, di una «atmosfera di sospetto e di equivoco».

[45] On. C. Sforza, in *Atti A.C.*, sed. dell'11 marzo 1946.

[46] Che conducono ad esprimere perplessità sull'intervento effettuato dalle forze Nato, nell'ambito della operazione *Deliberate Force*, per bombardare Belgrado al fine di interrompere i genocidi perpetrati dalle truppe serbe ai danni della popolazione del Kosovo (1995). In questa occasione il nostro Paese collaborò all'azione non solo attraverso la concessione dell'uso dei suoi aeroporti, ma anche con l'attiva partecipazione di velivoli militari alla stessa missione.

quelli avviati con finalità di ritorsione o di rappresaglia dopo il respingimento dell'aggressore[47].

In considerazione della evoluzione dei rapporti internazionali, impensabile ai tempi della Costituente, non rientra invece nei limiti imposti dai Padri della Repubblica il ricorso, coerente a quanto disposto dalla Statuto delle N.U., ad interventi armati a fini umanitari, di interposizione o polizia internazionale, per respingere l'aggressore di uno Stato alleato e far cessare le ostilità, a garanzia della *sicurezza collettiva*, che vanno oltre la mera difesa del territorio italiano.

Di contro a quanti vorrebbero, infatti, circoscrivere l'impiego delle armi esclusivamente per assicurare la difesa *individuale* del territorio italiano, in ossequio alle regole di ingaggio disciplinate dagli artt. 52, 78 e 87, 9° comma Cost., una lettura organica dell'ordito costituzionale, comprensiva degli artt. 10 e 11 Cost., aperta allo sviluppo della collaborazione con altri Stati, ha consentito la partecipazione del nostro Paese ad operazioni di difesa collettiva in territori distanti dai nostri confini nazionali, oggi variamente definite di *peace keeping*, *peace building*, *peace making*, *peace enforcement*.

In conformità a quanto prescritto dagli artt. 42 e 51 dello Statuto dell'organismo internazionale con sede a New York, cui nel periodo fondativo della Repubblica si guardava con attenzione nella speranza di una auspicata adesione del nostro Paese[48], tale partecipazione delle forze armate italiane, per separare i contendenti con azioni di interposizione militare, ovvero per respingere illegittime invasioni subite da altri Stati membri delle N.U., potrà avvenire soltanto a seguito di una deliberazione del Consiglio di sicurezza.

Di dubbia congruenza con il nostro disposto costituzionale sarebbe invece quell'interpretazione che teorizza la formazione di una prassi internazionale, che avrebbe addirittura assunto «rango costituzionale»[49] grazie allo scivolo offerto dall'art. 10 Cost., la quale consentirebbe, in deroga ai cit. artt. 42 e 51 dello Statuto delle N.U., la possibilità di ricorrere ad interventi coercitivi unilaterali (da parte di Stati singoli o associati) di sostegno al Paese aggredito,

[47] Come nel caso dell'operazione *Iraqi Freedom,* avviata (2003) da una coalizione guidata dagli Stati Uniti che, pur non coinvolgendo attivamente l'Italia nelle operazioni belliche, prevedeva tuttavia l'uso delle basi militari situate nel nostro Paese per le esigenze di transito, di rifornimento e di manutenzione dei mezzi, nonché il sorvolo dello spazio aereo nazionale.

[48] Intervenuta soltanto il 15 dicembre 1955 a distanza di più di otto anni dalla sottoscrizione a Parigi (10 febbraio 1947) del Trattato di pace fra l'Italia e le potenze vincitrici della seconda guerra mondiale.

[49] G. De Vergottini, *Il "ripudio della guerra", il divieto dell'uso della forza e l'invio delle missioni militari all'estero*, in N. Ronzitti (a cura di), *L'art. 11 della Costituzione. Baluardo della vocazione internazionale dell'Italia*, cit., 67, che ritiene si sia formata «una tacita modifica derogatoria *pro parte* del disposto costituzionale». Dello stesso Autore cfr. anche *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004, 65.

nonostante l'assenza di una previa delibera del Consiglio di sicurezza, in considerazione della paralisi determinata dall'esercizio del diritto di veto da parte di una delle cinque potenze dotate di seggio permanente.

Pur convenendo sulla necessità di una riforma delle N.U., che ponga rimedio al difettoso funzionamento dei suoi organi di governo, la deroga, da parte di una fonte del diritto consuetudinario, aprirebbe la strada a inaccettabili derive: nel rimettere l'impiego della violenza delle armi a decisioni unilaterali fondate sugli effettivi rapporti di forza presenti a livello globale, tale opportunità sarebbe in grado di giustificare pure l'esercizio di una *doppia morale*, non potendo garantire eguali interventi in tutti i casi di violazione dei diritti fondamentali.

Analoga legittimazione alla partecipazione delle forze armate italiane deriverà dagli impegni assunti nel quadro della Alleanza Atlantica che impongono (art. 5) a ciascuno dei firmatari del Trattato di assistere (nell'esercizio del diritto di legittima difesa, individuale o collettiva, riconosciuto dall'art. 51 dello Statuto delle N.U.) «la parte o le parti (…) attaccate intraprendendo immediatamente, individualmente e di concerto con le altre parti l'azione che giudicherà necessaria, ivi compreso l'uso della forza armata, per ristabilire e mantenere la sicurezza nella regione dell'Atlantico settentrionale». Quanto precede in virtù del principio secondo cui «un attacco armato» contro uno o più degli Stati membri «in Europa o nell'America settentrionale sarà considerato come un attacco diretto contro tutte le parti».

Nonostante il blocco del Consiglio di sicurezza, non sembrerebbe, tuttavia, rientrare nella suddetta delimitazione degli interventi collaborativi la possibile fornitura ad uno Stato illegittimamente aggredito (come l'Ucraina estraneo, peraltro, all'Alleanza Atlantica) di sistemi di armamento in grado di supportarlo per consentirgli di esercitare autonomamente il diritto di autodifesa individuale, così da respingere e neutralizzare un attacco proveniente dall'esterno.

A favore di questa apertura, autorizzata nel nostro Paese da decreti legge (successivamente convertiti in legge[50]) e confermata da risoluzioni approvate

[50] A seguito della emanazione dei primi due decreti legge (n. 14/2022, conv. in legge n. 28/2022, e n. 16/2022, abrogato dalla legge n. 28/2022, che faceva tuttavia salvi gli effetti dallo stesso prodotti), il Governo si è impegnato a fornire la più ampia assistenza umanitaria, finanziaria, economica e anche militare all'Ucraina, attraverso la cessione di apparati e strumenti militari, indispensabili per consentire al Paese aggredito di esercitare il diritto di legittima difesa. Il più recente decreto legge n. 200/2024, conv. in legge n. 7/2025, ha prorogato l'autorizzazione alla cessione in favore delle autorità governative dell'Ucraina di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari fino al 31 dicembre 2025.

a larga maggioranza da entrambe le Camere, convergono sia fonti del diritto internazionale[51] e sovranazionale[52] che di rilievo statale[53].

Si tratta di un sostegno, basato esclusivamente su forniture militari con esclusione di una attiva partecipazione delle forze armate italiane alle operazioni belliche, che conferma peraltro precedenti prassi di assistenza adottate a beneficio di Governi e popolazioni straniere la cui sicurezza era stata messa in grave pericolo[54].

[51] Il Trattato sul commercio delle armi (*Arms Trade Treaty – ATT*), adottato il 2 aprile 2013 tramite voto dall'Assemblea Generale dell'ONU ed entrato in vigore il 24 dicembre 2014, tra i Principi riconosce «il rispetto dell'interesse legittimo di ogni Stato ad acquisire armi convenzionali per esercitare il proprio diritto alla legittima autodifesa».

[52] Con due risoluzioni, approvate a larghissima maggioranza in data 1° marzo 2022 e 16 febbraio 2023, il Parlamento europeo, nel condannare l'invasione dell'Ucraina, deliberava anche il necessario sostegno militare attraverso il finanziamento per l'acquisto delle armi.

[53] L'art. 1 della legge n. 185 del 1990 (recante «Nuove norme sul controllo dell'esportazione, importazione e transito dei materiali di armamento»), nel vietare l'esportazione ed il transito di materiali di armamento verso i Paesi in stato di conflitto armato, consente deroghe qualora fossero necessarie per assicurare «il rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia» o per dare esecuzione alle «diverse deliberazioni del Consiglio dei Ministri, da adottare previo parere delle Camere».

[54] Con delibera del Consiglio dei Ministri del 29 agosto 2014, a seguito dell'approvazione del 20 agosto 2014 da parte delle Commissioni riunite Affari esteri e difesa delle Camere, l'Italia autorizzava l'invio di dispositivi militari (armi leggere e munizioni) in Iraq per essere «destinati alle autorità regionali curde impegnate a contrastare l'offensiva del sedicente "Stato islamico" nella parte centro settentrionale del territorio iracheno». Analogo trasferimento, questa volta di equipaggiamenti militari non letali, era stato deciso con delibera del Consiglio dei Ministri del 17 agosto 2021 a favore delle forze di sicurezza libanesi, previa risoluzione della Camera dei Deputati del 15 luglio 2021 e del Senato del 4 agosto 2021. Le notizie sono state tratte da Camera dei Deputati, Servizio Studi, XVIII legislatura, *Documentazione per l'esame dei progetti di legge, Dossier n. 544 – Schede di lettura 1° marzo 2022*, reperibile all'indirizzo https://documenti.camera. it/Leg18/Dossier/Pdf/D22014.pdf.

Anna Ciammariconi[*]

USO DEI PRECEDENTI STRANIERI E TECNICHE ARGOMENTATIVE DEI TRIBUNALI COSTITUZIONALI DI SPAGNA E PORTOGALLO: IL CASO DEL MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il quadro normativo portoghese e il suo *background*. – 3. Le principali tappe giurisprudenziali lusitane: in particolare gli *Acórdãos* n. 359 del 2009 e n. 121 del 2010. – 4. La *Ley* spagnola n. 13 del 2005. – 5. La sentenza del *Tribunal Constitucional de España* n. 198 del 2012. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

A partire dal nuovo millennio, un ampio numero di legislatori nazionali ha provveduto a riformare la disciplina sul diritto di famiglia, in generale, e sull'istituto del matrimonio, in particolare[1]. Tra le misure che maggiormente hanno impegnato i Parlamenti nazionali figura quella relativa alla regolamentazione delle unioni tra persone dello stesso sesso, incluso l'accesso per queste ultime all'istituto del matrimonio[2]. Nelle circostanze – che pure non sono mancate –

[*] Associata di Diritto pubblico comparato presso il Dipartimento di Scienze politiche dell'Università di Teramo. Il presente scritto costituisce una versione aggiornata del contributo *Jurisprudencia constitucional en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo en los ordenamientos ibéricos: uso de los antecedentes extranjeros en las técnicas argumentativas de los Tribunales Constitucionales*, in AA.VV., *Annuario Italo-Iberoamericano di Diritto costituzionale*, Napoli, 2014, 63-68.

[1] Cfr. il numero monografico della Rivista *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* sul tema *La tutela della famiglia nelle democrazie contemporanee: tra pluralismo dei modelli e multiculturalismo*, di G. Cerrina Feroni, T.E. Frosini (a cura di), Torino, 2/2010, 391 ss.

[2] Copiosa è ormai la produzione dottrinale sull'argomento sia in Italia che all'estero. Oltre al testo citato in nt. 1, v. almeno M. GATTUSO, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in P. ZATTI (dir.), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. 1, *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2011, spec. 793 ss.; T. GROPPI, N. VIZIOLI (a cura di), *Matrimonio tra persone dello stesso sesso*, numero monografico della Rivista *Ianus*, 4/2011, in http://www3.unisi.it/dipec/pubblicazioni.php. Spunti di riflessione utili possono trarsi anche dal contributo di R. IBRIDO, A. ROMANO, A. SCHILLACI (a cura di), Same-sex marriage *e riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso*, *Dossier* disponibile sul sito dell'Associazione Italiana Costituzionalisti (www.rivistaaic.it) nonché dal *Dossier* curato da P. PASSAGLIA, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei* (con riferimenti anche ad esperienze di area extraeuropea), in www.cortecostituzionale.it/ActionPagina1123.do. Al tema, il Prof. S. PRISCO ha dedicato parte della sua speculazione scientifica, come dimostrano le opere: *Amore che vieni, Amore che vai. Giurisprudenza costituzionale e unioni omosessuali*, Napoli, 2013; *Una nuova problematica frontiera dell'uguaglianza*, in F. Corbisiero (a cura di), *Comunità omoses-*

in cui i legislatori si sono mostrati invece particolarmente refrattari all'adozione di espresse previsioni volte a disciplinare il *same-sex marriage*, deve comunque registrarsi il decisivo ruolo giocato dalla giurisprudenza (costituzionale e non) nell'aver contribuito ad estendere in via pretoria l'accesso all'istituto matrimoniale per le coppie formate da persone dello stesso sesso[3].

Il contributo in parola si sofferma sul possibile nesso esistente tra la giurisprudenza (in special modo quella costituzionale) relativa al matrimonio omosessuale e il diffondersi della prassi che può riassumersi con l'espressione di "interazione tra Corti" ovvero, più correttamente, di uso dei precedenti stranieri da parte dei giudici[4]. In particolare, l'analisi della giurisprudenza costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso finisce per costituire un osservatorio privilegiato utile a cogliere il grado di apertura di un ordinamento a parametri extra-sistemici[5] ovvero rappresenta un tema capace di alimentare – come sovente accade per questioni connotate dalla forte carica etica[6] – se non proprio l'"interazione fra giurisprudenze", quantomeno la convergenza di argomenti fatti propri da Corti e Tribunali[7].

suali. Le scienze sociali sulla popolazione LGBT, Milano, 2013; S. Prisco, M. Monaco, *L'Italia, il diritto e le unioni affettive stabili di carattere non tradizionale. Un panorama di problemi e di possibili soluzioni*, in *BioLaw Journal*, n. 2/2014; *Le unioni omosessuali: alcuni problemi rimasti aperti e le prospettive delle loro possibili soluzioni nell'ordinamento italiano*, in G. D'Angelo (a cura di), *Rigore e curiosità. Scritti in memoria di Maria Cristina Folliero*, Torino, 2018.

[3] Esempi significativi si traggono dall'analisi di alcune esperienze latinoamericane, tra cui spiccano i casi di Argentina e Colombia: v. N. Vizioli, *La legittimità costituzionale del matrimonio tra persone dello stesso sesso nella giurisprudenza argentina*, e I. Spigno, *Tecniche di interpretazione costituzionale nel riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali in Colombia*, in T. Groppi, N. Vizioli (a cura di), *Matrimonio tra persone dello stesso sesso*, cit., rispettivamente, 139 ss. e 235 ss.

[4] Anche in tal caso, la produzione scientifica sul tema è molto vasta. *Ex multiis* v.: L. Pegoraro, P. Damiani, *Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/1999, 411 ss.; G. Alpa (a cura di), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Milano, 2006; J. Allard, A. Garapon, *La mondializzazione dei giudici. Nuova rivoluzione del diritto*, Macerata, 2006; G.F. Ferrari, A. Gambaro (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, 2006; L. Pegoraro, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato: un'analisi comparatistica*, Bologna, 2007; B. Markesinis, J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bologna, 2009; G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; T. Groppi, M-C. Ponthoreau (eds), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, 2013.

[5] Utili spunti di riflessione possono cogliersi, con specifico riferimento all'esperienza del Sudafrica, in A. Lollini, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2007, 479 ss.

[6] Cfr. in tal senso T. Groppi, N. Vizioli, *Prefazione*, in T. Groppi, N. Vizioli (a cura di), *Matrimonio tra persone dello stesso sesso*, cit., 5 ss.

[7] Al riguardo, cfr. G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., *passim*.

In questa sede vengono prese in considerazione le esperienze di Portogallo e Spagna, nei cui ordinamenti è stato legittimato – in tempi e con modalità differenti – il *same-sex marriage*[8]. Molteplici e interessanti sono le analogie riscontrabili dall'osservazione dei due Paesi[9]: si pensi, in particolare, alle argomentazioni rese dai rispettivi Tribunali costituzionali circa la legittimità degli atti normativi adottati in tema di matrimonio omosessuale e, per quel che più interessa in questa sede, all'uso di precedenti giurisprudenziali stranieri ad opera dei due organi di giustizia costituzionale. In altri e più diretti termini, tanto le pronunce emesse dai *Juízes* di Lisbona quanto la decisione resa dai *Magistrados* di Madrid sul tema in esame appaiono interessanti sotto la specifica lente dell'attenzione e dell'interesse mostrati nei confronti dell'apertura al dato comparato[10]: la presenza costante di riferimenti normativi e, soprattutto, giurisprudenziali ad esperienze straniere assume infatti un significato tutt'altro che marginale. Tale particolare inclinazione non deve indurre, tuttavia, alla formulazione di conclusioni azzardate: l'"apertura" ai precedenti giurisprudenziali stranieri raramente può leggersi in termini di instaurazione di un'effettiva influenza reciproca tra Corti. Nella maggior parte dei casi, infatti, l'avvertita necessità di ricorrere all'uso di "altre giurisprudenze" risponde all'esigenza di dotare le proprie decisioni di una particolare carica persuasiva attraverso il "conforto" recato dai precedenti posti in essere da giudici stranieri, specialmente quando oggetto del giudizio sono tematiche eticamente sensibili[11].

2. *Il quadro normativo portoghese e il suo* background

In Portogallo, l'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso è disciplinato dalla legge n. 9 del 31 maggio 2010, rubricata *Lei* che «*Permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo*». Mediante l'atto normativo sono

[8] In argomento v., nella letteratura italiana: sull'esperienza spagnola, M. Iacometti, *La tutela della famiglia in Spagna*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2010, 613 ss., R. Ibrido, *Spagna. Il Tribunal Constitucional spagnolo riconosce la legittimità costituzionale della legge sul matrimonio omosessuale*, in *DPCE online*, 4/2012; sul caso portoghese, E. Sorda, Same-sex marriage*: il caso portoghese*, in T. Groppi, N. Vizioli (a cura di), *Matrimonio tra persone dello stesso sesso*, cit., 173 ss., sia altresì consentito rinviare ad A. Ciammariconi, *Le dinamiche evolutive della tutela giuridica della famiglia e del matrimonio nell'ordinamento portoghese*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2010, spec. 686-692.

[9] L. Conte, *Matrimonio omosessuale e giustizia costituzionale: la posizione del Tribunale costituzionale portoghese (sentenza n. 121/2010) e del Tribunale costituzionale spagnolo (sentenza n. 198/2012)*, in www.forumcostituzionale.it.

[10] In generale, sull'uso della comparazione da parte degli organi di giustizia costituzionale considerati cfr. G.F. Ferrari, A. Gambaro (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, cit., rispettivamente, 1 ss. e 63 ss.

[11] G. de Vergottini, *Oltre il dialogo*, cit., spec. 97 ss.

state modificate, in particolare, le disposizioni del Codice civile lusitano in cui si alludeva espressamente alla necessaria differenza di sesso dei nubendi ai fini della validità del matrimonio medesimo. Secondo l'art. 2 della *Lei* n. 9/2010, infatti, la lettera dell'art. 1577 c.c. (la cui redazione risaliva alla riforma del 1977) viene alterata per via dell'eliminazione della formula «*de sexo diferente*» accanto ai termini «*duas pessoas*»: il matrimonio diviene dunque «*o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código*». Analoga revisione ha subito l'art. 1591 c.c. e in termini pressoché convergenti è stato novellato anche l'art. 1690 c.c., nel cui disposto le parole «*marido*» e «*mulher*» sono sostituite da quella di «*cônjuges*». Sempre in linea con tale impostazione, si segnala l'abrogazione dell'art. 1628.e c.c., il quale annoverava, tra le cause di inesistenza del matrimonio, quella «*por duas pessoas do mesmo sexo*» (art. 5, *Lei* n. 9/2010). La parificazione tra coppie costituite da persone del medesimo sesso e coppie formate da persone di sesso diverso non è stata estesa – come invece è accaduto nell'esperienza spagnola – alla disciplina relativa all'istituto dell'adozione, che rimaneva, almeno inizialmente, appannaggio delle sole coppie composte da uomo e donna.

Il *drafting* asciutto ed essenziale della *Lei* n. 9/2010 tradisce, quanto meno sul piano giuridico-formale, il tortuoso *iter* di approvazione che ha interessato l'atto normativo in parola: unitamente al prevedibile, acceso dibattito in seno al Parlamento portoghese, il varo della legge è stato preceduto da numerose censure da parte dell'allora Capo dello Stato, Aníbal Cavaco Silva, nonché dal rigoroso vaglio del *Tribunal Constitucional* lusitano (TC).

Nel tentativo di ripercorrere le tappe principali che hanno segnato il processo di adozione della *Lei* n. 9/2010, la decisiva virata verso la legittimazione in Portogallo del *casamento entre pessoas do mesmo sexo* può cogliersi non solo nella volontà manifestata in tal senso dalla maggioranza di Governo – guidata dall'ex *Primeiro-Ministro* socialista José Sócrates – ma anche nelle novità introdotte al testo della Costituzione (*Constituição da República Portuguesa* – CRP) in occasione della *VI Revisão Constitucional* del 2004. In particolare, la novella apportata all'art. 13.2 CRP – rubricato «*Princípio da igualdade*» – attraverso l'ampliamento delle fattispecie nei confronti delle quali è fatto divieto di porre in essere trattamenti discriminatori con l'esplicita aggiunta del riferimento all'orientamento sessuale[12] ha aperto un varco alla legittimazione del matrimonio

[12] Dopo la riforma costituzionale in discorso, l'art. 13.2 CRP sancisce quanto segue: «*[n]inguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual*».

tra persone dello stesso sesso, tanto che all'indomani della riforma costituzionale del 2004 una significativa parte della dottrina lusitana reputava le disposizioni del codice civile in tema di matrimonio non più coerenti con la nuova cornice costituzionale. Secondo tale posizione, l'esplicito riferimento all'orientamento sessuale dell'art. 13.2 CRP in combinato disposto con quanto sancito nell'art. 36.1 CRP (secondo cui «*[t]odos têm direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade*») avrebbe implicitamente generato l'accoglimento nell'ordinamento portoghese dell'istituto del *same-sex marriage*. Gli sviluppi successivi della vicenda hanno dimostrato come i fatti non stessero esattamente nei termini appena accennati. Sebbene il novellato disposto costituzionale facesse esplicito riferimento al divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, ciò non costituiva di per sé elemento sufficiente ad ammettere nell'ordinamento l'istituto del matrimonio omosessuale, tant'è che si è reputato necessario il successivo intervento del legislatore, facilitato in tale compito dal rinnovamento della compagine dei rappresentanti in seguito alle elezioni del 2005: la vittoria del centrosinistra (con la formazione dei due consecutivi Governi presieduti da J. Sócrates) consentiva al tema del matrimonio omosessuale di entrare concretamente nell'agenda politica. La conseguente coabitazione determinatasi nello scenario politico e istituzionale del Paese per via della presenza di un Presidente della Repubblica (quale Cavaco Silva) espressione dell'area *Social Democrata* e di un Primo Ministro (come Sócrates) riconducibile alla compagine *Socialista* non dava adito a dubbi sulla circostanza per cui il percorso di adozione della legge in esame sarebbe stato senz'altro difficoltoso[13], come può anche implicitamente desumersi prendendo in considerazione il coinvolgimento del TC sulla problematica.

L'iniziale divieto all'istituto dell'adozione per le coppie sposate e formate da persone dello stesso sesso viene superato solo nel 2016, quando viene approvata la *Lei* n. 2[14]. L'*iter legis*, anche in questo caso particolarmente tortuoso,

[13] È il caso di ricordare che nel sistema portoghese al Capo dello Stato, eletto a suffragio universale, compete, con riferimento all'*iter legis*, «*[p]romulgar e mandar publicar as leis, os decretos-leis e os decretos regulamentares*» (art. 134.b CRP). A proposito della promulgazione, il Presidente della Repubblica gode anche di un diritto di veto sospensivo, superabile dall'*Assembleia da República* con un voto «*por maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções*» (art. 136.1-2 CRP). Inoltre, spetta al Capo dello Stato il potere di richiedere al TC il controllo *preventivo* di costituzionalità «*de normas constantes de leis, decreto-leis e convenções internacionais*» (art. 134.g; v. anche art. 278 CRP).

[14] Rubricata *Elimina as discriminações no acesso à adoção, apadrinhamento civil e demais relações jurídicas familiares, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, à primeira alteração à Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, à vigésima terceira alteração ao Código do Registo Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de junho, e à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 121/2010, de 27 de outubro*.

ha visto il testo approvato dall'*Assembleia da República* ricevere il veto del Presidente della Repubblica Cavaco Silva, circostanza, quest'ultima, superata da una nuova approvazione parlamentare, a maggioranza assoluta. La legge modifica, tra l'altro, gli artt. 3 e 5 della *Lei* n. 9 del 2020 e sancisce, in particolare, la legittimità dell'adozione, *em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo*, precisando che nessuna norma legislativa o regolamentare in tema di adozione *pode ser interpretada em sentido contrário ao disposto no número anterior* ed indipendentemente *do sexo dos cônjuges*. In precedenza, il legislatore aveva tentato di sottoporre a *referendum* la questione della coadozione e adozione di figli per le coppie formate da persone dello stesso sesso, e sul punto era preventivamente intervenuto il *Tribunal Constitucional*. L'*Acórdão* n. 176 del 2014 dichiarava incostituzionale la richiesta per varie motivazioni, tra cui il venir meno della chiarezza e univocità del requisito referendario nonché profili che circoscrivevano l'elettorato chiamato a potersi pronunciare nella consultazione diretta[15].

3. *Le principali tappe giurisprudenziali lusitane: in particolare gli* Acórdãos *n. 359 del 2009 e n. 121 del 2010*

Dapprima in sede di controllo concreto e successivamente attraverso il controllo preventivo di costituzionalità, la Corte costituzionale portoghese ha avuto modo di occuparsi del tema del *same-sex marriage* nei già menzionati *Acórdãos* n. 359 del 2009 e n. 121 del 2010.

Il caso che dà origine alla sentenza n. 359/2009 giunge dinanzi ai giudici costituzionali dopo una serie di pronunce – emesse dal *Tribunal Cível* di Lisbona, dal *Tribunal da Relação* di Lisbona e dal *Supremo Tribunal de Justiça* – originatesi, a partire dal 15 febbraio 2007, dai ricorsi susseguenti al diniego opposto (per mancanza del requisito della diversità tra i sessi) dal *Conservador do Registo Civil* all'istanza formale di matrimonio civile da parte di una coppia di donne. Sebbene adottato a maggioranza[16], l'*Acórdão* n. 359/2009 non considera contrastanti con la CRP le norme del *Código Civil* (c.c.) relative al *regime do casamento*, in cui, tra l'altro, si fa esplicito riferimento alla necessaria condizione della diversità fra i sessi dei coniugi. In particolare, nella pronuncia

[15] Sia consentito rinviare ad A. Ciammariconi, *Il Tribunal Constitucional portoghese dichiara incostituzionale la proposta parlamentare di referendum su coadozione e adozione di figli per coppie omosessuali*, in *DpceOnline*, 1/2014, 1-7.

[16] La sentenza in questione reca infatti due "voti particolari" (*declarações de voto*) dei giudici, nella forma di voti *vencidos*. Per un commento, in un'ottica comparata con il caso italiano (sent. n. 138 del 2010), v. E. Crivelli, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, in http://archivio.rivistaaic.it/rivista/2010/00/Crivelli001.pdf.

in discorso, i giudici costituzionali concludono che, nonostante il riferimento all'orientamento sessuale nell'art. 13.2 CRP in forza della revisione costituzionale del 2004, dal testo della *Lei Fundamental* non discende alcun obbligo immediato alla legittimazione del matrimonio omosessuale[17]. D'altro canto – e, se si vuole, in senso speculare – il giudice di costituzionalità non ritiene necessaria una previa modifica della CRP al fine di introdurre il *same-sex marriage* nell'ordinamento portoghese: secondo il TC, infatti, ricade solo ed esclusivamente sul legislatore ordinario il compito di decidere se regolamentare o meno tale forma di unione matrimoniale, atteso che la Costituzione non contiene nel suo articolato un concetto "cristallizzato" di matrimonio: essa è «*aberta ao futuro*» e non esclude pertanto che possano essere giuridicamente riconosciute e tutelate altre forme di unioni (*comunhões de vida*) tra individui[18].

Nell'assumere via via la propria "fisionomia", l'*iter* argomentativo del TC fa leva su un costante e copioso riferimento alla giurisprudenza straniera pregressa sull'argomento[19]. I giudici si appuntano sui passaggi più importanti delle decisioni emesse dalle Corti di alcuni Stati federati americani (si va dal noto caso *Baher v. Lewin* della *Supreme Court* delle Hawaii risalente al 1993 alla sentenza *Baker v. State* della *Supreme Court* del Vermont del 1999, dalla decisione *Goodridge v. Department of Public Health* della Corte suprema del Massachusetts del 2003 alla sentenza *Lewis v. Harris* emessa dalla Corte suprema del New Jersey nel 2005, dalla recente pronuncia *In re Marriage* della *Supreme Court* californiana del 2008 al caso *Elizabeth Kerrigan et al. v. Commissioner of Public Health et al.* anch'esso del 2008, fino alla sentenza della Corte suprema dello Stato dell'Iowa in *Varnum v. Brien* del 2009, unica decisione, tra quelle menzionate, assunta all'unanimità), del Canada (il TC si sofferma, in particolare, sul "*leading case*" *Egan v. Canada*, in tema di divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale. Si richiamano altresì le pronunce emesse, nel 2003, dalla Corte d'Appello della Columbia britannica e, nel 2004, dalla Corte d'Appello dell'Ontario, e riguardanti, rispettivamente, i casi *Barbeau v. British Columbia* e *Halpern v. Canada*, per concludere, infine, con un riferimento alla decisione *Reference re Same-Sex Marriage* della Corte suprema canadese del

[17] Fin dall'*incipit* dei *Fundamentos*, il TC sottolinea che la disposizione contenuta nell'art. 1577 c.c. «*não atentaria contra o disposto no artigo 13 da Constituição, antes de mais, porquanto o princípio aqui consagrado não impede que o legislaor ordinário proceda a distinções, mas apenas impede as discriminações arbitrárias*» (p.to 6, *Acórdão* n. 359/2009).

[18] Analoga impostazione è fatta propria, come meglio si dirà, dal *Tribunal Constitucional de España*.

[19] Al p.to 7 dell'*Acórdão* n. 359/2009 si legge: «*[c]abe começar por mencionar de um modo especial as decisões jurisdicionais que sobre o assunto foram adoptadas no Canadá, na África do Sul e nos Estados Unidos da América*».

2004) e del Sudafrica (viene menzionata la sentenza della Corte costituzionale *Minister of Home Affairs v. Fourie* del 2005). Meno ricco di esempi è il riferimento alla giurisprudenza straniera riconducibile agli ordinamenti europei: il TC si limita ad accennare soltanto alle decisioni del Tribunale costituzionale federale tedesco (si pensi, in particolar modo, alla sentenza del 17 luglio 2002 circa la legittimità costituzionale della legge sulle convivenze omosessuali registrate). Da ultimo, non manca di riservare uno sguardo al versante internazionale e sovranazionale: con specifico riferimento alle decisioni della Corte di giustizia UE, il TC ha cura di riferire i profili essenziali della decisione relativa al caso *Grant v. South West Trains Ldt.* (causa C-249/96), mentre per quel che concerne la Corte europea dei diritti dell'uomo, i giudici costituzionali portoghesi menzionano il noto caso *Christine Goodwin c. Regno Unito*, storica decisione del 2002 nella quale, in merito alla definizione di matrimonio, la Corte di Strasburgo abbandona per la prima volta il riferimento alla differenza di sesso biologico[20].

Il quadro che emerge appare eterogeneo (le numerose soluzioni adottate dai giudici stranieri oscillano all'interno di un variegato ventaglio i cui estremi risultano caratterizzati, per un verso, dal riconoscimento di un diritto costituzionale degli omosessuali ad unirsi in matrimonio[21], per altro verso, dall'attribuzione, in via esclusiva, alle sole coppie eterosessuali del diritto di sposarsi[22]), tanto che nella pur comune e indiscutibile condivisione di valori e principi costituzionali tra i diversi ordinamenti, l'autonomia riservata (e ampiamente ribadita dalle Corti) al legislatore dà luogo in siffatta materia ad un ampio spettro di soluzioni normative. Si tratta di una "rassegna giurisprudenziale" ricognitiva che viene utilizzata dal TC non tanto al fine di individuare un possibile modello o idealtipo cui ispirarsi nella definizione della propria *ratio decidendi* e nella risoluzione del caso sottoposto al suo giudizio quanto piuttosto per dotare la decisione da assumere di un "supporto" argomentativo funzionale a «consentire una più ponderata decisione» e a «meglio valutare il diritto interno» in vista della soluzione del caso[23].

Come anticipato, diversamente da quanto avvenuto per la sentenza n. 359/2009, l'*Acórdão* n. 121 del 2010 non si origina da un caso concreto, ma dall'istanza di controllo di costituzionalità formulata in via preventiva dal Capo

[20] Per una ricostruzione delle giurisprudenze delle Corti di Strasburgo e di Lussemburso in tema di *same-sex marriage*, cfr. M.C. Vitucci, *Lo status di coppia omosessuale fra Strasburgo e Lussemburgo (passando per Roma)*, in E. Triggiani (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, 447 ss.

[21] Si vedano, ad esempio, i casi di Canada, Massachussets, California e Sudafrica.

[22] V., ad esempio, il caso tedesco.

[23] G. de Vergottini, *Oltre il dialogo*, cit., 104.

dello Stato e avente ad oggetto la delibera legislativa all'epoca designata come *Decreto* n. 9/XI, approvato dall'*Assembleia da República* al fine di «[*permitir] o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo*». Il Presidente della Repubblica Cavaco Silva, notoriamente contrario all'estensione del matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso, in sede di valutazione del *Decreto* per la necessaria promulgazione riteneva opportuno azionare il sindacato di costituzionalità di tipo preventivo. In estrema sintesi, alla luce dei rilievi formulati dal Capo dello Stato, l'eventuale introduzione nell'ordinamento portoghese dell'unione matrimoniale tra persone dello stesso sesso avrebbe dovuto essere necessariamente preceduta da un'esplicita modifica della CRP ben più incisiva ed esplicita rispetto al solo riferimento al divieto di discriminazione in base all'«*orientação sexual*» *ex* art. 13.2 CRP[24].

Richiamando in buona parte le argomentazioni formulate nel precedente *Acórdão* del 2009, i giudici costituzionali respingono i dubbi avanzati dal Presidente della Repubblica, ribadendo[25] che dal testo della CRP non discende né un divieto né il riconoscimento del *same-sex marriage*: la CRP accoglie un concetto di famiglia "*aberto e pluralistico*" nonché adattabile alle diverse necessità e realtà sociali; di conseguenza, spetta al legislatore ordinario il potere discrezionale di orientarsi in un senso o nell'altro, ossia di ammettere o meno nell'ordinamento lusitano l'istituto del matrimonio per le coppie formate da persone dello stesso sesso, seppure entro i limiti imposti dalla CRP ed esplicitati nel già ricordato art. 36[26].

Come avvenuto per la pronuncia del 2009, anche in questo caso i giudici di *Palácio Ratton* a sostegno delle proprie argomentazioni fanno ampio ricorso alla comparazione: oltre a invocare la giurisprudenza straniera richiamata in occasione del precedente *Acórdão* (arricchita peraltro dai riferimenti alla sentenza n. 159/2004 della *Cour d'arbitrage* belga, relativa alla costituzionalità della legge sul *same-sex marriage* del 2003, ed alle peculiari vicende spagnole e italiane[27]), il TC si sofferma ampiamente sulla giurisprudenza della Corte di giustizia UE e, ancor più, sulla versatile giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo[28]. Si può notare una particolare attenzione del TC nel dar

[24] In proposito sia consentito nuovamente rinviare ad A. Ciammariconi, *Le dinamiche evolutive della tutela giuridica della famiglia e del matrimonio nell'ordinamento portoghese*, cit., 689 ss.

[25] Con una decisione ancora una volta accompagnata da diverse *declarações de voto*.

[26] Al riguardo, si ricorda che «*a Constituição não obriga à consagração legal do casamento entre pessoas do mesmo sexo, sendo legítimas quer a sua proibição pura e simples, quer a previsão de regimes diferenciados*»: p.to 6, *Acórdão* n. 121/2010.

[27] Le cui questioni risultavano all'epoca ancora pendenti dinanzi ai rispettivi organi di giustizia costituzionale.

[28] V., rispettivamente, i p.ti 11 e 9, *Acórdão* n. 121/2010.

conto dell'evoluzione delle soluzioni argomentative sostenute in materia di famiglia e di matrimonio dai giudici di Lussemburgo e di Strasburgo. L'interesse manifestato verso le pronunce di tali Corti sembra qui configurarsi come *necessitato* e non meramente *facoltativo*, per via dell'esigenza di contribuire ad armonizzare l'ordinamento interno con quelli sovranazionale e internazionale[29].

Per completezza, è il caso di ricordare che in seguito all'*Acórdão* n. 121/2010 del TC, il *Decreto* 9/XI è stato nuovamente inviato al Capo dello Stato per la promulgazione. Il Presidente portoghese avrebbe potuto decidere se ricorrere o meno allo strumento del veto politico, chiedendo così una nuova deliberazione del Parlamento sul testo[30]: non senza aver ribadito le proprie riserve sul punto, il Presidente della Repubblica si è orientato nel senso della promulgazione dell'atto che è così divenuto la *Lei* n. 9 del 2010.

4. *La* Ley *spagnola n. 13 del 2005*

Con uno scarto temporale di cinque anni di anticipo rispetto al suo omologo lusitano, il legislatore spagnolo ha adottato la *Ley* n. 13/2005 «*por la que se modifica el Código Civil (c.c.) en materia de derecho a contraer matrimonio*», estendendo tale diritto anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso e finendo così per portare a compimento «*uno dei propositi più significativi del Governo del Partido Socialista Obrero Español*»[31]. Il testo normativo in parola consta di un *artículo único* con il quale è stato novellato l'art. 44 c.c. mediante l'aggiunta di un secondo comma; la formulazione finale ha assunto dunque il seguente tenore: «*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*». Le successive partizioni dell'*artículo único* rispondevano all'esigenza di adattare, sotto il profilo terminologico, alcune disposizioni del c.c. e della *Ley sobre el Registro Civil* del 1957 al fine di renderle coerenti con l'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso: sono state così sostituite espressioni come «*marido y mujer*» con i termini «*cónyuges*» o «*consortes*», oppure formule quali «*el padre y la madre*» con le parole «*padres*» o «*progenitores*».

[29] Cfr. G. de Vergottini, *Oltre il dialogo*, cit., 35 ss.

[30] In tal caso, l'*Assembleia da República*, ai sensi dell'art. 136.2 CRP, avrebbe potuto superare il veto presidenziale riapprovando il testo a maggioranza assoluta «*dos Deputados em efectividade de funções*»; circostanza, quest'ultima, che impone al Presidente l'obbligo di promulgare l'atto entro otto giorni.

[31] M. Iacometti, *La tutela della famiglia in Spagna*, cit., 626.

Nella *Exposición de motivos* che accompagnava il testo della legge, si sottolineava – come peraltro avrà modo di ribadire qualche anno dopo il TC nel pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della *Ley* n. 13/2005 – che spetta al legislatore ordinario fissare la disciplina relativa all'istituto del matrimonio «*dentro del margen de opciones abierto por la Constitución*»: tale affermazione conferma, seppure implicitamente, come «*tra le opzioni possibili alla luce della Costituzione esista anche la possibilità di garantire che il vincolo matrimoniale si realizzi tra persone dello stesso sesso*»[32]. Non a caso, sottolineava il legislatore, diversamente da altri ambiti materiali, la regolamentazione del matrimonio riflette ampiamente «*los modelos y valores dominantes en las sociedades europeas y occidentales*» ed è un fatto ormai acclarato come la società spagnola sia più *rica, plural y dinámica* rispetto a quella al tempo in cui è stato adottato il *Código Civil* del 1889. Dinanzi a tale trasformazione sociale, il legislatore non avrebbe potuto restare inerte, ancor più se il suo intervento fosse finalizzato *a la promoción de la igualdad y al libre desarollo de la personalidad*.

Benché nel caso spagnolo non si siano toccati i livelli di "scontro" istituzionale che dopo circa un lustro ha sperimentato il Portogallo, l'*iter* di approvazione della *Ley* n. 13/2005 è stato tutt'altro che lineare: le diverse posizioni manifestate dalla dottrina – che riflettevano la spaccatura in seno all'opinione pubblica tra i favorevoli e i contrari alla legittimazione del matrimonio per le coppie formate da persone dello stesso sesso – circa la necessità (o meno) di modificare l'art. 32 della *Constitución Española* (in breve CE)[33] al fine di rendere compatibile il *same-sex marriage* con il dettato costituzionale erano ben radicate anche in seno ai gruppi politici presenti nelle *Cortes Generales*. Non a caso, dopo l'approvazione del progetto di legge da parte del *Congreso de los Diputados* (con 183 voti favorevoli, 136 contrari e 3 astensioni), il *Senado* – che all'epoca annoverava un'ampia maggioranza di seggi al *Partido Popular* – ha opposto il proprio veto al progetto di legge rendendo necessaria una nuova deliberazione, a maggioranza assoluta, della Camera bassa. I numerosi solleciti indirizzati al Re affinché questi non provvedesse a *sancionar y promulgar la ley* non hanno trovato accoglimento e l'atto è così entrato in vigore consentendo la celebrazione di un numero consistente di *matrimonios entre personas del mismo sexo*.

[32] V. ancora M. Iacometti, *La tutela della famiglia in Spagna*, cit., 626 e la bibliografia ivi citata.

[33] Secondo cui «*1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*».

5. *La sentenza del* Tribunal Constitucional de España *n. 198 del 2012*

A distanza di alcuni anni dall'adozione della *Ley* n. 13/2005, attraverso la *Sentencia* n. 198/2012 il plenario del *Tribunal Constitucional de España* (TC) si è pronunciato sulla compatibilità dell'*artículo único* dell'atto normativo in questione rispetto alla *Constitución Española*[34]. A presentare ricorso dinanzi al TC sono stati, già all'indomani dell'approvazione della legge (2005), settantuno deputati del *Grupo Popular* del Congresso[35]. Rispetto alle motivazioni del ricorso[36], il TC ha ritenuto anzitutto opportuno delimitare l'oggetto della propria decisione, finendo sostanzialmente per ricondurre la massima parte dei dubbi eccepiti dai ricorrenti all'«*inconstitucionalidad principal*» costituita dalla presunta violazione dell'art. 32 CE[37]. Senza indugiare in questa sede sulle molteplici problematiche giuridiche affrontate (si pensi, tra l'altro, al tema dell'adozione per le coppie formate da persone dello stesso sesso), occorre soffermarsi sul significato pratico che ha assunto il riferimento – tutt'altro che limitato nella sentenza in esame – ai precedenti giurisprudenziali stranieri operati dal TC. I giudici costituzionali hanno fatto ricorso a tale "tecnica" anzitutto per chiarire come «*familia*» e «*matrimonio*» costituiscano – per espressa volontà del Costituente – due concetti distinti: in senso adesivo muovono infatti alcune pronunce della Corte di Strasburgo, tra cui vengono espressamente citati i casi *X, Y y Z v. Reino Unido*, del 1997 (§ 36) e *Van Der Heijden v. Países Bajos*, del 2012 (§ 50). Ben lungi dall'instaurare un autentico dialogo, ci si trova dinanzi alla mera menzione di sentenze di "altre" Corti. Menzione che, tuttavia, pur non rilevando, ancora una volta, ai fini della costruzione del ragionamento operato dal TC, è tuttavia utile sia sotto il profilo ricognitivo sia dalla prospettiva della forza persuasiva di cui si vuole dotare la decisione in parola.

Successivamente, il TC è chiamato a chiarire la portata dell'art. 32 CE e, in particolare, il significato dell'istituto del matrimonio, rimarcando che ad

[34] Anche in tal caso non sono mancati *votos particulares*: un *voto concurrente* e tre *dissenting opinions*.

[35] Ai sensi dell'art. 162.1 a) CE e dell'art. 32.1 c) e d) della *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (LOTC) è consentito ad almeno cinquanta deputati o cinquanta senatori ricorrere dinanzi al TC.

[36] Riguardanti gli art. 32, 10.2, 14 (in relazione agli art. 1.1 e 9.2), 39.1, 2 e 4, 53.1 (con riguardo all'art. 32), 9.3 e 167 CE.

[37] Il TC precisa infatti come: «*Respecto de la invocación de los arts. 9.3 – en su dimensión de principio de jerarquía normativa –, 10.2, 53.1 y 167 CE, es preciso sentar que tales invocaciones no son autónomas, de tal modo que los preceptos apuntados sólo resultarían vulnerados en caso de serlo también el art. 32 CE, sin que su análisis aporte nada que no forme parte de la interpretación constitucional de este* último *precepto*». In relazione al «*resto de motivos de inconstitucionalidad desvinculados de la invocación del art. 32 CE*» (art. 1.1, 9.2 e 14 CE), il TC rigetta i dubbi di legittimità costituzionale facendo leva sulla sua giurisprudenza pregressa.

esso si riconduce un «*doble contenido*», in forza del quale si configura, per un verso, come "*garantía institucional*" e, per altro verso, come "*derecho constitucional*"[38]. Senza spingersi sino al punto di aderire alla tesi per cui il matrimonio tra persone dello stesso sesso risulta costituzionalmente necessario (a differenza invece del matrimonio tra uomo e donna), il TC supera l'interpretazione originalista dell'art. 32 CE sostenuta dai ricorrenti e, nuovamente, attraverso il rinvio a precedenti giurisprudenziali stranieri, ritiene che spetta all'autonomia del legislatore il compito di decidere se accogliere o meno nell'ordinamento l'istituto del *same-sex marriage*. Tale impostazione – che ricalca in larga misura quella fatta propria dal TC portoghese – trova fondamento, tra l'altro, nell'idea della Costituzione come "árbol *vivo*" (già utilizzata dal *Privy Council*, nel caso *Edwards v. Attorney General for Canada* del 1930 e successivamente ripresa dalla Corte Suprema canadese nella sentenza del 9 dicembre 2004 in tema di matrimonio tra persone dello stesso sesso): è dunque attraverso un'interpretazione evolutiva, "assistita" anche dall'azione del legislatore e dalla stessa giurisprudenza del TC, che il testo costituzionale riesce ad adattarsi ai mutamenti sociali e, nel caso di specie, a rendere conforme al dettato costituzionale la *Ley* del 2005. L'utilizzo del dato comparato, sino a questo punto piuttosto limitato, diviene tutt'altro che circoscritto allorché il TC si propone di dimostrare il grado di integrazione (ovvero il livello di accettazione) dell'istituto del matrimonio *entre personas del mismo sexo* nella cultura giuridica della società spagnola: attraverso il richiamo alla giurisprudenza dello Stato del Massachusetts (*Supreme Judicial Court*, *Goodridge v. Department of Public Health*, 2004), della Slovenia (*Tribunal Constitucional*, 2009), di vari Paesi di area iberoamericana (Colombia 2007, Uruguay 2008, Ecuador 2009, e Brasile 2011) nonché alle pronunce della Corte di Strasburgo (quasi tutte già menzionate anche dal TC lusitano: *Schalk y Kopf v. Austria*, 2010, *Christine Goodwin v. Reino Unido*, 2002; *I. v. Reino Unido*, 2002; e *Parry v. Reino Unido* e *R. y F. v. Reino Unido*, 2006; *Dudgeon v. Reino Unido*, 1981; *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*, 1999; *L. y V. v. Austria*, 2003), il TC spagnolo dimostra come nel corso del tempo si sia assistito ad una progressiva equiparazione dello *status* giuridico delle persone eterosessuali ed omosessuali. Ancora una volta, l'apertura al dato comparato si pone tanto in termini ricognitivi quanto in un'ottica di "supporto" al ragionamento che viene offerto. Da ultimo, a dimostrazione della avvertita necessità di corredare il *decisum* di elementi finalizzati a rafforzarne la portata, accanto ad argomentazioni schiettamente giuridiche, il TC non esita a far leva

[38] In altri termini, il matrimonio costituisce «*una "institución garantizada por la Constitución", y a su vez "contraer matrimonio" es un derecho constitucional tal y como se desprende de su ubicación en la norma fundamental*»: p.to 7, STC n. 198/2012.

su elementi e dati ricavati da indagini di carattere statistico e demoscopico che consentirebbero di dimostrare l'avvenuta trasformazione dell'immagine tradizionale dell'istituto matrimoniale[39].

Le successive decisioni pronunciate dal TC spagnolo hanno interessato perlopiù aspetti puntuali, come nel caso della sentenza n. 115 del 2014, originata dal *Recurso de Amparo* 1326-2007, e riguardante il diritto all'assegno di vedovanza. Il *Recurso de Amparo* viene respinto rinviando ad analoghi precedenti (in special modo alle sentenze n. 92 e n. 93 del 2014), in cui i giudici costituzionali di Madrid hanno stabilito non esserci discriminazione nei confronti dell'orientamento sessuale giacché il legislatore è libero di definire il sistema delle prestazioni di previdenza sociale così come le situazioni meritevoli di tutela.

6. *Considerazioni conclusive*

Nelle pronunce sopra richiamate si può notare come i giudici costituzionali "iberici" abbiano manifestato un atteggiamento particolarmente propenso a valorizzare la tecnica del rinvio a precedenti stranieri. Sebbene si tratti di una prassi dai contorni per molti versi incerti, essa appare già adeguatamente sperimentata. Nel caso della giurisprudenza costituzionale di Portogallo e Spagna in materia di matrimonio tra persone dello stesso sesso, i riferimenti alle sentenze straniere – significativi ma non determinanti – non hanno avuto la pretesa di far sì che i *Tribunales Constitucionales* in esame giungessero alla ricostruzione – per mezzo della "combinazione" dei casi prescelti – di un archetipo da imitare, che fungesse anche da base ai fini della soluzione dei casi sottoposti al loro giudizio. La strategia argomentativa fatta propria dalle Corti considerate – volta a corredare le pronunce di più o meno ampi richiami a precedenti stranieri – ha risposto, dunque, più che alla necessità di far propri "elementi esterni" al fine di giungere alla definizione della *ratio decidendi* (che è rimasta in ogni caso autonoma e libera da ogni condizionamento esogeno)[40], all'opportunità

[39] R. Ibrido, *Spagna. Il Tribunal Constitucional spagnolo riconosce la legittimità costituzionale della legge sul matrimonio omosessuale*, cit., 3-4.

[40] Per alcuni spunti interessanti sull'argomento v. T. Groppi, Bottom up globalization*? L'uso dei precedenti stranieri da parte delle corti costituzionali*, in www.dsp.unibo.it/seminari/paper_groppi.pdf. Indiretta conferma di quanto appena sostenuto può trarsi dal caso del Messico, in cui la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della legge sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, ha deciso (con una maggioranza di sei giudici a cinque) di omettere nel testo definitivo della sentenza i riferimenti al dato comparato, che risultavano invece presenti nel *proyecto original de sentencia* sottoposto all'esame del collegio dal giudice relatore. Secondo la maggioranza dei componenti dell'organo l'apertura alla comparazione sarebbe stata «utile a fini illustrativi ma inidonea alla decisione del caso»: cfr. R. Ibrido, *La Corte suprema messicana tra*

di dotare la rispettiva decisione di una forza persuasiva maggiore e, al più, legittimante l'orientamento che si stava assumendo, specie quando oggetto del giudizio interessa ambiti particolarmente sensibili. In estrema sintesi, l'uso di precedenti stranieri da parte dei Tribunali costituzionali iberici pare rispondere ad una duplice finalità. Da un lato, consentire agli organi in discorso «[di] conoscersi meglio»: in questa prospettiva, «[i]l richiamo ai precedenti esterni non verrebbe effettuato tanto al fine di utilizzarli per risolvere il caso, quanto per meglio valutare il diritto interno in vista della sua soluzione»[41]. E questo aspetto, desumibile indirettamente dall'analisi della sentenza n. 198/2012 del TC spagnolo, è specificato in modo esplicito dai giudici costituzionali portoghesi, i quali affermano come «*não há dúvida de que em matérias que se ligam a problemas humanos tão universais como os relacionados com a pretensão de tutela jurídica do relacionamento homossexual poderá ter interesse saber o que sucede no âmbito de outras experiências jurídicas e (sem perda do sentido de autonomia de cada sistema jurídico) tirar daí porventura conclusões*»[42]. Dall'altro lato, la citazione da parte delle Corti dei precedenti stranieri a guisa di catalogo pare rispondere anche a un'altra esigenza, implicita ma non meno significativa, vale a dire quella di dimostrare che ogni soluzione è aperta; non è cioè preclusa alle Corti costituzionali l'adozione di decisioni anche radicalmente innovative, di rottura rispetto a istituti ritenuti sino a pochi decenni or sono sostanzialmente immutabili.

processi di precomprensione comparativa e integrazione del dato sociale: la sentenza sul matrimonio homosexual, in T. Groppi, N. Vizioli (a cura di), *Matrimonio tra persone dello stesso sesso*, cit., spec. 209.

[41] G. de Vergottini, *Oltre il dialogo*, cit., 104.

[42] P.to 7, *Acórdão* n. 121/2010.

Adriana Ciancio[*]

APPUNTI CRITICI SULLA PROPOSTA DI PREMIERATO ELETTIVO (IN DIALOGO CON SALVATORE PRISCO)

SOMMARIO: 1. Premessa. Le perplessità di Salvatore Prisco sulla proposta di elezione diretta del *Premier* – 2. Il disegno di legge governativo e i suoi punti deboli più evidenti – 3. Il testo approvato in prima lettura al Senato e le criticità residue: a) L'abolizione dei senatori a vita di nomina presidenziale – 4. *Segue*. b) L'inghippo della «doppia fiducia», popolare e parlamentare – 5. *Segue*. L'incerta ridefinizione del ruolo del Capo dello Stato – 6. Il nodo irrisolto della legge elettorale e le riforme davvero indifferibili

1. *Premessa. Le perplessità di Salvatore Prisco sulla proposta di elezione diretta del* Premier

In uno dei Suoi scritti più recenti sul tema della forma di governo, Salvatore Prisco pone l'interrogativo se la proposta di premierato elettivo, avanzata dal Governo Meloni, possa considerarsi la volta buona per condurre in porto quelle riforme istituzionali attese in Italia ormai da oltre quarant'anni[1].

La domanda è apertamente retorica e la risposta risulta dunque dichiaratamente scettica per varie motivazioni, sostenute da sapienti richiami a passaggi importanti della storia costituzionale italiana, di cui pure lo studioso napoletano è profondo conoscitore. Pur concordando sulla necessità di rafforzare anche formalmente la posizione del Presidente del Consiglio, rispetto a quanto risulta dal testo a suo tempo approvato dall'Assemblea costituente e sul punto mai ritoccato, Egli avverte la delicatezza di tale tipo di intervento in un contesto di aperta crisi della rappresentanza politica, dovuta, in buona parte, alla trasformazione dei partiti e, più in generale, alla perdita di ruolo dei corpi intermedi (tra cui anche i sindacati), che sempre più mostrano di veder smarrita la propria identità di formazioni sociali[2], aggregatrici del consenso popolare.

[*] Ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Catania, aciancio@lex.unict.it.

[1] Cfr. S. PRISCO, *Forse la volta buona? Istruzioni scettiche per riforme costituzionali (e non solo) finalmente condivise*, in *Riforme istituzionali e forme di governo*, a cura di G. Pitruzzella, A. Poggi, F. Fabrizzi, V. Tondi della Mura, F. Vari, Torino, 2023, 359 ss. Sul percorso delle riforme in Italia, cfr. *C. Fusaro*, *Per una storia delle riforme istituzionali (1948-2015)*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 2/2015, 431 ss.

[2] Se ne ragiona specificamente anche nel volume A. CIANCIO (a cura di), *Ripensare o «rinnovare» le formazioni sociali? Legislatori e giudici di fronte alle sfide del pluralismo sociale nelle democrazie contemporanee*, Torino, 2021.

Da qui, in sintesi, la pericolosità dell'introduzione di forme plebiscitarie di investitura del capo del Governo nel descritto quadro di indebolimento della tenuta complessiva della democrazia rappresentativa.

2. *Il disegno di legge governativo e i suoi punti deboli più evidenti*

Si tratta di perplessità condivise da molti commentatori[3] sin da quando è stato presentato nella direzione anticipata l'apposito disegno di legge di revisione costituzionale[4], oggetto pertanto di ampia riflessione volta ad evidenziarne i punti maggiormente critici sotto il profilo tecnico-giuridico[5], che val la pena in questa sede richiamare.

Invero, a fronte dell'obiettivo della stabilità governativa[6], cavallo di battaglia dell'iniziativa, unitamente all'altro sulla rivitalizzazione del principio democratico[7] attraverso la (presunta) valorizzazione della volontà del corpo elettorale nella definizione dell'indirizzo politico nazionale, l'articolato originariamente sottoposto al Senato mostrava sin da subito evidenti contraddizioni[8].

[3] Cfr., per tutti, M. Luciani, *Riforme e saggezza*, in *Riforme istituzionali e forme di governo,* cit., 261 ss.

[4] Cfr. l'A.S. 935 recante «*Modifiche agli articoli 59, 88, 92 e 94 della Costituzione per l'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri, il rafforzamento della stabilità del Governo e l'abolizione della nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica*», presentato in data 15 novembre 2023.

[5] Così, se si vuole, anche A. Ciancio, *Premierato all'«italiana»: Sì o No? Più di una ragione per dire NO alla proposta di elezione diretta del Premier*, in *il Quotidiano Giuridico* del 29 febbraio 2024.

[6] Sulle diverse accezioni ricollegabili al termine, per tutti, G. Azzariti, *Appunto per l'audizione innanzi alla I Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica del 5 dicembre 2023 sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri (D.D.L. nn. 935 e 830)*, in *DPE Rassegna online*, n. 2/2023, XCV s.

[7] Argomenti sposati dalla dottrina favorevole alla proposta, tra cui, in numerosi scritti, T. E. Frosini*, Sulla forma di governo del premierato (elettivo)*, in *Riforme istituzionali e forme di governo,* cit., 191 ss.; Id., *Il premierato e i suoi nemici*, in *DPE. Rassegna online*, n. 2/2023; Id., *Premierato all'«italiana»: Sì o No? Più di una ragione per dire SI' alla proposta di elezione diretta del Premier*, in *il Quotidiano Giuridico* del 29 febbraio 2024. In senso sostanzialmente adesivo, sia pur con alcune varianti, v. anche R. Nania, *Stabilizzazione e partecipazione nell'ipotesi dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio,* in *Riforme istituzionali e forme di governo,* cit., 299 ss.; e A. Sterpa, *Superare questa forma di governo parlamentare che funziona senza un Parlamento e senza un Governo,* ivi, 483 ss., spec. 487.

[8] Lucidamente messe in luce, *ex pluribus*, da A. Ruggeri, *La riforma Meloni e le sue stranezze, al bivio tra evoluzione istituzionale ed involuzione autoritaria*, in *Consulta OnLine*, n. 3/2023, 1009 ss., cui *adde*, in una sintetica, ma significativa rassegna, A. Lucarelli, *La* tirannia *della maggioranza parlamentare: forma di governo e irrazionalità diffuse nel disegno di legge costituzionale sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri*, in *DPE. Rassegna online*, n. 2/2023, I ss.

Infatti, ad imitazione di quanto accade da tempo nelle amministrazioni locali[9], la soddisfazione di entrambe le richiamate esigenze poggerebbe sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio da svolgere ogni 5 anni, contestualmente al rinnovo delle Camere, cui si accompagna un sostanziale autoscioglimento[10] di queste ultime per l'eventualità di cessazione anticipata del primo in corso di legislatura, così come nel caso di mancata approvazione della fiducia iniziale, che pure nel progetto viene conservata nonostante l'investitura popolare del *Premier*[11]. Tuttavia, al fine di evitare la dissoluzione anticipata del Parlamento e attuare l'indirizzo politico su cui il Governo ha ottenuto la fiducia, è stata inserita la possibilità di conferire un nuovo incarico allo stesso Presidente del Consiglio o anche ad un differente esponente della stessa maggioranza. O almeno così si suppone, giacché testualmente è stato previsto soltanto che si tratti di altro parlamentare che sia stato «candidato in collegamento con il presidente eletto», mentre nulla si dice circa la collocazione (iniziale o successiva) di costui o costei nei gruppi parlamentari, né potrebbe dirsi in forza di quel principio di struttura del sistema qual è da considerare il c.d. divieto di mandato imperativo, rendendo dunque possibile che, tra il momento dell'elezione (in collegamento al *Premier* eletto) e quello dell'attribuzione dell'incarico, il subentrante abbia cambiato gruppo o addirittura schieramento godendo comunque dell'appoggio della (*rectius*, di una) maggioranza parlamentare[12]. E la politica – si sa – è fluida e altrettanto risulta la consistenza dei gruppi[13].

Piuttosto, la più macroscopica incongruenza dell'articolato originario si rivelava nella circostanza secondo cui il *Premier* eletto sarebbe rimasto sostanzialmente ostaggio della sua stessa maggioranza[14], mentre l'effettivo detentore

[9] Più ampiamente sul punto F. Furlan, *Il premierato elettivo è la strada giusta? La lezione di vent'anni di elezione diretta dei Presidenti di regione*, in *Consulta OnLine*, n. 3/2023, 1020 ss. Criticamente, sulla possibilità di trapiantare la formula del *simul … simul* a livello nazionale, secondo il mito del «Sindaco d'Italia», tra gli altri, R. Bin, *Riforme costituzionali per rafforzare l'esecutivo. Qualche riflessione*, in *Riforme istituzionali e forme di governo,* cit., 45; P. Ciarlo, *L'utilità del multipartitismo razionalizzato e l'inidoneità dell'iperpresidenzialismo regionale per il governo nazionale,* ivi, 107; F. Donati, *Riforme istituzionali e forme di governo,* cit., 169 s.; M. Midiri, *Il bisogno di politica rappresentativa e il governo della democrazia*, *ivi*, 287 ss.

[10] Sui caratteri del premierato, tra cui l'autoscioglimento quale tratto distintivo tipico, cfr. T.E. Frosini, *Il premierato nei governi parlamentari*, Torino, 2004.

[11] Sottolinea l'incongruenza anche G. Azzariti, *op. cit.*, XCIII.

[12] Secondo quanto avvertito dalla più accorta dottrina, cfr. A. Ruggeri, *Il premierato secondo il disegno Meloni: una riforma che non ha né capo né coda e che fa correre non lievi rischi*, in *DPE. Rassegna online*, n. 2/2023, LXVI nota 21.

[13] In generale sul tema, sia consentito il rinvio a A. Ciancio, *I gruppi parlamentari. Studio intorno a una manifestazione del pluralismo politico*, Milano, 2008, *passim*.

[14] Così anche M. Calamo Specchia, *E, della Costituzione repubblicana, «Italiani! Voi cosa volete fare?». Noterelle a margine di una revisione costituzionale che nasconde molto più di quanto*

del «potere della crisi» sarebbe stato il suo subentrante, in quanto in grado con le proprie dimissioni, egli soltanto, di determinare senz'altro lo scioglimento anticipato. Disponibilità che invece non avrebbe avuto il primo Presidente del Consiglio rispetto al quale sarebbe rimasta l'alternativa del secondo.

Tali perplessità si accompagnavano alle altre, relative all'iniziale previsione di introdurre addirittura in Costituzione un abnorme premio di maggioranza (55% dei seggi) da assegnare al partito (o anche alla coalizione) del *Premier* a prescindere dalla fissazione di qualsiasi soglia[15], sia pur sulla base di successive determinazioni affidate a futura legge ordinaria[16], in chiaro spregio, però, ai noti pronunciamenti della Corte costituzionale, che, nel censurare precedenti leggi elettorali, ha già da tempo messo in luce come le esigenze di governabilità non possano far velo a quelle di rappresentatività[17].

Ulteriori riserve concernevano poi l'anomalia per cui il *Premier* avrebbe potuto proporre al Capo dello Stato la nomina degli altri ministri, ma non la loro revoca, a dispetto del fatto che l'elezione diretta dovrebbe logicamente comportare un rafforzamento della posizione complessiva del capo del Governo, che invece resterebbe circoscritta nell'alveo delle attuali attribuzioni. Ciò andrebbe ad aggiungersi all'ulteriore anomala previsione secondo cui, nonostante l'investitura popolare, il Governo in tal modo formato dovrebbe avere ancora nella sua collegialità la fiducia parlamentare[18].

La circostanza, se per un verso, rifuggendo da altri modelli inizialmente proposti (e segnatamente, dal semipresidenzialismo di stampo francese, a lungo vagheggiato dalle forze politiche attualmente di maggioranza), sembra voler evitare innesti estranei alla tradizione giuridico-istituzionale italiana[19], per altri versi non si sottrae al rilievo di dar vita a un ibrido di incerta e difficile confi-

non dica, in *DPE. Rassegna online*, n. 2/2023, LIII.

[15] Cfr., criticamente sul punto, fra gli altri, M. Ruotolo, *Tra premierato e possibile* jackpot system*. L'idea di democrazia sottesa alla proposta di riforma costituzionale*, in *DPE. Rassegna online*, n. 2/2023, XXI ss.; C. De Fiores, *La retorica del capo alla prova della blindatura del sistema elettorale,* ivi, XXVI ss.; e F. Politi, *Uno pseudo-premierato che nasconde la costituzionalizzazione di un sistema elettorale iper-maggioritario*, *ivi*, LXXXV ss.

[16] Intravedeva nella previsione una riserva di legge assoluta rinforzata, lesiva della discrezionalità politica del legislatore in quanto incaricato di approvare un testo di legge elettorale «a rime obbligate», A. Lucarelli, *op. cit*., II s.

[17] In tal senso, notoriamente, Corte cost., sent. n. 1 del 2014 e sent. n. 35 del 2017.

[18] In posizione critica sul progetto, definisce elezione e fiducia «percorsi di legittimazione paralleli, diversi, che non ha senso sommare» anche C. Bassu, *L'elezione diretta del Capo del Governo è sufficiente per valorizzare il principio democratico e garantire la stabilità?*, in *Oss. Cost*., n. 1/2024, 9.

[19] Così anche la Relazione illustrativa del Governo al d.d.l. 935, ove si esprime la volontà di mantenere la «continuità con la nostra tradizione costituzionale e parlamentare».

gurazione[20], che la denominazione sovente attribuita come forma di «neo parlamentarismo»[21] non riesce a chiarire del tutto e che, d'altra parte, non appare foriero di esiti positivi, almeno a dar credito all'analisi comparata, che individua come unica altra esperienza sostanzialmente analoga finora inveratasi storicamente il precedente israeliano, peraltro abbandonato dopo pochi anni[22].

Sotto altri profili, il progetto è stato da subito avversato per il timore di ridurre significativamente i margini di intervento del Capo dello Stato, in particolare nell'esercizio delle sue attribuzioni più incisive nei momenti di crisi, quali sono la formazione del Governo e lo scioglimento anticipato[23].

Se ne ritiene di dedurre un *vulnus* alla tenuta della stessa democrazia, tanto più grave in considerazione dell'effetto di trascinamento che l'elezione popolare del *Premier*, da svolgere contestualmente a quella delle Camere, avrebbe sulla formazione della rappresentanza parlamentare (ridotta fra l'altro ormai sensibilmente anche nei numeri, a far data dalla l. cost. n. 1 del 2020), la quale oltretutto vedrebbe la sua azione di co-decisione e controllo fortemente condizionata dal timore di dover ripassare dalle forche caudine delle urne a discrezione del *Premier* (o del suo subentrante).

Pertanto, e in definitiva, a dar seguito alla proposta di premierato elettivo salterebbe l'equilibrio complessivo fra i poteri come delineato dal Costituente in un gioco di pesi e contrappesi che resterebbe irrimediabilmente alterato a tutto vantaggio del Governo[24].

[20] Cfr. le riflessioni raccolte in Astrid, *Costituzione: quale riforma? La proposta del Governo e le possibili alternative*, Paper 94, 2023, 25. *Adde*, S. Staiano, *La regolazione della forma di governo nel contesto costituzionale*, in *Riforme istituzionali e forme di governo,* cit., 480, che definisce l'elezione diretta del capo del Governo «una forma inedita, priva di precedenti e riscontri» e comunque ben lontana dal vero e proprio premierato quale declinazione del regime parlamentare.

[21] Così anche M. Cavino, *Per una via italiana alla forma di governo neoparlamentare*, in *Riforme istituzionali e forme di governo,* cit., 81 ss.; e Id., *L'introduzione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Oss. cost.*, n. 1/2024, 48 ss. Conformemente O. Pollicino, *L'instabilità dei governi italiani e la forma di governo neoparlamentare*, in *Riforme istituzionali e forme di governo,* cit., 347 ss.

[22] Sul modello israeliano, per tutti, F. Clementi, *L'elezione diretta del Primo ministro: l'origine francese, il caso israeliano, il dibattito in Italia*, in *Quad. cost*., n. 3/2000, 579 ss.; e, nella letteratura politologica, G. Sartori, *Premierato forte e premierato elettivo*, in *Riv. it. sc. pol.,* n. 2/2003, 289 ss.; e G. Pasquino, *Varianti dei modelli di governo parlamentare,* cit., 309 ss.

[23] Come avverte, fra gli altri, S. Mangiameli, *Premierato, elezione del PCM e presidenzialismo: due su tre vanno bene*, in *Riforme istituzionali e forme di governo,* cit., 284.

[24] Forti le critiche in tal senso manifestate, tra gli altri, da M.A. Cabiddu, *Minimalismo massimo con salto di regime. Note a margine del c.d. premierato*, in *Oss. Cost*., n. 1/2024, 28 ss. Sul punto v. anche E. Gianfrancesco, *Le riforme costituzionali nella XIX legislatura: brevi considerazioni introduttive*, in *Riforme istituzionali e forme di governo,* cit., 206 ss.; e G.M. Salerno,

3. *Il testo approvato in prima lettura al Senato e le criticità residue: a) l'abolizione dei Senatori a vita di nomina presidenziale*

A fronte di queste e altre critiche iniziali, in buona parte espresse in sede di audizioni dinanzi alla Commissione Affari costituzionali del Senato, il testo definitivamente approvato in prima lettura a Palazzo Madama e quindi trasmesso alla Camera dei deputati[25] registra alcuni aggiustamenti, tra cui la fissazione del limite di 2 mandati consecutivi per il Presidente eletto[26], che tuttavia non sopiscono del tutto le perplessità finora richiamate, insieme ad altre che pure sovvengono.

In primo luogo, nell'ottica del rafforzamento della stabilità governativa, permane inalterata l'ulteriore modifica proposta, relativa alla soppressione della figura dei senatori a vita di nomina presidenziale[27], i quali, nella recente storia repubblicana, sono sovente intervenuti in maniera decisiva nelle deliberazioni di natura fiduciaria. Invero, per quanto tali precedenti abbiano in realtà condotto a snaturare la ragione della loro previsione, dovuta all'opportunità di arricchire i lavori del Senato con l'esperienza di personalità che hanno già dato prova di eccellenza in vari campi (anche) estranei alla politica, la soluzione al nodo del crescente peso politico da essi acquisito negli anni, nonostante la mancanza di legittimazione democratica diretta, avrebbe potuto rinvenirsi altrove. In particolare, si sarebbe potuto prevedere la loro esclusione dal circuito fiduciario in modo da ricondurli alla loro originaria funzione – connessa al miglior funzionamento della forma di Stato, anziché di potenziale incisione sulle dinamiche della forma di governo – piuttosto che rinunciare definitivamente ad ogni loro apporto al dibattito parlamentare. Né una modifica nel senso qui proposto potrebbe ritenersi contraria alla pienezza del mandato parlamentare, che va riconosciuta a tutti i membri delle Camere ai sensi della formulazione generale espressa nell'art. 67 Cost. E ciò proprio in forza delle peculiarità del loro particolare canale di legittimazione, diverso dall'elezione, di cui peraltro

I principi ispiratori per una revisione della forma di governo parlamentare: la responsabilità e la verticalizzazione, e non la personalizzazione in via elettiva, ivi, 415 ss.

[25] Il 18 giugno 2024, dove ha acquisito la nuova numerazione come A.C. 1921 per essere assegnato alla Commissione Affari costituzionali il giorno successivo.

[26] Si denota in tale modifica la volontà di allinearsi alla recente giurisprudenza costituzionale, che, sia pur in relazione all'elezione diretta dei Sindaci, ha ritenuto la previsione di un limite massimo ai mandati consecutivi quale un «ponderato contraltare» all'elezione diretta dell'organo di vertice, cfr. Corte cost., sent. n. 60 del 2023, Punto 8 cons. dir.

[27] Nel quadro del complessivo apprezzamento per la proposta di revisione, giudicano positivamente la modifica M. Belletti, *Il simul simul «temperato», ovvero, la via italiana per la razionalizzazione della forma di governo parlamentare. Analogie e differenze tra i disegni di legge n. 830 e n. 935 A.S.*, in *Oss. Cost.*, n. 1/2024, 27; e M. Cavino, *op. ult. cit.*, 59 s.

lo stesso Senato ha dimostrato di tener conto quando, con le modifiche regolamentari del 2017, aveva per la prima volta introdotto, con (iniziale) riferimento esclusivo a questa categoria di senatori, la figura del parlamentare «non-iscritto» (a nessun gruppo parlamentare), solo successivamente estesa anche agli altri membri di Palazzo Madama con gli ulteriori emendamenti delle norme camerali approvate nel 2022.

4. Segue. *b) l'inghippo della «doppia fiducia», popolare e parlamentare*

Al di là, peraltro, delle modifiche che andranno a incidere, decurtandola ulteriormente, sulla composizione del Parlamento, restano invero pressoché integre le maggiori riserve già espresse sul progetto di revisione iniziale, a cominciare dall'anomalia per cui il Capo dello Stato continuerebbe a conferire al Presidente eletto «soltanto» l'*incarico* di formare il Governo. Da qui – come autorevolmente sostenuto – una sostanziale «retrocessione» di quest'ultimo[28], a dispetto della diretta investitura popolare.

Anche tralasciando il dato della costituzionalizzazione di un istituto, qual è l'incarico, da sempre presente nella storia repubblicana soltanto in via di prassi e, d'altra parte, almeno dal 1958, nemmeno formalizzata attraverso l'emanazione di un atto ufficiale[29], la previsione di questo doppio canale di legittimazione del Primo ministro (elezione prima, seguita dall'investitura fiduciaria), unitamente al lasso temporale di 10 giorni, mantenuto anche nel nuovo testo dell'art. 94 Cost., entro cui il Governo deve presentarsi alle Camere, testimonia la preoccupazione degli altri partiti della coalizione di non venir sostanzialmente estromessi dalla determinazioni relative alla formazione del Governo, tanto più dopo che, in sede di emendamenti apportati al Senato, è stato attribuito al Primo ministro un potere anche di (proposta di) revoca degli altri componenti. Sicché, il mantenimento della votazione fiduciaria iniziale rende fin troppo palese la necessità per il Presidente eletto di acconsentire, almeno in parte, alle richieste degli altri partiti, diversi dal suo, componenti la maggioranza uscita dalle elezioni in termini di puntuale definizione del programma e di distribuzione degli incarichi governativi. Tale lettura, peraltro, si riverbera sulle tappe lungo cui procede la formazione del Governo, che vedrebbe, per un certo lasso di tempo, un Presidente del Consiglio direttamente investito dal

[28] Definita «singolare» da N. Zanon, *Su quanto possa o debba essere «forte» un Presidente del Consiglio eletto direttamente*, in *Oss. Cost.*, n. 1/2024, 96 ss., sia pur in un'ottica complessivamente non contraria alla riforma.

[29] Ampiamente sull'istituto, volendo, A. Ciancio, *Spunti ricostruttivi sui poteri dell'«Incaricato nella formazione del Governo»*, in «*1989*». *Riv. Dir. Pubbl. Sc. Pol.*, nn. 3-4/1995, 521 ss., spec. 533 s.

corpo elettorale, ma non ancora nella pienezza delle sue funzioni, che acquisterebbe solo con il voto di fiducia. E, invero, è altresì previsto che in caso di mancata approvazione della fiducia iniziale, il Presidente della Repubblica rinnovi (*rectius*, deve rinnovare) l'incarico al Presidente eletto (si suppone, per tentare una nuova mediazione politica con una differente copertura degli incarichi ministeriali) e, se di nuovo questi fallisce, proceda allo scioglimento anticipato[30].

Tali considerazioni la dicono già lunga sulla effettiva idoneità del testo riformato a raggiungere l'altro obiettivo dichiarato, di voler rivitalizzare la volontà popolare circa la determinazione dell'indirizzo politico generale, che invece, per quanto già detto, al momento delle elezioni sarebbe tutt'al più soltanto abbozzato e per nulla definito nel particolare[31].

D'altra parte, nello stesso senso depone l'altra critica, più forte, che resta tuttora in piedi, con riguardo al peso effettivo che acquisterebbero gli elettori sulla scelta del *Premier*. Nella nuova versione approdata alla Camera dei deputati, infatti, viene introdotta una distinzione per i casi di successiva crisi di governo, a seconda che abbiano natura parlamentare o extraparlamentare: mentre nella prima circostanza, di approvazione della mozione di sfiducia al Presidente eletto, lo scioglimento si configura quale atto pressoché automatico, nei casi in cui invece le dimissioni del primo siano volontarie, questi può decidere se proporre o meno lo scioglimento al Presidente della Repubblica. In questo secondo caso, però, quest'ultimo potrebbe conferire un nuovo incarico allo stesso dimissionario o anche ad un altro parlamentare che fosse stato eletto in collegamento con il primo.

A parte tutte le riserve già espresse, circa l'incertezza sulla collocazione del «secondo» *Premier* nello schieramento parlamentare successivamente all'elezione, si denotano in tale riformulazione dell'art. 94 una serie di storture. La prima attiene all'assoluta rigidità del modello che, per una paradossale eterogenesi dei fini, non consente nessun margine di manovra al Presidente eletto in caso di mozione di sfiducia, così da consegnarlo per intero alla maggioranza parlamentare e all'eventuale volontà di autoscioglimento in un momento che sfugge al suo stesso controllo. Pertanto, il *Premier* potrebbe trovarsi costretto a tornare alle urne persino nel periodo che i sondaggi rivelano essere il peggiore per il suo partito, per quanto ancora favorevole all'attuale maggioranza, ma con diversi equilibri interni tra le forze che la compongono. Margine di manovra che, invece, il Presidente del Consiglio conserverebbe nel caso di dimissioni volontarie ovvero, come lascia dedurre la circostanza che tale ultimo aggettivo

[30] Lo ritiene, pertanto, uno «stillicidio politico da evitare» ancora N. Zanon, *op. cit.*, 99 s.

[31] Come rileva anche B. Pezzini, *L'introduzione del premierato nel sistema costituzionale italiano*, in *Oss. cost.*, n. 1/2024, 66.

sia stato infine espunto dal testo, anche per il caso di mancata approvazione della questione di fiducia (*rectius*, di una delibera su cui il Governo avesse posto la questione di fiducia).

Ma ciò che lascia davvero perplessi è l'aver conservato per tali ipotesi l'alternativa dell'incarico ad altro soggetto, sul cui nome, peraltro, gli elettori ben potevano restare all'oscuro al momento dell'elezione, giacché non si tratterebbe di un vice-presidente, sul modello nordamericano, dove, però – com'è ben noto – l'elezione diretta riguarda il Capo dello Stato.

Ciò sarebbe già sufficiente a frustrare lo scopo dichiarato della riforma, di evitare la formazione di Governi non voluti dal corpo elettorale.

Vero è che l'espresso riferimento ad altro parlamentare «eletto» eviterebbe la formazione di governi cd. «tecnici» (ulteriore scopo dichiarato, sottostante all'iniziativa della riforma), ma è altrettanto vero che il richiamo all'imprevedibilità delle vicende cui può andare incontro il Paese (e qui sia sufficiente il riferimento ai fatti ancora recenti della diffusione della pandemia da Covid-19, con la successiva necessità di implementare il PNRR, ad esempio) dovrebbe indurre cautela nell'escludere in modo assoluto tale eventualità con la connessa necessità per le forze politiche di ricorrere a figure sì «esterne» al Parlamento, ma comunque «esperte» in quanto dotate delle necessarie competenze, e quindi in grado di compiere le scelte necessarie per il bene del Paese senza oltretutto doverne poi subire le conseguenze politiche nell'eventualità (per il vero, abbastanza frequente in situazioni di crisi) di dover assumere decisioni impopolari.

5. Segue. *c) l'incerta ridefinizione del ruolo del Capo dello Stato*

Forti perplessità, peraltro, come già anticipato, hanno sin da subito investito il sostanziale stravolgimento del sistema di pesi e contrappesi previsto nel vigente Testo fondamentale[32].

Ciò, in particolare, concerne l'evidente ridimensionamento del ruolo del Capo dello Stato in occasione della risoluzione delle crisi di governo[33], considerato, per un verso, che la Suprema Magistratura perderebbe ogni potere di interpretazione dei risultati elettorali ai fini del conferimento dell'incarico; e, per altri versi, in relazione alla circostanza che lo scioglimento anticipato in

[32] Insistono sul punto le critiche di B. Pezzini, *op. cit.*, 61 ss.

[33] Di segno diverso le osservazioni di O. Pollicino, *op. cit.*, 352, secondo cui «nella forma di governo neoparlamentare», di cui l'A. prospetta diverse varianti, «il Presidente della Repubblica manterrebbe intatto il suo ruolo di garante della Costituzione e arbitro dell'agone politico…». In senso conforme anche M.G. Rodomonte, *Il percorso possibile verso le riforme costituzionali: da un'analisi oggettiva a scelte condivise*, in *Riforme istituzionali e forme di governo,* cit., 390.

queste specifiche ipotesi finirebbe per configurarsi quale atto dovuto, come risulta confermato dalla connessa eliminazione in tali eventualità del semestre bianco. In tal modo, se venisse sfiduciato il *Premier* eletto o questi si dimettesse chiedendo lo scioglimento, il Presidente della Repubblica verrebbe privato di ogni residua possibilità di tentare una soluzione alla crisi cercando alternative a Camere invariate, come invece è tipico del regime parlamentare.

È, pertanto, probabilmente, in una sorta di tentativo di «compensazione» per il Presidente della Repubblica «dimidiato», oltre che di perimetrazione dei suoi poteri (residui) nei confronti del *Premier*, che il testo esitato dal Senato esclude una serie di atti dall'obbligo di controfirma ministeriale, tra cui la stessa nomina del Presidente del Consiglio, che, a tenore del testo, non si sa nemmeno esattamente quando debba avvenire, con il già richiamato paradosso secondo cui per un certo lasso di tempo si avrebbe un nuovo Governo senza un Presidente del Consiglio nominato, ma, per così dire, «soltanto» eletto e, successivamente incaricato… Ma *de hoc satis.*

Per tornare, piuttosto, alla nuova formulazione dell'art. 89 Cost., essa include una serie di atti grosso modo riconducibili – secondo dottrina e giurisprudenza costituzionale – alla categoria di quelli strettamente presidenziali. E, tuttavia, non pare che sia stato tenuto nel debito conto il necessario collegamento della disposizione richiamata con l'art 90, I co. Cosicché delle due, l'una: o per tali atti non sarebbe possibile individuare alcun responsabile, almeno dal punto di vista politico, restando possibile configurare soltanto la responsabilità giuridico-penale per alto tradimento e attentato alla Costituzione; ovvero, responsabile dovrebbe ritenersi lo stesso Presidente della Repubblica *anche politicamente*. Ma ciò farebbe precipitare definitivamente ogni possibilità di ricondurre il mutato regime nei limiti di quello parlamentare, alterando la posizione di rigorosa terzietà ed estraneità del Capo dello Stato al circuito dell'indirizzo politico.

Né baluardo idoneo a prevenire la «politicizzazione» del Capo dello Stato può ritenersi altra modifica apportata dal Senato, nel senso di posticipare l'abbassamento del *quorum* di elezione del Presidente della Repubblica agli scrutini successivi al sesto, anziché al terzo come nella formulazione dell'art. 83 Cost. ancora in vigore. Il presidio della posizione imparziale del Presidente della Repubblica, attraverso il mantenimento del *quorum* dei due terzi per sei turni risulta infatti assai debole, considerata la facilità che hanno le forze politiche di progredire nelle votazioni in pochi giorni, se non proprio in poche ore, per addivenire in tempi rapidi alla maggioranza assoluta, come si evince anche dalle più recenti elezioni presidenziali[34]. Sicché la modifica proposta non sem-

[34] In proposito, se si vuole, anche A. CIANCIO, *La rielezione di Mattarella, il* de profundis *per la politica e quel* «*soffitto di cristallo*» *che non si infrange*, in *federalismi.it*, n. 5/2022.

bra idonea ad evitare il pericolo che il Capo dello Stato finisca per presentarsi quale diretta espressione del *Premier* e della sua maggioranza. A meno di non intervenire anche a ridefinire l'ampiezza e la consistenza del relativo collegio elettorale, ad esempio allargando la platea dei delegati regionali o, anche, eventualmente estendendo la partecipazione ai rappresentanti degli altri enti territoriali, sì da poter ricondurre, sia pur per altri versanti, il ruolo della Suprema magistratura dello Stato alla prestazione di garanzia dell'unità nazionale richiesta in Costituzione[35]. Ma tale allargamento ad oggi non appare contemplato.

Appare, piuttosto, evidente che l'operazione di «microchirurgia costituzionale», che sarebbe negli auspici del Governo di condurre in porto attraverso interventi «minimali» sull'attuale Testo costituzionale[36], potrebbe risultare foriera di grandi danni futuri, come molte volte accade in altre sedi di meri «ritocchini estetici», quando compiuti in fretta e al risparmio.

Fuori di metafora, e in conclusione sul punto, non si può trascurare di ribadire che una grossa perplessità in relazione ai futuri rapporti tra Capo dello Stato, *Premier*, Governo, maggioranza e opposizione parlamentare riguarda anche la circostanza di non (voler) intervenire sulla formulazione dell'art. 95 Cost.[37] E ciò nonostante la difficoltà di poter continuare a concepire un Presidente del Consiglio, ormai forte della diretta legittimazione popolare, quale un *primus inter pares*[38], come finora è stata ricostruita – almeno dal punto di vista strettamente giuridico – la figura del Presidente del Consiglio, sulla base della disposizione da ultimo richiamata.

Dall'altro lato, tale mancato adeguamento risulterebbe altresì incoerente con quanto la prassi più recente ha dimostrato, circa la direzione che ha assunto il funzionamento concreto del regime parlamentare in Italia, in connessione all'attuale assetto del sistema politico, segnato dalla presenza (e dalla influenza) dei *leader* dei partiti maggiori. Pertanto la riforma, in assenza di interventi sulle

[35] In tale direzione le sollecitazioni di I. A. Nicotra, *Per un governo di legislatura*, in *Riforme istituzionali e forme di governo,* cit., 316.

[36] Nella Relazione di accompagnamento del d.d.l. 935 si legge infatti che «la formulazione del testo è ispirata a un criterio «minimale» di modifica della Costituzione vigente, nella convinzione che si debba operare, per quanto possibile, in continuità con la nostra tradizione costituzionale e parlamentare e che pertanto gli interventi di revisione debbano limitarsi a quelli strettamente necessari al conseguimento degli obiettivi». Mette in luce come, a dispetto delle dichiarazioni, gli interventi sulla Costituzione attuale non siano affatto minimali, M. Della Morte, Uno vale tutti*, Considerazioni critiche (a prima lettura) sul D.D.L.* Premierato, in *DPE. Rassegna online*, n. 2/2023, XXX ss.

[37] Considerata senza senso da A. Ruggeri, *Il premierato*, cit., LXIV, in accordo a quanto già ampiamente anticipato in Id., *La riforma Meloni*, cit., 1013 s. *Contra*, una valutazione positiva sul punto è espressa da M. Belletti, *op. cit*., 18 ss.

[38] Nel medesimo senso anche M. Calamo Specchia, *op. cit.*, L.

attribuzioni del Primo ministro[39], che vadano oltre la nomina e la sostituzione dei ministri, sembra clamorosamente mancare la più forte ragione che negli ultimi anni spinge verso una revisione della forma di governo nel senso, da un lato, del rafforzamento della posizione del Presidente del Consiglio, anche in considerazione dell'avanzato processo di integrazione europea[40], che vede tuttora prevalere il metodo intergovernativo quale sistema di decisione nelle sedi sovranazionali[41] e, dall'altro, della rivitalizzazione del ruolo del Parlamento che, in virtù dei medesimi processi, risulta sempre più rintuzzato[42]. E, invero, quale migliore occasione per procedere in questa direzione di una riforma che va ad incidere direttamente sulla forma di governo? Ma si tratterebbe, per quanto osservato finora, di un'occasione mancata, di riallineamento quantomeno del dato della Costituzione formale a quanto già da tempo va inverandosi a livello di Costituzione materiale, sia pur entro i limiti invalicabili dei principi di struttura della democrazia rappresentativa.

E, tuttavia, l'omessa ridefinizione del ruolo complessivo del Presidente del Consiglio eletto non esclude la necessità di un successivo chiarimento quanto all'estensione effettiva delle sue attribuzioni, tanto più nei rapporti con il Capo dello Stato, a fronte della rimodulazione delle funzioni di quest'ultimo. Basterebbe a tal fine l'interrogativo circa la possibilità per il Capo dello Stato di poter comunque procedere in autonomia allo scioglimento anticipato in altre ipotesi, non legate alla crisi di governo, come, ad esempio, nel caso della conclamata perdita del carattere rappresentativo del Parlamento, quale deducibile da elezioni, diverse da quelle delle Camere ma comunque di carattere generale[43].

In questa e altre ipotesi, sembra, pertanto, di poter presagire l'avvio di una nuova stagione di conflitti proprio al vertice del sistema istituzionale, che non farebbe bene a nessuno degli organi in questione e nemmeno alla Corte costituzionale, deputata a dirimerli.

[39] Perplessità in merito esprime anche A. Sterpa, *La proposta governativa di riforma costituzionale: il «semi-premierato»*, in *Oss. Cost.*, n. 1/2024, 78 ss.

[40] Conformemente, M. Rubechi, *Il dibattito sulle riforme istituzionali nella XIX legislatura. Modelli, concetti e svantaggi*, in *Riforme istituzionali e forme di governo,* cit., 395 ss.

[41] Sul tema, per tutti, N. Lupo, Next Generation EU *e sviluppi costituzionali dell'integrazione europea: verso un nuovo metodo di governo*, in *Dir. Pubbl.*, n. 3/2022, 729 ss.; e, in connessione al tema delle riforme, Id., *Revisioni costituzionali «puntuali» e «a tappe» della forma di governo. Perché no?*, in *Riforme istituzionali e forme di governo,* cit., 268.

[42] Su tali dinamiche in relazione alle prospettive di revisione, nonché sui mutamenti taciti cui è andata incontro negli anni la forma di governo, cfr. A. Sciortino, *Sulle riforme istituzionali: brevi note*, in *Riforme istituzionali e forme di governo,* cit., 442 ss.

[43] Il medesimo dubbio solleva già A. Ruggeri, *Il premierato*, cit., LXVIII s.

6. *Il nodo irrisolto della legge elettorale e le riforme davvero indifferibili*

Per altri versi, un forte rimaneggiamento del disegno di legge in origine presentato riguarda il completo rinvio alla futura legge ordinaria di ogni determinazione anche relativamente all'entità del premio necessario ad assicurare al Presidente eletto la maggioranza parlamentare e al modo di accordarlo, con l'unica avvertenza che debba essere attribuito «su base nazionale». Se, da un canto, tale decisione si lascia apprezzare in relazione alla rinunzia a costituzionalizzare la formula elettorale, d'altro canto non può non evidenziarsi il sostanziale salto nel buio in cui si traduce tale scelta.

E, invero, allo stato nulla si dice circa il metodo che verrebbe adottato, per quanto l'esperienza disastrosa del precedente israeliano, prima citato, consiglierebbe di escludere l'adozione di un sistema proporzionale onde non replicare di quel regime le disfunzioni che hanno indotto ad abbandonarlo dopo poco tempo[44].

Residuerebbe, dunque, l'alternativa di un meccanismo maggioritario senza, al momento, ulteriori indicazioni in ordine, ad esempio, alla scelta tra turno unico (all'inglese) o a doppio turno con eventuale ballottaggio (alla francese). Ancora del tutto irrisolto resta il quesito circa il peso del voto degli elettori all'estero, che finirebbero per incidere non poco sulla scelta del Presidente del Consiglio[45]. Né nulla viene anticipato circa la presenza di una percentuale minima di voti per l'attribuzione del premio di maggioranza, né tantomeno, come anticipato, sulla consistenza di quest'ultimo. A tal riguardo, invero, le uniche indicazioni potrebbero provenire soltanto «indirettamente» ancora dalla giurisprudenza costituzionale, che in proposito non ha ritenuto irragionevole una soglia (minima) del 40%[46].

Analogamente rimane assolutamente impregiudicato il numero di schede con cui andrebbero a votare gli elettori così come i meccanismi eventualmente escogitati nel caso in cui venissero espresse maggioranze diverse nelle due Camere, di cui peraltro, non vengono modificate le funzioni.

Da quest'ultimo punto di vista, il progetto in esame appare debole per motivi esattamente inversi rispetto a quelli che si erano evidenziati a proposito del precedente tentativo di riforma istituzionale c.d. Renzi-Boschi: invero, quella legge di revisione modificava il sistema bicamerale senza voler tocca-

[44] Più ampiamente in proposito, cfr. E Ottolenghi, *Sopravvivere senza governare: l'elezione diretta del primo ministro in Israele*, in *Riv. it. sc. pol.*, n. 2/2002, 239 ss.

[45] Cfr. A. Spadaro, *Dal "parlamentarismo" al "premierato": le quattro vie percorribili*, in *Forum di quod. cost.*, n. 2/2024, 109.

[46] Cfr. Corte cost., sent. n. 35 del 2017, cit., Punto 6 cons. dir.

re – almeno formalmente – la forma di governo[47], e veniva quindi anticipata dalla riforma elettorale per l'unica Camera che avrebbe mantenuto il legame fiduciario con il Governo; in modo diametralmente opposto l'attuale progetto di revisione incide invece direttamente sul regime parlamentare, senza però voler in alcun modo alterare l'attuale sistema bicamerale perfetto e senza nulla lasciar presagire circa la legge elettorale[48].

Vi è, dunque, un altro grosso nodo che la riforma, in attesa di tale legge, non risolve, relativo a «chi» e «come» sceglierebbe il candidato *Premier* da sottoporre al voto degli elettori. In assenza di «primarie» normativamente regolate e, dunque, istituzionalizzate, vi è infatti più che concreto il rischio che la determinazione effettiva del futuro Presidente del Consiglio resti appannaggio esclusivo delle segreterie dei partiti, così da evidenziare una volta di più la frustrazione del dichiarato scopo di voler rivitalizzare la volontà del corpo elettorale, il quale si troverebbe dunque costretto a dire sì o no a decisioni nella sostanza assunte altrove e, comunque, a scegliere tra nomi imposti dall'alto[49].

Vengono in tal modo svelati i maggiori limiti del carattere sostanzialmente plebiscitario dell'elezione diretta del *Premier.*

Si conviene, cosi, anche in conclusione, con gli ammonimenti di Prisco[50], ma pure con chi non condanna a monte la forma di governo del premierato, purché esso venga temperato rispetto alla proposta qui in commento, nel senso, fra l'altro, della nomina a capo del Governo del *leader* del partito o della coalizione che ha vinto le elezioni, già vincolativamente individuato e indicato nelle schede elettorali[51]. Si otterrebbe in tal caso il duplice, positivo effetto di

[47] Sul modo in cui anche la riforma «Renzi-Boschi» finiva per incidere «in modo diretto e indiretto sulla concezione della forma di governo italiana», cfr. G. De Vergottini, *Oltre le revisione: legge elettorale e regolamenti parlamentari,* in *Riforme istituzionali e forme di governo,* cit., 147.

[48] Osservazioni critiche analoghe svolge anche M. Belletti, *Il Valore della stabilità di governo e la ricerca della forma migliore: Semipresidenzialismo o Premierato?*, in *Riforme istituzionali e forme di governo,* ivi, 27 ss. Sull'imprescindibilità, nell'ambito delle riforme istituzionali, anche della modifica del sistema bicamerale v., poi, F. Fabrizzi, *Forma di governo neoparlamentare e ruolo delle Camere,* cit., 177 ss.; e, nel quadro di una riflessione più ampia sulla crisi del parlamentarismo, Id., *Il Parlamento nella «democrazia decidente»*, Bologna, 2024, 17 ss.

[49] In senso conforme, ritiene ineludibile ormai, in parallelo alla revisione della forma di governo e alla connessa modifica del sistema elettorale, la regolazione anche della democraticità interna dei partiti, L. Cassetti, *Le riforme indispensabili: appunti su alcune questioni di metodo e di merito*, in *Riforme istituzionali e forme di governo*, cit., spec. 67.

[50] S. Prisco, *op. cit*., 363 ss.

[51] In questo senso, sia pur corredate da altri elementi di «razionalizzazione». le indicazioni di S. Ceccanti, *Proposta di un articolato sul Premierato non elettivo alternativo a quello predisposto dal Governo Meloni*, in *federalismi.it*, n. 28/2023. V. anche Id., *Per un'efficace (ma non troppo rigida) forma di governo neo-parlamentare*, in *Riforme istituzionali e forme di gover-*

formare un Governo in consonanza con la volontà manifestata dagli elettori, che, recandosi alle urne, conoscerebbero già i candidati *Premier* e, dunque, la destinazione finale del loro voto in relazione alla futura formazione del Governo[52], sottraendone, però, al contempo, il capo – che non potrebbe dirsi forte di una «diretta» investitura popolare – alle tentazioni dell'uomo (o della donna) «solo/a al comando»[53].

Invero, il richiamo al vero punto di snodo della riforma, costituito dalla legge elettorale, lascia una volta di più concludere che le disfunzioni del sistema italiano – costituite dall'instabilità governativa e dalla crescente disaffezione del corpo elettorale alle urne, dovuta anzitutto al sostanziale svuotamento delle possibilità del primo di poter effettivamente concorrere alla determinazione della «politica nazionale» – verrebbero almeno in parte[54] e con più semplicità ovviate con una legge ordinaria che intervenisse anzitutto a modificare il sistema di elezione di Camera e Senato[55], ad esempio, reintroducendo il voto (unico) di preferenza e accompagnandolo con opportune soglie di sbarramento per temperare la frammentazione politica; ovvero, anche ripristinando un metodo a vocazione maggioritaria, che, con gli opportuni temperamenti per non sacrificare le istanze di rappresentatività, intervenga in modo ancora più deciso a snellire e semplificare il quadro parlamentare[56], dando slancio e vitalità a una efficiente democrazia cd. «decidente».

no, cit., 92 ss.; e, in posizione adesiva, F. Clementi, *Per un'innovazione consapevole: rafforzare la* premiership *senza rigidità sistemiche,* ivi, 120 ss. Analogamente, sia pur con leggere varianti, tra i molti scritti raccolti nel medesimo volume, v. anche R. Dickmann, *Riforme ed equilibri costituzionali*, ivi, 162 ss.; V. Lippolis, *Un modello di forma di governo neoparlamentare per la stabilità degli esecutivi e un diretto collegamento del premier alla volontà popolare*, *ivi*, 255 ss.; F. Vari, *Per un Esecutivo più stabile. Primi spunti sulle riforme possibili nella XIX Legislatura repubblicana,* cit., 507 ss.

[52] Favorevole all'ipotesi, che considera già recepita in via di prassi dalle maggiori forze politiche, oltre che conforme alle effettive condizioni della società italiana, anche V. Tondi della Mura, *Il neoparlamentarismo per una riforma di compromesso rispettosa della prassi politica*, in *Riforme istituzionali e forme di governo,* cit., 491 ss., spec. 500.

[53] Come paventato, tra gli altri, da M. Calamo Specchia, *op. e loc. cit.*

[54] Sottolinea la necessità di intervenire con nuove regole di razionalizzazione su molteplici fronti, tra cui quello della legge elettorale, E. Grosso, *Il metadone della Repubblica. Elezione diretta e verticalizzazione del potere: la grande ossessione semplificatrice*, in *Riforme istituzionali e forme di governo,* cit., 211 ss., spec. 220 ss.

[55] Secondo quanto già auspicato, a commento di precedenti iniziative di riforma, in A. Ciancio, *Quali riforme dopo la riduzione del numero dei parlamentari? Brevi considerazioni a margine della proposta per la valorizzazione del Parlamento in seduta comune e l'introduzione della sfiducia costruttiva*, *Paper* in *federalismi.it.*, n. 29/2020, cui sia, pertanto, consentito rinviare.

[56] Più dettagliatamente sulle diverse alternative praticabili, sia pur in un contesto di auspicato bicameralismo riformato, L. Violini, *Crisi della democrazia e elezione diretta: un passo verso*

Resta in ogni caso ineludibile la conveniente e conseguenziale riforma dei regolamenti camerali[57], che, regolando lo statuto dell'opposizione[58], colmi una lacuna di oltre trent'anni, come, d'altra parte, lo stesso legislatore della revisione costituzionale oggi *in itinere* non manca di sollecitare, approvando già nel corso della prima lettura in Senato un ordine del giorno in tal senso[59].

il superamento della disaffezione al voto?, in *Riforme istituzionali e forme di governo,* cit., 511 ss., in part. 517 ss.

[57] Vi insiste, unitamente alla centralità della riforma elettorale, anche M. Luciani, *op. cit.,* 261.

[58] In un'ottica favorevole al premierato elettivo, ritiene, tuttavia, necessaria, come contraltare, la vera e propria costituzionalizzazione dello statuto dell'opposizione, G. Cerrina Feroni, *Rafforzare il Premier per rafforzare la legislatura: spunti per una riforma possibile*, in *Riforme istituzionali e forme di governo,* cit., 98.

[59] Si tratta dell'ODG G/935/1/1 del sen. Pera, approvato nel corso della seduta notturna del 24 aprile 2024.

Cristiana Cianitto[*]

MINORANZE RELIGIOSE E RICONOSCIMENTO GIURIDICO: ALCUNE RIFLESSIONI[**]

SOMMARIO: 1. Le minoranze religiose nella Costituzione. – 2. L'organizzazione della comunità sikh in Italia. – 3. Le forme associative. – 4. Pronti per il futuro.

1. *Le minoranze religiose nella Costituzione*

Nell'ordinamento giuridico italiano non esiste una definizione di minoranza religiosa e ciò ha animato lungamente il dibattito tra dottrina e giurisprudenza[1]. La società contemporanea, religiosamente e culturalmente plurale, richiede al giurista un utilizzo consapevole del concetto di minoranza in generale e di minoranza religiosa in particolare[2].

Storicamente, l'Italia ha concepito le minoranze religiose non cattoliche in un contesto tutto sommato tradizionale, che individuava nei culti ammessi le comunità ebraiche, le diverse famiglie del protestantesimo storico[3] e, dal secondo quarto del novecento, i movimenti della rinascita spirituale americana del XIX secolo. Questo panorama non è certamente quello dell'Italia contemporanea ove sono presenti molteplici gruppi religiosi portatori di altrettanti mondi culturali, non sempre perfettamente sovrapponibili al concetto cristiano-centrico di religione e di minoranza.

[*] Associato di Diritto e religione, Università degli Studi di Milano, cristiana.cianitto@unimi.it.

[**] Le riflessioni del presente scritto si ispirano ai contenuti del mio volume *Minoranze e simboli religiosi. I sikh tra identità e cittadinanza*, Torino, 2024.

[1] Sul concetto di minoranza e di confessione religiosa, senza nessuna pretesa di esaustività, si rinvia a V. PARLATO, G.B. VARNIER (a cura di), *Principio pattizio e realtà religiose minoritarie*, Torino, 1995; A.C. AMATO MANGIAMELI, M.R. DI SIMONE (a cura di*), Diritto e religione tra passato e futuro*, Roma, 2010; J. PASQUALI CERIOLI, *L'indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose*, Milano, 2006; S. BERLINGÒ, G. CASUSCELLI, *Diritto ecclesiastico italiano. I fondamenti. Legge e religione nell'ordinamento e nella società d'oggi*, Torino, 2020.

[2] Sul tema delle minoranze e dei loro diritti anche a livello internazionale si rinvia a M. VENTURA (ed.), *The Legal Status of Old and New Religious Minorities in the European Union – Le statut juridique des minorités religieuses anciennes et nouvelles dans l'Union européenne*, Granada, 2021. Per la normativa internazionale che protegge e promuove i diritti delle minoranze si veda D. FERRARI, *Legal Code of Religious Minority Rights*, London, 2021.

[3] Ci sia concesso di rinviare a P. ZANINI, *Il «pericolo protestante». Chiesa e cattolici italiani di fronte alla questione della libertà religiosa (1922-1955)*, Firenze, 2019.

I principali rapporti sull'immigrazione in Italia ci descrivono un contesto sociale in evoluzione in cui gli immigrati contribuiscono a rendere sempre più variegata la presenza religiosa sul territorio. Esistono, però, alcune costanti, quali l'aumento dei cristiani stranieri – soprattutto ortodossi e evangelici – e dei musulmani provenienti dal Medio Oriente, dal Nord Africa, ma anche da paesi asiatici quali il Bangladesh[4]. I musulmani in Italia sono stati stimati intorno ai 2.270.700, di cui 1.670.000 immigrati[5]. Secondo gli ultimi dati disponibili, i sikh sarebbero circa 120.000 in Italia, il che rende la comunità italiana la seconda per dimensioni in Europa subito dopo quella presente in Gran Bretagna[6].

La distribuzione dei luoghi di culto sul territorio nazionale indica che la presenza sikh in Italia non ha una diffusione uniforme sul territorio nazionale poiché le comunità sono prevalentemente stanziate nel Nord Italia e nell'Agro Pontino per ragioni connesse alle attività lavorative tradizionalmente predilette dai sikh di prima immigrazione, pastorizia e agricoltura[7], giunti in Italia all'inizio degli anni '80[8]. Nelle realtà ove sono presenti, i sikh hanno saputo

[4] XXXI Rapporto Immigrazione, Caritas e Migrantes, 2022, in https://www.migrantes.it/xxxi-rapporto-immigrazione-2022-costruire-il-futuro-con-i-migranti/.

[5] I rapporti che tentano di stimare la consistenza della comunità musulmana in Italia sono molteplici. Tra i più accreditati si rinvia a US Department of State, Office of International Religious Freedom, *2022 Report on International Religious Freedom: Italy (Executive Summary)*, in https://www.state.gov/wp-content/uploads/2023/05/441219-ITALY-2022-INTERNATIONAL-RELIGIOUS-FREEDOM-REPORT.pdf; CESNUR, *Dimensioni del pluralismo religioso in Italia (2022)*, in cesnur.com/dimensioni-del-pluralismo-religioso-in-italia/; ISTAT, *Aspetti della vita quotidiana: pratica religiosa-regioni e tipo di comune (2020)*, in dati.istat.it/index.aspx?queryid=24349.

[6] Si vedano i dati disponibili sul sito del CESNUR (https://cesnur.com/gruppi-di-origine-sikh/la-religione-sikh), nonché P. Naso, C. Paravati, *Sikh. Tradizione, lavoro, integrazione*, in Aa.Vv., *Dossier statistico immigrazione*, Roma, 2023, 247 ss.

[7] Per un'analisi della tipologia di insediamento dei sikh in Italia si rinvia a P. Naso, *Sikh, 'calvinisti' in Val Padana*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, Rivista telematica, (www.statoeechiese.it), fasc. 13/2021, 167 ss.; P. Rumiz, *Sikh, gli indiani di Padania padroni del latte made in Italy. Viaggio nei popoli che fanno ricco il nostro paese*, in *La Repubblica*, 8 ottobre 2003; M. Omizzolo, *I lavoratori e le lavoratrici di origine indiana dell'agro pontino tra sfruttamento e caporalato*, in K. Carnà (a cura di), *Sikhismo*, Roma, 2022, 91 ss.

[8] Sicuramente motivati da ragioni di natura economica, i flussi migratori dei sikh si sono intensificati dalla metà dagli anni '80 anche per ragioni connesse alla situazione politica interna dell'India. Il governo indiano ha infatti iniziato in quegli anni un'intensa politica di repressione dei movimenti secessionisti interni che miravano alla creazione di uno stato indipendente per i Sikh in Punjab. Il riferimento è all'operazione Blue Star del 1984 e agli eventi che seguirono alla morte del Primo Ministro Indira Gandhi ad opera di due delle sue guardie sikh. Sul punto si rinvia a M. Pesce, *La costruzione del male nella comunità sikh della diaspora*, in K. Carnà (a cura di), *Sikhismo*, cit., 53 ss. Prima di questo periodo, la presenza sikh in Italia si può definire abbastanza esigua e collegata alla presenza di discendenti o reduci delle truppe dell'Impero britannico che, con gli Alleati, avevano combattuto in Italia per la liberazione dal nazi-fascismo

integrarsi nelle comunità locali grazie alla loro operosità silenziosa – sostenuta da saldi principi etici e morali insiti nel loro patrimonio religioso che identifica il lavoro e l'azione sociale come un dovere primario[9] – al loro rifiuto di qualsiasi divisione della società in caste e alla difesa del principio di uguaglianza, anche in relazione ai temi di genere.

La nostra Costituzione predispone in materia religiosa un sistema plurale formale e sostanziale, individuale e collettivo – come risulta dagli artt. 2, 3, 8, 19 e 20 – che trova nell'esplicitazione del principio di laicità da parte della Corte Costituzionale il suo strumento attuativo[10]. Se da un punto di vista formale il sistema giuridico italiano contiene in sé gli strumenti per affrontare le sfide della società multi-religiosa e multi-culturale, da un punto di vista sostanziale l'ordinamento ancora stenta a dare compiuta attuazione ad un regime di gestione del fenomeno religioso che sia effettivamente plurale, anche a causa di una troppo spesso frequente identificazione nell'opinione pubblica della diversità religiosa come diretta conseguenza dei flussi migratori[11].

Le ragioni sono sicuramente molteplici e vanno individuate nella storia italiana e nelle antiche radici cristiane del tessuto sociale nazionale che, se da un lato contribuiscono a renderlo potenzialmente aperto alla diversità[12], dall'altro

dal 1943. Testimonianza del contributo dei soldati sikh alla guerra di liberazione sono i sacrari presenti a Modena e Reggio Emilia, il Monumento ai Caduti Sikh della II guerra mondiale all'interno del Cimitero dell'*Indian Army* a Forlì. Mausolei sono presenti anche in Europa, specie in Belgio, e commemorano il contributo delle truppe sikh alla vittoria della I Guerra Mondiale.Si veda T. Lorenzetti, *I sikh. Fede e valore nelle guerre mondiali*, in K. Carnà (a cura di), *Sikhismo,* cit., 61 ss.

[9] Si veda P. Naso, *Sikh, 'calvinisti'*, cit., 169; S.D. Molli, M. Ambrosini, *Immigrazione, Religione, e Integrazione. Il caso delle comunità Sikh e filippine in Lombardia*, in *Educational Reflective Practices*, 1/2021, 99 s.

[10] Corte Costituzionale, sentenza n. 203 del 1989. Si veda inoltre J. Pasquali Cerioli, *L'indipendenza dello Stato*, cit., 28-31; dello stesso autore, in particolare sul percorso che ha portato alla concettualizzazione del principio di laicità da parte della Corte Costituzionale, si veda J. Pasquali Cerioli, *Laicità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 2/2023, 83 ss; A. Ferrari, *La libertà religiosa in Italia*, Roma, 2012, 122-124; Id., *La laicità importuna: laicità costituzionale e libertà religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 7/2023, 63 ss; M. Ferrante, *Diritto, religione, cultura: verso una laicità inclusiva*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 35/2017, 19 ss.; N. Colaianni, *Trent'anni di laicità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 21/2022, 52 ss.

[11] Cfr. D. Spini, *L'impegno protestante per la libertà religiosa in un contesto in trasformazione*, in A. Cardone, M. Croce (a cura di), *30 anni di laicità dello Stato: fu vera gloria?*, Roma,2021, 424.

[12] Si veda sul tema P. Cavana, *Prospettive di un'intesa con le comunità islamiche in Italia*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 23/2016, par. 3 e la bibliografia ivi citata. Per un'analisi storica della genesi del progetto costituzionale di pluralismo religioso si rinvia a P. Zanini, *op. cit.,* 137 ss.

ne condizionano il concetto stesso di pluralità accettabile. Come già accennato, il progetto pluralista della nostra Costituzione è stato pensato avendo dinanzi una diversità religiosa potenziale che condivideva con la maggioranza radici profonde: ebrei, cattolici, ortodossi, valdesi e protestanti nelle varie denominazioni condividono un patrimonio scritturale e culturale che, pur nella diversità delle singole esperienze, attenua la percezione della reciproca alterità[13]. Diverso è per tutte quelle confessioni religiose che si pongono ad una maggiore distanza da queste comuni origini giudeo-cristiane.

Nonostante ciò, l'ordinamento giuridico italiano ha compiuto significativi passi in avanti, come testimonia l'ultima stagione di intese siglate con gli indù ed i buddisti[14]; in esse il legislatore si è aperto a realtà che si discostano dal paradigma tipico della tradizione cristiana[15].

Questi progressi non hanno però ancora toccato quelle comunità religiose di più recente insediamento come l'Islam e i sikh.

La carta costituzionale disegna per le confessioni religiose – con la sola eccezione della Chiesa cattolica – un orizzonte al cui centro stanno i principi di uguale libertà, di autonomia organizzativa e di bilateralità normativa previsti dall'art. 8. In particolare, la libertà di cui godono i gruppi religiosi nella propria organizzazione interna è ribadita dal secondo comma dell'art. 8 ove, nell'esercizio del proprio fine di religione e di culto, l'unico limite è il rispetto dei principi inderogabili dell'ordinamento, a testimonianza del favore della Costituzione verso il fenomeno religioso globalmente inteso (art. 2)[16]. Tale sistema, quindi, presuppone la possibilità per i gruppi religiosi di operare nel nostro ordinamento con una pluralità di forme organizzative e, come previsto nel terzo comma dell'art. 8, di accedere allo strumento dell'intesa quale riconoscimento di una peculiarità meritevole di tutela.

[13] Si vedano P. Naso, *L'incognita post-secolare: pluralismo religioso, fondamentalismi e laicità*, Napoli, 2013 e G. Dalla Torre, *Lezione di diritto ecclesiastico*, 6° ed., Torino, 2019, 9 ss.

[14] L'intesa con la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni, firmata il 4 aprile 2007, è stata trasfusa nella Legge n. 127 del 30 luglio 2012; le intese con le comunità buddiste sono invece due: l'intesa con l'Unione Buddista Italiana UBI siglata il 4 aprile 2007, ora legge n. 245 del 31 dicembre 2012, e l'intesa con l'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai (IBISG), siglata il 27 giugno 2015, ora legge n. 130 del 28 giugno 2016.

[15] L'intesa con l'Associazione "Chiesa d'Inghilterra", siglata il 30 luglio 2019, ora legge n. 240 del 29 dicembre 2021, rappresenta, invece, una nuova battuta d'arresto per lo strumento dell'intesa, sia per la matrice culturale a cui questa confessione religiosa si ascrive, sia rispetto alla ricaduta reale del provvedimento data l'esigua consistenza numerica dei fedeli beneficiari.

[16] Cfr. F. Alicino, *Identità-Differenze. La tutela delle minoranze religiose nell'esperienza giuridica italiana*, in D. Edigati, A. Tira (a cura di), *Le minoranze religiose nel diritto italiano ed europeo. Esperienze del passato e problematiche contemporanee*, Torino, 2021, 122.

Questo, almeno, in teoria. La mancata previsione di un diritto comune per le confessioni religiose e quindi la mancata promulgazione di una legge generale sulla libertà religiosa che ne disciplini la vita anche in assenza di un'intesa ne ha svilito le caratteristiche di specialità[17]. In dottrina si è a lungo definito questo stato di cose attraverso l'espressione di "intesa fotocopia", proprio a testimoniare il cambiamento della natura dell'intesa da strumento di valorizzazione della specificità a sostituto di un diritto comune delle confessioni religiose[18].

Nel nostro ordinamento non esiste una forma associativa che dia adeguata rilevanza al fine di religione e di culto, se non quella riconducibile a ciò che rimane della legislazione sui culti ammessi, la legge n. 1159/1929 ed il regolamento attuativo R.D. n. 289/1930.

Questa disciplina, su cui più volte la Consulta ha espresso riserve sulla compatibilità con i principi costituzionali, definisce l'iter affinché un gruppo religioso possa essere qualificato come ente morale con fine di religione e di culto. Il procedimento è interamente governato dal Ministero dell'Interno e dalle Prefetture a testimonianza di un'impostazione profondamente securitaria della materia[19], figlia di un periodo storico in cui i culti diversi dal cattolico venivano tollerati fintanto che operavano entro limiti ben determinati e sotto lo stretto controllo dell'autorità. Ancora oggi, se una confessione religiosa intende vedere riconosciuto il fine di religione e di culto per un proprio ente, non c'è altra via che richiedere il riconoscimento secondo tale normativa, divenuta tanto più importante perché nella prassi il possesso di questo *status* è condizione necessaria per chiedere al Governo l'apertura delle trattative volte alla stipula dell'Intesa[20]. L'erezione in ente morale ai sensi della L. 1159/1929

[17] Sulla necessità dell'intesa quale strumento di tutela della specificità si era espressa anche la Corte Costituzionale già con la sentenza n. 195/1993 e poi con la sentenza n. 346/2002.

[18] Sul tema della mutata natura delle intese alla luce dell'inerzia del legislatore nella creazione di un diritto comune delle intese si vedano F. Alicino, *Identità-Differenze*, cit., 125, 127; Id., *Dalla bilateralità pattizia alla bilateralità amministrativa*, in *QDPE*, 1/2023, 163; F. Marzano, *Il diritto comune delle intese*, in Aa.Vv., *La questione della tolleranza e le confessioni religiose*, Napoli, 1991, 134 ss.; G. Casuscelli, *Libertà religiosa e confessioni di minoranza. Tre indicazioni operative*, in *QDPE*, 1/1997, 61 ss. Per una più recente riflessione sulla natura e finalità delle intese si rinvia *Le intese: attualità e prospettive, prendendo spunto dalla recente Intesa con la Chiesa d'Inghilterra*, *Diritto & Religioni*, Quaderno Monografico n. 4 Supplemento Rivista, Anno 2023, n. 2.

[19] Sull'impostazione securitaria della legge sui culti ammessi e dell'intera legislazione fascista dell'epoca in relazione alla disciplina delle minoranze si rinvia a A. Tira, *Le minoranze religiose tra libertà uguaglianza e identità. Una riflessione sul percorso normativo italiano tra Otto e Novecento*, in D. Edigati, A. Tira (a cura di), *op. cit.*, 98 ss.; P. Zanini, *Il culmine della collaborazione antiprotestante tra Stato Fascista e Chiesa Cattolica: genesi e applicazione della circolare Buffarini Guidi*, in *Società e Storia*, 2017, 139-165.

[20] Come è esplicitato anche nelle fonti ministeriali, al fine di addivenire alla stipula dell'intesa «Le trattative vengono avviate solo con le Confessioni che abbiano ottenuto il riconoscimento

ha ormai acquisito il significato traslato di riconoscimento della comunità religiosa nel suo complesso, poiché la confessione religiosa dal «coacervo anonimo degli indistinti»[21] diviene confessione religiosa riconosciuta[22]. Le confessioni che non godono di alcuna forma di riconoscimento sono quelle che sono state efficacemente denominate confessioni "del terzo tipo", quindi escluse da una regolamentazione concordata con lo Stato e parimenti escluse da qualsiasi riconoscimento ai sensi della normativa sui culti ammessi[23].

Il nostro sistema costituzionale non disegna, quindi, né un progetto di stampo assimilazionista come in Francia, ove la laicità è l'elemento distintivo e unificante dello spazio pubblico, né un modello multiculturale per gruppi simile a quello che caratterizza la società britannica. Il modello italiano attribuisce alla religione una funzione positiva per la costruzione di una società pluralista e laica, in cui i gruppi religiosi possono avere un ruolo anche nella sfera pubblica, senza diventare per questo un necessario interlocutore delle istituzioni con sacrificio parziale dell'autonomia individuale del singolo aderente come avviene nel modello britannico. Ciò che difetta al modello italiano è una compiuta disciplina del fenomeno religioso: il legislatore non è infatti riuscito a dare alla politica ecclesiastica un respiro di lungo periodo[24], così contribuendo a consolidare nell'opinione pubblica l'identificazione tra religioni "non tradizionali" e fenomeno migratorio e spostando il focus del dibattito pubblico dalla garanzia dei diritti fondamentali ad una logica securitaria e, spesso, emergenziale.

2. *L'organizzazione della comunità sikh in Italia*

Di questo stato di cose è esemplificativa la vicenda del riconoscimento giuridico della comunità sikh.

della personalità giuridica ai sensi della legge n. 1159 del 24 giugno 1929, su parere favorevole del Consiglio di Stato». Si veda *Religioni, Dialogo, Integrazione*, Vademecum a cura del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione Direzione Centrale degli Affari dei Culti Ministero, 35 disponibile in https://www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/vademecum_religioni_dialogo_integrazione.pdf.

[21] Cfr. G. Peyrot, *Significato e portata delle intese*, in C. Mirabelli (a cura di), *Le intese tra Stato e confessioni religiose*, Milano, 1978, 50.

[22] Sull'importanza della parola come innesco del processo intellettuale e culturale del riconoscimento si rinvia a Z. Bauman, *Retrotopia*, Bari, 2020.

[23] La definizione efficace è di F. Di Prima, *Le Confessioni religiose «del terzo tipo» nell'arena pubblica nazionale: problemi, dinamiche e tendenze operative*, in QDPE, 1/2014, 121 ss.

[24] Sul tema della necessità di una legge generale sulla libertà religiosa si vedano, *ex multis*, V. Tozzi, G. Macrì, M. Parisi (a cura di), *Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulla libertà religiosa*, Torino, 2010; R. Zaccaria, S. Domianello, A. Ferrari, P. Floris (a cura di), *La legge che non c'è. Proposta per una legge sulla libertà religiosa in Italia*, Bologna, 2020.

Come si è già sottolineato, la disciplina sui culti ammessi rende di fatto responsabili il Ministero dell'Interno e le sue articolazioni territoriali per l'accertamento dell'esistenza delle condizioni giuridiche necessarie all'esercizio del diritto fondamentale di libertà religiosa. L'art. 2 della legge n. 1159/1929 prevede infatti che «Gli istituti di culti diversi dalla religione dello Stato possono essere eretti in ente morale, con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministro dell'Interno, uditi il Consiglio di Stato e il Consiglio dei ministri. Norme speciali per l'esercizio della vigilanza e del controllo da parte dello Stato possono inoltre essere stabilite nel decreto di erezione in ente morale». L'erezione in ente morale degli istituti dei culti diversi dalla religione dello Stato può essere chiesta da qualsiasi confessione religiosa con una domanda diretta al Ministro dell'Interno e presentata presso la prefettura ove l'ente ha sede[25], corredata dal testo dello statuto dell'ente da cui risultino lo scopo, gli organi di amministrazione, le norme di funzionamento e i mezzi finanziari dei quali l'ente dispone per il raggiungimento dei propri fini (art. 10, R.D. n. 289/1930), oltre ad una relazione esplicativa sui principi religiosi che esso professa.

Tutto l'iter procedurale è affidato al Ministero degli Interni che, sentito il Consiglio di Stato e verificato il possesso dei requisiti summenzionati attraverso le prefetture territorialmente competenti, decide poi sull'erezione e provvede con decreto del Presidente della Repubblica. Il nodo più problematico di tale iter è ancora oggi rappresentato dal parere del Consiglio di Stato che, sebbene non più obbligatorio[26], di fatto è sempre richiesto dal Ministero. Ciò ha un riflesso decisivo sia sui tempi del procedimento, poiché il Consiglio di Stato dalla data di trasmissione degli atti può impiegare fino a sei mesi per esprimersi, sia sugli esiti dell'iter stesso. La giurisprudenza del Consiglio di

[25] Per ottenere il riconoscimento, l'istanza va presentata alla Prefettura territorialmente competente (art. 10, comma 1 del R.D. 289/1930), corredata dell'atto costitutivo e dallo statuto, redatto in atto pubblico (art. 14 del codice civile) notarile (circolare della Direzione Generale degli Affari dei Culti n. 111/1998), in cui devono essere indicati la denominazione (art. 16 codice civile), lo scopo, gli organi di amministrazione e di funzionamento, il patrimonio e i mezzi finanziari (artt. 16 codice civile e 10, comma 2 del R.D. 289/1930), la sede (art. 16 codice civile). Va inoltre allegata la relazione del legale rappresentante sui principi religiosi e sulle attività svolte dall'ente, l'atto relativo alla disponibilità della sede legale dell'ente, il prospetto economico con l'indicazione di entrate e spese degli ultimi tre anni o del minor periodo pari a quello di esistenza di attività dell'ente, la dichiarazione bancaria o di altro istituto di credito sulla consistenza dei mezzi finanziari dell'ente, la dichiarazione del legale rappresentante sul possesso della cittadinanza italiana o, in assenza della cittadinanza, sul suo domicilio in Italia. (Cfr. Circolare n. 111/1998).

[26] L'obbligatorietà del parere del Consiglio di Stato è venuta meno in forza della Legge n. 127 del 1997, legge Bassanini bis.

Stato, infatti, sovente richiede alle confessioni di minoranza di dimostrare di avere una struttura di fatto similare a quella della Chiesa cattolica, esigendo sia in termini quantitativi, sia in termini qualitativi, requisiti che non sono propri di organizzazioni religiose che nulla hanno a che vedere con la struttura fortemente gerarchica e verticistica propria della Chiesa cattolica[27].

Nel caso specifico, con il parere n. 2387/2010 il Consiglio di Stato ha dato esito negativo alla richiesta di riconoscimento di Associazione Sikhismo Religione Italia, determinando il rigetto definitivo dell'istanza da parte del Dipartimento per gli Affari dei Culti nel 2012[28]. In questo parere, il sindacato del Consiglio si è spinto ben oltre la verifica della sussistenza dei requisiti previsti dai regolamenti. Infatti, il parere negativo è stato sostanzialmente determinato non da rilievi in relazione al contenuto dello statuto o alla carenza degli idonei mezzi finanziari per il perseguimento degli scopi sociali, ma dalla asserita presenza nel sikhismo di un divieto di divorzio per le sole donne e sul porto del *kirpan*. Tali circostanze contrasterebbero con «il limite invalicabile della tutela dell'ordinamento interno ai sensi dell'art. 8» e il contenuto della fede sikh contrasterebbe con principi di rango costituzionale, quali l'uguaglianza di tutti i cittadini, e con il divieto di porto d'armi che la natura religiosa del *kirpan* non sarebbe idonea a superare. Contro il provvedimento di rigetto dell'istanza di riconoscimento, totalmente adagiato sul parere del Consiglio di Stato, l'Associazione ha poi proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica dimostrando ampiamente l'infondatezza di questi rilievi. In particolare, in ordine al supposto divieto di divorzio[29], il Ministero afferma che la religione sikh

[27] In termini quantitativi, una confessione religiosa senza intesa dovrebbe dimostrare di avere almeno 500 fedeli in una singola Prefettura (o 5000, se sparsi nel paese). Tali dati numerici sono concepiti sulla base della consistenza minima di una parrocchia cattolica. Cfr. Parere del Consiglio di Stato n. 561 del 2 febbraio 2012.

[28] Si fa rilevare, però, che l'iniziale motivazione di rigetto di cui al preavviso del 2011 fondata sul parere in argomento, non viene riproposta con il definitivo provvedimento di rigetto del 2012, così integrando un'alterazione del processo decisionale dell'Amministrazione che Associazione Sikhismo Religione Italia ha fatto rilevare nel proprio ricorso al Presidente della Repubblica. Di tale vicenda si evince l'iter all'interno del parere suppletivo sul caso del Consiglio di Stato medesimo (n. 135/2013) e che rileva come il Ministero abbia «rinunciato o attenuato la portata dei rilievi formulati in sede pre-decisoria attinenti all'organizzazione ed ai dogmi di fede, tra cui il divieto di divorzio» (parere n. 135/2013, 2). Ciò evidenzia come l'Amministrazione sia in grado di discostarsi dal parere consultivo dato nel proprio processo decisionale, ma al contempo evidenzia anche come le esigenze di tutela della libertà religiosa rischino di divenire ostaggio di una discrezionalità amministrativa sempre più simile ad una discrezionalità politica ostaggio degli umori dell'opinione pubblica.

[29] Il matrimonio per i sikh rappresenta uno stato di vita da ricercare. Non sono particolarmente incoraggiate forme di ascetismo e grande rilevanza è attribuita alla vita familiare per uomini e donne. L'art. XVIII del *Sikh Rehat Maryada*, *Sikh Code of Conduct* del 1950, è intera-

vieta il divorzio alle donne e che questo sarebbe incompatibile con il principio costituzionale di uguaglianza dei cittadini. Invece la religione sikh – come molte altre, a partire da quella cattolica – vieta il divorzio tanto alle donne quanto agli uomini e questo divieto è efficace soltanto sul terreno religioso vincolando le coscienze dei fedeli, ma mai potrebbe il diritto religioso vietare ad un sikh di ricorrere ai tribunali civili per sciogliere il proprio matrimonio civile, sempre che questi lo voglia[30]. Certamente, però, il conflitto di coscienza permane. In ogni caso, il Consiglio e il Ministero si sono fatti carico di estendere il proprio apprezzamento anche oltre i limiti di quanto richiesto dalla legge. Nessuna menzione del divorzio esisteva nella documentazione depositata dall'Associazione ai fini del riconoscimento, nondimeno l'autorità procedente ha ritenuto che fosse proprio compito verificare la compatibilità con l'art. 3 della Costituzione di un contenuto relativo alla dottrina di un gruppo religioso. Questo *modus operandi* del Consiglio di Stato contrasta in maniera evidente con la giurisprudenza precedente del medesimo consesso che aveva, invero, ben altro tenore. In materia di riconoscimento della personalità giuridica quale ente di culto ai sensi della L. 1159/1929 alla Congregazione Italiana dei Testimoni di Geova, lo stesso Consiglio di Stato[31] aveva affermato che «al fine del riconoscimento della personalità giuridica di un'associazione religiosa, non può considerarsi necessario il sindacato volto ad accertare la compatibilità con l'ordinamento statale dell'ideologia professata», concludendo che: «Manca, dunque, nella Costituzione ogni riferimento al riscontro di compatibilità dell'ideologia religiosa con i principi generali dell'ordinamento o; più specificamente, con

mente dedicato al matrimonio che, quale legame che unisce i due corpi e le due anime degli sposi (Guru Granth Sahib Ji, 788), è concepito come tendenzialmente perpetuo, quindi indissolubile fino alla morte di uno dei due coniugi. Sono ammesse seconde nozze a seguito di vedovanza, mentre il divorzio – generalmente non incoraggiato – è ammesso quale rimedio per ovviare a situazioni di sofferenza familiare, quali casi di maltrattamenti fisici o psicologici, a richiesta sia del marito che della moglie. In questa disciplina è possibile notare uno degli influssi dell'Islam sulla dottrina sikh. Sul punto si rinvia a A. Singh Mandair, *Sikhism. A guide for the Perplexed*, London, 2013, 166-167.

[30] Sebbene abbia siglato intesa con lo Stato, in tema di posizioni dispari nel procedimento di divorzio l'ebraismo è tra quelle religioni che riconosce alla donna un limitato diritto, ritenendo il marito il potere di sciogliere il matrimonio attraverso il ripudio e la concessione del *ghet*. La donna non può pretendere il documento di divorzio, il *ghet*, né può il tribunale intervenire a favore della donna, quand'anche ne ritenesse fondate le ragioni. Il *ghet* dato per coercizione è, infatti, invalido per il diritto ebraico. Sul tema del divorzio nel diritto ebraico si rinvia a A. Mordechai Rabello, *Introduzione al diritto ebraico*, Torino, 2002, 139 ss.; M. Lewittes, *Jewish Marriage. Rabbinic Law, Legend, and Custom*, London, 1994, in particolare la sec. II; M. Landau, *Tradition and Equality in Jewish Marriage. Beyond the Sanctification of Subordination*, London, 2012.

[31] Si veda Consiglio di Stato, parere n. 1390/1986.

l'ordine pubblico […]. [I]l semplice riferimento al limite del buon costume (per giunta solo con riferimento ai riti religiosi) e non anche all'ordine pubblico, rende inammissibile qualsiasi sindacato della ideologia religiosa in rapporto all'ordine pubblico ed ai principi dell'ordinamento. […] Il sindacato sull'ideologia religiosa, escluso dal costituente con riferimento alla libertà di culto (in forma individuale o associata), [è] stato mantenuto quale presupposto dell'attribuzione della personalità giuridica, evento quest'ultimo che evidentemente nulla aggiunge alla professione del credo religioso. Lo stesso art. 2 della L. 1159 del 1929, sul quale (oltre che sull'art. 8 Cost.) l'Associazione istante basa la propria domanda di riconoscimento, permette l'erezione in ente morale degli istituti di culti acattolici, sul semplice presupposto della loro ammissibilità nell'ordinamento italiano, secondo i nuovi parametri costituzionali (art. 19 Cost.)». La decisione relativa alla comunità sikh costituisce quindi una netta inversione di tendenza. Sul *kirpan*, poi, il Consiglio arriva ad affermare che l'esercizio della libertà religiosa non costituirebbe un motivo sufficiente a scriminare la condotta dei sikh, sebbene l'Associazione si sia resa disponibile alla creazione, di concerto con il Ministero e il Dipartimento di Pubblica Sicurezza, di un prototipo di *kirpan* in linea con le prescrizioni di pubblica sicurezza[32].

Quella operata sul caso sikh è, quindi, un'analisi che trascende il possesso di requisiti formali e che amplia la cognizione dell'organo consultivo fino ad una valutazione sulla compatibilità teorica del credo con i principi di uguaglianza e non discriminazione sanciti dalla Carta Costituzionale. In tal modo il Consiglio di Stato estende in maniera strumentale il proprio sindacato e limita l'effettivo sviluppo di un pluralismo religioso che sia il più possibile inclusivo. Questo trova nel *favor libertatis*[33] e nel *favor religionis*[34] due principi complementari. Richiedere che gli statuti dell'ente oggetto di scrutinio non contrastino con le norme inderogabili del nostro ordinamento è cosa ben diversa rispetto ad un giudizio di valore sulla compatibilità dei contenuti di fede con il nostro sistema giuridico. A ben vedere, infatti, quasi nessuna confessione religiosa (neppure quella cattolica) professa un credo perfettamente in linea con i principi di uguaglianza e non discriminazione, né tantomeno con il concetto di libertà religiosa proprio degli ordinamenti secolari, a testimonianza delle tensioni che caratterizzano la pluralità degli ordinamenti giuridici in una società

[32] Si fa qui riferimento alle interlocuzioni sul punto avvenute tra Dipartimento per gli Affari dei Culti e Associazione Sikhismo Religione Italia tra il 2011 e il 2012, prima del definitivo provvedimento di diniego. Su queste vicende si veda anche R. Pirosa, *L'antinomia del reato culturalmente motivato. Ipotesi giusfilosofiche per un ripensamento*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 18/2020, 81-118.

[33] Costituzione italiana artt. 2, 3, 19.

[34] Costituzione italiana artt. 7, 8, 20.

multiculturale. Così concepito, quindi, il parere del Consiglio di Stato costituisce un esercizio di discrezionalità eccessivo che mal si concilia con un'applicazione ragionevole della legge n. 1159/1929 resa necessaria dal sempre più variegato pluralismo religioso della società italiana. Tanto più che, in caso di parere negativo, l'ordinamento non appronta efficaci mezzi di tutela dei propri interessi, rimanendo aperta la sola via del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica o di un ricorso al tribunale amministrativo.

Diverso è invece l'argomentare del Consiglio di Stato in relazione all'insufficienza patrimoniale dell'ente rispetto ai suoi fini statutari. In maniera del tutto condivisibile, infatti, l'organo consultivo opera una comparazione tra il patrimonio dichiarato dall'ente e le finalità associative. Dal parere, si evince che l'associazione istante affermava di voler intraprendere attività quali la «promozione della cultura Sikh, attraverso studi e incontri per tenere vivo il legame dei fedeli immigrati in Italia con le proprie radici etno–culturali, morali e sociali, nonché la promozione e lo sviluppo dell'inserimento sociale di culture etiche diverse dalla latina nel territorio italiano»[35]. Ai sensi della normativa vigente, costituisce compito precipuo del Consiglio di Stato la valutazione sulla congruità dei fini dichiarati in rapporto alla capacità patrimoniale dell'ente e quindi, operato un giudizio prognostico di sostenibilità tra patrimonio dichiarato e fini da perseguire, bene si pronuncia per una insufficienza dei mezzi patrimoniali. Tale argomentazione verrà riproposta in maniera similare in relazione ad un'altra associazione sikh, il *Sikh Parbandak Committee Italy*[36] (SPCI), che aveva a sua volta depositato istanza di riconoscimento nel 2016. In riferimento al dato patrimoniale, il Consiglio di Stato richiama il criterio della congruità[37]. Sebbene rilevi anche in questo caso un'iniziale insufficienza di mezzi rispetto ai fini statutari, nondimeno dà atto di una positiva interlocuzione tra associazione e Dipartimento per gli Affari dei Culti che ha portato l'Associazione a

[35] Cfr. Art. 3, statuto Associazione Sikhismo Religione Italia così come riportato in Consiglio di Stato, parere n. 4768/2010.

[36] L'attuale denominazione dell'associazione è Sikh Parbandak Comitato Italia (SPCI) con sede a Brescia.

[37] Sulla necessità della congruità del patrimonio rispetto al raggiungimento degli scopi statutari, il Consiglio di Stato ricorda che «una delle conseguenze più rilevanti dell'erezione in ente con personalità giuridica è quella della limitazione della responsabilità dell'ente medesimo al proprio patrimonio, con conseguente necessità di tutelare adeguatamente i terzi intrecciantì rapporti giuridici col nuovo soggetto di diritti». Tale esigenza rende perfettamente compatibile coll'ordinamento costituzionale l'art. 10, secondo comma, del R.D. 28 febbraio 1930 n. 289, che impone all'istante l'onere di indicare, nella domanda di riconoscimento della personalità giuridica ad istituti delle confessioni non cattoliche, i «mezzi finanziari… per il raggiungimento dei propri fini». Cfr. Consiglio di Stato, parere n. 1685/2021.

correggere le iniziali criticità rilevate[38] anche in materia patrimoniale, tanto da contribuire a fondare il parere positivo. Quanto ai contenuti della dottrina sikh, si nota un'inversione di tendenza nell'argomentare dell'organo consultivo che sottolinea come «il principio costituzionale dell'autonomia statutaria delle confessioni religiose diverse dalla cattolica (art. 8, secondo comma, Cost.) implica l'abbandono da parte dello Stato di quel potere di ingerenza che la Corte costituzionale ha ritenuto in contrasto con i parametri costituzionali (v. Corte cost., sent. n. 259/1990)» con il risultato che «Il parere della Sezione non può, pertanto, che prendere in considerazione – come già in precedenti pareri (cfr. *ex multis*, da ultimo, Sez. I, n. 1277/2021) – gli aspetti rilevanti per l'ordinamento giuridico interno mentre rimangono impregiudicate tutte le questioni e gli eventuali contenziosi che ne dovessero scaturire sul piano ecclesiologico o attinenti ai profili organizzativi della confessione religiosa, in merito ai quali non si ha titolo per intervenire. Tanto meno può entrare in discussione la libertà di culto nelle sue varie forme e aggregazioni».

L'orientamento del Consiglio sembra, quindi, aver invertito la propria rotta verso un apprezzamento sempre più tecnico e meno sostanziale dei contenuti di fede. Il banco di prova di questo mutamento di indirizzo sarà costituito dalla domanda di riconoscimento depositata nel 2022 da un terzo soggetto, Unione Sikh Italia. Si tratta di un ente federativo di larga parte del sikhismo italiano che si propone di superare la frammentazione interna, comune alle realtà religiose di più recente insediamento in Italia, e che punta alla costruzione di percorsi condivisi di cittadinanza attiva in un'ottica di integrazione.

Come già si è indicato, il riconoscimento quale ente di culto ai sensi della L. 1159/1929 è centrale nel sistema giuridico italiano per aprire una interlocuzione con lo Stato ai fini della stipulazione di un'intesa. Il procedimento per chiedere ed ottenere un'intesa ex art. 8 della Costituzione non è meno irto di difficoltà. Non interessa in questa sede indagare il tema dell'idoneità dell'intesa a soddisfare effettivamente le esigenze di regolamentazione delle peculiarità della singola confessione religiosa[39] con un tradimento di fatto della natura dello strumento stesso, ma si vuole fare riferimento all'intesa come "diritto" inattuato, come "diritto" senza tutela, di fatto un non diritto. La sentenza della Corte Costituzionale n. 52/2016 ha infatti chiarito che ciascun ente morale riconosciuto ai sensi della legge n. 1159/1929 ha diritto a chiedere e ad ottenere per la propria confessione religiosa la sola apertura di un tavolo di trattativa

[38] Questo atteggiamento di positiva collaborazione sarà determinante anche in relazione alla vicenda *kirpan*.

[39] Si allude qui al tema delle intese fotocopia o di contratti per adesione che molto è stato indagato dalla dottrina ecclesiasticistica e al cui dibattito si rinvia.

ai fini di una futura stipula dell'intesa con la Presidenza del Consiglio dei Ministri e nulla più. Poiché il governo del pluralismo rientra nell'azione politica dell'Esecutivo, al potere giurisdizionale non è dato sindacare detta azione. Si è sancita così definitivamente la natura dell'intesa non quale atto ad alta discrezionalità amministrativa, ma quale atto politico[40]. L'art. 8, comma 3 della Costituzione, quindi, disegnerebbe un modello che dovrebbe trovare la propria chiave di volta nell'esercizio di un'azione politica di lungo periodo, ispirata ai valori costituzionali, ma che di fatto fino ad ora si è tradotto in un effetto discriminatorio indiretto che cataloga i culti acattolici sulla base di livelli di diversità più o meno compatibili con il nostro ordinamento a seconda di un giudizio politico estremamente contingente. Si creano, così, quelle che Francesco Alicino ha più volte definito "esternalità negative" del sistema di pluralismo religioso costituzionale[41], il quale si è tramutato in un pluralismo della disparità[42]. La pari dignità nell'uguale libertà auspicata dal dettato costituzionale rimane di fatto disattesa e si genera, *a contrario*, disparità e discriminazione tra le confessioni diverse dalla cattolica, contravvenendo così anche a quel principio di neutralità positiva che, come auspicato anche dalla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo[43], l'autorità secolare dovrebbe osservare nella disciplina del fenomeno religioso.

3. *Le forme associative*

Ad oggi, le comunità sikh in Italia si organizzano, quindi, secondo le forme associative previste dal diritto comune, forme che non sono state pensate dal legislatore per il fine di religione e di culto, ma per incanalare i più svariati bisogni associativi e le più diverse attività di interesse collettivo dei propri consociati. In altre parole, l'associazione non riconosciuta prevista dal Libro II del Codice Civile o l'Associazione di Promozione Sociale, introdotta con la legge

[40] Si veda tra gli altri P. Consorti, *La bilateralità trasformata dagli infedeli. Prospettive per un dialogo religioso istituzionale*, in *QDPE*, 1/2023, 201.

[41] Si veda F. Alicino, *La disciplina giuridica delle minoranze religiose (escluse). Le diseconomie esterne del favor religionis*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 13/2021, 19 ss; Id., *Laicità e bilateralità a trent'anni dalla sentenza madre. I test dell'Islam italiano e dell'ateismo militante*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 1/2021.

[42] Cfr. F. Alicino, *La disciplina giuridica delle minoranze religiose (escluse)*, cit., 49; si veda anche M. Parisi, *Confessioni religiose, pluralismo e convivenza: il modello costituzionale italiano alla prova*, in E. Camassa (a cura di), *Democrazie e religioni. Libertà religiosa diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo. Atti del convegno nazionale ADEC (Trento, 22-23 ottobre 2015)*, Napoli, 2016, 223, 228; M. Toscano, *Laicità dello Stato e doverosa (ma inattuata) tutela delle minoranze religiose*, in D. Edigati, A. Tira (a cura di), *op. cit.*, 164.

[43] Cfr. Art. 9 ECHR.

n. 383/2000, solo per citare le più diffuse, non sono state pensate dal legislatore per l'esercizio di attività di culto, ma per consentire ai consociati di esercitare attività di altro tipo, tra cui quelle di valore sociale, culturale, sportivo. La riconduzione dei gruppi religiosi all'interno di queste figure giuridiche genera alcuni profili problematici specifici, quali la gestione di luoghi di culto con relativi cambi di destinazione d'uso, le questioni fiscali, la democraticità interna, la non discriminazione. La forma associativa della fondazione, soggetta all'iter di riconoscimento di cui al DPR n. 361/2000, è di fatto meno utilizzata poiché richiede il riconoscimento della personalità giuridica come *conditio sine qua non* per l'operatività dell'ente, nonché una capacità economica adeguata agli scopi statutari, elemento questo che confina l'utilizzo di questa forma associativa a quei casi dove è possibile prevederne il raggiungimento.

In particolare sulla questione dei luoghi di culto, ha negativamente influito il Codice del Terzo Settore (CTS).

L'introduzione del CTS con D.lgs n. 117/2017[44] ha escluso dai fini perseguibili dalle APS le attività di religione e di culto anche in relazione alle attività diverse, quindi non istituzionali o prevalenti. Molte associazioni religiose, tra cui anche molte associazioni musulmane, avevano utilizzato la forma giuridica dell'APS, più vantaggiosa sul piano fiscale, per garantire ai propri fedeli la disponibilità di luoghi di culto. Le APS, infatti, ai sensi dell'art. 32 c. 4 della L. 383/2000, potevano svolgere le proprie attività in qualsiasi tipologia di immobile indipendentemente dalla finalità urbanistica dichiarata catastalmente. Di fatto, quindi, le APS a carattere religioso gestivano spesso luoghi di culto anche all'interno di aree che non erano destinate a tal fine nei PGT. Con l'introduzione del CTS questa possibilità è venuta meno[45]. Ciò ha creato molti problemi alle comunità sikh, soprattutto nelle piccole realtà locali che faticano a gestire

[44] Si veda l'art. 6 CTS, l'ordinanza del Consiglio di Stato n. 6176/2018 e la nota ministeriale 15 aprile 2019.

[45] Noto è infatti il caso della Regione Emilia Romagna che, sulla base della normativa anzidetta e della nota Ministero del Lavoro e Politiche Sociali del 15 aprile 2019, ha cancellato la Comunità islamica di Parma e Provincia (CIP - Determinazione dirigenziale del 8 marzo 2021, n. 3969) dal Registro Regionale delle APS. In conseguenza di ciò, il Comune di Parma (Comune di Parma, prot. n. 434422008/VI/3/2.47.) ha iniziato un procedimento sanzionatorio amministrativo in ordine alle modifiche edilizie effettuate nel magazzino gestito dalla associazione e utilizzato quale luogo di culto. A seguito di tale successione di provvedimenti, una comunità di fedeli numericamente cospicua è rimasta priva di un luogo di culto ove esercitare la dimensione collettiva della libertà religiosa. Una soluzione di breve periodo è stata individuata nella messa a disposizione da parte del Comune di Parma di un impianto sportivo per tre ore il venerdì pomeriggio per la preghiera comunitaria. Di fatto, però, la libertà religiosa e i diritti ad essa connessi di una comunità di fedeli vengono affidati a soluzioni pratiche ed estemporanee che mal si conciliano con il principio di laicità positiva e collaborativa e con il disegno pluralista costituzionale.

il tempio, il *gurdwara*, attraverso forme associative più complesse. Fa eccezione uno dei più grandi *gurdwara*[46] in Italia, sito in Novellara, che sorge su di un'area comunale destinata al culto e rappresenta un esempio virtuoso di collaborazione tra autorità pubbliche locali e comunità religiosa, a testimonianza che è possibile costruire un percorso di fiducia e collaborazione reciproche.

Alle confessioni religiose minoritarie, quindi, non resta oggi che una sola alternativa: intraprendere la strada del riconoscimento come ente di culto ai sensi della legge n. 1159/1929 oppure adottare lo status di associazione non riconosciuta di diritto privato che, unica nell'ordinamento, giuridico italiano ha mantenuto un'ampiezza di fini statutari limitata soltanto dalla non contrarietà alle norme imperative dell'ordinamento.

4. *Pronti per il futuro*

In conclusione, sebbene la Corte Costituzionale si sia costantemente pronunciata nel senso di ritenere non sottoponibile a preventiva autorizzazione delle autorità governative l'esercizio dei diritti costituzionalmente garantiti[47], l'impossibilità delle associazioni religiose di operare nell'ordinamento come tali, vedendosi riconosciuta la finalità di religione e di culto, si sta traducendo sempre di più in difficoltà di esercizio concreto della libertà di credo.

A dispetto di un quadro legislativo caratterizzato da inadeguatezza e staticità, la bilateralità quale strumento di governo della diversità religiosa in Italia ha trovato nuovi e inaspettati sviluppi in conseguenza della pandemia da Covid 19.

In questa occasione – a conferma che il principio di bilateralità non costituisce solo un metodo di produzione della legge, ma un principio cardine del governo della diversità religiosa che, come tale, non può essere ridotto a mera prassi procedimentale di cui arbitro rimane l'autorità politica[48] – si sono moltiplicati accordi tra gli enti locali e le autorità statali da un lato e le confessioni

[46] Il tempio sorge su un'area dedicata [art. 51 P.S.C.: sistema delle attrezzature collettive e art. 8.8.1 del R.U.E.: attrezzature e spazi collettivi di rilievo comunale (DTC) zona dtce - attrezzature per il culto] così qualificata già nel PSC del 2004 e confermata dall'ultima variante approvata con Del. C.C. n. 64 del 11/12/2018. Il tempio è direttamente gestito dall'Associazione Gurdwara Singh Sabha Tempio Sikh, un'associazione religiosa senza fini di lucro.

[47] A tal proposito si rinvia alla giurisprudenza della Corte Costituzionale sul punto, fin dalla sentenza n. 59/1958.

[48] Sul punto si rinvia a J. Pasquali Cerioli, *Interpretazione assiologica, principio di bilateralità pattizia e (in)eguale libertà di accedere alle intese ex art. 8, terzo comma, Cost.*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1-4/2015, 181 ss.; M. Toscano, *Mala tempora currunt (sed peiora parantur?) per le confessioni religiose senza intesa. Note a margine della sentenza n. 52/2016 della Corte Costituzionale*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1-4/2015, 191-235.

religiose dall'altro, volti a dare immediate risposte concrete ai bisogni religiosi della popolazione in un periodo di profonda crisi economica, ma soprattutto sociale. In un primo momento si è assistito ad una produzione legislativa unilaterale dello Stato diretta a contenere la diffusione della pandemia attraverso restrizioni della libertà di circolazione e di riunione dei cittadini con conseguenti ricadute negative sull'esercizio della libertà di culto[49]; poi si è aperta una stagione di collaborazione tra pubblici poteri e confessioni religiose volta alla ricerca di soluzioni concrete e immediateper assicurare il soddisfacimento dei bisogni religiosamente rilevanti della popolazione. Si è trattato, però, non già di una bilateralità in senso tecnico, quanto di una bilateralità amministrativa, esercitata in maniera contingente. All'interno del procedimento di formazione di un atto unilaterale, le confessioni religiose sono state consultate e hanno contribuito a definire l'oggetto del provvedimento e la disciplina in esso contenuta. Per la Chiesa cattolica ciò si è tradotto in una normativa effettivamente e tecnicamente pattizia, mentre per le confessioni acattoliche questo processo ha ricalcato uno schema già predisposto in termini uniformi, quasi a riproporre un sistema di intese fotocopia[50], sebbene di secondo livello. Ma – e qui sta la sua principale novità – la consultazione è stata estesa alle comunità religiose prive di intesa, tra cui anche quella dei sikh.

Sebbene tutte le comunità religiose, e quelle sikh in particolare, si siano dimostrate molte collaborative con le autorità, è mancata una prospettiva di lungo periodo che favorisse la prosecuzione di questa esperienza anche dopo il termine della pandemia. In ogni caso essa ha evidenziato come buone prassi di collaborazione a livello locale o nazionale, quando sono sostenute da un'efficace azione della P.A., possano agevolare la soluzione di problemi di grande rilievo e complessità.

[49] Si veda N. Colaianni, *Effetto pluralismo. Dalla bilateralità alla unilateralità delle fonti del diritto ecclesiastico*, in *QDPE*, 1/2023, 124 ss; M. Toscano, *Metodo concertativo e tecniche di bilanciamento nella disciplina giuridica della libertà religiosa in tempo di emergenza (a margine delle relazioni di Silvia Baldassarre, Simone Gianello e Paolo Zicchittu)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 16/2022, 223-227.

[50] Si veda A. Angelucci, *La bilateralità a quarant'anni dagli Accordi di Villa Madama. Una diagnosi post Covid*, in *QDPE*, 1/2023, 148.

Ines Ciolli[*]

IL PREMIER ASSOLUTO E LE RICADUTE SULLA FORMA DI GOVERNO PARLAMENTARE

SOMMARIO: 1. La centralità del Presidente del Consiglio nella più recente interpretazione della Carta costituzionale. – 2. La riforma costituzionale *in itinere*. – 3. I punti nevralgici. – 4. Riflessioni sparse sul tema.

1. *La centralità del Presidente del Consiglio nella più recente interpretazione della Carta costituzionale*

Sin dall'Assemblea costituente al Presidente del Consiglio era stato assegnato un ruolo di rilievo, sebbene l'art. 95 risulti assai sibillino nella sua formulazione. La figura del Presidente del Consiglio, al pari di quella del Presidente della Repubblica, è chiamata a un ruolo di mediazione e di direzione della politica del governo; pur essendo un *primus inter pares*, tesse i rapporti tra il Consiglio e i Ministri attraverso una funzione di direzione e di raccordo della politica generale del governo, al fine di mantenere l'unità di indirizzo politico e amministrativo[1].

Al vertice di Palazzo Chigi la Carta costituzionale assegna funzioni proprie, distinte da quelle del Governo, che con il tempo si sono estese anche causa di una profonda e progressiva personalizzazione della politica, affiancata peraltro da una altrettanto rilevante accentuazione dei poteri dell'Esecutivo[2]. Il suo ruolo, dunque, si è spostato da quello di *primus inter pares* a quello di baricentro governativo.

L'art. 95, comma 3, Cost. menzionava una riserva di legge finalizzata alla disciplina dell'ordinamento della Presidenza del Consiglio che ha visto la luce solo con L. n. 400 del 1988. L'art. 5 della legge ha esteso e specificato le funzioni proprie del Vertice di Palazzo Chigi e ha razionalizzato le sue competenze e ne ha aggiunte di nuove, come del resto hanno fatto altre leggi ordinarie che hanno conferito al Presidente del consiglio nuove funzioni:

[*] Professoressa associata di Diritto costituzionale, Università La Sapienza di Roma.

[1] Si consenta di rinviare a I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Napoli, 2018.

[2] Th. POGUNTKE, P. WEBB (a cura di, *The Presidentialization of Politics: A Comparative Study of Modern Democracies*, Oxford, 2007; A. DI GIOVINE, A. MASTROMARINO (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, 2007; F. MUSELLA, *Il Governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, Bologna, 2019.

egli ormai rappresenta nei consessi europei e internazionali l'intero governo (si pensi al ruolo che riveste nel G7, nel G8 e nei Consiglio europei) e per quel che riguarda l'Unione europea, da tempo il Dipartimento per gli affari europei presso la Presidenza del Consiglio ha sostituito il Ministero degli esteri.

È poi sempre al Presidente del Consiglio che compete la nomina di direttori e vicedirettori delle agenzie di sicurezza interna ed estera (AISE e AISI); egli, inoltre, provvede al coordinamento delle politiche dell'informazione per la sicurezza, impartisce le direttive e, sentito il Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica, emana ogni disposizione necessaria per l'organizzazione e il funzionamento del Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica (art. 1 l. n. 124 del 2007), appone il segreto di stato (art. 39, comma 5, L. n. 124 del 2007) e lo rimuove anche anticipatamente se lo ritiene necessario (art. 39, comma 9 della stessa legge).

Tutto ciò sta a dimostrare quanto le competenze e il ruolo del Presidente del Consiglio siano già ampie per numero e per importanza, ben oltre quanto il dettato costituzionale aveva previsto. A ciò si deve aggiungere anche l'espansione del suo ruolo e la più incisiva personalizzazione sopraggiunte con l'avvento della pandemia da Covid-19 e al momento dell'adozione e dell'attuazione del Piano di ripresa e resilienza, eventi che hanno valorizzato ulteriormente fonti e ruolo del Vertice di Palazzo Chigi.

È la pandemia che ha legittimato fonti già conosciute e già prima utilizzate in modo ambiguo quali i Decreti del Presidente del Consiglio, criticati per la loro scarsa legittimazione e perché non sottoposte a un regime di controlli che normalmente riguarda le fonti del governo, quale la pubblicazione in Gazzetta ufficiale, la fuga dal parere del Consiglio di Stato e dalla registrazione da parte della Corte dei Conti[3]con la scusa che si trattava di atti aventi natura di fonte interna al Governo. I DPCM sono stati largamente utilizzati durante la pandemia e hanno riservato al Premier un indiscusso ruolo centrale rispetto allo stesso Parlamento[4]. A ciò si è aggiunto un ruolo di primazia, dovuto alla gestione del PNRR, come indicato nel D.L. n. 77 del 2021, amplificato nel D.L 13/ 2023 dove la conduzione in solitaria della "cabina di regia" lo ha definitivamente consacrato *dominus* del potere esecutivo.

[3] V. Di Porto, *La carica dei DPCM*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2016 e D. Piccione, *Il Comitato per la legislazione e la cangiante natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Federalismi.it*, 3, 2018.

[4] Sulla natura dei DPCM, L. Castelli, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, Napoli, 2021;* M. Rubechi, *I decreti del Presidente Studio su d.P.C.m., atti normativi del governo e dinamiche decisionali,* Torino, 2022.

2. *La riforma costituzionale* in itinere

Quel che emerge, dunque, dalla situazione giuridica e politica attuale è un ruolo di *primauté* del Presidente del Consiglio nell'attuale forma di governo parlamentare.

Nonostante questa condizione di centralità, il Governo presieduto dalla Presidente Meloni ha presentato al Senato, insieme al Ministro per le riforme istituzionali Alberti Casellati, il disegno di legge AS 935 «Modifiche agli articoli 59, 88, 92 e 94 della Costituzione per l'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri, il rafforzamento della stabilità del Governo e l'abolizione della nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica», che si prefigge un compito ambizioso: come è indicato nella relazione di accompagnamento esso aspira a «consolidare il principio democratico, valorizzando il ruolo del corpo elettorale» nella determinazione dell'indirizzo politico attraverso l'elezione diretta del Presidente del Consiglio e intende altresì offrire soluzioni per contenere l'instabilità dei governi.

In altre parole, sin dall'*incipit* il disegno di legge si muove in un contesto che è in antitesi rispetto a quello della democrazia rappresentativa oggi vigente in Italia, che – in caso di approvazione della riforma – sarà oggetto di pesanti correttivi.

Ed è proprio sull'elezione diretta che è necessario concentrare l'attenzione.

Dal punto di vista teorico l'elezione di un organo monocratico suscita non poche perplessità in una Costituzione democratica che adotta una forma di governo parlamentare e che è priva di quelle garanzie fornite da un sistema di *checks and balances* di cui in genere sono corredate le forme di governo presidenziali o semipresidenziali. Un'elezione diretta del Presidente del Consiglio, inoltre, modificherebbe le prescrizioni contenute nell'art. 92 Cost., che descrive il Governo come un organo complesso, composto da tre organi di eguale importanza; ma se nella tripartizione un solo organo è elettivo, la sua legittimazione potrebbe oscurare le altre due componenti, il Consiglio dei ministri, l'organo collegiale e i Ministri. Il Presidente del Consiglio con questa elezione inevitabilmente assumerebbe una posizione centrale e prioritaria rispetto persino a quella del Consiglio dei ministri, considerato l'organo deliberante del Governo[5] e non potrebbe più essere considerato un *primus inter pares*, ma appunto un *dominus* dell'Esecutivo.

Persino l'art. 95 Cost. assumerebbe allora una valenza interpretativa ben diversa da quella attuale, perché quel plusvalore accumulato con l'elezione

[5] Per tutti, A. Ruggeri, *Il Consiglio dei Ministri nella Costituzione italiana*, Milano, 1981; P. Ciarlo, *Commento all'art. 95*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1987.

da parte del corpo elettorale obbligherebbe a considerare l'organo complesso come diseguale al suo interno e con una posizione di maggior rilievo per il Vertice di Palazzo Chigi, sì che anche il comma 1 dell'art. 92 Cost., non toccato direttamente dalla riforma, assumerebbe una diversa interpretazione.

Nella versione governativa, ovvero nel ddl presentato al Senato, l'elezione diretta – fulcro della riforma costituzionale – prevedeva l'assegnazione di un premio di maggioranza del 55%[6], senza esprimere però una soglia minima a partire dalla quale si poteva godere di tale premio. Una svista inspiegabile, visto che la Corte costituzionale nelle sentenze nn. 1 del 2014 e 35 del 2017 aveva già indicato la necessità di assegnare un eventuale premio solo a partire dal raggiungimento di una certa percentuale di voti, questo per evitare che una minoranza potesse godere di un vantaggio, in termini di seggi, così ampio da mettere a repentaglio la rappresentatività del Parlamento. A maggior ragione, il problema si pone per un organo che è monocratico e in seno a una riforma che non garantisce di per sé un equilibrio tra gli organi costituzionali.

Il testo è stato successivamente emendato dallo stesso Governo, il quale però non è intervenuto per correggere altri inconvenienti sempre relativi all'elezione diretta, che permangono[7]. Si deve tuttavia evidenziare che è stato correttamente aggiunto un subemendamento volto a garantire una specifica tutela per le minoranze linguistiche che il premio conferito alla maggioranza potrebbe comprimere nella loro rappresentatività[8]. L'emendamento che ha eliminato dal testo la previsione di un premio al 55% prevede ora l'assegnazione di un più generico premio su base nazionale[9], non meno insidioso e problematico. Questo perché innanzitutto la previsione di un premio su scala nazionale anche al Senato, nel quale la redistribuzione dei seggi avviene invece su base regionale, ha costretto il governo ad aggiungere al testo di revisione anche una

[6] L'iniziale art. 3 del testo del testo presentato dal Governo il 15 novembre 2023, che modifica l'art. 92 Cost. aggiungendo il comma 2 relativo all'elezione.

[7] Emendamento 3.2000, approvato nella seduta pomeridiana del 2 aprile 2024.

[8] Subemendamento 3.2000/444 dei senn. Durnwalder e altri, approvato all'unanimità nella 2° seduta antimeridiana del 27 marzo 2024.

[9] IL nuovo testo così recita: «Il Presidente del Consiglio è eletto a suffragio universale e diretto per cinque anni, per non più di due legislature consecutive, elevate a tre qualora nelle precedenti abbia ricoperto l'incarico per un periodo inferiore a sette anni e sei mesi. Le elezioni delle Camere e del Presidente del Consiglio hanno luogo *contestualmente*. La legge disciplina il sistema per l'elezione delle Camere e del Presidente del Consiglio, assegnando *un premio su base nazionale* che garantisca una maggioranza dei seggi in ciascuna delle Camere alle liste e ai candidati collegati al Presidente del Consiglio, nel rispetto del principio di rappresentatività e di tutela delle minoranze linguistiche. Presidente del Consiglio è eletto nella Camerella quale ha presentato la candidatura.» (corsivi miei).

modifica all'art. 57, comma 1, Cost.: «e salvo il premio su base nazionale previsto dall'articolo 92»[10].

La base regionale al Senato era stata scelta in Assemblea costituente per favorire indirettamente una blanda rappresentanza di tipo territoriale, che è tra le poche differenziazioni oggi presenti tra le due Camere. Stravolgere il sistema al solo fine di favorire il computo dei voti per il Presidente del Consiglio dà conto anche della subordinazione della Camere rappresentative nei confronti della figura monocratica. Ciò è anche chiarito dall'elezione contestuale. Non è ancora chiaro quante dovranno essere le schede per le elezioni concomitanti. Si pensava a una sola scheda, ma ciò avrebbe significato negare alla radice il bicameralismo perfetto basato sulla reciproca l'autonomia delle Camere, anche in termini di elezioni. Se, invece, si volessero adottare due schede (una prevedendo l'elezione del Presidente del Consiglio e della Camera dei deputati; l'altra quella del Senato e del Presidente del Consiglio) è evidente che il premio assegnato alla maggioranza che vota per il Premier, avrebbe effetti anche sulle due Assemblee; con il risultato però che le Camere finirebbero per collocarsi in un ruolo ancillare rispetto al Presidente del Consiglio, con buona pace degli equilibri tra organi costituzionali che è una delle caratteristiche basilari della forma di governo parlamentare.

Non da ultimo, come è stato rilevato durante le Audizioni parlamentari[11], l'elezione diretta comporta, al momento, anche il coinvolgimento degli Italiani residenti all'estero, cui spetta una propria circoscrizione in ciascuna delle due Camere[12]. Se finora questi cittadini sono stati coinvolti per l'elezione dei propri rappresentanti parlamentari, e quindi hanno contribuito eleggendo, dopo la riforma che ha ridotto il numero dei parlamentari, 8 deputati e 4 senatori[13], la novità è che con l'elezione del Presidente del Consiglio sarebbero anch'essi direttamente interpellati, potendo in teoria partecipare al voto tutti gli iscritti all'Anagrafe degli italiani residenti all'estero (AIRE) (circa cinque milioni di elettori). Essi potrebbero non solo influire in modo incisivo sull'elezione di-

[10] Emendamento 3.0.2000 del Governo, approvato nella seduta antimeridiana del 3 aprile 2024.

[11] R. Calvano, *Testo per l'audizione sul DDL Modifiche costituzionali per l'introduzione dell'elezione diretta del presidente del Consiglio dei ministri*, AS n. 935 e n. 830, Senato della Repubblica, 6.12.2023.

[12] L'art. 48 Cost. è stato modificato con la legge costituzionale 17 gennaio 2000, n. 1 «Modifica all'articolo 48 della Costituzione concernente l'istituzione della circoscrizione Estero per l'esercizio del diritto di voto dei cittadini italiani residenti all'estero»

[13] Legge costituzionale 23 gennaio 2001, n. 1 «Modifiche agli articoli 56 e 57 della Costituzione concernenti il numero dei deputati e senatori in rappresentanza degli italiani all'estero»; 19 ottobre 2020, n. 1 «Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari».

retta del "Premier", ma in modo anche problematico, visto che si tratta di una modalità di elezione spesso contestata per via di un sistema poco trasparente e privo di effettivi controlli, certamente meno stringenti rispetto al voto sul territorio nazionale[14].

Se l'elezione è dunque poco convincente sotto molti profili, anche dal punto di vista sostanziale essa si presta a molteplici critiche.

Il testo in sé è privo di una qualche omogeneità perché sconta la necessità di accontentare tutti partiti della attuale maggioranza di governo e fotografa la vigente situazione politica riversandone le contraddizioni in un ambito costituzionale. In altre parole, la Carta costituzionale, che in teoria ambisce a una durata eterna[15], si trova a fare i conti con le dispute politiche che non dovrebbero trovare spazio nel testo costituzionale. Per questo si tratta di un progetto che presenta molte aporie e una cattiva scrittura (si segnala all'art. 4, b) del progetto una serie di ipotesi di scioglimento, confusamente elencate)[16], oltre che una qualche oscurità interpretativa, (soprattutto nella lettura dello stesso art. 4, che modifica l'art. 94 Cost.).

3. *La riforma nel dettaglio*

Dal punto di vista del metodo utilizzato per adottare le riforma, la maggioranza ha sottolineato come dopo due progetti di revisione costituzionale, quello del 2006 e quello del 2016 che proponevano modifiche ampie e fin troppo estese, in contrasto con lo spirito dell'art. 138 Cost., il quale richiede revisioni puntuali, il disegno di legge A.S. 935, miri a modificare i soli artt. 59, 88, 92, 94 Cost.

Ciò non corrisponde del tutto alla realtà dei fatti. Se è vero che nel testo presentato gli articoli sottoposti a revisione sono quattro, con gli emendamenti approvati in Prima Commissione al Senato, se ne sono già aggiunti altri tre (artt. 57, 83, 89). Inoltre, l'introduzione dell'elezione diretta modifica anzi trasfigura i rapporti tra Presidente del Consiglio e Capo dello Stato, che già di

[14] R. Calvano, *Una prima lettura del progetto di legge di revisione costituzionale sul "premierato", alla luce delle pagine di "Costituzione e politica" di Enzo Cheli*, in *Nomos*, 3, 2023, 12.

[15] M. Luciani, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1, 2013.

[16] Nell'ultimo comma dell'art. 4 come emendato il 10 aprile 2024 così recita: «Qualora non eserciti tale facoltà (*ovvero il Presidente del consiglio non rassegni le dimissioni*, aggiungo io dal comma precedente) e nei casi di morte, impedimentopermanente, decadenza, il Presidente della Repubblica può conferire, per una sola volta nel corso dellalegislatura, l'incarico di formare il Governo al Presidente del Consiglio dimissionariooaunaltroparlamentare eletto in collegamento con il Presidente del Consiglio». Sarebbe come dire che il Presidente della Repubblica può assegnare ancora il mandato a chi è già morto o è colpito da impedimento permanente.

per sé configura una modifica tacita della Costituzione, con conseguenti effetti a catena sia sull'armonia della Carta costituzionale e sugli altri articoli della stessa, sia sulla forma di governo, e forse anche sulla forma di stato, perché una elezione diretta modifica il rapporto tra cittadini e istituzioni, che è alla base della forma democratica.

Quanto al primo punto, si pensi a quale trasformazione porterà l'elezione diretta sul Governo quale organo complesso, anche definito "uno e trino"[17], ovvero composto dal Consiglio dei ministri, i ministri e il Presidente del Consiglio, come prescrive l'art. 92 Cost. Dall'elezione diretta del vertice dell'Esecutivo scaturisce una distinzione qualitativa tra i tre organi, che modifica profondamente l'interpretazione del testo costituzionale. È indubbio che l'elezione comporti una diversa legittimazione di una delle componenti rispetto alle altre due; non a caso, infatti, nel d.d.l. AS 830, presentato inizialmente da Renzi e al. prevedeva all'art. 1 la modifica dell'art. 92 Cost, esplicitando quel che diventerebbe un dato di fatto, ovvero che il Presidente del Consiglio nella riforma assume sostanzialmente il ruolo di Capo dell'Esecutivo.

Anche il ruolo e l'autorevolezza del Presidente della Repubblica risentirebbero in modo rilevante della riforma. È vero che formalmente non sono intaccati i poteri di quest'ultimo ed è altrettanto vero che gli emendamenti presentati sia dall'opposizione[18], sia dallo stesso Governo sembrano anzi voler rafforzare il suo ruolo[19]. Tuttavia, di fatto il Capo dello Stato è relegato a una funzione di notaio: egli è ancora titolare del potere di incarico/nomina (non mi soffermo sulla diversa dizione utilizzata, che è anch'essa foriera di ulteriori difficoltà interpretative[20]) ma si tratta di un potere formale, perché dopo l'e-

[17] G. Amato, *Relazione Generale (ricordando Alberto Predieri),* in Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2001. *Il Governo, Atti del Convegno annuale*, Palermo, 8-9-10 novembre 2001, Padova, 2002, 259 e ss.

[18] Emendamento 02.1 presentato dai senatori Borghi e Musolino e approvato nella seduta pomeridiana del 6 marzo 2024 ha aggiunto al ddl AS 935 la modifica dell'art. 83 Cost. per quel che riguarda le modalità di elezione del Presidente del Presidente della Repubblica da parte del Parlamento. Si richiede una elezione di garanzia, a maggioranza dei due terzi almeno fino al sesto scrutinio e non più fino al terzo, visto che il le Camere beneficeranno di un congruo premio di maggioranza, la previsione della soglia dei due terzi per l'elezione presidenziale esclude, almeno sulla carta, che il Capo dello Stato sia espressione della sola maggioranza governativa.

[19] L'emendamento del Sen. Pera, che aggiunge un articolo 2-bis al testo del progetto e modifica l'art. 89 Cost. è stato approvato nella seduta antimeridiana del 14 marzo 2024. L'emendamento Pera scorpora dall'obbligo di controfirma ministeriale una serie di atti presidenziali: la nomina del Presidente del Consiglio, la nomina dei giudici della Corte costituzionale, la concessione della grazia e la commutazione delle pene, il decreto di indizione delle elezioni e dei *referendum*, i messaggi al Parlamento e il rinvio delle leggi alle Camere.

[20] La nomina del Presidente del Consiglio è così definita dall'art. 2 bis introdotto dall'emendamento Pera, mentre si parla di incarico nell'art. 3 del progetto non modificato con emen-

sito di elezioni che acclamano il Presidente del Consiglio, non c'è spazio per alcuna discrezionalità o trattativa con i partiti per indicare un nome che possa garantire la fiducia davanti alle Camere; anche per quel che attiene al potere di scioglimento il suo ruolo è fortemente ridimensionato e non si profila una valutazione sulla opportunità di sciogliere le Camere oppure di un rimpasto o anche di favorire la formazione di una nuova maggioranza.

Quel che affiora in tutta la sua gravità, dunque, è un indebolimento complessivo della forma di governo parlamentare che la revisione sembra assumere come finalità intrinseca.

Indebolimento che trova i suoi punti di forza nella rottura degli equilibri sui quali la nostra forma di governo si poggia e nell'affievolimento del principio della separazione dei poteri, che in presenza di un'elezione diretta dovrebbe essere semmai rafforzato e presentarsi nella sua versione più rigida, come prevedono le forme di governo presidenziali.

Equilibrio che viene meno anche con le Camere elettive, che dovrebbero mantenere una *primauté* sul Governo, per il fatto che esse incarnano l'organo rappresentativo della sovranità popolare. Nel progetto di riforma formalmente continuano a conferire la fiducia al Governo e a restare in una posizione di guida della maggioranza parlamentare e per quel che riguarda l'indirizzo politico. Persino nelle forme presidenziali è escluso che il potere esecutivo funga da traino di quello legislativo: «L'inversione del rapporto tra Parlamento e Governo intacca, nel nostro caso, le stesse basi di quella "democrazia rappresentativa" che viene definita nell'art. 1 della nostra Carta costituzionale e di conseguenza va a incidere in quella "forma repubblicana" che la stessa Costituzione, nell'art. 139, sottrae a revisione costituzionale»[21].

La parte più spinosa del testo anche in tema di equilibri tra i poteri riguarda, come già accennato, l'art. 4 del testo della riforma, che modifica l'art. 94 Cost., soggetto a continui rimaneggiamenti in Commissione affari costituzionali, che non ne garantiscono in alcun modo una maggiore coerenza e che non raggiungono così uno degli scopi che la maggioranza ritiene prioritari per l'adozione della riforma, ovvero garantire una maggiore stabilità ai Governi

damenti.

[21] E. Cheli, *Audizione sui disegni di legge nn. 935 e 830 (modifiche costituzionali per l'introduzione dell'elezione diretta del presidente del Consiglio dei ministri)*, Senato della Repubblica, 13.12.2023.

Sull'assenza di un equilibrio di poteri si sono soffermati in molti durante le audizioni parlamentari: per tutti, B. Pezzini, *Audizione ddl 993-830 (modifiche costituzionali. Introduzione elezione diretta del Presidente del Consiglio),* Senato della Repubblica, 6.12.2023; G. Azzariti, *Appunto per l'audizione innanzi alla commissione affari costituzionali del Senato della repubblica sull'elezione diretta del presidente del Consiglio dei ministri* (*ddl nn. 935 e 830*), Senato della Repubblica, 5.12.2023, 1 e ss.

(anche se nel testo della riforma si prevede la stabilità per la sola carica del Presidente del Consiglio, eletto per cinque anni)[22].

È appunto sia nella formazione del governo, sia nello scioglimento che la riforma dimostra come si tratti di procedimenti nei quali il diritto deve essere accompagnato da una forte tessitura politica, senza la quale qualunque rigido meccanismo di razionalizzazione è destinato a fallire. In altre parole, nel testo della riforma la rifgidità dei meccanismi giuridici proposti non sembra essere accompagnata da formule volte a garantire una flessibilità politica.

Una delle tante contraddizioni del testo riguarda l'instaurazione del rapporto di fiducia, che dovrebbe intervenire ovviamente dopo che il Premier ha ottenuto un consenso popolare: il dualismo tra la democrazia elettorale e quella rappresentativa emerge sotto questo profilo in tutte le sue contraddizioni. Non è chiaro, inoltre, se il programma che il Presidente del Consiglio ha già presentato alle elezioni e che è stato dunque indirettamente avvalorato, possa essere sottoposto a una successiva contrattazione al momento della formazione del Governo, che deve ottenere collegialmente la fiducia delle Camere. La mancata fiducia da parte di queste dopo l'investitura popolare del premier comporterebbe un contrasto tra Camere e corpo elettorale di difficile composizione.

Anche a proposito dello scioglimento che connota la forma di governo parlamentare, l'assenza di un equilibrio tra i poteri porta a un disfacimento della forma di governo.

Intanto si rinuncia, come già si è fatto cenno, all'importante contributo del Capo dello Stato spesso risolutivo nelle crisi di Governo, grazie alle doti di mediatore che il garante della Costituzione possiede anche a prescindere dalla personalità di chi incarna quel ruolo. Nella sua posizione di garanzia costituzionale, può proporre ai partiti politici rimpasti, formazioni di nuovi governi o lo scioglimento delle Camere, a seconda delle condizioni politiche del momento e sempre guidato dalla finalità di trovare un Esecutivo – se possibile – in grado di ottenere la fiducia delle Camere. Il disegno di legge costituzionale in discussione, invece, propende in molte occasioni per lo scioglimento automatico di queste ultime, senza tenere conto della vitalità e della mutevolezza della politica italiana, che è sempre stata assecondata dalla naturale flessibilità che contraddistingue la forma di governo parlamentare, ma al fine di dare concretezza istituzionale a un sistema politico disarticolato: non sono le istituzioni o il dettato costituzionale a poter garantire la stabilità dei governi, ma il sostrato politico che le sorregge; sicché le istituzioni non possono non tenere conto di questo dato di frammentarietà che contraddistingue la politica italiana e offrire

[22] Art. 3 del progetto del disegno di legge AS 935.

soluzioni flessibili, contrattate e mediate di volta in volta. Prevedere meccanismi rigidi per la soluzione delle crisi di governo e pensare che questi possano garantire una stabilità è una pura illusione.

Le ipotesi di scioglimento, contenute nell'art. 4 del testo della riforma, restano problematiche oltre che confuse, nonostante l'approvazione di emendamenti correttivi.

Nel caso in cui non sia approvata la mozione di fiducia (art. 4, comma 1, a), negata dalle Camere, che pur condividono con il Presidente del Consiglio la stessa maggioranza, il Capo dello Stato conferisce al vertice dell'Esecutivo una seconda *chance* e – nel caso di un nuovo insuccesso – il Capo dello Stato formalmente, ma sostanzialmente il Presidente del Consiglio, scioglie le Camere. Lo stato di crisi che potrebbe conseguire a questo scioglimento immediatamente successivo alle elezioni rappresenterebbe un affronto per la stabilità del Paese e del suo sistema politico-istituzionale.

Vi è poi l'ipotesi della revoca della fiducia che riguarda – almeno stante al testo del disegno di legge – il solo Presidente del Consiglio e non il Governo, revoca che avviene a seguito della mozione motivata presentata dalle Camere; anche in questo caso lo scioglimento è l'esito obbligato (art. 4, comma 1, b);

In caso di dimissioni del Presidente del consiglio, lo scioglimento nel testo originario del disegno di legge restava facoltativo e poteva essere richiesto da quest'ultimo; nel caso in cui decidesse di non esercitarlo, il Presidente della Repubblica può conferirgli ancora una volta l'incarico, oppure conferirlo ad un altro parlamentare eletto in collegamento con il Presidente del Consiglio. L'approvazione di un emendamento presentato dall'opposizione[23] ha accomunato tutte le forme di dimissioni, anche quelle che sono conseguenza di una votazione negativa del Parlamento sulla questione di fiducia, che fino all'approvazione dell'emendamento in questione non era disciplinata nel testo della riforma. Approvato l'emendamento, invece, ci si trova con un testo incongruo che vede la perdita di fiducia da parte del Governo disciplinata in modo diverso nel caso della presentazione da parte del Parlamento di una mozione di sfiducia o nel caso della apposizione della questione di fiducia da parte del Presidente del Consiglio su un testo governativo. In quest'ultimo caso, è il vertice dell'Esecutivo che può scegliere se proporre al Capo dello Stato lo scioglimento, oppure quest'ultimo può conferire l'incarico ancora una volta (una sola per la durata della legislatura) al Presidente del Consiglio.

[23] Emendamento 4.2000/49 del 10 aprile 2024 De Cristofaro e al. ha eliminato l'aggettivo "volontarie" dal testo originario del governo ed è riferito alle dimissioni da parte del Presidente del Consiglio.

La prima osservazione è che già di per sé a Costituzione invariata l'abuso della questione di fiducia è uno dei temi più dibattuti e una delle cause che maggiormente incidono sull'indebolimento e sul malfunzionamento del Parlamento, oltre che sul rovesciamento dei rapporti di forza tra Parlamento e Governo. Il timone è già nelle mani di quest'ultimo, che si trova nelle condizioni di poter "ricattare" il Parlamento utilizzando l'arma della questione di fiducia e delle dimissioni per costringere le Camere ad adottare propri atti con forza di legge, spesso senza la possibilità da parte di quest'ultime di apporre almeno emendamenti al testo che non condivide. Questa ulteriore apertura da parte del progetto di riforma conferma uno strapotere del Presidente del Consiglio e del suo governo che inciderà soprattutto sulle camere e sulla funzione legislativa, progressivamente delimitata e ostracizzata.

E ancora, l'art. 4 prevede a certe condizioni descritte nel testo, la sostituzione del Presidente del Consiglio eletto con un altro parlamentare eletto in collegamento con il Presidente del Consiglio; si determinerebbe così una sorta di "staffetta", nella quale il parlamentare "gregario" può essere chiamato a sostituire il Premier eletto per dare esecuzione al programma di quest'ultimo[24]. La scelta di questo parlamentare "delfino" non è chiara a chi spetti (formalmente al Capo dello Stato), non essendo elettivo: potrebbe riaprirsi un margine di discrezionalità per il Presidente della Repubblica; potrebbe altresì tramutarsi in un accordo preventivo all'interno della maggioranza, la quale già al momento della formazione del Governo la coalizione potrebbe accordarsi su una staffetta, stabilendo un cambio di *leadership* durante la legislatura, tradendo però l'elezione popolare e sottoponendo così l'intero sistema politico a quella annosa critica che lo vede come un apparato lontano dalla volontà del corpo elettorale (dopo averlo illuso del contrario).

Non da ultimo però, si deve considerare una terza opzione, più delle altre foriera di conseguenze: il caso in cui uno dei partiti della maggioranza voglia surrettiziamente conquistare la Presidenza del Consiglio e al momento della apposizione della questione di fiducia decida di votare contro, provocando scioglimento e favorendo la nomina del "secondo" Premier. Di certo l'instabilità dei governi viene quantomeno incentivata e non certo contenuta, come si proponevano i partiti favorevoli alla riforma. Instabilità e trasfughismo parlamentare non sono sapientemente arginati della revisione, forse perché è impossibile che ciò avvenga attraverso meccanismi giuridici. La qualità della classe politica e il rispetto delle regole alle quali essa sottoposta sono il frutto di un processo culturale, etico e politico che dà vita a convenzioni costituzionali o

[24] Ne parla M. Della Morte, *Uno vale tutti. Considerazioni a prima lettura sul d.d.l. Premierato*, in *Diritto pubblico europeo. Rassegna online*, 2, 2023, 4.

almeno ad accordi tra i partiti, ma senza che questo arrivi a coinvolgere la Carta costituzionale.

4. *Cenni conclusivi*

La stabilità dei governi è spesso utilizzata come sinonimo della governabilità, come si legge anche nella relazione di accompagnamento al testo, ma in realtà non si realizza creando forzatamente una maggioranza sulla base di un premio elettorale; è invece necessaria una minima omogeneità di fini e obiettivi da raggiungere, ovvero l'elaborazione di un indirizzo politico che coinvolga la maggioranza parlamentare e sia in grado di mediare i conflitti all'interno di essa e con la minoranza.

Le democrazie, insomma, hanno bisogno di ideali, di nuove forme di legittimazione e di consenso, che devono essere coltivati rafforzando le sedi della partecipazione politica dei cittadini, attraverso quelle che sono le istituzioni già indicate e garantite dalla Costituzione: favorire il dibattito democratico nelle associazioni, nei circoli, nei partiti politici e nei sindacati, attraverso le Università, le scuole, la stampa.

La democrazia cresce se si basa su una cittadinanza attiva e consapevole, gli strumenti sono già disponibili; è però necessario recuperare gli ideali che erano alla base del processo costituente, anche se si tratta di un percorso di più lungo periodo e certamente meno facile. Più semplice è illudersi che ricorrere a una elezione popolare si possano spingere i cittadini a una più ampia condivisione dei fini istituzionali, anche se è ben chiaro che quella è solo una partecipazione elettorale, puntuale e temporalmente circoscritta. Questa illusione, però, ci scomoda di meno; non richiede a ognuna/o di noi la fatica che un rinnovamento del processo democratico comporta. Ma sappiamo tutte/i che la democrazia ha i suoi costi, che non sono solo quelli monetizzabili, ma che comprendono anche quelli di maggiore rilievo, ovvero un incessante impegno personale e concreto, nei luoghi di lavoro, nelle associazioni e nella vita collettiva affinché il *demos* incontri il *kratos* e se ne faccia carico.

Ylenia Maria Citino[*]

LE ELEZIONI DEL PARLAMENTO EUROPEO DEL 2024 E LA REGOLA NON SCRITTA DEI CANDIDATI ALLA PRESIDENZA DELLA COMMISSIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'evoluzione della cornice costituzionale della procedura di investitura della Commissione europea: una rapida carrellata. – 3. La regola non scritta per la designazione del Presidente della Commissione europea e la sua sorte a fasi alterne. – 4. Le europee: ancora elezioni di secondo ordine?

1. *Premessa*

Questo contributo, nel rendere omaggio a Salvatore Prisco e ai suoi preziosi insegnamenti, intende riprendere alcune considerazioni maturate durante gli studi dottorali al fine di applicare il tema delle convenzioni costituzionali alle sfide emerse con le elezioni del Parlamento europeo del 2024. In particolare, fra le regole non scritte che, sempre di più, stanno caratterizzando lo speciale ordinamento sovranazionale merita di essere studiato il tentativo di alcuni partiti politici europei di "imporre" il loro candidato di punta come Presidente della Commissione europea.

Un simile oggetto di indagine richiede una premessa di ordine metodologico. Ammettere, infatti, che vi siano convenzioni o consuetudini a livello dell'Unione europea presuppone chiarire una volta per tutte, se vi fossero ancora dubbi, che l'Unione europea, oltre a essere un ordinamento "di diritto" è anche un ordinamento costituzionale[1]. Inoltre, superando ogni titubanza,

[*] Assegnista di ricerca di Diritto pubblico, Scuola Superiore S. Anna, Pisa, ylenia.citino@santannapisa.it.

[1] Una tesi introdotta per la prima volta dalla CGUE, con *Costa c. Enel*, causa 6/64, 15 luglio 1964, ECLI:EU:C:1964:66, dove si affermò che «istituendo una Comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, di capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale, ed in ispecie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni degli Stati alla Comunità, questi hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un *complesso di diritto* [corsivo dell'A.] vincolante per i loro cittadini e per loro stessi». Tesi poi affinata nella nota pronuncia *Les Verts*, causa 294/83, 23 aprile 1986, ECLI:EU:C:1986:166, dove la Corte specificò che l'UE «è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal Trattato». V. anche l'ulteriore seguito in CGUE, *Internationale Handelsgesellschaft*, causa 11/70, 17 dicembre 1970, ECLI:EU:C:1970:114. Dopo J.H.H. WEILER, *La Co-*

occorre altresì riconoscere che le teorie di diritto statuale, come quella sulle forme di governo[2], siano utilmente applicabili all'ordinamento UE, magari con qualche dovuto riadattamento[3].

Assumendo che i lettori concordino su questi due presupposti, ci si soffermerà nel seguito di questo elaborato sull'analisi di una pratica informale che potrebbe assumere una rilevanza crescente in futuro. Gli *Spitzenkandidaten* continuano, infatti, a essere presentati e promossi come vessillo di democratizzazione della politica europea. Se questa pratica dovesse ricevere ulteriori impulsi, facendo avanzare le prerogative costituzionali del Parlamento europeo, le ricadute sulla forma di governo europea sarebbero notevoli. Essa, infatti, consente di valorizzare i reciproci rapporti di forza fra i partiti europei e, riprendendo le parole di Prisco, non si può oggi «sottacere – né per la verità alcuno lo fa più in dottrina, da gran tempo – il ruolo del sistema politico nella classificazione propriamente giuridica e nel rendimento effettivo delle forme di governo»[4].

2. *L'evoluzione della cornice costituzionale della procedura di investitura della Commissione europea: una rapida carrellata*

Osservando la progressione delle revisioni nei Trattati emerge una curiosa tendenza: per ogni singolo episodio di modifica si è inevitabilmente toccata anche la procedura di investitura della Commissione europea. Questo è stato guidato dal processo informale di consolidamento dei poteri del Parlamento

stituzione dell'Europa, Bologna, 2003, v. anche, tra i tanti, K. Lenaerts, J.A. Gutiérrez-Fons, *A Constitutional Perspective*, in R. Schütze, T. Tridimas (eds), *Oxford Principles of European Union Law: The European Union Legal Order, I,* United Kingdom, 2018. Nella medesima prospettiva, C. Curti Gialdino, *Riflessioni sul carattere costituzionale dei Trattati istitutivi delle Comunità e dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 16/2018, 1-20, ripercorre il contributo dei vari studiosi alla teoria del carattere costituzionale dei Trattati istitutivi.

[2] La teoria, come è noto, prende le mosse dalla letteratura giuspubblicistica degli anni Trenta e Quaranta. V. soprattutto C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940 e C. Lavagna, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici tra Capo del governo e ministri*, Roma, 1942, 72 e ss., autori nei quali comincia a farsi strada il diverso modo di intendere fra regime politico e forma di governo.

[3] In questo senso, per esempio, A. Ruggeri, *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno, ovverosia circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, in *Federalismi.it*, 11/2016, che getta uno sguardo sul ruolo "conformativo" delle tradizioni costituzionali comuni rispetto agli Stati Membri ma anche rispetto alle istituzioni dell'Unione. Da ultimo, v. il commento di N. Lupo, *In vista di elezioni europee decisive, per la forma di governo dell'Unione, e non solo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2024, 68-72.

[4] S. Prisco, *Forme di governo e fattore politico. Conclusioni dal passato e introduzione al futuro*, in *Astrid Rassegna*, 10/2018, 8.

europeo, bilanciato dal tentativo degli Stati Membri di mantenere un controllo sulla fase di formazione della nuova Commissione.

Inizialmente, sussisteva una manifesta asimmetria tra la possibilità per il Parlamento (in origine, "Assemblea CECA") di votare una mozione di censura nei confronti di quella che all'epoca era denominata l'Alta Autorità e l'assenza di un voto iniziale di approvazione della sua composizione[5]. Questo dava luogo a una "pseudo-fiducia" o, meglio, a una fiducia solo "presunta" visto che, come stabiliva l'art. 11 del Trattato sulla fusione degli esecutivi del 1967[6], la Commissione, da quel momento unificata, veniva nominata dai governi degli Stati Membri e durava in carica quattro anni.

Ogni Presidente, poi, scelto per cooptazione tra i membri della Commissione, disponeva di un mandato di due anni automaticamente rinnovabile.

Dal 1960, anno di pubblicazione del rapporto Faure[7], cominciava ad emergere la volontà del PE di essere coinvolto nella procedura di nomina della Commissione, aggiungendo un versante positivo alla relazione fiduciaria, sino a quel momento manifestatasi soltanto "in negativo". Tale volontà fu ribadita in tutta una serie di documenti declaratori[8]. Ma fu solo con l'introduzione dell'elezione diretta del Parlamento europeo che quest'ultimo iniziò spontaneamente a organizzare dibattiti sulla nuova Commissione, seguiti da un voto di approvazione.

Il primo dibattito si tenne durante l'investitura della Commissione presieduta da Gaston Thorn e si concluse il 12 febbraio 1981 con una risoluzione di approvazione.

Questa pratica informale è stata prima autoproclamata dalla Risoluzione, di importanza costituzionale, sul programma e l'investitura della Commissione del 1981[9] e poi integrata nell'iniziativa lanciata da Hans-Dietrich Genscher ed Emilio Colombo, rispettivamente ministri degli Esteri tedesco e italiano,

[5] Y.M. Nasshoven, *The appointment of the President of the European Commission: patterns in choosing the head of Europe's executive*, Baden-Baden, 2011, 84.

[6] Trattato che istituisce un Consiglio unico e una Commissione unica delle Comunità europee, 67/443/CEE, 67/27/ Euratom, in GU n. 152/3 del 13 luglio 1967.

[7] M. Faure, *Rapport présenté au nom de la Commission des affaires politiques et des questions institutionnelles sur la fusion des Exécutifs des Communautés Européennes*, 7 novembre 1960, disponibile online, <www.cvce.eu/en/obj/faure_report_on_the_merger_of_the_executive_bodies_7_november_1960-en-068f3609-20bf-4dae-97a1-edd6804f5622.html>.

[8] V. ad esempio la risoluzione del 5 luglio 1972, par. 10, citata da A. Devantier, *Nomination de la Commission: le rôle du Parlement avant 1995*, EPRS, 2014. V. anche la ricostruzione approfondita di Y.M. Nasshoven, *op. cit.*, 95, nota 232.

[9] Parlamento Europeo, Risoluzione sul programma e l'investitura della Commission 1981, in GCUE, C/50, 9 marzo 1981, 70.

con l'obiettivo di rafforzare il processo di integrazione europea tramite una serie di riforme istituzionali (noto come Piano Genscher-Colombo)[10].

Successivamente, nel 1983, la Dichiarazione di Stoccarda[11] formalizzava l'idea di un controllo politico da parte dell'organo parlamentare sull'esecutivo europeo, controllo da effettuarsi "nelle forme appropriate", come si specificò poi nella risoluzione del settembre 1982[12]. A Stoccarda, quindi, la dichiarazione solenne approvata dai capi di Stato e di governo riuniti in Consiglio europeo stabiliva che prima di nominare il Presidente della Commissione, il Presidente dei rappresentanti dei governi degli Stati Membri ottenesse il parere dell'Ufficio di presidenza ampliato del Parlamento europeo. Nominati i vari Commissari, la Commissione avrebbe altresì dovuto presentare il suo programma alla plenaria per un dibattito e una votazione.

Questo atto pose le basi della pratica delle consultazioni parlamentari. La prima Commissione Delors fu, quindi, sottoposta a una vera e propria votazione di fiducia, concessa il 15 gennaio del 1985. Votazione che, tuttavia, negli anni non avrebbe seguito una procedura sempre identica, essendo a volte dichiarata per acclamazione, come nella seconda Commissione Delors, a volte con il conteggio dei voti favorevoli[13].

Con il Trattato di Maastricht, il mandato del Parlamento e della Commissione fu armonizzato a cinque anni. Inoltre, si disponeva che le consultazioni sul nome del Presidente della Commissione da designare dovessero coinvolgere direttamente il Parlamento, anziché il solo Ufficio di Presidenza. Il Trattato riconobbe così la necessità di un voto di "approvazione" politico per la formazione di una nuova Commissione e aprì la strada alle audizioni informali dei Commissari.

Quest'ultima procedura, diventata plurifasica, si affinò nel tempo, culminando con la modifica del regolamento del Parlamento europeo del

[10] A riguardo, v. A. Héritier *et al.*, *European Parliament Ascendant. Parliamentary Strategies of Self-Empowerment in the EU*, Cham, 2019, 63.

[11] Dichiarazione solenne sull'Unione europea fatta a Stoccarda il 19 giugno 1983 dai dieci capi di Stato e di governo degli Stati membri delle Comunità, riuniti in Consiglio europeo, disponibile online, <https://ec.europa.eu/dorie/fileDownload.do;jsessionid=lY2LJ3JcsXb2HwlJ4P2NYqdLdmpTXKpGX5SFJnb92sH9PcvSrp23!-172979321?docId=2765&cardId=2765>.

[12] Risoluzione sugli orientamenti del Parlamento europeo relativi alla riforma dei Trattati e alla realizzazione dell'Unione europea, in GUCE, C/238 del 13 settembre 1982, 25.

[13] Per una ricostruzione del voto sulla seconda Commissione Delors, v. F. Sozzi, *Progressive Ambition: The Role of the European Parliament in Appointing the European Commission*, in B.E. Rasch *et al.* (eds), *Parliaments and Government Formation: Unpacking Investiture Rules*, Oxford, 2015, 110.

1993[14], che ha reso obbligatoria la partecipazione dei candidati commissari a udienze pubbliche davanti alle commissioni competenti, procedura applicata per la prima volta in occasione della nomina della Commissione presieduta da Jacques Santer[15].

Appena un anno dopo – la storia è alquanto nota, – il Presidente Santer accettava di dimettersi qualora il Parlamento avesse votato una mozione contro di lui, trasformando "per vie politiche" il voto del Parlamento da una semplice consultazione a un veto effettivo[16]. Questo veto sarebbe stato ufficialmente riconosciuto come vincolante e condizionante solo con il Trattato di Amsterdam del 1997 che, tra le altre cose, attribuiva al Presidente della Commissione il potere di scegliere i membri del suo collegio, ma sempre, beninteso, in accordo con i governi nazionali.

Mentre è al 1998-9 che bisogna ricondurre un altro momento di affermazione del Parlamento, coincidente con la proposta, poi non concretizzatasi, di una mozione di sfiducia nei confronti della Commissione Santer[17], che vale la pena ricordare con minimi cenni.

Nel dicembre 1998, infatti, il Parlamento europeo rifiutò di concedere il via libera al bilancio dell'UE del 1996, evidenziando una mala gestione finanziaria della Commissione. Pauline Green, leader britannica del gruppo dei socialisti, presentò una mozione di censura contro la Commissione. Se approvata, la Commissione di Jacques Santer avrebbe dovuto dimettersi in blocco. Tuttavia, poco dopo Green ritirò la mozione e optò per la proposta di una risoluzione che chiedesse una migliore gestione finanziaria e una revisione della Commissione. Quando un rapporto di una commissione parlamentare evidenziò, però, importanti irregolarità, Santer e i suoi commissari si dimisero immediatamente.

Le successive modifiche dei Trattati andarono nel senso di valorizzare ulteriormente il legame fra Parlamento e Commissione. Il Trattato di Nizza del 2001 potenziava il ruolo del Presidente della Commissione, conferendogli non solo il potere di scegliere i vicepresidenti (modificando il testo dell'art. 11, comma 3 TUE) ma anche quello, estremamente rilevante, di revocare i propri commissari. Ai sensi del novellato art. 130 TUE, "un membro della Commis-

[14] Decisione che modifica il regolamento del Parlamento europeo a seguito del trattato sull'Unione europea, JO C 268 del 4.10.1993, 112.

[15] S. Hix, C. Lord, *The Making of a President: The European Parliament and the Confirmation of Jacques Santer as President of the Commission, Government and Opposition*, 31(1)/1996, 62-76.

[16] R. Corbett, F. Jacobs, D. Neville, *The European Parliament*, London, 9^ ed., 2016, 341.

[17] N.F. Ringe, *The Santer Commission Resignation Crisis: Government-Opposition Dynamics in Executive-Legislative Relations of the EU*, in *European Journal of Political Research*, 44/2005, 671-696.

sione rassegna le dimissioni se il Presidente, previa approvazione del collegio, glielo chiede".

Inoltre, si facilitava il raggiungimento di un accordo sulla sua persona modificando la regola del consenso con la regola della maggioranza qualificata in seno al Consiglio europeo anche in previsione dell'allargamento a Est. Infine, anche l'insieme degli altri membri della Commissione sarebbe stato deciso a maggioranza qualificata "e di comune accordo con il Presidente designato".

Con la Commissione Barroso per la prima volta si concretizzò un altro istituto comune alle forme di governo parlamentari, ovvero il rimpasto. Come ricorda Rossi, «il Parlamento si apprestava a trasformare un controllo, che era stato sino ad allora formale, in un controllo effettivo e di merito»[18].

Le perplessità manifestate su ben cinque dei commissari designati (la lettone Ingrida Udre, l'olandese Neelie Kroes, la danese Mariann Fischer-Boel, l'italiano Rocco Buttiglione e l'ungherese László Kovács) resero evidente che, se la configurazione iniziale fosse stata mantenuta, il Parlamento avrebbe rigettato con il suo voto l'intera Commissione. Alla fine, Andris Piebaslgs fu nominato al posto di Ingrida Udre mentre il portafoglio di Kovács fu cambiato, venendogli assegnata la fiscalità in luogo dell'energia.

Quanto al "caso Buttiglione" – che fece più scalpore date le sue dichiarazioni controverse in tema di omosessualità –, Barroso e il governo italiano, guidato all'epoca dal Presidente del Consiglio Silvio Berlusconi, negoziarono una soluzione per evitare una crisi istituzionale.

Il governo italiano decise di ritirare la candidatura di Buttiglione e propose un nuovo candidato, Franco Frattini, che all'epoca ricopriva il ruolo di Ministro degli Affari Esteri. Frattini era una figura meno controversa e più accettabile per il Parlamento Europeo. Questa sostituzione fu cruciale per consentire alla Commissione Barroso I di ottenere l'approvazione necessaria il 18 novembre 2004[19] e di insediarsi ufficialmente.

Per completare il quadro, non può non ricordarsi come il Trattato di Lisbona abbia introdotto attraverso l'art. 17, comma 7, TUE un forte elemento di ambiguità nella procedura di investitura[20] visto che il Consiglio europeo, tenuto a scegliere un candidato a Presidente della Commissione, è obbligato a considerare gli equilibri derivanti dalle "elezioni del Parlamento europeo",

[18] L.S. Rossi, *Il Parlamento europeo e il «caso Buttiglione»*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2005, 169.

[19] T. Beukers, *The Barroso Drama Enhancing Parliamentary Control Over the European Commission and the Member States: Constitutional Development Through Practice*, in *European Constitutional Law Review*, 2(1)/2006, 25.

[20] Lo ribadiscono, ad esempio, N. Lupo, A. Manzella, *Il Parlamento europeo*, II ed., Roma, 2024.

sapendo che tale candidato sarà poi "eletto dal Parlamento europeo a maggioranza dei membri che lo compongono"[21]. Se, però, la scelta è ritenuta essere esclusiva degli Stati Membri riuniti in Consiglio, questo stona con la lettera dell'articolo in quanto non si vede come il Parlamento possa "eleggere" un unico candidato, in luogo di un candidato a partire da una rosa di nomi[22].

Questa oscurità di fondo ha permesso, nel 2014, ai partiti europei di proporre i loro candidati di punta per la figura di Presidente della Commissione, facendo emergere ufficialmente la pratica degli *Spitzenkandidaten*.

Riassumendo, nell'evoluzione storica della procedura si possono evidenziare tre tappe fondamentali. La prima coincide con l'introduzione dell'elezione a suffragio diretto del Parlamento europeo, condizione cruciale per conferire la legittimità democratica diretta all'istituzione parlamentare.

La seconda tappa è strettamente legata alle innovazioni apportate dal Trattato di Maastricht, che hanno rafforzato il Parlamento inserendo due istituti essenziali per l'evoluzione dell'ordinamento UE in senso costituzionale, ossia una cittadinanza "europea" da cui far discendere l'elettorato attivo e passivo al PE e una procedura di codecisione che gli ha permesso di esercitare la funzione legislativa sullo stesso piano del Consiglio[23].

La terza tappa, segnata dal Trattato di Lisbona, consiste nell'ulteriore espansione del ruolo del PE grazie all'introduzione della cosiddetta "procedura legislativa ordinaria", applicata a una più vasta gamma di basi giuridiche[24]. Si riconosce, quindi, l'importanza del fattore democratico nel rendere la forma di governo europea, a detta di una fetta consistente della giurisprudenza e della dottrina, più assimilabile a un sistema parlamentare[25].

[21] In realtà, l'articolo impone al Consiglio europeo di prendere in considerazione le elezioni, ma sorge un'ulteriore incertezza derivante da discrepanze nelle traduzioni della norma. Mentre la versione inglese del comma in questione recita '*taking into account the elections to the European parliament*' e quella francese stabilisce '*En tenant compte des élections au Parlement européen*', diversamente la versione tedesca reca '*dabei berücksichtigt er das Ergebnis der Wahlen zum Europäischen Parlament*' e quella spagnola riporta '*teniendo en cuenta el resultado de las elecciones al Parlamento Europeo*', ossia letteralmente '*tenendo conto dell'esito delle elezioni del Parlamento europeo*'. Una sfumatura non di poco conto!

[22] L'equivoco dipende, però, dal tenore testuale dell'art. 63 della Costituzione di Bonn, dal cui testo prende ispirazione la norma del TUE. Esso, infatti, prevede un'elezione del Bundestag su una proposta del Presidente federale. Il Cancelliere designato coincide con il *leader* del partito o della coalizione capace di ottenere la c.d. maggioranza del Cancelliere (*Kanzlermehrheit*).

[23] M. Westlake, *A Modern Guide to the European Parliament*, London, 1994.

[24] L. Daniele, *Le istituzioni politiche dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: verso un nuovo equilibrio?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 4(1)/2009, 43-54.

[25] V. ad esempio, l'*obiter dictum* della sentenza della Corte costituzionale n. 239/2018 in cui si sostiene che «si deve nondimeno aggiungere il dato della indubbia trasformazione in senso parlamentare della forma di governo dell'Unione europea, quale ha preso a realizzarsi negli

3. *La regola non scritta per la designazione del Presidente della Commissione europea e il suo impiego a fasi alterne*

Prima di osservare da vicino la regola non scritta oggetto di questo contributo occorre fare un cenno a un importante precedente storico.

Le elezioni europee del 1999, infatti, segnarono una svolta significativa nella politica europea. Se, da un lato, il Partito Popolare Europeo (PPE) aveva ottenuto una grande vittoria, consolidando la sua posizione come principale gruppo politico nel Parlamento Europeo, dall'altro lato, nonostante tale successo, il Consiglio Europeo prendeva una decisione che influenzò notevolmente la direzione politica della Commissione Europea.

Fu designato, come successore di Santer, l'italiano Romano Prodi, leader di centro-sinistra. Ciò fu favorito dal fatto che all'interno del Consiglio europeo sedevano capi di Stato e di governo come il Presidente del Consiglio italiano Massimo D'Alema (Democratici di Sinistra); il primo ministro britannico Tony Blair, leader del Partito Laburista; il Presidente francese Lionel Jospin, leader del Partito Socialista; nonché il Cancelliere Gerhard Schröder leader del Partito Socialdemocratico di Germania (SPD). La mancata corrispondenza di questa nomina con le dinamiche politiche predominanti nel Parlamento europeo diede un forte impulso allo sviluppo della pratica in analisi.

Successivamente, quindi, sfruttando l'equivocità del nuovo art. 17.7 TUE, durante le elezioni del 2014 i principali partiti politici europei riuscirono a far valere gli *Spitzenkandidaten*, non solo promuovendoli durante la campagna elettorale, ma anche minacciando di porre il veto a qualsiasi personalità non previamente indicata[26]. Jean-Claude Juncker, in quota PPE, poté essere sostenuto con relativa facilità visto che il suo partito risultò essere nuovamente il più votato.

Il contesto politico dell'epoca, infatti, era molto favorevole all'emergere di un vasto consenso attorno a un'unica persona. Il PPE da solo disponeva di una forza di 221 deputati su un totale di 751 membri del Parlamento europeo. Era sufficiente chiudere la partita con gli altri due principali partiti europei, i socia-

ultimi anni anche grazie alle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona […]. Indizi significativi di questa tendenza sono sicuramente il rafforzamento delle funzioni legislativa, di bilancio, controllo politico e consultiva del Parlamento europeo (art. 14, paragrafo 1, TUE e artt. 289 e 294 TFUE), fra cui spiccano la competenza di quest'ultimo a eleggere il Presidente della Commissione e la possibilità di approvare una mozione di censura alla stessa Commissione (art. 17, paragrafo 8, TUE)».

[26] Gli altri candidati furono Martin Schulz per i socialisti, Guy Verhofstadt per i liberali e Alexis Tsipras per la Sinistra Unitaria Europea/Sinistra Verde Nordica. Fa eccezione, invece, il partito dei Conservatori e i Riformisti Europei, che sceglieva di non indicare alcun candidato di punta per avere più margine di negoziazione in altri processi politici.

listi e i liberali, per raggiungere una forza tale da superare persino le resistenze manifestate da alcuni Stati Membri in seno al Consiglio europeo (Regno Unito e Ungheria).

Per converso, nel ciclo successivo del 2019, le forze politiche all'indomani delle elezioni risultarono più scompaginate e non riuscirono a imporre, dietro la minaccia di un veto parlamentare, nessun candidato poiché, a monte, inabili a convergere su un nome unico. Così, dunque, si spiega la designazione di Ursula von der Leyen che, infatti, nel turno successivo si è messa alla prova come *Spitzenkandidatin* del PPE, in cerca, probabilmente, di una personale legittimazione[27].

Ciò non significa, tuttavia, che sia condivisibile il messaggio che si è voluto far passare in molti scritti, soprattutto in chiave politologica, secondo cui la regola sia "fallita"[28]. Infatti, come giustamente sostiene Lupo, l'esito delle elezioni è semplicemente stato tale dall'impedire il formarsi di una maggioranza "naturale": «una situazione certamente non nuova nei regimi parlamentari, nella quale naturalmente si amplia il margine di azione del capo dello Stato. Quindi, in questo caso, della sede intergovernativa per eccellenza, ossia del Consiglio europeo»[29]. Inoltre, va notato come, di fronte a una maggioranza "debole" o comunque non in grado di imporre un candidato forte, aumenti, all'interno del Consiglio europeo, il potere di quei capi di Stato e di governo che da sempre si sono mostrati scettici sulla politicizzazione e sullo *Spitzenkandidatenprozess*, ad esempio il Presidente francese Emmanuel Macron.

Passati dieci anni dal primo tentativo dei partiti politici europei di imporre i loro *Spitzenkandidaten*, la riproposizione nel ciclo elettorale del 2024 rende sempre più evidente la necessità di domandarsi quale possa essere la natura giuridica (se vi sia) sottesa a questa dinamica.

È un gran dibattere del fatto che la sopravvivenza della volontà dei partiti di fare campagna per le europee in nome di propri *Spitzenkandidaten* possa testimoniare l'emersione di una regola di tipo convenzionale a livello europeo[30].

[27] N. Lupo, *In vista di elezioni decisive*, cit., 70.

[28] In proposito, M. Dawson, *Should the EU Think Twice Before Dumping its Spitzenkandidaten?*, in *Verfassungsblog*, 30 maggio 2019; F. Peraldi Leneuf, *Spitzenkandidaten 2019: la grande illusion ?*, in *Journal de droit européen*, 4/2019, 149-150; K. Raube, *From Dawn to Doom: The Institutionalization of the Spitzenkandidaten-Process During European Elections and Its Final Negation*, in S. Kritzinger *et al.*, (eds), *Assessing the 2019 European Elections*, Abingdon, 2020, 19-36. Per una bibliografia più estesa, v. Y.M. Citino, N. Lupo, *The Spitzenkandidaten Process: Establishing an Ambiguous Convention?*, in M. Ceron, T. Christiansen, D. G. Dimitrakopoulos (eds), *The Politicization of the European Commission's Presidency: Spitzenkandidaten and Beyond*, Cham, 2024.

[29] Y.M. Citino, N. Lupo, *op. cit.*.

[30] V., se si vuole, Y.M. Citino, *The Spitzenkandidaten Practice in the Spotlight: The Constitutional Nature of an Erratic Informal Rule*, in *Verfassungsblog*, 3 aprile 2024, disponibile online,

Per compiere un simile accertamento bisogna in primo luogo escludere che a tale regola non scritta possa abbinarsi un'eventuale consuetudine. Operazione abbastanza agevole in quanto non sembra siano ravvisabili i due classici fattori che, secondo una dottrina e una giurisprudenza abbastanza sedimentata, conducono all'individuazione di una consuetudine (segnatamente, l'elemento oggettivo della *diuturnitas* e l'elemento soggettivo della *opinio juris ac necessitatis*).

D'altra parte, tuttavia, se si accede alla tesi per cui le convenzioni costituzionali sono distinguibili dalle consuetudini banalmente perché soltanto le seconde possono appartenere all'empireo delle norme giuridiche, – tesi sulla quale chi scrive ha maturato nel corso del tempo qualche riserva – allora forse il test di valutazione della pratica degli *Spitzenkandidaten* va fatto avendo in mente le più generiche fattezze delle convenzioni costituzionali. Questo, va da sé, accettando di portare sommessamente in un tale ragionamento ogni questione irrisolta legata alla loro (articolata e contestata) natura dogmatica.

L'unico precedente rispetto al quale si registrano delle conseguenze non solo di ordine politico ma anche giuridico risale, come anticipato sopra, al 2014. Tale episodio ha dimostrato l'esistenza di una facoltà del Parlamento europeo di imporre un condizionamento effettivo, o meglio ancora un limite, al potere di scelta del Consiglio europeo della personalità da designare come Presidente della Commissione.

Un simile esito, tuttavia, fu possibile solo in quanto giuridicamente non incompatibile con l'interpretazione dell'articolo 17, comma 7, TUE. Due fattori determinanti, quindi, vanno presi in considerazione:

- la difformità linguistica nelle varie traduzioni del TUE (v. *supra*), le quali fanno tutte egualmente fede, non scioglie il nodo se bisogna tener conto degli orientamenti politici genericamente venuti fuori dalle elezioni europee o proprio dei "risultati" esatti delle elezioni stesse;
- il fatto che il Parlamento europeo debba, testualmente, "eleggere" a maggioranza dei propri componenti un candidato così designato fa presupporre che esso sia abilitato a vagliare vari nomi. Visto che invece il designato Presidente è uno solo, forse sarebbe stato più appropriato denotare la facoltà del Parlamento in discussione come una mera "approvazione" (mantenendo così l'antico termine che figurava nelle versioni più risalenti della procedura di investitura della Commissione) e non, invece, "illudendolo" con una parvenza di potere elettivo.

Stando così le cose, il Parlamento europeo non ha esitato a far leva, forzando non tanto la lettera normativa quanto forse piuttosto l'*intentio legislatoris*,

https://verfassungsblog.de/the-spitzenkandidaten-practice/.

su una prerogativa giuridica ricavabile dalla terza frase del comma 7. Così ha potuto, in qualche modo, "minacciare" il diniego del voto su una Commissione composta da membri che non godessero del benestare dello stesso Parlamento, compreso *in primis* il Presidente designato.

Quanto descritto non consente di ravvisare una vera e propria *opinio iuris*, ossia un'(erronea) convinzione di porre in essere una regola di diritto. Il Parlamento, infatti, sa di promuovere una nuova interpretazione e questa consapevolezza traspare dalle varie risoluzioni approvate in materia. Per di più, la regola degli *Spitzenkandidaten*, come risulta da una serie di prese di posizione ufficiali, non fu accolta da una totale acquiescenza da parte degli altri organismi costituzionali interessati.

Mentre la Commissione aderiva allo schema di comportamento affermato dal Parlamento, il Consiglio europeo dichiarava in maniera risoluta che non avrebbe accettato alcun automatismo sulla nomina del Presidente della Commissione, poiché altrimenti ciò avrebbe intaccato le proprie prerogative. Di modo che è venuto a mancare anche quel minimo elemento soggettivo necessario per il configurarsi di una regola convenzionale dal contenuto pieno.

In conclusione, mi sento di dire che se di convenzione costituzionale si può parlare, questa riguarda al più la regola che impone ai movimenti politici che concorrono alle elezioni europee di scegliere un candidato di punta. Si tratta, però, di una regola tipicamente "facoltizzante", poiché non esistono delle vere e proprie sanzioni politiche alla mancata scelta, come testimonia il fatto che, per esempio, il partito dei conservatori (ECR) non ha ad oggi mai fatto campagna con un suo *Spitzenkandidat* o con una sua *Spitzenkandidatin*.

4. *Le europee: ancora elezioni di secondo ordine?*

L'emergere di questa convenzione, per ora in evoluzione in quanto circoscritta all'ambito partitico e parlamentare, porta con sé una conseguenza pratica che non va trascurata. L'analisi delle vicende storiche degli *Spitzenkandidaten* sembra lasciar presagire il superamento della teoria di Reif e Schmitt sulle elezioni europee come *second order elections*[31]. Nel pensiero dei due politologi

[31] K. Reif, H. Schmitt, *Nine Second-Order National Elections. A Conceptual Framework for the Analysis of European Election Results*, in *European Journal of Political Research*, 8/1980, 3-44. Di recente, v. L. De Sio, L. Russo, M.N. Franklin, *Explaining the outcome. Second-order factors still matter, but with an exceptional turnout increase*, in L. De Sio, M.N. Franklin, L. Russo (eds), *The European Parliament Elections of 2019*, Roma, 2019, 58, secondo i quali, con riferimento al solo precedente del 2014, «*linking the elections to the President of the Commission did not ignite a process that would finally instate the democratic linkage between the EU Parliament and the EU's citizens*». Al contrario, analizzando determinati fattori statistici relativi al 2019, gli autori giungono alla conclusione che le elezioni di quel ciclo si sono invece caratterizzate da

tedeschi, sviluppato in seguito alle prime elezioni a suffragio diretto, la competizione elettorale europea era caratterizzata da una posta in gioco inferiore rispetto alle elezioni nazionali, considerate le uniche "di primo ordine".

Il ruolo secondario è connotato da alcuni tratti identificativi. In particolare, il "*second-order election model*" (SOE) metteva in evidenza che, diversamente dalle *first-order elections*, le europee si caratterizzerebbero per una partecipazione dell'elettorato statisticamente bassa, una prominenza relativamente più accentuata di partiti politici minori o nuovi, un limitato potere dell'organo elettivo europeo ('perché nessuna istituzione che assume il ruolo di guida politica della Comunità europea è in gioco nelle elezioni del PE'[32]). Mentre un quarto aspetto riguardava la complicata architettura delle alleanze politiche a livello europeo, per cui i partiti che competevano per le elezioni lo facevano soltanto nella (più limitata) prospettiva di ottenere seggi al Parlamento europeo, non potendo vincere per "governare" l'Unione europea[33]. Varie le critiche che, a partire da questo modello, si sono via via accumulate a proposito dei meccanismi in atto nel circuito democratico europeo[34].

Senza addentrarci in quello che, non a torto, potrebbe definirsi un vero e proprio genere letterario, occorre però notare come le trasformazioni formali, ma anche e soprattutto informali, in cui è incorsa l'UE[35] si sono riflesse sulle elezioni europee, diventate sempre più strategiche in parallelo con il processo di affermazione della posizione costituzionale del PE. Gli studi della dottrina costituzionalistica sul tema, avvalendosi sovente di categorie e strumenti tipici del diritto pubblico e del diritto comparato, hanno ampiamente dimostrato

un'affluenza tale per cui il modello SOE, pur mantenendo in generale un notevole potere predittivo, non consentirebbe di spiegare con sufficienza il risultato raggiunto. Di conseguenza, tali elezioni potrebbero essere state il frutto di una reale politicizzazione.

[32] K. Reif, H. Schmitt, *op. cit.*, 12. Trad. mia.

[33] Una prospettiva riconfermata in un più recente studio diretto dallo stesso Schmitt con A. Sanz, D. Braun, E. Teperoglou, *It all happens at once: Understanding electoral behaviour in second-order elections*, in *Politics and Governance*, 8(1)/2020, 6-18.

[34] Da ultimo, v. la *special issue* introdotta da K. Gattermann, C.H. de Vreese, W. van der Brug, *Introduction to the special issue: No longer second-order? Explaining the European Parliament elections of 2019*, in *Politics*, 4/2021, 423 ss. Secondo I curatori del fascicolo, in particolare, condizione per il superamento dell'attributo di secondarietà è che le elezioni europee siano sempre più «*about the policies, rather than the polity*». Il fascicolo dà spazio a contributi sotto varie angolazioni, dai quali sembra emergere, piuttosto, che la strutturazione delle elezioni europee stia andando nella direzione di un superamento dei limiti identificati da Reif e Schmitt.

[35] Su cui, ad esempio, G. Delledonne, *The Institutional Architecture of the European Union: Emerging and Unresolved Questions*, in *Journal of European Integration*, 43(8)/2021, 1045-53.

come gli aspetti problematici sottolineati da Reif e Schmitt sono oggi forse meno veri che in passato[36].

Così, appare condivisibile la critica all'idea che il Parlamento Europeo sia comparabile a un qualsiasi parlamento nazionale, cosa che porta evidentemente a trascurare, o a leggere in chiave "negativa", certe sue peculiarità[37]. Come giustificare, ad esempio, che il Parlamento Europeo non può essere sciolto, non dispone di iniziativa legislativa né può interagire in maniera efficace con il proprio esecutivo per imporre un proprio indirizzo politico? Come leggere l'azione di partiti politici a livello europeo senza tener conto della loro obiettiva diversità rispetto agli omologhi nazionali?

Un appiglio, forse, si può trovare in una affermazione di von Bogdandy, secondo il quale non ci si può attendere che un parlamento "transnazionale" risponda alla funzione di rappresentatività rivestendo un ruolo esattamente sovrapponibile, in termini qualitativi e quantitativi, a quello svolto dai parlamenti nazionali[38]. E, d'altra parte, come ha efficacemente sostenuto Prisco, «la rappresentanza politica appartiene all'ordine concettuale delle *fictiones* (nello specifico: "rendere presente il popolo nelle sedi elettive come se lo fosse davvero"), non discusse finché funzionali allo scopo (che è quello di legittimare e perciò rendere accettabili ai più le altrui decisioni)»[39].

Il principio della legittimazione duale, incarnato dall'art. 10.2 TUE, rende ancora più evidente la specialità del PE. Considerazione, allora, che scioglie il problema, accennato in apertura, della correttezza dell'applicabilità delle categorie costituzionali classiche allo speciale sistema dell'Unione europea. Un problema che si risolve affermativamente, con tutte le dovute cautele del caso.

[36] Resta, forse, soltanto il problema della bassa partecipazione dei cittadini europei al voto che, secondo alcuni, non verrebbe sostanzialmente superato con la falsa "promessa" di un Presidente "eletto dai cittadini". V. H. Schmitt, S. Hobolt, A.S. Popa, *Does personalization increase turnout? Spitzenkandidaten in the 2014 European Parliament elections*, in *European Union Politics*, 3/2015, 347-368. Sul problema dell'astensionismo, con riferimento specifico al caso italiano, si segnala il recente volume a cura di G. Delledonne, L. Gori, G. Martinico, F. Pacini, *Il peso dell'assente. Il fenomeno dell'astensionismo elettorale in Italia*, Soveria Mannelli, 2024.

[37] Così, vanno lette criticamente le elaborazioni di quanti, come G. Itzcovich, *Sulla decostruzione giuridica dell'Europa. Deficit di legittimità e diritto costituzionale europeo*, in *Ragion pratica*, 1/2023, 101-118, ascrivono ai mali inguaribili dell'Europa, pur con argomentazioni valide, proprio l'assenza di un "demos".

[38] A. von Bogdandy, *The European Lesson for International Democracy: The Significance of Articles 9 to 12 EU Treaty for International Organizations*, in *European Journal of International Law*, 23/2012, 315-334.

[39] S. Prisco, *Rinnovare i canali ostruiti della rappresentanza politica e della democrazia*, in *Diritto pubblico europeo. Rassegna Online*, 2/2021, 77.

Se, quindi, la pratica degli *Spitzenkandidaten* dovesse essere rafforzata, giungendo a "penetrare" la roccaforte istituzionale, oltre che politica, dell'UE sarebbe più difficile sostenere ancora la tesi per cui le elezioni europee sono di secondo ordine. Cadrebbe anche l'accusa di "deficit democratico", poiché la funzione di traino degli *Spitzenkanditaten* sulla partecipazione politica nella competizione elettorale europea comporterebbe l'affermazione dei partiti come *player* a pieno titolo della fase elettiva istituzionale[40], verso una più condivisa "coscienza politica europea"[41].

[40] Ciò detto, non bisogna, però, dimenticare come il problema della scarsa affluenza alle urne vada rintracciato a monte. Non tanto, o non solo, nel carattere primario o secondario della scadenza elettorale quanto, piuttosto, nella crisi della rappresentanza politica che, da anni, affligge indistintamente tanto il nostro quanto gli altri Stati Membri dell'UE. Illuminante, qui, il ragionamento di Prisco, secondo cui «la buona salute della rappresentanza politica nel contesto dell'Occidente è stata assicurata dall'essere strettamente connessa alla sua capacità di permettere al popolo arricchimento e redistribuzione di benefici materiali e correlativamente ha mostrato crepe quando la cornucopia creduta inesauribile che ne consentiva la legittimazione sostanziale ha mostrato quanto tale presupposto materiale di un suo buon funzionamento fosse fragile». S. Prisco, *Rinnovare i canali ostruiti*, cit., 78.

[41] Per riprendere l'espressione di A. Ciancio, *Perché un diritto costituzionale europeo? Quattro brevi risposte a partire dalle elezioni del 2019*, in B. Caravita (a cura di), *Le elezioni del Parlamento europeo del 2019*, Torino, 2019, 15.

Vincenzo Cocozza[*]

IL BILANCIAMENTO FRA PRINCIPI E INTERESSI COSTITUZIONALMENTE RILEVANTI IN UN RECENTE INTERVENTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Esaurimento del potere amministrativo di riesame per il trascorrere di un termine rigido per il suo esercizio. – 3. I dubbi di legittimità costituzionale nel confronto con interessi costituzionalmente rilevanti. – 4. Alcune incertezze nel delimitare la questione di legittimità costituzionale. – 5. La ribadita esauribilità del potere amministrativo nel contesto costituzionale. – 6. Principi, interessi costituzionalmente rilevanti, tempo. Fattori di un bilanciamento complesso.

1. *Premessa*

La complessa operazione di bilanciamento fra principi e interessi costituzionalmente rilevanti rinviene, di recente, un ulteriore approdo nella giurisprudenza costituzionale sul quale la riflessione appare stimolata da una pluralità di ragioni.

In tale occasione, l'asse portante è, invero, costituito dal principio di affidamento, ma ad esso si saldano tanti elementi ed entrano in gioco diversi fattori, tutti di fondamentale rilevanza, che riguardano il rapporto fra potere amministrativo e posizione del privato, la qualificazione della funzione amministrativa e la sua diversa declinazione nel disciplinare le posizioni in prima battuta, o in sede di riesame, i limiti alla medesima nell'ambito della regolamentazione a opera del legislatore e il modo in cui la sua discrezionalità si può legittimamente espandere.

L'intento del presente contributo è, però, limitato solo a osservare in qual maniera gli interessi costituzionalmente rilevanti entrano nel sillogismo giudiziale e sono utilizzati per risolvere la questione, per poterne anche trarre elementi connotativi delle conseguenze sulla disciplina che è stata considerata e valutata utilizzandoli.

2. *Esaurimento del potere amministrativo di riesame per il trascorrere di un termine rigido per il suo esercizio*

Si è detto che l'affidamento assume un ruolo di notevole rilevanza nella struttura della decisione, soprattutto perché su una tematica che ha molto impegnato la dottrina e la giurisprudenza si colgono valutazioni di non poco

[*] Già ordinario di diritto costituzionale presso il dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II.

momento anche per i conseguenti effetti in termini di garanzia. Oggetto del giudizio è la disciplina dell'autotutela amministrativa che è stata al centro del dibattito politico e amministrativo nel momento in cui si conferisce alla pubblica amministrazione il potere di riesaminare le proprie determinazioni e di annullarle, coinvolgendo in maniera inevitabile le posizioni dei privati che, *medio tempore*, hanno ottenuto dalla stessa vantaggi.

Al di là dell'intenso dibattito scientifico e delle approfondite analisi al riguardo sviluppate, in uno con i percorsi giurisprudenziali dai quali si traggono molteplici elementi a fini ricostruttivi sui quali non si vuole tornare, può essere funzionale per la riflessione qui sviluppata ricordare il complessivo *iter* legislativo che, pur considerato isolatamente, costituisce prova delle difficoltà di elaborare una disciplina che consente di preservare, da un lato, il potere amministrativo e, dall'altro, le posizioni di privati che hanno fatto affidamento su soluzioni scelte dalla pubblica amministrazione che poi vengono annullate.

Il testo attuale deriva da una serie di aggiunte e modificazioni succedutesi nel tempo.

Infatti, la originaria previsione introdotta nel 2005 ha subito una rilevante modifica nel 2015, quando è stato fissato il termine di diciotto mesi per l'esercizio del potere di autotutela, successivamente ridotto a dodici mesi nel 2021. Come è altrettanto noto, peraltro, nel 2015, con l'art. 6, comma 1, lett. d), n. 2), legge 7 agosto 2015, n. 124, successivamente modificato dall'art. 63, comma 1, del D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla L. 29 luglio 2021, n. 108, è stato introdotto il comma 2-bis all'art. 21-nonies.

In sostanza, il legislatore ha progressivamente proposto una disciplina in cui, tenendo in conto il fattore tempo per l'esercizio del potere di "ripensamento" da parte della pubblica amministrazione, ha sempre ricercato per gli interventi consentiti e per ottenere il bilanciamento sia la durata (dapprima "*ragionevole*", poi "*diciotto*", infine "*dodici*") sia tutto quanto può incidere sul suo decorso.

È materia assai delicata e sensibile per la quale la tecnica del bilanciamento tra principi e interessi costituzionalmente rilevanti mostra inevitabili difficoltà a rinvenire soluzioni soddisfacenti.

Si ricorda, a tal riguardo, l'impostazione del giudice costituzionale nel 2013[1] quando si enunciano principi di notevole rilievo per la tecnica di bilanciamento.

Il Giudice delle leggi riconosce alla disciplina legislativa oggetto di valutazione un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare diritto alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto

[1] Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85.

all'ambiente salubre e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui ancora deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali e il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso[2].

Va sottolineato di questa conclusione che, anche se alcuni valori sono qualificati come primari, questo non si traduce in una superiorità rispetto agli altri che l'ordinamento riconosce, ma è necessario un punto di equilibrio affidato al legislatore e, di conseguenza, alla Corte costituzionale nel controllo di legittimità.

Sicché, quando è in gioco il principio di affidamento, che attinge a valori costituzionali nel percorso conformativo che lo ha riguardato e che, in tal modo, seppur limite al potere e ad esso contrapposto, in qualche misura contribuisce a definirne il tratto fisionomico, l'insegnamento del Giudice delle leggi impone di considerare una serie di fattori racchiusi nella "storia" della disciplina normativa predisposta per il governo dell'autotutela.

3. *I dubbi di legittimità costituzionale nel confronto con interessi costituzionalmente rilevanti*

Si comprende in pieno l'incertezza del giudice amministrativo quando deve applicare un limite temporale rigido alle manifestazioni di un potere amministrativo che, attraverso l'annullamento espressione dell'autotutela, protegge un principio costituzionale che, come tale, deve ottenere in maniera assoluta la garanzia.

Il Consiglio di Stato può così elaborare una questione di legittimità costituzionale in cui il bene culturale è centrale, seppur modulato in modo non tecnicamente ineccepibile. La si ricorda: «dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, indicata in motivazione,

[2] In tal senso, «la ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore, prevedendo sanzioni per le sole violazioni dell'AIA riesaminata, dovrebbe essere esclusa in quanto le prescrizioni adottate con il provvedimento di riesame sarebbero inidonee ad assicurare il risanamento del processo produttivo. Al riguardo, vengono richiamati i dati salienti delle perizie effettuate nel giudizio penale in corso, che segnalano imponenti emissioni non convogliate (diffuse e fuggitive): nella procedura di riesame non sarebbero stati utilizzati studi sull'incidenza delle misure prescritte e sarebbero state addirittura trascurate fonti concorrenti di inquinamento ambientale, connesse alla gestione dei rifiuti e dei sottoprodotti, nonché delle acque reflue e meteoriche. Nel contempo, i termini per l'adeguamento alle prescrizioni impartite sarebbero tali da azzerarne l'efficacia nel medio periodo (tre anni, ad esempio, per la copertura dei parchi minerali), e in parte sarebbero stati già prorogati dall'amministrazione. Resterebbe dunque confermata l'illecita compressione del diritto alla salute ed all'ambiente salubre, la cui tutela andrebbe invece assicurata quale profilo intrinseco alla garanzia per ciascuno degli interessi concorrenti: il diritto al lavoro, in particolare, non potrebbe che essere anche diritto alla sicurezza ed all'igiene del lavoro medesimo».

dell'art. 21-nonies, comma 1, della l. n. 241 del 1990, per contrasto con gli artt. 3, comma 1, 9, comma 1 e comma 2, 97, comma 2, e 117 comma 1 Cost. con riferimento agli artt. 1, lett. b) e d), e 5 lett. a) e c) della Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società firmata a Faro il 27 ottobre 2005 (ratificata dall'Italia con l. 1° ottobre 2020, n. 133)»[3].

Si tratta di questione riguardante la tutela del patrimonio storico-artistico non poco complessa[4]. Questo perché si sono succedute vicende in un arco temporale non breve, in uno con la rilevanza dell'interesse artistico e storico di particolare importanza (la valutazione e l'attribuzione da parte di un esperto a un grande artista), manifestata solo quando sono trascorsi sei anni dal provvedimento.

4. *Alcune incertezze nel delimitare la questione di legittimità costituzionale*

Come si nota, nell'elaborare la questione di legittimità costituzionale e richiedere al Giudice delle leggi una sentenza di annullamento parziale, il riferimento è più volte effettuato alla tutela del patrimonio storico e artistico della Nazione[5]. Ed invero se ne ha traccia anche nella individuazione del parametro, essendo invocato oltre l'art. 9 Cost. (insieme all'art. 3 e 97 Cost.), l'art. 117

[3] Cons. Stato, sez. VI, 16 ottobre 2024, n. 215.

[4] La vicenda, la cui durata è di sei anni, attiene all'attestato di circolazione relativo a un olio su tela. Tale attestato è del 6 agosto 2015 e successivamente a esso il bene è stato oggetto di trasferimento di proprietà fino a quando, dopo essere stato esposto in una galleria d'arte, è stato giudicato nel 2019 da un esperto opera di particolare rilievo artistico, in quanto attribuibile a Giorgio Vasari (circostanza che veniva all'attenzione in tale anno in quanto prima non nota). All'esito, la Direzione generale archeologia belle arti e paesaggio del Ministero della Cultura ha annullato, nel 2021, il già concesso attestato di circolazione e successivamente, nello stesso anno, ha avviato il procedimento per la dichiarazione di interesse storico-artistico particolarmente importante, applicando l'art. 68, comma 6 del d.lgs. 42/2004. Il ricorso proposto è stato respinto dal T.A.R. Lazio, che ha ritenuto non fondato il vizio dedotto di violazione dei principi di certezza del diritto e legittimo affidamento, nonché quello di violazione dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990.

[5] Nel punto 8.0 del considerato in diritto l'annullamento è «nella parte in cui, a fronte di un provvedimento a carattere autorizzativo (quale, nel caso di specie, l'attestato di libera circolazione di un'opera) ma incidente su un interesse sensibile e di rango costituzionale come la tutela del patrimonio storico e artistico della Nazione, prevede, per l'adozione del provvedimento di annullamento, il rispetto di un limite temporale fisso di dodici mesi (e non, invece, il rispetto del termine flessibile "ragionevole" previsto in generale dalla medesima disposizione)». Ed ancora, «si chiede quindi – per il caso in cui il dubbio sia ritenuto fondato a tutela del patrimonio storico-artistico della Nazione – la declaratoria di illegittimità dell'art. 21-nonies comma 1 relativamente all'inciso "e comunque non superiore a dodici mesi" essendo impedita dal predetto rigido termine la tutela effettiva del patrimonio culturale mediante l' annullamento in un tempo ragionevole di un atto che lo leda come l'autorizzazione all'esportazione di un capolavoro dell'arte italiana come un mero dipinto di scuola».

Cost. con riferimento agli artt. 1, lett. b) e d), e lett. a) e c) della Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società firmata a Faro il 27 ottobre 2005 (ratificata dall'Italia con legge 1° ottobre 2020, n. 133).

Ne deriva che la questione di legittimità costituzionale si basa sul sillogismo che la previsione legislativa di un termine fisso per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio di provvedimenti autorizzativi incidenti su un interesse «sensibile e di rango costituzionale», qual è la tutela del patrimonio storico e artistico, sia tra l'altro irragionevole perché la nozione di autorizzazione, quale provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato che ne beneficia, è tanto ampia da comprendere anche atti che possono incidere su interessi «di rango super primario e tendenzialmente poziore rispetto all'affidamento del privato alla stabilità del titolo ottenuto». In buona sostanza, c'è il riferimento all'interesse incardinato nella tutela del «"patrimonio storico e artistico della Nazione", quale "valore primario", elemento costitutivo della memoria collettiva e fattore di identità comunitaria».

Si diceva della, per così dire, incertezza del Consiglio di Stato. Si deve notare che, infatti, non è chiaro se il giudice intenda dubitare della legittimità costituzionale di un termine fisso per l'azione di annullamento per tutte le ipotesi in cui l'affidamento si trova a confrontarsi con principi costituzionali anche diversi da quelli della tutela del patrimonio storico-artistico.

C'è anche la possibilità che, laddove si acceda a una lettura più ampia, si possa non tener conto del «bilanciamento tra principi e diritti senza pretese di assolutezza per nessuno di essi, delineato dalla giurisprudenza costituzionale, ma preclude in maniera del tutto irragionevole la ricerca di un punto di equilibrio, necessariamente mobile e dinamico, tra gli stessi».

In tal modo, il principio di affidamento (che viene però declinato solo in una prospettiva privatistica) potrebbe anche recedere rispetto ad altri principi di rango costituzionale.

Con tutta probabilità, un approfondimento su tali aspetti avrebbe consentito di inquadrare ancora meglio l'attuale impostazione ricostruttiva seguita dal Consiglio di Stato.

Va anche aggiunto, rimanendo in quest'ottica, che la pronuncia chiesta alla Corte costituzionale mal si identifica con una sentenza di accoglimento parziale, quale si mostra *prima facie*.

La richiesta in motivazione di declaratoria di illegittimità dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, comma 1, relativamente all'inciso «*e comunque non superiore a dodici mesi*» determinerebbe la permanenza del solo «*termine ragionevole*» da applicare a tutte le ipotesi e non solo a quelle in cui si manifestano specifiche e peculiari situazioni meritevoli di sottrarsi al termine rigido fissato

in via legislativa. E va detto come non poche siano state le difficoltà anche della giurisprudenza amministrativa nell'elaborare un contenuto convincente a tale formula.

Basterebbe ricordare una nota sentenza depositata agli inizi del 2006[6], quando il giudice amministrativo ha avuto modo di esprimersi sulla questione del tempo che possa giustificare l'esercizio del potere di autotutela, valutando anche la di poco precedente modifica legislativa introdotta con la legge 11 febbraio 2005, n. 11, che ha caratterizzato tale tempo come "ragionevole".

Il giudice, ricordando, così, i presupposti e le condizioni di legittimità dell'annullamento di ufficio fissati da una costante giurisprudenza in assenza di una previsione legale[7], evidenzia che tra gli stessi è da considerarsi «il decorso di un lasso temporale di diversi anni dall'adozione dell'atto rimosso, senza che l'amministrazione abbia apprezzato l'esistenza di un interesse pubblico attuale alla sua eliminazione» e avverte che «anche se la legge n.15 del 2005 non è applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, le prescrizioni ivi consacrate risultano mutuate da indirizzi giurisprudenziali ormai consolidati e, come tali, certamente applicabili al caso di specie». In tal maniera, può soffermarsi su alcuni elementi da assumere come meritevoli di adeguata considerazione. Essi sono, così, indicati in: intervenuta integrale attuazione del provvedimento annullato; esaurimento dei suoi effetti sostanziali; irreversibilità della situazione determinatasi; sopravvenuta acquisizione da parte di un soggetto terzo dei diritti derivati dall'esecuzione. Sono, in tal maniera, ostativi alla semplice rimozione dell'atto, seppur illegittimo, essendo necessaria una adeguata e puntuale comparazione degli interessi privati sacrificati, la cui consistenza va valutata, tenendo conto il lasso di tempo trascorso.

Si fronteggiano, dunque, consolidamento di un ragionevole affidamento e buona fede di un soggetto terzo e interesse pubblico alla eliminazione della illegittima decisione amministrativa. E, per certi versi, sulla stessa linea quando il giudice amministrativo di primo grado[8] ha modo di ribadire una simile impostazione, anche se la ragionevolezza del tempo non è assunta come ele-

[6] Cons. Stato, sez. IV, 14 febbraio 2006, n. 564.

[7] La giurisprudenza amministrativa, in mancanza di una disciplina legislativa specifica dell'esercizio dell'autotutela, ha definito i limiti, i presupposti e le condizioni di legittimità dell'annullamento d'ufficio. In tal maniera, esso non può fondarsi sulla mera esigenza di ripristino della legalità, ma deve dare conto, nella motivazione, della sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla rimozione dell'atto (cfr. *ex multis* Cons. St., sez. V, 1 marzo 2003, n.1150), che l'esercizio dello *jus poenitendi* da parte dell'amministrazione incontra un limite (insuperabile) nell'esigenza di salvaguardare le situazioni di soggetti privati che, confidando nella legittimità dell'atto rimosso, hanno acquisito il consolidamento di posizioni di vantaggio loro attribuite da questo (cfr. *ex multis* Cons. St., sez. V, 24 settembre 2003, n. 5444).

[8] T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 21 febbraio 2006, n. 426.

mento autonomamente rilevante ai fini del giudizio di legittimità, ma viene collegata alla idoneità della motivazione[9]. Ed ancora quando, pur collegando le valutazioni compiute sul profilo della motivazione[10], esprime un criterio per inquadrare il termine "ragionevole" contemplato dalla disciplina legislativa. Esso «non può essere considerato in astratto, bensì in rapporto al provvedimento cui si riferisce, valutando anche la possibilità che abbia definitivamente compiuto i suoi effetti».

Tanto che il T.A.R. Lazio[11] deve offrire un quadro riassuntivo, riportando le tesi che si sono contrapposte in giudizio[12] e applicando il concetto di termine ragionevole a una situazione nella quale il ritardo non è macroscopico[13].

[9] In tal caso si tratta di una ipotesi particolarmente rilevante di tempo trascorso, in relazione a una concessione rilasciata per la costruzione di un immobile, revocata dall'amministrazione a distanza di circa quindici anni, ordinando inoltre la demolizione della costruzione. Nel giudizio è stato riconosciuto che il comportamento dell'amministrazione comunale ha consolidato un legittimo affidamento del privato, sicché si mostra «del tutto generica ed inadeguata» la motivazione utilizzata, in quanto non in grado di offrire una chiara percezione del bilanciamento effettuato, specialmente nel caso di un decorso di un lasso di tempo estremamente lungo.

[10] Si è trattato di valutare la legittimità di un provvedimento di annullamento in autotutela di un permesso di costruire per la realizzazione di un parco avventura, per il quale erano state ottenute autorizzazioni anche dei vari enti preposti al rilascio dei pareri. Secondo il T.A.R., nonostante alcune generiche affermazioni sull'interesse pubblico all'annullamento, in realtà non vi è una motivazione specifica, in quanto si afferma che l'interesse pubblico è alla base del provvedimento di annullamento, avendo lo scopo principale di tutelare gli interessi dei naturali residenti, stante la natura civica dei terreni interessati. La conclusione è che questo «concreta solo una mera clausola di stile, non solo perché la richiedente è un naturale residente, ma perché non si forniscono in alcun modo le ragioni per le quali la realizzazione del parco sarebbe foriera di incidere sugli interessi dei cittadini […] che usufruiscono del demanio civico, ragioni che andavano comunque esplicitate perché, altrimenti, il danno per coloro che usufruiscono *uti cives* della zona, sono soltanto ipotizzati in via astratta».

[11] T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 19 marzo 2008, n. 2475.

[12] Come è noto, da un lato, l'annullamento di ufficio deve fondarsi sulla sussistenza di un interesse pubblico specifico, concreto ed attuale alla rimozione dell'atto, che risulti dalla motivazione e che non si identifichi nella mera esigenza di ripristino della legalità violata; inoltre, nell'esercizio dello *jus poenitendi* l'amministrazione deve previamente tener conto dell'esigenza di salvaguardare le situazioni dei privati che hanno confidato nella legittimità del provvedimento rimosso, con consolidamento delle posizioni di vantaggio loro attribuite; infine, il decorso di un lasso temporale dall'emanazione dell'atto rimosso senza che l'amministrazione abbia apprezzato l'esistenza di un interesse pubblico attuale alla sua eliminazione, determina *ex se* l'illegittimità dell'annullamento di ufficio. Da altro lato, per consolidata giurisprudenza l'annullamento di ufficio dei provvedimenti ad effetti permanenti che comportano l'illegittimo esborso di denaro pubblico non richiede una specifica valutazione sull'interesse pubblico, dal momento che la sua sussistenza si considera *in re ipsa*. Quando, poi, l'annullamento interviene a distanza di poco tempo non è in alcun modo ravvisabile il radicarsi di un legittimo affidamento.

[13] Nella fattispecie, infatti, oggetto del giudizio era la legittimità di una revoca, disposta dalla stazione appaltante a distanza di circa quindici mesi, dell'aggiudicazione definitiva di una

Il giudice amministrativo esprime, in tal caso, un giudizio sulla qualificazione di "ragionevole" che la disciplina ha introdotto. Si evidenzia sul punto che si percepisce in modo agevole che l'espressione è elastica ed è evidentemente necessario far riferimento alla fattispecie concreta al fine di verificare la ragionevolezza del termine in cui è intervenuto il provvedimento successivo di eliminazione del primo.

5. *La ribadita esauribilità del potere amministrativo nel contesto costituzionale*

In definitiva, tenendo in conto tale contesto di particolare complessità, l'intervento della Corte costituzionale, nel bilanciare valori costituzionali, è rilevante perché fornisce un ulteriore contributo nel caratterizzare il rapporto tra potere amministrativo e posizione del privato, non solo quanto alle conclusioni conseguite dalla giurisprudenza amministrativa, ma anche sul rapporto fra la stessa e la disciplina legale a proposito del potere di annullamento.

Invero, non si può omettere di evidenziare che il Giudice delle leggi si sofferma in modo significativo nell'esaminare il confronto con il primo esercizio della funzione amministrativa, anche quando sono coinvolti interessi costituzionalmente protetti.

L'impianto teorico porta all'attenzione la differenza tra funzione di riesame e potere esercitato in primo grado.

Essi sono da distinguere e il potere amministrativo di riesame non può essere ritenuto inesauribile. Di qui un punto da approfondire sull'inquadramento della funzione amministrativa, pur se considerata nella fase del riesame non inesauribile. A una tale ricostruzione si collega un suo particolare rilievo per inserire la funzione amministrativa nel tessuto costituzionale e trarre ulteriori contenuti dal principio fissato nell'art. 97 Cost.

Il nesso fra l'impianto ricostruttivo del Giudice delle leggi e di quello amministrativo, in particolare dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 2017, consente di cogliere ancora meglio il portato dei principi e dei valori costituzionali. Viene in tal modo all'attenzione la riconosciuta evoluzione sistemica tesa a irrobustire il valore della certezza e che «la scelta normativa di una limitazione temporale tramite il ricorso a "un concetto non parametrico ma relazionale, riferito al complesso delle circostanze rilevanti nel caso [concreto]" ha comportato la sua qualificazione non come termine di decadenza del potere di autotutela, con sua conseguente "consum[azione] in via definitiva", bensì come elemento determinante nella "modalità di esercizio" di tale potere, in una

procedura avente ad oggetto la fornitura dei servizi per la formazione del catasto stradale presso gli enti proprietari di strade di uso pubblico.

logica conformativa del potere al suo interno». E che «l'argine temporale di tipo fisso è stato inteso come un vero e proprio termine decadenziale di "valenza nuova [volto] a stabilire limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni soggettive dei privati" e, dunque, espressione di una "regola di certezza dei rapporti [tra il potere pubblico e i privati], che rende immodificabile l'assetto (provvedimentale-documentale-fattuale) che si è consolidato nel tempo, [sì da far] prevalere l'affidamento"». Con la conseguenza che si è dinanzi a «"un nuovo paradigma" dei rapporti nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione […] nel quadro di una regolamentazione attenta ai valori della trasparenza e della certezza"».

Va sottolineata la conclusione della Corte costituzionale secondo cui «il potere amministrativo, originariamente concepito come espressione di assoluta "supremazia" (salvi i limiti segnati dalla legge) e caratterizzato dalla sua "inesauribilità", nel suo ancoraggio costituzionale è, piuttosto, una situazione soggettiva conferita al servizio degli interessi della collettività nazionale (art. 98 Cost.)». Ciò comporta un «passaggio dalla logica della preminenza a quella del servizio», con la conseguenza che «la norma che attribuisce il potere per la realizzazione di uno specifico interesse pubblico fa di questo non solo il fine, ma la causa stessa del potere: proprio in quanto il potere è strumentale, va esercitato nella misura in cui serve al soddisfacimento dell'interesse pubblico ed è proporzionatamente occorrente a tal fine, quindi con il minimo sacrificio dell'interesse del privato, ma anche degli altri interessi pubblici.

Ne discende il riflesso sul procedimento amministrativo in cui l'interesse pubblico primario, che giustifica il potere, si confronta con gli altri interessi pubblici coinvolti e con gli interessi dei privati, i quali non solo possono avere consistenza oppositiva rispetto al potere che ne invade la sfera soggettiva, ma spesse volte hanno consistenza di pretesa al suo esercizio, volto ad ampliare la sfera soggettiva, pretesa che in molti casi ha fondamento nelle previsioni costituzionali. Il corretto confronto di questi interessi, secondo la conformazione datane dalla legge, è garanzia di legittimità della decisione amministrativa, così formatasi, con la quale si esaurisce quel potere».

6. *Principi, interessi costituzionalmente rilevanti, tempo. Fattori di un bilanciamento complesso*

Il complesso ordito dei principi e degli interessi costituzionalmente rilevanti e del loro bilanciamento è attraversato da ulteriore luce che spinge a riflessioni sul tema.

Ne deriva che uno dei principi di sistema, seppur non trasfuso in una disposizione costituzionale, ma riconosciuto come appartenente al tessuto della

Carta, nel suo confronto con altri interessi e principi di livello costituzionale, si giova del tempo per la sua piena affermazione quando si è determinata una sua differente, e più forte, fisionomia, nel momento in cui si è arricchito con l'esercizio della funzione il contatto con ulteriori interessi, sia pubblici sia privati.

Il tempo, in tal maniera, affidato per la sua dimensione alla discrezionalità del legislatore, può segnare il momento oltre il quale un potere non si possa più esercitare, in quanto, pur se intende tutelare un valore costituzionale, ne deve rispettare un altro che si è vieppiù rafforzato, attraverso il rapporto pubblico-privato che impone il rispetto delle posizioni di quest'ultimo.

La Corte, pur osservando la fattispecie sottoposta alla sua disamina e decidendo su essa, fornisce una qualificazione densa di più generale rilevanza quando conclude che «sino alla scadenza del termine annuale, il rilievo costituzionale dell'interesse pubblico cui l'amministrazione è preposta seppur non può giustificare di per sé la determinazione di annullamento dell'atto viziato – è, ordinariamente, un elemento preponderante nella decisione sull'*an* dell'annullamento, "ten[uto] conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati". Conseguentemente, la giurisprudenza amministrativa riconosce in ragione della sua rilevanza l'attenuazione dell'onere motivazionale che grava sull'amministrazione che si determina nel senso di annullare l'atto invalido».

Per la Corte costituzionale il tempo assume il ruolo di un elemento essenziale per la sicurezza giuridica. E ciò non solo nei rapporti tra i privati, ma anche nelle relazioni tra privati e amministrazione, e incide nel determinare un mutamento di paradigma di tali relazioni, il tutto alla luce dell'attuale concezione del potere pubblico ancorato alla Costituzione.

Nel bilanciamento, così, vi può essere una prevalenza dell'una su altre posizioni costituzionalmente tutelate, anche come automatismo determinato dal solo trascorrere del tempo fissato come congruo.

In buona sostanza, il tempo può essere misuratore della consistenza degli interessi e sta al legislatore fissare le dimensioni e la forza in modo che tra gli stessi e le posizioni costituzionalmente protette si determini un equilibrio che ne veda alcuni soccombere.

In tal maniera, il contributo del giudice costituzionale mostra ulteriori e significativi elementi per inquadrare nel sistema complessivo la funzione amministrativa alla luce dell'art. 97 Cost. e fissare alcune coordinate importanti per confrontare interessi costituzionalmente rilevanti e principi, nella ricerca sempre complessa di un equilibrio che comunque li salvaguardi, pur nella consapevolezza che nel bilanciamento alcuni debbano prevalere.

Daniele Coduti[*]

IL "PREMIERATO" *ITALIAN STYLE* TRA POSSIBILI BENEFICI E PROBABILI RISCHI[**]

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il disegno di legge costituzionale del Governo Meloni. – 2.1. … gli emendamenti dello stesso Esecutivo. – 2.2. … gli altri emendamenti approvati. – 3. Le proposte di riforma costituzionale tra dubbi di merito e di metodo.

1. *Premessa*

Nella XIX legislatura sono stati presentati alcuni disegni di legge costituzionale volti a introdurre in Costituzione l'elezione a suffragio universale e diretto del Presidente del Consiglio dei ministri[1], così da configurare quello che è sovente definito "Premierato"[2]. Non si tratta di ipotesi inedite, ma la circostanza che una di esse sia di iniziativa governativa e sembri avere concrete possibilità di essere approvata induce a dedicare loro una certa attenzione, seppure nella consapevolezza che esse paiano destinate ad essere modificate durante l'*iter* parlamentare, anche a causa delle diverse posizioni manifestate dalle varie anime della maggioranza che sostiene l'Esecutivo[3].

In effetti, il disegno di legge costituzionale di iniziativa governativa presentato al Senato è stato adottato dalla 1ª commissione permanente come testo base per la discussione, mentre quello di iniziativa parlamentare presentato in precedenza è stato discusso in commissione congiuntamente a quello del Go-

[*] Ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Foggia, daniele.coduti@unifg.it.

[**] Aggiornato al 13 maggio 2024.

[1] Il primo d.d.l. cost. è di iniziativa parlamentare ed è stato presentato nello stesso testo al Senato e alla Camera (A.S. 830 e A.C. 1354), mentre il secondo è stato presentato solo al Senato ed è di iniziativa governativa (A.S. 935).

[2] Secondo C. FUSARO, *Premierato a legittimazione diretta e scioglimento delle Camere*, in *Federalismi.it*, *paper* 4 marzo 2024, 5, «il modello prescelto è quello detto sbrigativamente del *premierato* ovvero del *governo di legislatura a premier direttamente legittimato* ovvero *elettivo*, ovvero anche *neoparlamentare*». Ma, secondo E. CHELI, *Costituzione e politica. Appunti per una nuova stagione di riforme costituzionali*, in *Nomos*, 2023, n. 3, 2, quella proposta non è una forma di governo neoparlamentare.

[3] Utile un rinvio a S. PRISCO, *Rinnovare i canali ostruiti della rappresentanza politica e della democrazia*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, 2021, n. 2, 103, nel quale si ipotizzava che le dinamiche di gestione della pandemia da Covid-19 avrebbero favorito la presentazione proposte di revisione costituzionale in senso semipresidenziale.

verno Meloni; il 24 aprile – dopo aver approvato alcuni rilevanti emendamenti – la commissione ha infine adottato il testo per la discussione in Aula. Pertanto, nelle prossime pagine si esamineranno il disegno di legge costituzionale di iniziativa governativa e gli emendamenti approvati, provando a valutarne il possibile impatto sulla forma di governo.

2. *Il disegno di legge costituzionale del Governo Meloni*

Il disegno di legge costituzionale presentato dal Governo Meloni reca il numero A.S. 935 e la rubrica "Modifiche agli articoli 59, 88, 92 e 94 della Costituzione per l'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri, il rafforzamento della stabilità del Governo e l'abolizione della nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica"[4]. Si tratta di un testo che ha avuto una genesi alquanto articolata (basti considerare le diverse bozze circolate prima della sua presentazione) e che pare destinato ad essere modificato dalla stessa maggioranza di governo in Parlamento[5], ma è anche il testo che – in virtù dell'iniziativa governativa – potrebbe avere maggiori *chances* di essere approvato.

La proposta di revisione costituzionale contempla l'elezione diretta del Presidente del Consiglio contestualmente a quella delle due Camere, aggiungendo che la legge debba «disciplina[re] il sistema elettorale delle Camere secondo i princìpi di rappresentatività e governabilità e in modo che un premio, assegnato su base nazionale, garantisca il 55 per cento dei seggi in ciascuna delle due Camere alle liste e ai candidati collegati al Presidente del Consiglio dei ministri» e che quest'ultimo sia «eletto nella Camera nella quale ha presentato la sua candidatura»[6]. La proposta d'iniziativa governativa, dunque, non solo intende introdurre nell'ordinamento l'elezione diretta del Presidente del Consiglio, ma vuole altresì assicurargli una maggioranza parlamentare, costituzionalizzando un premio di maggioranza del 55 per cento dei seggi in ciascuna Camera. Si tratta di una previsione che risponde a una chiara logica di rafforzamento della governabilità – oltre che della stabilità – ma che rischia di avere quantomeno due controindicazioni: una torsione della rappresentanza parlamentare, che verrebbe piegata all'esito dell'elezione del vertice monocratico dell'Esecutivo; un contrasto con la giurisprudenza costituzionale in tema di disciplina elettorale, che ha già avuto modo di censurare premi di maggioranza reputati eccessivamente distorsivi[7].

[4] Il d.d.l. cost. è stato presentato il 23 novembre 2023.

[5] Si v. *infra*, par. 2.1.

[6] Così art. 3, d.d.l. cost. A.S. 935 cit.

[7] Il riferimento è alle sentt. 1/2014 e 35/2017. Sul punto N. Zanon, *Su quanto possa o debba essere "forte" un Presidente del Consiglio eletto direttamente*, in *Osservatorio costituzionale*, 2024,

La proposta in questione, poi, esplicita anche che sia il Presidente della Repubblica ad affidare l'incarico di formare il Governo all'eletto, nominando altresì – su proposta del Presidente del Consiglio – i ministri[8].

A differenza della proposta di iniziativa parlamentare, nella proposta governativa non viene meno la mozione di fiducia iniziale, in quanto si prevede: «Entro dieci giorni dalla sua formazione il Governo si presenta alle Camere per ottenerne la fiducia. Nel caso in cui non sia approvata la mozione di fiducia al Governo presieduto dal Presidente eletto, il Presidente della Repubblica rinnova l'incarico al Presidente eletto di formare il Governo. Qualora anche in quest'ultimo caso il Governo non ottenga la fiducia delle Camere, il Presidente della Repubblica procede allo scioglimento delle Camere»[9]. Dunque, in maniera un po' paradossale, la proposta governativa prevede l'elezione diretta del Presidente del Consiglio, nonché un meccanismo elettorale volto a favorire la formazione di una maggioranza a lui favorevole, ma mantiene quel meccanismo di razionalizzazione della forma di governo parlamentare che è la fiducia iniziale.

La proposta, poi, non contempla la modifica dei commi 4 e 5 dell'art. 94 Cost., bensì l'introduzione della figura del sostituto del Presidente del Consiglio eletto e cessato dalla carica. Infatti, alla fine dell'art. 94 Cost. andrebbe aggiunto un comma, ai sensi del quale: «In caso di cessazione dalla carica del Presidente del Consiglio eletto, il Presidente della Repubblica può conferire l'incarico di formare il Governo al Presidente del Consiglio dimissionario o a un altro parlamentare che è stato candidato in collegamento al Presidente eletto, per attuare le dichiarazioni relative all'indirizzo politico e agli impegni programmatici su cui il Governo del Presidente eletto ha ottenuto la fiducia. Qualora il Governo così nominato non ottenga la fiducia e negli altri casi di cessazione dalla carica del Presidente del Consiglio subentrante, il Presidente della Repubblica procede allo scioglimento delle Camere»[10]. Pertanto, salvo il caso in cui il Presidente del Consiglio eletto non ottenga la fiducia iniziale, lo scioglimento anticipato delle Camere potrebbe essere evitato concedendo la fiducia a un altro Governo, presieduto da un'altra personalità, candidata in collegamento al Presidente del Consiglio eletto; se anche quest'ultimo cessasse – per qualunque motivo – dalla carica, lo scioglimento anticipato sarebbe ineludibile.

n. 1, 5 ss., nonché R. Calvano, *Una prima lettura del progetto di legge di revisione costituzionale sul "premierato", alla luce delle pagine di "Costituzione e politica" di Enzo Cheli*, in *Nomos*, 2023, n. 3, 10-11.

[8] Cfr. ancora art. 3, d.d.l. cost. A.S. 935 cit.

[9] Così art. 4, d.d.l. cost. A.S. 935 cit.

[10] Così ancora art. 4, d.d.l. cost. A.S. 935 cit.

La previsione di una sorta di *second best* idoneo a impedire che l'esito della crisi di governo sia il ritorno anticipato alle urne è stato da più parti criticato[11], giacché – da un punto di vista politico – sembra rendere la posizione del sostituto più solida di quella del Presidente del Consiglio dei ministri eletto; infatti, mentre quest'ultimo potrebbe essere sfiduciato nel corso della legislatura senza che ciò comporti lo scioglimento del Parlamento, il sostituto avrebbe un maggior potere di pressione sulle Camere, le quali non potrebbero sfiduciarlo se non a costo della conclusione della legislatura.

D'altro canto, il testo originario del progetto di iniziativa governativa non modifica i poteri del Presidente del Consiglio, puntando piuttosto a un suo rafforzamento di carattere politico-elettorale, che dovrebbe derivare dall'elezione diretta. Nondimeno, la previsione di un sostituto come alternativa allo scioglimento anticipato delle Camere e l'assenza di poteri atti a mutare gli assetti endogovernativi (come il potere di nomina e revoca dei ministri), paiono idonei a contenere il rafforzamento del Presidente del Consiglio derivante dall'investitura popolare, tanto più che esso sembra destinato a scemare man mano che ci si allontana dal momento dell'elezione.

Un altro aspetto del progetto in questione che merita di essere posto in evidenza è il particolare rilievo che assumerebbe la disciplina elettorale, giacché quest'ultima dovrebbe: definire le modalità di elezione del Presidente del Consiglio; consentire di individuare il suo eventuale sostituto; dettare la disciplina elettorale dei due rami del Parlamento, compreso il meccanismo attraverso il quale garantire che il 55 per cento dei seggi in ciascuna delle due Camere vada alle liste e ai candidati collegati al Presidente del Consiglio. La disciplina elettorale, dunque, assumerebbe un'importanza centrale nella definizione e nel funzionamento della forma di governo desumibile dal progetto di riforma di iniziativa governativa, sia perché la riforma costituzionale parrebbe destinata a rimanere inoperante sino all'approvazione delle nuove regole elettorali[12], sia perché alcuni dubbi relativi alla concretizzazione della riforma parrebbero destinati a rimanere irrisolti sino all'approvazione di tali regole.

[11] A tal riguardo sia sufficiente il rinvio a A. Sterpa, *La proposta governativa di riforma costituzionale: il "semi-premierato"*, in *Osservatorio costituzionale*, 2024, n. 1, 82 ss.

[12] Non è possibile approfondire il tema in questa sede, ma l'art. 8 del d.d.l. cost. A.S. 935, cit., nella formulazione approvata dalla 1ª commissione, contempla la seguente norma transitoria: «La presente legge costituzionale si applica a decorrere dalla data del primo scioglimento o della prima cessazione delle Camere successivi alla data di entrata in vigore della disciplina per l'elezione del Presidente del Consiglio dei ministri e delle Camere». Su tale previsione si v. E. Rossi, *La nomina del Presidente del Consiglio realizzata mediante una norma abrogata: quel pasticciaccio della norma transitoria*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 2024, n. 2, 1 ss.

2.1. … *gli emendamenti dello stesso Esecutivo*

Come si è anticipato, le proposte di riforma costituzionale sembrano destinate ad essere modificate, anche per volontà della stessa maggioranza di governo.

Infatti, tra gli oltre 1500 emendamenti presentati alla commissione affari costituzionali del Senato nel termine del 5 febbraio 2024, ve ne sono quattro che rappresentano il frutto della mediazione tra i vertici dei partiti di maggioranza e, infatti, sono stati tutti approvati in commissione. È opportuno, di conseguenza, valutarne il contenuto.

Il primo degli emendamenti governativi[13] propone di sostituire al secondo comma dell'articolo 88 della Costituzione le parole «salvo che essi coincidano in tutto o in parte con gli ultimi sei mesi della legislatura» con «salvo che lo scioglimento costituisca atto dovuto». In tal modo, lo scioglimento delle Camere in seguito alla sfiducia del Presidente del Consiglio si configurerebbe alla stregua di un atto dovuto del Capo dello Stato, trasformando l'approvazione della mozione di sfiducia in una sorta di autoscioglimento del Parlamento, con la peculiarità che il voto contrario di una delle due Camere determinerebbe lo scioglimento anche dell'altra. Ciò è confermato dalla circostanza che l'art. 2 del d.d.l. cost. di iniziativa governativa intende eliminare la possibilità per il Presidente della Repubblica di sciogliere una sola delle due Camere.

Il secondo emendamento governativo[14] interviene in maniera molto incisiva sull'art. 92 Cost., riformulando l'art. 3 del d.d.l. cost. presentato dal Governo. In particolare, l'emendamento intende introdurre un limite ai mandati consecutivi del Presidente del Consiglio, prevedendo che possa essere eletto direttamente dai cittadini e contestualmente alle Camere «per non più di due legislature consecutive, elevate a tre qualora nelle precedenti abbia ricoperto l'incarico per un periodo inferiore a sette anni e sei mesi». Si tratta di una proposta che offre una risposta ai dubbi di eccessiva concentrazione del potere del vertice monocratico dell'Esecutivo eletto a suffragio diretto in capo alla medesima persona in assenza di un limite al numero di mandati consecutivi che possono essere ricoperti. Nondimeno, l'emendamento in questione, seppur condivisibile nel suo tentativo di contenere una sorta di personalizzazione del potere, ipotizza una deroga che potrebbe consentire alla medesima persona di ricoprire la carica per dodici anni e sei mesi consecutivi, il che, per vero, pare coerente con la recente (e criticabile) tendenza ad alleggerire

[13] Contrassegnato dal n. 2.2000 e approvato il 14 marzo 2024.
[14] Contrassegnato dal n. 3.2000 e approvato il 2 aprile 2024.

il limite del numero di mandati per le cariche monocratiche elettive locali e regionali[15].

Il medesimo emendamento affronta un'altra criticità della proposta governativa di riforma costituzionale, superando il riferimento a un premio, assegnato su base nazionale, che garantisca il 55 per cento dei seggi in ciascuna delle due Camere alle liste e ai candidati collegati al Presidente del Consiglio dei ministri. L'emendamento in questione, infatti, prevede: «La legge disciplina il sistema per l'elezione delle Camere e del Presidente del Consiglio, assegnando un premio su base nazionale che garantisca una maggioranza dei seggi in ciascuna delle Camere alle liste e ai candidati collegati al Presidente del Consiglio, nel rispetto del principio di rappresentatività» «e di tutela delle minoranze linguistiche»[16]. Si tratta di un'ipotesi che supererebbe i dubbi sulla previsione di un premio di maggioranza al 55 per cento inserito direttamente in Costituzione, rimettendo alla disciplina elettorale il compito di definire le modalità con cui garantire o, forse più propriamente, favorire la formazione di una maggioranza parlamentare per le liste di candidati collegate al futuro Presidente del Consiglio.

Per di più, al fine di garantire che il premio di maggioranza abbia carattere nazionale anche al Senato, un altro emendamento del Governo[17] propone di aggiungere alla fine del primo comma dell'art. 57 Cost. che tale ramo del Parlamento sia eletto su base regionale, salvi i seggi assegnati alla circoscrizione Estero «e salvo il premio su base nazionale previsto dall'articolo 92».

L'emendamento in questione, infine, potrebbe rafforzare ulteriormente il ruolo del Presidente del Consiglio nei rapporti endogovernativi, poiché ipotizza che il Presidente della Repubblica, oltre a nominare i ministri su proposta del Presidente del Consiglio, possa anche revocarli, ma sempre su proposta del vertice monocratico dell'Esecutivo, il quale, dunque, acquisirebbe – sebbene indirettamente – una sorta di potere di nomina e di revoca dei ministri.

L'ultimo emendamento governativo[18], infine, riguarda la modifica dell'art. 94 Cost., cui si aggiungerebbero tre commi: «In caso di revoca della fiducia al

[15] Il riferimento, in particolare, è al d.l. 7/2024 per i Sindaci dei Comuni fino a 15.000 abitanti, nonché alle proposte – sino al momento in cui si scrive respinte – di consentire un terzo mandato consecutivo per i Presidenti delle Giunte regionali eletti a suffragio universale e diretto. Al riguardo si v. B. Pezzini, *L'introduzione del premierato nel sistema costituzionale italiano*, in *Osservatorio costituzionale*, 2024, n. 1, 4, e Corte cost., sent. 60/2023.

[16] Quest'ultima aggiunta è frutto del subemendamento n. 3.2000/444, dei senatori Durnwalder e altri, approvato il 27 marzo 2024.

[17] Contrassegnato dal n. 3.0.2000 e approvato il 3 aprile 2024.

[18] Contrassegnato dal n. 4.2000 e approvato il 10 aprile 2024.

Presidente del Consiglio eletto, mediante mozione motivata, il Presidente della Repubblica scioglie le Camere. In caso di dimissioni volontarie del Presidente del Consiglio eletto, previa informativa parlamentare, questi può proporre, entro sette giorni, lo scioglimento delle Camere al Presidente della Repubblica, che lo dispone. Qualora non eserciti tale facoltà e nei casi di morte, impedimento permanente, decadenza, il Presidente della Repubblica può conferire, per una sola volta nel corso della legislatura, l'incarico di formare il Governo al Presidente del Consiglio dimissionario o a un altro parlamentare eletto in collegamento con il Presidente del Consiglio». Occorre considerare, peraltro, che, nell'approvazione del testo da parte della 1ª commissione permanente del Senato, è stato eliminato il termine "volontarie"[19].

Questo emendamento punta chiaramente a ridurre le ipotesi in cui il Presidente del Consiglio eletto a suffragio universale e diretto potrebbe essere sostituito da un altro parlamentare della maggioranza, aumentando i casi in cui la sorte della legislatura sia strettamente legata a quella del Presidente eletto. La sostituzione in corso di legislatura, infatti, potrebbe aversi – per una sola volta – esclusivamente nelle ipotesi di indisponibilità di fatto del Presidente del Consiglio eletto a suffragio universale e diretto a proseguire l'incarico, oppure laddove sia quest'ultimo a consentire tale sostituzione non proponendo lo scioglimento al Presidente della Repubblica. La proposta emendativa, dunque, pare rispondere alle critiche spesso sollevate nei confronti della "rigidità" della forma di governo regionale basata sull'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale, che comporta la fine anticipata della legislatura anche laddove il Presidente non possa proseguire il mandato per ragioni di natura eminentemente personale[20].

Guardando nel complesso a tali emendamenti, l'obiettivo perseguito dal Governo sembrerebbe quello di avvicinare la forma di governo statale a quella delle Regioni a statuto ordinario[21], con alcuni adattamenti necessari a considerare sia il ruolo del Presidente della Repubblica sia la composizione bicamerale del Parlamento. Peraltro, l'approvazione di tali emendamenti rende più simili tra loro le proposte di elezione diretta del Presidente del Consiglio presentate nella legislatura in corso, con la possibile conseguenza di aggregare un maggiore sostegno parlamentare intorno all'approvazione del progetto.

[19] In virtù del subemendamento n. 4.2000/49, dei senatori De Cristofaro e altri, approvato il 9 aprile 2024.

[20] Sul punto sia consentito un rinvio a D. Coduti, *Scioglimento del Consiglio regionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg.****, Torino, 2010, 548 ss.

[21] Cfr. S. Prisco, *Forse la volta buona? Istruzioni scettiche per riforme costituzionali (e non solo) finalmente condivise*, in *Federalismi.it*, *paper* 7 giugno 2023, 9.

2.2. … *gli altri emendamenti approvati*

Dopo gli emendamenti presentati dal Governo, vanno presi in considerazione altri due emendamenti che non sono di iniziativa governativa, ma che sono stati comunque approvati dalla 1ª commissione permanente del Senato.

Il primo emendamento cui fare riferimento[22] ha previsto una modifica delle modalità di elezione del Presidente della Repubblica, ipotizzando che la maggioranza assoluta per la sua elezione sia sufficiente solo dopo il sesto scrutinio. Sebbene tale proposta vada guardata con favore, essa pare evidenziare un'insufficiente attenzione per le conseguenze del collegamento tra elezione diretta del Presidente del Consiglio e premio di maggioranza per l'elezione di entrambe le Camere, in quanto tale collegamento potrebbe condurre alla formazione di maggioranze parlamentari talmente ampie da essere in grado di eleggere autonomamente tutti gli organi di garanzia, oltre a porle nelle condizioni di approvare agevolmente ulteriori revisioni costituzionali. In tal senso, l'emendamento indicato non solo consentirebbe alla maggioranza parlamentare di eleggere comunque il "proprio" Capo dello Stato attendendo il settimo scrutinio, ma rende altresì evidente che i medesimi rischi si potrebbero correre anche per l'elezione dei componenti di altri organi costituzionali, come i giudici della Corte costituzionale o i membri laici del Consiglio superiore della magistratura.

Il secondo emendamento[23], invece, intende modificare il comma 1 dell'art. 89 Cost., relativo alla controfirma ministeriale, nel seguente senso: «Gli atti del Presidente della Repubblica sono controfirmati dai ministri proponenti, che ne assumono la responsabilità. Non sono controfirmati la nomina del Presidente del Consiglio, la nomina dei giudici della Corte Costituzionale, la concessione della grazia e la commutazione delle pene, il decreto di indizione delle elezioni e dei referendum, i messaggi al Parlamento e il rinvio delle leggi alle Camere».

Questo emendamento appare interessante innanzitutto perché – nonostante l'occasione offerta dalla possibile riforma – conferma il termine "proponente" anziché sostituirlo con "competente", dando così la sensazione di voler contenere il ruolo del Capo dello Stato nel senso di un organo destinato a ratificare la volontà dell'Esecutivo, svolgendo solo una funzione (da verificare quanto penetrante) di controllo.

[22] Si tratta dell'emendamento 02.1, dei senatori Enrico Borghi e Musolino, approvato il 6 marzo 2024.

[23] Emendamento n. 2.0.1 (testo 3), del senatore Pera, approvato il 14 marzo 2024. Su tale emendamento si v. A. Ruggeri, *La controfirma ministeriale e il gioco dell'oca, ovverosia quando si modifica la Costituzione per tornare… all'originario dettato (nota minima su una vicenda anomala)*, in *Consulta Online*, 2024, n. 1, 446 ss.

In secondo luogo, l'emendamento intende escludere dalla controfirma ministeriale alcuni atti del Capo dello Stato che non solo non rientrano nella categoria degli atti personali, ma che sembrano anche atti presidenziali di diversa natura, oltre che idonei a mettere il Presidente della Repubblica in relazione con organi e poteri dello Stato differenti. Tale previsione pare sollevare almeno due problemi. Il primo riguarda proprio la diversità degli atti che sarebbero formalmente sottratti alla controfirma ministeriale, poiché tale varietà non consente di comprendere la *ratio* della modifica proposta, né, di conseguenza, di prevederne i possibili effetti. Il secondo attiene alla responsabilità per tali atti; infatti, poiché non si tratta di atti personali bensì di atti di rilevante valore giuridico e politico, la mancanza della controfirma ministeriale e dei controlli – anche sulla mera correttezza formale dell'atto – ad essa connessi comporterebbe l'intestazione della piena responsabilità per tali atti in capo al Presidente della Repubblica, con il rischio di minarne il ruolo di organo *super partes*. Nondimeno, considerato che l'art. 90 Cost. – che prevede l'irresponsabilità funzionale del Capo dello Stato – non è oggetto di proposta di revisione costituzionale, dovrebbe ritenersi che qualunque atto compiuto dal Presidente della Repubblica nell'esercizio delle sue funzioni sia oggetto dell'immunità garantita dalla citata disposizione costituzionale, seppure non controfirmato; pertanto, l'ipotizzata modifica del comma 1 dell'art. 89 Cost. comporterebbe l'assenza di qualunque responsabilità giuridica per taluni rilevanti atti del Presidente della Repubblica (salvo, ovviamente, che non si configurino i reati presidenziali di cui all'art. 90 Cost.), il che condurrebbe alla problematica conseguenza dell'esercizio di funzioni pubbliche di cui nessuno sarebbe responsabile dal punto di vista penale, civile e amministrativo, mentre la responsabilità politica (diffusa) si scaricherebbe interamente sul Capo dello Stato.

Infine, va considerata la proposta abrogazione dell'*incipit* della vigente formulazione dell'art. 89 Cost., secondo cui «[n]essun atto del Presidente della Repubblica è valido se non è controfirmato dai ministri proponenti, che ne assumono la responsabilità». Tale ipotizzata abrogazione, infatti, letta insieme alla conferma del termine "proponente" riferito al ministro deputato a controfirmare e all'esplicita previsione di atti sottratti alla controfirma ministeriale, potrebbe far sorgere il dubbio che – anche al di là delle ipotesi espressamente elencate nel "nuovo" art. 89 Cost. – taluni atti del Capo dello Stato potrebbero essere ritenuti esenti da controfirma, in particolare, quelli che non siano proposti dai ministri.

L'emendamento in questione, dunque, appare particolarmente problematico e la sua approvazione da parte della 1ª commissione permanente del Senato solleva serie perplessità per le sue possibili quanto imprevedibili ricadute sul ruolo e sulle funzioni del Presidente della Repubblica.

3. *Conclusioni*

Esaminate le proposte costituzionali di modifica della forma di governo italiana, pur considerando che esse parrebbero destinate ad essere modificate nel dibattito in Parlamento, è possibile comunque trarre alcune considerazioni di massima.

Le novelle proposte sembrano in grado di favorire una maggiore stabilità dei Governi e delle legislature, sebbene la caratteristica instabilità dei Governi della c.d. prima Repubblica sia stata temperata dopo il 1994 con la nascita di alcuni tra gli Esecutivi più longevi della storia Repubblicana, a conferma che la stabilità dipende da vari fattori, sovente di carattere politico[24].

A questa probabile stabilità, tuttavia, non è detto che corrisponda necessariamente una maggiore efficacia dell'azione di governo, giacché quest'ultima dipenderebbe da una condivisione dell'indirizzo politico tra le due Camere e il Presidente del Consiglio che non solo non è assicurata di per sé dalle modifiche proposte, ma può in ogni caso affievolirsi con il trascorrere della legislatura. Considerato, però, che le proposte esaminate tendono a ostacolare se non impedire del tutto la sostituzione del Presidente del Consiglio in corso di legislatura, il rischio è che Esecutivo e Legislativo puntino semplicemente a sopravvivere per l'intera legislatura, seppure senza essere più in grado di dare attuazione a un condiviso indirizzo politico.

Invero, le proposte di revisione costituzionale non paiono tenere in alcun conto le esigenze di corretto funzionamento dei due rami del Parlamento, né delle loro essenziali funzioni di rappresentanza, mediazione e controllo[25]. Per un verso, infatti, la maggioranza parlamentare parrebbe destinata ad essere totalmente legata alle sorti del Presidente del Consiglio eletto a suffragio universale e diretto, con la conseguenza di risultare dimidiata nella sua capacità di offrire un indirizzo politico alternativo a quello del Presidente del Consiglio, di esercitare un'effettiva funzione di controllo sull'Esecutivo, nonché di mediare tra le forze politiche che compongono la maggioranza, oltre che con quelle di minoranza.

Per altro verso, il rafforzamento del ruolo del vertice monocratico del Governo e la sua incrementata capacità di indirizzare le decisioni del Parlamento avrebbe dovuto consigliare di integrare le ipotesi di riforma di cui si discute con previsioni volte a garantire una copertura costituzionale ad alcuni poteri e garanzie delle minoranze in Parlamento, che, invece, alla luce delle revisioni

[24] In proposito, A. Spadaro, *Riforma* costituzionale *(premierato elettivo) o riforma* elettorale *(maggioritario con designazione del premier)?*, in *Consulta Online*, 2023, n. 3, 1064-1065.

[25] Critiche analoghe in B. Pezzini, *L'introduzione del premierato nel sistema costituzionale italiano*, in *Osservatorio costituzionale*, 2024, n. 1, 11 ss.

ipotizzate, rischiano di essere fortemente marginalizzate nelle dinamiche parlamentari. Inoltre, la previsione di meccanismi premiali per l'elezione dei parlamentari collegati al Presidente del Consiglio richiederebbe di ripensare le maggioranze necessarie per eleggere gli organi di garanzia (come il Presidente della Repubblica o i giudici della Corte costituzionale), ma nulla di ciò è previsto dai citati progetti di revisione costituzionale.

Invero, le modifiche costituzionali proposte paiono idonee a incidere in maniera netta proprio sulla funzione di controllo che il Parlamento dovrebbe essere in grado di esercitare sul Governo, in particolare in una forma di governo parlamentare[26], giacché l'eventuale approvazione del progetto attualmente in discussione comporterebbe la conseguenza paradossale di un "Capo" del Governo che non solo guida la maggioranza parlamentare (fenomeno non estraneo alle dinamiche delle forme di governo parlamentari), ma addirittura determina le sorti del Parlamento, l'elezione degli organi di garanzia, nonché eventuali ulteriori revisioni costituzionali, il tutto accompagnato dal contestuale ridimensionamento del ruolo di garanzia del Presidente della Repubblica.

Le proposte in questione, dunque, paiono esprimere molteplici problemi.

In primo luogo, le ipotesi di riforma sembrano prendere le mosse dalla presunzione che il Presidente del Consiglio dei ministri sia l'organo "debole" nella forma di governo italiana, tanto da necessitare di essere rafforzato sia nelle dinamiche endogovernative, sia – più in generale – nei rapporti con il Parlamento e con il Presidente della Repubblica. Tuttavia, il vertice monocratico dell'Esecutivo sembra l'organo che maggiormente ha visto crescere il suo ruolo negli anni, per una pluralità di ragioni: il rafforzamento della Presidenza del Consiglio; la presidenza di alcuni organi collegiali del Governo, come i comitati interministeriali; la rilevanza nel sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica; la centralità del sistema delle conferenze in assenza di un ramo del Parlamento capace di fungere da sede permanente di confronto tra Stato, Regioni ed enti locali; il ruolo dei *leader* europei all'interno degli organi dell'Ue, come il Consiglio dell'Ue e il Consiglio europeo; la valorizzazione dei *leader* di partito o di coalizione nella normativa elettorale; la personalizzazione della politica, alimentata anche dal ruolo dei *social network*.

Specularmente, l'organo che si è sempre più indebolito è stato il Parlamento, in parte per le medesime ragioni per cui si è rafforzato il ruolo del Presidente del Consiglio, ancor più dopo la "mirata" riforma costituzionale del 2020

[26] Critiche in questo senso già da E. Cheli, *Costituzione*, cit., 2-3, e F. Lanchester, *Il percorso di Enzo Cheli e i progetti di elezione diretta del Presidente del Consiglio*, in *Nomos*, 2023, n. 3, 4-5.

che ha ridotto il numero dei parlamentari[27], incidendo in maniera profonda sul funzionamento del Senato e, di conseguenza, dell'intero bicameralismo paritario italiano.

Invero, l'organo che probabilmente necessiterebbe di essere rivitalizzato e rimesso al centro della forma di governo – non a caso – parlamentare sarebbe proprio il Parlamento, partendo dal superamento del bicameralismo paritario.

D'altro canto, la riforma costituzionale del 2020 e le ipotesi di riforma ricostruite in queste pagine evidenziano un problema di metodo, che chiama in causa la distinzione tra "grandi" riforme e riforme "circoscritte". In effetti, sino al fallimento del tentativo di riforma del 2016[28], le proposte di revisione costituzionale ipotizzavano ampi interventi di modifica dell'organizzazione costituzionale, i quali, pur potendo avere come conseguenza un rafforzamento "politico" del ruolo del Presidente del Consiglio, puntavano alla razionalizzazione della forma di governo parlamentare, superando il bicameralismo paritario e ponendo il Parlamento al centro del rapporto tra Stato e autonomie territoriali, con un probabile rafforzamento del ruolo delle Camere anche nei processi decisionali europei.

Bocciato anche l'ultimo tentativo di riforma complessiva dell'organizzazione costituzionale, pare essersi affermata l'idea di procedere con riforme circoscritte[29], probabilmente ritenute meno "rischiose" e, in ogni caso, più semplici da far approvare sia dal Parlamento sia dai cittadini. Tuttavia, la riduzione del numero dei parlamentari, prima, e le proposte di elezione diretta del Presidente del Consiglio, ora, sembrano dimostrare che la modifica di pochi articoli della Costituzione comporta cambiamenti che non sono né piccoli né privi di rischi. Tali modifiche, al contrario, sono in grado di incidere in maniera molto penetrante sul funzionamento degli organi di vertice dell'ordinamento costituzionale, con conseguenze non sempre prevedibili né pienamente comprensibili per i cittadini (eventualmente) chiamati ad avallarle con il *referendum* costituzionale.

Quello delle riforme circoscritte e che si susseguono nel corso delle legislature, dunque, pare un metodo particolarmente avventato, perché idoneo a incidere sulle istituzioni costituzionali senza una logica coerente, il cui esito rischia di essere la mera – e imprevista – sommatoria di modifiche successive operate da maggioranze politiche differenti, che perseguono obiettivi diversi, con la possibile conseguenza di compromettere il funzionamento degli organi di governo e l'efficacia dei meccanismi di *checks and balances*.

[27] Definito con la l. cost. 1/2020.

[28] Il riferimento è al d.d.l. cost. AS1429-B, XVII legislatura.

[29] Dopo la l. cost. 1/2020, si considerino le leggi cost. 1/2021, 1 e 2/2022, 1/2023.

Le proposte di riforma avanzate nella XIX legislatura, dunque, ancor prima di sollevare dubbi di merito, pongono un problema di metodo, il quale, invece, andrebbe condiviso tra le forze politiche prima di procedere a ulteriori cambiamenti dell'organizzazione costituzionale, considerando quali riforme (costituzionali, elettorali, dei regolamenti parlamentari) siano necessarie nella loro sistematicità e valutando a priori le loro possibili conseguenze, anziché inseguire modifiche della Costituzione che rispondono esclusivamente ad esigenze propagandistico-elettorali[30] (come il "taglio" dei parlamentari, prima, e l'elezione diretta del Presidente del Consiglio, ora).

[30] Sul punto, si v. R. Tarchi, *Il «premierato elettivo»*, cit., part. 14.

Luigi Colella[*]

STATO MULTICULTURALE E PRINCIPIO DI LAICITÀ IN INDIA. LA FRATERNITÀ COME "RADICE" DELLA LAICITÀ E DELLA DEMOCRAZIA

SOMMARIO: 1. Laicità e fraternità nel modello costituzionale indiano: riflessioni a partire dal pensiero di Salvatore Prisco. – 2. Il principio di laicità nell'Assemblea Costituente indiana. – 3. Libertà religiosa e Stato multiculturale in India. – 4. La teoria delle bandiere e la ruota di Ashoka: i caratteri dell'*ameliorative secularism* indiano. – 5. Il "laicismo multiculturale" di fronte al nazionalismo indù. – 6. *Fraternity and secularism*: la fraternità come fondamento della laicità e dello Stato multiculturale.

1. *Laicità e fraternità nel modello costituzionale indiano: riflessioni a partire dal pensiero di Salvatore Prisco*

La laicità dello Stato e le sue dimensioni attuali costituiscono, come ha ricordato, nei suoi scritti, il Professore Salvatore Prisco, uno dei problemi cruciali del nostro tempo; si tratta di questioni che investono le società aperte e multiculturali in cui emerge la necessità di un continuo bilanciamento (ragionevole) tra l'esigenza di conservazione delle identità (spesso fortemente orientate da motivazioni religiose) e il riconoscimento istituzionale, sociale e politico, del pluralismo.

Durante alcuni colloqui con il Professore Prisco, in più occasioni di confronto e di ascolto direi, ho condiviso (riconoscendo l'originalità del suo illuminante pensiero, ben ricostruito nel volume *Laicità. Un percorso di riflessione*[1]) l'idea di fondo che proprio la tolleranza, la solidarietà e lo spirito dialogico costituiscono i principi ispiratori per evitare gli opposti rischi del c.d. relativismo radicale e dei "ghetti spirituali reciprocamente chiusi".

In questo quadro, gli insegnamenti di Salvatore Prisco hanno ispirato e plasmato i miei studi e le mie ricerche in materia di multiculturalismo e libertà religiosa in India; ricordo che fu proprio in occasione della presentazione del prezioso volume *Sistemi costituzionali comparati* (scritto dal Prof. L. Pegoraro e dal Prof. A. Rinella), tenutasi a Caserta presso il Dipartimento di Scienze Po-

[*] Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi della Campania "*Luigi Vanvitelli*", luigi.colella@unicampania.it.

[1] S. PRISCO, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2009.

litiche dell'Università "L. Vanvitelli"[2], che il Prof. Salvatore Prisco mi incoraggiava a proseguire gli studi sui temi della libertà religiosa, animando la ricerca e lo studio del caso indiano.

Con entusiasmo e consapevolezza della complessità del tema di indagine sono iniziate le mie ricerche sui rapporti tra "laicità e fraternità" nel costituzionalismo indiano e, più in particolare, nella tradizione giuridica dello Stato multiculturale più grande del mondo.

In questo percorso non potevo che ancorare le fondamenta della ricerca agli insegnamenti e alle opere del Professore Prisco in tema di laicità, intesa e considerata come «apertura al dialogo critico nel rispetto delle identità culturali»[3]. Questa dimensione della laicità ha agevolato (tanto) la comprensione della fisionomia di una complessa laicità indiana, costruita sul dialogo e sulla fraternità.

Ricordo a me stesso che lo studioso e giurista Salvatore Prisco – nel suo saggio dal titolo "*Le radici religiose dei diritti umani e i problemi attuali*", pubblicato negli Scritti in onore di Franco Modugno[4] – ha richiamato proprio il grande Voltaire quando testualmente affermava: «Possano tutti gli uomini ricordarsi che sono fratelli!».

In questa cornice, le religioni possono e devono essere al servizio della fraternità del mondo, come ha ricordato Papa Francesco nella sua Enciclica *Fratelli Tutti*, dedicata proprio alla fraternità e all'amicizia sociale[5]. Proprio la laicità, come ha insegnato il Professore Prisco, può costituire uno strumento di fraternità, di amicizia sociale, di dialogo, di pace, di armonia e condivisione dei valori e delle esperienze sociali, spirituali e giuridiche, anche se molto distanti e diverse tra loro.

[2] In occasione della presentazione del Volume "*Sistemi Costituzionali Comparati*", di A. Rinella, L. Pegoraro, Torino 2017, si è tenuto il seminario dal titolo "*Federalismo e Stato plurinazionale*", in data 26 maggio 2017, in cui è intervenuto come relatore il Prof. Salvatore Prisco.

[3] S. Prisco, *La laicità come apertura al dialogo critico nel rispetto delle identità culturali (riflessioni a partire da Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, n. 24414 del 2021),* in *Rivista telematica* (*https://www.statoechiese.it*), Fasc. n. 21, 2021, 53. Si veda S. Prisco, *Il valore della laicità e il senso della storia*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino, 2004.

[4] S. Prisco, *Le radici religiose dei diritti umani e i problemi attuali*, Scritti in onore di Franco Modugno, III, 2011, 2683 ss.

[5] Papa Francesco, *Fratelli Tutti. Sulla fraternità e l'amicizia sociale*, introduzione di A. Spadaro, Venezia, 2020; si veda anche L. Basanese, D. Patrick Huangs (a cura di), *Fratelli tutti: The Dream of God for a More Human World*, Roma, 2022, in cui il sogno della fraternità rappresenta un nuovo paradigma politico e sociale, oltre che la nuova dimensione della spiritualità.

2. *Il principio di laicità nell'Assemblea Costituente indiana*

Nell'atlante degli "Stati geneticamente multiculturali", l'India viene considerata una Nazione costituzionalmente laica e multiculturale.

In seno all'Assemblea costituente l'affermazione del principio di laicità rappresentava il punto di partenza per affrontare la diversità culturale e dare voce alle minoranze; tuttavia, come è noto, la definizione di *Stato laico* è stata formalmente introdotta nel 1976, con il 42° emendamento (di modifica del Preambolo)[6]. Per dirla con Alicino, la laicità è stata concepita come «strumento per dar corpo all'ambizioso mandato costituzionale, volto a superare un lungo passato di disuguaglianze complesse e stratificate»[7].

Lo studio dei lavori dell'Assemblea costituente indiana costituisce, a nostro avviso, un punto di partenza necessario per ricostruire il pensiero giuridico e politico che è insito nello Stato laico indiano. Il dibattito nell'Assemblea costituente ha palesato disaccordi notevoli sull'inserimento della definizione di Stato laico nel testo costituzionale[8].

Da una lettura attenta del lavoro dei costituenti emerge come Brajeshwar Prasad tentò di inserire il termine "*Stato laico*" nel progetto di Costituzione, mentre alcuni, si pensi a H.V. Kamath, Govind Malaviya e S.L. Saxena, proposero di far iniziare il Preambolo con la frase "*Nel nome di Dio*".

Altri membri dell'Assemblea costituente intesero restringere il ruolo della religione sulla sfera pubblica: per il costituente ed economista K.T. Shah, lo Stato indiano non doveva intrattenere nessun rapporto con alcuna religione, credo o professione di fede[9]; quest'ultimo voleva espressamente includere i termini *laico, federale e socialista* nell'articolo 1 e, a tal fine, presentò due distinti emendamenti. Come si ricorderà, durante la riunione del comitato di redazione, il Dr. Bhimrao Ramji Ambedkar (universalmente considerato come il principale architetto della Costituzione indiana) respinse entrambi gli emendamenti presentati da K.T. Shah sostenendo, in particolare, che non ci fosse alcun bisogno di includere testualmente la precisazione del termine "*laico*"

[6] Soltanto nel 1976 il termine "*laico*" (e "*socialista*") fu inserito nel Preambolo della Costituzione (attraverso il 42° emendamento).

[7] Si veda il saggio di F. Alicino, *Libertà religiosa e principio di laicità in India*, in D. Amirante, C. Decaro, E. Pföestl (a cura di), *La Costituzione dell'Unione Indiana. Profili introduttivi,* Torino, 2013, 197.

[8] Per un approfondimento sui dibattiti in Assemblea costituente, si veda R. Sen, *Reforming religion: The Indian Constitution, the courts and Hiunduism*, in S. Mancini (a cura di), *Constitutions and Religion*, Elgar 2020, 222.

[9] Il settimo volume degli atti dei dibattiti dell'Assemblea costituente menziona che il 15 novembre 1948, il Prof. KT Shah presentò un emendamento per incorporare le parole "*laico, federale, socialista*" nella clausola 1 dell'articolo 1 della Costituzione.

in Costituzione, ritenendo scontato il carattere laico dell'India ancorata già ai principi di libertà, uguaglianza, giustizia e fraternità[10].

Anche Sarvepalli Radhakrishnan – eletto successivamente Presidente dell'India – durante i dibattiti della costituente ebbe modo di affermare che: «Il nazionalismo, non la religione, è la base della vita moderna». Per il tradizionalista indù K.M. Munshi lo Stato doveva tener conto della religiosità degli indiani favorendo una tolleranza religiosa che trovava conforto nella convinzione secondo cui: «Siamo un popolo con profonde radici religiose. Allo stesso tempo, abbiamo una tradizione vivente di tolleranza religiosa, il risultato dell'ampia visione dell'induismo secondo cui tutte le religioni portano allo stesso Dio […]».

La visione di Ambedkar di fare dell'India non solo una democrazia politica, ma anche sociale, basata sui principi di libertà, uguaglianza, giustizia e fraternità, potevano concretizzarsi solo nel contesto di uno "*Stato laico*" in cui la ricerca della conoscenza e la diffusione di sentimenti di solidarietà verso i membri delle altre comunità avrebbero avuto la priorità.

Sebbene la diversità di opinioni e di orientamenti, nel modello costituzionale indiano è prevalsa la tesi intermedia, secondo cui se da un lato non si riconosce una religione di stato, dall'altro, non si traccia una linea rigida e netta tra lo Stato e la Chiesa (come, per esempio, avviene negli Stati Uniti).

Tutte le diverse posizioni sono oggi racchiuse nella teoria dell'"uguale rispetto", secondo cui lo Stato rispetta e tollera tutte le religioni, senza privilegiarne alcuna. Questa tesi rappresentava anche la formulazione nehruviana del secolarismo che oscilla tra *sarvadharma samabhava* (buona volontà nei confronti di tutte le religioni) e *dharma nirpekshata* (neutralità religiosa). Proprio Nehru scrisse: «Uno Stato laico non significa uno Stato irreligioso: significa solo che rispettiamo e onoriamo tutte le religioni dando loro la libertà di operare». In un'altra occasione, ancora Nehru ebbe modo di definire lo "Stato laico" come uno stato in cui vi è «libertà per tutte le religioni, a condizione che non interferiscano l'una con l'altra o con le concezioni di base del nostro Stato». Secondo Rajeev Bhargava si tratta di un principio cardine che prevede un

[10] In effetti, l'impegno di Ambedkar verso la laicità deriva dalla sua decisa adesione ai principi di giustizia e uguaglianza e dalla sua eloquente propaganda della fraternità come nobile ideale del processo di costruzione della Nazione. Una lettura attenta degli atti dell'Assemblea Costituente non lascia dubbi al lettore sensibile sul fatto che i costituenti considerassero assiomatico il tono secolare della nascente repubblica e non avessero alcuna intenzione di fare dell'India uno stato teocratico; sul punto, si veda *Ambedkar's vision of a secular Constitution* reperibile sul sito https://www.thestatesman.com/opinion/ambedkars-vision-secular-constitution-1502618002.html

«distanziamento per principio» in cui lo Stato «né esclude sconsideratamente tutte le religioni, né è meramente neutrale nei loro confronti».

Dunque, i diversi punti di vista dei padri costituenti trovarono una sintesi in un modello di "Stato aperto alla diversità religiosa" che assicura il rispetto e lo sviluppo di tutte le religioni. Come si vedrà più in avanti, il carattere multi-religioso dell'India ha costituito un elemento genetico dello *State Nation* indiano che rappresenta, ancora oggi, nonostante la tendenza nazionalista indù, una esperienza costituzionale da osservare e da cui trarre pregevoli insegnamenti.

3. *Libertà religiosa e Stato multiculturale in India*

L'India ha la fama di essere la terra dello spirito e della filosofia: la religione, anche per questo, è di primaria importanza per la stragrande maggioranza della popolazione e il numero di fedi professate in questa terra è davvero sorprendente. Ci sono religioni indiane sviluppatesi nel corso di millenni e altre importate dall'esterno, frutto della stratificazione culturale. Quattro religioni sono c.d. "originarie" dell'India: l'induismo, il buddhismo, il giainismo e il sikhismo; si aggiungono, inoltre, il giudaismo, il cristianesimo, l'islam e lo zoroastrismo, che coesistono da molti anni. In questo quadro, l'induismo costituisce la religione più diffusa con circa il 79,8% della popolazione[11], seguita dall'Islam con il 14,2, dal cristianesimo con il 2,3%, dal sikhismo con l'1,7% a cui si aggiungono le altre fedi minori.

Il sistema costituzionale indiano[12] è strutturato per assicurare la tutela delle diversità religiose e ha costituito, sino al giorno d'oggi, uno dei modelli più affermati di tolleranza e rispetto per i diversi culti. Definire, tuttavia, il principio di laicità in India non è affatto semplice, in quanto esso è originato da correnti di pensiero molto diverse e profondamente stratificate. A nostro avviso, un contributo significativo per la lettura del modello indiano è da ricercare nel pensiero di Amartya Sen quando utilizza il termine "*simmetria*" per identificare il comportamento che lo Stato deve avere nei confronti delle diverse religioni. Secondo Sen, «lo Stato per essere laico in senso politico non deve rinunciare ad avere rapporti con le religioni e le comunità religiose. Per esempio, lo Stato non viene meno al laicismo se garantisce ad ognuno il diritto

[11] Gli *hindu* rappresentano circa l'80% della popolazione (che assomma a circa 1,3 miliardi di persone in totale) mentre i musulmani sono circa il 14% degli indiani. Il rapporto tra le due principali confessioni religiose (nel Paese convivono poi altre confessioni praticate da minoranze tra cui il cristianesimo, il sikhismo, il buddismo e il giainismo) è stato sempre conflittuale.

[12] Per una visione complessiva del sistema costituzionali indiano, si veda D. Amirante, C. Decaro, E. Pföestl (a cura di), *La Costituzione dell'Unione Indiana. Profili introduttivi,* Torino, 2013.

di praticare il proprio culto, anche se così facendo deve collaborare con e per le comunità religiose. Se l'intervento non è asimmetrico (cioè se non tende a garantire tale diritto solo ad una comunità e non ad altre) la salvaguardia della libertà religiosa non viola il principio del laicismo»[13]. Nei suoi scritti A. Sen analizza l'icona centrale della storia indiana, dall'indipendenza ad oggi, e tratta della figura di Jawaharlal Nehru, il leader del Partito del Congresso che nel 1947 svolse un'azione decisiva per fondare lo "Stato indiano" su basi laiche, democratiche e riformiste.

Ancora oggi, a distanza di più di settanta anni dalla sua proclamazione, la Costituzione indiana del 1950 elogia la diversità culturale come l'elemento portante della tradizione giuridica, in cui la religione rappresenta un valore costituzionale di importanza straordinaria[14] e, per questo, indispensabile per la stessa esistenza umana.

Più in generale, come ha fatto ben notare la dottrina, l'India rappresenta un prototipo[15] di Stato multiculturale[16], ovvero una esperienza di *State Nation*[17] (Linz, Stepan e Yadav) e, dunque, un "ideal tipo di Stato" che riconosce e assegna «uno status giuridico alla diversità». Si tratta, in altri termini, della democrazia più grande del mondo (in termini quantitativi)[18] e, per quanto qui

[13] A. Sen, *Laicismo indiano*, in A. Massarenti (a cura di), Milano, 1998, 27.

[14] F. Mustafa, J. Singh Sohi, *Freedom of Religion in India: Current Issues and Supreme Court Acting as Clergy,* in *BYU Law Rewiew*, N. 4, 2017, 915 ss.

[15] Sul punto cfr. D. Amirante, *Lo stato multiculturale. Contributo alla teoria dello stato dalla prospettiva dell'Unione Indiana*, Bologna, 2014, 54.

[16] Sul punto si vedano gli studi effettuati sugli Stati geneticamente multiculturali da D. Amirante, V. Pepe (a cura di), *Stato democratico e società multiculturale. Dalla tutela delle minoranze al riconoscimento delle diversità culturali,* Torino, 2011.

[17] Lo *State-Nation* è uno stato caratterizzato da una società complessa e multiculturale dove emergono strutturalmente le diversità religiose, linguistiche, sociali, etniche e che, nel riconoscere uno status giuridico alle diversità, si differenzia sia dallo Stato Nazione (o monoculturale), sia dallo stato multinazionale. Sulla differenza tra *Nation-States* e *State-Nations* si veda M. Rejai, C. H. Enloe, *Nation-States and State-Nations*, in *International Studies Quarterly,* Vol. 13, N. 2, 1969, 140 ss. Per un approfondimento sulle caratteristiche dello *State Nation* si veda J. J. Linz, A. Stepan, Y. Yadav, *Crafting State-nations, India and other Multinational Democracies*, Baltimore-Maryland, 2011, 8. Sul punto cfr. D. Amirante, *Lo stato multiculturale. Contributo alla teoria dello stato dalla prospettiva dell'Unione Indiana*, cit., 54 ss. Secondo la teoria dello *State Nation* di *Linz, Stepan e Yadav* – come ha fatto ben notare Amirante – la comparazione con l'India risulta oggi inevitabile se si vuole correggere e superare le difficoltà dello stato monoculturale che è sempre più chiamato ad affrontare «una incredibile diversità socio-culturale» nell'ambito dei confini di uno stato unitario.

[18] Come ha avuto modo di analizzare la dottrina, si tratta di una esperienza «geneticamente multiculturale», un Paese con maggior tasso di diversità etnico-culturale al mondo. Cfr. D. Amirante, *La democrazia dei superlativi. Il sistema costituzionale dell'India contemporanea*, Napoli, 2019.

interessa, anche dello Stato più multi-religioso del pianeta, in cui le concezioni religiose «sono così vaste che coprono ogni aspetto della vita, dalla nascita alla morte»[19].

Non è un caso se la libertà di religione in India sia considerata la terza più importante *civil liberty*, dopo il diritto alla vita e alla libertà personale e dopo la libertà di parola e di espressione. Infatti, accanto alle disposizioni a tutela dell'uguaglianza[20], la Costituzione indiana dedica ampio spazio ai diritti culturali, linguistici e ai diritti religiosi, che costituiscono i tre pilastri dell'assetto multiculturale dell'Unione federale.

In questo quadro, la Costituzione sancisce il principio di laicità e riconosce la libertà di culto individuale e collettiva negli articoli da 25 a 28, stabilendo, tra gli altri, il divieto di discriminazione per motivi religiosi e la non ingerenza della religione nelle strutture politiche statali. La Costituzione indiana, attraverso gli articoli 25 e 26, ha tentato il difficile compito di conciliare la libertà di religione con un programma di riforma e modernizzazione dell'induismo.

Nella Carta costituzionale indiana si ricava una dimensione del tutto originale del principio di laicità, che è già stato definito come «laicismo celebrativo»[21]. Senza entrare qui nel dibattito – ampiamente indagato dalla dottrina – relativo ai rapporti tra laicismo e laicità[22], mi preme sottolineare che il ter-

[19] Secondo Ambedkar «The religious conceptions in this country are so vast that they cover every aspect of life, from birth to death». Sul punto, si veda, in particolare, il riferimento al sito dell'Assemblea Costituente, *https://www.constitutionofindia.net/constitution_assembly_debates/volume/7/1948-12-02*.

[20] La Costituzione indiana si presenta come ricerca di equilibrio tra diritti individuali e collettivi. Le disposizioni attraverso cui si esplica il principio multiculturale sono all'incirca 23, tra queste: l'art. 14 Cost. disciplina il principio di uguaglianza formale e sostanziale; l'art. 15 Cost., co. 1, tratta del generale divieto di discriminazione. Le minoranze riconosciute dall'ordinamento rientrano principalmente in tre categorie ovvero quelle linguistiche, quelle religiose e quelle economico-sociali. In particolare, le prime vengono tutelate dall'art. 29 Cost. il quale riconosce il diritto di conservare la propria lingua, il proprio sistema di scrittura e la propria cultura; la Costituzione indiana riconosce 22 lingue ufficiali, ma hanno uno status differenziato l'*hindi* e l'inglese.

[21] Cfr. D. Amirante, *Lo stato multiculturale. Contributo alla teoria dello stato dalla prospettiva dell'Unione Indiana*, cit., 117. Sul punto, sia consentito un rinvio anche a R. Dhavan, F.S. Nariman, *The Supreme Court and Group Life: religious freedom, minority groups, and disadvantaged communities,* in B. N. Kirpal, A.H. Desai, G. Subramaniur, R. Dhavan, R. Ramchandran (a cura di), *Supreme but not infallible. Essays in Honour of the Supreme Court of India*, Uttar Pradesh, 2000, 266.

[22] S. Ceccanti, *Una libertà comparata. Libertà religiosa, fondamentalismi e società multiculturali*, Bologna, 2011, 12. Sul concetto di laicismo inteso come orientamento ideologico complessivo, si veda, in particolare C. Cardia, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Bologna, 1999. Riguardo al concetto di laicità – intesa come "neutralità rispettosa del fattore religioso" – si veda F. Vecchi, *L'evoluzione del sistema di diritto ecclesiastico francese fra falliti tentativi concordatari e*

mine laicismo in India sia stato utilizzato per descrivere un modello unico di protezione (e valorizzazione) della libertà religiosa e che trova fondamento, *in primis*, nel principio generale di non discriminazione inserito nell'articolo 15 della Costituzione e, soprattutto, nei già citati articoli da 25 a 28 del dettato costituzionale.

In base all'articolo 25 della Carta costituzionale, «tutti, senza discriminazioni, hanno diritto alla libertà di coscienza e al diritto di professare, praticare e propagandare il proprio culto». Tale diritto individuale è integrato dal successivo articolo 26 che riconosce i diritti collettivi; secondo questa norma, «ogni confessione e gruppo religioso ha diritto: (a) a fondare e amministrare istituzioni per scopi religiosi e caritatevoli; (b) a gestire autonomamente istituzioni di culto; (c) a possedere ed acquistare beni mobili e immobili; (d) ad amministrare tali beni, nel rispetto della legge».

Gli articoli 27 e 28 si preoccupano di affermare la libertà "dalla religione", proibendo l'istituzione di tasse obbligatorie per il finanziamento di determinate comunità religiose (art. 27), ovvero di imporre il rispetto di precetti religiosi e la partecipazione a cerimonie religiose nelle istituzioni scolastiche statali (art. 28)[23].

La libertà di religione, soggetta a limitate restrizioni[24], costituisce per il fedele un momento di appartenenza e di esistenza in ogni ambito della vita so-

legislazione recente di "attenuato separatismo", in *Il diritto ecclesiastico,* Vol. 109, n. 2, 1998, 319. Nelle esperienze di laicità, come ha fatto notare autorevole dottrina, si tendono ricomprendere diverse modalità di separazione che non escludono «norme specifiche di protezione religiosa purché senza discriminazioni» e che, in realtà, appaiono essere un assetto più consono alla configurazione ed agli orientamenti dello Stato sociale il quale, partendo dal presupposto della rilevanza pubblicistica degli interessi religiosi dei cittadini, non si sottrae ad attività di riconoscimento, sostegno ed assistenza a tutela di tali interessi e delle relative modalità organizzative del loto perseguimento in forma collettiva. Sul punto, si veda G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Bologna, 1999, 448.

[23] Secondo l'articolo 27 della Costituzione i cittadini non possono essere obbligati al pagamento di imposte, che sarebbero «specificamente finalizzate a sopportare i costi di manutenzione o per la promozione di una particolare religione». Tuttavia, il contenuto precettivo di questa norma ha subito una attenuazione in sede giurisdizionale. Infatti, la giurisprudenza della Corte Suprema, operando una sorta di bilanciamento, ha stabilito che, sebbene non siano ammissibili imposte sul reddito di natura religiosa (perché contrastanti con il principio di cui all'art. 27), sia legittimo, invece, richiedere tributi speciali per specifiche finalità religiose (si pensi all'imposizione di tributi utili al finanziamento delle spese di trasporto o ai servizi logistici locali). L'articolo 28, dal suo canto, sancisce anche il principio di neutralità dello Stato rispetto all'educazione religiosa, prevedendo che «nessun tipo di formazione di carattere confessionale è consentita nelle istituzioni scolastiche finanziate interamente dallo Stato». D. Amirante, *Lo stato multiculturale. Contributo alla teoria dello stato dalla prospettiva dell'Unione Indiana*, cit., 119.

[24] Esso non costituisce un diritto assoluto per eccellenza, in quanto è soggetto ad alcune restrizioni e/o limitazioni di natura costituzionale; si pensi, in particolare, a quelle derivanti da esigenze di ordine pubblico, di tutela della salute, di rispetto della morale e quelle ricollegabili,

ciale. Non a caso, la centralità del principio di laicità nel sistema costituzionale è stata solennemente affermata anche dalla Corte suprema nel caso *Bonmai v. Union*, laddove questo viene qualificato come un «principio supremo della Costituzione» non suscettibile di modifica, neanche attraverso emendamenti costituzionali[25].

4. *La teoria delle bandiere e la ruota di Ashoka: i caratteri dell'*ameliorative secularism indiano

Nello studio del principio di laicità indiano ci si imbatte nella c.d. "*teoria delle bandiere*" che impone di riconoscere la straordinaria importanza dei colori propri dell'India a cui è strettamente ancorata anche la metafora della "*ruota dell'imperatore Ashoka*".

Il modello della bandiera indiana a tre colori (verde, arancione e bianco), con una ruota che campeggia in mezzo agli stessi, costituisce il più emblematico simbolo del *laicismo celebrativo*. Riprendendo la tesi di Jacobsohn[26], come ha fatto ben notare Amirante nei suoi studi sul costituzionalismo indiano, la presenza dei due colori verde e arancione nella bandiera indiana può far pensare alle due più grandi religioni presenti nel sub-continente indiano (l'arancione collegato all'induismo e il verde all'islamismo); la striscia bianca, che li separa e li unisce allo stesso tempo, può essere intesa come un simbolo di pace o come un'aspirazione alla convivenza fra i due credi, secondo la millenaria tradizione sincretistica indiana[27]. L'elemento più importante, posto al centro della bandiera, è proprio la ruota, simbolo del leggendario imperatore Ashoka (vissuto fra il 300 e il 200 a.C.), noto per la sua conversione dall'induismo al buddhismo, ma soprattutto per la sua politica di profonda tolleranza nei confronti di tutti i credi religiosi[28].

Il Re Aśoka Maurya il Grande (304-232 a. C.), nel subcontinente indiano, fu sovrano di un territorio che includeva l'Afghanistan, parte dell'attuale Iran e Assam. Un suo editto, inciso su pietra e risalente a circa il 250 a.C., recita: «Sua Maestà il re santo e grazioso rispetta tutte le confessioni religiose, ma desidera che gli adepti di ciascuna di esse si astengano dal denigrarsi a

in generale, alla tutela dei diritti fondamentali di cui alla Parte II della Costituzione. In relazione alle caratteristiche «composite» del modello di laicismo indiano, si veda F. Alicino, *Libertà religiosa e principio di laicità in India*, cit., 196 ss.

[25] *Bonmai v. Union of India*, *Supreme Court of India*, 11.03.1994.

[26] G. J. Jacobsohn, *The wheel of law. Indian's secularism in comparative constitutional context,* Princeton-New Jersey, 2003, 52.

[27] Va però notato che non tutti, a cominciare proprio da J. Nehru, sono d'accordo con questa intuitiva associazione per spiegare il simbolismo della bandiera indiana.

[28] Cfr. M. Torri, *Storia dell'India*, in *Storia universale*, Vol. 29, Milano, 2004, 89 ss.

vicenda. Tutte le confessioni religiose vanno rispettate per una ragione o per l'altra. Chi disprezza l'altrui credo, abbassa il proprio, credendo d'esaltarlo». L'imperatore Ashoka, dopo la conversione al buddismo, teorizzò le sue idee in una serie di editti incisi su rupi o su colonne che, secondo molti studiosi, costituiscono il più antico esempio di scrittura indiana sopravvissuta fino ai nostri giorni e, nel contempo, la principale fonte sul carattere e sull'operato dell'imperatore.

Tali editti costituiscono un consapevole sforzo di diffondere la nuova ideologia imperiale basata sul concetto di *dhamma* (l'equivalente del termine *dharma* in pracrito, all'epoca una delle lingue più ampiamente utilizzate dai buddisti). La legge del *dhamma* si basava su quattro principi essenziali.

Il primo principio da ricordare è sicuramente quello della "benevolenza verso tutti gli esseri umani". Il secondo principio è quello del "rispetto verso tutte le credenze religiose", come si ricava dal XII editto rupestre; ciò implicava, come afferma Thapar, «il controllo del proprio eloquio, in modo da non esaltare la propria confessione religiosa o da disprezzare quella altrui, in occasioni inopportune, ma prescriveva che in ogni circostanza si deve onorare la confessione religiosa altrui, perché così facendo si accresce l'influenza della propria confessione e si giova a quella altrui, mentre se ci si comporta diversamente si diminuisce l'influenza della propria confessione religiosa e si danneggia quella altrui»[29].

Il terzo principio era quello della "non violenza", inteso anche come limitazione al maltrattamento e all'uccisione degli animali. In questo senso, Ashoka considerava un imperativo la rinuncia alla guerra o, quanto meno, il ricorso ad essa solo come *extrema ratio.*

Il quarto principio era "la preoccupazione di portare a termine opere di pubblico interesse". Si ricorderà il VII editto secondo cui «lungo le strade ho fatto piantare gli alberi *banyan* che diano ombra ad animali e a esseri umani. Ho fatto piantare boschetti di mango, ho fatto scavare pozzi e costruire case ogni nove miglia…».

In questo quadro, l'imperatore Ashoka rappresenta un vero e proprio testimone antico del dialogo interreligioso, un primo difensore della tolleranza e della fraternità tra tutte le religioni, ma in particolare un precursore del multiculturalismo religioso e dell'*ameliorative secularism* indiano.

Come affermato dalla dottrina (Amirante), l'attuale modello indiano può essere descritto come un *ameliorative secularism* che, riconoscendo il carattere composito della nazionalità indiana, punta ad un miglioramento delle condi-

[29] R. Thapar, *A History of India*, Vol. I, Penguin Books, New Dheli, 1990.

zioni sociali di quelle persone e di quei cittadini a lungo gravati da iniquità e ingiustizie prodotte dalle gerarchie e dalle influenze di matrice religiosa.

Oggi, proprio grazie al contributo della giurisprudenza, il "laicismo indiano" risulta, secondo alcuni autori[30], sostanzialmente fondato su tre pilastri portanti[31]: il principio della libertà religiosa, il principio della c.d. "depoliticizzazione" e quello della neutralità.

A tal fine, la Corte Suprema ha utilizzato la teoria dell'*essentiality test*[32] come metodo di verifica[33] per valutare, di volta in volta, se le pratiche religiose potessero e dovessero godere di tutela e di protezione costituzionale[34].

La dottrina delle pratiche essenziali ha portato a sviluppare contenziosi su diversi aspetti, come il coinvolgimento dello Stato nella gestione dei templi; al-

[30] Cfr. D. Amirante, *Lo stato multiculturale. Contributo alla teoria dello stato dalla prospettiva dell'Unione Indiana*, cit., 123.

[31] R. Dhavan, F.S. Nariman, *The Supreme Court and Group Life: religious freedom, minority groups, and disadvantaged communities,* cit., 275; L. Colella, *La libertà religiosa tra globalizzazione e nuovi nazionalismi. Brevi note comparative su Usa e India*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, N. 4, 2020, 960.

[32] La teoria della *essentiality test* è richiamata nell'interessante articolo di M. Faizan, S. Jagteshwar Singh, *Freedom of Religion in India: Current Issues and Supreme Court Acting as Clergy,* cit., 915 ss. Si veda anche R. Sen, *Articles of Faith: Religion, Secularism, and the Indian Supreme Court,* Oxford, 2012.

[33] V. R. Scotti, *The "Essential Practice of Religion" Doctrine in India and its application in Pakistan and Malaysia*, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* in *Rivista telematica* (*www.statoechiese.it*), N. 5, 2016, 1 ss.

[34] Il "test di essenzialità" è emerso nel caso dell'ingresso al tempio, proprio al fine di verificare se l'intoccabilità fosse da considerare una «parte essenziale della religione indù». La Corte indiana, in questo precedente storico, è giunta alla conclusione che l'intoccabilità non è da considerare una pratica indù essenziale. Nonostante rappresenti un approccio consolidato nell'esperienza della Corte Suprema indiana, la dottrina del test di essenzialità presenta, secondo alcuni, diverse criticità in quanto presuppone l'esistenza di criteri oggettivi, al fine di stabilire cosa sia essenziale per una religione e cosa invece non lo sia. L'intero concetto di fornire protezione costituzionale solo a quegli elementi di una religione che la Corte considera essenziali si presenta piuttosto problematico per tre ordini di ragioni. In primo luogo, presuppone che possano esistere criteri oggettivi per decidere cosa sia essenziale per una religione e cosa no. Questa è un'ipotesi fondamentalmente errata, poiché l'idea stessa di religione è soggettiva. Come osservato nel 1943 dall'Alta Corte australiana di Adelaide nel caso "*Co. dei testimoni di Geova v. Commonwealth*": «Ciò che è religione per uno è superstizione per un altro». In secondo luogo, tale approccio presuppone che un elemento o pratica della religione sia indipendente da altri; che alcune cose siano fondamentali per la religione e altre siano meramente accessorie. Infine, che le religioni siano statiche e che ciò che era centrale alcuni secoli fa debba continuare a valere oggi. Pertanto, la dottrina contraria al test dell'essenzialità ritiene che le religioni devono poter cambiare ed evolversi nel tempo. Per un approfondimento sulla tesi contraria al test dell'essenzialità, si veda il caso *Engel v. Vitale, 370 U.S. 421, 432 (1962)* della Corte Suprema degli Stati Uniti, laddove si afferma che: «La religione è troppo personale, troppo sacra, troppo santa per permettere la sua perversa indifferenza da parte di un magistrato civile».

tri giudizi hanno poi interessato la verifica della tutela costituzionale di alcune pratiche religiose, nonché il diritto di alcuni gruppi minoritari di uscire dalla cerchia dell'induismo.

Come si è già detto in un'altra occasione[35], sul piano comparativo, il "laicismo indiano" presenta tre distinte peculiarità che lo rendono unico nel suo genere[36]; si tratta di un laicismo *simmetrico*, *multiculturale* ed *evolutivo*. Sul piano costituzionale, infatti, il c.d. *laicismo celebrativo* indiano è simmetrico in quanto rifiuta di attribuire ad una particolare religione una posizione privilegiata nelle attività dello Stato. Tale rifiuto non significa che lo Stato si astiene dall'intervenire in qualunque questione religiosa, bensì garantisce nei rapporti con tutte le religioni una fondamentale parità di trattamento. Il laicismo indiano è, inoltre, multiculturale (aperto e inclusivo) perché assicura l'uguaglianza, conservando la tutela delle diversità culturali, preoccupandosi di ricercare tra le due un sano equilibrio. La Corte Suprema indiana, infatti, ha affermato una visione pluralista e riformista della laicità basata sull'antico pensiero indiano e sul concetto di "*Sarva Dharma Samabhaav*" (che si traduce come principio di tolleranza: "lascia che tutte le fedi prosperino") e che la Corte ha definito come una visione "positiva" del secolarismo, basata su un approccio attivo all'uguaglianza tra le religioni.

Il carattere riformista, dinamico ed evolutivo, si ritrova, infatti, in alcune decisioni della Corte Suprema che, utilizzando il principio di ragionevolezza e quello dell'essenzialità della pratica religiosa, conserva il ruolo di custode della multireligiosità indiana. In altri termini, la Corte Suprema indiana ha rappresentato il custode del diritto multireligioso della tradizione giuridica indiana e della promozione di un laicismo costituzionale ispirato al progresso sociale. Una testimonianza concreta della tendenza evolutiva del c.d. *laicismo celebrativo* (e soprattutto del processo di modernizzazione dell'India), ma anche di un approccio ragionevole della giurisprudenza, si ritrova, infatti, in alcune decisioni della Corte Suprema[37].

In tal senso, una pronuncia storica è rappresentata dal *Sabarimala Case*, con cui la Corte Suprema indiana non ha giustificato il tradizionale divieto di entrare nei templi indù, previsto per le donne dai 10 ai 50 anni considerate im-

[35] L. Colella, *Fattore religioso, diritto e normazione in India, Bangladesh e Pakistan*, in *DPCE Online*, N. Sp. 2021, 1680.

[36] Alcuni autori hanno già definito il laicismo indiano, a differenza di altri modelli, come un "*multicultural model*"; sul punto, si veda, in particolare V. Depaigne, *Legitimacy Gap: Secularism, Religion, and Culture in Comparative Constitutional Law,* Oxford, 2017.

[37] Cfr. V. Aditya Narayan, J. Sindhu, *A Multi-layered Indian Judicial Crisis: Listing and hearing of cases before the Supreme Court of India*, in https://blog-iacl-aidc.org/2019-posts/2019/3/8/10-cases-that-shaped-india-in-2018.

pure in quanto in età mestruale[38]. Questa decisione è espressione di un *ameliorative secularism* tipico dell'India che punta alla tutela delle diversità attraverso l'uguaglianza, cancellando forme di discriminazione e ingiustizie sociali legate a tradizione antiche e al passato.

Come si è detto, dunque, il modello indiano rappresenta la sintesi – o meglio dire – la combinazione di tre pilastri del secolarismo, ovvero: il principio della libertà religiosa; il principio della depoliticizzazione; il principio del *welfare* che ha consentito ai diversi culti, nonostante le differenze e le diversità culturali insite geneticamente nella formazione dello *State Nation*, di resistere alle tendenze assimilazioniste e alla globalizzazione delle culture.

Nonostante l'eredità di un India tollerante, il pluralismo religioso e la laicità dello Stato risentono oggi di una politica sempre più ispirata al nazionalismo indù che rischia di generare profonde trasformazioni dell'India tollerante, laica e multiculturale voluta dai padri costituenti.

Sebbene si registrino oggi in India casi in cui la libertà di espressione e di religione subiscano limitazione, la Corte Suprema indiana, quale custode della laicità e della *basic structure* della Costituzione indiana, considera fortemente il principio di laicità come una "risorsa" costituzionale da salvaguardare al fine di assicurare l'uguaglianza e la tutela delle minoranze religiose[39].

Come insegna il "testamento costituzionale" del padre costituente indiano Ambedkar, oggi più che mai, c'è realmente bisogno di recuperare il valore della fraternità come "comune radice" della democrazia. Come si dirà più in avanti, il riferimento alla fraternità come obiettivo costituzionale[40] rappresenta una garanzia per la tutela dei diritti nello Stato multiculturale e, in particolare, costituisce una forma autentica di protezione della diversità religiosa.

Questo è il primo passo se si vuole superare ogni forma di nazionalismo religioso e assicurare rispetto tra le culture e "unità tra le diversità" in una società sempre più complessa e plurale.

[38] La Corte Suprema, con la sua decisione, ha stabilito che le donne di tutte le età hanno piena libertà di culto, al pari degli uomini, ritenendo ingiusto il divieto di accedere al famoso tempio di Lord Ayyappa, a Sabarimala, in Kerala; si veda la decisione della corte Suprema indiana reperibile su https://www.sci.gov.in/supremecourt/2016/14961/14961_2016_Judgement_06-Sep-2018.pdf.

[39] Sentenze importanti come *Kesavananda Bharti v. State of Kerala, [1973]* hanno sostenuto la laicità come una caratteristica fondamentale della Costituzione indiana.

[40] Sul punto, si veda S. Shetty, T. Sanyal, *Fraternity and the Constitution: a promising beninning in Nandin Sundar v. State of Chattisgarh*, in *Nujs Law Rewiew,* N. 4, 2011, 439 ss. Secondo questo studio, l'inserimento della fraternità è un utile esempio per illustrare il modo in cui il Preambolo riflette i bisogni delle persone; in altri termini la fraternità è stata inserita come mezzo per promuovere la "concordia fraterna e buona volontà" nella Nazione.

5. *Il "laicismo multiculturale" di fronte al nazionalismo indù*

Alcuni studi hanno posto l'accento sul processo di riforme che nell'attuale momento storico stanno cambiando la fisionomia della democrazia indiana e alterando, per certi versi, il c.d. "tempio del multiculturalismo". Si tratta di un nuovo orientamento politico – ispirato al potere della maggioranza[41] – che si scontra con la fisionomia dello Stato multiculturale indiano e che lascia sempre di più il posto a un modello di *Majoritarian State*[42]. La forma di "Stato maggioritario"[43], prendendo le mosse dal modello israeliano di "democrazia etnica"[44], fa da punto di riferimento per interpretare l'ascesa del nazionalismo etnico indù nell'India contemporanea[45]. L'amministrazione del BJP, guidata dal Primo Ministro Narendra Modi, ha istituito, già dal 2014, uno stile di governo etno-religioso e populista.

Durante il suo primo mandato, il partito di Modi ha perseguito la sua agenda politica anche al di là dei poteri formali del governo, attraverso iniziative finalizzate ad influenzare l'informazione, con tentativi di imprimere un'identità maggioritaria indù allo stesso Stato e in vari aspetti della vita comunitaria dei cittadini.

[41] P. Chatterjee, *I Am the People: Reflections on Popular Sovereignty Today*, New York, 2019.

[42] Cfr. A. P. Chatterji, T. Blom Hansen, C. Jaffrelot (a cura di), *Majoritarian State: How Hindu Nationalism Is Changing India*, London, 2019; secondo questo volume, lo Stato maggioritario traccia l'ascesa del nazionalismo indù nell'India contemporanea. L'attuale amministrazione del BJP, guidata dal Primo Ministro Narendra Modi, ha inaugurato, secondo questi studi, uno stile di governo etno-religioso e populista sin dal 2014. L'ideologia *Hindutva* ha permeato l'apparato statale e le istituzioni formali, esercitando un controllo sulla società civile; se da un lato questa ideologia maggioritaria pervade i media e il discorso pubblico, dall'altro colpisce anche la magistratura, le università e le istituzioni culturali, sempre più catturate dai nazionalisti indù.

[43] Sul concetto di *Majoritarian State*, si veda A. P. Chatterji, T. Blom Hansen, C. Jaffrelot (a cura di), *op. cit*.,: in questo testo si analizza l'impatto sulla società multiculturale indiana del forte nazionalismo indù e di come questa ideologia stia cambiando l'India.

[44] Sia consentito un rinvio a S. Smooha, *The Model of Ethnic Democracy: Israel as a Jewish and Democratic State*, in *Nations and Nationalism*, Vol. 8, N. 4, 2002, 475 ss. Secondo questo autore, lo Stato-Nazione democratico liberale è in declino in Occidente a causa della globalizzazione, della regionalizzazione, dell'universalizzazione dei diritti delle minoranze, del multiculturalismo e della nascita dell'etnazionalismo. Mentre i Paesi occidentali stanno abbandonando lo Stato nazionale e si stanno spostando verso la democrazia multiculturale, altri Paesi stanno consolidando una forma alternativa non liberale di Stato democratico che viene identificato e asservito ad una singola nazione etnica. In questo contributo è illustrato il modello di "democrazia etnica" applicato in Israele.

[45] Sulla storia del movimento, *Hindu*, si veda C. Jaffrelot, *The Hindu Nationalist Movement in India*, New York, 1993.

Con la netta vittoria nelle elezioni politiche del 2019, il "fenomeno Modi"[46] si è rafforzato inevitabilmente e con esso ha preso sempre più forma una ideologia maggioritaria. Diverse sono state le iniziative politiche del BJP che, secondo alcuni studiosi, stanno guidando il Paese verso uno Stato *Hindutva,* cioè a connotazione fortemente induista. Nell'agosto del 2019, il governo ha revocato lo *status* speciale concesso allo stato del Jammu e Kashmir, ai sensi dell'articolo 370 della Costituzione indiana. L'articolo 370 era una disposizione costituzionale che garantiva uno *status* speciale allo Stato a maggioranza musulmana. Ancora oggi, i cittadini di quest'area soffrono una particolare condizione di sorvegliati speciali, con limitazioni all'informazione e agli altri diritti che minano l'identità secolare della Nazione.

Forti preoccupazioni hanno accompagnato l'avvento del *Citizenship* (*Amendment*) *Act* del 2019, la legge voluta da Modi che ha previsto la possibilità di concedere la cittadinanza indiana per alcune minoranze religiose perseguitate in altri Paesi (e soprattutto in Afghanistan, Bangladesh e Pakistan), escludendo, però, gli immigrati musulmani. Questo discusso provvedimento, se da un lato può essere letto come segno di apertura verso comunità che soffrono persecuzioni o vessazioni nei Paesi d'origine, dall'altro, è stato già causa di molte proteste da parte dei musulmani, ai quali si sono associate le reazioni dei movimenti laici indiani mobilitatisi a difesa del principio di laicità dello Stato, previsto dalla Costituzione.

Secondo alcuni, la nuova ideologia *Hindutva* tende sostanzialmente a rafforzare l'induismo con il rischio di indebolire il principio di laicità indiano, che ha costituito uno dei capisaldi della democrazia in questo Paese[47].

Con provvedimenti di impronta nazionalista, l'autorità sovrana – utilizzando la sua maggioranza di governo – impone una specifica ideologia alla società e discrimina le minoranze e, così, la democrazia risulta sostanzialmente mi-

[46] Il 19 maggio 2019 si sono concluse le elezioni indiane per il rinnovo della *Lok Sabha*, la Camera bassa del Parlamento indiano, con la vittoria della coalizione *National Democratic Alliance* che si è aggiudicata ben 353 seggi sui 542 del Parlamento. Tali elezioni politiche in India hanno confermato una personalizzazione della vita politica e il passaggio da un sistema politico bipolare ad un sistema politico a partito dominante. Sul punto sia consentito un rinvio a C. Petteruti, *Elezioni indiane 2019: la forma di governo parlamentare alla prova del fenomeno Modi*, in *Dpce Online*, Vol. 41, N. 4, 2020, 2679 ss.; cfr. anche I. Hall, *India's 2019 Genral Election: National Security and the Rise of the Watchman*, in *The Round Table*, N. 5, 2019, 108. Tuttavia, occorre evidenziare che, nonostante un indice di gradimento pari al 78% in favore di Modi, i risultati delle ultime elezioni conclusesi lo scorso giugno 2024 hanno sancito nuovamente, dopo un decennio, la necessità di una coalizione per la formazione governativa, seppur confermando la vittoria del Primo Ministro uscente.

[47] P. Viola, *L'acquisizione dello status di cittadino in India dopo le recenti modifiche al Citizenship Act,* in *Osservatorio Costituzionale AIC*, Fasc. 1, 2020, 78 ss.

nacciata e la libertà religiosa compromessa; questo potrebbe comportare una rottura dell'equilibrio costituzionale e del rapporto tra *Rule of law* e *Rule of God*, rischiando di generare una svolta illiberale anche della democrazia indiana. Non è mancato chi, invece, si è interrogato sul rapporto tra laicismo e nazionalismo religioso sostenendo che il nazionalismo indù sia una risposta al laicismo elitario di matrice coloniale[48].

Va inoltre ricordato che, anche se oggi si registra l'ascesa di un forte nazionalismo religioso in quella che possiamo definire come la patria del multiculturalismo religioso[49], anche all'esito dei risultati elettorali del giugno 2024 e la conferma di Modi al comando, seppur con la necessità di un governo di coalizione, quella dell'India contemporanea (e non solo) è stata una storia di democrazia, di dialogo, di tolleranza e di pacificazione tra le diverse religioni e che, in un universo geneticamente multiculturale, hanno sempre costituito il sostrato culturale di un popolo dalla forte spiritualità legato dal valore della fraternità.

[48] S.N. Balagangadhara, J. De Roover, *The Dark Hour of Secularism Hindu Fundamentalism and Colonialism and Colonial liberalism in India,* in R. Ghosh (a cura di), *Making Sense of the Secular: Critical Perspectives from Europe to Asia,* London, 2013, 111 ss. In questo contributo si sottolinea che, già negli anni '80, Ashis Nandy e T.N. Madan hanno evidenziato l'esistenza di un nesso causale tra un approccio elitario del "laicismo" e l'ascesa della destra indù; da qui la sua ostilità verso le minoranze musulmane e cristiane. Secondo questo studio, quando i viaggiatori cristiani, i commercianti e i missionari denunciarono le tradizioni native dell'India come "falsa religione" e iniziarono a predicare la conversione nella "vera religione", gli indiani reagirono con una incomprensione: non riuscirono a comprendere come una religione potesse essere vera e altre, invece, false, e come diverse religioni potessero essere considerate rivali. Prima della fine del XVIII secolo, gli indù non difendevano le loro tradizioni in termini di verità dottrinale o di testi: la tendenza a fornire una base per le pratiche ancestrali nelle scritture era in gran parte assente. Il fondamentalismo indù è emerso con l'intervento dello Stato coloniale liberale che operava all'interno di un particolare quadro teologico e che interpretava le tradizioni indigene dell'India come varianti dello stesso fenomeno dell'Islam e del cristianesimo. Le politiche coloniali di tolleranza e di neutralità indussero le tradizioni indù a trasformarsi secondo questo modello, ricercando le basi scritturali per le loro pratiche al fine di sopravvivere sotto il dominio del Raj. In questo quadro, poiché alcun sistema di scritture o dogmi specifici sarebbero stati accettati da tutte le tradizioni indù, il movimento *Hindutva* trovò la sua unità nelle nozioni di "tolleranza indù". In questo senso, il laicismo liberale e il fondamentalismo religioso in India sono considerati "due facce della stessa medaglia". Secondo alcuni, si tratta di due momenti che si rafforzano a vicenda: un meccanismo che trasforma le tradizioni native dell'India in varianti delle altre religioni. Se le due forze non sono opposte in questo caso, allora dovremo ripensare la loro relazione in generale.

[49] Sia consentito un rinvio a L. Colella, *Il Parlamento dell'Unione Indiana. Il "Tempio del Multiculturalismo" alla prova del nazionalismo Indù*, in V. Pepe, C. Petteruti (a cura di), *Percorsi di Diritto Pubblico Comparato. Casi di studio*, Vatolla 2024, 42 ss.

Tuttavia, occorre evidenziare che, nonostante un indice di gradimento pari al 78% in favore di Modi, i risultati delle elezioni conclusesi lo scorso giugno hanno sancito nuovamente, dopo un decennio, la necessità di una coalizione per la formazione governativa, seppur confermando la vittoria del Primo Ministro uscente.

6. Fraternity and secularism*: la fraternità come fondamento della laicità e dello Stato multiculturale*

Nell'atlante dei testi costituzionali dei Paesi del mondo[50], sono circa 25 le Carte Costituzionali in cui si ritrova il termine *fraternity,* spesso richiamato nei Preamboli come obiettivo costituzionale, mentre altre volte contenuto in disposizioni che elevano la fraternità a dovere dello Stato con il fine di assicurare l'unità della Nazione.

Il grande filosofo Voltaire, nel suo *Trattato sulla Tolleranza* del 1763, facendo tesoro della comparazione tra civiltà, popoli e nazioni, scriveva che la «tolleranza era già conosciuta in India, e che la stessa tolleranza non aveva mai causato guerre civili; l'intolleranza, invece, aveva già coperto la terra di carneficine»[51].

Oggi più che mai, in un'epoca in cui emergono nuovi nazionalismi religiosi, che aprono le porte – in alcuni contesti – a processi di involuzione democratica e alla divisione tra le culture (generando lo scontro ideologico e l'offesa della dignità religiosa e dell'uguaglianza umana), si potrebbero ricercare nell'esperienza costituzionale indiana le "fondamenta" dello Stato multiculturale, inclusivo, laico e tollerante, costruito sul valore della fraternità.

In una società sempre più cosmopolita e globale, la tolleranza religiosa deve essere intesa come risorsa non solo per il dialogo interreligioso, ma anche per la dialettica politica, per il buon governo delle nazioni e per l'intera pace mondiale.

La Corte Suprema indiana ha avuto modo di ricordare che l'India rappresenta il Paese in cui, storicamente, sono sempre esistiti i valori della tolleranza religiosa e la cultura della fraternità: proprio per questo il principio di laicità deve essere inteso come una naturale conseguenza dei valori essenziali sui cui si fonda la tradizione indiana.

In chiave comparata, emerge come la Costituzione dell'India costituisca uno dei pochi testi costituzionali al mondo in cui si richiami il concetto di

[50] Rispetto alla banca dati del progetto *Constitute*, tra le più apprezzate e consultate in rete si apprezzano circa 25 Costituzioni in cui è possibile richiamare il termine *fraternity* (si veda https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en&q=Fraternity&status=in_force).

[51] Cfr. Voltaire, *Il trattato sulla Tolleranza*, 1763. Nel suo *Trattato sulla Tolleranza*, Voltaire affermava: «Il diritto dell'intolleranza è dunque assurdo e barbaro; è il diritto delle tigri, ed è davvero orribile, perché le tigri non sbranano che per mangiare, e noi ci siamo sterminati per dei paragrafi». Nella sua illuminante, quanto attuale, opera dedicata al valore della tolleranza, il filosofo francese scriveva anche «siamo tutti figli della fragilità: fallibili e inclini all'errore. Non resta, dunque, che perdonarci vicendevolmente le nostre follie. È questa la prima legge naturale: il principio a fondamento di tutti i diritti umani».

fraternità (*fraternity*) voluto fortemente da Ambedkar[52]. Nella prima parte del Preambolo della Costituzione indiana, infatti, si legge:

> «WE, THE PEOPLE OF INDIA, having solemnly resolved to constitute India into a SOVEREIGN SOCIALIST SECULAR DEMOCRATIC REPUBLIC and to secure to all its citizens:
> JUSTICE, social, economic and political;
> LIBERTY of thought, expression, belief, faith and worship;
> EQUALITY of status and of opportunity;
> and to promote among them all
> FRATERNITY assuring the dignity of the individual and the unity and integrity of the Nation…»

Da queste prime indicazioni del Preambolo si chiarisce che l'Unione Indiana intende promuovere tra tutti i cittadini la fraternità, assicurando la dignità della persona, senza distinzione di casta, classe o credo, nonché l'unità e l'integrità della Nazione.

L'inserimento della "clausola di fraternità" risale all'influenza esercitata in seno all'Assemblea Costituente da parte di Ambedkar, considerato che tale principio non compariva nemmeno in nessuna delle versioni alternative non ufficiali che vennero redatte da vari partiti di minoranza e rivali del Congresso[53]. Difatti, secondo Ambedkar, la fraternità – quale uno dei fondamenti di una società ideale – risaliva ad un concetto politico che emergeva soprattutto dalla Rivoluzione francese, con un importante significato sociale assente nella società indù.

Nell'ambito della struttura del Preambolo, si osservò che ciò che risultava assente nella società indù risaliva, invece, ad uno degli insegnamenti centrali del buddhismo, un concetto etico-spirituale di formulazione indigena[54].

Alla luce di queste considerazioni, ne consegue che la tolleranza religiosa avrebbe un duplice effetto sull'idea di fraternità: *in primis,* assicurerebbe l'unità della Nazione, attraverso relazioni pacifiche, e, nel contempo, garantirebbe la dignità di ogni cittadino. Non a caso il supremo giudice indiano ha considerato il principio di fraternità come "strumento" per perseguire la *mission* del

[52] Per alcuni studi, il Preambolo della Costituzione dell'India è essenzialmente un Preambolo ispirato dal Costituente Ambedkar, in quanto i suoi concetti centrali hanno la loro provenienza negli scritti e nei suoi discorsi. Si veda A. S. Rathore, *Ambedkar's Preamble: A Secret History of: A Secret History of the Constitution of India*, India, 2020.

[53] A. Singh Rathore, *Ambedkar's Preamble. A secret history of the Constitution of India,* India, 2020, 98 ss.

[54] A. Singh Rathore, *op. cit.,* 100 ss. Per uno studio approfondito sui Preamboli, si veda C. Petteruti, *La forza normativa ed interpretativa dei Preamboli costituzionali*, Napoli, 2024.

testo costituzionale che si impegna a promuovere ideali laici che garantiscano relazioni fraterne.

Nel caso *SR Bommai c. Union of India*, la Corte Suprema ha dichiarato che il principio di laicità era, sin dalle origini, una caratteristica essenziale della struttura di base della Costituzione. Per giungere a tale conclusione, la Corte ha utilizzato il principio di fraternità in una varietà di contesti al fine di affermare che l'ideale di fraternità è un precursore per il raggiungimento della laicità. La Corte ha spiegato che l'inclusione di ideali laici nelle disposizioni costituzionali non era un prodotto del mero caso, ma era stata volutamente deliberata dai costituenti in risposta ai fondamenti religiosi del Pakistan. Nel motivare questa affermazione, la Corte ha affermato che l'India era storicamente un Paese dove esisteva la tolleranza religiosa e una cultura della fraternità, pertanto l'inclusione di disposizioni laiche era quindi naturale.

La Corte, inoltre, ha stabilito che «secularism is the bastion to build fraternity»[55] e quindi ha affermato che la pratica e il pensiero laico tra diversi gruppi religiosi aiuterebbe nelle relazioni fraterne quelle stesse comunità. L'esito di tale tolleranza religiosa avrebbe un duplice impatto sulla fraternità: garantirebbe sia l'unità della Nazione, attraverso un'interazione pacifica, sia la dignità di ciascun cittadino. La Corte ha anche considerato il principio di fraternità come un mezzo per realizzare la promessa di rivoluzione sociale che è implicita nel testo costituzionale. Questa cultura della fraternità aiuterebbe poi a sua volta a stabilire e sostenere un ordine egualitario che, secondo i giudici, era l'obiettivo finale dei padri costituenti.

In linea con questo orientamento, assume rilievo il caso *Nandin Sundar v. State of Chattisgarh* che ha dato origine a una petizione scritta che contestava la pratica di nominare agenti di polizia speciali ("SPO") per costituire una milizia privata (Salwa Judum), il cui scopo era controllare le attività maoiste nel Chattisgarh. I ricorrenti hanno impugnato alcune disposizioni del *Chattisgarh Police Act*, sulla base degli artt. 14 e 21 della Costituzione. In questo caso, la Corte ha ritenuto che il §9 del *Chattisgarh Police Act*, che prevedeva la nomina di SPO violasse gli artt. 14 e 21 della Costituzione. La Corte, nel caso *Nandini Sundar*, ha utilizzato l'idea di fraternità in tre accezioni distinte: come cuscinetto per il potere incontrollato dello Stato; come meccanismo per promuovere una politica economica più inclusiva, in armonia con i principi direttivi della politica statale; e, infine, per rafforzare la responsabilità del potere centrale e difendere i diritti umani in uno Stato a struttura federale.

[55] Si veda S. Shetty, T. Sanyal, *Fraternity and the Constitution: a promising beninning in Nandin Sundar v. State of Chattisgarh*, in *Nujs Law Rewiew*, N. 4, 2011, 458.

Il valore primario della fraternità è stato così percepito come un mezzo di controllo del potere statale, spesso risultato contrario con la visione costituzionale di uno Stato responsabile.

La visione costituzionale del benessere deve realizzarsi, secondo i giudici, attraverso l'assicurazione della dignità e la promozione della fraternità. Usando in tal modo la fraternità, la Corte ha elevato l'idea di fraternità a principio costituzionale, collocandola all'interno dell'idea di costituzionalismo e non solo di una nobile dichiarazione/manifesto di tipo politico. Nel tracciare un chiaro legame tra il potere incontrollato dello Stato e gli artt. 14 e 21 Cost.,, la Corte ha creato un nesso tra la minaccia alla fraternità e la conseguente violazione dei diritti fondamentali. In questo modo, la Corte ha avvicinato il principio di fraternità prevista nel Preambolo e i diritti fondamentali di cui alla Parte III. Il principio di fraternità, così inteso, si rivela utile nell'interpretazione della Costituzione e dei suoi valori fondamentali, ma costituisce il pilastro sui cui edificare lo Stato multiculturale indiano.

Da ultimo, nel caso *Shaheen Abdulla vs Union of India & Ors in Writ Petition(s)(Civil) No. 940/2022,* con una pronuncia del 21 ottobre 2022, la *Supreme Court* ha chiarito che non ci può essere fraternità se i membri di religioni/culture/caste diverse non sono in grado di coesistere in armonia tra loro, considerato che la stessa Costituzione indiana si fonda sui concetti di laicità e, in particolare, fraternità, individuato quale principio guida sancito nel Preambolo, nell'ottica di garantire la dignità dell'individuo, nonché l'unità e l'integrità del Paese.

Una visione unitaria ribadita recentemente, tra l'altro, dal Presidente della Corte Suprema dell'India, D. Y. Chandrachud, il quale ha affermato che lo spirito di fratellanza reciproca – richiamando anche un sentimento di responsabilità individuale dei cittadini indiani nell'ambito delle loro relazioni sociali – è necessario per mantenere e rafforzare l'uguaglianza nel territorio indiano, in uno con l'applicazione dei valori di giustizia e libertà ad esso connessi[56].

La cultura della fraternità, che costituisce un carattere originale del modello giuridico indiano, è considerata necessaria per assicurare una società multiculturale e favorire l'uguaglianza sociale voluta dai padri Costituenti. Tale assunto trova conferma nell'ultimo discorso di Ambedkar in Assemblea costituente, tenuto il 25 novembre 1949, secondo cui «senza fraternità, la libertà distruggerebbe l'uguaglianza e l'uguaglianza distruggerebbe la libertà. Se in una democrazia, la libertà non distrugge l'uguaglianza e l'uguaglianza non distrug-

[56] Sul punto, si veda https://www.business-standard.com/india-news/mutual-fraternity-is-necessary-to-maintain-equality-in-country-cji-124030900508_1.html.

ge la libertà, è perché, sulla base di entrambi, esiste la fraternità. La fraternità è, quindi, la radice della democrazia».

Il dibattito sul laicismo celebrativo indiano e sulla sua capacità di resistere alle tentazioni di una nuova omologazione religiosa legata ai nuovi nazionalismi, ci può aiutare a comprendere una dimensione diversa di laicità rispetto a quella che siamo abituati a pensare: si tratta di trovare, oltre alla separazione tra Stato e Chiesa e alla tolleranza tra persone di religione diversa, il valore della fraternità quale "comune radice" della democrazia (Ambedkar): su queste basi metodologiche, il laicismo indiano, che non solo riconosce, ma persino incoraggia il diritto alla diversità, può rappresentare un modello da studiare e approfondire per ricercare nella laicità di tipo occidentale non solo l'imparzialità dello Stato rispetto alla religione, ma anche il dovere di incoraggiare le differenze (Voltaire) in funzione di assicurare, nella società complessa e plurale, l'unità tra le diversità. Occorre, in sostanza, recuperare il valore costituzionale della fraternità, anche nei rapporti personali, così come radicato nelle intenzioni del padre costituente indiano Ambedkar, padre della "fraternità come radice della democrazia e fondamento della laicità".

Gianpiero Coletta[*]

I CITTADINI SENZA DIMORA E LA PROBLEMATICA TUTELA DELLA LORO SALUTE

SOMMARIO: 1. Il diritto alla salute degli italiani senza dimora e la normativa dedicata al suo concreto esercizio. – 2. Il difficile accesso alle cure dei cittadini sprovvisti di residenza anagrafica e le iniziative legislative dirette ad agevolarlo. – 3. La strada da percorrere per garantire agli italiani senza dimora un'adeguata assistenza sanitaria.

1. *Il diritto alla salute degli italiani senza dimora e la normativa dedicata al suo concreto esercizio*

Quando si parla di cittadini senza dimora si fa riferimento a quegli italiani che versano in uno stato di povertà materiale e immateriale caratterizzato da un evidente disagio abitativo[1]. A causa di eventi che li hanno fatti scivolare in una condizione di grave marginalità[2], tali individui non riescono, infatti, a provvedere autonomamente al reperimento e al mantenimento di un alloggio e si vedono costretti a vivere per strada o a chiedere ospitalità in dormitori o in altre strutture di accoglienza notturna[3].

Dai dati del censimento della popolazione residente in Italia che sono stati resi pubblici dall'ISTAT nel dicembre del 2022 emerge che i senza dimora presenti nel nostro Paese sono più di 96.000 e che il 62% di essi ha nazionalità italiana[4]. Nel giro di pochi anni il numero dei soggetti in questione è, dunque,

[*] Ricercatore confermato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", gianpiero.coletta@unicampania.it

[1] Cfr. ISTAT, *La ricerca nazionale sulla condizione delle persone senza dimora*, Roma, 2014, 7 ss. Per un'approfondita analisi del fenomeno dei senza dimora v., fra i tanti, A. MEO, *Vite in bilico. Sociologia della reazione a eventi spiazzanti*, Napoli, 2000.

[2] Tra gli eventi in parola vanno segnalati la perdita del lavoro, la mancanza di alloggi accessibili, il peggioramento delle condizioni economiche, l'essere colpiti da problemi di salute mentale e il palesarsi di situazioni familiari di particolare difficoltà.

[3] Va ricordato che la Federazione Europea delle organizzazioni che lavorano con persone senza dimora – la FEANTSA – ha ideato una classificazione degli individui che soffrono di un evidente disagio abitativo. Tale classificazione, definita ETHOS, individua quattro tipologie di senza dimora: coloro che vivono in spazi pubblici (per strada, in baracche, in macchine abbandonate, in capannoni); coloro vivono in un dormitorio notturno e sono costretti a trascorrere molte ore della giornata in uno spazio pubblico; coloro che vivono in ostelli per persone senza casa o in alloggi temporanei; coloro che vivono in strutture residenziali dove ricevono specifici interventi di supporto sociale.

[4] Il censimento in questione ha, poi, identificato le convivenze anagrafiche e le cosiddette «popolazioni speciali» che sono costituite non soltanto dai senza dimora, ma pure da coloro che

aumentato in misura considerevole[5] e ciò ha allargato la platea dei cittadini che hanno costantemente bisogno di un'adeguata assistenza sanitaria perché, vivendo all'addiaccio o in luoghi insalubri, sono più esposti al rischio di contrarre gravi malattie e a quello di morire prematuramente[6].

In realtà, per il nostro ordinamento gli italiani senza dimora hanno i medesimi diritti e doveri di ogni altra persona che vive sul territorio dello Stato e sono, quindi, anch'essi pienamente titolari del diritto alla salute[7]. È noto, d'altra parte, che questo diritto è preso in considerazione dall'art. 32 della Costituzione, che lo qualifica come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività e che impone alla Repubblica il compito di salvaguardarlo in maniera efficace soprattutto a vantaggio dei soggetti più fragili[8].

Non vi è dubbio, allora, che il diritto in parola è patrimonio di ogni essere umano[9] e che, nelle sue varie articolazioni[10], deve essere riconosciuto dal legislatore ai cittadini senza dimora (e a tutti coloro che vivono situazioni di palese debolezza) almeno come è riconosciuto ad ogni altra persona[11].

Dobbiamo, però, ricordare che nella legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale – la legge n. 833 del 1978 – si è disposto che per il cittadino italiano il

vivono nei campi attrezzati e negli insediamenti tollerati o spontanei. Un aggregato, secondo i dati dell'ISTAT, di oltre 500.000 persone.

[5] Va, infatti, segnalato che nel 2011 un'indagine compiuta dall'ISTAT (in collaborazione con il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, con la Federazione italiana organismi per le persone senza dimora (fio.PSD) e con la Caritas italiana) aveva stimato in circa 47.000 i senza dimora presenti sul territorio dello Stato, il 40% dei quali di nazionalità italiana.

[6] Sul punto v., fra gli altri, A. Zrouki, A. Pacciani, G. Ledonne, *Domande e risposte di cura. L'adesione ai trattamenti terapeutici della patologia cronica negli homeless: indagine qualitativa nella realtà milanese*, in *Il pensiero scientifico*, n. 33/2017, 198 ss. e D.D. Lenuta, G. Ledonne, A. Zucchetti, C. Angelini, *La continuità delle cure per persone senza dimora*, in *IJN Italian Journal of Nursing*, n. 33/2020, 22.

[7] Cfr. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *Piano nazionale degli interventi e dei servizi sociali 2021-2023*, Roma, 2021, 99.

[8] Tra i numerosissimi lavori dedicati all'art. 32 della Costituzione ci limitiamo a segnalare quelli di C. Mortati, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. degli infortuni e delle malattie professionali*, 1961, 1 ss.; M. Luciani, *A proposito del "diritto alla salute"*, in *Dir. soc.*, 1979, 407 ss.; B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 21 ss.; M. Cocconi, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998; D. Morana, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002.

[9] Al riguardo v. P. Perlingieri, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1020.

[10] Cfr. M. Luciani, *Brevi note sul diritto alla salute nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in L. Chieffi (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Torino, 2003, 63.

[11] Cfr. C. Casonato, *Salute ed eguaglianza alla prova dell'emergenza*, in G. De Minico, M. Villone (a cura di), *Stato di diritto - Emergenza - Tecnologia*, *Consulta OnLine*, formato *e-book*, Milano, 2020, 122-123.

concreto esercizio del diritto alla salute presuppone il possesso della residenza anagrafica[12], perché solo se è iscritto presso l'ASL nel cui territorio ha fissato la residenza può accedere alle prestazioni della sanità pubblica[13] e scegliersi un medico di base[14]. Al pari di ogni altro italiano, i cittadini senza dimora possono, quindi, usufruire di un'adeguata assistenza sanitaria solo se risultano iscritti nei registri anagrafici della popolazione residente di un Comune della Repubblica[15].

Come sappiamo, è la legge n. 1228 del 1954 ad aver disciplinato l'iscrizione anagrafica e dalla sua lettura si evince che in ogni Comune vi deve essere un registro della popolazione residente all'interno del quale vanno annotate non soltanto le posizioni relative ai singoli individui, alle famiglie e alle convivenze che hanno fissato nel territorio comunale la loro residenza, ma anche le posizioni relative ai senza fissa dimora e ai senza tetto che hanno stabilito nel Comune il loro domicilio[16].

Con la legge in questione non ci si è, dunque, limitati a garantire l'iscrizione anagrafica alle persone che hanno fissato nel territorio comunale la loro residenza[17], perché si è pure stabilito che vanno considerati residenti nel Comune in cui hanno fissato il loro domicilio o vi sono nati[18] quanti non vi dimorano

[12] Per una puntuale analisi della legge in parola v., per tutti, F. Roversi Monaco (a cura di), *Il servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, Milano, 1979.

[13] Questa previsione è contenuta nell'art. 19, comma 3 della legge n. 833 del 1978 e dalla lettura di tale disposizione si evince che per le persone prive di residenza anagrafica l'assistenza di base è garantita unicamente dagli ambulatori gestiti da medici volontari, mentre l'assistenza ospedaliera è limitata alle prestazioni erogate dal servizio di pronto soccorso.

[14] Sull'importante ruolo che ha il medico di base nell'erogazione dei vari servizi sanitari v., fra i tanti, A. Morleo, *Il diritto alla salute delle persone senza dimora*, in *San. pubbl. e priv*., n. 5/2005, 23.

[15] Bisogna, inoltre, ricordare che l'iscrizione nelle liste della popolazione residente di un determinato comune è condizione necessaria per poter esercitare diversi altri diritti fondamentali. Non sfugge, infatti, che solo con tale iscrizione è possibile esercitare il diritto al lavoro iscrivendosi ai centri per l'impiego o aprendo una partita IVA; è possibile esercitare il diritto di difesa in assenza di risorse economiche, accedendo al gratuito patrocinio a spese dello Stato; ed è possibile usufruire delle misure di assistenza e previdenza sociale ed esercitare il diritto di voto.

[16] Tale previsione è contenuta nell'art. 1 della legge n. 1228 del 1954. Va, poi, segnalato che questa stessa previsione è contenuta pure nel regolamento di esecuzione della legge che è stato emanato con il decreto del Presidente della Repubblica n. 223 del 1989. Anche l'art. 1 di tale regolamento prevede, infatti, che le persone senza dimora siano iscritte nell'anagrafe della popolazione residente del Comune in cui hanno stabilito il loro domicilio.

[17] Come è noto, nell'art. 43 del codice civile la residenza è definita come il luogo in cui la persona ha fissato la sua dimora abituale.

[18] Come sappiamo, nell'art. 43 del codice civile vi è anche la definizione di domicilio. In tale articolo il domicilio è, infatti, definito come il luogo nel quale la persona ha fissato la sede principale dei suoi affari e interessi. Bisogna, poi, tener presente che, con la sentenza n. 7750 del

abitualmente perché costretti a continui spostamenti[19] e quanti, essendo privi di un'abitazione, si muovono con una certa frequenza all'interno del territorio comunale[20].

Garantendo l'iscrizione anagrafica anche ai soggetti in questione, il legislatore si è, quindi, dimostrato attento alle esigenze dei cittadini senza dimora e ha consentito loro di accedere alle prestazioni pubbliche dipendenti dalla residenza, comprese quelle erogate dal Servizio sanitario nazionale[21].

Occorre, poi, tener presente che la medesima attenzione nei confronti dei cittadini senza dimora è stata palesata dall'ISTAT, quando ha ravvisato la necessità che in ogni anagrafe comunale venga istituita una via fittizia nella quale censire come residenti tutti i senza tetto privi di un recapito nel Comune in cui vivono[22]. Non si può, infatti, ignorare che, con questa sua presa di posizione, l'Istituto nazionale di statistica ha fortemente agevolato l'iscrizione all'anagrafe (e l'esercizio dei diritti che ad essa sono collegati) degli italiani che siano privi di un riferimento fisico da individuare come domicilio[23].

2. *Il difficile accesso alle cure dei cittadini sprovvisti di residenza anagrafica e le iniziative legislative dirette ad agevolarlo*

Come abbiamo avuto modo di vedere, nel nostro Paese ai cittadini senza dimora non è stato precluso l'accesso alle prestazioni fornite dal Servizio sanitario nazionale, per la semplice ragione che ad essi è stata espressamente

1999, la Corte di cassazione ha chiarito che gli affari e gl'interessi in parola possono essere di qualsiasi natura e possono, quindi, essere anche interessi personali, familiari o sociali.

[19] I soggetti in questione sono i cd. senza fissa dimora e tra essi vanno sicuramente annoverati i nomadi, i giostrai, i circensi e i commercianti ambulanti.

[20] Tali soggetti versano in uno stato di povertà materiale e immateriale caratterizzato da un evidente disagio abitativo e sono definiti senza tetto o senza dimora. Occorre, poi, segnalare che il legislatore è giunto a queste conclusioni nell'art. 2, comma 3 della legge n. 1228 del 1954 e che dalla lettura di tale disposizione è chiaro che la scelta dell'elezione del domicilio ai fini anagrafici deve essere lasciata all'interessato. Non va, inoltre, dimenticato che, con l'ordinanza n. 5006 del 2005, la Corte di cassazione ha fatto presente che l'iscrizione anagrafica nel comune di nascita avviene solo in casi eccezionali.

[21] Sul punto v., in generale, Caritas Roma, *Salute in cerca di dimora. Rapporto sull'esperienza sanitaria della Caritas di Roma con le persone senza dimora*, Roma, 2011, 6.

[22] L'ISTAT ha ravvisato tale necessità nella circolare n. 29 del 1992, precisando che in ogni Comune si dovrebbe istituire una via territorialmente inesistente in cui inscrivere, con numero progressivo dispari, sia i senza tetto risultanti residenti al censimento, sia le persone senza dimora che eleggono domicilio nel Comune. Su questa sua presa di posizione v., fra gli altri, P. Morozzo della Rocca, *Le nuove regole sull'iscrizione anagrafica dei senza fissa dimora*, in *Lo stato civile italiano*, novembre 2009, 837.

[23] Cfr. G. Iorio, *Non è un vaccino per tutti: l'esercito (spuntato) degli "invisibili" ai tempi del COVID-19*, in *Resp. civ. e prev*., n. 3/2021, 718 ss.

riconosciuta la possibilità di iscriversi nei registri anagrafici della popolazione residente[24].

Dobbiamo, però, segnalare che numerosissime amministrazioni comunali hanno scelto di non inserire alcuna via fittizia nei propri registri anagrafici[25]. E´ noto, inoltre, che la legge n. 94 del 2009 ha previsto che il senza tetto che richieda l'iscrizione anagrafica debba fornire all'ufficio comunale che si occupa della stessa «gli elementi necessari allo svolgimento degli accertamenti atti a stabilire l'effettiva sussistenza del domicilio»[26] e che questa generica previsione legislativa ha spinto vari Comuni ad ostacolare la concreta affermazione del diritto alla residenza dei senza dimora[27]. Non sfugge, infatti, che dal 2009 diverse amministrazioni comunali si sono sentite legittimate ad inserire nel registro della popolazione residente solo chi sia in grado di fornire il preciso indirizzo dell'abitazione in cui vive o, addirittura, solo chi esibisca un contratto di affitto o dimostri di essere l'intestatario di utenze domestiche[28].

È chiaro, insomma, che le amministrazioni in parola hanno vincolato il riconoscimento della residenza a gravose condizioni non previste dalla legge e, agendo in tal modo, hanno negato a molti senza tetto l'iscrizione anagrafica[29] e il conseguente esercizio dei diritti di cui sono titolari[30].

Soffermandoci, in particolare, sul diritto alla salute, va ricordato che alle persone non iscritte all'anagrafe sono garantite le cure di primo soccorso, ma è negato l'accesso alle prestazioni del Servizio sanitario nazionale che non siano urgenti[31]. Tali individui non possono, quindi, usufruire delle prestazioni che

[24] In proposito v. Caritas Roma, *op. cit.*, 6.

[25] Al riguardo v., fra i tanti, F. Dente, *Vie fittizie per i senza dimora: Comuni ancora in quarantena*, in *www.vita.it*, 2020, 1 ss.

[26] Tale previsione è contenuta nell'art. 2, comma 3 della legge n. 1228 del 1954, così come modificato dall'art. 3, comma 38 della legge n. 94 del 2009. Va, poi, ricordato che nella circolare del Ministero dell'Interno n. 19 del 2009 si è fatto presente che con la modifica legislativa in esame si è anche voluto «evitare che all'iscrizione anagrafica presso un domicilio corrisponda una situazione di irreperibilità dell'interessato».

[27] In tal senso Caritas Roma, *Salute in cerca di dimora*, cit., 6.

[28] Cfr. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *Linee di indirizzo per il contrasto alla grave emarginazione adulta in Italia*, Roma, 2015, 46.

[29] Cfr. E. Gargiulo, *I poveri di fronte all'anagrafe: tra diritti, disciplinamento e resistenze al controllo sociale*, in L. Coccoli (a cura di), *I poveri possono parlare? Soggetti, problemi, alleanze,* Roma, 2021, 89 ss.

[30] Con questo loro modo di operare tali amministrazioni hanno, oltre tutto, dimostrato di voler ignorare che, con la circolare n. 8 del 1995, il Ministero dell'interno ha da tempo fatto presente che la richiesta di iscrizione anagrafica non può essere vincolata ad alcuna condizione perché, se lo fosse, andrebbe a «limitare la libertà di spostamento e di stabilimento dei cittadini sul territorio nazionale, in palese violazione dell'art. 16 della Costituzione».

[31] Quanto scritto si evince agevolmente dalla lettura dell'art. 19, comma 3 della legge n. 833 del 1978. In questa disposizione si è, infatti, stabilito che, per accedere alle prestazioni del

rientrano nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza[32] e ad essi non è riconosciuta la facoltà di scegliersi un medico di medicina generale[33]. Di conseguenza, per i soggetti in questione l'assistenza sanitaria di base è solo quella fornita dagli ambulatori gestiti da medici volontari (ove presenti)[34], mentre l'assistenza ospedaliera di cui possono godere è limitata alla gestione delle situazioni di emergenza nei reparti di pronto soccorso[35].

La salute dei cittadini senza dimora sprovvisti di residenza risulta, pertanto, tutelata in misura molto parziale[36] e ciò è in palese contrasto con l'art. 32 della Costituzione[37] e con la legge n. 833 del 1978 nella parte in cui prevede che i trattamenti terapeutici vanno garantiti in modo universalistico ed egualitario[38] e in quella in cui sottolinea che la sanità pubblica deve promuovere, preservare e recuperare la salute di ogni persona, «senza distinzione di condizioni individuali o sociali»[39].

Servizio sanitario nazionale, occorre essere iscritti presso l'Asl nel cui territorio l'utente ha fissato la propria residenza.

[32] Sul punto v., fra gli altri, C. Coppola e G. Giraudo, *Novità legislative in materia di assistenza sanitaria alle persone senza dimora*, in *www.iusinitinere.it*, 2022, 3.

[33] Al riguardo v., in senso critico, Associazione Avvocato di strada Onlus, *Senza tetto. Non senza diritti. Rapporto di ricerca su residenza anagrafica e persone senza dimora*, in *www.avvocatodistrada.it*, 2019, 23-24.

[34] In proposito v. Associazione Avvocato di strada Onlus, *op. cit.*, 23, la quale ricorda anche che alle persone prive di residenza anagrafica viene precluso pure l'accesso ai servizi sanitari territoriali come i centri di salute mentale, i consultori e i servizi per le tossicodipendenze.

[35] Cfr. C. Gregori, *Perché è importante parlare di diritto alla salute?* in *www.avvocatodistrada.it*, 2021, 1 ss.

[36] In argomento v. Associazione Avvocato di strada Onlus, *Senza tetto*, cit. 23-24, a giudizio della quale «il requisito della residenza anagrafica per l'accesso alle prestazioni sanitarie comporta non soltanto un grave pregiudizio del diritto fondamentale alla salute dell'individuo, ma anche un pregiudizio per il diritto alla salute come interesse della collettività». Secondo l'Associazione, un chiaro esempio di quest'ultimo pregiudizio «è dato dal fatto che chi non può rivolgersi al medico di base e accedere tramite esso ad una prestazione specialistica si trova costretto ad andare al pronto soccorso» e ciò inevitabilmente comporta «un aggravamento del carico di lavoro di queste strutture, nonché un costo molto più alto per le casse dello Stato».

[37] Come sappiamo, l'articolo in parola qualifica il diritto alla salute come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività e impone alla Repubblica il compito di salvaguardarlo in maniera efficace soprattutto a vantaggio dei soggetti più fragili. Sul punto v., in generale, M. Caredda, *Solidarietà e salute*, in M. Ruotolo e M. Caredda (a cura di), *La Costituzione aperta a tutti*, Roma, 2021, 150 ss.

[38] Cfr. G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* n. 3/1981, 759- 760 e Caritas Roma, *op. cit.*, 5.

[39] Tale previsione è contenuta nell'art. 1 della legge n. 833 del 1978. Non va, poi, dimenticato che, in linea con quanto disposto nella legge del '78, nell'art. 3 del codice di Deontologia medica si è stabilito che, a prescindere dal contesto nel quale opera, il sanitario deve sempre agire a tutela della vita e del benessere psico-fisico di ogni essere umano e non può mai avere una condotta che danneggi il malato per la sua età o per qualsiasi altra sua condizione personale.

Negli ultimi anni le cose stanno, però, iniziando a cambiare e il primo segnale di questo cambiamento è rappresentato dalla legge regionale n. 10 del 2021, con cui l'Emilia-Romagna ha reso meno problematico l'accesso alle cure degli italiani senza dimora che, pur vivendo sul territorio della Regione, non risultano iscritti all'anagrafe[40]. Con la legge in esame è stata, infatti, riconosciuta a tali soggetti la possibilità di essere inclusi nelle liste degli assistiti dalle aziende sanitarie locali ed è stato, così, consentito loro di scegliersi un medico di famiglia e di accedere alle prestazioni garantite nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza[41].

Occorre, poi, tener presente che, seguendo il virtuoso esempio dell'Emilia-Romagna, anche la Puglia, l'Abruzzo, la Liguria e le Marche hanno approvato leggi volte a garantire a tutti i cittadini senza dimora presenti sul loro territorio l'effettivo esercizio del diritto alla salute[42] e che varie altre Regioni si stanno muovendo in questa stessa direzione[43].

Non si può, infine, ignorare che pure in ambito nazionale si sta palesando la volontà di assicurare a tutti gli italiani un'adeguata assistenza sanitaria[44] e ciò risulta evidente ove si consideri che dal 2021 sono state presentate varie proposte di legge dirette a garantire anche ai cittadini privi di residenza anagrafica il diritto di iscriversi negli elenchi degli assistiti delle aziende sanitarie locali di riferimento[45].

[40] Sulla legge in parola si rinvia a C. Coppola e G. Giraudo, *op. cit.,* 3-4.

[41] Queste previsioni sono contenute nell'art. 1 della legge regionale dell'Emilia-Romagna n. 10 del 2021.

[42] Si tratta, in particolare, della legge regionale n. 44 del 2021 della Puglia, della legge regionale n. 14 del 2023 dell'Abruzzo, della legge regionale n. 9 del 2023 della Liguria e della legge regionale n. 18 del 2023 delle Marche. Su questi atti legislativi v., in generale, F. Dente, *Medico di base ai senza dimora, ora lo prevedono cinque Regioni*, in *www.vita.it*, 2023, 1 ss.

[43] Stanno discutendo l'approvazione di leggi idonee ad assicurare ai cittadini senza dimora il diritto all'assistenza sanitaria territoriale i Consigli regionali della Calabria, della Campania, del Lazio, della Lombardia, del Piemonte, della Toscana e del Veneto.

[44] Secondo C. Coppola e G. Giraudo, *Novità legislative in materia di assistenza sanitaria*, cit., 5, la necessità di garantire a tutti i soggetti presenti sul territorio della Repubblica la facoltà di scegliersi un medico di base e l'accesso alle prestazioni sanitarie garantite nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza «è emersa in modo evidente durante la campagna di vaccinazione contro il Covid-19».

[45] Tra le iniziative legislative in parola vanno ricordati almeno il disegno di legge n. 2442 del 2021 intitolato "Modifica all'art. 19 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, in materia di assistenza sanitaria per le persone senza dimora", che è stato comunicato alla Presidenza del Senato della Repubblica il 9 novembre 2021 dagli onorevoli Cirinnà ed altri; il progetto di legge n. 433 del 2022 intitolato "Modifica all'art. 19 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, e altre disposizioni in materia di assistenza sanitaria per le persone senza dimora", che è stato presentato alla Camera dei deputati il 24 ottobre 2022 dagli onorevoli Furfaro ed altri; e il progetto di legge n. 555 del 2022 intitolato "Modifica all'art. 19 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, e altre disposizioni in

3. *La strada da percorrere per garantire agli italiani senza dimora un'adeguata assistenza sanitaria*

Assodato che più legislatori regionali hanno cercato di agevolare l'accesso alle cure degli italiani senza tetto non iscritti all'anagrafe[46] e che la medesima attenzione nei confronti di questi nostri connazionali è emersa pure nelle aule parlamentari[47], non possiamo dimenticare che, per tali soggetti, la mancata disponibilità di un'abitazione continua a rappresentare un serio ostacolo al pieno godimento del diritto alla salute, rendendo difficile finanche la cura di malattie poco gravi[48].

Per assicurare a tutti i cittadini senza dimora un'adeguata assistenza sanitaria non basta, quindi, attribuire loro il diritto di scegliersi un medico di famiglia e quello di accedere alle prestazioni garantite nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza, perché c'è anche bisogno di politiche sociali che contrastino il fenomeno della povertà estrema, rendendo più agevole l'accesso ad un alloggio dignitoso[49].

In realtà, a livello nazionale si è iniziato a ragionare di politiche sociali a favore dei senza tetto nella legge n. 328 del 2000[50], ma con la revisione costituzionale del 2001 tali politiche sono state fatte rientrare nella competenza legislativa residuale delle Regioni[51] e al legislatore statale è stato unicamente affidato il compito di determinare i livelli essenziali delle prestazioni concer-

materia di assistenza sanitaria per le persone senza dimora", che è stato presentato alla Camera dei deputati il 14 novembre 2022 dall'onorevole Sportiello.

[46] Così C. Coppola e G. Giraudo, *op. cit.*, 4.

[47] Come abbiamo avuto modo di vedere, quest'attenzione si è palesata in tre proposte di legge, una presentata al Senato della Repubblica e due presentate alla Camera dei deputati. Va, poi, segnalato che, se approvate, tali proposte non si limiterebbero a riconoscere il diritto all'assistenza sanitaria a tutti i senza dimora, ma produrrebbero un notevole risparmio per le finanze dello Stato. Occorre, infatti, ricordare che, se approvate, non costringerebbero più i senza tetto privi di residenza ad accedere ai soli servizi di Pronto soccorso, il cui costo è particolarmente elevato.

[48] Sul punto v. Fio.psd onlus, *Presa in carico e integrazione socio-sanitaria*, in *www.fiopsd.org*, 2018, 2, a giudizio della quale «per chi non ha casa e vive in strada o si appoggia a strutture di accoglienza, l'accesso alle cure, un rapporto regolare con il medico di Medicina Generale (MMG), l'accesso alla medicina preventiva e specialistica, la possibilità di trascorrere una convalescenza che non vanifichi l'intervento sanitario rappresentano problemi insormontabili che si traducono spesso nella rinuncia alla cura di sé». Al riguardo v. anche Caritas Roma, *Persone senza dimora. Le sfide di un sistema integrato*, Roma, 2018, 38-39.

[49] Cfr. Caritas italiana, *Casa, bene comune. Il diritto all'abitare nel contesto europeo*, in *www.caritas.it,* 2020, 5.

[50] Sul punto si rinvia alle previsioni contenute nell'art. 22, comma 2, lett. a) della legge in parola.

[51] Cfr. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *Linee di indirizzo*, cit., 18.

nenti i diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio della Repubblica[52].

Va, inoltre, segnalato che alla riforma costituzionale non ha fatto seguito l'approvazione di leggi regionali espressamente dedicate alla tutela delle persone che si trovano in una condizione di grave marginalità[53] e che anche il legislatore statale non ha tenuto conto delle modifiche apportate al testo fondamentale nel 2001, non avendo ancora definito i livelli essenziali delle prestazioni per i senza tetto[54].

Non sorprende, allora, che in Italia manchino efficaci politiche pubbliche a tutela di quanti non riescono a provvedere autonomamente al reperimento e al mantenimento di una casa e che ad occuparsi del benessere psico-fisico di tali soggetti siano soprattutto le organizzazioni del Terzo settore che operano sul territorio nazionale[55].

È sotto gli occhi di tutti, infatti, che, nel corso degli anni, buona parte dei servizi diretti al soddisfacimento dei bisogni primari dei senza dimora siano stati offerti loro proprio dalle organizzazioni del privato sociale[56].

Bisogna, però, ricordare che, nell'individuazione e nell'adozione delle misure volte a proteggere la salute dei senza tetto, le organizzazioni del Terzo settore possono solo affiancarsi alle Autorità pubbliche, perché per l'ordinamento costituzionale sono queste ultime a dover salvaguardare i diritti fondamentali di ogni persona[57]. In altre parole, è principalmente in ambito pubblico che ci si deve attivare per programmare e organizzare gli interventi a protezione del benessere psico-fisico di quanti vivono per strada o in luoghi del tutto inospitali[58].

[52] Va ricordato che l'attribuzione di tale compito al legislatore statale è prevista dall'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione. Su quest'importante disposizione v., fra i tantissimi, M. Luciani, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione)*, in *Pol. dir.*, n. 3/2002, 345 ss e M. Belletti, *I "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali…" alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2003, 613 ss.

[53] Così Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. ult. cit.*, 18.

[54] Aderendo a quanto sostenuto da C. Bianciardi, *Vecchi miti e nuove evidenze: come stanno cambiando o dovrebbero cambiare le strategie di presa in carico delle persone senza dimora*, in *Welfare Oggi*, n. 3/2019, 37, va anche ricordato che per la nostra classe politica «affrontare il problema della più estrema povertà in un'ottica diversa da quella del puro controllo sociale ha quasi sempre rappresentato un tema di scarso interesse».

[55] Al riguardo v. M. Hill, *Le politiche sociali*, Bologna, 1999, 45 ss. e Associazione Avvocato di strada Onlus, *Senza tetto*, cit. 14.

[56] In proposito v., fra i tanti, I. Madama, *Le politiche di assistenza sociale*, Bologna, 2010, 29 ss.

[57] Sul punto v., per tutti, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *Linee di indirizzo*, cit., 19.

[58] Come è noto, in ambito pubblico ad occuparsi del benessere psico-fisico dei soggetti in parola sono stati soltanto quei Comuni che hanno progettato, gestito ed erogato servizi volti a

Come sappiamo, nel nostro Paese si è giunti alla definizione di tali interventi nelle "Linee di indirizzo per il contrasto alla grave emarginazione adulta in Italia", che sono state adottate in sede di Conferenza Unificata nel novembre del 2015[59]. Ciò risulta evidente ove si consideri che in esse si è chiarito come lo Stato, le Regioni e i Comuni possano assicurare ai senza dimora un'adeguata assistenza sanitaria e si è arrivati alla conclusione che quest'obiettivo è raggiungibile solo se si decida di assegnare un alloggio dignitoso ad ogni persona che ne sia priva[60].

Inspirandosi alle scelte effettuate dai Paesi che meglio hanno affrontato il problema dei senza tetto[61], nel documento in esame si è, quindi, fatto presente che, per contrastare la grave emarginazione dei soggetti in questione e tutelarne la salute in maniera efficace, non basta l'adozione di misure a carattere esclusivamente emergenziale[62], ma è necessario fornire loro un'abitazione vera e propria[63].

Alla luce delle indicazioni contenute nelle Linee di indirizzo sarebbe, pertanto, fortemente auspicabile che il legislatore nazionale obblighi le Autorità competenti ad assegnare un alloggio dignitoso anche a chi non sia in grado di provvedervi in autonomia[64].

Agendo in questo modo, il nostro legislatore garantirebbe ai cittadini senza dimora la concreta possibilità di accedere alle cure in coerenza con quanto stabilito dall'art. 32 della Costituzione[65] e, aspetto non trascurabile, opererebbe

favorire l'uscita dalla povertà estrema dei loro abitanti. L'attivismo di questi enti locali non ha, comunque, garantito ai senza tetto la piena tutela della loro salute e si è tradotto, il più delle volte, in interventi di tipo emergenziale. È sotto gli occhi di tutti, infatti, che, per l'insufficiente disponibilità di risorse economiche, anche i Comuni molto attenti alle esigenze delle persone senza dimora si sono visti costretti a fornire loro solo una protezione minima e di solito legata alla necessità che condizioni climatiche estreme non ne compromettano le condizioni psico-fisiche.

[59] Il documento in esame è stato redatto dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali e la sua adozione è il risultato di un accordo tra il Governo, le Regioni, le Province autonome e le Autonomia locali. Va, poi, ricordato che questo è il primo documento di origine ministeriale espressamente dedicato alla protezione delle persone senza dimora.

[60] In argomento v., fra gli altri, L. Decembrotto, Homelessness *e possibili interventi di contrasto alla povertà estrema*, in *Lifelong Lifewide Learning (LLL)*, n. 30/2017, 46-47.

[61] Cfr. C. Cortese, a cura di, *Scenari e pratiche dell'Housing First. Una nuova via dell'accoglienza per la grave emarginazione adulta in Italia*, Milano, 2016.

[62] Così C. Bianciardi, *op. cit.*, 45.

[63] Cfr. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *op. ult. cit.*, 25 ss.

[64] Sull'opportunità di una politica della casa maggiormente inclusiva v. R. Lungarella, *Social housing: una definizione inglese di "edilizia residenziale pubblica"?* in *Istituzioni del federalismo*, n. 3-4/2010, 271 ss. e A. Pisaneschi, *Diritto all'abitazione e Housing sociale*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, 1795 ss.

[65] Cfr. P. Perlingieri, *op. cit.*, 1020 e C. Casonato, *op. cit.*, 122-123.

pure nel rispetto dell'ordinamento internazionale e della normativa europea[66]. Non sfugge, infatti, che se a livello internazionale il diritto alla casa è stato attribuito ad ogni persona dall'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, dall'art. 11 del Patto internazionale relativo ai diritti economici, culturale e sociali e dall'art. 31 della Carta sociale europea[67], nell'ambito dell'Unione Europea tale diritto è stato riconosciuto anche ai senza tetto e a quanti non dispongano di sufficienti risorse economiche dall'art. 34 della Carta di Nizza e dal paragrafo 19 del Pilastro europeo dei diritti sociali[68].

Occorre, poi, sottolineare che, agendo nel modo auspicato, il nostro legislatore avrebbe l'ulteriore merito di conformarsi alla giurisprudenza della Corte costituzionale, perché questa ha collocato il diritto all'abitazione tra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 del testo fondamentale[69] e ha ritenuto che, tra i compiti cui lo Stato non può mai abdicare, vi è quello di garantire al maggior numero possibile di persone un alloggio dignitoso[70].

[66] Al riguardo v., fra i tanti, G. Paciullo, *Il diritto all'abitazione nella prospettiva dell'housing sociale*, Napoli, 2008, 27 ss.

[67] Sulla normativa in questione v. P. Saggiani, *La tutela del diritto all'abitazione per le fasce più deboli della popolazione: tra politiche abitative esistenti e alcune proposte per il* social housing, in *Riv. dir. ec. trasp. amb*., 2019, 434 ss. e Caritas italiana, *op. cit*., 9 ss.

[68] Per un'analisi dell'art. 34 della Carta di Nizza v., fra gli altri, A. Giorgis, *Art. 34. Sicurezza sociale e assistenza sociale*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, 240 ss. Sul paragrafo 19 del Pilastro europeo dei diritti sociali v., per tutti, G. Marchetti, *La tutela del diritto all'abitazione tra Europa, Stato e Regioni e nella prospettiva del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *www.federalismi.it*, n. 4/2018, 214 ss.

[69] Va ricordato che il giudice delle leggi ha esplicitamente incluso il diritto all'abitazione tra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 della Costituzione nella sentenza n. 404 del 1988 e che nella sua giurisprudenza successiva non ha mutato orientamento. A tal riguardo v., in generale, S. Scagliarini, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2012, 1 ss.

[70] La Corte costituzionale è giunta a queste conclusioni a partire dalla sentenza n. 217 del 1988. Su tale pronuncia v., fra i tanti, G.F. Ferrari, *"Diritto alla casa" e interesse nazionale*, in *Giur. cost*., n. 2/1988, 833 ss.

Fabio Corbisiero[*]

DIALOGO INTORNO AL TEMA DELLA CITTADINANZA SESSUALE

SOMMARIO: 1. Premessa. Il valore della cittadinanza – 2. Cosa intendiamo per cittadinanza sessuale? – 3. Le sessualità non conformi hanno diritto di cittadinanza. – 4. Conclusioni.

1. *Premessa. Il valore della cittadinanza*

L'importanza del dialogo tra diritto e sociologia mi è risultato particolarmente chiaro quando, a partire da una serie di colloqui con Salvatore Prisco sul tema dell'uguaglianza come principio giuridico e sociale le nostre riflessioni hanno trovato, ormai oltre un decennio fa, un punto di convergenza sul tema della cittadinanza sessuale, soprattutto nel suo corollario delle forme familiari non standard. Ciò che secondo il Prof. Prisco era e continua ad essere un diritto a «perseguire la ricerca della felicità»[1] ha alle spalle una lunga vicenda e conosce, anche in Italia, esplicite verbalizzazioni, talvolta ambigue, di valore costituzionale che sono relativamente recenti.

Considerata la sua importanza nelle secolari vicende politico-sociali di costruzione della democrazie di tutto il mondo, il concetto di cittadinanza, nella sua espressione più generale di appartenenza di un individuo a uno Stato (con relativi diritti e doveri) è analizzato da tempo nella comunità dei sociologi. Non possiamo eludere in questo caso la riflessione sociologica di Marshall che definisce la cittadinanza come «uno status che viene conferito a coloro che sono membri a pieno diritto di una comunità. Tutti quelli che posseggono questo status sono uguali rispetto ai diritti e ai doveri ad esso relativi»[2].

A partire dall'Occidente greco e romano fino ad arrivare ai giorni nostri le comunità, soprattutto quelle urbane, hanno storicamente evocato, realizzato e sostenuto il modello di cittadinanza. L'idea greca di cittadinanza era comunitaria: metteva in rilievo l'appartenenza alla collettività e la partecipazione individuale alle cariche politiche tale che i cittadini partecipavano alla vita della città come governanti e come governati. Nell'impero romano la cittadinanza

[*] Professore associato di "Sociologia dell'ambiente e del territorio" – Università degli Studi di Napoli Federico II.

[1] S. PRISCO, *Una nuova problematica frontiera dell'uguaglianza*, in F. Corbisiero (a cura di), *Comunità omosessuali. Le scienze sociali sulla popolazione LGBT*, Milano, 2013.

[2] T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, Roma-Bari, 2002 (ed. or. 1950), 28-29.

divenne un'istituzione sempre più astratta e formale. A mano a mano che l'impero di Roma si estendeva, fino a comprendere popolazioni diverse sparse su vasti territori, divenne sempre più difficile ingenerare nella comunità politica il senso di uno scopo condiviso da tutti, com'era stato possibile quando lo Stato si limitava alla sola città di Roma.

In effetti, anche la stessa moderna concezione della cittadinanza che abbiamo da poco richiamato come mero *status* socio-giuridico mantenuto sotto l'autorità di uno Stato è stata contestata, modificata e anche ampliata per includere varie lotte politiche e sociali di riconoscimento e redistribuzione dei diritti e dei doveri come istanze di rivendicazione e quindi, per estensione, di cittadinanza. Di conseguenza, le lotte basate sull'identità e sulla differenza sociale (sessuali, "razziali", etniche, diasporiche, ecologiche, tecnologiche o cosmopolite) hanno trovato nuovi modi per articolare le loro rivendicazioni nel senso di un modello di cittadinanza intesa non semplicemente come uno status giuridico ma come riconoscimento politico, sociale, morale ed economico.

Da qui l'aumento, soprattutto a partire dagli albori del XXI secolo, del numero di studiose/i che lavorano all'interno di gruppi e studi femministi, studi LGBTQIA+, studi africani, studi sulla diaspora, studi postcoloniali, studi razziali ed etnici, studi urbani e di comunità, studi sull'immigrazione o studi ecologici che esplorano e affrontano i concetti di cittadinanza sessuale, cittadinanza ecologica, cittadinanza diasporica, cittadinanza differenziata, cittadinanza multiculturale, cittadinanza cosmopolita e via dicendo. Questo insieme di studi e di riflessioni sul concetto di cittadinanza *latu sensu*, presi insieme, hanno già avuto un impatto sul pensiero e sulla pratica sociale nelle politiche costituzionali e governative[3].

Se la definizione di cittadinanza risulta tradizionalmente sedimentata in ambito giuridico – o si è cittadini o non lo si è – non è così in sociologia, dove le cose non paiono altrettanto stabili. Con cittadinanza s'intende infatti, di volta in volta, lo *status* del soggetto, il corpo dei diritti e dei doveri che gli spettano, le pratiche da questi poste in essere, la sua capacità d'azione, la sua attitudine alla partecipazione e alla vita di comunità, la sua lealtà verso le istituzioni, la condivisione dello Stato come bene pubblico oppure, più semplicemente, il civismo.

Da una parte, insomma, si indicano le garanzie del cittadino, dall'altra se ne sottolinea il legame con la collettività. Sociologicamente, rispetto al concetto di cittadinanza formalizzato in chiave giuridica diventa fondamentale l'aggancio dello *status* di cittadino all'interno di una comunità umana; un riconoscimento non solo della residenza o della nascita o della acquisita cittadinanza rispetto

[3] F. Corbisiero, S. Monaco, *Manuale di studi LGBTQIA+*, Torino, 2024.

ad un determinato territorio o Stato, evento da cui discendono diritti e doveri, ma anche un riconoscimento dell'appartenenza a valori, lingue e culture. Un *ethos* comune insomma.

Se la concessione della cittadinanza formale è di natura istituzionale, la concreta "azionabilità" della cittadinanza è di matrice socio-culturale. Queste due dimensioni si riferiscono al reale godimento delle garanzie inerenti lo status di cittadinanza che dipende strettamente dalla posizione economica, dalle risorse culturali, dalle varie competenze, ma anche dal genere e dall'appartenenza etnica del soggetto[4].

La definizione sociologica di cittadinanza possiede allora un importante significato sociale: essa corrisponde ad uno status individuale ugualitario e si fonda su un set di valori comuni di appartenenza a uno Stato, a un territorio, a una comunità, contribuendo a dar forma all'agire sociale. Letta in questa chiave la cittadinanza ci induce a percepire le società nella loro vera essenza: un contesto di individui che si intersecano in gruppi comunitari territorialmente costituiti. La cittadinanza dà quindi luogo ad un legame che riguarda la società nel suo insieme e che, creando un rapporto tra lo Stato e il soggetto, mette in relazione istituzioni, collettività, persone e territori. Seguendo questo filo analitico, la famiglia "classica", quella formata da partner di sesso diverso ed eterosessuali, tende a de-istituzionalizzarsi, con relazioni «continuamente rinegoziabili» e al limite recidibili. In tal senso la cittadinanza sessuale cambia anche il senso del vincolo genitore-figlio e assume una nuova valenza, in quanto permette di poter definire la famiglia e riconoscerla come soggetto sociale, facendo leva su una relazione che faccia del legame di convivenza un'istituzione. In questa ottica, la storia generazionale, il succedersi delle generazioni, appaiono non più centrati sul patto coniugale ma su relazioni che prescindono da contratti di natura istituzionale.

In questo contributo l'attenzione è focalizzata sull'ormai crescente significato sociale e politico del concetto di cittadinanza sessuale e le sue implicazioni dell'accesso o dell'esclusione da determinati diritti sulla base della identità sessuale. Tale concetto sarà qui utilizzato per riferirsi specificamente ai diritti sessuali concessi o negati alle persone LGBTQIA+ sulla base di un processo storico di istituzionalizzazione del patriarcato e dell'eterosessualità. In questo senso, seguendo Evans[5], concettualizzeremo la cittadinanza sessuale in termini di diversi gradi di accesso a un insieme di diritti all'espressione e alle relazioni

[4] L. Baglioni, *Sociologia della cittadinanza. Prospettive teoriche e percorsi inclusivi nello spazio sociale europeo*, Soveria Mannelli, 2009, 44-45.

[5] D.T. Evans, *Sexual Citizenship. The Material Construction of Sexualities*, London, 1993, 1-185.

sessuali. In sintesi ci chiederemo: in che modo le varie forme di status di cittadinanza dipendono dalla sessualità di una persona?

2. *Cosa intendiamo per cittadinanza sessuale?*

In chiave sociologica la cittadinanza si caratterizza per essere un fenomeno processuale, ambivalente e conflittuale che si è modificato nel corso dei secoli sotto la spinta di ribellioni, rivolte e rivoluzioni sociali. Secondo Marshall[6] la cittadinanza ha giocato, soprattutto nell'Occidente democratico, un ruolo importante nell'allargamento progressivo del godimento dei diritti soggettivi; da quelli civili, politici fino a quelli sociali.

Tale avanzamento ha progressivamente prodotto categorie di esclusi e individui marginalizzati che hanno lottato (e ancora continuano a farlo) per rivendicare i diritti di piena cittadinanza: «acquisire la cittadinanza è un processo senza fine di lotta contro le esclusioni antidemocratiche»[7].

La prima dimensione del conflitto in relazione ai diritti di cittadinanza, riguarda il criterio di attribuzione dello status di cittadino, che nel corso del tempo ha visto criteri più o meno rigidi di esclusione e di costruzione dell'"altro", sia esterno che interno. I criteri di attribuzione della cittadinanza costituiscono un fronte caldo di conflitto fra chi reclama il diritto ad entrare nella comunità dei cittadini e chi si oppone a tale richiesta. Altrettanto caldo risulta il fronte interno, con riferimento alla stratificazione del pieno godimento dei diritti di cittadinanza secondo una gradualità che identifica ampie zone di marginalizzazione, e di cosiddetti "cittadini dimezzati" o "falliti"[8]. La modulazione interna dei diritti di cittadinanza, con la relativa gerarchizzazione dei cittadini, mette in discussione la contrapposizione tra interno/esterno, cittadini/non cittadini, autoctoni/immigrati.

In definitiva, il dibattito sulla cittadinanza in risposta alle nuove complessità delle società contemporanee ha imposto di riflettere sui limiti, i confini e gli (s)confinamenti della/nella cittadinanza[9]. Sotto questa angolazione critica la definizione giuridica di cittadinanza rivela aspetti rigidi e manifesta limiti; è in questo limite che si insinua l'analisi sociologica della cittadinanza che, attraverso la lente della sessualità e del genere, ne muta i confini fluidificando e allargando la definizione.

[6] T.H. Marshall, *op. ult. cit.*

[7] A. Ong, *Da rifugiati a cittadini. Pratiche di governo nella nuova America*, Milano, 2005, 20.

[8] I. Tyler, *Designed to fail. A biopolitics of British citizenship*, in *Citizenship Studies*, vol. 14, n. 1, 2010, 61-74.

[9] F. Monceri, F. Corsini, *Schegge di genere. Dagli stereotipi alla cittadinanza*, Pisa, 2012.

In un articolo pionieristico della fine degli anni Novanta la sociologa femminista Diane Richardson[10] scriveva che l'idea di cittadinanza – concetto chiave alla base della moderna teoria sociale – non ha prestato sufficiente attenzione né al genere né alla sessualità. In Italia, ad esempio, fino al 1948, anno di entrata in vigore della Costituzione Italiana, le donne non avevano il diritto di trasmettere la cittadinanza ai propri figli. Benché la sentenza della Corte Costituzione del 1983 affermi l'incostituzionalità di tale norma, ancora oggi restano irrisolti i casi di figli nati prima del 1948 da madre cittadina. Inoltre, la legge sulla cittadinanza fino al 1983, non solo non permetteva al coniuge di una donna italiana di acquisire automaticamente la cittadinanza della moglie, così come avveniva per le donne straniere che sposavano uomini italiani, ma addirittura prevedeva la perdita automatica della cittadinanza per la donna italiana sposata con un partner straniero. Tale disparità di genere è stata depennata solo nel 1983, quando venne stabilito un regime uniforme fra i sessi di naturalizzazione agevolata per i entrambi i coniugi[11].

Questo approccio alla cittadinanza attraverso la lente del genere mette a nudo il deficit del concetto di cittadinanza giuridicamente sviluppato ponendo, ancora una volta, l'accento sul ruolo della donna attraverso cui si materializza la minaccia esterna alla coesione e alla purezza del gruppo nazionale[12]. Le donne diventano soggetti che riproducono i confini nazionali all'interno della nazione[13] e per questo sottoposte al controllo dello Stato.

Il limite del concetto di cittadinanza come si è andato storicamente definendo è, quindi, il non aver problematizzato gli assunti storico culturali da cui è derivato, l'aver presupposto un certo modello di cittadino/a, un tipo di uomo le cui caratteristiche precipue (sesso, genere, "razza", etnìa, abilità), seppur implicite, hanno costituito un punto di partenza obbligato per definire i confini dell'appartenenza, dei diritti e della partecipazione. Il concetto di cittadinanza si presenta come dunque come "sfuggente e implica l'inclusione di alcuni gruppi e l'esclusione di altri"[14].

Altri autori hanno evidenziato come nel corso del tempo la cittadinanza centrata sullo sviluppo dei sistemi democratici occidentali sia diventato un modello non tanto politico-giuridico quanto ideologico nella ridefinizione dei rapporti di potere internazionali e nella riscrittura della geopolitica globale. La

[10] D. Richardson, *Sexuality and Citizenship*, in *Sociology*, vol. 32, n. 1, 1998.

[11] D. Memmo, *Cittadini e stranieri nel diritto privato nella modernità*, Torino, 2012.

[12] V. Stolcke, *Talking culture. New boundaries, new rhetorics of exclusion in Europe*, in *Current Anthropology*, vol. 41, n. 1, 2000, 7-31

[13] N. Yuval-Davis, *Women, Citizenship and Difference*, in *Feminist Review*, vol. 57, n. 1, 1997, 4-27.

[14] G. Moro, *Cittadinanza*, Milano, 2020, 148.

cittadinanza di tipo occidentale soprattutto nella sua aggettivazione legata al diritto privato, e quindi anche la cittadinanza sessuale, è diventato uno strumento di costruzione di nuovi imperialismi e di politiche post-coloniali[15].

3. *Le sessualità non conformi hanno diritti di cittadinanza*

La connotazione della cittadinanza in termini di identità sessuali, soprattutto in termini di concessione dei diritti e dei doveri legati a corpi, generi e orientamenti sessuali (dall'età del consenso per rapporti sessuali alla maternità surrogata) è legato all'emergere sulla scena sociale di quelle che sociologicamente definiamo "soggettività non conformi". Si tratta di persone con identità sessuali che non necessariamente o provocatoriamente vogliono o possono essere assoggettate ad aspettative sociali legate ai genere e agli orientamenti sessuali. Sono "sessualità" storicamente marginalizzate, reclamanti diritti, che ha portato ad interrogarci su come ricomprendere nella cittadinanza tutte le persone LGBTQIA+.

A partire dagli studi pioneristici sull'argomento[16] tale riflessione ha contribuito in modo sostantivo ad una riflessione profonda, ancora in corso, tra gli scienziati sociali e politici, spingendo verso un allargamento della lente sul tema della cittadinanza. In generale la riflessione sulla ricaduta delle prassi e delle politiche sessuali nella riconfigurazione stessa della cittadinanza si è rapidamente ampliata investendo campi disciplinari diversi. Se il merito di aver sviluppato il concetto di cittadinanza sessuale o intima spetta ad alcuni sociologi[17]. Altre discipline (dalle scienze politiche, alla geografia umana e agli studi queer) hanno contribuito all'affermazione di tale campo di studio, che ha avuto nellariflessione di stampo femminista[18] un antecedente fondamentale.

Il concetto di cittadinanza sessuale è fondamentale nella generale ridefinizione del pensiero sulla cittadinanza nella misura in cui costringe a riflettere uno Stato (e le sue comunità) sulla sessuazione e sulla vita intima dei suoi cittadini. Sotto questa prospettiva analitica l'eteronormatività e l'eterosessualità non sono più la cifra distintiva del concetto di cittadinanza ovvero dispositivi

[15] D. Richardson, *Rethinking Sexual Citizenship*, in *Sociology*, vol. 51, n. 2, 2017, 208-224; V. Mackie, *Rethinking sexual citizenship. Asia-Pacific perspectives*, in *Sexualities*, vol. 20, n. 1-2, 2017, 143-158; T. Chiappelli, E. Bernacchi, *Genere e generazioni. Forme di attivismo femminista e antirazzista delle nuove generazioni con background migratorio*, Milano, 2024.

[16] D.T. Evans, *op. ult. cit.*; D. Richardson, *Sexuality and Citizenship*, cit.

[17] K. Plummer, *Intimate citizenship. Private decisions and public dialogues*, Seattle-London, 2003; J. Weeks, *The Sexual Citizen*, in *Theory, Culture & Society*, vol. 15, n. 3-4, 1998, 35-52.

[18] C. Pateman, *The sexual contract*, Stanford, 1988.

di privilegio e di esclusione di soggetti con sessualità non normative ma, al contrario, rappresentano un deficit di democrazia[19].

La costruzione sociale del concetto di cittadinanza si è sedimentata per decenni intorno alla definizione di maschio etero, naturalizzandone le caratteristiche e incorporandole oltre che nei discorsi e nella pratica sociale quotidiana anche nelle leggi dello Stato. In questo modo l'eterosessualità rivela la propria natura escludente spingendosi fino alla criminalizzazione di particolari tipi di espressioni sessuali o di comportamenti "non conformi". Oggigiorno il riconoscimento, in molti Stati dell'Occidente democratico, dei matrimoni o della genitorialità tra persone dello stesso sesso, porta a dover rivedere questo punto, sebbene il principio eteronormativo continui a definire saldamente la base ideologica di costruzione delle identità nazionali anche negli stati in cui tali diritti sono saldamenti presenti nella legislazione[20]. Anzi negli ultimi anni il riconoscimento e l'attenzione per soggetti sessualmente non normativi è entrato nella costruzione di nuove forme di nazionalismo di tipo islamofobico e di nuovo orientalismo. I nuovi nazionalismi euroccidentali, soprattutto dei paesi del Nord Europa e degli Stati Uniti, utilizzano i diritti LGBTQIA+ come strumento per produrre differenze tra nazioni tra chi, come l'occidente è dalla parte giusta della società e chi continua a mantenersi un una zona liminale[21]. Siamo davanti alla frontiera dell'omonazionalismo. In questo quadro le riflessioni di Salvatore Prisco hanno dato rilievo al deficit normativo di supporto al godimento dei diritti di cittadinanza delle identità sessuali non standard. Il dubbio posto da Salvatore è relativo al livello di "copertura" normativa nazionale e regionale nell'ambito italiano soprattutto delle famiglie omogenitoriali, ove si ritenesse di potere superare in via interpretativa la riserva alla legge esclusiva dello Stato delle leggi in materia di "cittadinanza". Il focus del suo discorso è squisitamente pragmatico: questi nuclei familiari hanno di diritto all'assegno di cura per la convivenza con familiare disabile, all'accesso alla mediazione familiare o alla graduatoria per gli asili-nido?[22]

4. *Conclusioni*

Nello scegliere l'argomento dello scritto da dedicare all'opera di Salvatore Prisco, l'opzione è andata al tema della cittadinanza nel suo corollario legato

[19] F. Corbisiero, S. Monaco, *Città arcobaleno. Una mappa della vita omosessuale in Italia di oggi*, Roma, 2017.

[20] V. Mackie, *op. ult. cit*.; T. Dreher, *The 'uncanny doubles' of queer politics. Sexual citizenship in the era of same-sex marriage victories*, in *Sexualities*, vol. 20, n. 1-2, 2017, 176-195.

[21] J.P. Puar, *Terrorist Assemblages. Homonationalism in Queer Times*, Durham, 2013.

[22] S. Prisco, *Amore che vieni, Amore che vai. Giurisprudenza costituzionale e unioni omosessuali*, Napoli, 2013

alla sessualità. Tema al quale ho indirizzato i miei studi da ricercatore prima e quelli di professore poi, stimolato nella prima di queste due fasi accademiche da Salvatore Prisco che ai diritti fondamentali delle persone LGBTQIA+, soprattutto alle aggregazioni familiari non tradizionali[23], ha destinato gli ultimi anni del suo illustre servizio da professore universitario.

Attraverso il concetto di cittadinanza sessuale la ricerca sociale ha potuto decifrare il carattere sessuato dei diritti di cittadinanza, cogliendo le interazioni tra politiche sociali, relazioni di genere e famiglia e problematizzando «le routine, i rituali, le norme e le abitudini quotidiane attraverso le quali i soggetti diventano cittadini»[24]. Come si è tentato di mostrare, concentrare l'attenzione sull'analisi della cittadinanza sessuale incontra l'esigenza di sintesi sociologica orientata alla comprensione simultanea dei diversi livelli dell'azione umana legata alla trasformazione delle identità sessuali e a quello della tipologia familiare.

Più specificamente, si ritiene che la cittadinanza sessuale rappresenti un tipo di "figurazione" estremamente complessa che nel suo insieme va a cogliere l'essenza della vita intima delle persone che animano le società. Nella declinazione sociologica della cittadinanza (sessuale) si deve tener conto di una realtà processuale, fortemente interattiva e in costante mutamento in cui il soggetto è necessariamente portato a relazionarsi con il contesto socio-culturale che, talvolta, rincorre, superandolo, lo Stato.

[23] S. Prisco, *Una nuova problematica*, cit.

[24] E.F. Isin, *Citizenship in Fluz. The Figure of Active Citizen*, in *Subjectivity*, vol. 29, 2009, 367-388

Matteo Cosulich[*]

ELEZIONE DIRETTA DEL VERTICE DELL'ESECUTIVO E RUOLO DELL'ASSEMBLEA: UNA LEZIONE DAI CONSIGLI REGIONALI?

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'elezione popolare diretta dei Presidenti delle Regioni ordinarie: una nuova forma di governo. – 3. Il mutamento della forma di governo: dall'assemblearismo … . – 4. *Segue.* … all'iperpresidenzialismo? – 5. L'odierno ruolo del Consiglio regionale. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Nel quadro della sua attenta, puntuale e approfondita riflessione sulla forma di governo, Salvatore Prisco in un recente saggio si sofferma sulle possibili conseguenze dell'introduzione dell'elezione popolare diretta del capo del Governo; fra queste, evidenzia soprattutto «l'abbassamento del baricentro fiduciario», vale a dire la circostanza che esso diverrebbe il «frutto di un collegamento tra Primo ministro e corpo elettorale, di cui il Parlamento prende atto». Ne conseguirebbe una «depressione della rappresentanza», quale può oggi facilmente constatarsi a livello substatale, dove alle assemblee «rimane ben poco da fare», salva la possibilità di «sfogarsi solo suicidandosi», secondo la nota logica del *simul stabunt simul cadent*[1].

L'A. sembra quindi invitarci a riflettere sul d.d.l. cost. n. 935[2], notoriamente introduttivo dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio e attualmente (maggio 2024) all'esame dell'aula del Senato[3]; riflessione da svolgersi anche alla luce degli effetti che analoghe modalità di elezione hanno comportato per gli organi assembleari di altri enti territoriali che costituiscono la Repubblica, *ex* art. 114, co. 1 Cost.

In questa sede, si intende raccogliere l'invito qui sopra richiamato, analizzando il mutato ruolo del Consiglio regionale nell'ambito della forma di go-

[*] Ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Trento, matteo.cosulich@unitn.it.

[1] S. PRISCO, *Forse la volta buona? Istruzioni scettiche per riforme costituzionali (e non solo) finalmente condivise*, in *federalismi.it*, 7 giugno 2023, 9, al sito internet *www.federalismi.it*.

[2] Senato della Repubblica, XIX legislatura, d.d.l. cost. 15 novembre 2023, n. 935, d'iniziativa governativa, «Modifiche agli artt. 59, 88, 92 e 94 Cost. per l'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri, il rafforzamento della stabilità del Governo e l'abolizione della nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica».

[3] Si veda il sito internet *www.senato.it*.

verno delle Regioni, a seguito dell'introduzione dell'elezione diretta del loro Presidente. Fra i vari enti substatali nei quali il vertice dell'esecutivo è (Comuni e Regioni) o era (Province)[4] eletto direttamente dal popolo, la Regione sembra costituire il caso più significativo, ai fini di una sua comparazione con l'analoga disciplina statale *de iure condendo*, vale a dire attualmente soltanto oggetto di dibattito parlamentare. È infatti agevole constare come, fra le assemblee dei vari enti substatali, i Consigli regionali siano quelle che più si avvicinano alle camere del Parlamento, non foss'altro perché soltanto agli uni e alle altre è costituzionalmente attribuita la funzione legislativa (art. 121, co. 2 e art. 70 Cost.).

2. *L'elezione popolare diretta dei Presidenti delle Regioni ordinarie: una nuova forma di governo*

Un quarto di secolo è oramai trascorso dall'adozione della legge costituzionale 22 novembre 1999, n. 1. Dopo tanti anni, è più agevole osservarla con un certo distacco e interrogarsi sugli effetti che ha prodotto. A tal fine, un utile punto di partenza può essere la constatazione che la revisione del titolo V del 1999 presenta uno iato fra apparenza e sostanza, evidente forse sin dall'inizio, ma certamente ben visibile oggi.

Come emerge dallo stesso titolo della legge cost. n. 1 del 1999 («Disposizioni concernenti l'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e l'autonomia statutaria delle Regioni»), il suo oggetto interessa fondamentalmente due ambiti. Anzitutto, alle Regioni ordinarie viene attribuita l'autonomia statutaria. Più specificamente, lo Statuto della Regione diviene un atto inequivocabilmente regionale[5], nella forma di legge regionale rinforzata nel procedimento di adozione[6] che, in significativa parziale analogia con l'art. 138 Cost., richiede, da un lato, una doppia deliberazione del Consiglio regionale a maggioranza assoluta «ad intervallo non minore di due mesi» (art. 123, co. 2, primo periodo

[4] È noto infatti che la legge 7 aprile 2014, n. 56 ha abbandonato l'elezione diretta del Presidente della Provincia (introdotta dalla legge 25 marzo 1993, n. 81) che risulta ora «eletto dai Sindaci e dai consiglieri dei Comuni della Provincia» (art. 1, co. 58 legge n. 56). Quanto alle Città metropolitane, la medesima legge n. 56 dispone che «il Sindaco metropolitano è di diritto il Sindaco del Comune capoluogo» (art. 1, co. 19), a meno che lo statuto della Città metropolitana non ne preveda l'elezione diretta che può introdursi seguendo una complessa procedura (art. 1, co. 22), sinora mai portata a termine con successo.

[5] Sebbene la dottrina prevalente considerasse atti regionali anche gli Statuti adottati in base all'art. 123, co. 2 Cost., testo originario (così, per tutti, V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, *L'ordinamento costituzionale italiano*, 5 ed., Padova, 1984, 108), non mancavano voci autorevoli che li consideravano invece atti statali (L. Paladin, *Diritto regionale*, 5 ed., Padova, 1992, 58).

[6] Sulle leggi rinforzate vedi F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 3 ed., 2019, 94-95.

Cost.), e prevede, dall'altro, un eventuale *referendum* confermativo (od «oppositivo», secondo una denominazione più coerente con la *ratio* dell'istituto)[7], *ex* art. 123, co. 3 Cost. Inoltre, il contenuto dello Statuto regionale, espressamente limitato dalla sola «armonia con la Costituzione», è sindacabile dallo Stato esclusivamente in sede di controllo di legittimità costituzionale, che il Governo può attivare ricorrendo alla Corte costituzionale (art. 123, co. 2, terzo periodo Cost.). Lo Statuto ha peraltro un contenuto necessario, nell'ambito del quale spicca la determinazione della «forma di governo»[8], in quanto essa fino ad allora era direttamente e uniformemente definita, almeno nei suoi tratti essenziali, dalla Costituzione (in particolare: art. 122, u.co. Cost., testo originario).

Alla luce della vigente disciplina costituzionale, le Regioni ordinarie risultano quindi essere titolari di autonomia statutaria, anche con riferimento alla loro forma di governo. Tuttavia, la considerazione ora proposta sembra suffragata dalla lettera del (solo) testo costituzionale. Sebbene anche quest'ultimo riveli un *favor* per l'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale (laddove, all'art. 122, u.co., la dà in qualche modo per scontata, «salvo che lo Statuto disponga diversamente»), tale *favor* emerge soprattutto da altre disposizioni di grado costituzionale, ma non incluse nel testo della Costituzione. Così l'art. 5 legge cost. n. 1 del 1999, sotto la rubrica di «Disposizioni transitorie», prevede – in attesa dell'eventualmente difforme disciplina regionale – l'elezione popolare diretta del Presidente della Giunta, contestuale a quella del Consiglio regionale e, al pari di quest'ultima, ivi compiutamente e dettagliatamente disciplinata. La disciplina transitoria in discorso risulta così immediatamente applicabile, anche in caso di inerzia del legislatore della Regione, con buona pace dell'autonomia statutaria di quest'ultima.

Certo, potrebbe ribattersi che la disciplina transitoria è appunto destinata a vigere sinché la Regione non disponga, eventualmente e legittimamente, anche in modo nettamente difforme. Tuttavia, questo ragionamento pecca di astrattezza, in quanto ignora il contesto in cui la disciplina transitoria si inserisce. Occorre invece rammentare che, quando entra in vigore la legge cost. n. 1 del 1999, i sistemi politici delle Regioni ordinarie si erano già rimodellati secondo la logica dell'elezione popolare diretta del Presidente della Giunta, surrettiziamente introdotta dalla legge 24 febbraio 1995, n. 43. La novella apportata da

[7] S. Panunzio, *Riforma delle istituzioni e partecipazione popolare*, in *Quad. cost.*, 1992, 556. Nella stessa direzione, ragiona di «marcata valenza oppositiva» del *referendum* costituzionale M. Luciani, in *Commentario della Costituzione*, sub *art. 75*, Bologna-Roma, 2005, 450.

[8] Viene così importata nel testo costituzionale una nozione di chiara matrice dottrinale, con tutta l'ambiguità semantica e concettuale che ne consegue; ambiguità accettabile in dottrina, ma assai meno nel diritto positivo (si veda M. Luciani, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, *Ann.*, III, 2010, 580).

quest'ultima alla legislazione elettorale regionale implicitamente considerava il capolista della lista regionale, il cui nominativo era indicato sulla scheda elettorale (art. 2), come candidato alla presidenza della Giunta, beneficiario di un premio in termini di seggi che gli assicurava la maggioranza nel Consiglio (artt. 1 e 3), chiamato in buona sostanza a ratificare la designazione del corpo elettorale. Per di più, forzando un poco il testo costituzionale allora vigente, la legge n. 43 prevedeva che la durata della legislatura si sarebbe accorciata se fosse venuto meno il rapporto fiduciario tra Consiglio e Giunta (art. 8). La legge cost. n. 1 del 1999, dunque, sistematizza – e costituzionalizza – il sistema implicitamente introdotto dalla legge n. 43, allora già pienamente operante.

I Consigli regionali chiamati a decidere sulla forma di governo in sede di adozione dello Statuto sono quindi formati con modalità di elezione che già vedono nella scelta del Presidente della Giunta il cardine del sistema elettorale; modalità che l'art. 5 legge cost. n. 1 del 1999 rafforza e perpetua. Determinare la forma di governo della Regione *ex* art. 123, co. 1 Cost. non equivale dunque per il Consiglio regionale a scrivere su un foglio bianco. Il foglio reca invece già ben scritta l'indicazione dell'elezione diretta del Presidente, che, in caso di inerzia del Consiglio, continua ad applicarsi. Alla maggioranza dei consiglieri regionali, eletti sulla base del premio assegnato al candidato Presidente più votato, si chiederebbe nientemeno che di rinnegare il sistema che li ha portati sui banchi del Consiglio. Eventualità assai improbabile; tanto è vero che non si è mai verificata.

Per di più, l'opinione pubblica sembra(va) subire la fascinazione dell'elezione diretta, forse anche sulla scorta di quella introdotta qualche anno prima per i Sindaci e per i Presidenti delle Province (legge n. 81 del 1993) che, per una breve stagione, parve in grado di favorire la scelta di personalità estranee agli apparati di partito, non molto popolari in quel periodo. Al di là dell'entusiasmo che da allora numerosi e vari ambienti politici e intellettuali manifestano per l'elezione diretta dei titolari di organi monocratici, una – pur assai limitata nello spazio e piuttosto risalente nel tempo – conferma empirica del *favor* di cui gode nel nostro paese detta elezione può ricavarsi dall'esito del *referendum* friulano giuliano del settembre 2002, quando il corpo elettorale regionale respinse, con il 73,6% dei voti validi (peraltro, su appena il 23,1% di votanti), la deliberazione legislativa statutaria volta a sostituire l'elezione diretta del Presidente della Regione con la sua mera indicazione da parte degli elettori, eventualmente superabile dal Consiglio regionale[9].

[9] Vedi S. MANNOZZI, *I* referendum *regionali*, in *Primo rapporto annuale sullo stato del regionalismo in Italia (2002)*, Milano, 2003, 276-277.

In conclusione, può reputarsi che il vero oggetto della legge cost. n. 1 del 1999 fosse l'introduzione dell'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e della connessa forma di governo, non per nulla definita curiosamente «normale» dallo stesso giudice costituzionale (sent. n. 2 del 2004, punto 4. *in diritto*)[10]. Rispetto a tale introduzione, l'autonomia statutaria delle Regioni ordinarie relativamente alla determinazione della propria forma di governo era soltanto una maschera per nascondere il volto dell'elezione popolare diretta del Presidente: la scelta regionale era stata anticipata dal legislatore statale (ordinario nel 1995, costituzionale nel 1999) e risulta(va) fattualmente irreversibile. Vero è che il testo costituzionale permette tuttora al legislatore regionale statutario di abbandonare l'elezione diretta del Presidente della Regione a favore di quella consiliare, ma sinora nessuna Regione ordinaria ha neppure iniziato a percorre questo impervio sentiero.

3. *Il mutamento della forma di governo: dall'assemblearismo…*

La revisione costituzionale del 1999 equivale dunque alla sostituzione del Consiglio regionale con il corpo elettorale corrispondente per l'elezione del Presidente della Giunta regionale. La legge cost. n. 1 del 1999 prevede inoltre una panoplia di istituti che, combinandosi con la diretta legittimazione popolare del Presidente, danno vita a una forma di governo connotata dalla sua assoluta preminenza.

Nel 1999, dunque, mutano sia la modalità di elezione del Presidente della Giunta sia la forma di governo regionale, come disciplinata da disposizioni di grado costituzionale (ancorché sedicenti «transitorie», nella nuova normativa, come si è visto). Il passaggio in esame apparirebbe certamente più rassicurante se si potesse pianamente inserire nell'ambito della forma di governo parlamentare. Pare però lecito esprimere qualche perplessità sul punto. O meglio, sembra potersi giungere a tale conclusione soltanto se si reputa di essere in presenza di una forma di governo parlamentare ogni volta che sia previsto un rapporto fiduciario tra il Parlamento e il Governo (o, più genericamente detto, ogniqualvolta il primo possa determinare la cessazione del secondo per ragioni esclusivamente politiche). Ma l'affermazione ora riportata sembra provare troppo, in quanto comporterebbe di includere nella forma di governo parlamentare anche ordinamenti, come quello della V Repubblica francese, pacificamente ricondotti ad altra forma di governo (di solito, quella semipresidenziale), distinta dalla prima[11]. La forma di governo parlamentare sembra

[10] Così anche, più recentemente, Corte cost., sent. n. 203 del 2023, punto 5. *in diritto*.
[11] Così già L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, 644.

piuttosto richiedere non solo la sussistenza del rapporto fiduciario ma anche l'inserimento di quest'ultimo in un contesto istituzionale caratterizzato dalla «"derivazione" del potere esecutivo (il Governo), dal potere legislativo-rappresentativo (il Parlamento o una delle Camere di cui esso è composto)»[12]; di norma, è inoltre previsto il potere di scioglimento anticipato delle Camere elettive (o della Camera elettiva) in genere affidato, più o meno formalmente, al Capo dello Stato, che si colloca in posizione di alterità sia rispetto all'esecutivo sia rispetto al legislativo.

Neppure la forma di governo regionale originariamente disciplinata dalla Costituzione pare del tutto riconducibile a quella parlamentare. Vi si registra invece un predominio dell'assemblea (Consiglio regionale) più marcato di quello che abitualmente le è proprio nella forma di governo parlamentare. Così il Consiglio, unica assemblea nell'ambito di un Parlamento regionale monocamerale, elegge – si badi, esclusivamente «tra i suoi componenti» – «il Presidente ed i membri della Giunta» (art. 122, co. 5 Cost., testo originario). Dopo averli eletti, il Consiglio può sostituirli in ogni momento, come si induce dalla lettera dell'art. 126, co. 1 Cost. testo originario[13], mentre il Consiglio rimane pienamente in carica, procedendo appunto alla sostituzione in discorso. L'esecutivo regionale nasce così nel Consiglio e dal Consiglio, senza alcuna previa designazione.

Il Presidente della Giunta e quest'ultima non vengono infatti designati dal Presidente della Regione, che d'altra parte non può essere ricostruito come organo in qualche modo analogo al Presidente della Repubblica[14]. Mentre questi può, in varia misura, condizionare le scelte parlamentari, anche nella formazione del Governo, nulla del genere è concepibile a livello regionale. Il Presidente della Regione è il Presidente della Giunta regionale; come tale, dunque, eletto dal Consiglio regionale e sostituibile da quest'ultimo a suo piacimento. Il che evidentemente esclude la possibilità che il Presidente, nella sua qualità di Presidente della Regione, possa assumere una posizione di alterità rispetto al Consiglio. Tanto è vero che non è previsto l'istituto dello scioglimento anticipato di quest'ultimo da parte del Presidente della Regione, come sarebbe lecito aspettarsi in una forma di governo parlamentare[15]. Lo scioglimento del

[12] M. Olivetti, *Forme di Stato e forme di governo*, in *Enc. giur.*, VI, Il Sole 24 ore, 2007, 517.

[13] «Il Consiglio regionale può essere sciolto, quando (…) non corrisponda all'invito del Governo di sostituire la Giunta o il Presidente».

[14] Così, condivisibilmente, S. Bartole, *Giunta regionale*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, 22.

[15] È noto che sono rarissimi i casi nei quali l'adozione della forma di governo parlamentare non si accompagna alla previsione dell'istituto dello scioglimento anticipato della Camera elettiva o delle Camere elettive (in tal senso può menzionarsi l'esempio della Costituzione norvegese del 1814).

Consiglio è invece rimesso allo Stato come strumento di controllo sull'organo regionale (art. 126 Cost., testo originario).

A ben vedere, la Giunta regionale e il suo Presidente non vengono neppure genericamente designati dal corpo elettorale che si limita a eleggere il Consiglio con modalità proporzionali, disciplinate dalla legge 17 febbraio 1968, n. 108 (nel testo in vigore sino al 1995), legge statale adottata *ex* art. 122, co. 1 Cost., testo originario[16]. Modalità tali, dunque, da rimettere quasi sempre la scelta del Presidente e dei componenti la Giunta alle forze politiche presenti in Consiglio, sulla base degli instabili equilibri che la ripartizione proporzionale dei seggi tende a determinare fra di esse.

Quanto alle funzioni del Consiglio, è assai significativo che gli spettino tutte quelle normative. Più specificamente, esso ha il monopolio della produzione degli atti normativi regionali, siano essi legislativi (in assenza di atti della Giunta aventi forza e valore di legge) o regolamentari, *ex* art. 121, co. 2, primo periodo Cost., testo originario.

D'altra parte, gli stessi Statuti regionali ordinari adottati nel 1970-1971, nell'integrare le menzionate indicazioni costituzionali, stabilendo, «in armonia con la Costituzione e con le leggi della Repubblica», «le norme relative all'organizzazione interna della Regione» (art. 123, co. 1, primo periodo Cost., testo originario), rafforzano ulteriormente le funzioni e il ruolo del Consiglio, disciplinato in modo tale da farne l'organo di «indirizzo politico e ammnistrativo» della Regione[17].

Può dunque reputarsi che nella forma di governo delle Regioni ordinarie, come disciplinata dalla Costituzione vigente sino al 1999 e, in funzione integrativa, dai corrispondenti Statuti, «coesistono elementi assembleari ed elementi parlamentari» e «i primi sembrano prevalenti nei testi normativi»[18]. Anche a non volerla considerare assembleare *tout court*, alla forma di governo in discorso non sembra comunque attagliarsi perfettamente il modello parlamentare.

4. Segue. … *all'iperpresidenzialismo?*

Ancor meno si attaglia al modello parlamentare la forma di governo oggi vigente nelle Regioni ordinarie. È ben vero che nella forma di governo imperniata sull'elezione popolare diretta del Presidente della Giunta sussiste pur sempre una relazione fiduciaria tra quest'ultimo e il Consiglio regionale. Relazione fiduciaria che peraltro si manifesta soltanto nella sua *pars destruens* e

[16] «Il sistema d'elezione, il numero e i casi di ineleggibilità e di incompatibilità dei consiglieri regionali sono stabiliti con legge della Repubblica».

[17] Si veda L. Paladin, *Diritto regionale*, cit., 300.

[18] F. Cuocolo, *Diritto regionale italiano*, Torino, 1991, 87.

non anche nella sua *pars construens*: il Presidente diviene tale a seguito dell'elezione popolare diretta, senza necessitare di un'investitura fiduciaria da parte del Consiglio. Quest'ultimo può soltanto sfiduciarlo, secondo quanto previsto dall'art. 126, co. 3, primo periodo Cost. Tuttavia, come prevede tale disposizione costituzionale, l'approvazione della mozione di sfiducia comporta non solo «le dimissioni della Giunta» ma anche e soprattutto «lo scioglimento del Consiglio». In tal modo la logica del *simul stabunt simul cadent* viene applicata al venir meno del Presidente per ragioni politiche quali sono quelle alla base dell'approvazione della mozione di sfiducia. Siamo dunque di fronte a «una vera e propria mutazione genetica» dell'istituto della sfiducia consiliare[19], in quanto utilizzandolo il Consiglio si autodistrugge. Non soltanto l'esecutivo (Presidente della Giunta) non nasce nell'assemblea e dall'assemblea (Consiglio regionale), ma neppure può dirsi che muoia nell'assemblea; è piuttosto l'assemblea che muore con lui, rimettendo automaticamente la parola al corpo elettorale regionale. La ragione per la quale l'esecutivo non nasce e muore nell'assemblea è piuttosto semplice: il primo deriva la propria legittimazione non dalla seconda ma da un'elezione popolare diretta, contestuale a quella consiliare.

La mancata derivazione dell'esecutivo dal legislativo basta a escludere la riconduzione della vigente forma di governo regionale a quella parlamentare, secondo la definizione che se ne è proposta in questa sede. Altri elementi della forma di governo regionale come disegnata dalla legge cost. n. 1 del 1999 determinano al suo interno un'assoluta primazia del Presidente della Giunta/Presidente della Regione che si può presumere gli sia stata attribuita in ragione della sua elezione popolare diretta. Così il Presidente si pone come il vero *dominus* degli altri due «organi della Regione» *ex* art. 121, co. 1 Cost.: la Giunta e il Consiglio.

Quanto alla prima, il testo costituzionale direttamente dispone che «il Presidente eletto [a suffragio universale e diretto] nomina e revoca i componenti della Giunta» (art. 122, co. 5, secondo periodo Cost.) per i quali la relazione fiduciaria intercorre con il Presidente, non con il Consiglio, il quale potrà costringerli alle dimissioni soltanto sfiduciando il Presidente e quindi determinando il suo scioglimento. Nella forma di governo disegnata dalla legge cost. n. 1 del 1999 e imperniata sull'elezione popolare diretta del Presidente, infatti,

> non trova posto la rottura di un ipotetico rapporto fiduciario tra Consiglio e singoli Assessori, che si risolverebbe esclusivamente in una pura e semplice riduzione dei poteri spettanti al Presidente, investito della carica dal corpo elettorale proprio per

[19] M. Olivetti, *Forme di Stato*, cit., 541.

> il suo essere ed agire quale unico soggetto esponenziale del potere esecutivo nell'ambito della Regione, munito di poteri che lo rendono interamente responsabile, sul piano politico, dell'operato di tutti i componenti della Giunta (Corte cost., sent. n. 12 del 2006, punto 4. *in diritto*).

Quanto al Consiglio, il venir meno, per qualsiasi ragione, politica o no, del Presidente ne comporta l'automatico scioglimento (art. 126, co. 3 Cost.), mentre l'elezione dell'uno e dell'altro organo è necessariamente contestuale[20]: la durata della legislatura coincide con quella del mandato presidenziale, in base alla clausola *simul stabunt simul cadent*, esplicitata dall'appena menzionata disposizione costituzionale. Ma vi è di più: le «disposizioni transitorie» della legge cost. n. 1 del 1999, richiamando e perfezionando quanto disposto dalla legge n. 43 del 1995, disciplinano la ripartizione dei seggi consiliari in modo che la composizione complessiva del Consiglio venga ad essere una conseguenza dell'elezione del Presidente della Giunta. La maggioranza assoluta dei seggi viene infatti attribuita – in forza del premio di maggioranza – alle liste coalizzate collegate al Presidente eletto che si pone dunque come *leader* della maggioranza del Consiglio, in grado di condizionare fortemente l'operato di quest'ultimo.

Nei venticinque anni che ci separano dalla legge cost. n. 1 del 1999, le Regioni ordinarie hanno variamente disciplinato con legge il «sistema di elezione» del rispettivo Consiglio, secondo quanto previsto dall'art. 122, co. 1 Cost., introdotto appunto da tale legge costituzionale. Ciascuna Regione si è così potuta in qualche misura distaccare dalla menzionata disciplina legislativa elettorale transitoria dettata dall'art. 5, co. 1 legge cost. n. 1 del 1999. Sebbene le *technicalities* introdotte da ciascun legislatore elettorale regionale talvolta non siano del tutto coincidenti con quelle disciplinate dalla legislazione elettorale transitoria, nessuna Regione ordinaria ha però abbandonato quest'ultima nel suo nucleo essenziale: il premio attribuito alla coalizione collegata al Presidente eletto che assicura alla prima, e quindi al secondo, la maggioranza consiliare[21]. D'altra parte, la legge cornice statale (vale a dire la «legge della Repubblica» che stabilisce i «princìpi fondamentali» della materia elettorale regionale, *ex* art. 122, co. 1 Cost.) prevede espressamente, come principio fondamentale in materia di elezioni del Consiglio regionale, l'«individuazione di un sistema elettorale che agevoli la formazione di stabili maggioranze nel

[20] Si veda l'art. 5, co. 1, primo periodo legge cost. n. 1 del 1999, confermato dall'art. 4, co. 1, lett. *b*, primo periodo legge 2 luglio 2004, n. 165, vale a dire la «legge della Repubblica» prevista dall'art. 122, co. 1 Cost. sulla quale vedi *infra* nel testo.

[21] Si veda G. Tarli Barbieri, *La legislazione elettorale nell'ordinamento italiano*, Milano, 2018, 188-203.

Consiglio regionale e assicuri la rappresentanza delle minoranze» (art. 4, co. 1, lett. *a* legge 165 del 2004). Ora, la necessità, indicata dallo Stato al legislatore regionale, di adottare un sistema elettorale in grado di agevolare «la formazione di stabili maggioranze» ha probabilmente indotto il secondo a uniformarsi pedissequamente al modello della legislazione transitoria che tale agevolazione garantisce. Tanto più che i Consigli regionali, chiamati ad adottare la legge elettorale regionale, erano stati eletti proprio con tale legislazione transitoria: poiché essi ne erano espressione, non erano poi così ansiosi di abbandonarla per altre soluzioni che avrebbero potuto agevolare la formazione di differenti equilibri politici all'interno del Consiglio.

Le caratteristiche ora descritte della forma di governo vigente nelle Regioni ordinarie confermano l'impossibilità di ricondurla alla forma di governo parlamentare, fornendo in tal senso argomentazioni *ad adiuvandum* rispetto alla mancata derivazione dell'esecutivo dal legislativo.

Non a caso, l'attuale forma di governo delle Regioni ordinarie viene generalmente incasellata in categorie diverse da quella della forma di governo parlamentare. Al riguardo, la riconduzione della forma di governo regionale a quella neoparlamentare[22] sembra focalizzarsi eccessivamente su caratteristiche (sì ricorrenti, ma comunque) accidentali del regime parlamentare britannico; pare allora preferibile ragionare di forma di governo «a-parlamentare»[23] o «semiparlamentare»[24] per evidenziarne comunque l'allontanamento dal parlamentarismo vero e proprio[25], qui sopra evidenziato. Ma se la forma di governo regionale non venisse osservata dall'angolo visuale della forma di governo parlamentare, si potrebbe giungere a esiti differenti quanto alla sua classifica-

[22] Così S. Ceccanti, *La forma neoparlamentare di governo alla prova della dottrina e della prassi*, in *Quad. cost.*, 2002, 109.

[23] S. Prisco, *Un uomo solo al comando. La forma di governo a-parlamentare nel disegno di legge di revisione della parte II della Carta costituzionale*, in Id., *Costituzione, diritti umani, forma di governo. Frammenti di un itinerario di studio tra storia e prospettive*, Torino, 2014, 155, con riferimento alla proposta di revisione costituzionale elaborata dal Governo durante la XIV legislatura, contenente previsioni piuttosto simili a quelle di cui si ragiona qui nel testo (Senato della Repubblica, XIV legislatura, d.d.l. cost. 17 ottobre 2003, n. 2544, d'iniziativa governativa). Com'è noto, il testo della revisione venne respinto dal corpo elettorale nel *referendum* costituzionale del 25-26 giugno 2006.

[24] R. Toniatti, *La forma di governo regionale, il ruolo del Consiglio e l'assunzione di funzioni istituzionali di sistema non (solo) maggioritarie: prospettive per le autonomie speciali alpine*, in *Il ruolo del Consiglio nella forma di governo delle autonomie speciali alpine: valorizzare e innovare*, a cura di M. Cosulich, G. Postal, R. Toniatti, Napoli, 2024, 15.

[25] Così M. Volpi, *Quale forma di governo per l'Italia*, Modena, 2023, 45. Evidenzia la possibilità di intendere la forma di governo parlamentare come «fattispecie aperta», perciò stesso in grado di adattarsi a diversi modelli, A. Poggi, *Elezione diretta del Presidente del Consiglio: razionalizzazione o mutamento della forma di governo parlamentare?*, in *Lo Stato*, 21, 2023, 353.

zione. Se si assume come punto di partenza la forma di governo presidenziale[26], è agevole constatare che il Presidente viene a controllare strutturalmente non solo la Giunta (governo) ma anche il Consiglio (assemblea legislativa). Il suo primato sul Consiglio non deriva infatti da mere circostanze politiche ma dai dati istituzionali già evidenziati: la composizione dell'assemblea come conseguenza dell'elezione presidenziale e la durata in carica della stessa inestricabilmente legata a quella del Presidente. Dal che discende una posizione assai più forte di quella propria del capo dell'esecutivo nella forma di governo presidenziale, caratterizzata invece dalla «separazione esecutivo-legislativo»[27]. Perciò sembra potersi ragionare, nelle Regioni ordinarie, di forma di governo iperpresidenziale.

5. *L'odierno ruolo del Consiglio regionale*

Che si voglia ricostruirla, o no, in termini di metamorfosi dall'assembleari-smo all'iperpresidenzialismo, sembra indubbio che la trasformazione subìta dalla forma di governo delle Regioni ordinarie dall'originaria disciplina costituzionale e legislativa a quella vigente successivamente alla revisione del 1999 abbia notevolmente compresso il ruolo del Consiglio regionale. Se si passano in rassegna le funzioni di quest'ultimo, emerge come al venir meno di alcune di esse si accompagni il ridimensionamento di quelle tuttora riconducibili al Consiglio.

Certamente non rientra più nel novero delle funzioni consiliari quella di amministrazione attiva[28], mentre la potestà regolamentare non spetta più integralmente al Consiglio, come prevedeva il testo originario dell'art. 121, co. 2, primo periodo Cost. Dall'abrogazione di quest'ultima disposizione costituzionale discende infatti che la potestà in discorso può essere attribuita dallo Statuto regionale alla Giunta o al Consiglio o ancora ripartita fra l'una e l'altro (Corte cost., sent. n. 313 del 2003, punto 7.2. *in diritto*). Può peraltro segnalarsi la tendenza degli Statuti ordinari ad assegnare la potestà regolamentare prevalentemente alla Giunta, coerentemente alla natura esecutiva della potestà regolamentare[29].

Ancora oggi spettano al Consiglio sia la funzione di controllo politico sia quella legislativa. La prima risulta però fortemente ridimensionata dalla scom-

[26] Sul punto, si è condivisibilmente osservato che «la forma di governo regionale va più correttamente inquadrata nel novero delle forme presidenziali» (L. Castelli, *Il sistema delle Conferenze. Terza Camera o sede di ratifica?*, Bologna, 2023, 73-74).

[27] S. Staiano, *Art. 5*, Roma, 2017, 72.

[28] Vedi P. Cavaleri, *Diritto regionale*, Padova, 2003, 91.

[29] Vedi P. Caretti, G. Tarli Barbieri, *Diritto regionale*, 5 ed., Torino, 2019, 103-104.

parsa del suo massimo esito sanzionatorio: la sfiducia nei confronti dei titolari degli organi esecutivi, cui consegue il venir meno di tale titolarità. Come si è visto, nei confronti dei componenti la Giunta non è previsto l'istituto della sfiducia, che può colpire soltanto il Presidente della stessa. Per di più, la previsione che l'adozione dell'unica mozione di sfiducia possibile, quella nei confronti del Presidente, comporti lo scioglimento del Consiglio che approva la mozione stessa, fa di quest'ultima un istituto vano[30]. Basti rammentare che nei venticinque anni trascorsi dalla legge cost. n. 1 del 1999 in nessuna delle quindici Regioni ordinarie è mai stata approvata una mozione di sfiducia nei confronti del Presidente della Giunta.

Quanto alla funzione legislativa, essa è tuttora attribuita integralmente al Consiglio dall'art. 121, co. 2, primo periodo Cost. Va peraltro rilevato che, ad onta della lettera della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, tale da ampliare notevolmente l'ambito di competenza legislativa regionale, la legislazione regionale si è progressivamente atrofizzata, nell'ambito di un processo di amministrativizzazione della stessa e della Regione nel suo insieme. Così le (poche) leggi regionali tendono ad assumere contenuto provvedimentale[31], mentre le stesse Regioni divengono «enti di amministrazione, una sorta di macro-Comuni dotati precipuamente di funzioni amministrative e compiti di governo degli interessi territoriali»[32]. Per di più, le descritte modalità di formazione del Consiglio paiono in grado di assicurare al Presidente una maggioranza tale da consentirgli un'agevole traduzione legislativa – nei limitati casi in cui sarà necessario – della sua politica, con buona pace per le dinamiche tipiche del procedimento legislativo consiliare.

6. *Considerazioni conclusive*

È agevole constatare come la forma di governo prevista dalla revisione costituzionale *in itinere* richiami sotto vari profili quella vigente nelle Regioni ordinarie. Basti qui richiamare alcuni tratti comuni alle due forme di governo, l'una *de iure condendo*, *de iure condito* l'altra. Così il Presidente del Consiglio/Presidente della Giunta regionale viene eletto a suffragio universale e diretto, contestualmente all'elezione delle camere del Parlamento/del Consiglio regionale. Ancora, l'elezione dei parlamentari/consiglieri viene a essere subordinata all'elezione presidenziale, in quanto quest'ultima determinerà una composi-

[30] Si veda A. D'Atena, *Le trasformazioni della specialità regionale, le leggi statutarie e la forma di governo*, in *Riv. AIC*, 3, 23, 118.

[31] Ad esempio, delle sedici leggi complessivamente adottate dalla Regione Campania nel corso del 2022, soltanto la metà presenta un contenuto compiutamente normativo.

[32] G. Gardini, *Le tendenze dell'autonomia legislativa delle Regioni*, in *Ist. Fed.*, 2022, 255.

zione delle assemblee che «garantisca una maggioranza dei seggi in ciascuna delle camere alle liste e ai candidati collegati al Presidente del Consiglio»[33] (o, nel Consiglio regionale, al Presidente della Giunta eletto). Di conseguenza, muta la natura del rapporto fiduciario, in quanto l'esecutivo non deriva più dal legislativo[34], ma direttamente dal voto popolare. Il legame diretto del vertice dell'esecutivo con il corpo elettorale, bypassando l'assemblea, trova conferma nella disciplina della sfiducia, che comporta lo scioglimento del legislativo, secondo la clausola *simul stabunt simul cadent*, solo apparentemente attenuata a livello statale[35].

Sulla base delle considerazioni ora proposte, pare condivisibile la tesi che inquadra il d.d.l. cost. n. 935 nel novero dei «tentativi di esportazione del modello a Presidente eletto nella dimensione statale»[36]. All'esportazione della forma di governo sembra accompagnarsi quella del ridimensionamento del ruolo dell'assemblea, sia per quanto attiene al controllo politico sul Governo, a seguito del venir meno della relazione fiduciaria nella sua classica accezione parlamentare di «derivazione» dell'esecutivo dal legislativo[37], sia per quanto riguarda la funzione legislativa.

Nella legislazione, alla forma di governo a elezione diretta del vertice dell'esecutivo sembra corrispondere un inaridimento dell'esercizio della funzione legislativa da parte dell'assemblea. A tale risultato si giunge però per vie diverse a livello regionale e a livello statale. Nelle Regioni ordinarie, l'introduzione di una forma di governo imperniata sul Presidente eletto prende atto, da un lato, e accentua, dall'altro, la loro trasformazione in enti di amministrazione che legiferano sempre meno[38]. A livello statale, invece, l'ente mantiene un elevato livello di produzione legislativa, ma quest'ultima sembra destinata a es-

[33] Così l'art. 92, co. 3 Cost, nel testo attualmente all'esame dell'aula del Senato (vedi *supra* nt. 3).

[34] È pur vero che, ai sensi dell'art. 94, co. 3 Cost., nel testo menzionato alla nota precedente, il Governo formato dal Presidente del Consiglio eletto dal popolo dovrà comunque ottenere la fiducia delle camere. Va peraltro rilevato che si tratta di una mera ratifica di scelte compiute altrove; tanto è vero che, dopo due votazioni fiduciarie con esito negativo, le camere sono automaticamente sciolte dal Presidente della Repubblica.

[35] La curiosa eventualità, peraltro rigorosamente circoscritta dal testo della revisione, che il Presidente della Repubblica possa conferire, «per una sola volta nel corso della legislatura», l'incarico di formare un nuovo Governo ad un'altra personalità politica, necessariamente corrispondente a «un parlamentare eletto in collegamento con il Presidente del Consiglio» (art. 94, u.co. Cost., *de iure condendo*), non toglie che alla sfiducia parlamentare corrisponda automaticamente lo scioglimento delle camere.

[36] G. Ferraiuolo, *La revisione della forma di governo tra noto e ignoto*, in *Diritto pubblico europeo*, *Rassegna* online, 1, 2024, 271, al sito internet *www.serena.unina.it*.

[37] Vedi *supra* nt. 12.

[38] Vedi *supra* par. 5.

sere sempre meno direttamente e immediatamente riconducibile alla volontà parlamentare. In altre parole, può prevedersi che la formazione delle camere del Parlamento sulla scia dell'elezione presidenziale, nonché il loro operare fortemente condizionato dal *simul simul* connesso alla relazione fiduciaria, finiranno per accentuare la produzione legislativa mediante il decreto-legge e la sua conversione ricorrendo alla questione di fiducia. D'altra parte, già oggi, il numero dei decreti-legge adottati e convertiti è pari a quello delle leggi pienamente parlamentari che, non di rado, hanno ad oggetto discipline assai meno rilevanti per la vita istituzionale, economica e sociale del paese[39].

Con riferimento sia al controllo politico sull'esecutivo sia all'esercizio della funzione legislativa, la forma di governo prevista dalla revisione costituzionale in discussione al Senato sembra quindi destinata a produrre esiti non dissimili da quelli realizzatisi nella forma di governo regionale a elezione diretta del Presidente della Giunta. Nel futuro delle assemblee parlamentari pare intravedersi all'orizzonte qualcosa di poco rassicurante e certamente non auspicabile: il modesto ruolo oggi spettante ai Consigli delle Regioni ordinarie.

Il presente scritto è stato consegnato per la stampa in data 22 maggio 2024

[39] Nel 2024, ad oggi (22 maggio), sono state promulgate dieci leggi di conversione di decreti-legge, a fronte di undici leggi pienamente parlamentari (fra le quali peraltro rientrano due leggi istitutive di commissioni d'inchiesta *ex* art. 82 Cost.). Quanto al contenuto, basti confrontare la legge 19 aprile 2024, n. 59 «Istituzione del premio di "Maestro dell'arte della cucina italiana"» con la legge 29 aprile 2024, n. 56 che converte un decreto-legge relativo all'attuazione del PNRR (si veda il sito internet *www.parlamento.it*).

Enrico Cuccodoro[*]

"FEDELTÀ ALLA REPUBBLICA". LA COSTITUZIONE E LA "VOCE" DI SANDRO E CARLA PERTINI, OGGI

SOMMARIO: 1. (Quasi e più di una) Premessa. – 2. Passaggio dei Settantacinque anni della Costituzione. – 3. Forma parlamentare e investitura del Premier: una discussa compatibilità? – 4. Fedeltà alla Repubblica, l'esempio di Sandro e Carla Pertini.

1. *(Quasi e più di una) Premessa*

L'opportunità di aderire, con affetto e stima, al *Liber amicorum* per Salvatore Prisco mi permette di rammentare le frequenti, costruttive occasioni e circostanze di colloquio, scambi di idee e pensieri avuti con lui nel corso del tempo, vuoi su temi di attualità costituzionale e istituzionale del momento, vuoi, e soprattutto, sulle prospettive possibili del nostro assetto statuale e politico nel costante protagonismo della perdurante crisi, che purtroppo il Paese avverte.

Di fronte al binomio fedeltà (alla Repubblica)-Costituzione, non occorrono molte parole per richiamare la comune consapevolezza sulla specificità della nozione di Costituzione[1]. Altresì, il concetto di fedeltà, similmente complesso al pari del primo, reca in sé una molteplicità[2] di profili evocati ed evocabili. Ciò detto, allora, il saggio proposto offre un approfondimento – tra i tanti sviluppabili – finalizzato, in certo qual modo, a congiungere e/o rinvenire una trama relazionale tra i due citati "microcosmi". Del resto, fedeltà (alla Repubblica)-Costituzione hanno in comune (almeno) l'orizzonte temporale: il passato – che evoca accadimenti istituzionali, politici e sociali, – il presente – carico di inquietudini nel contesto dei nuovi tempi e delle sfide contingenti – e, poi, il futuro – che è lì, all'orizzonte, in attesa degli esiti –; si tratta, fuor di metafora, di (ri-) annodare, pur sempre, *fili e nodi costituzionali*[3] nel tessuto favorito della

[*] Associato di Diritto costituzionale, Università del Salento; Direttore della collana "*Quaderni Salentini". Istituzioni e Società civile*; Coordinatore nazionale dell'Osservatorio Istituzionale per la libertà e la giustizia sociale "Sandro e Carla Pertini", profcuccodoro@gmail.com.

[1] F. MODUGNO, *Il concetto di costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, vol. I, Milano, 1977, 197-240.

[2] A motivo di eloquente memoria, non possono tacersi qui i contenuti del lavoro monografico offerti in S. PRISCO, *Fedeltà alla repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo stato laico*, Napoli, 1986.

[3] E. CUCCODORO, *Lineamenti istituzionali. Fili e nodi costituzionali e sociali*, Firenze, 1993, 15 ss., autocitazione che non è superflua nella misura in cui già in tale circostanza si è avuto

transizione[4]. O no? *Dubitando ad veritatem pervenimus*!

Nel percorrere un tale tragitto, sul finire, come Dante con Virgilio, la "voce"-guida[5] può essere affidata a due personalità – Sandro e Carla Pertini – che hanno rappresentato, con la loro vita eroica, in un modo o nell'altro, la più netta concretizzazione della fedeltà alla Repubblica e, con essa, alla Costituzione Legge fondamentale, formale e vivente.

2. *Passaggio dei Settantacinque anni della Costituzione*

L'avvenuto passaggio dei Settantacinque anni della Carta costituzionale italiana, in direzione dello spazio in cui si riflette l'ordinamento di un'epoca con formidabili trasformazioni, ancor meglio e più incisivamente favorisce di poter volgere oculata segnalazione alla «cassetta degli attrezzi della democrazia e della politica», secondo l'efficace figurazione resa di recente dal Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella. Anche, esprime l'intenzione concreta e realista di concepirne l'ulteriore valenza di *pagine bianche*, intese ad accogliere altre aspettative di realizzazione e razionalizzazione giuridico-istituzionali e sociali, davvero aderenti allo *spiritus Constitutionis*. Talché, si è detto, essa «non è che un pezzo di carta: la lascio cadere e non si muove. Per animarla serve un popolo, serve una passione»[6].

In Italia, la *Legge delle leggi* fu frutto, per il "miracolo costituente", di una mirabile sintesi[7] raggiunta tra le principali correnti ideali cristiano-sociali, laico-socialiste e liberali, testimoni della successione dal vecchio regime alla nuova forma repubblicana. Tuttavia, fu un radicale riscatto dal passato, poiché

modo di evidenziare che la necessità di investigare «due trame, le quali sempre si inseguono e si tormentano a vicenda: la dimensione giuridico-formale che ha talvolta la costituzione e la dimensione ideologica-politica. […] panorama che si presenta a noi come un insieme che potremmo definire e riassumere quale stato di *complessità* e *convenzionalità*».

[4] E. Cuccodoro, *Il diritto pubblico della transizione costituzionale italiana*, Bologna, 2007 terza ed. agg. ed integr.; ma anche, Id., A *proposito di alcune riflessioni sulle transizioni costituzionali contemporanee (Omaggio a Franco Modugno in occasione della Sua elezione a Giudice costituzionale)*, in *Osservatorio AIC*, 3 febbraio 2016, 1-7. Da ultimo, v., Id., *La dinamica delle transizioni costituzionali contemporanee*, in E. Cuccodoro, L. Leo (a cura di), *L'Italia del Presidente. Paese legale Paese reale*, Maglie, 2022, 71 ss.

[5] E. Cuccodoro, *La "voce" di Sandro e Carla Pertini*, in *Polizia e Democrazia*, n. 225, 2023, 40 ss.

[6] Per la nota considerazione richiamata cfr., il celebre *Discorso agli studenti universitari* di Piero Calamandrei, pronunciato il 26 gennaio 1955, a Milano: cfr., P. Calamandrei, *Discorso sulla Costituzione e altri scritti*, Napoli, 2007, 8; ora v., l'articolo celebrativo curato da G. Di Domenico, *La Costituzione non è un pezzo di carta*, in *Cittanuova.it*, 27 dicembre 2017.

[7] E. Cheli, *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna, 2012, 8 e *passim*.

nelle parole di Aldo Moro Costituente del 13 marzo 1947, la Costituzione non poteva essere mai *afascista*: «cioè non possiamo prescindere da quello che è stato nel nostro Paese un movimento storico di importanza grandissima, il quale nella sua negatività ha travolto per anni le coscienze e le istituzioni»[8].

Il transito degli oltre settant'anni significa, dunque, ripercorrere le tracce dell'applicazione del *metodo costituzionale* d'indagine per «la conformazione e il funzionamento degli assetti istituzionali»[9] al vertice dello Stato, lungo la traiettoria del processo politico, nazionale e locale territoriale, nella catena di potere accentrato e di maggiore invocazione alla coesione nei poteri distribuiti. Si compone, inoltre, la *facies* del sistema per le parti ed i soggetti tenuti insieme dal filo del pluralismo sociale ed istituzionale della statualità, aperta in direzione della comunità, delle formazioni sociali, del cittadino "attivo".

Come fu annotato decenni fa, anche adesso avvertiamo, tutti, come questo nostro tempo, difficile e *sospeso*, resta dilaniato da «cataclismi fisici e metafisici»[10], tali da impegnarci in favore del patrimonio comune che, di generazione in generazione, può opportunamente sedimentarsi verso la nostra Costituzione: bandiera di libertà, missione costante di impegno civile e morale, baluardo di democrazia per l'Italia e per l'identità che come Nazione ci distingue in Europa e nel mondo.

Repubblica e Costituzione, perciò, significa dovere sempre trattare della complessità che la *forza di popolo* è in grado di imputare nello statuto dei governanti per i governati alla "cittadella delle istituzioni", *custodi di ragione* del Paese: *salus populi suprema lex esto.*

In vista della indispensabile *alleanza*, si ricerca il supremo valore di unitaria aggregazione, esclusivo, quanto eccezionale vettore capace di collegare l'arcipelago della società civile alla stessa entità politica di comando legittimo. É per tali tendenze che si possono affermare tanto le esigenze di rinnovamento ponderato, quanto le espressioni potenziali di integrazione come risorse del c.d. «*patriottismo costituzionale*», nel comune proposito del «*patto che ci lega*»[11].

La Costituzione fa intendere, con peculiare vivacità, il riannodarsi di almeno tre indirizzi di fondo, che meritano adeguata meditazione: *l'obiettività*

[8] A. Moro, *Intervento*, Seduta del 13 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. I, Roma, 1970, 369.

[9] G. Amato, *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, Bologna, 2014, 7 ss. e *passim*; S. Cassese, *La svolta. Dialoghi sulla politica che cambia*, Bologna, 2019, specie 121 ss.; G. Zagrebelsky, *Tempi difficili per la Costituzione. Gli smarrimenti dei costituzionalisti*, Bari, 2023, 79 ss.; M. Luciano, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, IX ss. e *passim*.

[10] G. Capograssi, *Incertezze sull'individuo*, Milano, 1969, 109 ss.

[11] E. Cheli, *op. cit.*, 8. Da ultimo: G. Amato, A. Barbera, E. Cheli, A. Manzella, *Non solo sulla Carta, Quattro lezioni necessarie sulla Costituzione*, Bologna, 2025, 10 ss. e *passim*.

storica, *la legittimità ermeneutica*, e specialmente il *cambiamento socio-culturale e politico.* Poiché, essa appare, ancora oggi, imprescindibile, nel confronto sedimentato alla storia costituzionale del Paese, per vagliare la tenuta dell'intero patrimonio democratico in quanto, come si è sostenuto: «le Costituzioni degne di questo nome aspirano a valere attraverso generazioni»[12]. Ciò comporta anche intra-vedere un "testo" di norme e la sua intenzione *reale*, vale a dire secondo l'ordito dell'interpretazione costituzionale e per valori, dunque «si deve muovere dal testo e si deve ritornare al testo, ma ciò non significa che la "lettera" faccia premio sullo "spirito", come il corpo sull'anima»[13].

3. *Forma parlamentare e investitura del Premier: una discussa compatibilità?*

Queste annotazioni richiamano sia le più recenti modifiche che hanno interessato l'impianto della Costituzione, con variazioni degli artt. 9, 33, 41, 56-59 del testo, con approvazione avvenuta fra il 2020, 2021, 2022 e 2023; sia i propositi di ulteriore, sollecitata revisione degli artt. 59, 88 e 92-94 della Carta, ora all'esame delle Camere, incidenti in radice sulla natura *procedurale* e *sostanziale* della nostra forma parlamentare di governo[14].

Tanto la centralità delle Assemblee legislative, quanto la posizione costituzionale del Capo dello Stato sono e saranno oggetto di serrato confronto e aperta discussione, circa una "accentuazione" della figura-cardine del Presidente del Consiglio nel quadro di evoluzione degli equilibri costituzionali attuali, forse orientando il superamento della tradizionale oscillazione riscon-

[12] G. Zagrebelsky, F. Pallante (a cura di), *Loro diranno, noi diciamo. Vademecum sulle riforme istituzionali*, Bari, 2016, 17 ss. e *passim*; si v., anche, G. Zagrebelsky, *Memoria e identità di una nazione*, in *La Costituzione italiana* (edizione già anticipata in inserto da *la Repubblica*), Roma, 2011, 19; E. Cheli, *Costituzione e politica. Appunti per una nuova stagione di riforme costituzionali*, Bologna, 2023, 93 ss.

[13] F. Modugno, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2005, 2. Più di recente, sia consentito richiamare la "*summa*" elaborata in occasione della Giornata di Studi in onore di Margherita Raveraira, tenutasi presso la Camera dei deputati, Sala del Mappamondo, Roma, 2 novembre 2014, con la specifica relazione: F. Modugno, *Unità della scienza giuridica? Dottrina, giurisprudenza, interpretazione*, ora in F. Mannella (a cura di), *Unità della scienza giuridica. Problemi e prospettive. Giornata di studi in onore di M. Raveraira*, Napoli, 2016, 80, 85 ss. e *passim*. Infine, si v., anche l'*opera omnia*, che costituisce ampio rifacimento e sviluppo degli "Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione", del 1998: F. Modugno, *L'interpretazione giuridica*, I, *L'oggetto*, Padova, 2015, *passim*.

[14] R. Marzo, *Ripensare il modo di governare, oggi?* in E. Cuccodoro, *Lettera e spirito dei poteri. Idee di organizzazione costituzionale*, III, *Le discontinuità di crisi. Questioni costituzionali aperte*, Napoli, 2016, 141 ss.

trata nel tempo fra *Premiership* protagonista e collegialità mediatrice dell'Esecutivo di coalizione?[15]

Non già nell'idea dei promotori è prospettata una ragionevole eventualità di c.d. "sfiducia costruttiva" in caso di crisi governativa e di possibilità della "revoca del ministro", se in dissenso riguardo la linea d'indirizzo politico del Ministero, comunque nel prioritario favore del cambiamento, indispensabile quanto opportuno, della vigente legge elettorale per le elezioni delle due Camere. Bensì, si avanza una più problematica adozione di "*premierato*", mediante l'indicazione del voto popolare del Presidente del Consiglio all'atto di indizione dei comizi elettorali, poi con aggiuntive norme di scorrimento conseguenti, ove si determini l'ipotesi di mancata fiducia parlamentare e variazione di *leadership*[16].

Tuttavia, come si è notato, è in campo l'assestamento circa quel panorama che il Presidente della Repubblica può notare e valutare dal suo osservatorio privilegiato del Paese in ordine ai fenomeni che riguardano le sfide democratiche, politiche, economiche e sociali. Quindi, in gioco si qualifica il costante esercizio delle sue diverse prerogative *super partes*, soprattutto, riferibili alla *moral suasion*, con interventi, gesti e moniti nello stile personale di utile, consolidato *soft power* del Capo dello Stato, custode e garante della Costituzione nelle molteplici "prestazioni di unità", "unificazione dei valori" e "bilanciamento razionalizzato tra poteri", fino all'arma dello scioglimento delle Camere, *ex* artt. 88-89 Cost., ove si configuri l'*impasse* nella governabilità, virtualmente risolubile solo con tale decretata *extrema ratio*[17].

Qui, nel merito, giova rammentare, fra le notevoli considerazioni espresse in materia, il notevole richiamo pronunciato dal Presidente della Repubblica,

[15] E. Cuccodoro, *Lettera e spirito dei poteri. Idee di organizzazione costituzionale*, *supra* cit., 111 ss. e *passim* nonché bibliogr. ivi cit. 93 ss.; E. Catelani, *Poteri e organizzazione del Governo nel contesto degli ordinamenti pluralistici contemporanei*, Pisa, 2017, 83 ss. e *passim*; da ultimo, v., F. Clementi, *Il Presidente del Consiglio dei Ministri. Mediatore o decisore?* Bologna, 2023, *passim*. Sulla "compromessa" centralità del Presidente, v., A. Manzella, *Il ruolo e la garanzia parlamentare*, in *Corriere della Sera* 4 febbraio 2024.

[16] Cfr., in particolare, le condivisibili valutazioni di E. Balboni, *Parola chiave: democrazia d'investitura*, in *lacostituzione.info*, 26 gennaio 2024; da ultimo, sia permesso menzionare proprio questo relativo commento: E. Cuccodoro, *Forma parlamentare ed elezione del Premier, compatibili?* in *www.notiziarioeolie.it*, 8 febbraio 2024, 1-2. Ora: A. Sterpa, *Premierato all'italiana. Ragioni e limiti di una riforma costituzionale*, Torino, 2024, *passim*; F. Blando (a cura di), *Un presidente eletto dal popolo? Obiettivi, limiti, vie praticabili del premierato*, Torino, 2024, *passim*.

[17] E. Cuccodoro, *Il Capo dello Stato, protagonista neutrale, nel sistema costituzionale della crisi italiana*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, tomo I, 394 ss. Inoltre, in merito al discusso esercizio "valutativo" del Presidente della Repubblica per gli esiti della crisi: Id., *Il dominio della crisi*, in R. Scorza E. Cuccodoro (a cura di), *Stato e stati di crisi*, Napoli, 2019, 10 ss., ivi bibliogr, 14-15 e *passim.*

Sergio Mattarella, che ha inteso rimarcare proprio la memoria all'ammonimento diretto, insito nelle puntuali parole del predecessore, Luigi Einaudi. "Dovere del Presidente della Repubblica evitare si pongano precedenti grazie ai quali accada o sembri accadere che egli non trasmetta al suo successore, immuni da ogni incrinatura, le facoltà che la Costituzione gli attribuisce". Ed ancora, egli ha poi aggiunto: "Sin dal suo messaggio alle Camere riunite in occasione del giuramento, giusto settant'anni or sono, il Presidente Einaudi ricordò il ruolo di 'tutore' dell'osservanza della legge fondamentale della Repubblica e sottolineò i principi solenni contenuti nella Costituzione"[18].

4. *Fedeltà alla Repubblica, l'esempio di Sandro e Carla Pertini*

In realtà, siamo davanti alla narrazione che dialetticamente distingue e riconosce il *Paese reale* dal *Paese legale.* Si tratta dello sviluppo ideale di quanto fu già considerato con coraggiosa passione fattore cruciale nel ragionamento dell'idea politica e civile, costantemente vigile nel pensiero di Sandro Pertini, dall'azione diretta nella lotta partigiana, ai durissimi oltre 14 anni subiti in prigionia e confino, alla Liberazione nazionale del 25 Aprile 1945. È oratore sul palco a Milano, in Piazza Duomo, insieme a carismatiche figure combattenti nella lotta al nazifascismo. Una Giornata di indelebili, contrastanti momenti: di immensa gioia interiore, per lui che finalmente festeggiava l'Italia "libera" – come spesso ripeteva – ma, con intimo, profondissimo dolore, poiché suo fratello Eugenio, nella evacuazione dal *lager* di Flossenbürg dove deportato, era stato ucciso.

Sandro Pertini è eletto alla Assemblea Costituente, senatore, deputato, vice Presidente della Camera e assai apprezzato nel ruolo *super partes* di Presidente dell'Assemblea di Montecitorio dal 1968 al 1976, fino ad essere il settimo Presidente della Repubblica con 832 voti su 995 Grandi Elettori, dall'8-9 luglio 1978 al 29 giugno 1985 al Quirinale *casa degli Italiani*, Capo dello Stato amatissimo, riconosciuta *figura-simbolo* del XX secolo.

Proprio tal documentata evoluzione istituzionale e costituzionale ha distinto il protagonismo avventuroso di due figure eroiche, a noi carissime.

[18] Cfr., S. Mattarella, *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione dell'Anniversario del Giuramento e dell'entrata in carica del Presidente della Repubblica, Luigi Einaudi*: *www.quirinale.it* Discorso pronunciato a Dogliani, il 12 maggio 2018, in riferimento a una "nota verbale", letta il 12 gennaio 1954, dal Presidente della Repubblica Luigi Einaudi per l'incontro con i presidenti dei gruppi parlamentari della DC, Aldo Moro e Stanislao Ceschi, a seguito delle dimissioni del Governo Pella.

Sul punto v., pure, E. Cuccodoro, *Il Presidente di tutti. Prestazioni di unità*, Roma, 2021, 27 ss.; E. Cuccodoro, L. Leo (a cura di), *L'Italia del Presidente*, cit., 20 ss.; A. Pertici, *Presidenti della Repubblica. Da De Nicola al secondo mandato di Mattarella*, Bologna, 2022, 195 ss.

Sempre, la vita di Sandro con Carla Voltolina Pertini fu orientata ai valori essenziali della libertà e democrazia, giustizia sociale e legalità in onestà e fondamentale pulizia morale. Un vigoroso modello al quale guardare oggi, soprattutto per le nuove generazioni, di fronte alle tante distorsioni e tensioni di questa società contemporanea. Tali, le coordinate, presenti nelle numerose "*storie* eroiche" di Sandro e di Carla, ormai, accomunate *insieme* nel fornirci un modo di agire costruttivo e coerente, capace di suscitare rispetto e passione; nello slancio di *coraggio*, *entusiasmo* ed *emozione* per affrontare le competizioni incessanti del momento e del tempo difficile, nel mondo, per l'Italia, in modo tutto particolare.

Senza enfasi alcuna, pertanto, il valore della Costituzione è segno della nostra sostanziata identità plurale, del peculiare raccordo fra le generazioni a presidio della libertà, dei diritti, della giustizia, contro ogni barbarie, prevaricazione e tirannia. Di sicuro, si possiede fra le nostre mani, non un "libro dei sogni"; ma pur nel bisogno di pienamente completarsi e attuarsi per lettera e spirito della sua energia programmatica, quale forza che si amplifica e via via si espande, la Costituzione *vive* la storia della Nazione se le regole e i valori condivisi sono accolti dai cittadini e presenti nella esigenza di coesione della comunità, segno dei tempi della società più giusta e onesta del nostro Paese, anche *più felice*[19]. Soprattutto, una "*saggia Costituzione*", che proprio va affermato con la fierezza delle parole di Sandro Pertini Costituente: «non ci è stata donata su un piatto d'argento da qualcuno…, non è caduta dal cielo, non è il frutto di una elaborazione di un gruppo di esperti dietro una scrivania. Essa è stata una conquista di tutto il popolo italiano, della sua storia, delle sue forze politiche; è scaturita direttamente dagli ideali e dalla cultura della Resistenza, dalla fede e dalle convinzioni di migliaia di morti antifascisti».

Ebbene, tutto ciò, impone ancora di far riecheggiare la "voce" monitoria ed esemplare, che ci è abituale. Ciò, soprattutto, per stimolare la gioventù, le nostre ragazze, i nostri ragazzi, nel saper guardare lontano, consapevoli e forti in ragione dell'incitamento ricevuto: un affettuoso invito e incoraggiamento alla partecipazione democratica, sempre con umana comprensione di loro ragioni, proprie di questa età, pur nel dover riconoscere "il vuoto che c'è e che deve essere colmato", come nel genuino comunicare che fu nello stigma di Aldo Moro e di Sandro Pertini[20]. Ma, oggi, questi giovani sono anche i nuovi, migliori "*alfieri*" della Repubblica!

[19] L. Segre, *La stella polare della democrazia. Il discorso al Senato*, in D. Padoan (a cura di), Torino, 2023, 8.

[20] Sul caldeggiato invito alla partecipazione dei giovani, riferimento imprescindibile per i tempi nuovi che avanzano in fretta come non mai, cfr., A. Moro, *Governare per l'uomo*, M. Dau

Insomma, una eredità generazionale da trasmettere per tanti di noi adolescenti che incontrarono l'umanità, l'entusiasmo e spontaneità di valorose esperienze che, ancora, dobbiamo essere in grado di chiamare a testimonianza efficace per i nuovi cittadini; a tutti loro che non hanno potuto conoscere di persona, se non attraverso immagini spesso rilanciate dai *social media*, la grandezza e il carisma di Sandro e Carla Pertini nella loro *eccezionale normalità* e risoluta *impertinenza*!

Gagliardo, improvviso e impetuoso, il timbro schietto: "io vado attingendo tanto ma proprio tanto amore. Quanti giovani si vanno stingendo intorno a me. Quanta gente io vado incontrando e mi stringe la mano; mi dimostra la sua stima e il suo affetto. É gente nostra, io lo sento, sono Italiani che chiedono soltanto questo: di vivere tranquillamente, avendo un lavoro sicuro e, finalmente, la pace in questo nostro tormentato Paese. Non, chiedono il paradiso in terra! Chiedono che non ci sia più l'inferno nella nostra terra! Una terra di lavoratori che hanno faticato e ancora oggi faticano molto… É l'impegno che dobbiamo assumere noi, uomini politici che mi ascoltate, di risolvere questo atto di giustizia, far sì che la nostra gente, qui, possa trovare lavoro, tranquillità e pace, concretamente! Io non voglio che le giovani generazioni debbano conoscere l'amara esperienza, che abbiamo conosciuto noi".

E, soprattutto.

"Non si può insegnare ad essere uomini di fede, come non si può insegnare ad amare… O credi o non credi, o ami o non ami… Sii sempre, e in ogni circostanza e di fronte a tutti, un uomo libero e pur di esserlo sii pronto a pagare qualsiasi prezzo. Uomini in piedi; non servitori in ginocchio!".

Asciutte espressioni cariche di sentimento, che colpirono il cuore di moltissimi. Una invocazione alta, dignitosa e spontanea, ancora tanto viva e bella: una intensa *lezione* civile e morale, da strepitoso *educatore*.

Il Capo dello Stato, Sergio Mattarella per il 120° della nascita del caro predecessore, Presidente Pertini, ha sottolineato come Egli avesse sempre in mente i giovani. "Erano oggetto della sua cura costante; si è servito del suo ruolo, anche per svolgere una funzione educativa, maieutica. É sempre stata parte della sua idea nobile della politica. Le istituzioni servono anche a questo: a trasmettere nel tempo i valori, le testimonianze, le conquiste delle generazioni che ci hanno lasciato il mondo in eredità. Anche per questo ci sentiamo oggi di dire, ancora una volta, grazie al Presidente Pertini"[21].

(a cura di), Roma, 2016, 218. Inoltre, per altri richiami in merito v., E. CUCCODORO, *A proposito di Costituzione, di Liberazione e di Sandro Pertini*, in *Tempo Presente*, n. 511-513, 2023, 127-128.

[21] E. CUCCODORO (a cura di), *Gli Impertinenti. Il viaggio di Sandro e Carla Pertini, per l'Italia di oggi*, Maglie, 2021, 319.

Nel manoscritto che il Presidente della Repubblica ha avuto cortesia di inviarmi, autorevolmente è affermato: "Sandro Pertini – con sua moglie – è rimasto nel ricordo e nell'affetto degli Italiani e deve costituire anche in futuro un punto di riferimento per suscitare, con il suo esempio, virtù civili e morali tra i nostri concittadini e soprattutto fra i giovani".

Intorno alla sua persona si riscontra un continuo perpetuarsi di eventi, dibattiti, inaugurazioni, dediche, rappresentazioni sceniche, romanzi, racconti e rassegne filmate, anche attraverso disegni e vivaci raccolte a fumetto (come il suggestivo volumetto "*Pertini fra le nuvole*", che riprende ancora la più celebre, geniale "storia" per immagini e parole di Andrea Pazienza, originale e irriverente vignettista dell'unico e speciale rapporto di "*Paz e Pert*"), ove si annota nell'appassionato tratto grafico che "… anche da lassù il Presidente Pertini, coadiuvato dal talentuoso Andrea Pazienza, vuole muoversi alla salvezza dell'Italia".

Al termine della avventura umana, Pertini consegnò nelle mani dei familiari un biglietto autografo sigillato, con l'avvertenza che esso fosse aperto, solo, dopo la morte. Poco tempo dopo, quel giorno del 24 febbraio 1990, infatti, la signora Carla aprì quella carta e lesse i confidenziali pensieri, tracciati con l'abituale inchiostro azzurro, nella rotonda grafia del "suo" Sandro: il più appassionato pensiero con l'ultima intenzione struggente; pagina custodita, ora, nella Tomba di famiglia nel piccolo cimitero fra le colline savonesi, a Stella San Giovanni.

> Carla e Sandro, che si sono tanto amati e insieme hanno lottato per la libertà e la giustizia sociale. Ai vecchi perché ricordino, ai giovani perché sappiano quanto costi riconquistare la libertà perduta. La Repubblica non deve sostanziarsi soltanto di libertà e giustizia, ma anche e soprattutto di onestà e umanità. Giovani, se non volete che la vostra vita scorra monotona, grigia e vuota, fate in modo che essa sia illuminata dalla luce di una nobile idea.

Un monito costante per i cittadini italiani che nei loro cuori ricordano con immutato affetto due figure care e che, di sicuro, le nuove generazioni debbono poter apprezzare in tutta l'imponente, stimata caratura, come davvero lo è stato, allora, per tanti di noi.

Salvatore Curreri[*]

LE CONSEGUENZE DELLA ROTTURA DEL GRUPPO PARLAMENTARE *AZIONE-ITALIA VIVA-RENEW EUROPE*[**]

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: la rottura del gruppo *Azione-Italia Viva-Renew Europe* come vicenda paradigmatica del rapporto tra diritto parlamentare e politica – 2. La revisione dei requisiti per costituire un gruppo politico introdotti con la riforma regolamentare del 2022… – 3. *Segue*. … e la loro contrastante interpretazione a seguito della rottura del gruppo parlamentare *Azione-Italia Viva-Renew Europe* – 4. La tesi favorevole allo scioglimento automatico del gruppo per mancata corrispondenza tra sua denominazione e corrispondente contrassegno elettorale – 5. Il contestato mutamento di denominazione del gruppo e la conseguente problematica individuazione dell'organo parlamentare competente su tali controversie interne – 6. Il c.d. *lodo La Russa* – 7. Dalla rottura del gruppo parlamentare *Azione-Italia Viva-Renew Europe* alla Camera alla costituzione dei due distinti gruppi autorizzati – 8. Considerazioni conclusive: può uno scoglio arginare il mare?

1. *Considerazioni introduttive: la rottura del gruppo* Azione-Italia Viva-Renew Europe *come vicenda paradigmatica del rapporto tra diritto parlamentare e politica*

Le conseguenze parlamentari della rottura dell'accordo politico tra *Azione-Italia Viva-Renew Europe* sono paradigmatiche. Esse certo offrono spunti di riflessione sulle specifiche questioni regolamentari sollevate, a cominciare ovviamente dall'interpretazione dei requisiti per la costituzione e la permanenza dei gruppi parlamentari. Ma molto di più esse ci dicono della natura del diritto parlamentare, il più politico dei rami del diritto; della sua tendenza a conferire certezza e prevedibilità all'attività parlamentare condizionata però da quella intrinseca elasticità che ad esso deriva dal carattere essenzialmente politico dei rapporti sottostanti regolati; dell'incerta linea di confine oltre cui il suo connaturato adattarsi alle mutate contingenze politiche rischia di tradursi in violazione della regola scritta per tutelare i diritti delle minoranze contro gli abusi della maggioranza.

[*] Ordinario di Diritto costituzionale, Libera Università degli Studi di Enna "Kore", salvatore.curreri@unikore.it.

[**] Tra i molti, quella della rappresentanza politica, con particolare riferimento al c.d. trasnfughismo parlamentare, è stato uno dei temi in cui mi sono più volte confrontato con il pensiero, scritto e orale, del Maestro. Gli dedico dunque con affetto questo scritto che ritorna sul tema prendendo spunto da una recente vicenda parlamentare, sperando nell'argomentare di non essere caduto in un diallelo…

In definitiva, la vicenda qui commentata dimostra come ancora una volta la forza della politica sia riuscita, alla fine, a piegare alle sue esigenze le norme regolamentari, nel caso specifico quelle sui gruppi politici; regole che, per loro intrinseca natura, sono da questo punto di vista le più sensibili ai mutati contesti politici, sia per il loro rapporto – invero non sempre lineare – con la corrispondente disciplina elettorale, sia per gli effetti extraparlamentari che discendono dalla costituzione di tali gruppi, primi fra tutti l'esenzione dalla raccolta delle firme per la presentazione delle candidature elettorali e la possibilità per i corrispondenti partiti politici di disporre delle risorse loro destinate dai bilanci di ciascuna Camera.

Eppure le situazioni di partenza – politiche e regolamentari – nelle due Camere erano profondamente diverse e come tali avrebbero potuto determinare un diverso epilogo parlamentare della rottura tra *Azione* e *Italia Viva*. Sotto il profilo politico, benché i due partiti avevano costituito gruppi parlamentari unici in ciascuna Camera, opposti erano i rispettivi rapporti di forza al loro interno. Al Senato, infatti, degli undici componenti del gruppo, sette erano d'*Italia Viva* e i restanti quattro di *Azione* mentre alla Camera, al contrario, dei ventuno membri del gruppo in maggioranza erano i dodici deputati di *Azione* rispetto ai restanti nove di Italia *Viva*. Per quanto, come vedremo, si sia inizialmente cercato di far leva – da parte dei senatori di *Italia Viva* – sulla diversità di tali rapporti numerici, alla fine essi non sono stati d'ostacolo alla definizione di una soluzione condivisa, per quanto al Senato asimmetrica a causa del mancato raggiungimento del numero minimo per costituire un gruppo parlamentare da parte degli appena quattro senatori di *Azione*.

Anche sotto il profilo regolamentare la situazione di partenza tra le due Camere era profondamente diversa a seguito delle modifiche regolamentari in tema di costituzione e permanenza dei gruppi politici – includendo in tale termine tanto i gruppi parlamentari che le componenti politiche del gruppo misto – approvate dal Senato il 20 dicembre 2017 e il 27 luglio 2022, a fronte invece della sostanziale immutata disciplina vigente alla Camera a causa del perdurante stallo del processo riformatore avviato fin dalla XVII legislatura. Diversità di disciplina che, com'è noto, si radica essenzialmente, ai fini della costituzione di diritto dei gruppi parlamentari, nella complementarietà al Senato tra requisito politico e requisito numerico, considerato invece sufficiente alla Camera. Tale diversità va annoverata, almeno in teoria – insieme alla diversa disciplina della questione di fiducia e della procedura di conversione dei decreti legge – tra le più importanti differenze esistenti tra le due Camere, in un contesto in cui esse tendono all'opposto sempre più ad uniformarsi sotto tutti i profili: costituzionale, con l'equiparazione dell'elettorato attivo (art. 58.1 Cost. come modificato con l. cost. 1/2021); elettorale, con l'adozione di identiche formule elettorali (l.

165/2017), forse ben oltre l'auspicio espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 35/2017; parlamentare, sotto il profilo sia strutturale (v. in tal senso l'istituzione anche al Senato del Comitato per la legislazione) che funzionale (l'assimilazione dei senatori astenuti ai presenti non votanti, al pari degli analoghi deputati). Lo stesso fenomeno del c.d. monocameralismo alternato di fatto, con la camera in seconda lettura che si limita ad approvare, senza modifiche e dopo un esame estremamente celere (ovviamente specie in fase di conversione di decreti legge) quanto approvato dalla prima, pur nella sua patologia dimostra a suo modo tale processo di omogeneizzazione, nella auspicata direzione che vuole le due Camere rami dell'unico Parlamento.

A fronte di tale processo, era prevedibile che, com'era accaduto già nella XVIII legislatura in occasione della costituzione al Senato del gruppo *Italia Viva – Partito socialista italiano*, si ritenesse alla fine intollerabile che dalla diversa disciplina regolamentare delle due Camere sui gruppi politici potesse discendere una loro diversa strutturazione politica. Pertanto, tali diverse discipline regolamentari – nonché tutte quelle connesse all'acquisizione dello status di gruppo politico – si sono dovute piegare di fronte al preminente obiettivo politico di consentire ad *Azione* e *Italia Viva* di continuare ad essere presenti ed operare come gruppi all'interno delle due Camere, seppur come vedremo con soluzioni diverse, anche sotto il profilo della loro continuità rispetto ai precedenti gruppi unici. Alle sollecitazioni conseguenti alla rottura politica tra *Azione* e *Italia Viva* la disciplina parlamentare non poteva dunque opporre soverchia resistenza, finendo piuttosto per conformarsi ad essa attraverso pareri interpretativi che, sfruttando specie al Senato l'ambiguità del testo, hanno sostanzialmente riscritto la normativa sulla costituzione dei gruppi parlamentari.

Pertanto, in forza della suddetta diversità di rapporti numerici esistenti nel gruppo, al Senato si è consentito ai sette senatori di *Italia Viva* di rimanere nel gruppo costituito ad inizio legislatura, senza soluzione di continuità, modificandone dal 9 novembre la precedente denominazione da *Azione-Italia Viva-Renew Europe* in *Italia Viva-Il Centro-Renew Europe*. Dalla sua denominazione originaria è stata, quindi, espunto il riferimento ad *Azione*, ai cui quattro senatori è stato consentito di costituirsi in componente politica autonoma del gruppo misto. Alla Camera, invece, si è consentito ai dodici deputati di *Azione* di rimanere nel gruppo formato ad inizio legislatura, anche in questo caso senza soluzione di continuità rispetto al precedente sebbene costituito non più di diritto ma in deroga perché composto da meno degli almeno venti deputati richiesti, modificandone la precedente denominazione da *Azione-Italia Viva-Renew Europe* in *Azione-Popolari europeisti riformatori-Renew Europe*; in questo caso, dunque, è stato tolto il riferimento a *Italia Viva*, ai cui nove deputati è stato consentito di costituire un gruppo parlamentare in deroga di eguale de-

nominazione rispetto a quello del Senato. Esiti differenti ma corrispondenti alla superiore esigenza politica di trovare una soluzione al caso che non risultasse penalizzante per nessuna dei due partiti protagonisti della rottura e per questo forte di quel sostegno politico necessario, espresso da tutti i gruppi, per l'approvazione dell'ennesima operazione apparentemente interpretativa, di fatto innovativa della disciplina regolamentare vigente.

2. *La revisione dei requisiti per costituire un gruppo politico introdotti con la riforma regolamentare del 2022…*

La costituzione in corso di legislatura di nuovi gruppi parlamentari da parte di forze politiche non presentatesi alle elezioni, in chiara elusione dell'obiettivo perseguito con la riforma regolamentare del 2017, ha indotto il Senato, in occasione della riforma regolamentare approvata il 27 luglio 2022, a puntualizzare meglio e rendere ancora più specifici e stringenti i requisiti politici per costituire un gruppo parlamentare o una componente politica nel gruppo misto.

Così, oltreché ridurre da dieci a sei il numero minimo dei senatori per costituire un gruppo parlamentare, così da adeguarlo (per difetto) alla riduzione del numero dei senatori elettivi, si sono stabilite le seguenti ulteriori condizioni per costituire un gruppo parlamentare (in corsivo le modifiche apportate all'art. 14.4 R.S.):

a) esso "deve rappresentare un partito o movimento politico, anche risultante dall'aggregazione di più partiti o movimenti politici, che abbia presentato alle *ultime* elezioni del Senato propri candidati con lo stesso contrassegno, conseguendo l'elezione di *almeno un Senatore*" (primo periodo). Rispetto, quindi, alla formulazione precedente, si è precisato il riferimento alle ultime elezioni del Senato e che il partito o movimento politico rappresentato debba aver conseguito l'elezione di almeno un senatore, anziché di "senatori";
b) i partiti o movimenti politici che hanno deciso di aggregarsi, presentandosi insieme alle elezioni con un unico contrassegno, anche contenente più di un simbolo (c.d. liste-matrioska), se hanno conseguito l'elezione di almeno un senatore possono costituire un solo Gruppo (o una sola componente politica in seno al gruppo misto), accompagnando la richiesta in tal senso con l'assenso del soggetto che ha depositato il suddetto contrassegno elettorale (secondo periodo). Si tratta di una disposizione completamente nuova, diretta a disciplinare le alleanze elettorali di più forze politiche con cui ciascuna di esse, anziché presentare singole liste unite elettoralmente in coalizione, decidono di presentarne una unica, il cui contrassegno elettorale

include i loro rispettivi simboli. Simboli che, come detto, nella scorsa legislatura erano stati utilizzati come *passepartout* per costituire nuovi gruppi in corso di legislatura. Da qui l'introduzione di alcune condizioni: l'aver tale aggregazione elettorale conseguito l'elezione di almeno un senatore (in forza dell'espresso richiamo di tale secondo periodo al primo); il divieto di costituire più di un gruppo; infine il necessario assenso del soggetto che, quale suo titolare, ha depositato il contrassegno elettorale, ancorché non sia un senatore, con la inquietante conseguenza che un soggetto esterno al Senato può decidere se prestare il proprio consenso alla costituzione di tale gruppo oppure, revocandolo, determinarne lo scioglimento;

c) infine, i partiti e i movimenti politici che alle ultime elezioni del Senato hanno presentato congiuntamente liste di candidati con il medesimo contrassegno elettorale, possono costituire un solo Gruppo parlamentare, che li rappresenti tutti complessivamente, oppure uno o più gruppi autonomi, sempre composti da almeno sei senatori, purché corrispondano a ciascuno di tali partiti o movimenti politici che hanno presentato il proprio contrassegno in coalizione. Tale terzo periodo, che riprende nella sua formulazione il secondo approvato nel 2017, introduce rispetto ad esso espressamente la possibilità che le forze politiche che hanno presentato congiuntamente liste di candidati con il medesimo contrassegno possono costituire, in riferimento a tali liste, oltreché un unico gruppo, tanti singoli gruppi, sempreché ovviamente composti da almeno sei senatori, purché corrispondenti ai loro rispettivi contrassegni.

Il difficile problema interpretativo che la formulazione di tale periodo pone – e che come vedremo è stato oggetto della *querelle* tra *Azione* e *Italia Viva* – riguarda il rapporto con il precedente secondo periodo in ordine all'oggetto della disciplina. Mentre infatti il secondo periodo fa riferimento, come detto, all'aggregazione di più partiti o movimenti politici in un unico contrassegno elettorale (le c.d. liste matrioska, cioè contenenti più simboli all'interno dell'unico contrassegno elettorale), il terzo periodo si riferisce invece, nella prima parte, alla presentazione congiunta di liste con il medesimo contrassegno da parte di più forze politiche, nella seconda parte alla presentazione da parte di ciascuna di esse del proprio contrassegno in coalizione. Lo sforzo diretto a disciplinare in modo specifico e dettagliato le ipotesi di costituzione dei gruppi parlamentari, superando l'ambiguo riferimento contenuto nella disciplina precedente alle forze politiche presentatesi alle elezioni unite o collegate, anziché semplificare, ha prodotto una disciplina di ancor più difficile intellegibilità rispetto alla precedente. Né, ai fini della

risoluzione delle questioni interpretative da essa sollevate soccorrono i lavori preparatori giacché sia in Giunta per il regolamento che in Aula esse non sono state affrontate, essendosi i relatori, e più in generale gli intervenuti al dibattito, limitatisi a ripetere in modo tralaticio le disposizioni in questione, senza esplicitarne le differenze.

Risulta pertanto difficile distinguere nettamente l'ipotesi – oggetto del secondo periodo – della "aggregazione di più partiti o movimenti politici" – in relazione alla quale per ciascun contrassegno, anche contenente più di un simbolo – si può costituire un solo gruppo parlamentare da quella – oggetto del terzo periodo – della presentazione di liste congiunte di candidati con il medesimo contrassegno, in relazione alla quale, oltreché la costituzione di un solo gruppo, è possibile quella di gruppi autonomi "purché corrispondenti a singoli partiti o movimenti politici che abbiano presentato il proprio contrassegno in coalizione alle ultime elezioni del Senato". Non a caso, di fronte a tale *rebus* interpretativo, si è autorevolmente scritto di apparente contraddittorietà tra secondo e terzo periodo, dato che quest'ultimo consente alle forze politiche presentatesi congiuntamente alle elezioni di formare ciascuna un proprio gruppo a fronte dell'espresso divieto al riguardo posto dal secondo periodo per le forze politiche aggregatesi alle elezioni.

Cercando di dare una interpretazione unitaria a tale disciplina, si può ipotizzare che le forze politiche che si sono aggregate in unica lista, dal contrassegno unitario (terzo periodo) oppure contenente i loro rispettivi simboli (secondo periodo), siano obbligate a formare un unico gruppo (o un'unica componente politica del misto) corrispondente a tale contrassegno.

Di contro, invece, le singole forze politiche che hanno presentato proprie autonome liste poi collegatesi con altre in un'unica coalizione elettorale per sostenere il comune candidato nel collegio uninominale, possono costituire un unico gruppo oppure gruppi parlamentari distinti. Del resto, il fatto che la singola forza politica abbia presentato proprie liste elettorali, seppure coalizzatesi con altre, anziché essere confluita in una lista unitaria congiuntamente con altre, consente ad essa di potersi costituire in gruppo autonomo, purché composto da almeno sei senatori (il che peraltro indurrebbe ad escludere il ricorso al c.d. prestito dei parlamentari per raggiungere tale *quorum*). Il discrimine tra secondo e terzo periodo starebbe dunque nel disciplinare rispettivamente le aggregazioni (confluenza di più partiti in unica lista) e le coalizioni elettorali (alleanza di più liste distinte). Ed è proprio sulla base di tale ricostruzione della normativa vigente che la Giunta per il regolamento del Senato ha affrontato e risolto il problema della sorte del gruppo *Azione-Italia Viva-Renew Europe* a seguito della rottura politica al suo interno tra le due forze politiche in esso rappresentate.

3. Segue. *… e la loro contrastante interpretazione a seguito della rottura del gruppo parlamentare* Azione-Italia Viva-Renew Europe

Alla luce di tali possibili differenti interpretazioni del rapporto tra secondo e terzo periodo dell'art. 14.4 R.S., non meraviglia che opposte siano state le tesi sostenute dalle due forze politiche in conflitto, per quanto solo *Italia Viva* abbia avuto modo di rappresentarle in seno alla Giunta per il regolamento tramite l'unica sua esponente in essa presente (la sen. Fregolent).

Per *Azione* il gruppo con *Italia Viva* si era costituito ai sensi del secondo periodo dell'art. 14.4 R.S. perché frutto della decisione delle due forze politiche, guidate rispettivamente dai sen. Calenda e Renzi, di aggregarsi e presentare alle ultime elezioni politiche liste unitarie aventi il medesimo contrassegno contenente al suo interno i loro due rispettivi simboli. Pertanto, secondo quanto previsto dal citato secondo periodo, esse potevano costituire un solo unico gruppo parlamentare, corrispondente al suddetto contrassegno elettorale, grazie all'assenso del soggetto titolare che l'aveva depositato (il sen. Calenda). Di conseguenza, a seguito del ritiro di tale assenso dopo la rottura con *Italia Viva*, il gruppo andava dichiarato sciolto con conseguente iscrizione d'ufficio di tutti gli undici suoi componenti al gruppo misto *ex* art. 14.9 R.S., dato che nessuna delle due forze politiche raggiungeva il *quorum* di nove senatori richiesto dall'articolo 14.5 R.S. per costituire un gruppo autonomo in corso di legislatura.

Al contrario, per *Italia Viva*, il gruppo con *Azione* si era costituito ai sensi del terzo periodo dell'art. 14.4 R.S. perché frutto non dell'aggregazione di tali due forze politiche ma della loro decisione di presentarsi alle elezioni congiuntamente e, dunque, di costituire un solo gruppo parlamentare che li rappresentasse complessivamente. Di conseguenza, sarebbe stato possibile, sempre ai sensi del suddetto terzo periodo, che una delle due forze politiche costituisse un gruppo autonomo di almeno sei senatori (*quorum* come detto raggiunto da *Italia Viva* cui facevano capo sette senatori contro i quattro di *Azione*) perché presentatasi alle ultime elezioni del Senato con un proprio contrassegno (in realtà simbolo). È evidente che la tesi sostenuta da *Italia Viva* tendeva ad equiparare i partiti presentatisi congiuntamente ai partiti presentatisi in coalizione così da permettere ai primi, e non solo ai secondi, la possibilità di costituire gruppi parlamentari autonomi.

Come si vede, tesi opposte ciascuna delle quali invocava a proprio favore una disciplina regolamentare che ha subito palesato da questo punto di vista le sue ambiguità.

Tra tali due opposte alternative – *Azione-Italia Viva* come aggregazione elettorale presentatasi agli elettori con liste unitarie dotate di unico contrasse-

gno contenente i loro rispettivi simboli da un lato (art. 14.4, secondo periodo) oppure come coalizione elettorale formata da due forze politiche che potevano formare gruppi autonomi (art. 14.4, terzo periodo) – ne restava una terza che, se di fatto praticabile, avrebbe contribuito a risolvere immediatamente il problema, e cioè la costituzione di nuovi gruppi parlamentari da parte di almeno nove senatori visto che ciascuno dei due partiti corrispondeva ai requisiti politici previsti dall'art. 14.5 R.S., essendosi presentato alle elezioni politiche (della Camera) avendo conseguito l'elezione di propri rappresentanti. Ma, come detto, nessuno dei due partiti raggiungeva il *quorum* di almeno nove componenti, più elevato rispetto a quello di sei previsto per costituire un gruppo parlamentare ad inizio legislatura di modo che il suo raggiungimento lasciasse ragionevolmente presumere l'effettiva corrispondenza del nuovo gruppo parlamentare alla mutata realtà politico-elettorale del Paese. Una prima riprova di come, a fronte della incertezza dei requisiti politici, siano quelli numerici, per loro natura oggettivi, a costituire il più efficace limite alla proliferazione dei gruppi politici.

4. *La tesi favorevole allo scioglimento automatico del gruppo per mancata corrispondenza tra sua denominazione e corrispondente contrassegno elettorale*

Forse anche a causa di questa situazione d'incertezza regolamentare, i sette senatori di *Italia Viva* hanno tentato di risolvere la questione per le vie brevi, profittando del loro essere maggioranza nel gruppo per deliberarne il cambio di denominazione – da *Azione-Italia Viva-Renew Europe* a *Italia Viva-Renew Europe* – espungendo così da essa il riferimento ad *Azione* e costringendo di fatto alla fuoriuscita i suoi quattro senatori. Questi ultimi, infatti, ovviamente non si sarebbero più riconosciuti in un gruppo parlamentare privato nella sua denominazione del riferimento alla propria forza politica d'appartenenza, con conseguente loro iscrizione d'ufficio al gruppo misto. È evidente che, rispetto ai precedenti casi in cui il mutamento di denominazione del gruppo politico consegue alla decisione di uno o più parlamentari di aderirvi o abbandonarlo, in questo caso esso era diretto piuttosto a provocare l'abbandono dei quattro senatori di *Azione* che ne facevano parte e grazie a cui esso si era costituito ad inizio legislatura. Un mutamento di denominazione formale che sottintendeva dunque una espulsione sostanziale.

Il cambio di denominazione, anziché risolvere la questione, com'era negli intenti dei senatori di *Italia Viva*, la complicava ulteriormente, sollevando due ulteriori questioni interpretative.

In primo luogo, si è posto il problema se la mancata integrale corrispondenza tra la denominazione del gruppo parlamentare e il corrispondente con-

trassegno elettorale ne determinasse il suo automatico scioglimento per il venir meno di uno dei requisiti indefettibili richiesti per la sua costituzione. Difatti, si è sostenuto che, in base ad un'interpretazione sistematica dei commi 4 e 5 dell'articolo 14 R.S., per costituire un gruppo, sia ad inizio legislatura che nel suo corso, occorreva che la sua denominazione corrispondesse al contrassegno elettorale del partito o movimento politico rappresentato presentatosi alle elezioni. L'assenza di tale corrispondenza, a seguito del mutamento di denominazione, avrebbe determinato sia lo scioglimento del gruppo *Azione-Italia Viva-Renew Europe* sia l'impossibilità di un'eventuale costituzione di uno nuovo da parte di ciascuna delle due forze politiche (qualora ovviamente avessero raggiunto il *quorum* minimo di nove senatori), con conseguente iscrizione di tutti e undici i senatori iscritti al gruppo misto.

Tale interpretazione è stata però respinta dal Presidente del Senato il quale ha sostenuto che la corrispondenza tra denominazione del partito, contrassegno elettorale e denominazione del gruppo costituisca un requisito indefettibile solo al momento della costituzione del gruppo; diversamente si sarebbe dovuto concludere per l'esistenza di un divieto di cambio di denominazione del gruppo, pena il suo scioglimento, invece non previsto espressamente dal Regolamento. Argomento invero non del tutto convincente perché il limitare tale corrispondenza al momento genetico significherebbe ammettere la possibilità di mutamenti tali di denominazione che, pur facendo salva la continuità formale del gruppo, potrebbero sottintendere discontinuità politiche sostanziali. Piuttosto, che il gruppo parlamentare debba avere "la medesima denominazione ovvero il medesimo contrassegno del partito o movimento politico rappresentato" è previsto espressamente solo per i gruppi che s'intendono costituire in corso di legislatura, onde garantire la loro effettiva corrispondenza con forze politiche che hanno avuto candidati eletti nelle elezioni del Parlamento nazionale o europeo (art. 14.5), ma non per i gruppi costituitisi ad inizio legislatura ai sensi del precedente quarto comma, il cui riferimento al contrassegno elettorale è tale da non escludere possibili variazioni nella sua denominazione originaria purché, come nel caso specifico, si traducano rispetto ad essa in aggiunte o cancellazioni parziali.

5. *Il contestato mutamento di denominazione del gruppo e la conseguente problematica individuazione dell'organo parlamentare competente su tali controversie interne*

Il secondo problema sollevato dalla comunicazione del cambio di denominazione del gruppo riguardava la validità della delibera adottata, contestata dai quattro senatori di *Azione*, perché non approvata dalla maggioranza dei due

terzi dei componenti del gruppo prescritta dall'art. 16 del suo regolamento interno per "le sue eventuali e successive modifiche". Modifiche al regolamento nelle quali andava ovviamente inclusa la mutata denominazione del gruppo. Contestazione che aveva indubbiamente un fondamento oggettivo, dato che i due terzi degli undici componenti del gruppo erano pari a otto senatori, uno in più quindi rispetto ai sette voti favorevoli espressi. Invero, da parte dell'unica esponente di *Italia Viva* nella Giunta per il regolamento si era azzardatamente sostenuto che il *quorum* dei due terzi fosse stato raggiunto perché il risultato aritmetico ottenuto (11:3x2=7,3) andava arrotondato per difetto (sette) anziché per eccesso (otto). Ma è evidente che, in caso di frazione decimale, i quorum – per costante prassi parlamentare – non vanno arrotondati al numero intero inferiore perché ciò equivarrebbe al loro mancato raggiungimento.

Piuttosto, di fronte al contrasto in seno al gruppo circa l'interpretazione del suo regolamento interno, in assenza di espresse disposizioni regolamentari sul punto, si è posto nella Giunta per il regolamento il problema d'individuare quale fosse l'organo competente a decidere su tali questioni interpretative e, quindi, sulla validità della delibera di mutamento della denominazione.

Si trattava invero di una questione non nuova perché in certo senso analoga a quella che si era posta nella precedente legislatura, allorquando alcuni senatori espulsi dal gruppo del MoVimento 5 Stelle impugnarono tale provvedimento perché adottato in violazione dell'art. 21 del suo regolamento interno, non essendo stata garantita loro la partecipazione al procedimento sanzionatorio, previa contestazione delle sanzioni, né rispettato l'obbligo di loro motivazione. Rispetto a quel precedente – in cui i ricorrenti si rivolsero dapprima alla magistratura ordinaria e amministrativa e poi, dopo la loro dichiarazione d'incompetenza, agli organi di autodichia interna, ottenendo soddisfazione in appello – stavolta i quattro senatori di *Azione* avevano lamentato l'inosservanza del regolamento interno direttamente al Presidente del Senato, ponendolo in una situazione di un certo imbarazzo sia politico che regolamentare, anche per uscire dal quale egli si è reso protagonista dell'opera di mediazione tra le due forze politiche che ha infine concluso la vicenda.

Il caso, quindi, sottoposto alla Presidente, e da questi a sua volta alla Giunta per il regolamento, circa la validità della delibera presa dal gruppo *Italia Viva–Azione–Renew Europe* in base al suo regolamento interno, poteva essere l'occasione utile per affrontare e risolvere il problema della identificazione di quali controversie interne al gruppo, in virtù dei loro riflessi sull'organizzazione del Senato, fossero da ritenere di natura pubblica, anziché privata, e di conseguenza quale organo parlamentare – il Presidente quale massimo interprete del Regolamento? Gli organi interni di autodichia? – fosse chiamato a dirimerle. In questa prospettiva, pare evidente che la delibera circa il cam-

bio di denominazione del gruppo in questione era questione non confinabile nell'ambito dei rapporti privati tra i componenti del gruppo parlamentare ma di natura spiccatamente pubblica per i suoi conseguenti effetti sia sull'organizzazione strutturale del Senato sia sullo svolgimento dell'attività parlamentare dei suoi aderenti, specie dei senatori che sarebbero stati costretti a confluire nel gruppo misto.

È evidente però che l'intenzione del Presidente, manifestata nella seduta della Giunta per il regolamento del 3 novembre, di rimettere la complessa questione, in assenza di un accordo tra *Azione* e *Italia Viva*, agli organi interni di autodichia, avrebbe comportato tempi di risoluzione assolutamente incompatibili con la preminente esigenza di pervenire al più presto ad una soluzione politica della vicenda, tanto più se, come preannunciato dallo stesso Presidente, in attesa di tale giudizio egli avrebbe dato seguito al cambio di denominazione del gruppo deliberato dal gruppo *Azione-Italia Viva-Renew Europe* e comunicato dal suo Presidente, penalizzando di fatto in tal modo i quattro senatori di *Azione* i quali sarebbero stati costretti nel frattempo ad iscriversi nel gruppo misto, subendo un immediato danno politico e anche finanziario.

Anche per evitare un simile scenario, che avrebbe di fatto portato all'accoglimento delle istanze di *Italia Viva* a scapito di quelle di *Azione*, la Giunta per il regolamento ha piuttosto puntato sulla mediazione del Presidente perché si pervenisse ad una soluzione politica di compromesso, sfruttando sotto questo profilo l'ambiguità o, volendo, la flessibilità del dettato regolamentare che, come detto, si prestava ad una pluralità di opzioni interpretative. È dunque comprensibile che alla fine la Giunta abbia deciso di lasciare irrisolta la questione della individuazione dell'organo parlamentare competente a giudicare dell'interpretazione dei regolamenti interni dei gruppi parlamentari, preferendo piuttosto risolvere la questione politica di fondo che l'aveva originata.

6. *Il c.d.* lodo *La Russa*

Il salomonico compresso proposto dal Presidente del Senato – il c.d. lodo La Russa – nella veste più di mediatore e arbitro che giudice del diritto parlamentare – nell'interesse di entrambe le forze politiche, accettato alla fine da entrambe e di cui la Giunta per il regolamento nella seduta dell'8 novembre ha preso atto all'unanimità, si è basato su "un'interpretazione adeguatrice di carattere estensivo, di quanto stabilito dall'articolo 14, comma 4, terzo periodo" del Regolamento. Secondo tale interpretazione, infatti, l'accordo tra *Azione* e *Italia Viva* non aveva dato vita ad una aggregazione elettorale che aveva presentato una lista unica avente nel suo contrassegno elettorale i loro rispettivi simboli; in tal caso, infatti, secondo quanto previsto dall'art. 14.4, secondo periodo,

sarebbe stato possibile costituire solo un unico e corrispondente gruppo parlamentare. Piuttosto, tale accordo aveva dato vita ad una coalizione elettorale, termine quest'ultimo da interpretare, ai fini dell'applicazione del successivo terzo periodo, non nel senso adoperato nella legge elettorale, come coalizione di partiti, ma estensivamente come alleanza tra forze politiche diverse che avevano presentato in modo unitario liste proporzionali e candidati uninominali. Di conseguenza, le forze politiche che avevano dato vita a tali coalizioni elettorali potevano, ai sensi del citato art. 14.4, terzo periodo, formare un gruppo unico oppure costituire ciascuna di esse uno proprio, purché composto da almeno sei senatori e corrispondente (in parte) al contrassegno elettorale con cui la coalizione si era presentata agli elettori. In definitiva, *Azione* e *Italia Viva* avevano costituito non una aggregazione elettorale che aveva presentato una lista unica con il medesimo contrassegno contenente i rispettivi simboli (14.4. secondo periodo) ma una coalizione elettorale benché non avessero presentato liste distinte ma un'unica lista con un unico contrassegno in cui erano inclusi i loro simboli (14.4 terzo periodo). Per quanto ovvio, è evidente che la sussunzione di tale fattispecie nel terzo periodo dell'articolo 14.4 era funzionale alla possibilità di costituire gruppi autonomi, esclusa dal secondo periodo.

Pertanto, i sette senatori di *Italia Viva* sono rimasti nell'originario gruppo parlamentare, approvandone il 9 novembre il cambio di denominazione da *Azione-Italia Viva-Renew Europe* in *Italia Viva-Il Centro-Renew Europe*. Non si tratta quindi di un nuovo gruppo ma di un gruppo che si pone in continuità con il precedente, benché da esso differisca, oltreché per la diversa denominazione, dall'essersi costituito in base ai requisiti richiesti non dal secondo ma dal terzo periodo dell'art. 14.4 R.S., senza quindi il necessario assenso dell'uso del contrassegno elettorale da parte del sen. Calenda di Azione che l'aveva depositato.

Contestualmente, i quattro senatori di *Azione*, non raggiungendo il minimo di sei richiesto per costituirsi in gruppo parlamentare, sono entrati a far parte del gruppo misto, in cui hanno costituito la omonima autonoma componente politica, ridenominata il 13 novembre *Azione–Renew Europe*. È bene precisare che in tal caso non c'è stata alcuna forzatura interpretativa, e quindi alcuna concessione, perché i senatori di *Azione* rispondevano ai requisiti richiesti dall'art. 14.6 R.S., nella loro qualità di rappresentanti di un partito politico che aveva "presentato alle ultime elezioni del Senato propri candidati con lo stesso contrassegno, conseguendo l'elezione di almeno un Senatore".

Si tratta di una soluzione interpretativa che non tradisce la *ratio* che ha ispirato le riforme regolamenti del Senato approvate nel 2017 e nel 2022, e cioè la corrispondenza tra gruppi parlamentari e partiti politici presentatisi alle elezioni. Piuttosto essa ha inteso superare quella che è stata ritenuta una

"rigidità eccessiva" delle norme regolamentari, laddove obbligava le forze politiche aggregatesi in un'unica lista unitaria a costituire un unico gruppo, in ciò sottovalutando come la scelta di più forze politiche di presentarsi unite alle elezioni, oltreché ovviamente ritenuta praticabile sotto il profilo politico-programmatico, poteva in certa misura essere indotta dal vigente sistema elettorale che prevede per le liste – coalizzate o no – la soglia di sbarramento del 3% dei voti validi nazionali e, soprattutto, quella del 10% per le coalizioni, in cui almeno una lista deve superare il 3% (art. 83.1.*e)* n. 1 DPR 361/1957). Pare evidente, dunque, che alla scelta di *Azione* e *Italia Viva* di allearsi, peraltro pochi giorni prima del termine previsto, in liste unitarie non sia stato estraneo il timore di non raggiungere da sole o in coalizione le soglie di sbarramento previste. Il che, insieme ai contrasti politici e caratteriali dei due *leader*, lasciava presagire la rottura dell'accordo politico e, di conseguenza, la rigidità di una disposizione probabilmente pensata per unioni politiche ben più strutturate e solide di quelle formatesi in prossimità dell'elezioni politiche. Un classico caso in cui la normativa regolamentare sui gruppi parlamentari si è palesata più rigida di quella elettorale e, pertanto, più esposta alle sollecitazioni provenienti dalle forze politiche che avevano comunque avuto accesso alla rappresentanza parlamentare, dimostrando così la propria incapacità di poterle contrastare.

7. *Dalla rottura del gruppo parlamentare* Azione-Italia Viva-Renew Europe *alla Camera alla costituzione dei due distinti gruppi autorizzati*

La rottura politica tra *Azione* e *Italia Viva* non poteva non avere effetti parlamentari diversi alla Camera, dove le regole sui gruppi politici sono profondamente diverse da quelle del Senato. Com'è noto, infatti, per costituire un gruppo parlamentare in prima battuta basta soddisfare il semplice requisito numerico dell'adesione di venti deputati (art. 14.1 R.C.). In subordine, "l'Ufficio di Presidenza può autorizzare la costituzione di un Gruppo con meno di venti iscritti purché questo rappresenti un partito organizzato nel Paese che abbia presentato, con il medesimo contrassegno, in almeno venti collegi, proprie liste di candidati, le quali abbiano ottenuto almeno un quoziente di almeno trecentomila voti di lista validi" (art. 14.2 R.C.), senza che a tal fine sia richiesto un numero minimo di deputati.

Alla Camera, quindi, a differenza del Senato, il rapporto tra gruppo parlamentare e partito politico assume rilievo formale solo in mancanza del requisito numerico, al fine di consentire a soggetti politici di minore consistenza, organizzati e operanti nella comunità nazionale, di esercitare comunque i poteri che il regolamento attribuisce ai gruppi nonché di partecipare all'assegnazione di locali, attrezzature e contributi a carico del bilancio della stessa Camera.

L'applicazione dei requisiti politici per la costituzione dei gruppi autorizzati – evidentemente basati sulla legge elettorale proporzionale rimasta in vigore fino al 1993 – ha subito palesato difficoltà applicative a causa delle diverse sue modifiche. Per questo motivo la Giunta per il regolamento si è dovuta più volte pronunciare sull'applicazione dell'art. 14.2 R.C., elaborando pareri interpretativi, la cui evoluzione nel tempo – "costituisce una cartina di tornasole dello strettissimo rapporto tra disciplina dei Gruppi e sistema elettorale". Pareri, peraltro, che per la loro portata innovativa, ben al di là delle opzioni interpretative consentite dal testo, vanno considerati alla stregua di vere e proprie sue modifiche senza osservare le procedure e la maggioranza a tal fine richieste. Grazie ad essi, i requisiti richiesti per costituire un gruppo in deroga sono divenuti progressivamente sempre più laschi per ragioni da ultimo essenzialmente dovute non tanto alla riduzione del numero dei deputati – dato che come detto per costituire un gruppo autorizzato non è richiesto alcun *quorum* minimo – ma, anche in questo caso, all'esigenza di conformare volta per volta il dettato regolamentare alle contingenze politiche del momento, così da allineare la composizione politica della Camera a quella del Senato.

Il che è esattamente quanto accaduto riguardo al gruppo *Azione-Italia Viva-Renew Europe*. Esso si era costituito ad inizio della XIX legislatura grazie all'adesione di ventuno deputati, tutti eletti nelle corrispondenti liste proporzionali, presentate con il contrassegno contenente i simboli dei due partiti. Come al Senato, dunque, si trattava di liste unitarie presentate da un soggetto politico derivante dall'aggregazione di forze politiche e che, come tali – anziché in coalizione – avevano superato la relativa soglia di sbarramento del 3% dei voti validi e partecipato alla ripartizione nazionale dei seggi.

Verificatasi la rottura, la questione della sorte del gruppo è stata posta dai nove deputati ad esso iscritti di *Italia Viva* i quali, con lettera pervenuta al Presidente della Camera il 19 ottobre 2023 (la stessa data della comunicazione di cambio di denominazione del gruppo al Senato), avevano richiesto di potersi costituire un gruppo parlamentare autonomo, denominato *Italia Viva-Il Centro-Renew Europe* a partire dal 1° novembre, "in continuità con il Gruppo *Italia Viva-Italia c'è* già costituito nella precedente legislatura", chiedendo a tal fine che sulla loro istanza l'Ufficio di presidenza deliberasse ai sensi del citato art. 14.2 R.C. Tra le quattro motivazioni addotte a sostegno della richiesta, merita di essere segnalata in particolare quella relativa alla scelta delle due forze politiche di presentarsi agli elettori con una lista unitaria, anziché formare una coalizione elettorale (con il rischio di non raggiungere il relativo *quorum*), giustificata alla luce del "mutato contesto del sistema elettorale che consente ai partiti di mantenere la propria identità politica, favorendo accordi volti ad affrontare la competizione elettorale mettendo insieme le rispettive forze".

Nella seduta del 31 ottobre, l'Ufficio di Presidenza approvava la proposta del Presidente di rimettere l'ennesima questione interpretativa dell'art. 14.2 R.C. alla Giunta per il regolamento che l'esaminava nelle sedute dell'8 e 15 novembre. Tale tempistica merita di essere evidenziata perché la Giunta, nella seduta dell'8 novembre, ha deciso di rinviare l'esame della questione, presumibilmente anche per attendere il pronunciamento – previsto lo stesso giorno – del corrispondente organo del Senato, prima di deliberare definitivamente in merito nella successiva seduta del 15 novembre.

È evidente che la decisione della Giunta per il regolamento sulla questione interpretativa conseguente alla richiesta dei nove deputati di *Italia Viva* avrebbe prodotto effetti sui restanti dodici deputati iscritti al medesimo gruppo iscritti ad *Azione* i quali, in caso di parere favorevole, avrebbero ovviamente potuto formulare analoga richiesta di costituire un ulteriore gruppo in deroga all'Ufficio di Presidenza. Più precisamente, poiché i deputati di *Italia Viva* avevano chiesto la costituzione di un nuovo gruppo (e non, come al Senato, il cambio di denominazione di quello esistente, probabilmente perché stavolta in inferiorità numerica rispetto a quelli di *Azione*), questi ultimi potevano a loro volta chiedere non lo scioglimento del gruppo *Azione-Italia Viva-Renew Europe* ma il suo cambio di denominazione in *Azione-Renew Europe* (espungendo così il riferimento a *Italia Viva*), affinché fosse così assicurata la continuità del gruppo parlamentare, per quanto non più costituito di diritto ma in deroga.

Sulla base dei pareri precedenti della Giunta per il regolamento e delle conseguenti determinazioni dell'Ufficio di Presidenza, la richiesta dei deputati di *Italia Viva* avrebbe dovuto essere respinta. Con il già citato parere del 16 maggio 2006, la stessa Giunta, circa lo specifico tema di soggetti politici derivanti dall'aggregazione di più partiti che avevano presentato liste unitarie alle elezioni e partecipato alla ripartizione nazionale dei seggi, aveva espressamente chiarito che il requisito elettorale richiesto dall'art. 14.2 R.C. sarebbe ricorso "ovviamente soltanto ove il gruppo autorizzato sia (e resti, nei suoi elementi costitutivi) rappresentativo della formazione politica complessiva identificata nella lista, e non di singole componenti di essa".

Tale orientamento era stato peraltro ribadito nella corrente legislatura, allorquando l'Ufficio di Presidenza della Camera, con delibera del 26 ottobre 2022, aveva autorizzato la costituzione del gruppo parlamentare *Alleanza Verdi e Sinistra* perché riuniva gli (allora) dodici deputati eletti nelle liste proporzionali presentate con lo stesso contrassegno dai due soggetti politici in questione.

Sulla base di tali precedenti, la scissione tra *Azione* e *Italia Viva* che avevano unitariamente presentato liste e partecipato all'assegnazione dei seggi per la quota proporzionale avrebbe dovuto impedire a ciascuna forza politica di poter corrispondere ai requisiti per la costituzione in deroga previsti dall'art.

14.2 R.C. Non sarebbe stato dunque possibile costituire due gruppi autorizzati in rappresentanza di forze politiche che unite si erano presentate alle elezioni e partecipato alla ripartizione proporzionale dei seggi e che solo se e finché unite potevano costituire un unico gruppo parlamentare in deroga al requisito numerico qualora esso fosse venuto a mancare.

Era evidente dunque che, per permettere alle due forze politiche di costituire gruppi autorizzati, occorreva un nuovo parere della Giunta per il regolamento che modificasse il precedente del 16 maggio 2006 "al fine di consentire – oltre alla formazione di un gruppo autorizzato «rappresentativo della formazione politica complessiva identificata nella lista, e non di singole componenti di essa» – anche la formazione di Gruppi in corrispondenza dei singoli partiti che abbiano presentato unitariamente la lista ove nel contrassegno di quest'ultima compaiano i simboli e/o le denominazioni dei suddetti partiti e sempre che la lista unitaria abbia avuto accesso alla ripartizione dei seggi su base proporzionale".

Sotto il profilo regolamentare, gli elementi invocati, anche dal Presidente della Camera, a sostegno di tale soluzione non paiono però del tutto convincenti.

Non lo è, innanzi tutto, il riferimento alla riduzione del numero dei deputati, visto che come detto non esiste un numero minimo per costituire un gruppo parlamentare in deroga. Peraltro, in passato la Camera aveva autorizzato la costituzione in deroga di gruppi con meno dei nove deputati richiedenti, come in particolare accaduto ad inizio della VII legislatura.

In secondo luogo, pur nel rispetto dell'autonomia regolamentare di ciascuna Camera, si è fatto riferimento alla possibilità, prevista dal riformato art. 14.4, terzo periodo, R.S., per i partiti aggregati di costituire, oltreché un solo gruppo, gruppi autonomi, "composti da almeno sei senatori, purché corrispondenti a singoli partiti o movimenti politici che abbiano presentato il proprio contrassegno in coalizione alle ultime elezioni del Senato". Come visto, però, il significato di tale disposizione è tutt'altro che inequivoco per cui è dovuta intervenire la Giunta per il regolamento del Senato per giustificarne l'applicazione anche alle forze politiche aggregatesi in lista unitaria anziché unitesi in coalizione ai sensi della vigente legge elettorale.

In terzo luogo si è fatto leva sul requisito numerico, dato che i nove deputati di *Italia Viva* erano in numero pari a quello dei deputati che avevano richiesto e ottenuto la costituzione in deroga del gruppo *Noi Moderati*. Argomento anch'esso non decisivo poiché, come detto la costituzione dei gruppi in deroga dipende primariamente e essenzialmente da un requisito politico anziché numerico, che la Giunta per il regolamento, con l'ennesima sostanziale riscrittura dell'art. 14.2 R.C., aveva ritenuto di riscontrare nella richiesta dei deputati in questione.

In quarto luogo, si è evidenziato che i deputati richiedenti erano stati tutti eletti nella lista indicata, senza cioè essere provenuti da altri gruppi in corso della legislatura; argomento politico, ma privo di spessore giuridico in un contesto regolamentare, quale quello della Camera, in cui, al contrario del Senato, non esistono disposizioni volte a limitare il transfughismo parlamentare.

L'unico elemento invocato che poteva essere sviluppato, come poi è stato, a sostegno della richiesta, in scia a quanto deciso dal Senato, era che nel contrassegno delle liste elettorali unitarie comparivano i simboli delle due forze politiche che avevano concorso alla loro presentazione. Più che un elemento, un appiglio che ha consentito una decisione che, al pari delle altre sul tema dei requisiti per costituire un gruppo in deroga, aveva una giustificazione solo politica, come dimostra la quasi totale assenza di argomenti di pregio giuridico nel dibattito svoltosi nella seduta della Giunta per il regolamento del 15 novembre 2023.

Alla fine, dunque, la Giunta per il regolamento, nella seduta del 15 novembre, ha approvato il parere secondo cui, con i consueti *caveat* della limitazione della decisione alla corrente XIX legislatura e "nelle more di una modifica della disciplina recata dall'articolo 14 del Regolamento", le forze politiche che avevano presentato liste elettorali unitarie ammesse alla ripartizione dei seggi su base proporzionale potevano costituire gruppi in deroga corrispondenti "oltre che alla formazione politica complessiva corrispondente alle liste unitariamente presentate con l'unico contrassegno, anche alle diverse forze politiche che abbiano concorso alla presentazione delle predette liste, purché i rispettivi simboli e/o denominazioni compaiano nel contrassegno della lista unitaria". In altri termini, tali forze politiche, oltreché un unico gruppo, potevano costituirne di autonomi.

Alla luce di tale ennesimo parere, dunque, i gruppi in deroga possono essere costituiti da singole forze politiche che hanno superato la soglia di sbarramento (2006), anche se presentatesi unitariamente (2023); oppure che, pur non avendo superato tale soglia, abbiano avuto un eletto in quota maggioritaria candidatosi nelle sue liste (2022).

8. *Considerazioni conclusive: può uno scoglio arginare il mare?*

Come scritto all'inizio, gli effetti parlamentari della rottura tra *Azione* e *Italia Viva* inducono a diversi spunti di riflessione riguardo sia all'interpretazione delle disposizioni da applicare al caso specifico sia, in una prospettiva più ampia, sul rapporto tra diritto parlamentare e sottostanti (*rectius*: sovrastanti) ragioni politiche.

Innanzi tutto, essa segna di fatto un riavvicinamento delle discipline regolamentari delle due Camere circa la costituzione e la permanenza dei gruppi politici. A dispetto, infatti, dei loro diversi presupposti – alla Camera il requisito numerico e, solo in subordine, quello politico; al Senato insieme il politico e il numerico – alla fine si è pervenuti al medesimo risultato di consentire alle due forze politiche in questione di costituire gruppi politici autonomi, seppur per strade diverse: alla Camera, non raggiungendo nessuno dei due il minimo richiesto di venti deputati, grazie all'ennesimo *overruling* circa i requisiti previsti dall'art. 14.2 reg. per costituire un gruppo in deroga; al Senato, facendo leva sull'ambiguità della disciplina regolamentare sulla costituzione dei gruppi parlamentari da parte di soggetti politici aggregatisi in liste unitarie oppure coalizzatisi tra loro; ambiguità frutto di un eccesso di normazione che ha finito per complicare il quadro regolamentare di riferimento. E se l'esito della vicenda non è stato perfettamente identico tra le due Camere – dato che i parlamentari di *Azione* si sono potuti costituire in gruppo parlamentare autonomo solo alla Camera e non al Senato, dove hanno costituito la relativa componente politica del gruppo misto – lo si deve solo alla mancanza del requisito numerico. Del resto, se il requisito politico viene piegato alle esigenze del momento, perdendo di oggettività e cogenza, è consequenziale che rimanga come unico argine contro la moltiplicazione dei gruppi parlamentari il requisito numerico, per sua natura certo e oggettivo, per quanto anch'esso aggirabile tramite la non commendevole pratica del prestito dei parlamentari. E quando tale requisito numerico manca, si può sempre autorizzare la costituzione di gruppi parlamentari in deroga ad esso, interpretando estensivamente o, meglio, riscrivendo i requisiti politici a tal fine richiesti, senza che a ciò ostino gli effetti strutturali che il conseguente aumento del numero di tali gruppi produce sugli altri organi la cui composizione è ad essi parametrata. Anzi, sono i criteri di composizione degli altri organi che devono adeguarsi a quelli sui gruppi parlamentari, e non viceversa, come dimostrano le travagliate continue modifiche della normativa sull'Ufficio (Consiglio) di Presidenza di ciascuna Camera.

Il fatto che la soluzione della vicenda al Senato sia stata dapprima attesa e poi invocata alla Camera per pervenire al medesimo epilogo dimostra che l'unità di azione parlamentare da parte delle forze politiche nelle due Camere mal sopporta diversità di regole sulla costituzione dei gruppi che possono limitarla. Ennesima riprova di come la tendenza alla omogeneizzazione delle due Camere, espressa nell'adozione di identiche formule elettorali e nella parificazione dell'elettorato attivo, non tolleri regole sulla costituzione e sulla permanenza dei gruppi politici che possano portare ad una composizione politica sensibilmente diversa. Una tendenza all'omogeneizzazione, già espressasi in sede regolamentare nella parificazione della prassi del Senato a quella della Camera

in materia di computo degli astenuti e nell'istituzione anche al Senato del Comitato per la legislazione, e che potrebbe essere foriera di ulteriori sviluppi, sia attraverso l'elaborazione congiunta da parte delle Giunte per il regolamento di Camera e Senato di "disposizioni comuni e prassi interpretative condivise e coordinate, volte a garantire il buon andamento dei lavori parlamentari" (art. 18.3-*ter* R.S.), sia a livello istituzionale qualora fossero accolte le proposte per l'ampliamento delle attribuzioni del Parlamento in seduta comune.

Ma la vicenda commentata costituisce l'ennesima riprova della cedevolezza delle norme regolamentari rispetto alle esigenze della politica. Non solo ormai da tempo le prassi parlamentari derogano alle norme scritte, ma le stesse prassi sono sempre più spesso a loro volta derogate da precedenti e questi ultimi da decisioni estemporanee dettate dalla necessità del momento. Sbaglierebbe, dunque, chi ritenesse i pareri interpretativi volta per volta adottati dalla Giunta per il regolamento, anche sostanzialmente modificativi delle norme regolamentari, comunque un punto fermo e certo del diritto parlamentare, quantomeno perché da intendere come implicitamente escludenti le altre opzioni ermeneutiche del testo. L'aver ricavato in via interpretativa una certa norma dalla disposizione regolamentare non vale, infatti, ad escludere che in futuro se ne possano ricavare altre, diverse e anche opposte, alla luce di sopravvenute nuove esigenze politiche. In altri termini, ogni parere interpretativo vale solo per quel che afferma, e non per quel che potrebbe conseguentemente negare.

Non c'è dubbio che la soluzione cui alla fine si è pervenuti dimostra come il tentativo di opporre la cogenza delle norme regolamentari alla soverchiante forza delle dinamiche politiche era come prevedibile destinato al fallimento. Ed è in certo senso paradossale come la prima diga a cedere sia stata quella del Senato, benché eretta nel 2017 e rinforzata nel 2022 proprio per evitare di essere derogata.

Eppure sarebbe ingeneroso dedurre da tale vicenda l'inutilità delle regole parlamentari atte a scoraggiare, senza mai poter impedire, il c.d. transfughismo parlamentare. A ben riflettere, infatti, siamo di fronte ad una scissione politica che, per la sua dimensione collettiva e le sue motivazioni, non può certo essere assimilata ai casi di riposizionamento politico dei singoli eletti, spesso basati sulla base di valutazioni d'interesse politico strettamente individuali. Sotto questo profilo, per quanto vi siano state delle forzature, non pare potersi negare che alla fine si sia rispettato il principio che ha ispirato le riforme regolamentari del Senato del 2017 e del 2022, dato che i due gruppi politici di cui è stata consentita la costituzione corrispondono a forze politiche che si sono presentate alle elezioni ricevendone un consenso certo non marginale. Rimane, dunque, tutta da verificare la capacità di tale normativa di opporre efficace resistenza alla costituzione di gruppi parlamentari da parte di forze politiche

non presentatesi all'elettorato e alla mobilità dei singoli senatori che, anche grazie alla stabilità del quadro politico e dell'azione di governo, manifesta al momento numeri irrisori rispetto al passato. Quindi, per valutare la tenuta degli argini opposti al transfughismo parlamentare, è opportuno attendere altri (comunque non auspicabili) banchi di prova. E magari attendere che, su simili misure, sia stavolta la Camera ad adeguarsi al Senato.

Antonio D'Aloia[*]

IL DOVERE DI OSSERVARE LA COSTITUZIONE E LE LEGGI. OSSERVAZIONI A MARGINE DELL'ART. 54 DELLA COSTITUZIONE

SOMMARIO: Premessa. – 1. Qualche spunto su diritto Costituzione teatro letteratura (un'altra passione scientifica di Salvatore Prisco). – 2. La formula dell'art. 54, primo comma, della Cost. Il dovere di osservare la Costituzione e le leggi. – 3. L'art. 54 al centro della Costituzione. Tra diritti e poteri. – 4. Osservare la Costituzione ed esserne protagonisti: *Constitution of many minds*. – 5. Osservare la Costituzione e osservare le leggi non è la stessa cosa. – 6. Il dovere di osservare le leggi e la sua 'contropartita', vale a dire l'obbligo costituzionale di leggi chiare, conoscibili. – 7. Dovere di osservanza delle leggi e obiezione di coscienza. – 8. L'art. 54 come ponte tra dimensione individuale-sociale e dimensione istituzionale dell'esperienza giuridica.

Premessa

Salvatore Prisco è stato per me un punto di riferimento fondamentale nella scelta stessa di avviare un percorso di formazione negli studi costituzionalistici. A volte scherzosamente gli ho rinfacciato di essere 'responsabile' di questa scelta, maturata sia nella fase di preparazione della mia tesi di laurea in Diritto Costituzionale sulla conversione dei decreti-legge (Salvatore all'epoca era uno degli assistenti del Maestro comune – il Prof. Michele Scudiero – anche se in procinto di diventare professore associato); sia nei primissimi tempi del post-laurea, in cui grazie a lui ho fatto le prime esperienze di lezioni universitarie e di comunicazioni a convegni; sia infine nel mio apprendistato nello studio legale Prisco, guidato dalla antica e modernissima figura di Don Peppino Prisco, il padre di Salvatore.

Questa ultima esperienza durò un anno circa, perché poi scelsi di dedicarmi solo agli studi universitari. Ma anche in quei mesi i ritmi normali dell'attività legale si intrecciavano con riflessioni lunghe e divaganti su principi e teorie, a volte rischiando di perdere di vista le esigenze pratiche delle scadenze processuali, come quando una (apparentemente) banale azione possessoria divenne l'occasione per studiare e discutere la voce 'Abuso del diritto', scritta da Salvatore Romano per il primo volume dell'Enciclopedia del Diritto nel 1958; un concetto allora riservato alla dottrina civilistica tedesca, e (ri)diventato attuale

[*] Professore Ordinario di Diritto Costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Studi Politici e Internazionali, Università di Parma.

da noi solo pochi anni fa, con la famosa sentenza della Cassazione n. 20106 del 18 settembre 2009.

Quando qualche mese fa stavo pensando a quale tema dedicare a Salvatore, che ha scritto tanto e su tutto, combinando splendidamente acume giuridico, profondità di pensiero e leggerezza di penna, ho ricevuto un invito a parlare in teatro (come non pensare al Salvatore Prisco appassionato frequentatore, negli ultimi anni, del vastissimo mondo di *Humanities and Law*) del dovere di osservare la Costituzione e le leggi: un argomento vicinissimo e in qualche modo collegato al tema della prima bellissima monografia di Salvatore, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza* (del 1986), che fu uno dei primi libri di diritto costituzionale che lessi mentre preparavo la tesi, oltre ovviamente ai materiali sul decreto-legge.

Mi è sembrata una coincidenza che non poteva essere lasciata cadere. Di seguito il mio contributo su "Il dovere di osservare la Costituzione e le leggi".

1. *Qualche spunto su diritto Costituzione teatro letteratura (un'altra passione scientifica di Salvatore Prisco)*

Voglio in primo luogo complimentarmi con chi ha organizzato questa iniziativa su "Il teatro della Costituzione"[1]. Portare la Costituzione a teatro è davvero una scelta felice e ricca di suggestioni.

La Costituzione è la massima forma del diritto come esperienza umana (come scriveva S. Satta nel suo *Il mistero del processo*, «*il diritto non è altro che l'essere del rapporto umano, … l'unica terrena forma di conoscenza che a noi è dato avere dell'essere, tanto sicura che tutti la possediamo, perché tutti viviamo giuridicamente anche senza aver mai aperto il codice, e vivendo continuamente creiamo diritto e nell'atto stesso del porlo lo conosciamo*»), e il teatro è il luogo dove la letteratura, la finzione, il racconto, disegnano qualcosa che tuttavia non è mai solo una 'irrealtà', ma una 'second reality', una realtà parallela, capace di offrire al diritto temi, problemi, contesti umani ed esistenziali, suggerendo soluzioni e agendo pure nell'immaginario, personale e collettivo.

Vale per il teatro, per il cinema, per la letteratura in generale.

Quante analogie tra interpretare un personaggio, una storia e interpretare il diritto, le sue parole, che spesso sono una forma di letteratura. Così soprattutto le parole della Costituzione, così cariche di potenzialità emotive, di rimandi alla vita, di significati umani e sociali per come si producono e mutano nello scorrere del tempo. Si adatta perfettamente anche al diritto la riflessione

[1] Il mio ringraziamento è al Pres. Oberdan Forlenza, Presidente di Sezione del Consiglio di Stato, e Presidente della Fondazione Teatrodue di Parma.

che Italo Calvino fa sul romanzo come 'grande rete' e sulla vita e sull'esperienza umana in generale, in una delle sue preziose *Lezioni americane* (quella sulla 'Molteplicità'): «*… chi siamo noi, chi è ciascuno di noi se non una combinatoria d'esperienze, d'informazioni, di letture, d'immaginazioni? Ogni vita è un'enciclopedia, una biblioteca, un inventario d'oggetti, un campionario di stili, dove tutto può essere continuamente rimescolato e riordinato in tutti i modi possibili*»[2].

Nella celebre frase "*ex facto oritur ius*" c'è qualcosa di profondo e di complesso, appunto la ricchezza e la molteplicità della vita, la sua incredibile imprevedibilità, le sue narrazioni (appunto «la musica della vita» secondo una felicissima espressione proprio di S. Prisco)[3], che si riflettono sul diritto, diventano interrogazioni, richieste, aspettative, chiedono di essere riconosciute.

Ha scritto Jean Giradoux (scrittore e commediografo) che «il diritto è la più potente delle scuole di immaginazione. Mai un poeta ha interpretato la natura come un giurista la realtà».

Costituzione e teatro. Il palcoscenico – in un processo e in un racconto teatrale – è sostanzialmente lo stesso, quello delle vicende umane, incerte, impreviste, mai completamente uguali. La Corte Costituzionale, in una bellissima e complicata sentenza di qualche anno fa (n. 494/2002, sulla drammatica situazione dei figli incestuosi) usò un'espressione davvero potente e rappresentativa: l'«*incerto del mestiere di vivere*».

2. *La formula dell'art. 54, primo comma, della Cost. Il dovere di osservare la Costituzione e le leggi*

Ma veniamo ora alle parole di questa sera, al dovere di osservare la Costituzione e le leggi. Una formula generalissima, abbastanza originale e insolita nel panorama comparato e storico (qualcosa di molto simile c'è nella Cost. spagnola del 1978), apparentemente ovvia, ma che in realtà si apre ad una pluralità quasi sconfinata di ragionamenti, implicazioni, possibilità interpretative.

Questa formula è nell'art. 54 Cost., e qui ritroviamo il legame con la prima monografia di Salvatore Prisco. Perché la formula costituzionale in realtà è più completa, e recita: «Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi». C'è poi una seconda parte, un secondo comma, dedicato ai cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche, che (dice la Costituzione) «*… hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge*» (si parla in questo caso di dovere 'qualificato' di fedeltà).

[2] I. Calvino, *Lezioni americane*, Milano, 1993, 134-135.

[3] S. Prisco, *La musica della vita. Quaderno di biopolitica e bioetica di un giurista*, Napoli, 2015.

L'art. 54 si connette ai principi che la Costituzione dedica specificamente alla Pubblica Amministrazione (buon andamento, imparzialità, servizio esclusivo alla Nazione, ora sostenibilità), e concorre a configurare un programma complessivo di promozione dell'etica pubblica.

In questo contributo io mi soffermerò solo sulla prima parte, limitandomi a tracciare solo alcune linee di una mappa di argomenti e di tappe concettuali.

Nella prima versione di questo articolo in Assemblea Costituente (art. 50 prog. Cost.), c'era un secondo comma che prevedeva come diritto e dovere del cittadino la resistenza all'oppressione, quando i poteri pubblici violino le libertà fondamentali e i diritti garantiti dalla Costituzione[4].

Era la proposta di Costantino Mortati, che venne alla fine accantonata (una norma analoga c'è invece nella Gg tedesca dopo la modifica del 1968: «*Tutti i tedeschi hanno diritto di resistere a chiunque tenti di rovesciare questo ordinamento, qualora non via altro rimedio possibile*»), anche con il consenso dello stesso Mortati, a dimostrazione del fatto che c'era un dibattito aperto, la volontà di ascoltarsi, e anche di rinunciare alle proprie posizioni.

Quando si parla di compromesso costituzionale, il senso è semplicemente questo.

3. *L'art. 54 al centro della Costituzione. Tra diritti e poteri*

Tornando al primo comma dell'art. 54, comincerei da un'immagine quasi 'topografica'. L'art. 54 è una norma al tempo stesso di chiusura[5] e di apertura. La Costituzione ha effettivamente una sua 'bellezza', una sua estetica, che ancora oggi è sorprendente[6]; il posto che le parole occupano nella sequenza costituzionale ha una sua funzione, niente è casuale.

Il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi riassume e appunto 'chiude' le parti della Costituzione dedicate ai Principi fondamentali e alla persona nella complessità della sua condizione esistenziale, che il personalismo costituzionale vuole connotata non solo di diritti, ma di doveri (che oggi assumono anche una necessaria prospettiva intergenerazionale), di rapporti sociali ed economici e politici, di partecipazione alla vita del Paese per usare la formula del secondo comma dell'art. 3; … e proietta tutti

[4] Sul dibattito in A.C. v. A. Morelli, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013, 81 ss.

[5] Sull'art. 54 come disposizione di chiusura di un sistema costituzionale aperto, v. A. Morelli, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013, 28 ss.

[6] L. Sommi, *La più bella. Perché difendere la Costituzione*, Milano, Baldini+Castoldi, 2024, 19 e 21, ne parla come di «una lunga poesia giuridica», «un abbraccio tra diritto e letteratura, tra regole e poesia». Cfr. anche M. Ainis, V. Sgarbi, *La Costituzione e la bellezza*, Milano, La Nave di Teseo, 2016.

questi significati e i valori che essi esprimono sull'ordinamento della Repubblica, nel lavoro e nell'equilibrio delle sue istituzioni, rappresentative, elette, o di garanzia del rispetto dei principi costituzionali. Tutte egualmente, queste istituzioni, sebbene in modo diverso, chiamate a concorrere alla realizzazione di quel sistema così fragile, imperfetto e tuttavia insostituibile che chiamiamo democrazia costituzionale.

Un sistema dove è vero che la sovranità appartiene al popolo (e potremmo dire in qualche misura anche agli eletti dal popolo), che però «la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione». Questo non ce lo dobbiamo dimenticare mai.

La Costituzione dei diritti e la Costituzione dei poteri, come si usa dire, non sono parti staccate. L'una ha bisogno dell'altra, ciascuna influenza e condiziona l'altra.

Il contrasto ai fenomeni corruttivi, ad esempio, rivela un fondamento costituzionale trasversale a poteri e diritti. La corruzione, infatti, altera i processi decisionali pubblici suscitando sfiducia, crisi della legittimazione democratica dei poteri pubblici e dell'amministrazione; e, al tempo stesso, produce diseguaglianza, incide negativamente sulla pari opportunità di partecipare alla vita politica, economica e sociale del Paese.

4. *Osservare la Costituzione ed esserne protagonisti:* Constitution of many minds

Fedeltà alla Repubblica e dovere di osservare la Costituzione e le leggi sono in realtà due facce della stessa medaglia[7]. La Repubblica ha bisogno dei suoi cittadini, della loro capacità e volontà di sentirsi protagonisti della piena attuazione dei principi costituzionali.

In questo senso, i doveri di fedeltà e di osservanza appaiono e possono essere considerati come espressione del più generale dovere di solidarietà richiamato dall'art. 2, che la Corte Costituzionale ha definito, in una non lontana sentenza, «*base della convivenza sociale normativamente configurata dal Costituente*» (sent. 75/1992).

Per la Corte, la solidarietà, vero *leit motiv* della nostra Costituzione (secondo P. Barile), è espressione *della profonda socialità che caratterizza la persona*

[7] Sul legame tra i due doveri, v. le riflessioni di S. Prisco, *Fedeltà alla Repubblica*, cit., 107 ss. secondo cui «è noto che si è cercato di differenziare 'osservanza a Costituzione' e 'fedeltà alla Repubblica', parlando di obbedienza a puntuali prescrizioni e consenso a valori, rispettivamente; ma la sottile distinzione non convince del tutto, quando i valori siano essi stessi – come nella prospettiva in esame – canonizzati in specifiche disposizioni».

stessa. Come è stato detto, è «un ponte tra libertà e giustizia», tra dimensione individuale e dimensione sociale.

Constitution of many minds è il titolo di uno dei più bei libri di diritto costituzionale (americano) che ho letto negli ultimi anni. La tesi di questo volume è che la Costituzione non è solo di chi l'ha scritta, dei padri e delle madri costituenti, verso i quali dovremo sempre conservare un debito enorme (morale e politico), ma un'esperienza e un lavoro collettivi che si sviluppano nel percorso di una democrazia costituzionale, con tutte le sue complessità, le sue fasi (politiche, economiche, sociali, culturali), la necessità di rapportarsi ai problemi che emergono e che sono diversi da quelli di 40, 80, o 200 anni prima, quando una Costituzione è stata scritta[8].

L'interpretazione delle leggi e della Costituzione non è altro che il riflesso di tutto ciò. Un modo per mantenere il testo della Costituzione (e i suoi principi) in una relazione di ragionevole compatibilità con il flusso della vita reale, e delle domande che essa pone al diritto e ai suoi principi fondamentali (che sono appunto i principi costituzionali) sulla *living Constitution* come «fotografia della realtà costituzionale»[9].

Come scrive Cass Sunstein, che è il brillante e autorevole costituzionalista che ha scritto *Constitution of many minds*[10], «*If we are speaking of the Constitution's Founders, […] Ordinary citizens have played a crucial role, certainly insofar as their judgments of both fact and value have helped to motivate fresh interpretations of the document. […] the content of the American Constitution has significantly changed as a result of citizen's beliefs and commitments, developing over time. Americans celebrate the stability of their Constitution. But generational change is a fact of constitutional life*».

Osservare la Costituzione allora vuol dire mettersi dentro questo movimento, in cui il parametro scritto resta un punto di riferimento fondamentale, con la consapevolezza però che è il testo stesso, proprio per le sue caratteristiche linguistico-formali e per le basi valoriali alle quali allude, a rendersi disponibile e ad aprirsi a elaborazioni ermeneutiche che tengono conto dei fatti costituzionalmente rilevanti, e della loro capacità di porre questioni nuove che richiedono una risposta, o almeno un indirizzo, un punto di partenza della discussione, da parte del diritto e del suo livello più alto.

Siamo di fronte ad un equilibrio mutevole, che dipende da tante variabili. Per fare solo un esempio che riguarda l'attualità della nostra esperienza costi-

[8] D. Strauss, *The Living Constitution*, Oxford University Press, 2010, 139

[9] S. Bartole, *Living constitution v. costituzione vivente. Una rassegna tra dottrina americana e dottrina italiana*, in *Diritto Pubblico*, 2023, n. 1, 23.

[10] C. Sunstein, *Constitution of many minds*, Princeton University Press, 2009, 210.

tuzionale, appare inevitabile che l'urgenza della crisi climatica finirà con l'avere un impatto enorme sulla considerazione del valore dell'ambiente nei bilanciamenti interpretativi, ben oltre il peso che certamente va riconosciuto alla decisione del legislatore costituzionale di modificare nel 2022 gli artt. 9 e 41 Cost.

Senza contare la rilevanza conformativa dei fatti 'scientifici' e tecnologici, che sono diventati probabilmente il principale fattore di sfida per il mondo del diritto, e per le sue categorie più importanti; penso al concetto di persona, ai confini dell'individualità biologica umana, al rapporto delle azioni umane e dei diritti con lo spazio e con il tempo, alle proiezioni dell'autonomia individuale.

Dunque, Fedeltà alla Repubblica non è solo il riflesso della paura di un ritorno del regime monarchico, in quel momento storico appena sostituito dal referendum del 2 giugno 1946[11], ma appunto la richiesta di una adesione attiva ai principi costituzionali, la consapevolezza che quello è il terreno dove si può costruire la coesione sociale, una convivenza giusta; in un confronto che è sempre 'critico', perché la fedeltà non è mera obbedienza o 'adesione interiore ad una qualunque ideologia'[12].

Una democrazia costituzionale 'aperta' come la nostra, che fa del pluralismo la sua impronta essenziale, accetta anche il dissenso e il pensiero contrario ai valori fondanti di un ordinamento purché non si esprima attraverso azioni violente o illegali, o pretenda di superare il divieto di ricostituzione del partito fascista, sancito dalla XII disposizione transitoria e finale.

È in fondo ciò che qualcuno ha chiamato la natura paradossale della democrazia pluralista[13], che resta una scommessa il cui esito non dobbiamo mai dare per scontato.

5. *Osservare la Costituzione e osservare le leggi non è la stessa cosa*

Il dovere di osservanza mette insieme la Costituzione e le leggi, ma è chiaro che non è la stessa cosa.

La legge può essere ingiusta, contraria alle norme costituzionali, o alle norme del diritto europeo e internazionale che la Costituzione stessa ci impone di rispettare, totalmente irrazionale e aberrante, come nel caso paradigmatico delle leggi razziali del 1938.

La legge non è più l'unico punto di riferimento del sistema, e non è nemmeno il riferimento principale. Quando l'art. 101, secondo comma, afferma

[11] A. Morelli, *Fedeltà alla Repubblica,* in Dizionario di Diritto Pubblico, vol. III; Milano, 2006, 2469.

[12] A. Morelli, *op. cit.*, 2471.

[13] G.M. Salerno, Art. 54, in Commentario della Costituzione a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. I, Torino, 2006, 1080.

che il giudice è soggetto soltanto alla legge, non possiamo non sapere che la legge fa parte di un sistema e che in questo sistema ci sono, sopra di essa, altre norme e altri principi, con i quali la legge può, e anzi deve, essere confrontata, e valutata nella sua coerenza e compatibilità, ed eventualmente annullata totalmente o parzialmente, oppure interpretata in modo orientato a questi principi.

Il secondo comma dell'art. 101 disegna allora uno schema 'circolare', di concorrenza e influenza reciproca, e non di derivazione gerarchica e unilaterale.

Per Capograssi, in una pagina assai acuta de *Il problema della scienza del diritto*[14], il «singolare problema contemporaneo della giurisdizione» è proprio in questo, nel fatto che «*la legge non è appunto che il criterio dato al giudice perché si regoli meglio nel risolvere il quesito che il caso particolare pone*». Un 'criterio', cioè uno spunto che apre la discussione[15], e non si limita a definire un parametro che deve essere semplicemente dichiarato, 'mostrato' nella sua presunta 'autoevidenza'. Nella visione dell'insigne Maestro, «*… nell'interpretazione giuridica vi è non tanto e non solo un mostrare quello che c'è nella norma interpretata, ma un mostrare che nella norma interpretata c'è più di quello che appare*»[16].

Questo vale ancora di più in un sistema a Costituzione rigida, dove c'è un doppio livello di legalità, e quindi – per usare le parole di Justice Marshall nella celebre decisione della Corte Suprema americana nel caso Marbury vs. Madison del 1803 – se «*la legge è contro la Costituzione […] c'è una legalità della legge che io devo confrontare con l'altra legalità superiore che è la Costituzione*»; perché se il Congresso potesse con una propria legge modificare la Costituzione, sarebbe inutile avere una Costituzione, e forse non avrebbe senso nemmeno chiamarla diversamente da una qualsiasi altra legge.

E questo vale sia nei sistemi o nei casi in cui il cittadino può arrivare direttamente a porre la questione di costituzionalità e a chiedere che sia direttamente applicata la norma costituzionale o la norma superiore a quella legislativa contraria, sia nei sistemi e nei casi in cui debba passare attraverso la mediazione del Giudice, sollecitare in un giudizio il rinvio alla Corte Costituzionale o davanti ad un Giudice europeo o internazionale.

[14] G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (1937), Milano, ed. 1962, 7.

[15] Una posizione analoga si ritrova più recentemente in J. WALDRON, *Vagueness in Law and Language: Some philosophical issues*, in *California Law Review*, vol. 82, 1994, 539, quando sostiene che «*sometimes the point of a legal provision may be to start a discussion rather than settle it, and this may be particularly true of the constitutional provisions that aim at restricting and governing legislation*».

[16] G. CAPOGRASSI, *Il problema*, cit., 114.

Ha ragione G. Zagrebelsky[17] quando scrive che «*tra Stato costituzionale e qualunque padrone del diritto c'è una radicale incompatibilità. Il diritto non è oggetto della proprietà di uno ma deve essere oggetto della cura di tanti*».

Che un giudice ritenga una legge incostituzionale o contraria al diritto europeo, e quindi sollevi la questione, rinvii la legge al Giudice costituzionale o alla Corte di Giustizia europea, oppure ritenga addirittura di disapplicare la legge per applicare direttamente il principio europeo, al di là delle valutazioni di merito che possiamo fare sul contenuto della decisione (possiamo ritenere che la sentenza sia sbagliata, possiamo non condividerne la motivazione. la Costituzione ci offre la garanzia dell'impugnazione davanti ad un altro Giudice), è esattamente quello che può accadere in una democrazia costituzionale, e non una sua presunta deviazione, o anomalia.

Consentitemi di fare un cenno a questa fase un po' convulsa che stiamo attraversando.

Il Presidente della Repubblica ha affermato di aver promulgato leggi che non condivideva; ma appunto, queste sono le regole costituzionali, una straordinaria lezione di moralità costituzionale, di rispetto degli equilibri tra i soggetti istituzionali.

E la Corte Costituzionale che ha subito dichiarato incostituzionale la legge 86/2024 sull'autonomia differenziata, anticipando in un comunicato le ragioni della sua opinione che poi è stata sviluppata qualche settimana dopo in una corposa motivazione (è appena stata pubblicata la decisione n. 192/2024).

Quello che mi è sembrato molto interessante è che al di là delle singole motivazioni di incostituzionalità, ci sono dei passaggi argomentativi in cui la Corte ci fa capire come l'osservanza della Costituzione non riguarda solo singole norme, isolate, ma è anche di ciò che c'è dietro, dei significati profondi, di quello che possiamo chiamare 'lo spirito della Costituzione', le idee fondamentali su cui essa ha voluto definire la nostra identità di comunità.

In particolare, secondo il Collegio, l'art. 116, terzo comma, della Costituzione (che disciplina l'attribuzione alle regioni ordinarie di forme e condizioni particolari di autonomia) deve essere interpretato "nel contesto della forma di Stato italiana", una forma di Stato che riconosce, insieme al ruolo fondamentale delle regioni e alla possibilità che esse ottengano forme particolari di autonomia, i principi dell'unità della Repubblica, della solidarietà tra le regioni, dell'eguaglianza e della garanzia dei diritti dei cittadini, dell'equilibrio di bilancio.

I Giudici ritengono che la distribuzione delle funzioni legislative e amministrative tra i diversi livelli territoriali di governo, in attuazione dell'art. 116, terzo comma, non debba corrispondere all'esigenza di un riparto di potere tra

[17] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 213.

i diversi segmenti del sistema politico, ma debba avvenire in funzione del bene comune della società e della tutela dei diritti garantiti dalla nostra Costituzione.

6. *Il dovere di osservare le leggi e la sua 'contropartita', vale a dire l'obbligo costituzionale di leggi chiare, conoscibili*

Il dovere di osservanza delle leggi ha anche una sua contropartita, che affonda le radici nell'idea contrattualistica della legge come espressione più rappresentativa della società "unita per contratto sociale" (l'espressione tra virgolette è contenuta in Corte Cost., sent. 487/1989).

Secondo l'art. 73 comma 3 della Costituzione, «Le leggi sono pubblicate subito dopo la promulgazione ed entrano in vigore il quindicesimo giorno successivo alla loro pubblicazione, salvo che le leggi stesse stabiliscano un termine diverso».

È a questo punto che diventano obbligatorie, che scatta il dovere di osservanza.

Nondimeno, di fronte a questo obbligo del cittadino di informarsi sulle leggi che sono pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale, in un termine che costituisce una sorta di 'finzione' necessaria dell'ordinamento che non può non presupporre l'avvenuta conoscenza dei precetti legislativi, si pone un obbligo non meno importante del legislatore verso i cittadini.

In una recente sentenza la Corte Costituzionale (sent. 110/2023) ha scritto che «*una norma radicalmente oscura vincola in maniera soltanto apparente il potere amministrativo e giudiziario, in violazione del principio di legalità e della stessa separazione dei poteri; e crea inevitabilmente le condizioni per un'applicazione diseguale della legge, in violazione di quel principio di parità di trattamento tra i consociati, che costituisce il cuore della garanzia consacrata nell'art. 3 Cost.*».

Molti anni fa, in un'altra sentenza (la n. 364/1988), relativa ai limiti di inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, il Giudice delle leggi ricordava che «*discende dall'ideologia contrattualistica l'assunzione da parte dello Stato dell'obbligo di non punire senza preventivamente informare i cittadini su che cosa è vietato o comandato ma da tale ideologia discende anche la richiesta, in contropartita, che i singoli s'informino sulle leggi, si rendano attivi per conoscerle, prima d'agire. La violazione del divieto di commettere reati, avvenuta nell'ignoranza della legge penale, può, pertanto, dimostrare che l'agente non ha prestato alle leggi dello Stato tutta l'attenzione 'dovuta'. Ma se non v'è stata alcuna violazione di quest'ultima, se il cittadino, nei limiti possibili, si è dimostrato ligio al dovere (ex art. 54, primo comma Cost.) e, ciò malgrado, continua ad ignorare la legge, deve concludersi che la sua ignoranza è 'inevitabile' e, pertanto, scusabile. … Non esiste, è vero, un "autonomo" obbligo di conoscenza delle singole leggi*

penali; non può disconoscersi, tuttavia, l'esistenza in testa ai c.d. destinatari dei precetti 'principali', nei confronti di tutto l'ordinamento, di doveri 'strumentali', d'attenzione, prudenza ecc. (simili a quelli che caratterizzano le fattispecie colpose) nel muoversi in campi prevedibilmente lesivi di 'interessi altrui'; doveri già incombenti prima della violazione delle singole norme penali, mirati, attraverso il loro adempimento e, conseguentemente, attraverso la raggiunta conoscenza delle leggi, a prevenire (appunto inconsapevoli) violazioni delle medesime. Inadempiuti tali doveri, l'ignoranza della legge risulta inescusabile, evitabile. Adempiuti ai medesimi la stessa ignoranza, divenuta inevitabile e, pertanto, scusabile, esclude, la rimproverabilità e, pertanto, la responsabilità penale. […] *il non poter addurre a scusa dell'ignoranza della legge penale l'obiettiva o la subiettiva (nei limiti anzidetti) impossibilità di conoscere la stessa legge equivale a far ricadere sul singolo tutte le colpe della predetta ignoranza. Ben è, invece, almeno possibile, come s'è già sottolineato, che lo Stato non abbia reso obiettivamente riconoscibili (o 'prevedibili') alcune leggi; oppure che, malgrado ogni positiva predisposizione di determinanti soggetti all'adempimento dei predetti doveri strumentali d'informazione ecc., l'ignoranza della legge penale sia dovuta alla mancata rimozione degli 'ostacoli' di cui al secondo comma dell'art. 3 Cost.*».

D'altro canto, sono proprio l'incertezza e la farraginosità del sistema normativo a costituire il contrasto ideale per il proliferare di fenomeni antigiuridici, corruzione, evasione, criminalità organizzata.

7. *Dovere di osservanza delle leggi e obiezione di coscienza*

Ho lasciato per ultimo l'altro grande 'non detto' di questa formula costituzionale sul dovere di osservanza della Costituzione e delle leggi, ed è l'implicazione forse più vicina al tema della fedeltà alla Repubblica.

Il dovere di osservanza può incontrare anche il limite dell'incompatibilità con precetti morali che il cittadino avverta come superiori alla stessa legge dello Stato.

Siamo a teatro, come non pensare al classico conflitto tra Creonte e Antigone, tra la legge politica e la legge della coscienza. E su questo tema Salvatore Prisco ha scritto pagine di intensa e profonda dottrina e passione civile (non solo nel già citato volume su 'Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza').

Per secoli, e soprattutto nel '900, la figura di Antigone ha rappresentato una sorta di archetipo, di simbolo del riscatto contro il potere oppressivo, violento, dello Stato[18]. Tra Antigone e Creonte si è svolto un conflitto tra as-

[18] F. Ost, *Mosè Eschilo Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, Bologna, 2007, 173, afferma che «*l'Antigone di Sofocle rimane il modello ineguagliato, cento volte riprodotto, mai esaurito, della resistenza al potere*».

soluti (diritto positivo e diritto naturale, "*nomos*" contro "*nomima*", le leggi non scritte, le tradizioni irrevocabili[19]) dove quasi mai è sembrato esserci dubbio tra chi avesse ragione e chi torto. Come ricorda Luciano Violante, Bertold Brecht ambienterà la sua Antigone nella Germania hitleriana, Jean Anouilh nella Francia occupata dai nazisti, Salvador Espriu nella Spagna franchista ([20]); e decine di altri esempi analoghi potrebbero essere fatti.

Eppure, è Massimo Cacciari, in un saggio di una quarantina di anni fa (*Perché Antigone,* in *Antigone*, Rivista bimestrale di critica dell'emergenza, 1985, 21 ss.), a dirci che forse le cose non stanno proprio così; che la realtà, sia nella rappresentazione scenica che nelle proiezioni reali, è fatta di chiaroscuri, non c'è solo il bianco e il nero, ma tante sfumature[21].

F. Ost, nella sua monumentale opera *Mosè Eschilo Sofocle. Alle origini dell'immaginario giuridico*, ha scritto: «*Quanto al mondo di Antigone, non sembra meno unidimensionale di quello di Creonte. Assolutamente insensibile alle esigenze moderne della cosa pubblica, essa si attiene ad una divisione dicotomica del mondo che la assegna risolutamente al campo dei congiunti … […] Antigone si pone in rotta rispetto ai limiti e ai compromessi della vita civica; così si spiega il fatto che, in numerosi passi della tragedia, essa sia paragonata ora ad un animale selvaggio ed intrattabile, ora ad un essere simile agli Dèi…*».

Ma ovviamente non posso andare oltre su questo eterno dilemma.

Dirò qualcosa invece su come gli ordinamenti moderni, e segnatamente la nostra Costituzione, hanno cercato di regolare il conflitto tra il dovere di osservanza della legge e il consapevole rifiuto di questo dovere in nome di un principio asseritamente superiore. Non si tratta perciò di mero rifiuto di osservare le leggi, ma di un tentativo di contestare le regole della vita sociale, di spingere in una direzione di cambiamento[22].

[19] F. Ost, *Mosè Eschilo Sofocle*, cit., 184, e 195, dove l'A. parla di «*… mondi opposti di Creonte e di Antigone, due universi sprovvisti di ogni distacco critico e dunque incapaci di lasciare all'altro lo spazio minimo che permetterebbe il suo riconoscimento*».

[20] L. Violante, *Antigone*, in M. Cartabia, L. Violante (a cura di), *Giustizia e mito*, Bologna, 2018, 94-95. Sempre questo autore (83) sottolinea come «*la permanente attualità del testo di Sofocle sta nella dinamica degli opposti: ciascuna figura rappresenta un modello universale che trascende il ruolo che Sofocle le assegna: Creonte-Antigone, Stato e individuo …*».

[21] Vedi ancora L. Violante, *Antigone*, cit., 95, secondo cui «*Come sarebbe semplice se le cose stessero davvero come in molte di queste opere sono rappresentate! Se Creonte fosse davvero uno spietato dittatore e se Antigone fosse davvero una giovane donna portatrice di una nuova legge per un ordine migliore della città. Ma così non è, né nel mito né spesso (non sempre) nella realtà. Non sempre l'oppositore è portatore di un nuovo domani; non sempre l'uomo di governo è un subdolo tiranno. La realtà politica non è una linea retta; è un poligono con molte facce. La complessità dell'esercizio del potere e dell'esercizio dell'opposizione ha una propria specifica dimensione dentro dilemmi che impongono a volte scelte tragiche*».

[22] F. Ost, *Mosè Eschilo Sofocle*, 214-215.

La nostra Costituzione non riconosce un generale principio di libertà di coscienza capace di giustificare la non osservanza della legge per il solo fatto dell'esistenza di questo limite interiore. Semmai, nella Costituzione sono stati invece rintracciati e (in primo luogo dal Giudice costituzionale) elementi che, correlati ad interessi costituzionalmente protetti o a principi morali ma richiamati dalle norme costituzionali o legislative (magari quelle stesse norme che riconoscono e disciplinano il principio contrapposto), possono ragionevolmente giustificare la previsione, da parte del legislatore o in prima battuta da parte del giudice soprattutto costituzionale, di casi in cui l'ordinamento giuridico riconosce e considera tollerabile la sottrazione da parte del singolo, per motivi legati alla sua coscienza, all'obbligo di rispettare e applicare una legge[23].

Le ipotesi sono note e vanno dall'obiezione del personale sanitario nell'ambito dei procedimenti di interruzione volontaria della gravidanza (l. 194/1978), o di suicidio medicalmente assistito (Corte Cost., 242/2019), all'obiezione di coscienza al servizio militare (prima con la l. 772/1972 poi con le decisioni della Corte Costituzionale nn. 164/1985, 470/1989, 467/1991), alla sperimentazione animale.

Quello dell'obiezione di coscienza è in sostanza "un processo ascendente", dove la rivendicazione dell'individuo, fondata sul suo convincimento interiore, può diventare eccezione riconosciuta, e quindi regola anch'essa, attraverso l'intervento (anche combinato o progressivo) del giudice o del legislatore[24].

Per chiudere, si può ricordare che anche la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, all'art. 9, afferma che il diritto all'obiezione di coscienza è riconosciuto «secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».

8. *L'art. 54 come ponte tra dimensione individuale-sociale e dimensione istituzionale dell'esperienza giuridica*

Due battute per concludere.

L'art. 54 è un ponte tra dimensione individuale-sociale e dimensione istituzionale dell'esperienza giuridica. Tutto si tiene, tutto alla fine ritorna ad un punto essenziale, quasi presupposto rispetto a tutti gli altri.

Osservare la Costituzione e le leggi, rimanere fedeli alla Repubblica, è una condizione logica, pre-giuridica, per la sopravvivenza di un sistema istituzionale in grado di garantire l'esercizio dei diritti.

[23] Vedi ancora S. Prisco, *Fedeltà alla Repubblica*, cit., 129 ss., 203 ss.

[24] In questo senso, v. A. Pugiotto, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. Pubbl.*, vol. X, Torino, 1989, 244, 249; e A. Morelli, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, cit., 246.

I doveri costituzionali di solidarietà trovano in questa formula una sorta di sintesi finale, che racchiude tutti gli altri doveri, sul rispetto dei quali, penso al dovere di contribuire alle spese pubbliche, al dovere civico di votare, si gioca la possibilità stessa del costituzionalismo statale di mantenere il suo ruolo davanti alle sfide nuove della modernità.

Maria d'Arienzo[*]

LE NUOVE DECLINAZIONI DEL PRINCIPIO DI LAICITÀ IN FRANCIA ALLA LUCE DELLA "*LOI CONFORTANT LE RESPECT DES PRINCIPES DE LA RÉPUBLIQUE*" DEL 24 AGOSTO 2021

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le radici storiche della laicità francese. – 3. La tutela della neutralità dello spazio pubblico francese nella *Loi confortant le respect des principes de la République*. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Nel corso del suo impegno accademico e scientifico Salvatore Prisco ha dedicato al tema della laicità numerosi lavori, sin a partire dalla pubblicazione della sua prima opera monografica[1]. Da qui la scelta di onorarlo con una riflessione sulle più recenti dinamiche che concernono l'attuazione del principio di laicità in Francia. Tra le varie declinazioni del concetto di laicità[2], il modello di laicità francese costituisce, ancora oggi, uno dei più interessanti campi d'indagine per l'ecclesiasticista[3]. La polisemicità del termine – che negli ultimi

[*] Ordinaria di Diritto ecclesiastico e canonico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

[1] Tra i numerosi studi dedicati al tema si rinvia alle sue opere monografiche S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e Obiezione di coscienza*, Napoli 1986; ID., *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2007; ID., *Laicità. Un percorso di riflessione*, II edizione rivista e accresciuta, Torino, 2009.

[2] Cfr. S. PRISCO, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2009.

[3] In argomento M. TEDESCHI, *Quale laicità? Fattore religioso e principi costituzionali*, in *Il diritto ecclesiastico,* 1, 1993, 548-562: ID. (a cura di), *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Soveria Mannelli, 1996; ID., *Il senso della laicità,* in *Filosofia dei diritti umani*, 9, 2001, 68-70; P. CAVANA, *Interpretazioni della laicità. Esperienza francese ed esperienza italiana a confronto*, Roma, 1998; ID., *I segni della discordia. Laicità e simboli religiosi in Francia*, Torino, 2004; P. BELLINI, *Il diritto di essere se stessi. Discorrendo dell'idea di laicità*, Torino, 2007; M. JASONNI, *Alle radici della laicità,* Firenze, 2008. Sul tema vedasi, inoltre, M. D'ARIENZO, *La laicità francese secondo Nicolas Sarkozy,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica *(www.statoechiese.it),* 14 luglio 2008; nonché in *Diritto e religioni*, 2, 2008, 257-273; EAD., *La laicità francese: "aperta", "positiva" o "im-positiva"?* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), 5 dicembre 2011 e in *Diritto e Religioni*, 2, 2011, 354-368; EAD., *La "religione della laicità" nella Costituzione francese,* in P. Becchi, V. Pacillo (a cura di), *Sull'invocazione a Dio nella Costituzione federale e nelle Carte fondamentali europee*, Lugano, 2013, 139-150; EAD., *Il contributo del pensiero riformato del XVI secolo all'ermeneutica della laicità*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, anno CL, fasc. 4, 2018, 697-720. Vedasi inoltre V. PACILLO, *Per sempre giovane.*

anni risulta ulteriormente accentuata dai processi di integrazione europea e dalla costruzione di una cd. "laicità europea"[4] – rinviene, infatti, nell'esperienza francese una delle sue più evidenti manifestazioni, dal momento che «il modello istituzionale di relazione tra sfera pubblica e sfera privata in Francia ha subito nella sua evoluzione un sensibile cambiamento rispetto all'ideologia anticlericale da cui nasce»[5].

Con l'emanazione della *Loi confortant le respect des principes de la République* del 24 agosto 2021[6], il legislatore francese si propone di attualizzare la legge di separazione del 1905[7]. E sul punto, a dimostrazione della problematicità di una "ermeneutica della laicità"[8], si rileva che proprio la legge del 2021 utilizza il termine "separazione" in funzione di contrasto ad ogni forma di separatismo, accogliendo, pertanto, un'accezione completamente differente da quella tradizionale[9].

Nel caso francese, l'applicazione del principio di laicità e la sua concretizzazione in termini giuridici va letta alla luce dell'esigenza di garantire la neutralità dello spazio pubblico quale presupposto della libertà di coscienza e del libero esercizio del culto[10]. Il principio di laicità è difatti sancito quale connotato essenziale della Repubblica nell'art. 1 della Costituzione del 1946, ripreso dall'art. 2 della Costituzione del 1958: "*La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale*".

La laicità nel dibattito culturale francese: scrittori e politica ecclesiastica da Victor Hugo a Annie Ernaux, Modena, 2024.

[4] Cfr. M. Ventura, *La laicità dell'Unione europea: diritti, mercato, religione*, Torino, 2001.

[5] Così M. d'Arienzo, *La laicità francese secondo Nicolas Sarkozy,* cit., 3.

[6] Cfr. Legge 2021-1109 del 24 agosto 2021 *"confortant le respect des principes de la République*", in *Journal officiel "Lois et Décrets"*, n. 197 del 25 agosto 2021, consultabile anche all'indirizzo *https://www.legifrance.gouv.fr/.* Per i primi commenti alla Legge si rinvia a R. Mazzola, *Confronto fra differenti modelli di riposizionamento dei fattori di libertà religiosa e di sicurezza. Analisi comparata fra le 'Linee guida OSCE 2019' e la legge francese del 24 agosto 2021, n. 1109 sul «rafforzamento del rispetto dei principi della Repubblica»,* in *Diritto e Religioni*, 1, 2019, 221-234, nonché ad A. Tira, *La legge francese n. 1109 del 24 agosto 2021 sul "rafforzamento del rispetto dei principi della Repubblica",* in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), 16, 2021, 91-129.

[7] La *Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat*, in *Journal Officiel*, 11 décembre 1905.

[8] M. d'Arienzo, *Il contributo del pensiero riformato del XVI secolo all'ermeneutica della laicità*, cit., 697-720.

[9] Cfr. M. d'Arienzo, *La laicità francese secondo Nicolas Sarkozy,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale,* Rivista telematica *(www.statoechiese.it),* 14 luglio 2008, specialmente 3.

[10] Gli artt. 1 e 2 della *Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat* affermano i principi su cui si svilupperà la laicità in Francia: "il rispetto della libertà di coscienza e di libero esercizio del culto "(art. 1) e il "non riconoscimento e non sovvenzionamento di alcun culto" (art. 2).

L'aggettivo "laica" nel testo costituzionale francese è immediatamente successivo all'elemento della indivisibilità della Repubblica e, come evidente, tale ordine non è privo di significato dal momento che nella redazione della Carta costituzionale la successione anche degli aggettivi rappresenta non una semplice giustapposizione, ma una ben ponderata scelta di gradazione. La laicità nell'ordinamento francese costituisce, pertanto, «il modello istituzionale di separazione tra sfera pubblica e sfera privata che garantisce la indivisibilità della Repubblica»[11].

2. *Le radici storiche della laicità francese*

Il principio di laicità in Francia rinviene, in altri termini, nella garanzia dell'unità dello Stato la propria ragione d'essere.

Sébastien Castellion, nell'opera '*Conseil à la France désolée*', aveva individuato nel concetto politico di tolleranza[12], ovvero del "*Lasciare le due religioni libere*"[13], l'antidoto alle guerre di religione tra cattolici e ugonotti che avevano sconvolto la Francia. Il principio elaborato nel *Conseil à la France désolée* sviluppando quanto già elaborato dai *politiques*, segna la prima tappa del processo di teorizzazione della deconfessionalizzazione della sfera pubblica[14].

Con il principio politico di tolleranza quale *instrumentum regni* viene così legittimata, a partire dal XVI secolo, la coesistenza di più religioni sullo stesso territorio e viene riconosciuta la libertà di coscienza dell'individuo in materia religiosa. Ne consegue che l'autorità politica non si fa più braccio secolare di una confessione religiosa, ossia non stabilisce cos'è la vera religione, e non esorbita da quella che è la principale funzione del diritto pubblico, ovvero

[11] Cfr. M. D'Arienzo, *La "religione della laicità" nella Costituzione francese,* cit., 140.

[12] Sulla tolleranza come concetto politico si rinvia a M. D'Arienzo, *La libertà di coscienza nel pensiero di Sébastien Castellion*, Torino, 2008, LXIV-LXX; Ead., *Libertà di coscienza e tolleranza nel pensiero di Sébastien Castellion*, in M. Tedeschi (a cura di), *La Libertà religiosa*, II, Soveria Mannelli, 2002, 521-536; nonché nel vol. *Quaderni della Scuola di Specializzazione in diritto ecclesiastico e canonico*, 7, Napoli, 2002, 115-130; Ead., *Actualité de la Tolérance*, in *Revue d'éthique et de théologie morale* «*Le Supplément*», n°227, 2003, 203-218; e con il titolo *Attualità della tolleranza,* in *Filosofia dei Diritti Umani. Philosophy of Human Rights,* fasc. 13-14, 2003, 36-44; nonché in *Il Diritto Ecclesiastico*, II, 2004, 490-501; Ead., *Deux Concepts de Tolérance: Michel de L'Hospital et Sébastien Castellion*, nel vol. *Michel Servet (1511-1553). Héresie et pluralisme du XVIe au XXIe siècle.* Actes du colloque de l'École Pratique des Hautes Études, 11-13 décembre 2003, réunis par Valentine Zuber, Paris, 2007, 213-223; Ead., *Cultura giuridica e dottrina della tolleranza nelle opere di Sébastien Castellion*, in L. Felici (a cura di), *Ripensare la Riforma protestante. Nuove prospettive degli studi italiani*, Torino, 2015, 239-254.

[13] Cfr. M. D'Arienzo, *La libertà di coscienza nel pensiero di Sébastien Castellion*, cit.

[14] Cfr. M. D'Arienzo *La "religione della laicità" nella Costituzione francese,* cit., 139-150.

quella di assicurare la pacifica convivenza tra tutti i consociati a prescindere dalla loro appartenenza confessionale.

Gli editti di tolleranza quale antidoto alle guerre civili tra cattolici e protestanti costituiscono innanzitutto uno strumento di carattere pragmatico finalizzato a preservare non soltanto la pace sociale ma proprio l'unità stessa dello Stato, fondata su valori non di parte, come quelli confessionali, ma condivisi e condivisibili da tutti, in cui si afferma «la supremazia del valore della cittadinanza rispetto ad altre forme di appartenenze»[15].

3. *La tutela della neutralità dello spazio pubblico francese nella* Loi confortant le respect des principes de la République

Coerentemente alle sue radici storico-giuridiche, il principio di laicità francese si traduce nella separazione tra valori condivisi da tutti i cittadini e valori specifici di altre appartenenze che trova la sua espressione nella neutralità dei poteri pubblici rispetto alle diverse possibili opzioni di valore[16].

In Francia, soprattutto negli ultimi anni, la costruzione di uno spazio pubblico neutrale ha determinato una sensibile compressione del diritto di esprimere liberamente l'identità religiosa, traducendosi nell'affermazione di un modello di laicità che può essere definito di laicità "impositiva"[17], parafrasando il concetto di "laicità positiva" di Nicolas Sarkozy pronunciato nel discorso al Laterano del 2007[18]. In tal senso emblematica è stata la legge sul divieto dei segni ostensibili del 2004[19] e la successiva legge del 2010 che, di fatto, ha vietato l'uso del *niqab* e il *burqa* nei luoghi pubblici[20]; la pubblicazione della "*charte de*

[15] Ivi, 140.

[16] Sulla separazione tra valori religiosi e diritti, cfr. C. CARDIA, *Democrazia, multiculturalismo, diritti religiosi*, in *Daimon,* 7, 2007, 7-9.

[17] Cfr. M. D'ARIENZO, *La laicità francese: "aperta", "positiva" o "im-positiva"?,* cit., 354-368.

[18] Il discorso in versione integrale è consultabile sul sito *www.elysée.fr*. Per la traduzione in lingua italiana cfr. *Il Regno - Documenti*, 5, 2008, *Religioni e laicità, due radici per la Francia. Discorso del presidente francese Nicolas Sarkozy al capitolo di S. Giovanni in Laterano,* 170-173. In argomento vedasi inoltre P. VALDRINI, *La "laicità positiva". A proposito del discorso del Presidente Sarkozy al Laterano (20 dicembre 2007),* in G. Dalla Torre, C. Mirabelli (a cura di), *Le sfide del diritto. Scritti in onore del Cardinale Agostino Vallini,* Soveria Mannelli, 2009, 409-426; ID., *Una nuova concezione della laicità? Il discorso del Presidente della Repubblica francese al Laterano (20 dicembre 2007),* in *Il diritto ecclesiastico*, 3-4, 2008, 405-421.

Cfr. M. D'ARIENZO, *La laicità francese: "aperta", "positiva" o "im-positiva"?,* cit.

[19] *Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*, in *Journal officiel "Lois et Décrets"*, n. 65 du 17 mars 2004.

[20] *Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, in *Journal officiel "Lois et Décrets"*, n. 237 du 12 octobre 2010, dopo la decisione di legittimità costituzionale resa dal Conseil constitutionnel in sede preventiva (Dec., 7 ottobre 2010,

la laicité dans les services publics" del 2007 – che ha vietato agli utenti dei servizi pubblici di praticare forme di proselitismo religioso e ha negato ai pubblici dipendenti la possibilità di soddisfare esigenze correlate alle proprie convinzioni religiose[21] – e la diffusione della c.d. "*charte de la laicité à l'ecole*"[22] del 2013, che ha imposto ai docenti di trasmettere il senso e il valore della laicità con l'obiettivo di proteggere gli alunni dal proselitismo religioso[23].

L'applicazione del principio di laicità attraverso il controllo dell'effettiva neutralità dei servizi pubblici ha condotto, ancor più di recente, all'emanazione della *Loi confortant le respect des principes de la République* del 24 agosto 2021[24].

La *ratio* dell'intervento normativo, che rafforza significativamente le misure già adottate in precedenza, si evince chiaramente dai tre discorsi che il Presidente Macron ha tenuto rispettivamente: il 9 aprile 2018 a Parigi presso il *College des Bernardines*, rivolto ai vescovi francesi e dedicato al ruolo della religione cattolica nella Repubblica; il 4 settembre 2020 in occasione del centocinquatesimo anniversario della nascita della Repubblica, in tema di condivisione dei valori repubblicani e diretto ai giovani cittadini francesi di origine immigrata; il 2 ottobre 2020 a *Les Mureaux* nell'Ile de France, in cui – e questo è l'aspetto maggiormente rilevante – si è soffermato sul tema della lotta contro i "separatismi" di natura religiosa, e specialmente del "separatismo islamico"[25]. Sul punto Emmanuel Macron ha sottolineato che queste forme di separatismo religioso costituiscono dei "progetti politico-religiosi consapevoli" che si concretizzano attraverso ripetute deviazioni dai valori della Repubblica e che sfociano spesso nella costituzione di una "contro-società", le cui manifestazioni sono l'abbandono scolastico dei bambini e lo sviluppo di comunità in cui si pratica l'insegnamento di principi non conformi alle leggi della Repubblica. In quest'ultimo *Discorso* del 2020 il Presidente della Repubblica francese

613 DC), e la Circolare n. 5518/SG del 2 marzo 2011 relativa *"à la mise en œuvre de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public"*. I testi della legge e della circolare sono consultabili agli indirizzi *http://www.legifrance.gouv.fr* e *http://www.circulaires.gouv.fr/pdf/2011/03/cir_32650.pdf*.

[21] La *charte de la laicité dans les services publics*, aggiornata il 29 giugno 2022, è consultabile all'indirizzo *https://www.creuse.gouv.fr/contenu/telechargement/16601/116394/file/Charte_laicite_dans_les_services_publics.pdf*.

[22] La *Charte de la laicité à l'ecole* è reperibile al seguente indirizzo: *https://www.education.gouv.fr/bo/13/Hebdo33/MENE1322761C.htm*.

[23] M. D'Arienzo, *La laicità francese: "aperta", "positiva" o "im-positiva"?,* cit., 354-368.

[24] Per un primo commento della dottrina francese si rinvia al numero monografico "*La loi confortant le respect des principes de la République", Revue du droit des religions*, 13, 2022.

[25] Il Discorso "*La République en actes: discours du Président de la République sur le thème de la lutte contre les séparatismes*", del 2 ottobre 2020 è consultabile al sito *www.elysee.fr.*

ha stigmatizzato espressamente, inoltre, la scelta di alcuni Comuni di imporre menù religiosi nelle mense, l'esclusione degli uomini dall'accesso alle piscine pubbliche in determinate fasce orarie e il rifiuto di alcuni conducenti dei mezzi pubblici di rapportarsi con utenti di sesso femminile[26].

Da qui la necessità di un intervento normativo diretto a "proteggere" la laicità come presupposto ineludibile del "*viver esemble*", contro ogni forma di separatismo in grado di far prevalere le rivendicazioni identitarie specifiche sui principi condivisi della Repubblica.

L'obiettivo politico è stato perseguito mediante l'adozione di misure normative che hanno seguito quattro principali direttrici: l'estensione dell'obbligo di neutralità per i pubblici ufficiali anche ai dipendenti delle aziende delegate; la cancellazione dell'insegnamento delle Lingue e delle Culture Originali e la limitazione dell'istruzione domiciliare ai soli casi in cui ricorrano evidenti esigenze sanitarie, al fine di contrastare l'esclusione di migliaia di bambini dall'educazione alla cittadinanza, dall'accesso alla cultura, ai valori, all'esperienza dell'alterità che è il cuore della scuola repubblicana; la formazione in Francia di una generazione di imam e intellettuali che difendano un Islam pienamente compatibile con i valori della Repubblica; la protezione degli imam delle moschee dagli estremismi e dalle influenze straniere.

Da tali priorità emerge come il principale obiettivo del legislatore francese sia stato quello di sostenere la lotta alla radicalizzazione del pensiero fondamentalista, ritenuto espressivo di una scelta antitetica rispetto al principio di laicità che costituisce il valore fondante della Repubblica e il presupposto della indivisibilità del corpo sociale, unificato proprio dalla condivisione di quei valori in cui tutti debbono riconoscersi[27].

A differenza delle precedenti normative, la Legge del 2021 realizza una considerevole estensione dell'ambito di applicabilità di questo principio di "laicità rafforzata", che si spinge fino al punto di involgere, come anticipato, anche le aziende private esercenti un pubblico servizio. Ne discende, quale prima conseguenza, che anche ai dipendenti privati incaricati di un pubblico servizio è stato imposto di astenersi "dall'esprimere la propria politica o opinioni religiose"[28].

L'applicazione della Legge è presidiata da puntuali disposizioni di natura sia amministrativa che penale, come nel caso della previsione che introduce il "reato di separatismo" o che sanziona qualsiasi forma di minaccia diretta ad

[26] *Ibidem.*

[27] Cfr. M. D'ARIENZO, *La laicità francese: "aperta", "positiva" o "im-positiva"?,* cit., 9.

[28] Cfr. Legge 2021-1109 del 24 agosto 2021 *"confortant le respect des principes de la République*", cit., consultabile anche all'indirizzo *https://www.legifrance.gouv.fr/.*

imporre che l'erogazione del servizio pubblico sia effettuata da una persona dello stesso sesso dell'utente[29].

Nella costruzione di questo meccanismo di difesa della laicità notevoli poteri sono stati inoltre attribuiti ai Prefetti. Oltre a prevedere specifiche sanzioni amministrative, l'articolo 5 della legge del 24 agosto 2021, modificando gli articoli L. 2131-6, L. 3132-1 e L. 4142-1 del *Codice generale degli enti locali*, permette al Prefetto di richiedere al giudice amministrativo la sospensione dell'esecuzione degli atti delle autorità pubbliche idonei a minare gravemente i principi di laicità e neutralità. Il giudice amministrativo è tenuto a pronunciarsi nel termine di quarantotto ore sull'istanza di sospensione del provvedimento che incide gravemente sul neutrale funzionamento dei servizi pubblici.

Tale potere è stato azionato per la prima volta nella primavera del 2022 dal Prefetto dell'Isère a seguito dell'approvazione con delibera del Consiglio comunale della città di Grenoble del nuovo regolamento interno per le piscine comunali, che, di fatto, autorizzava all'art. 10 l'uso del *burkini*[30].

Altre disposizioni concernono la materia dei sovvenzionamenti statuali alle associazioni culturali. Al riguardo, la Legge impone a qualsiasi associazione che richieda un contributo statuale di aderire a un *"contrat d'engagement républicain"* sulla cui scorta ci si impegna «a non basarsi su convinzioni politiche, filosofiche o religiose per affrancarsi dalle regole comuni che regolano i rapporti con le autorità pubbliche […] e a non mettere in discussione la laicità della Repubblica»[31]. In caso di rifiuto alla sottoscrizione del "contratto di impegno" l'associazione decade dalla possibilità di ottenere finanziamenti pubblici.

Infine, le disposizioni introdotte in tema di formazione degli imam risultano ancora più controverse, in quanto finalizzate a plasmare un modello di Islam francese conformato ai valori della Repubblica.

Sul punto, come è stato osservato, la Legge non valorizza adeguatamente l'impegno già assunto nel gennaio 2021 dai leader delle associazioni e dai gestori dei luoghi di culto musulmani[32], i quali nella *Charte des principes de l'islam*

[29] Cfr. artt. 9 e 10 della *Legge 2021-1109 del 24 agosto 2021 "confortant le respect des principes de la République"*, cit., recanti modifiche al Codice penale francese.

[30] La sospensione dell'art. 10 del regolamento comunale, disposta dal *Tribunal Administratif de Grenoble,* è stata confermata il 21 giugno 2022 dal *Conseil d'État*: *https://www.conseil-etat.fr/actualites/le-conseil-d-etat-confirme-la-suspension-du-reglement-interieur-des-piscines-de-la-ville-de-grenoble-autorisant-le-port-du-burkini.* In argomento cfr. É. Sales, *Présentation générale de la loi confortant le respect des principes de la République*, in *Revue du droit des religions*, 13, 2022, 17-40.

[31] Cfr. art. 12 ss. della *Legge 2021-1109 del 24 agosto 2021 "confortant le respect des principes de la République"*, cit.

[32] Cfr. G. Gonzalez, P. Goni, *Une garantie paradoxale du libre exercice du culte: la loi du 24 août 2021 et les associations à objet cultuel*, in *Revue du droit des religions*, 13, 2022, 70.

de France pubblicata dal *Conseil Français du Culte Musulman* (CFCM) hanno dichiarato di «[…] rispettare le regole comuni e a farle prevalere su tutti gli standard e le regole, comprese quelle derivanti dalle nostre convinzioni e/o le nostre interpretazioni religiose»[33].

4. *Considerazioni conclusive*

Le misure introdotte dalla Legge 2021-1109 del 24 agosto 2021 *"confortant le respect des principes de la République*" mirano a garantire l'effettiva neutralità dello spazio pubblico mediante la "neutralizzazione" di ogni forma di fruizione differenziata dei servizi pubblici motivata da ragioni religiose. La frammentazione dell'erogazione delle prestazioni di rilievo pubblicistico è ritenuta, infatti, un fattore disgregativo della società che alimenta proprio quel fenomeno del separatismo religioso che il legislatore francese intende contrastare con l'intervento normativo.

La politica assimilazionista sottesa all'attuazione del principio costituzionale di laicità francese – inteso come "eguaglianza neutralizzante" delle espressioni identitarie – più che all'integrazione delle differenze di matrice etnico-religiosa[34] sembra tuttavia celare una pericolosa deriva verso una marginalizzazione dei gruppi religiosi che rischia, al contrario, di alimentare nuove forme di conflittualità.

Ed in effetti i disordini che negli ultimi anni hanno ripetutamente segnato la società francese sembrano confermare questo scenario[35].

[33] Il Documento è consultabile in *Il Regno – Documenti*, 3, 2021, 116.

[34] Cfr. M. D'ARIENZO, *Pluralismo religioso e dialogo interculturale. L'inclusione giuridica delle diversità*, Cosenza, 2018; EAD., *Le sfide della multiculturalità e la dimensione religiosa*, in F. Abbondante, S. Prisco (a cura di), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*, Napoli, 2015, 45-67; EAD., *Diritti culturali e libertà religiosa*, in *Diritto e Religioni,* 2, 2014, 577-594.

[35] Cfr. F. OLIVO, *Le proteste in Francia e la laïcité vissuta come imposizione. Intervista a Maria d'Arienzo,* in *Huffington Post,* 14 luglio 2023.

Claudio De Fiores[*]

IL CINEMA, LA COSTITUENTE E LA LIBERTÀ DELL'ARTE

SOMMARIO: 1. Il *Psychological Warfare Branch* e le epurazioni nel cinema. – 2. Il Nuovo ordinamento dell'industria cinematografica. – 3. Il dibattito sul cinema in Assemblea costituente. – 4. Cinema e buon costume. – 5. Cinema e arte nella Costituzione italiana.

1. *Il* Psychological Warfare Branch *e le epurazioni nel cinema*

La fine del fascismo (luglio 1943) non ha immediatamente coinciso in Italia con l'instaurazione della democrazia. Il nuovo quadro emergenziale (innescato dalla caduta del regime) e il protrarsi dello stato di guerra, hanno per una lunga stagione impedito l'effettivo ripristino delle libertà politiche. E segnatamente della libertà di manifestazione del pensiero. È quanto è possibile dedurre, in particolare, dal d.l. 13/1944 con il quale venne introdotta l'"autorizzazione" prefettizia per la pubblicazione di quotidiani e periodici[1]. E questo significava che tutti «i fogli e gli scritti … stampati o pubblicati in contravvenzione alle disposizioni» contenute nel decreto avrebbero dovuto essere sequestrati e ne sarebbe stata «vietata la pubblicazione anche per l'avvenire»[2]. L'assunzione integrale del controllo della stampa e della radio fu una delle prime decisioni adottate dai vertici militari Usa.

Nel frattempo, anche nel cinema irrompeva la spinosa questione dell'epurazione. Di qui il bisogno "storico" di fare i conti con registi, attori, autori che avevano aderito, in passato, al regime fascista. A pretenderlo erano le nuove *Sanzioni contro il fascismo*[3] emanate il 27 luglio 1944 e la contestuale istituzione dell'*Alto Commissariato per le Sanzioni contro il Fascismo*[4]. Nello stesso anno furono anche approvate le nuove *Norme relative alla composizione e al funzionamento dell'Alta Corte di Giustizia*[5], competente ad applicare le nuove sanzioni contro il fascismo.

Il 31 luglio 1944 sarebbe stata anche costituita la *Commissione d'epurazione per il cinema*. Ne avrebbero fatto parte: Umberto Barbaro, Mario Chiari, Al-

[*] Ordinario di Diritto costituzionale - Università della Campania "Luigi Vanvitelli".

[1] Art. 1, D.l. 13/1944.

[2] Art. 5, D.l. 13/1944.

[3] D.l.lgt. 159/1944.

[4] Art. 40, D.l.lgt. 159/1944.

[5] D.l.lgt., 198/1944.

fredo Guarini, Mario Camerini, Mario Soldati e Luchino Visconti. Tra i nomi, deferiti all'autorità giudiziaria, troviamo invece alcuni registi "collaborazionisti" del regime di Salò come Marcello Albani, Flavio Calzavara, Giacchino Forzano. Ma anche parte dei registi che, nel corso del ventennio, erano stati parte integrante dell'*establishment* del cinema fascista: Romolo Marcellini, Roberto Rossellini, Goffredo Alessandrini, Carmine Gallone, Augusto Genina (questi ultimi tre furono condannati e sanzionati con una sospensione dal lavoro per sei mesi).

All'indomani della Liberazione, il fu Ministro della cultura popolare Alessandro Pavolini venne catturato e fucilato a Dongo (28 aprile 1945). Anche Luigi Freddi, ex capo della Direzione generale di cinematografia, sarebbe stato arrestato e condannato (ma successivamente prosciolto).

Successivamente, soppressa la Direzione Generale per la Cinematografia, il governo del cinema sarebbe integralmente passato nelle mani del *Psychological Warfare Branch*, la cui composizione e le cui funzioni erano disciplinate dalle nuove disposizioni sull'"Armistizio lungo", sottoscritto dal comando alleato e dal governo italiano dopo la resa incondizionata (29 settembre 1943).

Il 5 giugno 1944, all'indomani della liberazione della capitale, la *Divisione per la guerra psicologica* si sarebbe insediata a Roma, assumendo tutte le funzioni in passato ricoperte dal Ministero della Cultura Popolare.

Su ordine del PWB tutti i film italiani e tedeschi vennero sequestrati. In compenso, il *Psychological Warfare Branch* si sarebbe attivamente impegnato nella distribuzione di pellicole prodotte dal *U.S. Army Pictorial Service*: cinegiornali, film di propaganda, documentari di guerra (notevole successo riscosse, in quel frangente, la serie di sette documentari di propaganda, girati tra il 1942 e il 1945, diretti da Frank Capra e Anatole Litvak dal titolo *Why We Fight*).

Anche le procedure di revisione dei film vennero disciplinate e gestite dal PWB, fino alla loro rinnovata e integrale assunzione da parte delle autorità italiane nell'ottobre 1944. Queste, una volta soppresso il Ministero della Cultura popolare, avrebbero attribuito l'esercizio del potere censorio al Sottosegretariato per la Stampa e le Informazioni - Ufficio dello Spettacolo, organo istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri.

2. *Il Nuovo ordinamento dell'industria cinematografica*

La Liberazione dell'Italia dal fascismo avveniva in un quadro di profondo dissesto delle strutture politiche e sociali del Paese. Anche il cinema ne era parte: la produzione era precipitata ai minimi storici; gli studi di Cinecittà, venuti meno i vecchi fasti, erano stati trasformati in punti d'accoglienza per famiglie

senza casa e sfollati; la distribuzione completamente atrofizzata, senza «credito, [senza] appoggi dallo Stato» e soprattutto senza «vendite all'estero»[6].

Anche la celluloide per le pellicole era divenuta un bene prezioso e, in quei mesi, pressoché introvabile. Fra i pochissimi cineasti disposti a lavorare e a sfidare la realtà, impiegando mezzi di fortuna e uno straordinario talento, vi fu Roberto Rossellini, regista impegnato nel 1945 nelle riprese di *Roma città aperta*: un film «cui deve andare non poco della nostra riconoscenza» per aver scelto dopo anni di interni decò e di *telefoni bianchi* di «rappresentare il Paese nella sua umanità, nella sua povertà profonda»[7].

Nell'ottobre 1945 sarebbe stato approvato il *Nuovo ordinamento dell'industria cinematografica italiana*[8] con il quale vennero abrogate buona parte delle disposizioni fasciste fino ad allora vigenti. Questa normativa si apriva con un *incipit* giuridicamente significativo e quanto mai solenne: «l'esercizio dell'attività di produzione di film è libero»[9].

Buona parte dei vincoli normativi posti in passato dalla legislazione fascista sarebbero venuti meno. E anche del protezionismo di Stato non sarebbe rimasta più alcuna traccia: nel bene, ma anche nel male. Scriverà Libero Bizzarri:

> dall'eccesso totalitario del regime fascista si passa ora all'eccesso opposto: si accetta che una valanga di film americani invadano il nostro mercato senza alcuna limitazione … I produttori italiani constatano subito la difficoltà di produrre film … In questo clima di incertezza, sotto la spinta della ripresa del dopoguerra, nel 1946 sono prodotti 62 film nazionali e ne vengono importati 850 dei quali 600 americani[10].

La legge sull'industria cinematografica avrebbe abrogato anche il controllo preventivo sui copioni. Solo per le pellicole concernenti temi di carattere militare, esso avrebbe continuato a sopravvivere. La distribuzione dei nuovi film prodotti poteva pertanto essere consentita o negata, ma esclusivamente per «ragioni inerenti alla censura militare od ai rapporti internazionali»[11].

L'avviata costruzione del nuovo ordinamento cinematografico e il definitivo passaggio di consegne dalle autorità militari Usa a quelle italiane ponevano però un delicato nodo che richiedeva di essere quanto prima risolto. Ci si riferisce all'embargo dei film del ventennio fascista, la cui distribuzione era stata

[6] A. Vecchietti, *Cinematografo senza cinematografi*, in Avanti! 7 luglio 1946.

[7] C. Alvaro, *L'ultima verità* (1952), in Id., *Al cinema*, Soveria Mannelli, 1987, 112.

[8] D.l.lgt. 678/1945.

[9] Art. 1, D.l.lgt. 678/1945.

[10] L. Bizzarri, *L'economia cinematografica*, in *La città del cinema. Produzione e lavoro nel cinema italiano (1930-1970)*, Roma, 1979, 41.

[11] Art. 2.2, D.l.lgt. 678/1945.

"sospesa" dal PWB. A tale riguardo vi è da dire che, sebbene dopo qualche esitazione, le autorità italiane decisero di *sbloccare* le pellicole "fasciste" ponendo così fine al fermo disposto dall'esercito Usa. Una soluzione dettata da ragioni prevalentemente economiche e giustificabile in ragione dello stato di dissesto in cui versava, alla fine della guerra, il cinema italiano. Ma, allo stesso tempo, un'opzione temuta e, da più parti, ritenuta rischiosa. E, in quanto tale, destinata a porre non pochi problemi sul terreno politico.

Di certo non poteva trattarsi di uno sblocco *erga omnes*. Si decise così di riammettere nel circuito della distribuzione i film prodotti nel ventennio fascista, ma solo dopo averli nuovamente esaminati e sottoposti a un'ulteriore revisione. A essere bocciate furono solo le poche opere ritenute di propaganda o affini. Tra queste: *Scipione l'Africano* (1937) di Carmine Gallone[12]; *L'assedio dell'Alcazar* (1940) di Augusto Genina[13]; *Abuna Messias* (1939) di Goffredo Alessandrini[14]. Quest'ultimo sarebbe stato riammesso nelle sale nel 1947, ma alla sola condizione che venisse decurtata qualche «battuta antiparlamentaristica» e soppressa la «frase: "Come si fa a governare con tanti partiti"»[15].

Ma accanto ai tradizionali strumenti di censura, in quegli anni avrebbe attivamente operato anche la *damnatio memoriae,* in più occasioni praticata dal nuovo ordinamento nei confronti dello *star system* del regime fascista. Le soluzioni a tal fine sperimentate erano quanto mai variegate, a cominciare dalla esclusione, dai titoli di testa e dai manifesti, dei nomi delle star del cinema fascista accusati di collaborazionismo. Fu quanto accadde a Osvaldo Valenti e Luisa Ferida, protagonisti di numerosi film di successo come: *La cena delle beffe* (1942) di Alessandro Blasetti[16]; *Fari nella nebbia* (1942) di Gianni Franciolini[17]; *Knock Out – Harlem* (1943) di Carmine Gallone[18]; *La locandiera* (1944) di Luigi Chiarini[19]; *Fatto di cronaca* (1944) di Piero Ballerini[20]. Queste pellicole furono tutte ammesse alla distribuzione, ma solo in una parte del territorio nazionale e solo a condizione che fossero esclusi i nomi di Osvaldo Valenti e di Luisa Ferida «dalla testata e dalla pubblicità». Analoga sorte sarebbe toccata ad altri noti collaborazionisti del cinema fascista come lo sceneggiatore Alessandro De Stefani, il regista Ferruccio Cerio e l'attore Mino Doro.

[12] Visto 7410; 9 marzo 1950.
[13] Visto 8772; 6 ottobre 1950.
[14] Visto 98; 5 luglio 1945.
[15] Visto 1692; 21 aprile 1947
[16] Visto 716; 8 giugno 1946.
[17] Visto 636; 22 maggio 1946.
[18] Visto 1323; 4 dicembre 1946.
[19] Visto 427; 26 febbraio 1946.
[20] Visto 664; 20 luglio 1946.

Per il resto, quasi tutta la produzione cinematografica italiana del ventennio fascista sarebbe stata riammessa nelle sale, sebbene ampiamente *ripulita* dalle sequenze celebrative di imprese coloniali o da qualche «rito fascista» (come nel caso del film *Treno crociato* (1943) di Carlo Campogalliani[21]). Ma a essere rimossi dalle pellicole del ventennio furono anche gli «attori in divisa fascista e il «il grido di "Viva il Re"» (presenti in *Cavalleria* (1936) di Goffredo Alessandrini[22]); alcuni motti fascisti e «i distintivi del disciolto P.N.F.» (sfoggiati in *La nave bianca* (1941) di Roberto Rossellini[23]); i «fasci littori» e i «saluti fascisti» (ostentati in *Alfa Tau!* (1942) di Francesco De Robertis)[24].

A essere "adattati" ai nuovi tempi furono, infine, i dialoghi. È quanto accadde al film *L'ultima carrozzella* (1943) di Mario Mattoli al quale gli organi di censura avrebbero dato «parere favorevole per la proiezione al pubblico a condizione che ven[isse] tolta nel dialogo la parola "camerata"»[25].

3. *Il dibattito sul cinema in Assemblea costituente*

Sulla libertà dell'arte cinematografica si ebbe un significativo e articolato confronto anche in Assemblea costituente. Il nodo da risolvere concerneva il bisogno o meno «di stabilire per la cinematografia un'eccezione al divieto della censura preventiva, soprattutto a scopo di tutela della pubblica moralità»[26].

A spingere in questa direzione fu, soprattutto, la Democrazia cristiana, per la quale

> almeno per le pubblicazioni oscene, almeno per gli spettacoli e per le altre manifestazioni che urtino contro il buon costume [avrebbe dovuto essere] ammessa non solo una severa repressione, ma anche la possibilità di una prevenzione adeguata ed immediata[27].

Punto di condensazione di queste tendenze fu la stesura del c.d. "emendamento Andreotti" che recitava:

[21] Visto 136; 10 luglio 1947.

[22] Visto 1265; 23 settembre 1946.

[23] Visto 3725; 30 gennaio 1948.

[24] Visto 3724; 2 marzo 1949.

[25] Visto 32015; 17 agosto 1943.

[26] Commissione studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, *Relazione all'Assemblea costituente,* I, Roma, 1946, 109-110.

[27] Aldo Moro, seduta 14 aprile 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente,* Roma, 1970, I, 863.

> Sono vietati, a tutela della pubblica moralità e per la protezione della gioventù, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni che siano contrari alla morale o al buon costume. La legge determina misure adeguate[28].

L'emendamento – nelle intenzioni del proponente – si prefiggeva di «introdurre certe misure di garanzia collettiva di fronte alla produzione cinematografica, alla produzione teatrale e ad altre manifestazioni di pensiero del genere, a tutela della morale o del buon costume»[29]. E questo perché – sosteneva Andreotti – «vi è un bene, che è quello della moralità pubblica, vi è un bene che è quello dell'educazione della gioventù, che noi costituenti sentiamo in modo particolare»[30].

Per altre componenti dell'Assemblea (anche interne alla stessa Dc) si trattava, di converso, di verificare «la possibilità di una diversa disciplina» della materia cinematografica rispetto alla stampa, come già sollecitato in sottocommissione da Giuseppe Dossetti. Una diversità di trattamento che – secondo il costituente cattolico – affondava la sua *ratio* nella «differenza di fatto» esistente fra le due fattispecie. Una differenza non eludibile: «la stampa è un mezzo di espressione del pensiero individuale e personale, mentre … il cinema è inevitabilmente il risultato di un pensiero collettivo»[31].

Sull'opportunità di distinguere in Costituzione la disciplina del cinema da quella della stampa si erano nel frattempo pronunciate favorevolmente tutte le sinistre. E, in particolar modo, Lelio Basso, per il quale sarebbe stato certamente possibile «sottoporre i mezzi di espressione del pensiero diversi dalla stampa ad una diversa disciplina, soprattutto in considerazione della diversa tecnica di espressione». Ma alla sola condizione di precisare che si sarebbe trattato di «una eccezione»: «il principio generale della libertà vale per tutti i mezzi di espressione»[32]. Ancora più netto fu il comunista Concetto Marchesi il quale avrebbe accortamente evidenziato che la questione della libertà del cinema è parte integrante della questione della libertà dell'arte. E che, in definitiva, «non soltanto il cinema è mezzo di espressione del pensiero, ma possono essere considerate come tali tutte le forme dell'arte»[33].

Di qui l'emendamento dei comunisti Nobile e Terracini finalizzato a introdurre una disciplina esclusiva per la stampa e pertanto non ricomprensiva degli spettacoli:

[28] Seduta 14 aprile 1947, cit., 851.

[29] Giulio Andreotti, seduta 14 aprile 1947, cit., 855.

[30] *Ibidem*.

[31] Giuseppe Dossetti, Prima sottocommissione, 26 settembre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori,* cit., VI, 433.

[32] Lelio Basso, Prima sottocommissione, 26 settembre 1946, cit., 433.

[33] Concetto Marchesi, Prima sottocommissione, 26 settembre 1946, cit., 433.

> sono vietate la stampa e la diffusione di giornali, di riviste e libri pornografici. La legge stabilirà a tale scopo le misure adeguate[34].

Soluzione ritenuta eccessivamente selettiva e, per queste ragioni, prontamente contestata dal democristiano Umberto Merlini, per il quale così come non è possibile ammettere la diffusione di libri e giornali immorali, allo stesso modo «non si possono ammettere … spettacoli cinematografici immorali»[35].

Il crinale aperto dall'emendamento Nobile-Terracini appariva, su questo terreno, particolarmente scivoloso. A rilevarlo sarebbe stato, fra gli altri, Emilio Lussu per il quale non vi era alcuna necessità di parlare in Costituzione di «oscenità e pornografia, come non si parla di tratta delle bianche, di prostituzione, di borsa nera»[36]. Su posizioni affini il deputato La Rocca per il quale «arte e pornografia … devono essere tenute distinte»[37]. E questo avrebbe voluto dire per il costituente comunista che l'arte, ogni forma di arte (dal cinema al romanzo), doveva necessariamente essere riconosciuta e tutelata in Costituzione. Senza distinzioni di sorta:

> occorre anche badare a non imbavagliare l'arte, solo perché vi sono dei nasi a cui puzzano le rose e le viole. Diversamente bisognerebbe mettere sotto il moggio il meglio forse della letteratura greca e di quella latina e occorrerebbe avere degli scrupoli avanti di entrare in una galleria o in un museo. Non la materia sensuale è pericolosa; è il modo di sentirla e di trattarla[38].

Anche per il socialista Paolo Rossi la distinzione tra arte e pornografia avanzata in Costituente era da ritenersi quanto mai opinabile e foriera, sul piano costituzionale, di non poche ambiguità: ancora «oggi, dopo secoli, di fronte a talune opere, nessun giudice è in grado di dire se si tratti di pornografia o di arte»[39].

Sui temi e le questioni connesse alla libertà d'espressione cinematografica si sarebbe pronunciato anche Fernando Schiavetti. Per il deputato azionista, l'Assemblea costituente avrebbe sì dovuto affrontare la questione della libertà di manifestazione del pensiero e dell'arte, ma non riproponendo soluzioni e schemi oramai superati dalla storia. Né tanto meno limitandosi ad offrire una disciplina della libertà di manifestazione del pensiero integralmente calibrata sulla libertà di stampa. Ma avrebbe piuttosto dovuto guardare a quelle Costitu-

[34] Commissione per la Costituzione, seduta 25 gennaio 1947, cit., I, 174.
[35] Umberto Merlin, Commissione per la Costituzione, seduta 25 gennaio 1947, cit., 175.
[36] Emilio Lussu, Commissione per la Costituzione, seduta 25 gennaio 1947, cit., 174.
[37] Vincenzo la Rocca, Commissione per la Costituzione, seduta 25 gennaio 1947, cit., 175.
[38] Ivi, 176.
[39] Paolo Rossi, Commissione per la Costituzione, seduta 25 gennaio 1947, cit., 176.

zioni «in cui si parla non soltanto della stampa ma, tenuto conto dei progressi tecnici di questi ultimi decenni, si parla anche del cinema e della radio, di questi mezzi potentissimi di avvicinamento al pubblico e di propaganda»[40]. Schiavetti si riferiva alla Costituzione irlandese del 1937[41] e alla Costituzione di Weimar del 1919 che, combinando mirabilmente principio e deroga normativa, all'art. 118, sanciva: «Non è ammessa alcuna censura. Possono tuttavia stabilirsi, con legge, deroghe per gli spettacoli cinematografici».

Ma per la Democrazia cristiana uno solo era l'obiettivo che l'Assemblea era chiamata inderogabilmente a soddisfare: introdurre «misure di garanzia collettiva di fronte alla produzione cinematografica»[42] ed estendere, pertanto, la censura preventiva agli spettacoli cinematografici. Anche a costo di ammettere l'«intervento esecutivo»:

> Questo intervento, che per altri casi va guardato con qualche preoccupazione, può essere ammesso con animo tranquillo quando sono in gioco il buon costume e la moralità. La immediatezza è … in questo caso indispensabile. Si tratta di evitare che il veleno corrosivo che si trova nella stampa pornografica e nelle altre manifestazioni contrarie a buoncostume possa dilagare, si tratta di far in modo che sia impedito nel suo sorgere. Se noi lasceremo circolare questo veleno anche per poco, non avremo la possibilità di difendere effettivamente la moralità del nostro popolo e la nostra gioventù[43].

A prevalere in Costituzione sarebbe stata una soluzione mediana protesa a calibrare libertà e buon costume, prevenzione e repressione, come si evince dallo stesso tenore letterale dell'art. 21 Cost.:

> Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione [primo comma]. Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni [sesto comma].

[40] Fernando Schiavetti, seduta 28 marzo 1947, I, cit., 731.

[41] L'art. 40.6 della Costituzione irlandese del 1937, nell'annoverare il cinema fra gli «organi dell'opinione pubblica» al pari della radio e della stampa, sancisce che questi mezzi, pur disponendo della «libertà di espressione compresa la critica alla politica del Governo, non possono essere adoperati per compromettere l'ordine pubblico, la moralità e l'autorità dello Stato» («*the State shall endeavour to ensure that organs of public opinion, such as the radio, the press, the cinema, while preserving their rightful liberty of expression, including criticism of Government policy, shall not be used to undermine public order or morality or the authority of the State*»).

[42] Giulio Andreotti, seduta 14 aprile 1947, cit., I, 855.

[43] Aldo Moro, seduta 14 aprile 1947, cit., 863.

Diversa e più netta sul terreno delle garanzie sarebbe stata invece la soluzione sperimentata, negli anni a venire, da altri ordinamenti costituzionali europei. È il caso della Germania, la cui Legge fondamentale del 1949, all'art. 5, sancisce espressamente che «sono garantite la libertà di stampa e d'informazione mediante la radio e il cinematografo. Non si può stabilire alcuna censura»[44]. Soluzione avallata anche dall'ordinamento spagnolo, la cui Costituzione del 1978 afferma espressamente che l'esercizio dei «diritti … alla produzione e alla creazione … artistica … non può essere ristretto mediante alcun tipo di censura preventiva»[45].

4. *Cinema e buon costume*

In Costituzione l'unico limite posto alla libertà degli spettacoli è il "buon costume". Un concetto metagiuridico, polimorfo e quanto mai indeterminato in tutte le sue controverse implicazioni.

La stessa legislazione, pur richiamando in più occasioni la nozione di buon costume, ancora oggi non ne offre una definizione univoca. Alla nozione eccessivamente vaga rinvenibile nel Codice civile[46] – e in quanto tale inutilizzabile ai fini dell'interpretazione dell'art. 21[47] – si è venuta contrapponendo, nel corso del tempo, l'accezione ben più circoscritta e giuridicamente delimitata contenuta nelle disposizioni del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza[48] e nel Codice penale. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 529 c.p. che definisce «osceni» tutti «gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore».

Un limite che, in considerazione della sua peculiare natura e dei suoi intrinseci contenuti, avrebbe dovuto essere recepito e declinato esclusivamente a tutela dei minori e dello sviluppo della loro personalità, non essendovi alcuna

[44] Art. 5 GG: «*Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt*».

[45] Art. 20.2 Constitución Española: «*derechos […] a la producción y creación […] artística […] no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa*».

[46] L'art. 1343 c.c. prevede l'illiceità della causa del contratto qualora «contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume». Dello stesso tenore anche l'art. 2035 c.c., concernente il negozio giuridico immorale, che prevede che «chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato». Nel diritto civile, il concetto del buon costume è stato anche utilizzato in materia successoria. Ci si riferisce all'art. 634 c.c. dal quale si apprende che «nelle disposizioni testamentarie si considerano non apposte le condizioni impossibili e quelle contrarie a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume».

[47] Di parere opposto, F. Pergolesi, *Diritto costituzionale*, Padova. 1965, 350; P. Virga, *Diritto costituzionale*, Milano, 1967, 581.

[48] R.d. 773/1931.

ragione di protezione costituzionale del pudore e della decenza dei *maggiorenni,* che possono liberamente scegliere di rendersi o no destinatari di stampa o di manifestazioni pornografiche, a condizione che tale natura risulti chiaramente dichiarata[49].

Sulla questione è ripetutamente intervenuto il giudice costituzionale che, sin dagli anni Sessanta del secolo scorso, avrebbe concepito il buon costume come l'«insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, l'inosservanza dei quali comporta, in particolare, la *violazione del pudore sessuale*»[50]. Definizione, questa, destinata a far assumere alla nozione in esame una connotazione «storicamente contingente», poiché intrinsecamente plasmata da quel «complesso di regole che l'opinione pubblica riconosce valide, in un determinato momento storico»[51]. E dalle quali discendono anche le trasformazioni della sensibilità giuridica. Una ragione in più per ritenere il buon costume una categoria concettuale elastica, ma anche sfuggente ed enigmatica[52]. Insomma, una vera e propria clausola aperta, il cui significato «varia notevolmente secondo le condizioni storiche, d'ambiente e di cultura»[53].

L'interpretazione prevalente, in dottrina e in giurisprudenza, parrebbe oggi privilegiare la definizione penalistica di buon costume, scartando decisamente quell'opinione giurisprudenziale e dottrinale protesa a collocare questo limite all'interno di una dimensione esclusivamente morale. Fino a farne il momento più alto di condensazione delle «esigenze etiche della coscienza morale»[54], l'argine risolutivo da opporre a ogni sorta di devianza e a tutte le «manifestazioni "in perversione" dei costumi»[55].

Così come risolutamente da respingere è anche la soluzione ermeneutica prevalsa negli anni del fascismo e protesa a ricondurre, all'interno della nozione di buon costume, tutto ciò che si rifà ai «principi morali della Nazione», oltre che «ai pensieri e agli atteggiamenti che richiamano, sia pure in forma allusiva, all'atto sessuale, ai misteri della generazione ed alla vita dei sensi»[56].

[49] P. Barile, *Diritti involabili dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 259.

[50] Corte cost., 9/1965.

[51] P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, 85.

[52] R. Perrone, *Buon costume" e valori costituzionali condivisi. Una prospettiva della dignità umana*, Napoli, 2015, 51 ss.

[53] Corte cost., 191/1970.

[54] Corte Cass., 4414/1981.

[55] C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 42.

[56] G. Marciano, *L'oltraggio al pudore e l'opera d'arte*, in *Riv. trim. dir. pen.*, 1932, 815.

5. *Cinema e arte nella Costituzione italiana*

La Costituzione italiana oltre a promuovere «lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica» (art. 9.1 comma) e oltre a garantire la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21), all'art. 33 sancisce espressamente che «l'arte e la scienza sono libere». Disposizione, questa, che mutua quanto già sancito dall'art. 142 della Costituzione di Weimar (come rivelato in Assemblea dallo stesso Concetto Marchesi: il costituente comunista che formulò questa disposizione[57]).

Sulla libertà dell'arte il dibattito in Costituente fu però alquanto scarno. A tal punto da indurre taluni componenti dell'Assemblea ad evocare l'opportunità di un integrale superamento di questo disposto normativo, rimarcandone la ridondanza e l'inutilità di «metterlo nel progetto»[58]. Eppure, anche arte e scienza – era solito obiettare Marchesi – avrebbero potuto «essere colpite da coazione e così non … essere libere»[59]. E pur a voler ammettere che il riconoscimento giuridico della libertà dell'arte fosse «lapalissiano e pleonastico», lo stesso non avrebbe potuto dirsi per la libertà degli artisti «perché questi possono essere incatenati, possono essere minacciati possono essere irregimentati. E forse, il ventennio fascista qualcosa ci ha insegnato in merito»[60].

Ciò che è certo è che, nonostante le diffidenze e le cautele, l'introduzione in Costituzione della libertà dell'arte avrebbe, nel corso del tempo, rivestito una valenza paradigmatica sul piano dei principi e della tutela dei diritti.

Dal tono dell'art. 33 è possibile evincere non solo che «non esistono né arte né scienza ufficiale o di Stato»[61], ma anche che la libertà dell'arte, godendo di una tutela privilegiata rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero, risulta, rispetto a questa, corredata da un sistema di garanzie più ampio e penetrante[62]. Conclusione, questa, suffragata dalla constatazione che l'art. 33 Cost., diversamente dall'art. 21 Cost. (libertà di manifestazione del pensiero) e dall'art. 19 Cost. (libertà di religione), non prevede limiti formali. Neppure il buon costume:

[57] Concetto Marchesi, seduta del 22 aprile 1947, II, cit., 1122.

[58] Vincenzo Rivera, seduta del 22 aprile 1947, II, cit., 1134.

[59] Concetto Marchesi, seduta 28 aprile 1947, II, cit., 1250.

[60] Vincenzo Rivera, seduta del 22 aprile 1947, cit., 1134.

[61] C. Esposito, *op. cit.*, 42-43, nota 96.

[62] In questo senso M. Grisolia, *Arte*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 96 ss.; F. Rimoli, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, Padova, 1992, 23 ss.; A. Cerri, *Arte e scienza*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 1 ss.

> la non menzione di quel limite non è mera formalità o occasionale negligenza, ma cosciente espressione di una ragione sostanziale e specifica, sulla quale si adagia il principio stesso della libertà dell'arte[63].

La libertà dell'arte si pone pertanto nel solco della libertà di manifestazione del pensiero, ma ne espande la matrice comune in «senso più ampio», più garantista e libertario[64]. Ne discende che ogni qual volta «ci si trovi di fronte a un'*opera d'arte*, non può farsi questione di moralità o immoralità»[65], neppure nel suo delimitato significato di «comune senso del pudore sessuale».

Le soluzioni restrittive ipotizzate in dottrina, favorevoli all'adozione di «legittime misure a garanzia dei minori»[66], devono pertanto ritenersi giuridicamente infondate se riferite alla libertà dell'arte. E questo perché, sul piano costituzionale, l'educazione dei minori e quindi anche la responsabilità di "censurare" la visione di un'opera d'arte spetta ai genitori. Non certo allo Stato.

D'altra parte, è lo stesso Codice penale, approvato durante il regime fascista, a rammentarci che «non si considera oscena l'opera d'arte» (art. 529 c.p.). Su questo medesimo crinale si è mossa da tempo anche la giurisprudenza[67], non solo per esplicitare la differente dimensione giuridica della «tutela della libertà di diffusione del pensiero e della libertà della cultura e dell'arte»[68], ma anche per ribadire – semmai ve ne fosse stato bisogno – che l'art. 33 debba essere «inteso ed interpretato nella sua autentica portata, che é quella di consentire all'arte ed alla scienza di esteriorizzarsi, senza subire orientamenti ed indirizzi univocamente e autoritativamente imposti»[69].

I limiti posti alla libertà dell'arte sono quindi limiti logici (deve trattarsi di un pensiero originale, da cui discende la stessa tutela giuridica del diritto d'autore) o comunque impliciti, come il rispetto dei diritti della personalità o la tutela dell'integrità psicofisica di «attori (e talvolta spettatori) in quelle manifestazioni creative iperrealistiche, fondate, per es., su rappresentazioni sceniche violente o uso di corpi umani»[70].

Ci troviamo pertanto al cospetto di un classico esempio di libertà negativa. Una libertà che trae la sua forza e la sua garanzia dall'esistenza di rigidi vincoli

[63] M. Grisolia, *op. cit*., 104.

[64] G. Clemente di San Luca, *Libertà dell'arte e potere amministrativo. 1. L'interpretazione costituzionale,* Napoli, 1997, 106.

[65] S. Fois, *Principi costituzionali e libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, 51.

[66] A. Cerri, *op. cit*., 4.

[67] Corte Cost., 57/1976; Corte Cass., 1° dicembre 2016.

[68] Corte Cost., 59/1960.

[69] Corte cost., 57/1976.

[70] M. Fiorillo, *Arte e scienza (libertà di),* in *Diritto costituzionale – Dizionari sistematici,* Milano, 2004, 488.

frapposti alle ingerenze del potere politico. Ogni forma di interferenza o di controllo esercitata sulla libera espressione dell'arte da parte di pubblici poteri deve pertanto ritenersi, per le ragioni suddette, costituzionalmente illegittima.

Sarebbe tuttavia, allo stesso tempo, limitato e fuorviante confinare la libertà dell'arte all'interno di una dimensione esclusivamente *negativa.* Perché lo sviluppo dell'arte è assicurato non solo dall'astensione dei pubblici poteri, ma anche dalla loro azione di promozione sul terreno culturale.

Non a caso l'art. 9.1 Cost., assecondando un impianto normativo di tipo programmatico, ha testualmente affidato la promozione dello sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica alla Repubblica, da intendersi quale soggetto aperto e plurale. E, quindi, in tutte le sue diverse articolazioni (art. 114.1 Cost.).

Allo stesso tempo va, tuttavia, precisato che, in Costituzione, promozione culturale (ex art. 9 Cost.) non vuol dire fare dell'arte uno strumento di propaganda, al pari di quanto avviene nei regimi autoritari. Né tanto meno porre le condizioni per la costruzione di una "cultura di Stato" funzionale allo sviluppo delle ideologie dominanti.

Ciò a cui l'art. 9 Cost. mira è semmai sostenere e alimentare il pluralismo delle idee, supportando i progetti e le opzioni culturali che faticano ad emergere in ragione dei proibitivi costi di realizzazione. Progetti condannati – in assenza di adeguate politiche di sostegno economico – a rimanere ai margini della produzione culturale. Frangente che dovrebbe indurre la Repubblica ad attivare tempestive politiche di intervento sociale (ex art. 3.2 Cost.) idonee a favorire «l'introduzione di spazi di libertà *positiva*»: solo per questa via sarà possibile erigere un vero e proprio diritto alla divulgazione della propria attività artistica e scientifica, beninteso quando le condizioni storiche ne consentiranno l'esercizio[71].

[71] M. Ainis, *Cultura e politica. Il modello costituzionale,* Padova, 1991, 119.

Eugenio De Marco[*]

ALCUNE CONSIDERAZIONI IN MERITO AL PROGETTO DI REVISIONE COSTITUZIONALE D'INIZIATIVA GOVERNATIVA SULL'ELEZIONE POPOLARE DIRETTA DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI. VERSO UN PREMIERATO *SUI GENERIS*?

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari in tema di revisione costituzionale: modifiche intervenute e progetti non giunti a esito. – 2. Il progetto del Governo Meloni sull'elezione popolare diretta del Presidente del Consiglio dei ministri: il complesso percorso per arrivare a una sua formulazione. – 3. Contenuto e caratteri del relativo disegno di legge costituzionale approvato dal Consiglio dei ministri e presentato al Senato. – 4. Il progetto di riforma costituzionale del Governo Meloni assunto dai più come prototipo di premierato: differenze peraltro con il premierato britannico. – 5. Abbinamento del progetto di revisione costituzionale di iniziativa parlamentare "Renzi e altri" con il progetto governativo: analogie e differenze. – 6. Emendamenti al progetto governativo nell'*iter* parlamentare. – 7. Aspetti controvertibili del progetto di revisione costituzionale dell'attuale Governo anche alla luce di emendamenti apportati: verso un premierato *sui generis* seppure dalle connotazioni non ancora adeguatamente definite?

1. *Considerazioni preliminari in tema di revisione costituzionale: modifiche intervenute e progetti non giunti a esito*

Numerosi sono stati, come è noto, gli interventi che hanno apportato modifiche al testo costituzionale. Pur senza sminuire la rilevanza di alcuni di essi si è sempre trattato di interventi che non hanno modificato la forma di governo parlamentare nella tipologia delineata dai Costituenti.

Come non è stata modificata la forma di Stato con la pressoché totale sostituzione del Titolo V della Costituzione realizzata con le leggi costituzionali n. 1 del 1999 e n. 3 del 2001, dal momento che pur con tali riforme si sono ampliati sotto vari aspetti l'autonomia e il ruolo delle Regioni senza però arrivare a una trasformazione dello Stato regionale, quale prefigurato dai Costituenti, in uno Stato federale[1].

[*] Professore emerito di Diritto pubblico, Università degli Studi di Milano, eugenio.demarco@unimi.it. Il presente scritto è aggiornato al 10 aprile 2024.

[1] Sul notevole divario pur dopo la riforma del Titolo V Cost. tra il modello accolto dal nostro legislatore costituzionale e il modello tradizionale di Stato federale cfr. S. BARTOLE, R. BIN, G. FALCON, R. TOSI, *Diritto regionale,* Bologna, 2003, 47 s.

Di ben più ampia portata sono stati progetti, peraltro non giunti a esito, di revisione della Costituzione negli anni passati.

Vanno così ricordate le proposte formulate dalle Commissioni bicamerali di volta in volta istituite: dalla "Bicamerale Bozzi" nel 1983 alla "De Mita-Iotti" nel 1992, alla "Bicamerale D'Alema" nel 1997. Proposte i cui punti qualificanti, per quanto riguardava la forma di governo, erano soprattutto rappresentati, seppure con varie modalità, dal superamento del bicameralismo paritario e dal rafforzamento del ruolo dell'esecutivo. Mentre, quanto alla forma di Stato, si poneva in particolare l'accento, nella Bicamerale De Mita-Iotti come in quella D'Alema, sulla necessità di modificazioni dei rapporti tra Stato e Regioni.

Al mancato esito delle Bicamerali seguivano, distanziati nel tempo, due progetti di riforma che, sebbene espressione di schieramenti politici diversi – di centro-destra l'uno e di centro-sinistra l'altro –, se approvati avrebbero modificato notevolmente quasi tutta o comunque in notevole misura la seconda Parte della Costituzione, per quanto riguardava sia lo Stato-apparato sia lo Stato-comunità: vale a dire il progetto del novembre 2005 (c.d. "progetto Berlusconi") e il progetto dell'aprile 2016 (c.d. "Renzi-Boschi"). Approvati, ovviamente da maggioranze di schieramenti diversi, ai sensi dell'art. 138 co. 1 Cost., furono però entrambi respinti con *referendum* costituzionale.

Punti qualificanti del primo progetto di riforma costituzionale, respinto nel *referendum* del giugno 2006, erano il superamento del bicameralismo paritario e una netta opzione per il premierato[2].

Un bicameralismo, quello del progetto, con una Camera dei deputati eletta a suffragio universale e diretto e alla quale soltanto era conferito il potere di dare e togliere la fiducia al Governo con conseguente scioglimento però della medesima in quest'ultimo caso; e un Senato federale (anche se impropriamente definito tale) che si rinnovava parzialmente con il rinnovo di ciascun Consiglio regionale. Con la funzione legislativa ripartita tra Camera e Senato: da alcune materie attribuite alla competenza di entrambi i rami del Parlamento, alle materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato con ruolo preminente della Camera dei deputati, alla determinazione dei principi relativi alle materie di competenza concorrente Stato-Regioni con ruolo preminente del Senato federale. Al notevole rafforzamento del ruolo del Primo Ministro, anche per effetto di una sostanziale estensione a livello statale del principio *simul stabunt, simul cadent,* faceva riscontro un ridimensionamento dei poteri del Presidente

[2] Su tale progetto cfr. *La Costituzione riscritta: ombre e luci nella revisione del 2005,* a cura di B. Pezzini, S. Troilo, Milano, 2006.

della Repubblica. Mentre una novità era la costituzionalizzazione delle autorità indipendenti in un ruolo di poteri garanti.

Alle riforme dello Stato-apparato si aggiungevano quelle a livello di Stato-comunità con la previsione tra l'altro dell'attribuzione alle Regioni di alcune materie espressamente elencate oltre alle materie non riservate alla legislazione dello Stato[3].

Diversi, ma non meno innovativi del vigente testo costituzionale, i punti qualificanti del progetto di riforma c.d. "Renzi-Boschi", respinto nel *referendum* del dicembre 2016[4].

Un progetto caratterizzato anch'esso dal superamento, seppure in termini diversi, del bicameralismo paritario: con un Senato comprendente un numero limitato di componenti rappresentativi delle istituzioni territoriali con durata del mandato coincidente con quella degli organi delle istituzioni territoriali che li avevano eletti; e con una Camera con durata quinquennale della legislatura e composta da un immutato numero di deputati solo ai quali sarebbe spettata la rappresentanza della Nazione.

Al mantenimento dell'esercizio collettivo della funzione legislativa da parte delle due camere solo per le leggi di revisione costituzionale e per talune categorie di leggi ordinarie avrebbe fatto riscontro per tutte le altre leggi l'attribuzione della pronuncia definitiva su di esse alla sola Camera dei deputati (pur con differenze procedimentali).

Al conferimento poi alla sola Camera dei deputati della funzione di indirizzo politico e della titolarità del rapporto di fiducia con il Governo nonché del controllo del suo operato, avrebbe fatto riscontro un conferimento al Senato soprattutto di funzioni di raccordo tra lo Stato, gli altri enti costitutivi della Repubblica e l'UE.

Poche, almeno formalmente, le modifiche degli articoli della Costituzione su Presidente della Repubblica e Governo: nonostante un notevole, seppure indiretto, rafforzamento del ruolo del Governo, data la prevista instaurazione di un rapporto di fiducia con la sola Camera dei deputati, in combinato dispo-

[3] Tanto che si era anche parlato di una riforma che introduceva il federalismo o devoluzione. Forti riserve al riguardo erano espresse, tra gli altri, da B. Caravita, *La riforma costituzionale: discutiamone con calma,* in *www.federalismi.it,* n. 22/2005.

[4] Tra gli scritti su tale progetto di riforma costituzionale cfr.: L. Antonini, *Il d.d.l. costituzionale del Governo Renzi: logica dell'uniformità versus logica della responsabilità,* in *Astrid Rassegna,* n. 8/2014; S. Prisco, *Un bicchiere pieno a metà. La revisione costituzionale italiana del 2016 tra premesse di metodo, prefigurazioni di possibili scenari e valutazione complessiva del testo,* in *Diritti regionali,* fasc. 3/2016; Id. *Dopo il referendum costituzionale: e ora? Primi appunti di viaggio,* in *Astrid rassegna,* n. 2/2016.

sto con l'introduzione – a livello di legislazione ordinaria – di un sistema elettorale finalizzato alla formazione di una solida maggioranza nella stessa Camera.

Evidenziata nello stesso titolo del progetto di riforma la soppressione del CNEL, organo ritenuto inutile.

Significative le riforme previste sempre nel progetto *de quo* in tema di Stato-comunità: riforme che andavano dalla soppressione delle Province a una ridefinizione delle competenze legislative nei rapporti tra Stato e Regioni con eliminazione tra l'altro della competenza concorrente Stato-Regioni.

Non occorre spendere altre parole per sottolineare come entrambi i progetti considerati – quest'ultimo come il precedente del governo Berlusconi –, benché espressione di schieramenti politici diversi e decisamente diversi per contenuti e obiettivi, se approvati con *referendum,* avrebbero comunque modificato radicalmente l'assetto istituzionale vigente in Costituzione.

2. *Il progetto del Governo Meloni sull'elezione popolare diretta del Presidente del Consiglio dei ministri: il complesso percorso per arrivare a una sua formulazione*

È dell'odierna XIX Legislatura il progetto del Governo presieduto da Giorgia Meloni, *leader* del partito "Fratelli d'Italia", per una revisione costituzionale che abbia come perno l'elezione popolare diretta a suffragio universale del Presidente del Consiglio dei ministri.

Una Legislatura, l'odierna, caratterizzata dalla formazione di un governo di centro-destra con ampia maggioranza in Parlamento[5].

Da un punto di vista costituzionale prendeva dapprima corpo una prospettiva di passaggio dall'attuale Repubblica parlamentare a una Repubblica di tipo presidenziale o quanto meno semipresidenziale.

«… siamo fermamente convinti» – come enunciato nelle dichiarazioni programmatiche alla Camera del 25 ottobre 2022 dal Presidente del Consiglio Giorgia Meloni – «del fatto che l'Italia abbia bisogno di una riforma costituzionale in senso presidenziale, che garantisca stabilità e restituisca centralità alla sovranità popolare. Una riforma che consenta all'Italia di

[5] Un Governo composto dai partiti Fratelli d'Italia, Lega, Forza Italia e Noi moderati. Entrato in carica il 22 ottobre 2022, a seguito delle elezioni anticipate del 25 settembre, il Governo *de quo* ha ottenuto la fiducia alla Camera il 25 ottobre con 235 voti favorevoli e al Senato il giorno successivo con 115 voti favorevoli. Sulla nascita e le fasi iniziali di questo Governo cfr. F. Genovese, S. Vassallo, *Da Mario Draghi a Giorgia Meloni. Il cambiamento politico interno e la gestione delle crisi globali,* in *Politica in Italia. I fatti dell'anno e le interpretazioni* a cura degli stessi Autori, Bologna 2023.

passare da una "democrazia interloquente" a una "democrazia decidente"». Pur aggiungendo che «vogliamo partire dall'ipotesi di un semipresidenzialismo sul modello francese, che in passato aveva ottenuto un ampio gradimento anche da parte del centrosinistra, ma rimaniamo aperti anche ad altre soluzioni».

A queste enunciazioni programmatiche, impostate sull'opzione di una riforma di tipo presidenziale, seppure aperte al semipresidenzialismo nonché ad altre eventuali soluzioni, non facevano riscontro richiami al sistema elettorale.

Inoltre, nella conferenza stampa di fine anno del 29 dicembre 2022 tenuta dalla Meloni quale Presidente del Consiglio, la *premier*, rispondendo a una domanda in merito all'introduzione del presidenzialismo, confermava che una delle sue priorità era una riforma delle istituzioni tale da consentire «… di avere stabilità e di avere governi che siano frutto delle indicazioni popolari»; mentre definiva il semipresidenzialismo alla francese come soluzione dalla quale era partita non perché fosse il suo modello preferito ma perché era «il modello sul quale storicamente c'era maggiore convergenza».

Successivamente, tuttavia, veniva meno l'iniziale opzione per una scelta di tipo presidenziale prevalendo invece la prospettiva di una riforma costituzionale volta all'introduzione di una forma di premierato sia pure con differenze rispetto al modello classico di premierato recepito in altri ordinamenti[6].

Era così approvato nel Consiglio dei ministri del 3 novembre 2023 un disegno di legge costituzionale, proposto dal ministro per le riforme Casellati, concernente l'introduzione all'elezione popolare diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri e la razionalizzazione del rapporto di fiducia. Disegno di legge presentato quindi al Senato il successivo 15 novembre (A.S. 935)[7].

[6] I confronti con le parti politiche hanno portato la Meloni ad abbandonare il progetto di riforma di tipo semipresidenziale per un progetto imperniato sull'elezione diretta del Capo del Governo, vale a dire il c.d. "premierato elettivo". Progetto sul quale si è realizzata la convergenza dei partiti di governo, mentre diversificate anche tra di loro sono state le posizioni dei partiti di opposizione. Sulla posizione assunta dai parlamentari che avrebbero dato vita al gruppo "Italia viva" si veda *infra* § 5.

[7] Per i primi commenti, a prescindere da quelli politici, su tale progetto di legge costituzionale subito dopo l'approvazione in Consiglio dei ministri, si vedano: G.M. Flick, che parla di *Riforma illogica che apre una frattura tra il capo del governo e il Quirinale,* nella *Stampa* del 3-11-2023; P. Gentilucci, *Il disegno di legge sul premierato: inizia la III repubblica?* in *Diritto.it* del 6-11-2023. Il d.d.l. cost. *de quo*, recante il titolo «Modifiche agli articoli 59, 88, 92 e 94 della Costituzione per l'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri, il rafforzamento della stabilità del Governo e l'abolizione della nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica», è stato assegnato alla prima Commissione permanente (Affari costituzionali) in sede referente il 21 novembre.

3. *Contenuto e caratteri del relativo disegno di legge costituzionale approvato dal Consiglio dei ministri e presentato al Senato*

Va preliminarmente osservato che tale disegno di legge costituzionale[8] si è subito differenziato dai precedenti progetti di revisione della Costituzione approvati dal Parlamento ma respinti con *referendum* – vale a dire il "Progetto Berlusconi" del 2005 e il "Progetto Renzi-Boschi" del 2016 –, per il fatto di avere per oggetto la trasformazione radicale della forma di governo nonostante il titolo riferito alla modifica solo di quattro articoli della Costituzione, a differenza dei due menzionati progetti che sostituivano pressoché integralmente la II Parte della Costituzione.

Non solo: degli articoli suscettibili di modifica a termini del d.d.l. costituzionale approvato dal Consiglio dei ministri, i primi due non inciderebbero se non marginalmente sulla forma di governo di per sé considerata: tali l'art. 59 co. 2 Cost. concernente il potere di nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica che verrebbe abrogato dall'art. 1 del progetto *de quo*[9]; e l'art. 88 co. 1 Cost. modificato dall'art. 2 del progetto così da fare venir meno il potere del Presidente della Repubblica di sciogliere anche una sola Camera come invece previsto attualmente[10].

Per una radicale trasformazione della forma di governo fondamentali risultano invece gli articoli 3 e 4 del progetto governativo di riforma costituzionale considerato, date le fondamentali modifiche concernenti gli odierni articoli 92 e 94 Cost.

Così, ai sensi della progettata pressoché integrale sostituzione dell'art. 92 Cost., pur restando confermato l'odierno comma 1 dello stesso articolo relativo alla composizione del Governo, si è prevista nel comma successivo l'elezione del Presidente del Consiglio «a suffragio universale e diretto per la durata di cinque anni» contestualmente all'elezione delle Camere secondo un sistema elettorale, da stabilire con legge, improntato ai «principi di rappresentatività e di gover-

[8] La cui applicazione, una volta approvato, decorrerebbe «dalla data del primo scioglimento o della prima cessazione delle Camere, successiva alla data di entrata in vigore della disciplina per l'elezione del Presidente del Consiglio dei Ministri e delle Camere» (art. 5 co. 2 del d.d.l. cost. contenente "Norme transitorie"). Si prescinde ovviamente, nel delineare in questo paragrafo contenuto e caratteri del disegno di legge costituzionale in oggetto, dagli emendamenti che vi saranno apportati in Commissione.

[9] Pur sempre concorrendo l'art. 1 del progetto a limitare i poteri del Presidente della Repubblica in aggiunta alle altre limitazioni previste nello stesso progetto.

[10] Pur trattandosi di un potere di scioglimento esercitato solo nelle prime Legislature quando nella Costituzione era prevista in 6 anni la durata della legislatura del Senato (cfr. art. 3 l. cost. n. 2 del 1963 che ha modificato l'art. 60 Cost. portando a 5 anni la durata della Legislatura del Senato).

nabilità e in modo che un premio, assegnato su base nazionale, garantisca il 55 per cento dei seggi in ciascuna delle due Camere alle liste e ai candidati collegati al Presidente del Consiglio dei Ministri», con la specificazione dell'elezione del Presidente del Consiglio nella Camera ove candidatosi. Con la conseguente dicitura nel comma 3 dello stesso articolo che il Presidente della Repubblica avrebbe conferito al Presidente del Consiglio eletto l'incarico di formare il Governo e nominato, su proposta del Presidente del Consiglio, i Ministri. Onde, a prescindere da ogni altra considerazione, il carattere vincolato della scelta del Presidente della Repubblica nel conferimento dell'incarico di formare il Governo alla chiusura delle urne[11]. Con ritorno generalizzato alle urne, ai sensi del successivo art. 4 *a)* modificativo dell'art. 94 Cost., in caso di mancata fiducia iniziale, con ripetuta votazione, al Presidente del Consiglio eletto[12].

Nel caso invece di cessazione dalla carica del Presidente eletto, secondo quanto previsto nell'art. 4 *b)* del progetto di riforma, il Presidente della Repubblica avrebbe potuto conferire l'incarico di formare il Governo allo stesso Presidente del Consiglio dimissionario o a un altro parlamentare già «candidato in collegamento al Presidente eletto, per attuare le dichiarazioni relative all'indirizzo politico e agli impegni programmatici» su cui il Governo del Presidente eletto avesse ottenuto la fiducia (c.d. norma antiribaltone). Qualora peraltro il Governo così nominato non avesse ottenuto la fiducia e negli altri casi di cessazione dalla carica del Presidente del Consiglio subentrante, il Presidente della Repubblica avrebbe sciolto le Camere.

Un contesto quindi, quello delle incisive modifiche da apportare all'attuale forma di governo con il progetto governativo di riforma costituzionale, suscettibile di valutazioni sotto molteplici aspetti.

Appare utile peraltro un raffronto di diritto comparato.

4. *Il progetto di riforma costituzionale del Governo Meloni assunto dai più come prototipo di premierato: differenze peraltro con il premierato britannico*

Nonostante i costanti riferimenti alla progettata riforma costituzionale del vigente Governo come prototipo di premierato, non appare fuori luogo un confronto con quello che per prassi è da tempo stato considerato il premierato per eccellenza, ossia quello britannico.

[11] A differenza di quanto attualmente espletato, a inizio Legislatura, dal Presidente della Repubblica nella formazione del Governo, dal conferimento dell'incarico alla nomina del Presidente del Consiglio sulla base delle consultazioni per prassi effettuate con le forze politiche.

[12] Ritorno alle urne non solo per la rielezione delle Camere ma anche del Presidente del Consiglio che non ha ottenuto la fiducia iniziale data la contestualità di entrambe le elezioni che avvengono con unica scheda elettorale.

E le differenze non mancano.

È un premierato, infatti, quello britannico, che non comporta da un punto di vista giuridico una elezione diretta del *Premier*, ma si caratterizza per il fatto che «la scelta del primo ministro è fatta dal sovrano che per consuetudine deve nominare il *leader* del partito che ha vinto le elezioni», sicché soltanto nelle rare ipotesi in cui «le elezioni non precostituiscano una maggioranza il sovrano acquista una certa discrezionalità»[13]. Netta è, peraltro, la posizione di preminenza del *Premier* nell'ambito del governo e della maggioranza parlamentare che lo sostiene e lo stesso governo «può sollecitare la Corona a sciogliere anticipatamente la camera elettiva quando ritenga di poter trarre maggiori vantaggi dalle nuove elezioni politiche»[14].

Può anche avvenire che in una stessa legislatura si succedano più *Premier* senza che si debba procedere a nuove elezioni. Come si è verificato dopo le ultime elezioni svoltesi nel Regno Unito il 12 dicembre 2019. Pur avendo infatti il partito conservatore ottenuto una notevole maggioranza, si sono succeduti alla guida del governo tre *Premier:* si è passati da Boris Johnson, dimessosi il 6 settembre 2022, a Liz Truse, rimasta peraltro in carica per meno di due mesi essendosi dimessa il 25 ottobre 2022, a Rishi Sunak che è il *Premier* attualmente in carica.

Nondimeno il premierato britannico, se si prescinde da qualche parentesi, si caratterizza normalmente per una stabilità al vertice dell'Esecutivo senza che però ciò si traduca in una elezione diretta del *Premier*. Sono i partiti che in caso di vittoria nella maggioranza dei collegi uninominali indicano il candidato a *Premier*, ma la vittoria non si traduce nell'automatica assunzione a Primo Ministro del candidato del partito vincente. La nomina spetta al Sovrano che si attiene ai risultati elettorali nominando il candidato del partito vincitore delle elezioni, ma che nel caso in cui nessun partito ottenga la maggioranza assoluta di seggi gode di una maggiore discrezionalità pur attenendosi di massima agli accordi tra partiti per la nomina del Primo Ministro.

5. *Abbinamento del progetto di revisione costituzionale di iniziativa parlamentare "Renzi e altri" con il progetto governativo: analogie e differenze*

Occorre, a questo punto, prima di procedere sul progetto governativo di riforma costituzionale oggetto del presente scritto, richiamare la circostanza che già il 1° agosto 2023 era presentato in Senato da parlamentari

[13] Così G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato,* Padova, 1993, 546.

[14] Cfr. A. Rinella, *Forme di governo,* in *L'ordinamento della Repubblica. Le Istituzioni e la Società*, a cura di P. Bilancia, E. De Marco, Padova, 2021, 72.

del gruppo che si sarebbe poi configurato come "Italia viva" un d.d.l. costituzionale contenente «Disposizioni per l'introduzione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri in Costituzione» (A.S. n. 830 – Renzi e altri).

Tale progetto comporterebbe anzitutto la modifica dell'intero art. 88 Cost. prevedendo che il Presidente della Repubblica sciolga le Camere in caso di dimissioni, morte o impedimento permanente del Presidente del Consiglio dei ministri (art. 1). Al pari di quanto sarebbe stato previsto nel d.d.l. di revisione costituzionale del Governo Meloni, anche nel progetto di iniziativa parlamentare è prevista l'elezione del Presidente del Consiglio a suffragio universale e diretto contestualmente all'elezione delle Camere con attribuzione diretta però al Presidente del Consiglio del potere di nomina e revoca dei ministri (art. 2 del progetto *de quo* di modifica dell'art. 92 Cost.). Nelle modifiche invece concernenti l'attuale art. 94 Cost., l'art. 3 dello stesso progetto di riforma prevede che il Governo entro dieci giorni dal giuramento debba presentarsi alle Camere per esporre il proprio programma, senza però un voto di fiducia delle stesse, data l'elezione diretta del Presidente del Consiglio contestualmente all'elezione delle Camere. Qualora poi il Governo ponga la fiducia e non l'ottenga e non l'ottenga nemmeno in nuova deliberazione seguono obbligatoriamente le dimissioni del Governo. A integrazione dell'ultimo comma dell'art. 94 si aggiunge che l'approvazione della mozione di sfiducia, come attualmente disciplinata nella stessa disposizione costituzionale, comporta le dimissioni del Presidente del Consiglio. Nel successivo art. 4 sempre del progetto A.S. n. 830 sono previste modifiche anche all'art. 95 Cost. qualificando tra l'altro il Presidente del Consiglio organo di vertice del Governo e responsabile collegialmente con i ministri degli atti del Consiglio dei ministri.

Nella seduta peraltro del 23 novembre 2023 la Commissione Affari costituzionali del Senato, tenuto conto della stretta connessione esistente tra il progetto governativo di riforma costituzionale per l'elezione diretta del Presidente del Consiglio e il d.d.l. costituzionale di iniziativa parlamentare "Renzi e altri", ha convenuto sull'esame congiunto dei due disegni di legge costituzionale al di là di alcune differenze intercorrenti, come si è visto, tra di essi[15].

[15] Un progetto analogo a quello presentato al Senato da "Renzi e altri" è stato presentato alla Camera dei deputati dalla Boschi e altri parlamentari, che si sarebbero anch'essi identificati nel gruppo "Italia viva", in data 2 agosto 2023 (A.C. 1354). Tale progetto di legge costituzionale, recante il titolo «Modifiche alla parte II della Costituzione concernenti l'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri» non è stato finora oggetto di esame data l'esistenza del suo omologo, proveniente dallo stesso gruppo parlamentare, al Senato.

6. *Emendamenti al progetto governativo nell'*iter *parlamentare*

D'altro canto, rilevanti emendamenti sono stati successivamente presentati dallo stesso Governo al progetto di revisione costituzionale approvato dal Consiglio dei ministri del 3 novembre 2023, tanto da prospettare per molti aspetti una diversa configurazione del testo della riforma all'esame della commissione Affari costituzionali del Senato (A.S. 935).

Non che non siano rimasti alcuni capisaldi caratterizzanti il progetto di riforma costituzionale come approvato dal Consiglio dei ministri e presentato in Parlamento, al qual riguardo si rinvia a quanto sopra esposto[16].

Questo non esime però dall'attenta considerazione di significativi aspetti degli emendamenti presentati.

Degli emendamenti presentati dal Governo e approvati in Commissione vanno così annoverati:

- l'emendamento relativo all'art. 2 del progetto governativo di riforma, che modifica il disposto dell'art. 88 co. 2 Cost. sostituendo, a proposito del divieto per il Presidente della Repubblica di sciogliere le Camere negli ultimi sei mesi del suo mandato, l'attuale precisazione «salvo che essi coincidano in tutto o in parte con gli ultimi sei mesi della legislatura» con le parole «salvo che lo scioglimento costituisca atto dovuto»;
- la significativa modifica dell'art. 92 Cost. – già modificato come si è visto (cfr. *supra* § 3) dall'art. 3 del progetto governativo di riforma – comportante una nuova formulazione dell'elezione del Presidente del Consiglio a suffragio universale e diretto per cinque anni con la puntualizzazione «per non più di due legislature consecutive, elevate a tre qualora nelle precedenti abbia ricoperto l'incarico per un periodo inferiore a sette anni e sei mesi». Sempre a tenore dell'art. *de quo* come da emendamento approvato, nell'assegnazione del premio di maggioranza a base nazionale verrebbe prescritto dalla legge per l'elezione delle Camere e del Presidente del Consiglio che tale premio «garantisca una maggioranza dei seggi in ciascuna delle Camere alle liste e ai candidati collegati al Presidente del Consiglio, nel rispetto del principio di rappresentatività[17]», in luogo della garanzia del 55% dei seggi prevista nella formulazione originaria del progetto. Si integra, d'altro canto, la disposizione concernente la nomina dei ministri da parte del Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio con disposizione sulla revoca dei ministri con la stessa procedura;

[16] Cfr. *supra* § 3.

[17] Con l'aggiunta integrativa, come da emendamento proposto da senatori altoatesini e approvato, delle parole «e di tutela delle minoranze linguistiche».

- quanto all'emendamento di cui all'art. 3-bis – del pari presentato dal Governo e approvato e che prevederebbe anche per l'elezione del Senato l'assegnazione di un premio su base nazionale come per la Camera – esso rappresenterebbe una necessaria conseguenza dell'assegnazione del premio di maggioranza a base nazionale a termini del riformulato art. 3 del progetto;
- innovativi risulterebbero poi gli emendamenti – sempre presentati dal Governo e anch'essi approvati in Commissione – di cui all'art. 4 del progetto con i quali si prevedono, in deroga a quanto previsto nel testo del progetto di riforma approvato dal Consiglio dei ministri, lo scioglimento delle Camere da parte del Presidente della Repubblica «in caso di revoca della fiducia al Presidente del Consiglio eletto, mediante mozione motivata,» e lo scioglimento delle Camere da parte del Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio eletto, da formulare entro sette giorni e previa informativa parlamentare, in caso di sue dimissioni. Sicché, solo nei casi in cui il Presidente del Consiglio eletto non esercitasse tale facoltà, nonché nei casi di morte o impedimento permanente o decadenza, «il Presidente della Repubblica *(… potrebbe)* conferire, per una sola volta nel corso della legislatura, l'incarico di formare il Governo al Presidente del Consiglio dimissionario o a un altro parlamentare eletto in collegamento al Presidente del Consiglio»[18]: una significativa differenza invero rispetto a quanto previsto nel progetto iniziale di riforma in tema di dimissioni del Presidente del Consiglio eletto. Ed emendamento, quest'ultimo, particolarmente significativo in quanto concernente uno dei punti più controversi del progetto di riforma e dibattuti tra le forze politiche anche di maggioranza.

A questi emendamenti governativi si affianca peraltro un emendamento, proposto dal senatore Marcello Pera e approvato in Commissione, concernente la modifica dell'art. 89 co. 1 Cost.: modifica che sostituisce la vigente normativa in tema di controfirma ministeriale con la dizione secondo cui «Non sono controfirmati la nomina del Presidente del Consiglio, la nomina dei giudici della Corte costituzionale, la concessione della grazia e la commutazione delle pene, il decreto di indizione delle elezioni e del referendum, i messaggi al Parlamento e il rinvio delle leggi alle Camere».

[18] Con scioglimento delle Camere quindi, dato il divieto del conferimento di un nuovo incarico di formare il Governo nel corso della stessa Legislatura.

Su aspetti di tale emendamento, pur proveniente da un parlamentare di Fratelli d'Italia e quindi di partito della maggioranza governativa, si tornerà in prosieguo[19].

7. *Aspetti controvertibili del progetto di revisione costituzionale dell'attuale Governo anche alla luce di emendamenti apportati: verso un premierato* sui generis *seppure dalle connotazioni non ancora adeguatamente definite?*

Non pochi sono gli aspetti, a voler cercare di trarre alcune prime conclusioni, che possono essere controvertibili e tali da sollevare perplessità e riserve in merito al progetto di revisione costituzionale come impostato dal Governo in carica, ma anche alla luce di emendamenti apportati nell'*iter* in Commissione.

Suscita, già con riferimento al progetto di riforma come presentato in Senato, non poche perplessità l'abbinamento tra l'elezione del Presidente del Consiglio a suffragio universale e diretto e il conferimento della fiducia al Governo da parte delle Camere, anch'esse elette contestualmente al Presidente del Consiglio con unica scheda elettorale: con ritorno generalizzato alle urne ove questi non ottenga con ripetuta votazione la fiducia iniziale delle stesse Camere che vengono in tal caso sciolte dal Presidente della Repubblica. Un vero e proprio nesso, in altri termini, tra un duplice ordine di elezioni, quella del Presidente del Consiglio e quella delle Camere, con scioglimento delle stesse da parte del Presidente della Repubblica in caso appunto di ripetuta mancata approvazione iniziale della mozione di fiducia al Governo pur presieduto dal Presidente del Consiglio eletto a suffragio universale e diretto.

Ma non è il caso di tornare su questi e altri aspetti già in precedenza considerati[20].

Quel che è d'uopo invece considerare, pur trattandosi di considerazioni premature nell'attuale fase del progetto di riforma, è quella che potrebbe essere l'incidenza del progetto governativo di revisione costituzionale sui rapporti tra i poteri dello Stato.

[19] Di qualche altro emendamento proveniente da partiti al di fuori della maggioranza governativa merita un riferimento, anche perché approvato, quello inteso a modificare l'art. 83, co. 3, Cost. portando a sei, dai tre attualmente previsti, gli scrutini per il passaggio alla maggioranza assoluta, da quella dei due terzi, per l'elezione del Presidente della Repubblica.

[20] Ci limitiamo solo a richiamare, per fare un esempio particolarmente significativo, l'affermazione che sarebbe «del tutto patologica ed estrema» l'ipotesi «del mancato voto di fiducia iniziale a un presidente eletto direttamente» (così N. Zanon, *Su quanto possa o debba essere "forte" un Presidente del Consiglio eletto direttamente*, in *Osservatorio costituzionale,* fasc. 1/2024, 10.). Sotto questo profilo risulta più congruo il progetto di revisione costituzionale "Renzi e altri" che, come si è visto (cfr. § 5), non richiede la fiducia iniziale per il Presidente del Consiglio eletto a suffragio universale e diretto.

Anche sulla base degli emendamenti presentati dal Governo[21], da una parte verrebbe notevolmente rafforzato il ruolo del Presidente del Consiglio, al punto che, per l'affievolirsi dei contrappesi, potrebbe perfino mettere in dubbio la tenuta democratica del sistema[22]. Ed invero, la limitazione del numero di legislature apposta alla durata in carica del Presidente del Consiglio ai sensi dell'emendamento apportato all'art. 3 del progetto di riforma non sminuirebbe il ruolo del Presidente del Consiglio, essendo un postulato tipico di ogni sistema di governo che voglia qualificarsi come democratico. Tanto più che per qualche altro aspetto la posizione del Presidente Consiglio potrebbe anche considerarsi rafforzata: tale è il caso, per fare un esempio significativo, del venir meno dei limiti apposti al Presidente del Consiglio subentrante a seguito dell'emendamento di cui all'art. 4 b) del Progetto di riforma.

Da altra parte verrebbe anzitutto depotenziato il ruolo del Parlamento, dal momento che la permanenza iniziale delle Camere come la durata della loro legislatura verrebbero ad essere rispettivamente subordinate alla formazione o alla permanenza in carica dell'esecutivo.

Il Presidente della Repubblica, a sua volta, come del resto si è visto, non sarebbe più competente a nominare il Presidente del Consiglio dei ministri in quanto eletto dal corpo elettorale, ma sarebbe soltanto tenuto a conferirgli l'incarico di formare il governo a urne chiuse, con rinnovo dell'incarico in caso di mancata fiducia da parte delle Camere. È ovvio che in tal caso il conferimento dell'incarico sarebbe per il Presidente della Repubblica un atto vincolato data la diretta investitura popolare del Presidente del Consiglio. Ma anche nel caso di successiva cessazione dalla carica per dimissioni del Presidente del Consiglio eletto, il potere del Presidente della Repubblica di conferire, ricorrendo i presupposti di cui all'ultimo comma dell'art. 4 del progetto di riforma come emendato, l'incarico di formare il governo allo stesso Presidente del Consiglio dimissionario o ad altro parlamentare sarebbe comunque limitato dall'avvenuta elezione di quest'altro parlamentare in collegamento con il Presidente del Consiglio eletto.

[21] Cfr. *Testo Premierato aggiornato ai lavori della Commissione del 10 aprile 2024* a cura di P. Calderisi e pubblicato da *stefanoceccanti.it,* 2/2024.

[22] E che fosse pericoloso «fare del Presidente del Consiglio colui che domina e dà la sua impronta personale all'indirizzo generale della politica del Paese, che concentra, se non nella lettera del testo costituzionale, nella pratica un po' tutti i poteri» era stato sostenuto da alcuni componenti dell'Assemblea Costituente. Assemblea nella quale si era pure rilevato che «in Italia, ammettendo che l'indirizzo politico possa essere dato dal Presidente del Consiglio e non più dal Consiglio dei ministri nel suo insieme, nel suo complesso, si uscirebbe dal binario parlamentare e ci si porrebbe su un altro terreno…». Sequenze riportate da V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino, *La Costituzione della Repubblica italiana,* Roma, 1969, 303.

Con la puntualizzazione che sia nel caso di mancato conseguimento della fiducia con eventuale rinnovata votazione da parte del Governo del Presidente neoeletto sia nel caso di mancata fiducia al Governo successivamente subentrante nei termini testé indicati, il Presidente della Repubblica procederà allo scioglimento delle Camere: una scelta dovuta quindi in entrambi i casi per il Presidente della Repubblica.

Altro depotenziamento del ruolo del Presidente della Repubblica, risultante nello stesso titolo del progetto di riforma presentato in Parlamento, è ravvisabile nel venir meno del suo potere di nomina dei senatori a vita.

La progettata riforma costituzionale in oggetto comporterebbe pertanto – sempre a tenore degli emendamenti governativi – il venire in essere di una forma di governo sostanzialmente imperniata su un ruolo egemone del Presidente del Consiglio che assurgerebbe a vero arbitro e artefice della politica dello Stato: tanto da potere al limite mettere in dubbio un vero rispetto della congruità con lo stesso principio della divisione dei poteri[23]: principio che comporta una serie di contrappesi tali da evitare la vera preminenza di un potere sugli altri.

Si pone peraltro, a questo punto, il problema del rapporto tra gli emendamenti del Governo e l'emendamento proposto dal Senatore Pera e approvato in Commissione, come si è visto nel paragrafo precedente: emendamento che modificando l'art. 89 co. 1 Cost. esenterebbe dalla controfirma ministeriale tutta una serie di rilevanti atti del Presidente della Repubblica.

Senza qui entrare nel merito della questione, sebbene i ruoli del Capo dello Stato e del ministro controfirmante si diversifichino a seconda che si tratti di atti c.d. "ministeriali" o "presidenziali"[24], basti ricordare, come evidenziato da autorevole dottrina, che una espressa sottrazione di determinati atti alla controfirma ministeriale esclude «la liceità di ogni pretesa ministeriale a collaborare con il Capo dello Stato nella formazione degli atti considerati» così come è escluso «che il Capo dello Stato possa pretendere ed ottenere da coloro che rivestono la carica di ministri […] collaborazione alla formazione degli atti stessi»[25].

Se da un punto di vista meramente formale ci si potrebbe anche soffermare sulla dizione del progetto governativo di riforma secondo cui il Presidente della Repubblica dà l'incarico al Presidente del Consiglio eletto di formare il Governo anziché nominarlo come previsto nell'emendamento del senatore Pera, da un punto di vista sostanziale ci si potrebbe interrogare sul rapporto

[23] Tanto che, anche inizialmente, si è parlato al riguardo della «difficoltà di classificare tale forma di governo, se non come espressione della tirannia della maggioranza»: cfr. A. Lucarelli, *Premierato e riforme costituzionali. Il mito della governabilità,* in *Rivista AIC,* n 4/2023, 316.

[24] Cfr. G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico,* Bologna, 2014, 438 ss.

[25] Così C. Esposito, *Capo dello Stato. Controfirma ministeriale*, Milano, 1962, 69.

(per non parlare di congruenza) di questo emendamento con il contesto della riforma, stante il nuovo ruolo che assumerebbe il Capo dello Stato nel sistema costituzionale dei poteri in ordine a una serie di rilevanti atti.

Non è certo possibile intravedere quali saranno i possibili esiti di tale processo riformatore in corso data la complessità che caratterizza un procedimento di revisione costituzionale.

Se peraltro la riforma giungerà ad esito, tenuto anche conto di altre dissonanze e anche contraddizioni presenti nello stesso testo del progetto governativo, non sembra possa mettersi in dubbio che più che della recezione in Costituzione di un premierato nel senso classico dell'accezione, sarebbe piuttosto congruo parlare di un premierato *sui generis.* Come del resto anche all'inizio si è avvertito, pur senza volere accedere a definizioni di stampo prettamente politico, come quando si è parlato di "Italierato"!

Giovanna De Minico[*]

GIUSTIZIA E INTELLIGENZA ARTIFICIALE: UN EQUILIBRIO MUTEVOLE

SOMMARIO: 1. Impostazione del discorso. – 2. Il decalogo dei diritti verso l'intelligenza artificiale. – 3. Perché la persona deve essere giudicata da un giudice? – 4. L'intelligenza *ante causam*. – 5. L'intelligenza aiutante del giudice o suo sostituto? – 6. L'intelligenza, le neuroscienze e le prove. – 7. Le conclusioni che interrogano.

1. *Impostazione del discorso*

Il discorso sulla giustizia e l'intelligenza artificiale si articolerà in due parti: la prima dedicata all'esame dell'*A.I. Act*[1] nelle sue linee generali, perché trama del dialogo tra il potere giudiziario e l'intelligenza artificiale[2]; la seconda dedicata al dubbio se l'ingresso della mente meccanica nel processo alteri o meno lo statuto costituzionale di questo potere. Si proverà quindi a disegnare una misura di equilibrata coesistenza tra l'autonomia del giudice e l'efficienza della tecnica.

In via preliminare chiariamo cosa sia l'I.A.

Rispettata la sua natura di *umbrella concept*, ha il nocciolo identitario nei processi di apprendimento, guidati dalla mente umana ma capaci di evoluzione

[*] Professoressa ordinaria di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Napoli, Federico II. Questo lavoro è stato sviluppato dall'Autrice nell'ambito di due PNRR MUR PROJECT, precisamente FAIR, in tema di Intelligenza artificiale, e RESTART, in tema di Telecomunicazioni, dei cui rispetti WP 3.8. e WP 5 è la coordinatrice giuridica per la parte regolatoria. Il presente lavoro è stato già pubblicato nella Rivista AIC, 2, 2024 e si ringrazia per aver consentito l'ulteriore pubblicazione negli Scritti in onore del Professore Salvatore Prisco.

[1] La procedura europea è iniziata con la Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio, che ha stabilito regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) 2021/0106(COD), 21/4/21, d'ora in poi *A.I. Act*, in *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206*. A essa sono seguiti l'Orientamento generale del Consiglio dell'Unione Europea, 6/12/22 e poi gli emendamenti del Parlamento Europeo, 14/6/23. Quindi, il Trilogo ha chiuso l'accordo su un testo comune il 9/12/23, approvato poi dal Comitato dei Rappresentanti Permanenti il 2/2/2024 e definitivamente dal Parlamento europeo il 13/3/2024. Il testo è sostanzialmente definitivo, anche se l'iter si perfezionerà a fine legislatura. Per i lavori dell'arco temporale 2021-2024 si veda il sito ufficiale *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206.*

[2] Da ora in poi I.A.

autonoma[3] – nutriti da masse crescenti di dati[4] – che con valutazioni automatiche si risolvono nel contenuto di decisioni pubbliche o private.

Quanto detto ricorda la definizione OCSE, recepita dall'*A.I. Act* (art. 3, n. 1), il cui pregio è quello di aver tratteggiato i contorni della figura senza bloccarla in uno schema blindato, che ne impedirebbe la porosità alle future innovazioni tecniche: «An AI system is a machine-based system that can, for a given set of human-defi ned objectives, make predictions, recommendations, or decisions infl uencing real or virtual environments. AI systems are designed to operate with varying levels of autonomy»[5].

Il modo di procedere dell'I.A passa attraverso due snodi importanti. Il primo riguarda il suo metodo di ragionamento: di tipo statistico-correlazionale, che impiega per anticipare con valutazione prospettica l'accadimento di certe situazioni secondo l'*id quod plerumque accidit*[6]. Il secondo snodo riguarda invece gli effetti dell'agire intelligente, tendenti a conformare o almeno orientare la condotta di collettività di soggetti.

Il percorso logico della I.A. ha il suo *focus* in una prognosi *ex ante*. Precisamente, tale previsione riguarderà il momento iniziale, quando l'intelligenza meccanica anticipa un probabile evento futuro – es. un fatto criminoso – ma anche la fase conclusiva, quando la mente meccanica tratteggia una *policy* di comportamento coerente con il rischio diretta a evitare che il pericolo futuro e incerto degeneri in un danno concreto e attuale alle libertà fondamentali dei terzi.

Il rischio dell'I.A. è un attributo fisiologico della fattispecie, ben noto al legislatore europeo, che infatti ha scelto un modello regolatorio di tipo precauzionale. L'aggettivo si giustifica in ragione della sua capacità di prefigurare un accadimento dannoso e di provare a evitarlo o almeno attenuarlo dettando regole di condotta *ad hoc*. Le regole puntano a disciplinare l'intero arco di vita dell'I.A. dai suoi primi passi fino all'esito finale; infatti, le norme diranno all'operatore con linguaggio giuridicamente vincolante o di *soft law* come scegliere gli elementi compositivi dell'intelligenza, come addestrare i set di dati, come

[3] In merito cfr.: U. Ruffolo, A. Amidei, *La regolazione ex ante dell'"intelligenza artificiale tra gestione del rischio by design, strumenti di certificazione preventiva e "autodisciplina" di settore*, in *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, a cura di A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci, Bologna, 2022, vol. I, 493.

[4] Ci sia consentito il rinvio al nostro lavoro *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2019, 90, dove opportunamente si ricorda la tesi statunitense delle cinque V: D. Laney, *3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity, and Variety*, in *https://blog.osservatori.net/it_it/le-5v-dei-big-data*.

[5] Raccomandazione OCSE, 22.05.2019.

[6] V. Mayer-Schönberger, K. Cukier, *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere – e già minaccia la nostra libertà*, traduzione per Garzanti, Milano, 2013, 16.

assicurarne la conservazione, l'equità e la non discriminazione, come valutare gli *input*, come ritagliare uno spazio all'intervento umano e, infine, come articolare la logica che conduce all'*output*. La disciplina precauzionale non si esaurisce però nel disegnare il modello astratto di cervello artificiale, perché, questo, una volta immesso sul mercato, continuerà a essere assistito da regole puntuali, che obbligheranno il fornitore ad aggiornarlo, monitorarlo e, se del caso, correggerlo anche con la misura estrema del suo ritiro dal mercato in caso di danni irreversibili.

Il fatto che il legislatore abbia seguito un approccio *risk based* ha dato una particolare curvatura alla sua tecnica normativa: questa si compone appunto di valutazioni legali tipiche, che hanno categorizzato le attività in tre tipologie in ragione dell'entità del rischio. Quelle vietate in assoluto per l'inaccettabilità del pericolo potenziale; quelle ad alto rischio, ammesse perché il *check and balance* tra innovazione e libertà fondamentali le permette nel rispetto della disciplina precauzionale di minimizzazione del rischio; e in questo secondo elenco rientra, tra le altre, anche l'azione giurisdizionale (All. III nei punti nn. 6 e 8)[7]. Infine, quelle caratterizzate da un rischio così tenue da essere esonerate dall'osservanza delle regole più gravose, come richiede il criterio della corrispondenza tra entità del rischio e peso regolatorio.

Dunque l'*A.I.Act* è figlio del pensiero illuminista che ripone incondizionata fiducia nella capacità predittiva della macchina e nelle virtù previsionali dell'uomo, che saprà disegnare regole anticipatorie, *well tailored* sul rischio, e idonee a impedirne l'avveramento. Pertanto, la disciplina precauzionale raramente si esprime vietando alla mente meccanica una decisione, salvo in caso di pericolo inaccettabile, al divieto preferisce il modello compromissorio dell'ammissione con riserva. Quest'ultima condiziona gli attori del mercato ad attenersi a dettagliate regole di condotta su come costruire e impiegare le macchine intelligenti. Il ragionamento si basa sull'assunto che l'osservanza della legalità astrattamente posta isolerà i diritti fondamentali dal pericolo di lesione, creando una parvenza di liceità, cioè una garanzia per la collettività che tutto andrà bene. Se poi ciò non dovesse accadere e i diritti fossero lesi, si applicheranno le norme sulla responsabilità per danni, ancora però in cerca d'autore nell'ordinamento europeo, il che lascia insoddisfatta anche la pretesa risarcitoria del danneggiato, ammesso che la lesione dei diritti fondamentali possa essere compensata col denaro.

Questo, dunque, il nocciolo sostanziale della disciplina precauzionale, ma la sua effettività dipenderà da come verrà assicurata l'osservanza delle regole;

[7] Cfr.: *Allegato III. Sistemi di IA ad alto rischio di cui all'articolo 6, paragrafo 2*, in *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_IT.html*

pertanto, anche il profilo formale andrebbe orientato all'obiettivo precauzionale, se si vuole che la disciplina preventiva vada a buon fine. Qui il legislatore ha riproposto i modelli classici della funzione di controllo[8]: un sindacato preventivo sulle attività automatizzate non ancora avviate, e uno successivo su quelle in corso d'opera.

Il controllo anticipato, apprezzabile come idea, è invece deludente nella realizzazione in quanto il legislatore non ha obbligato il fornitore a sottoporre la macchina a un certificatore esterno e pubblico, accontentandosi di una sua semplice autodichiarazione, c.d. *self-compliance*, che attesti il rispetto della disciplina prudenziale. La coincidenza soggettiva tra controllato e controllante, cioè questo fisiologico conflitto di interessi, compromette l'obiettività del sindacato, strutturalmente inadatto a offrire quelle garanzie di neutralità necessarie a rassicurare i terzi.

Eppure l'*A.I.Act* conosce il modello del controllo preventivo affidato al terzo, che impiega in situazioni residuali e tassative (art. 43, par. 1, co. 2) perché oneroso per il privato. Ebbene, tra le ipotesi numerate non figura l'intelligenza processuale, che pertanto è sottratta al test di compatibilità esterno. Quanto detto rende la *self-compliance* e le altre autodichiarazioni disseminate qui e là nel testo il vero punto debole di questa disciplina, che in nome della celerità decisionale ha sostituito ai controlli autoritativi la dichiarazione di buona condotta di chi invece andava sottoposto a verifica.

Infatti, ancora un altro atto della disciplina prudenziale assume la forma dell'autodichiarazione: la "valutazione d'impatto sui diritti fondamentali" (ex art. 27). Si tratta di un giudizio anticipato sui rischi che l'intelligenza potrebbe arrecare ai diritti, che il legislatore europeo consegna nelle mani dello stesso fornitore dell'I.A. Ebbene, anche questa coincidenza soggettiva vanifica la funzione cautelativa della valutazione, perché il suo autore interno, meno scrupoloso del terzo nel rappresentare le cose, potrà presentare come minimi i rischi che non sono tali e attenuarne le misure di mitigazione. Questo atto, già previsto negli emendamenti del Parlamento, era stato confezionato in modo da obbedire al fine precauzionale. Mentre l'accordo raggiunto dal Trilogo – 26 gennaio 2024 – lo ha annacquato limitandone l'obbligatorietà a pochi soggetti, i fornitori di servizi pubblici e i privati incaricati di un pubblico servizio, lasciando così intere categorie «*off the hook*»[9] (art. 27). Inoltre, la redazione dell'atto, secondo lo schema autodichiarativo della *self-compliance*, dipende esclusivamente dalla buona fede del privato, che potrà essere scrupoloso o

[8] G. Ferrari, *Gli organi ausiliari*, Milano, 1956, 270 ss.

[9] P. Friedl, G. Gil Gasiola, *Examining the EU's Artificial Intelligence Act*, in *VerfBlog*, 7/2/2024.

meno nel dire le cose come stanno e neppure la procedura potrà correggerne le omissioni mancando la partecipazione degli altri portatori di interessi. Con la *self-assessment* il sistema pubblicistico continua l'involuzione verso l'imbarbarimento privatistico come dimostrano due circostanze: molte situazioni rimangono fuori dalla valutazione d'impatto e il suo svolgimento, precluso ai terzi, non contempla neanche l'apporto pubblico, perché non informa in anticipo l'autorità nazionale, che potrà intervenire solo a cose fatte. L'intervento pubblico tardivo è un ossimoro per una disciplina che ha l'ambizione di essere precauzionale e la pretesa di non compromettere i diritti, anzi di migliorarne il godimento[10], risultato questo, che la *self-risk assessment* non può garantire.

Non ci soffermeremo oltre sugli aspetti procedurali dell'*A.I. Act* perché estranei alla relazione giudice/intelligenza artificiale, mentre ragioneremo nel paragrafo seguente sulla parte sostanziale dell'Atto, dedicata ai diritti.

2. *Il decalogo dei diritti verso l'intelligenza artificiale*

L'*A.I. Act* ha scritto lo statuto dei diritti del cittadino verso l'intelligenza artificiale, pur se l'Atto non affronta l'alternativa tra un'intelligenza dotata di personalità giuridica e un'altra priva di soggettività[11]. Questa omissione non ha però impedito di disegnare il catalogo delle situazioni soggettive, che il titolare potrà far valere verso le singole persone di volta in volta tenute al rispettivo obbligo. Si tratta di un catalogo frammentato in più disposizioni[12]; noi lo disarticoleremo secondo un criterio finalizzato a individuare le situazioni soggettive in gioco. Spezzetteremo dunque il catalogo in tre momenti, a ciascuno dei quali corrisponderà uno specifico diritto: l'informativa iniziale, la decisione individuale e la sua impugnativa in giudizio.

Queste fasi concorrono verso un fine comune: convertire la segretezza della procedura automatizzata nella sua piena visibilità.

Chiariamo che la *disclosure* non è fine a se stessa, ma è solo un mezzo per conoscere l'atto algoritmico in modo da permetterne l'impugnativa motivata

[10] F. Donati, *Diritti fondamentali e algoritmi nella proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale*, in *Intelligenza artificiale diritto: una rivoluzione?*, cit., vol. II, 114; E. Longo, *I processi decisionali automatizzati e il diritto alla spiegazione*, ivi, vol. I, 359.

[11] A. D'Aloia, *Intelligenza artificiale, società algoritmica, dimensione giuridica*, in *Quad. Cost.*, 3, 2022, 671-677.

[12] Noi abbiamo apprezzato la *policy* europea, culminata in un atto *binding* a protezione delle libertà fondamentali, senza esaltarne le virtù, né nasconderne i vizi; altra dottrina ha offerto una lettura fondamentalmente critica: N. Smuha et alii, *How the EU Can Achieve Legally Trustworthy AI: A Response to the European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act*, 5 agosto 2021, 48, disponibile su SSRN: *https://ssrn.com/abstract=3899991* or *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3899991*.

dinanzi a un giudice. La trasparenza si afferma dunque come la misura di effettività dell'equazione: conoscibilità dell'atto/sua sfidabilità in giudizio.

Quanto agli attributi di questa trasparenza, si predica la sua incrementabilità con l'avanzamento della tecnica per cui intelligenze al momento oscure non si esclude che un domani diventino scrutinabili almeno nella logica di funzionamento.

Inoltre, si tratta di una trasparenza che non vuole essere universale per quantità e qualità perché è commisurata alle finalità dell'atto algoritmico. Qui si coglie l'intuizione pragmatica della Commissione, che rifiuta una regolazione inutilmente pesante e impone in suo luogo un dovere di trasparenza nei limiti dello stretto indispensabile.

Completa la fisionomia della trasparenza una certa modalità del suo linguaggio: chiaro, conciso e significativo per agevolare la comprensione dell'atto finale.

Esaurito il discorso sulla forma dell'informazione, soffermiamoci ora sul suo oggetto.

Se l'informazione permette alla persona di capire se e come la decisione automatizzata inciderà sulle sue libertà, l'informazione deve contenere tutti gli elementi necessari per una comprensione effettiva del *reasoning* meccanico: date certe premesse perché la mente meccanica è pervenuta a una certa conclusione? Quindi, l'informazione deve comprendere almeno: gli *input* inseriti nella macchina, il punteggio di ciascuno, i rispettivi criteri di valutazione e, infine, la logica intrinseca di funzionamento.

Tutto questo contenuto, niente di meno, trasformerà un generico flusso notiziale in un'informazione 'significativa', e tale significatività è il *trait d'union* tra la fase notiziale e quella successiva della decisione algoritmica motivata. Qui l'*A.I. Act* fa un passo avanti rispetto al GDPR quando prevede la motivazione, non solo come elemento essenziale del provvedimento, ma come pretesa dell'individuo a una spiegazione minima e comprensibile. Questa, pur articolandosi in modo diverso a seconda del ruolo dell'intelligenza nella procedura decisionale, si risolverà in «spiegazioni chiare e significative sul ruolo del sistema di IA nella procedura decisionale e sui principali elementi della decisione adottata» (art. 86).

Il GDPR invece non enunciava espressamente il diritto all'*explicability* dell'atto algoritmico e qualche studioso[13] lesse nel silenzio la negazione della sua esistenza. Altri invece ritennero che il diritto, pur nel silenzio, aveva lascia-

[13] S. Wachte, B. Mittelstadt, L. Floridi, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, vol. 7, 2, 2017, 76-99.

to traccia di sé nel *Considerandum* 71, secondo il quale: «le garanzie adeguate […] dovrebbero includere informazioni specifiche alla persona interessata e il diritto di ottenere un intervento umano, di esprimere il proprio punto di vista, di ottenere una spiegazione della decisione raggiunta dopo tale valutazione e di contestare la decisione»[14].

A questo punto del discorso possiamo spostare la nostra attenzione sulla struttura della motivazione. Un aspetto questo, di particolare importanza per l'atto pubblico, che può essere accompagnato anche da una motivazione *per relationem*. Questa particolare tipologia non esprime in prima battuta le ragioni della decisione, ma rinvia a un altro atto che le contiene; tale costruzione della motivazione, articolata in più atti reciprocamente implicati, non si può riprodurre nell'atto algoritmico con le stesse modalità con cui si presenta nell'atto pubblico classico.

Se l'atto accetta gli esiti algoritmici, non basta che la motivazione rinvii agli stessi[15], altrimenti saremmo di fronte a un ragionamento tautologico: 'l'amministrazione ha deciso così, perché l'algoritmo ha deciso così'. Questo *reasoning* sarebbe oscuro e quindi inaccettabile secondo il parametro della trasparenza significativa. L'autorità pubblica invece dovrà spiegare in termini chiari e comprensibili le ragioni per cui ha condiviso il risultato della macchina, visto che l'algoritmo nulla ci dice sul perché del suo esito. Nel caso in cui l'amministrazione volesse disattendere i risultati algoritmici, dovrà fornire puntuali motivazioni a riguardo, non diversamente da come farebbe con un parere obbligatorio.

Dunque, l'ingresso della tecnologia nella decisione pubblica ha richiesto di rimodulare il processo decisionale 'misto' per la coesistenza di due volontà: umana e meccanica. Ciò impone modelli aperti alla piena divulgazione, alla riproducibilità dell'intelligenza artificiale, alla sua scrutinabilità affidata a terzi qualificati, ma relativa perché ammessa nella misura strettamente necessaria alla contestazione della decisione automatizzata davanti al giudice.

In altre parole, se l'autorità pubblica utilizza gli algoritmi, la delega alla macchina non deve diventare un facile alibi per reintrodurre l'oscurità autoritativa.

Strettamente connessa alla oscurità è la questione del se e in che misura ammettere quelle forme evolute di intelligenza, ad esempio il *deep learning*, capaci di procedere in autonomia da chi le ha disegnate. Esse producono esiti coperti da un velo di opacità perché il loro percorso logico non sarà scrutinabile, non

[14] M.E. Kaminski, *The right to explanation, explained*, in *Berkeley Tech Law Journal*, 34, 2019, 13.

[15] Per una diversa opinione si veda: A. Simoncini, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di R. Cavallo Perin, D.U. Galletta, Torino, 2020, 30-31.

in difesa del *trademark*, ma perché la macchina, autogenerando il suo *iter*, è andata ben oltre le istruzioni ricevute dall'ideatore al punto da sottrarsi al suo dominio: e ora è diventata incontrollabile, basandosi su relazioni matematiche difficilmente comprensibili dalla mente umana. Pertanto, l'oscurità fisiologica e insuperabile del *deep learning* rende questa forma di intelligenza impenetrabile a chi dovrebbe conoscerla e spiegarla all'utente finale. Ammettere dunque il *deep learning*[16] senza alcun limite creerebbe una catena di ignoranza, che, iniziata con il fornitore, passa per l'utente commerciale, per poi raggiungere il cittadino[17].

Né l'oscurità del *deep learning* è compensabile effettivamente da dettagliate istruzione per l'uso e/o da norme tecniche, perché non si può rendere trasparente ciò che è inintelligibile alla mente umana, salvo illudersi che questa *fictio* informativa equivalga a una significativa *disclosure* in grado di fare luce sulle ragioni del decidere meccanicistico, consentendone la replicabilità in un'aula giudiziaria. Chi invece si accontenta di un mero supplemento istruttorio ammette il *deep learning*, rovesciando sul cittadino il peso di una decisione oscura che potrebbe nascondere *bias*, e che, in ragione della sua impenetrabilità, non sarebbe neppure sfidabile in giudizio.

A questo punto guardiamo cosa ha disposto l'*A.I. Act* in proposito, estendendo l'esame al suo iniziale *Considerandum* 47 bis, chiaro nel suggerire che «tali requisiti sulla trasparenza e sulla spiegabilità del processo decisionale dell'IA dovrebbero altresì contribuire a contrastare gli effetti dissuasivi dell'asimmetria digitale come pure i cosiddetti 'modelli occulti' aventi come obiettivo le persone e il loro consenso informato». Dal suo tenore si evinceva un netto diniego all'ingresso del *deep learning* nel processo, solo che questa proibizione sembrerebbe oggi superata dal fatto che il *Considerandum* non è stato riportato nella versione finale dell'atto[18] e, se si vuole dare un'interpretazione teleologica a tale omissione, questa significa ammettere il *deep learning* in un'aula giudiziaria.

Un'altra questione strettamente connessa alla motivazione è il perimetro di azione del diritto di conoscere le ragioni dell'atto: qual è il punto oltre il quale il diritto di essere informati non può andare? Il diritto alla *disclosure* prevale sul

[16] Lo sostengono: C. Panigutti et alii., *The role of explainable AI in the context of the AI Act*, in *FAccT '23*, June 12-15, 2023, 1139 ss.

[17] F. Pasquale, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge-London, 2015, 3, il cui pensiero è stato poi ripreso da: A. Chander, *The Racist Algorithm?*, in *Michigan Law Review*, 115, 2017, 1023-1039.

[18] Apre al *deep learning* il Presidente emerito della Corte di Cassazione, G. Canzio, *Audizione presso la Commissione Giustizia - Senato*, *Impatto dell'intelligenza artificiale nel settore della giustizia*, 13 Febbraio 2024, disponibile all'indirizzo: *https://webtv.senato.it/4621?video_evento=244815*.

segreto industriale fino a coinvolgere il codice sorgente oppure è predicabile l'inverso?

La questione non è nuova, era stata già affrontata dal GDPR, che nel *Considerandum* 63 spiegava che il segreto commerciale non giustificava il rifiuto assoluto a ogni informazione sugli algoritmi; e, d'altro canto, il diritto alla divulgazione non poteva spacchettare il codice sorgente, ma si doveva arrestare alle caratteristiche e alla logica specifica degli algoritmi utilizzati.

Nello scontro tra la privacy e i diritti antagonisti il GDPR non accordava una superiorità astratta ed *ex ante*[19] al primo a discapito delle altre situazioni soggettive; questa equiordinazione nasceva da una precisa scelta ideologica della Carta europea, che aveva preferito un modello orizzontale, non gerarchico, di articolazione dei diritti. Ne è conseguito che anche il GDPR si sia dovuto adeguare a questa impostazione per non porsi fuori della legalità comunitaria. In questa *querelle* sul bilanciamento, il GDPR attribuiva un'ampia discrezionalità alle Autorità nazionali indipendenti, chiamate a definire una misura di equilibrata coesistenza tra i valori in gioco, obbediente al principio di proporzionalità e attenta a non procurare inutili sacrifici[20]. Emergeva dunque che il diritto di accesso alla logica algoritmica era assicurato nella misura massima possibile, che non era fissata in un'entità immodificabile, ma modulabile all'occorrenza, in ragione dell'identità del richiedente la spiegazione. In particolare, un'informazione destinata all'interessato dell'atto coinvolge la sola logica di funzionamento dell'algoritmo, non anche il codice sorgente. Mentre se il conflitto tra i diritti si svolge dinanzi al giudice, questi potrà pretendere la visibilità del codice sorgente per ispezionarlo in sede di *judicial review*. Qui i poteri si dilatano a discapito del segreto commerciale, costretto a retrocedere davanti al corretto funzionamento della giustizia, valore sovraordinato al primo.

Insomma, già nel 2016 l'Europa aveva preferito il metodo della combinazione tra i diritti al sacrificio assoluto di uno a favore della prevalenza integrale dell'altro.

L'Europa ha confermato questa *policy*, che ritroviamo nell'*A.I. Act*, il quale non dà spazio al diritto alla *meaningful information* in misura totalizzante perché il primo diritto deve fare i conti con i possibili controdiritti. L'art. 86, co. 2, *A.I. Act* infatti, riconosce il diritto alla motivazione a condizione che non leda i controdiritti, come previsti da altra normativa europea. Ebbene, anche se la norma richiamata non specifica quali siano i controdiritti che potrebbero

[19] G. Malgieri, G. Comandè, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 3, 2017, 23.

[20] P. Hustinx, *Additional EDPS Comments on Data Protection Reform Package*, Bruxelles, March 15th, 2013, 21-22.

impedire la spiegazione piena, preferendo la tecnica del rinvio, a differenza di come dispone l'art. 22 con il suo *Considerandum* 63 del GDPR, essa ammette però in principio il bilanciamento, negando con ciò la prevalenza assoluta dell'uno sull'altro.

Il momento motivazionale ci rimanda a un'altra situazione soggettiva del destinatario della decisione intelligente: la pretesa a dialogare con una persona in carne e ossa, attrezzata professionalmente e dotata per legge del potere di intervenire sulla macchina per impedirne esiti *unlawful* (*A.I. Act,* art. 14, co. 4, lett.e D e E). Anche in questo caso si può dire che l'*A.I. Act* si è limitato a semplificare una pretesa già riconosciuta nel GDPR, che nei suoi artt. 22 e 13 parlava già di *human in the loop*, inteso come possibilità per la persona di esprimere le sue ragioni e, se del caso, contestare la decisione automatizzata nel dialogo con un suo pari.

Siamo ora giunti al terzo e ultimo anello di questa catena prodromica alla decisione automatizzata: la contestabilità in giudizio dell'atto. Il giudice deve poterlo visionare, senza incontrare ostacoli di fatto o di diritto nel suo controllo di liceità. Il giudice non può accettare l'infallibilità dell'esito intelligente, ma prima dovrà ripercorrere a ritroso il ragionamento statistico previsionale che ha condotto a un certo *output* e, solo dopo, potrà decidere se condividere o meno le ragioni intelligenti. Quindi, il suo *judicial review* non è appiattito sulla correttezza estrinseca dell'atto; non è costretto a stare entro i binari della conseguenzialità tra premesse e conclusioni e/o dell'attendibilità tra esiti e premesse, ma si potrà spostare sul terreno della liceità dei dati di *input*, verificando l'assenza di *bias* e di altri ingredienti discriminatori[21]. A nostro avviso, il giudice potrà riesaminare persino la ragionevolezza dei criteri valutativi assegnati alla mente meccanica; in un'espressione, potrà ripercorrere *ex post* la logicità del *reasoning* deterministico secondo un metodo di indagine che ricorda da vicino il sindacato *ab intrinseco* sulla discrezionalità tecnica, separato da una evanescente linea di confine dallo scrutinio nel merito con cui non ha difficoltà a confondersi[22]. Questo scrutinio così penetrante deve mettere a disposizione

[21] Ci sia permesso quanto all'incidenza degli algoritmi discriminatori sulla decisione autoritativa e alla loro scrutinabilità da parte del giudice di rinviare a un nostro recente lavoro: *Towards an 'Algorithm Constitutional by Design', in BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1, 2021, 398-402; da ultimo si veda R. Terracciano, *The exercise of administrative function in the era of Predictive and Generative Artificial Intelligence: principles of trust and result and judicial perspective*, in *Riv. Scien. Trim. Dir. Amm.*, 1, 2024, 11, dove l'A. sostiene un «broaden the judicial power to verify concretely the result and consequences of administrative action, to access the effective pursuit of the public interest, and in compliance with criteria of justice and fairness, not just legality».

[22] G. De Rosa, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 513; V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità ammini-*

del giudice almeno due fattori: uno positivo, l'altro negativo. Precisamente, un atto algoritmico adeguatamente motivato e l'assenza del segreto industriale opponibile alla sua richiesta di accesso al codice sorgente, diversamente il sindacato non potrà che rimanere in superficie.

Queste due garanzie sono necessarie perché assicurano una tecnologia comprensibile, esaminabile e sfidabile nelle Corti per l'incidenza di errori e *bias*, non diversamente da quanto avviene per la mente umana. Se così non fosse, potremmo ancora dire che la tecnica è al servizio della persona?

L'antropocentrismo è incentrato su un essere umano, libero e responsabile di scegliere se utilizzare o meno l'intelligenza meccanica perché consapevole della realtà cui va incontro. L'opacità degli *arcana tecnologicum* non è altro che una riedizione dell'antico dogma giuridico, assistito da una normalità atipica, che rende l'imperscrutabilità di oggi meno contestabile di quella di ieri per quel velo di oggettività e certezza scientifica che le conferisce una semi immunità giuridica.

3. *Perché la persona deve essere giudicata da un giudice?*

Chiediamoci ora la ragione per cui una persona abbia il diritto di essere giudicata da un giudice.

Forse perché ripone la sua fiducia solo nel giudizio di un suo simile? Del resto la pretesa alla natura umana del giudice ha radici lontane nel tempo; così i nobili, preoccupati per le sentenze del Re, rivendicarono il giudizio di un loro pari: «No free man is to be arrested, or imprisoned, or disseized, or outlawed, or exiled, or in any other way ruined, nor will we go against him or send against him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land»[23].

Questa linea di pensiero si rafforza nella visione politico-garantista di Montesquieu[24], che individua la *ratio* della condivisione della comune natura tra giudice e imputato nell'esigenza di assicurare il secondo «di esser caduto nelle mani di persone inclini ad usargli violenza».

Forse un'ulteriore ragione fonda l'affidamento umano nel giudice-persona: il fatto che il giudice non sia *legibus solutus* non esclude che un giorno possa anche lui essere un imputato. Ebbene, questa eventualità gli suggerisce di agire come vorrebbe che questo ipotetico giudice si comportasse nei suoi confronti, se mai dovesse accadere.

strativo e sindacato di legittimità, in *Dir. Proc. Amm*., 1984, 463.

[23] Magna Carta, in *https://magnacarta.cmp.uea.ac.uk/read/magna_carta_1215/Clause_39*.

[24] C. DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, Vol. I, Parte II, Torino, 2005, 279.

Svilupperemo il nostro discorso lungo tre linee che corrispondono ai distinti tempi processuali d'intervento dell'I.A.: I.A. *ante causam* in ausilio della parte; I.A. durante il processo in ausilio al giudice; e I.A. e i mezzi probatori.

4. *L'intelligenza* ante causam

Questa prima ipotesi ricorre nel caso in cui l'I.A. anticipa con prognosi *ex ante* il possibile esito di un processo grazie a un'accurata e puntuale profilazione del giudice in modo da prevederne la decisione sulla base di sue sentenze rese su casi analoghi[25], completate da penetranti indagini automatizzate che rendono visibili le abitudini di vita del giudice, desumibili da frammenti di sé lasciati in rete. Dunque, in questo caso l'intelligenza non entra nel processo, si ferma alle sue porte, risponde all'esigenza di certezza del diritto, avvertita dalle parti processuali, e rende al tempo stesso una prestazione obiettiva: alleggerisce il carico giudiziario, privando il contenzioso di quelle liti che la parte non avvierà per le improbabili *chance* di successo.

Il vantaggio sul terreno dell'efficienza della *iuris dictio* è azzerato dagli effetti negativi che la previsione 'intelligente' della pronuncia del giudice-persona avrebbe sul sistema giustizia. Infatti, l'intervento anticipato dell'I.A. metterebbe in pericolo l'autonomia decisoria del giudice e la tenuta del divieto costituzionale di sottrarre la parte al giudice naturale precostituito per legge. Sono proprio queste le ragioni in forza delle quali il *Conseil Constitutionnel* n. 778-2019[26] ha dichiarato l'art. 33 della Loi. n. 2019-222 conforme al dettato costituzionale nella parte in cui vieta ai ricorrenti di utilizzare i dati identitari dei giudici per svolgere attività di profilazione nei loro confronti. La *ratio* del divieto risponde all'esigenza costituzionale di sottrarre il giudice (e con esso l'intero potere giudiziario) a quelle pressioni che lo indurrebbero a riproporre nell'attuale giudizio quanto aveva deciso in precedenza pur di assecondare l'aspettativa della parte a una giustizia resa senza soluzione di continuità tra passato e presente. Il Supremo Collegio riflette infine su un'ulteriore ragione a base del divieto: la parità delle armi processuali, non più assicurata in quanto l'onerosità delle indagini predittive precluderebbe questo mezzo a chi non potrebbe per-

[25] Un'analisi ragionata, che evidenzia i punti critici dei metodi di profilazione di cui si è accennato nel testo, si deve a: M. Tuozzo, *Giustizia e Costituzione al tempo dell'intelligenza artificiale*, in *Intelligenza artificiale e processo. Un possibile ruolo nelle fasi iniziali e conclusive dell'accertamento*, a cura di V. Maffeo, Romano, P. Troncone, Torino, 2024, 1 ss.

[26] Conseil Constitutionnel, *Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019*, *sur Loi de programmation* 2018-2022 *et de réforme pour la justice*, in *https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019778DC.htm*. Tra i primi a commentarla: E. Fourel, Y. Rahmani, *Réutilisation des données d'identité des magistrats: Quel avenir pour la justice prévisionnelle?*, in *Droit & Croissance*, 15 janvier 2020.

metterselo, in violazione di un attributo essenziale del rapporto processuale: la sua disponibilità a prescindere dalle diverse condizioni di vita delle parti di causa. Pertanto, l'alternativa sarebbe secca: gratuità di questi strumenti a chi non può pagarli o divieto di avvalimento per tutti. In sintesi, il divieto di profilazione giudiziaria da un lato evita la pratica del *forum shopping* – la possibilità per il singolo di scegliersi il giudice a sé più favorevole – e dall'altro, assicura l'imparziale funzionamento del sistema giudiziario, altrimenti compromesso per aver sottratto la parte al giudice naturale precostituito *ex lege* e all'equiordinazione della dialettica processuale, come il principio di uguaglianza vuole.

Riteniamo che il *reasoning* del Supremo Collegio francese possa suggerire una regola simile applicabile anche al nostro potere giudiziario, data l'identità dei valori costituzionali di base. A tal fine sarebbe però opportuno, se non necessario, che il divieto fosse imposto dal legislatore sovranazionale alla giurisdizione di ogni Stato membro, come la natura a-spaziale dell'I.A. richiederebbe, ma al momento il legislatore europeo non sembra interessato alla cosa, dato il suo silenzio sul punto.

Vedremo cosa la politica europea deciderà di fare in seguito.

5. *L'intelligenza aiutante del giudice o suo sostituto?*

La cornice costituzionale di riferimento è composta principalmente dagli artt. 101, co. 2, e 104 Cost.[27], dettati a garanzia dell'autonomia del giudice, nonché del potere di appartenenza, il quale deve essere equidistante dalle parti: per lui sarà infatti indifferente se l'esito della causa si risolva a vantaggio di una o dell'altra delle parti in lite, non essendo il titolare di nessuna delle situazioni contestate. L'equidistanza del giudice – intesa come estraneità alle rivendicazioni antagoniste[28] – si completa nella sua neutralità genetica e funzionale, che compongono un preciso *status* costituzionale (artt. 106, 107, 108 Cost.), che gli consente di esprimere una decisione secondo diritto. Tale indipendenza non è il bene finale della disciplina costituzionale, bensì il mezzo per difendere un valore che va oltre la dimensione individuale di chi giudica. Questo interesse, che si intravede sullo sfondo, dove si articolano e si intrecciano piani diversi di

[27] Tra le innumerevoli pronunce della Corte Cost. sull'indipendenza del giudice ricordiamo le sentt.: nn. 22/1959 e 18/1989; mentre sull'indipendenza funzionale del potere giudiziario le sentt.: nn. 40/1964 e 234/1976. In dottrina, *ex multis*: C. Mezzanotte, *Sulla nozione di indipendenza del giudice*, in *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, a cura di B. Caravita, Roma-Bari, 1994, 4 ss.; N. Zanon, *La responsabilità dei giudici*, in *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale, Annuario AIC 2004*, Padova, 2008, 8; N. Zanon, F. Biondi, *Il sistema costituzionale della Magistratura*, Bologna, V ed., 2019, 39-40 e N. Zanon, L. Panzeri, *Art. 101 Cost*., in *Costituzione commentata*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, vol. III., 2006, agg. 2022.

[28] In proposito: Corte Cost., sentt. nn. 123/1970, 175/1974, 234/1976 e 100/1981.

tutela, compone l'attributo essenziale del potere giudiziario: l'indipendenza[29], intesa come indifferenza a ordini, direttive o indicazioni, dettati o suggeriti da altri poteri dello Stato, perché i giudici, a differenza dei funzionari amministrativi, sono ordinati su un piano orizzontale, e non distribuiti lungo una scala gerarchica, che comporterebbe il rischio di una loro possibile subordinazione al volere di altri, magistrati o autorità diverse (ex art. 104 Cost.[30]). L'obiettivo ultimo è dunque isolare il giudice dal pericolo di essere catturato dai poteri costituiti come dai regolati forti; queste garanzie di *status*, se trasferite dal piano processuale a quello sostanziale, rappresentano la condizione di effettività dei diritti fondamentali del cittadino, che potrà far valere le sue pretese di protezione davanti a un giudice, certo di ricevere quel medesimo trattamento che spetterebbe a chi sarebbe in una situazione simile alla sua, come impone il principio dell'uguaglianza formale.

Vediamo allora se e in che misura questa preoccupazione del Costituente si possa combinare con l'ingresso della mente meccanica nel processo.

La domanda è la seguente: la macchina è un ausilio necessario o utile al giudice?

Nel primo caso il giudice avrebbe l'obbligo di utilizzarla. Non ci sarebbe spazio per la mera facoltà di avvalersene o meno, sarebbe tenuto a ricorrervi, non solo nell'acclarare il fatto, ma anche nel risolvere la lite secondo quanto decretato dall'intelligenza predittiva[31]. Quest'ultima anticiperebbe, in base a un calcolo probabilistico di tipo statistico, la possibile decisione di quel dato giudice. Saremmo dinanzi a una prognosi *ex ante,* che, benché in punto di diritto non starebbe in luogo della sentenza, nei fatti tenderebbe a sostituirsi al giudice, che potrà discostarsi dal suggerimento della mente meccanica, motivando adeguatamente le ragioni del suo dissenso.

Qui potremmo provare a scrivere un'equazione tra le risultanze algoritmiche e il precedente giudiziario, nel senso che l'autonomia del giudice dovrebbe fare i conti con l'esito algoritmico, non diversamente da come lui si comporta rispetto al precedente giurisprudenziale. Quindi, se il giudice volesse

[29] Tra i tanti: S. Bartole, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964, 4 ss.; G. Volpe, *Consiglio superiore della magistratura*, in *Enc. Dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, 380; S. Panizza, *Art. 104 Cost.*, in *Costituzione commentata*, cit., par. 1.1. e M. Luciani, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 1, 2020, 6 ss.

[30] L'indipendenza dell'art. 104 Cost. è complementare a quella funzionale (artt. 101, co. 2, e 105 Cost.); in proposito si veda: S. Panizza, *Art. 104 Cost.*, cit., par. 1.1.

[31] A. Chander, *The Racist Algorithm?*, in *Michigan Law Review*, 115, 2017, 1023-1039; T. Sourdin, *Judge v Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making*, in *UNSW Law Journal*, vol. 41, 2018, 1114 ss.; M. Hamilton, *The biased algorithm evidence of disparate impact of Hispanics*, in *American Criminal Law Review*, vol. 56, n. 4, 2019, 1557 ss. e S.G. Mayson, *Bias in, bias out*, in *Yale Law Journal*, no. 8, 2019, 2218 ss.

disattenderlo, potrebbe farlo, ma dovrà dimostrare che ha tenuto conto del suggerimento intelligente, al quale ha preferito il suo ragionamento originario, anche se antitetico all'*output* meccanico. In linea con questa ideale equazione, la giurisprudenza sostiene infatti che il giudice non è obbligato ad adeguarsi a quanto deciso dal collega precedente, altrimenti sarebbe compromessa la sua indipendenza interna, il che però non lo esonera dal dovere di motivare le ragioni della sua autonomia volitiva.

L'equazione tracciata tra algoritmo e precedente finisce qui, perché se il giudice volesse prendere le distanze dal risultato della mente meccanica, dovrebbe, non solo motivarlo in termini chiari e ragionevoli, e fin qui il parallelo ancora regge, ma anche svolgere un supplemento istruttorio, necessario, anche se non imposto *ex lege*, per acquisire prove aggiuntive, su cui fondare il convincimento opposto a quanto gli ha ordinato l'intelligenza, seppur nella forma mascherata del mite suggerimento. Ne conseguirebbe che difficilmente il giudice assolverebbe a tale onere perché la mente meccanica avrebbe fatto entrare nel processo quel *Christmas trees* e *pretty lights*, di cui parla Feigenson[32], che con le sue luci ha creato una parvenza di legittimità, capace di attirare a sé con argomenti convincenti anche il giudice più ostile. O per dirla con Sunstein[33], il giudice non sarebbe allergico al "pungolo gentile" che anticipa la sua decisione – della cui "gentilezza" è lecito dubitare visto l'effetto conformativo sulla volontà del giudice – perché invece di attivarsi per superare la decisione algoritmica preferirà conformarsi al *nudge*, semmai dichiarando che anche in sua assenza avrebbe deciso nello stesso modo.

A) Il ragionamento prima esposto trova conferma nell'art. 22 GDPR[34], che, come norma speciale, resiste all'*A.I. Act*. La disposizione richiamata vieta infatti i provvedimenti autoritativi esclusivamente algoritmici, e quello qui in esame lo sarebbe perché il giudice si limiterebbe a registrare un volere altrui, quello della macchina, formatosi fuori del suo dominio. L'ingresso dell'intelligenza predittiva influenzerebbe la volontà del giudice, che sarebbe tenuta a un onere motivazionale più pesante di quello che di regola sopporta quando agisce senza il supporto intelligente. In questo caso acquisterebbe concretezza la figura del funzionario pubblico sul modello del *rubber stamp*, che il Gruppo

[32] N. Feigenson, *Brain Imaging and Courtroom Evidence: On the Admissibility and Persuasiveness of FMRI*, in *International Journal of Law in Context*, n. 3, 2006, 246, in *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1301112*.

[33] R. Thaler, C.R. Sunstein, *The nudge*, NY, 2008, 74 ss.

[34] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, cit.

di lavoro art. 29[35] aveva indicato come esempio di elusione sostanziale del divieto (art. 22 GDPR), perché dietro la sua apparente osservanza la persona si limiterebbe ad apporre un timbro per fingere di richiamare a sé un atto che non gli appartiene. Mentre, come ricorda il Gruppo nelle sue Linee guida, il coinvolgimento umano consiste, non in un semplice gesto simbolico, ma in un controllo significativo in quanto dotato di sufficiente autorità e adeguata competenza per modificare la decisione meccanica.

Anche se considerassimo l'ipotesi opposta, quella del giudice obbediente all'*output* intelligente, il rischio che la sua autonomia perda pezzi per strada è più forte rispetto al caso del giudice ubbidiente al precedente giurisprudenziale[36]. Nella prima situazione il giudice non si potrà limitare a scrivere una motivazione *per relationem*, liquidando sbrigativamente la questione con l'espressione 'lo ha detto l'algoritmo', perché la motivazione deve essere concisa, ma pur sempre illuminante sulle ragioni alla base della concreta statuizione, come visto prima. Ancora una volta il parallelo con il precedente giurisprudenziale ci aiuta. Infatti, come il giudice, che intende aderire a un orientamento giurisprudenziale, deve almeno riprodurre gli schemi decisori delle sentenze richiamate in motivazione[37]; così in caso di algoritmo, il giudice deve avere accesso al codice sorgente per verificare se il ragionamento deterministico lo convinca o meno; e, in caso affermativo, riprodurlo con chiarezza in motivazione.

Svolgiamo ancora una riflessione sulla sentenza motivata con rinvio a un algoritmo oscuro; ebbene, tale decisione sarebbe, grazie alla riforma legislativa[38] del 360, co. 1, n. 5, c.p.c., ricorribile in Cassazione, anche se la novella ha negato che la motivazione insufficiente sia di per sé un'autonoma causa di impugnativa, lasciando però fermo l'obbligo per il giudice di scrivere una motivazione conforme al minimo costituzionalmente garantito (art. 111, co. 7, Cost.), diversamente la sentenza sarebbe viziata «per violazione di legge costituzionalmente rilevante»[39]. Tale ultima ipotesi ricorre proprio quando il giudice scrive una motivazione apodittica, cioè priva delle ragioni del decidere, limitandosi a dire 'ho deciso così perché ho deciso' o a dichiarare: 'ho deciso così perché

[35] Gruppo di lavoro, articolo 29 per la protezione dei dati, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento* 2016/679, IT W 251/01, in *https://dpo.infn.it/wp-content/uploads/2022/03/Linee-guida-sul-processo-decisionale-automatizzato-relativo-alle-persone-fisiche-e-sulla-profilazione-ai-fini-del-regolamento-2016679.pdf.*

[36] P. P. Paulesu, *Intelligenza artificiale e giustizia penale. Una lettura attraverso i principi*, in *https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=ca795418-9c5e-4d27-816c-25177e1cd02f&idarticolo=34325, 15-16.*

[37] Corte. Cass., 6 settembre 2016, n. 17640.

[38] D.L. n. 83/2012 e L.conv. n. 134/2012.

[39] Così: Corte Cass., SS.UU., sent. 25 giugno 2019, n. 16983.

l'algoritmo ha deciso così'. Qui la motivazione esiste ma solo in apparenza, perché nella sostanza la situazione non è diversa da quella della sentenza priva del tutto di motivazione. Quindi, entrambe le sentenze, quella apodittica classica e quella nuova immotivatamente riproduttiva dell'esito algoritmico, rientrando nell'art. 360, c. 1, n. 5, c.p.c., sono ricorribili per violazione della legge costituzionalmente rilevante, almeno secondo la prospettazione da noi offerta.

B) Un ulteriore argomento è di ostacolo all'ingresso nel processo dell'algoritmo decidente: la riserva di nomofilachia alla Corte di Cassazione. Procedendo con ordine: questo tipo di algoritmo comprometterebbe il *fair play* competitivo rispetto alla Corte Suprema perché la sostituirebbe di fatto nell'interpretazione unitaria del diritto, ricorrendo a espedienti, come la ripetitività e la celerità del ragionamento deterministico, non disponibili al Giudice Supremo. Inoltre, sdoppiare gli attori della nomofilachia avrebbe un effetto paralizzante sulla riforma del processo civile del 2006[40], che invece intendeva rafforzare il ruolo uniformante della Cassazione, anche a costo di alterare la legittimità costituzionale del sistema. Esito questo, possibile avendo imposto alle Sezioni semplici l'onere di ricorrere in Cassazione per dissonanza di orientamento (ex art. 374, co. 3, c.p.c.)[41], venendo così a creare un giudice meno autonomo degli altri, e quindi anche diseguale, nella misura in cui è tenuto a ricorrere al Supremo collegio per difendere la sua autonomia di giudizio. Quanto detto conferma l'assoluta estraneità dell'intelligenza artificiale alla funzione di nomofilachia che deve dunque rimanere nell'esclusiva competenza del giudice di ultima istanza.

C) Infine, la sostituzione, anche se di fatto, della macchina al giudice metterebbe in tensione la garanzia costituzionale dell'autonomia del giudice, attributo che lo accompagna nelle relazioni inter-organiche – quelle intrattiene con gli appartenenti al suo stesso potere – come nei rapporti con autorità pubbliche o private diverse dall'ordine giudiziario a fronte di un dettato costituzionale che lo sottopone solo alla legge. Il giudice non può tollerare un *dominus* diverso dal legislatore, egli ha come unico termine di confronto la norma, essendo tenuto a un'attività di *iuris dictio*; se invece dovesse motivare le ragioni del suo dissenso rispetto all'esito meccanico, sarebbe come dire che il giudice ha due parametri ai quali conformare il suo giudizio: quello originario normativo, imposto dall'art. 101 Cost., e quello tecnico sopravvenuto, privo di titolo costituzionale.

[40] D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

[41] In questo modo le sezioni semplici «vengono così private della opzione per l'*overruling*» con la conseguenza che «se i giudici sono costituzionalmente soggetti soltanto alla legge, le sezioni semplici sono soggette altresì, e più di ogni altro giudice, al principio di diritto delle sezioni unite» così: A. Scarpa, *Nomofilachia codificata e supremazia dei precedenti*, in *Giustizia Insieme*, 2021.

Il rischio di un azzeramento della sua autonomia cognitivo-valutativa è tanto concreto che per escluderlo qualcuno ha speso l'argomento dell'evanescenza del confine tra le due intelligenze: l'una si confonderebbe con l'altra al punto da richiamare il concetto di codecisione. Quindi, la macchina entrerebbe a pieno titolo nel terreno, un tempo riservato alla mente umana, e questa confusione si risolverebbe in «una contaminazione tra l'uomo e la macchina nella quale le prestazioni cognitive dell'uomo vengono potenziate e al contempo sorvegliate dalla capacità della macchina»[42]. Ma quale sarebbe il vantaggio di un giudice sottoposto alla libertà vigilata della mente meccanica?

L'unico beneficio per aver assegnato al giudice un parametro aggiuntivo a quello legislativo consisterebbe nella coincidenza della previsione algoritmica del *decisum* con la ragionevole aspettativa della sentenza da parte dei giudicati[43]. «L'aspettativa – quando non sia sogno o illusione, ma attesa razionale e meditata – ha bisogno di *appoggiarsi su ciò che già è*, di sostenersi con materiali non arbitrari e non capricciosi»[44]. Tale supposto vantaggio, se da un lato soddisfa la certezza del diritto, dovuta alla prevedibilità della norma da applicare al caso concreto, d'altro canto, azzera l'interpretazione evolutiva del diritto, che, senza scivolare nell'attività creativa di nuove norme, consente invece al tessuto regolativo, suscettibile di letture non univoche, di adeguarsi ininterrottamente ai mutamenti della realtà.

Né varrebbe obiettare che anche la Cassazione nell'esercizio della sua funzione nomofilattica tende a cristallizzare il diritto perché alcuni Autori[45] rovesciano questa visione e assegnano alle Corti Supreme un ruolo, non di retroguardia in difesa di interpretazioni consolidate, ma di promozione di futuri orientamenti giurisprudenziali. Questo compito *pro-activo* presuppone però valutazioni volitive, chiaramente incompatibili con l'intelligenza artificiale, che difetta delle qualità essenziali a renderle.

D) Il nostro discorso intorno alla fungibilità della sentenza umana con quella meccanica esaspera un punto di partenza concettuale, esatto nella sua iniziale formulazione, errato negli sviluppi. Il giudice funzionario a differenza del giudice-oracolo ha un nuovo abito, il suo *status* è disegnato dall'illumini-

[42] A. Punzi, Judge in the Machine. *E se fossero le macchine a restituirci l'umanità del giudicare?*, in *Decisione robotica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2019, 328.

[43] U. Ruffolo, *Giustizia predittiva, decisione algoritmica e ruolo ancillare della* machina *come ausiliare necessario del giudice umano*, in *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, cit., vol. II, 463.

[44] Così N. Irti, *Il tessitore di Goethe*, in *Decisione robotica*, cit., 18 (corsivo nel testo riportato sopra è dell'Autore).

[45] M. Taruffo, *Le funzioni delle Corti supreme. Cenni generali*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2011.

smo: rivendica la professionalità contro la saggezza, giudica secondo diritto e non equità; oppone alle virtù dell'etica quella della sapienza; pronuncia la sentenza esatta, non quella giusta. La linea è retta dalla fiducia nell'infallibilità della legge a quella nella ragionevolezza e attendibilità della sentenza del giudice, ridotto a essere la *bouche de la loi*. Se come diceva Leibniz[46]: «Tutte le questioni di diritto sono definibili con certezza geometrica», si fa strada un modello di diritto riducibile a un mero calcolo matematico, dall'esito certo e incontrovertibile, «acquisibile e pienamente calcolabile proprio in ragione della sua riducibilità a computo matematico»[47]. In questo quadro di univocità interpretativa che non lascia spazio al dubbio, alla vaghezza delle clausole elastiche, all'indeterminatezza dei principi, all'aporia normativa, all'equità, si arriva a negare 'l'insopprimibile leggerezza' della discrezionalità decisoria e con essa si afferma l'equazione giudice = macchina, nel senso che quanto fa un giudice può essere fatto tranquillamente anche da una macchina, visto che il suo compito è seguire lo schema sillogistico: 'se c'è A, ci deve essere B'.

E) Proviamo ora a recuperare quella vasta area del diritto che riconosce il dubbio, come concetto estraneo alla linearità matematica, che si sottrae a interpretazioni univoche perché esprime l'indeterminato giuridico. A livello di diritto costituzionale si pensi all'omogeneità del quesito referendario, che, benché attributo essenziale per l'ammissibilità del referendum, non è ancorato a un canone di chiarezza semantica, tale non è la matrice razionalmente unitaria cui le domande sottoposte a referendum devono rispondere. Se scendiamo la scala delle fonti, anche il livello delle primarie presenta figure giuridiche dai contorni così sfumati da richiedere un'attività del giudice più vicina alla *legis latio* che non alla *iuris dictio*. Ciò accade quando il giudice deve chiudere norme aperte, ad esempio, quelle che rinviano alla buona fede o alla diligenza, con la conseguenza che la disposizione potrà essere applicata al caso concreto solo dopo essere stata completata. Nelle discipline settoriali il corretto rapporto tra legislatore e giudice addirittura si inverte con il secondo che sta in luogo del primo: si pensi alla legislazione antitrust, nazionale ed europea, interamente composta da fattispecie a formazione progressiva, che si perfezionano solo con l'apporto volitivo, non meramente accertativo, delle Autorità antitrust e dei giudici, nel senso che la norma *ex se* non è auto-applicativa, richiedendo l'intervento costitutivo di autorità diverse dal legislatore, tra cui il giudice[48].

[46] G. W. Leibniz, *Principi ed esempi della scienza generale*, in *Scritti di logica*, a cura di F. Barone, Milano, 2009, 121.

[47] M. Luciani, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, cit., 6 ss.

[48] Ci sia consentito il rinvio a un nostro libro: *Antitrust e Consob. Obiettivi e funzioni*, Padova, 1997, 18-25.

Gli esempi di diritto elastico, che il Betti avrebbe qualificato principi per «l'eccedenza di contenuto deontologico»[49] non rappresentano l'idealtipo della disposizione legislativa, ma, anche se mettessimo da parte queste situazioni limite, l'attività del giudice conserverebbe comunque uno spazio di discrezionalità interpretativa, che lui consuma impiegando energie cognitive e valutative, che mancano all'intelligenza meccanica, impropriamente chiamata intelligenza, pur essendo priva del nocciolo duro del cervello umano. Ne consegue che il ragionamento sillogistico del giudice, non quello statistico della macchina che si limita a decidere sulla base di quanto accaduto in precedenza, diventando poroso all'incertezza, si è incrinato e obbedisce alla regola, meno certa ma più aderente all'effettività del diritto: "se c'è A, ci potrebbe essere B".

6. *L'intelligenza, le neuroscienze e le prove*

A questo punto della trattazione rimane da vedere se e come l'intelligenza artificiale possa entrare nel processo come prova atipica, cioè non identificabile in quelle nominate nei codici di rito perché generata dall'innovazione tecnico-neuronale.

Prima di entrare nel merito della questione, immaginiamo di tracciare un ideale confine, che, da un lato, disegni il punto estremo fino al quale la mente meccanica si possa spingere e, dall'altro, tracci la linea a partire dalla quale l'attività cognitiva dell'uomo possa riprendere il suo corso naturale.

Il nostro *focus* è il momento acclarativo dei fatti. Anche in questa fase l'intelligenza non scrive su una lavagna bianca, perché *iter* e risultati rimangono nella disponibilità del giudice, che anche nell'accertare il fatto impiega la sua energia volitiva per scegliere, tra quella miriade di dati materiali che lo circondano, i soli strettamente essenziali a comporre il caso concreto sottoposto alla sua cognizione. In questa attività di separazione dell'essenziale dall'accessorio il giudice si lascia guidare dalla norma, che ha preventivamente individuato come possibile fattispecie astratta, che attira a sé la concreta condotta, una volta che sia stata accertata. Come dice il Sacco[50], la norma nel suo silenzio interroga il fatto e orienta l'azione selettiva del giudice; siamo dinanzi, non a un'operazione di computo metrico matematico affidata esclusivamente all'esito meccanicistico delle mente artificiale, bensì a un'attività accertativo-cognitiva, che il giudice non può abdicare a favore di un aiutante di campo inumano.

[49] E. Betti, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1943, 211.

[50] R. Sacco, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015, 60 ss.

Andiamo ora al cuore della vicenda: le neuroscienze, una volta entrate nel processo, come si intersecano con la ricerca e la valutazione delle prove[51]?

Per comprendere il nostro discorso, dobbiamo prima chiarire l'identità delle neuroscienze; a tal fine le parole di Kandel[52] ci aiutano: «The last frontier of the biological sciences – the ultimate challenge – is to understand the biological basis of consciousness and the brain processes by which we feel, act, learn, and remember».

Queste tecniche innovative, che sfruttano il movimento cerebrale, ispezionano il processo neurale sub-cosciente, spacchettano in segmenti distinti l'encefalo umano, ripropongono l'antica *querelle* di come quantificare e confrontare gli effetti positivi e negativi dell'innovazione. Quanto ai vantaggi, rispetto al settore medico, si pensi ai medicinali o ai macchinari impiegati per curare le malattie neuronali[53] o per migliorare le facoltà mentali[54]. Mentre, rispetto al processo giudiziario, si rifletta su quei particolari mezzi probatori, tipo la *lie detector* e simili, che si nutrono dei dati neuronali per accertare la verità processuale. Il progresso però porta con sé anche inevitabili negatività: quali, i rischi per la salute, dovuti all'incertezza degli esiti scientifici delle cure; la pericolosità di intromissioni nella dimensione intima della persona[55] o la creazione di nuove forme biologiche di vita concorrenti con l'individuo «[…] However you portray it, though, the reality is that we are in the process of creating monsters that we have no idea how to manage»[56].

[51] *Ex multis*: il ricco volume *'Neurodiritti' tra virtuale e reale*, a cura di G. Di Plinio, in *Federalismi*, 6, 2024,, e, in part., la prefazione di G. Di Plinio per una panoramica a tutto tondo e il saggio di: M.R. Anglani, *L'incidenza delle neuroscienze sugli standard del processo penale e sulla 'libertà morale della persona'*.

Nella dottrina statunitense: M.S. Gazzaniga, *Neuroscience in the Courtroom*, in *Scientific American*, 4, 2011, 54-59; S.J. Morse, *Criminal Law and Neuroscience: Present and Future*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 65, 2014, 243-258; D.W. Denno, *Neuroscience and the Personalization of Criminal Law*, in *The University of Chicago Law Review, Symposium: Personalized Law*, 2, 2019, 359-402; S. Quattrocolo, *Sui rapporti tra pena, prevenzione del reato e prova nell'era dei modelli computazionali psico-criminologici*, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 1, 2021, 257-288 e J. Della Torre, *Tecnologie di riconoscimento facciale e processo penale*, in *Riv. Ita. Dir. Proc. Pen*., 3, 2022, 1057 ss.

[52] E. R. Kandel, *The Brain and Behavior*, in Id. *et alii* (eds.), *Principles of neural science*, ed. V, McGraw-Hill, NY, 2014, 5.

[53] N. Liv, *Neurolaw: Brain-Computer Interfaces*, in *University of St. Thomas Journal of Law and Public Policy (Minnesota) 15*, 1, 2021, 328-355.

[54] R. Sparrow, *Egalitarianism and Moral Bioenhancement*, in *American Journal of Bioethics 14*, 204, 20-28.

[55] T. Denning, Y. Matsuoka, T. Kohno, *Neurosecurity: security and privacy for neural devices*, in *Neurosurg Focus*, vol. 27,1, 2009.

[56] M. Suleyman, *The coming wave,* Crown, NY, 28th August 2023.

Fatte queste premesse di sistema, esaminiamo il secondo punto: le tecniche neuronali hanno ingresso nel nostro sistema penale? E, in caso di risposta positiva, quale potrebbe essere la loro misura compromissoria?

Un chiarimento è necessario: dobbiamo distinguere i meccanismi che si limitano a visualizzare cosa si muove nel foro interno dell'individuo da quelli che fanno altro, perché modificano il genuino percorso del pensiero. Tra i primi incontriamo la macchina della verità e le sue applicazioni di ultima generazione[57] – elettroencefalogramma, risonanza magnetica funzionale e PET[58] – mezzi che con gradi diversi di sofisticatezza e di specificità tecnica si incontrano sul terreno comune della capacità di indagare tra le pieghe della mente, rendendo visibile all'esterno quanto è gelosamente custodito nella sfera interiore della persona.

Qui la tecnica ha una doppia ambizione: pretende di rendere trasparenti con l'*imaging* le pareti che proteggono la psiche e, ove possibile, di aprire la scatola nera che racchiude la nostra mente[59]. Nel perseguire tale fine speculativo la tecnica incontra la libertà di autodeterminazione del soggetto, che rivendica invece il diritto di decidere se e come articolare il proprio pensiero, e quindi di scegliere se tenerlo per sé o condividerlo con altri.

Non è questa la sede per discutere se il *freedom of thought*[60] sia una gem-

[57] N. Feigenson, *Brain Imaging and Courtroom Evidence: On the Admissibility and Persuasiveness of FMRI*, in *International Journal of Law in Context*, 3, 2006, 246, altresì in *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1301112*.

[58] È opportuno accennare alle principali tecniche di esplorazione cerebrale, che vanno distinte in due categorie: quelle che rivelano la morfologia anatomica e le altre che esaminano le funzionalità cerebrali. Tra le prime, troviamo la risonanza magnetica MRI (*Magnetic Resonance Imaging*) che utilizza un campo magnetico e onde radio generate dal computer per creare immagini dettagliate del cervello. Alle seconde appartengono: l'elettroencefalogramma (EEG), che rivela gli impulsi elettrici del cervello; la tomografia a emissione di positroni (PET - *Positron Emission Tomography*), che ricava l'immagine del cervello dall'iniezione di una sostanza radioattiva, le cui tracce e il tempo di permanenza evidenziano le aree del cervello maggiormente interessante dall'afflusso sanguigno e, infine, la risonanza magnetica funzionale (fMRI), che riproduce l'attività neuronale in ragione della diversa ossigenazione del sangue e fa visualizzare le aree cerebrali coinvolte nello svolgimento di date attività.

[59] M. Ienca, P. Haselager, *Hacking the brain: brain–computer interfacing technology and the ethics of neurosecurity*, in *Ethics Inf Technol*, 18, 2016, 117 ss.

[60] Si deve a M. Ienca, R. Adorno, *Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology*, in *Life Sciences, Society and Policy*, vol. 13, 5, 2017, 9 ss. l'individuazione delle quattro libertà negative – il diritto alla libertà cognitiva, alla privacy mentale, all'integrità della privacy e alla continuità psicologica. L'elenco si arricchisce di ulteriori diritti – di natura prestazionale verso lo Stato – con gli studi di R. Yuste et alii, *Four ethical priorities for neurotechnologies and AI*, in *Nature,* 2017, 162: precisamente, il *right to unbiased algorithm*, nonché quello al *mental and moral enhancement*.

mazione della libertà di manifestazione del pensiero[61] o un nuovo diritto fondamentale, autonomo dal primo[62]. La discussione non è una mera speculazione scientifica, perché da essa dipende il tipo di protezione riservata al pensiero. L'alternativa si muove tra due modelli di tutela. Il primo consiste nel replicare il regime giuridico del diritto madre al diritto figlio, in forza dell'interpretazione estensiva dell'art. 2 Cost.[63], non più clausola di chiusura, ma porta aperta a nuove situazioni soggettive, a condizione che queste esibiscano una disposizione costituzionale espressa come titolo costitutivo di un principio di disciplina precettiva e che concorrano a promuovere la dignità della persona (art. 2 Cost.).

La seconda opzione si risolve invece nel disegnare una disciplina *ad hoc* per il neo-diritto in quanto le norme costituzionali non saranno dilatabili fino a includere la nuova situazione soggettiva, stante la sua supposta autonomia dal diritto madre; mentre secondo la prima tesi il dettato costituzionale sarebbe poroso ai neo-diritti grazie all'elasticità dei suoi contenuti e alle virtù dell'interpretazione sistematico-adeguatrice.

Tra le due tesi preferiamo la seconda perché rispetta la natura di questi pseudo nuovi diritti, atipici nella forma, non nel contenuto, i quali incontrano esigenze fondamentali della persona, insuperabili dal tempo perché compiono la piena dignità costituzionale dell'individuo: si pensi al diritto a non subire estrazioni di dati e sentimenti dalla propria mente e a difendere la genuinità del suo pensiero da manipolazioni esterne. Siamo di fronte al diritto dell'uomo di essere se stesso, dove la difesa della sua antica dignità, viene rivendicata dietro la nuova etichetta di *freedom of mental integrity*.

[61] Ricordiamo il ragionamento di Benjamin Cardozo, in *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937) in *https://supreme.justia.com/cases/federal/us/302/319/#tab-opinion-1935739*, secondo il giudice: «Of that freedom one may say that it is the matrix, the indispensable condition, of nearly every other form of freedom […]. (302)». A seguire: J.-C. Bublitz, *My Mind is Mine!? Cognitive Liberty as a Legal Concept,* in E. Hildt, A. Francke (eds.), *Cognitive Enhancement*, Springer, Dordrecht, 2013, 251, per gli sviluppi dei diritti neuronali come proiezione delle tradizionali libertà.

[62] Si deve a: B. Libet et Alii, *Time of Conscious Intention to Act in Relation to Onset of Cerebral Activity (Readiness-Potential): The Unconscious Initiation of a Freely Voluntary Act*, in *Brain*, 1983, 641, l'intuizione di una volontà consapevole concettualmente autonoma dalla sua esternazione ai terzi.

[63] Le due letture della norma sono di A. Pace e di A. Barbera. Il primo Autore (*Problematica delle libertà fondamentali*, Padova, ed. III, 2003, 22 ss.) sostenne l'interpretazione dell'art. 2 in termini di norma-riepilogo dei diritti singolarmente riconosciuti nelle disposizioni costituzionali *ad hoc*; il secondo (*Art. 2,* in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 80 ss.) sostenne una struttura elastica dell'art. 2, non più norma di chiusura, ma clausola di apertura ai neo-diritti, sempre che si verifichino le condizioni sopra ricordate.

Tendiamo a escludere che un diritto si possa considerare inedito se rappresenta la risposta a un bisogno antico dell'individuo[64], al quale offre misura e modalità di soddisfazione non rinvenibili nel passato, perché messe a disposizione dalla migliore tecnica del momento. Inoltre, è sempre preferibile, se è possibile, lasciare che il fattore tecnico sia acquisito e compreso nel contenuto elastico di una disposizione costituzionale perché così si evita di mettere mano a continue revisioni formali della Costituzione per le incessanti innovazioni tecnologiche.

Per concludere sul punto la prima tesi ha il pregio di conservare invariata la lettera della norma costituzionale pur adattandola ai mutamenti del dato reale[65] grazie all'interpretativa storicamente adeguatrice.

Torniamo ora alla nostra riflessione centrale: è possibile individuare una misura di compatibilità tra gli strumenti di *imaging* neuronali e il diritto al libero pensiero? È evidente il punto di attrito tra i primi e l'integrità mentale perché si rende visibile ciò che è dentro di noi[66]: la corteccia cerebrale è nuda.

Il nostro sistema processuale con l'art. 188 c.p.p.[67] vieta senza riserve le tecniche di estrazione o manipolazione delle onde neuronali, idonee a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e valutare i fatti, a prescindere dal consenso della parte. La proibizione assoluta si giustifica in ragione di un'*intentio legis* tesa a proteggere la libertà di autodeterminazione da ogni interferenza esterna. La prima prevale anche sul diritto dell'imputato di procurarsi liberamente ogni mezzo di prova a suo favore (ex art. 111 Cost.), come le Corti di merito hanno costantemente affermato «[…] nonostante l'omessa tipizzazione nell'art. 188 c.p.p. delle forme di compressione della libertà morale, la valenza omnicomprensiva del divieto costituisce una clausola aperta anche rispetto a eventuali nuove metodologie scientifiche, atta a manipolare l'autocontrollo dell'individuo […] concludendo per la preclusio-

[64] F. Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 8.

[65] P. Kellmeyer., *'Neurorights': A Human Rights–Based Approach for Governing Neurotechnologies*, in P. Kellmeyer *et alii*, (eds.) *Neurorights' A Human Rights–Based Approach for Governing Neurotechnologies from Part VII - Responsible AI Healthcare and Neurotechnology Governance,* Cambridge University Press, 2022, 423. Mentre nella letteratura italiana cfr.: F. Cirillo, *Neurodiritti: ambiguità della "libertà cognitiva" e prospettive di tutela*, in *Consulta Online*, 2, 2023, 694.

[66] N.A. Farahany, *Neuroscience and behavioral genetics in US criminal law: an empirical analysis*, in *2 Journal of Law and the Biosciences*, 2016, 487.

[67] Corte cost., 19/06/1998, n. 229; Cass. civ., Sez. Un., 01/02/2008, n. 2448. In dottrina *ex multis*: A.M. Fasone, *Art. 188 c.p.p. - Libertà morale della persona nell'assunzione della prova*, in *Codice di Procedura Penale commentato*, a cura di A. Gaito e con la collaborazione di A. Bargi et alii, Torino, 2006; A. Bonomi, *Libertà morale e accertamenti neuroscientifici: profili costituzionali,* in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 3, 2017, 148 ss. e P. Marchetti, *L'uso processuale dei test di memoria autobiografica tra nuove tecnologie e antiche aspirazioni. a proposito di una recente sentenza della Corte d'appello di Salerno*, in *Cass. Pen.,* 3, 2018, 52-953.

ne verso qualunque tecnologia che sia atta a recuperare frammenti nella memoria perché essa influirebbe sulla capacità di autodeterminarsi [del soggetto] a ricordare i fatti perché, in tesi, idonei a fornire risposte di ricordi impliciti e dunque fuori dell'autodominio del soggetto»[68].

Qui la libertà morale vive in simbiosi con la dignità della persona, il che le assegna una posizione di superiorità incontrastata anche sul diritto alla difesa dell'imputato. E non perché la riproduzione in giudizio della prova potrebbe determinare la responsabilità dell'imputato, che l'aveva introdotta a sua discolpa, ma in ragione del fatto che la libertà morale, bene assoluto, prevale anche sull'accertamento processuale della verità. Riconoscere a un diritto una posizione di dominanza lo rende indisponibile al suo titolare, che dunque non vi potrà rinunciare, neppure se da tale prova dipendesse la sua assenza di colpa. A maggior ragione l'art. 188 c.p.p. esclude la legittimità dei mezzi di *imaging* su richiesta della pubblica accusa, mancando in questo caso anche l'elemento compensativo a favore della presunzione d'innocenza.

Dunque, le porte del processo rimangono chiuse alle *neuroimaging*, se l'oggetto della prova coincide con la volontà della persona, tale ipotesi ricorre quando la prova non esiste al di fuori della sua libertà morale, il che sottolinea la *ratio* della difesa in esame: l'integrità della dimensione psicologica.

Cosa diversa si avrebbe se le tecniche di esternalizzazione dimostrassero deficienze neuronali o devianze mentali, le quali esistono a prescindere dalla volontà. In questo caso la persona rileverebbe come fonte di prova reale, perché ciò che si vuole ricercare è un elemento diverso dalla sua dichiarazione, che esiste indipendentemente dall'attivarsi[69]. Ebbene, queste prove potranno

[68] Così la Corte d'appello di Brescia, 15/7/2020, n. 1683, 19; preceduta da quella di Salerno, 10/02/2017, n. 2575 nel rifiutare l'utilizzo di prove neuroscientifiche di *memory detection* come la I.A.T. (*Autobiographical-Implicit Association Test*) e la T.A.R.A. (*Timed Antagonistic Response Alethiometer*), utilizzate per indagare la memoria di un soggetto. Neanche il consenso dell'interessato vale a superare il divieto dell'art. 188 c.p.p.; diversamente, il Tribunale Cremona, sez. uff. indagini prel., 19/7/2011, n. 109, che le ha ammesse pur mantenendo in capo al giudice il ruolo di *peritus peritorum* nell'accertare l'autenticità del ricordo. Così anche il Tribunale Como, sez. uff. indagini prel., 20/5/2011, n. 536, sull'utile impiego delle neuroscienze da parte del giudice per valutare la malattia mentale.

In tema di scientificità delle acquisizioni, fondate sulle I.A.T. e T.A.R.A., è ancora viva la *querelle* tra Corte d'appello di Catanzaro che, con decisione del 9/1/2012, dichiarava inammissibile l'istanza di revisione fondata sulle prove neuroscientifica, e la Cass. pen., sez. V, sent., 26/3/2013, n. 14255, la quale invece censurava la decisione, assumendo la perizia come prova nuova se basata su nuove acquisizioni scientifiche, rimettendo la causa alla Corte d'appello di Salerno, che, 16/12/2016, invece confermò l'inaffidabilità degli esiti della perizia neuroscientifica.

[69] G. Calimà, *Rapporti tra neuroscienze e libertà personale nel processo penale italiano*, in *http://www.salvisjuribus.it/rapporti-tra-neuroscienze-e-liberta-personale-nel-processo-penaleitaliano.*

essere oggetto di un significativo apprezzamento del giudice nella misura in cui siano rese visibili. Anche se, stando all'insegnamento della Corte Suprema USA[70], le anomalie neuronali non bastano a dichiarare la non imputabilità della condotta al suo autore, non essendo sufficienti a spezzare il nesso causale tra condotta e colpevolezza. La Corte non ha accettato conseguenze così estreme, salvo in caso di imputati minorenni, ma dall'altro canto ha riconosciuto la rilevanza della prova neuronale almeno ai fini dell'entità della pena in quanto questo tipo di prove, mettendo in luce le caratteristiche neuronali del reo, interviene sull'elemento soggettivo della colpa e quindi ha effetti sul *quantum* edittale. Quanto detto conferma la necessità di distinguere la prova-volontà da quella fatto, essendo solo la seconda ammessa nel nostro processo.

L'ingresso delle prove neuronali incontra nel nostro ordinamento un ulteriore limite, questo dettato a garanzia della libertà valutativa del giudice[71] e non del foro interno dell'individuo. Quindi, questo limite ci riconduce al filo principale delle nostre riflessioni: l'azione di regolamento di confini tra il giudice e l'intelligenza artificiale. Secondo un principio basilare del processo il giudice è l'unico *dominus* delle prove, decidendo sulla loro veridicità o falsità. Questa dominanza assoluta del giudice impedisce che le prove di *neuroimaging* siano sorrette da una valutazione legale tipica, perché il processo è allergico alle significazioni *ex lege* insuperabili dal giudice, il solo legittimato a stabilire il valore da assegnare alla prova, libero da vincoli precostituiti, pur se dettati da evidenze tecnico-scientifiche.

Accenniamo a un'ultima questione: l'onerosità delle prove in esame. Quanto affermato costringe il decisore politico a una scelta: renderle disponibili anche a chi non se le può permettere o riservarle alla sola parte in grado di pagarle? Se il legislatore optasse per la seconda ipotesi, comprometterebbe la parità processuale delle parti[72] in danno di chi è meno fortunato. Ma una tecnica umano-centrica ha il dovere di giovare in ugual misura ai ricchi quanto ai poveri; ne conseguirebbe l'imputazione dei costi delle prove al soggetto pubblico, tenuto a sostenerle per tutti. Chi invece proponesse una visione più

[70] N.A. Farahany, *Neuroscience and behavioral genetics in US criminal law: an empirical analysis*, cit., 504; S.J. Morse, *Neuroscience and Law: Conceptual and Practical Issues*, in *Neuroscience and Law. Complicated Crossings and New Perspectives*, a cura di A. D'Aloia, M.C. Errigo, Berlino, 2020, 416-417.

[71] A.A. Dalia, M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2018, 818.

[72] A. D'Aloia, *Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti di un principio 'sconfinato'*, in *Rivista AIC*, 4, 2021, 94; M.C. Errigo, *Neuroenhancement and Law*, in *Neuroscience and Law. Complicated Crossings and New Perspectives*, cit., 2020, 23, 203-206 e Id., *Neuroscienze e diritto. Un punto di vista costituzionale*, Napoli, 2022, 265-266.

radicale dell'uguaglianza sostanziale fino a ritenere che essa possa imporre al legislatore di riservare benefici in misura maggiore a chi è rimasto indietro per permettergli di colmare la distanza con chi è avanti, interpreterà il diritto alle prove neuronali come variabilmente gratuito o oneroso a seconda delle possibilità economiche del suo titolare al fine di equiordinare coloro che erano inizialmente svantaggiati.

Il nostro discorso si sta allontanando dal diritto positivo perché le esiguità dei bilanci nazionali non possono assicurare la gratuità delle prove costose con la conseguenza che la coppia uguaglianza formale-sostanziale dovrebbe vietarne l'uso a chiunque in nome della parità delle armi processuali, o, detto in termini economici, dell'*equal playing field*.

Spetterà alla politica europea la decisione in merito.

7. *Le conclusioni che interrogano*

Le tre direttrici prima illustrate – l'intelligenza *ante causam* in aiuto alla parte; l'intelligenza nel processo in aiuto al giudice; e l'intelligenza in aiuto alle prove neuroscientifiche – sostanziano l'interrogativo iniziale di questo lavoro: perché l'individuo ha diritto a essere giudicato da un suo simile. In precedenti scritti abbiamo ragionato di tecnica *friendly* e di intelligenza artificiale «constitutional by design»[73], concetti che ci sono serviti in questo lavoro per tracciare l'ideale linea di confine tra il supporto predittivo, operante secondo la logica statistico-meccanica, e l'azione cognitivo-valutativa del giudice, obbediente ai principi di causalità e responsabilità personale. Questa diversità *procedendi* comporta che le due azioni abbiano attributi diversi: quella umana si caratterizza per la porosità interpretativa e l'elasticità giurisdizionale, quella meccanica per l'efficienza e la stabilità dei suoi esiti predittivi. Se la mente artificiale si sostituisse a quella del giudice, creerebbe un diritto fermo nel tempo perché riproporrebbe nel presente ciò che è stato nel passato. L'attuale concezione evolutivo-sistematica del diritto lascerebbe il posto a una visione conservatrice dell'ordine giuridico, bloccato a replicare per l'avvenire uno schema riproduttivo dell'*id quod plerumque accidit*[74], la cui grammatica si comporrebbe di *arcana* tecnici imperscrutabili e di decisioni automatiche inspiegabili, non diversamente da come lo erano gli antichi misteri del diritto.

[73] Ci sia consentito il rinvio a un nostro lavoro, *Towards an 'Algorithm Constitutional by Design',* cit., parag. 6; e con argomenti diversi a: O. Pollicino, *Potere digitale*, in *Potere e Costituzione*, a cura di M. Cartabia, M. Ruotolo, in *Enc. Dir*, vol. V, Milano, 2023, par.i 9-10.

[74] C. Casonato, *Giustizia e intelligenza artificiale: considerazioni introduttive*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2, 2021, 362.

L'*A.I. Act* non fa confusione tra le due menti, assegnando infatti alla mente meccanica una posizione accessoria[75] rispetto a quella umana nell'attività di *iuris dictio*. L'Atto europeo nell'acquisire la funzione giurisdizionale al modello dell'intelligenza ad alto rischio chiarisce (All. III, al n. 8)[76] che: «I sistemi di IA» sono destinati «ad assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti…». Se assistere significa aiutare, sempre che l'aiutato lo voglia, il giudice allora non è obbligato a ricorrere al supporto automatico, perché in tal caso il legislatore europeo avrebbe dovuto esprimersi con un verbo diverso. In conclusione, se in sede giurisprudenziale la facoltà del giudice mutasse in obbligo, la futura norma interna contrasterebbe con l'assetto europeo, fermo restando che la natura regolamentare dell'*A.I.Act* non richiede alcuna intermediazione legislativa e la prevalenza del diritto dell'Unione non consente ai giudici di leggere il diritto in difformità dal dettato europeo, quale sarebbe quella che ipotizza l'obbligo per il giudice di avvalersi della macchina.

L'ancillarità dell'I.A. alla decisione del giudice si comprende in ragione della natura della *iuris dictio*: irriducibile a un mero calcolo matematico, né identificabile nel rigido sillogismo per cui 'se c'è A, ci deve essere B'. Invero, l'accertamento della materialità di una condotta non è sufficiente a perfezionare la fattispecie dell'illecito, che per completarsi richiede il giudizio sulla colpevolezza del suo autore. Ebbene, pesare il grado di questa imputazione psicologica non è un'operazione algebrica dall'esito incontrovertibile, bensì una valutazione cognitiva che solo la mente umana è al momento in grado di compiere.

Quanto accade a livello di processo è anticipato da un movimento dell'intelletto sul terreno della *iuris latio*; in questo ambito la mente umana è ancora l'unica risorsa capace di disegnare regole precauzionali, efficacemente anticipatorie del rischio, misurate sulla sua entità e probabilità di avveramento, capaci di generare flussi informativi eloquenti e in grado di creare algoritmi interrogabili dall'intelligenza umana.

Nel corso del lavoro la nostra riflessione si è spostata poi sul terreno istituzionale del rapporto potere giudiziario/I.A., dove abbiamo osservato che un'I.A. che pretendesse di sostituirsi alla mente del giudice comprometterebbe i principi costituzionali dell'autonomia e imparzialità del potere giudiziario perché assegnerebbe al giudice un nuovo superiore gerarchico, la

[75] Impostazione seguita anche dalla recente UK *Artificial Intelligence Guidance for Judicial Office Holders*, 12.12.2023, in *https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2023/12/AI-Judicial-Guidance.pdf*, pur con scostamenti dal modello europeo.

[76] Allegati della Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, punto 8, lett. a), cit.

tecnica, contro l'espresso dettato costituzionale che lo vuole sottoposto solo alla legge[77].

Del resto, la superiorità dell'intelletto umano su quello automatizzato è alla base dell'impostazione europea che impone al: «processo decisionale finale … di rimanere un'attività a guida umana» (*Considerandum* 61).

Questa superiorità implica un certo modo di essere della relazione giudice/I.A., impostata non sul piano dell'equiordinazione, bensì sul diverso paradigma dell'ausiliarietà della seconda al primo. Questo disegno esprime la tensione politica europea verso un unico ecosistema digitale centrato sull'individuo; un individuo questo, che pretende dal legislatore nuove situazioni giuridiche soggettive, i diritti digitali verso l'I.A., ma pronto ad assumersi i nuovi impegni individuali e solidali dettati dalla tecnica a guida umana.

Questa è l'impostazione ideologica dell'*A.I.Act*, la cui piena realizzazione nell'articolato normativo va peraltro verificata. Infatti, nel momento in cui il legislatore europeo ha dovuto scegliere un modello intelligente, ha optato per un idealtipo tendenzialmente privatistico, e non pubblicistico come l'umanesimo digitale avrebbe richiesto, almeno per quanto riguarda il sistema dei controlli, che non sono all'altezza del compito di assicurare l'osservanza obiettiva delle regole prudenziali.

Da qui il dubbio se il legislatore abbia davvero voluto rafforzare la fiducia dei cittadini nei processi automatizzati, visto che non ha posto le condizioni necessarie perché ciò accada. Dunque, emerge una contraddizione di fondo: nei *consideranda* il decisore politico promette la centralità della persona e il suo dominio sulla macchina, nell'articolato normativo dimentica la promessa fatta. Il controllo *in house*, la *self-risk assessment* e la *self-filter clause*[78] offrono ai cittadini certezze vuote, rilasciano patenti di legittimità, generano affidamenti ingiustificati per situazioni apparentemente legali, ma sostanzialmente illecite.

Siamo consapevoli di aver posto molte domande offrendo solo risposte in divenire, ma altro non potevamo fare in presenza di una tecnica in rapida evoluzione e di un diritto in costante tensione. Alle finte certezze abbiamo preferito un 'caos aperto' che affidiamo alla riflessione di chi verrà dopo di noi.

[77] Preoccupazioni analoghe sono espresse da E. Longo, *Giustizia digitale e Costituzione. Riflessioni sulla trasformazione tecnica della funzione giurisdizionale*, Milano, 2023, 351 ss.

[78] Si tratta di una clausola, riscritta dal Trilogo rispetto alla sua precedente formulazione, con cui l'imprenditore ha possibilità di autodichiarare che la sua I.A., pur appartenendo alla categoria delle intelligenze ad alto rischio, ne rimane fuori come eccezione prevista *ex lege*. Anche la *filter clause* prova troppo sia perché le eccezioni sono scritte in termini così vaghi da prestarsi a essere dilatate, sia perché possono esibire come titolo la mera autodichiarazione. Anche in questo caso il sistema si accontenta di ciò che afferma l'imprenditore senza sottoporre il suo dire a un preventivo vaglio autoritativo (art. 6, co. 2 a).

Sandro De Nardi[*]

SULLA SOGGEZIONE DEI MAGISTRATI AL DOVERE DI CORRETTEZZA COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Premessa. Il ruolo (cruciale) rivestito dalle norme di correttezza costituzionale per garantire il buon funzionamento del sistema. – 2. Cenni critici sulla supposta estraneità all'ordinamento (e al diritto) delle norme di correttezza costituzionale. – 3. Magistratura e soggezione al «dovere di correttezza costituzionale». – 4. Un cenno conclusivo.

1. *Premessa. Il ruolo (cruciale) rivestito dalle norme di correttezza costituzionale per garantire il buon funzionamento del sistema*

In dottrina è stato autorevolmente evidenziato che «nessuna organizzazione costituzionale, può soddisfacentemente esistere e operare senza un fondamentale atteggiamento di lealtà dei suoi appartenenti. Tale atteggiamento non sempre e necessariamente si esaurisce nell'osservanza di specifiche norme giuridiche: queste possono mancare mentre, al contrario, vi possono essere pratiche formalmente conformi a specifiche disposizioni giuridiche che, ciononostante, mettono in difficoltà il funzionamento delle istituzioni costituzionali attraverso l'abuso del diritto costituzionale»[1]. Muovendo da tale premessa, si è contestualmente ricordato che si «parla di correttezza costituzionale come di quell'atteggiamento che pospone la convenienza particolare alle esigenze del buon funzionamento del sistema costituzionale. Le massime di comportamento di chi agisce così costituiscono le norme della correttezza costituzionale»[2];

[*] Associato di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Padova, sandro.denardi@unipd.it.

[1] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Correttezza costituzionale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 1.

[2] Così, ancora, G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 1. Com'è noto, quella su riportata rappresenta solamente una delle molteplici definizioni di cosa debba intendersi per «correttezza costituzionale»: la cui nozione – spesso ignorata o meramente accennata dai manuali di diritto costituzionale – ha costituito oggetto di approfondimento da parte di diversi studiosi della materia, che hanno fornito ricostruzioni alquanto eterogenee sia sul contenuto – *i.e.* sulla attinenza materiale – delle relative regole, sia sui caratteri distintivi di queste ultime rispetto ad altre regole costituzionali non scritte (in raffronto, in particolare, a quelle convenzionali); per approfondimenti in argomento sia consentito rinviare – senza pretesa di esaustività – agli scritti di: Q. CAMERLENGO, *Il cerimoniale, tra Stato e Regioni, e la correttezza costituzionale*, in *le Regioni*, 2009, 763 ss.; F. SACCO, *Correttezza (dir. cost.)*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, II, 1536 ss.; AA.VV., *Norme di correttezza costituzionale, convenzioni ed indirizzo politico*, a cura di G. Mor, S. Ninatti, Q. Camerlengo, G.E. Vigevani, Milano, 1999; G.U. RESCIGNO, *Ripensando le convenzioni costituzionali*, in *Pol. Dir.*, n. 4/1997, 499 ss. (spec. 516 ss.); M. BERTOLISSI-R.

nel contempo, si è altresì sottolineato che le regole in esame[3] presentano alcuni peculiari elementi distintivi, posto che:

a) in primo luogo, hanno un carattere assoluto: nel senso che «la loro esistenza (e il 'dovere' di correttezza che ne deriva) non dipende da una correlativa aspettativa da parte di terzi soggetti, come nel caso delle convenzioni che sulla previsione della aspettativa si fondano»[4];
b) in secondo luogo, sono indubitabilmente legate ai caratteri dell'organo cui si riferiscono, caratteri che sono individuati prima di tutto dalla Costituzione: sono cioè regole «non autonome ma accessorie, che hanno la loro ragion d'essere in quanto determinate dal (e determinative del) modo corretto di interpretare il "senso" attribuito dalla Costituzione agli organi costituzionali»[5].

Nonostante la loro natura accessoria, trattasi di regole che, se talvolta rappresentano addirittura un indispensabile presupposto su cui si fondano quelle costituzionali, sono comunque essenziali ed irrinunciabili[6] al fine di «colmare

MENEGHELLI, *Lezioni di diritto pubblico generale*, Torino, 1996, 196 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, Padova, IV ed. aggiornata da F. Crisafulli, 1993, 199; S. ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale*, in S. Romano, *Scritti minori*, raccolti e pubblicati a cura di G. Zanobini, Milano, 1990 (ristampa dell'edizione del 1950), I, *Diritto costituzionale*, 331 ss.; A. REPOSO, *Le regole di correttezza costituzionale nel sistema delle fonti fatto*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1978, I, 259 ss.; G. TREVES, *Correttezza costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 716-717; A. TESAURO, *La consuetudine costituzionale e le norme di correttezza costituzionale*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1955, I, 189 ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le norme della correttezza costituzionale,* Milano, 1939.

[3] Sembra opportuno precisare che in questa sede si impiegherà esclusivamente la locuzione «regole», pur nella consapevolezza che – a rigore – per talune di esse sarebbe più corretto impiegare la locuzione «principi»: trattandosi, a ben vedere, di norme dal contenuto invero generale e non circostanziato.

[4] Naturalmente, «vi può essere e normalmente vi è una aspettativa di correttezza, ma non è questa che crea la regola, semmai il contrario» (così G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 2). Al riguardo va peraltro rammentato quanto osservato da S. BARTOLE, *Norme di correttezza ed indirizzo politico*, in AA.VV., *Norme di correttezza costituzionale, convenzioni ed indirizzo politico*, cit., 16, secondo cui «una regola di correttezza, per la quale non vi sia aspettativa, difficilmente troverà osservanza nel tempo e vedrà, quindi, perpetuarsi la sua esistenza al di là di una prima, occasionale, sua affermazione».

[5] È ancora l'opinione di G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 2.

[6] Anche perché «non conviene, del pari, regolamentare con le rigide norme del diritto, scritto o non scritto, tutti i rapporti e gli istituti dell'ordinamento costituzionale, in maniera da lasciare, invece, una certa qual latitudine, o indeterminatezza, nelle delineazioni medesime, e così permettere alle sempre mutevoli esigenze sociali di successivamente adattarvisi, mediante l'intervento più cedevole e plasmabile delle norme della "correttezza costituzionale", senza determinare bruschi sconvolgimenti. È noto, inoltre, che parecchie norme di correttezza sarebbero, di per sé, ben difficilmente convertibili in nette formulazioni giuridiche, in quanto esse si presentano, non di rado, idonee a concretizzarsi, e ad assumere un'effettiva consistenza, solo in

i vuoti creati dall'inevitabile e necessaria elasticità delle norme costituzionali e contribuire, in tal modo, alla stabilità e al funzionamento dell'assetto costituzionale»[7]. Pertanto va da sé che la loro osservanza – sia da parte dei singoli individui che, come tali, sono investiti di determinate funzioni pubbliche di rango costituzionale (e non solo, ad avviso dello scrivente), sia da parte delle istituzioni di rango costituzionale (e non solo, ad avviso dello scrivente) impersonalmente e oggettivamente considerate – non soltanto è opportuna ma è addirittura necessaria: il tutto, si badi, ancorché nella suprema fonte normativa della Repubblica italiana non sia (verosimilmente) rinvenibile un esplicito richiamo ad esse[8].

2. *Cenni critici sulla supposta estraneità all'ordinamento (e al diritto) delle norme di correttezza costituzionale*

Stando all'opinione generale, che in dottrina è di gran lunga maggioritaria, le regole di correttezza costituzionale rimarrebbero al di fuori della sfera del diritto[9]: non farebbero cioè parte integrante dell'ordinamento, non essen-

rapporto alla pratica attuazione di determinate fattispecie, atteggiandosi in modi diversi secondo le contigentalità del caso» (in questi condivisibili termini si è espresso P. Biscaretti di Ruffia, *op. cit.*, 123-124).

[7] Così M. Bertolissi, R. Meneghelli, *op. cit.*, 199, i quali criticano altresì – ivi, 199-200 – il paragone che solitamente si usa fare in dottrina tra le norme di diritto privato che rinviano esplicitamente alle regole sociali del buon costume, dell'equità, della correttezza ecc. e le regole della correttezza costituzionale.

[8] Un richiamo implicito ad esse è stato da più parti individuato nella previsione recata dall'art. 54, secondo comma, Cost.: cfr., al riguardo e tra gli altri, G. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 175 ss.; P. Grossi, *Giuramento (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 148; L. Ventura, *Commento all'art. 54*, in Aa.Vv., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1994, 117.

[9] La suddetta tesi è stata autorevolmente sostenuta, *in primis* e tra gli altri, da S. Romano, *op. cit.*, 346, il quale ha evidenziato che la correttezza costituzionale non è diritto, per quanto rappresenti «un "sottinteso" della Costituzione e può essere di importanza tale da costituire addirittura il fondamento essenziale di qualche sua parte», divenendo pertanto indispensabile al diritto, «sorregge, circonda, alimenta, vivifica, integra il diritto». In argomento, P. Grossi, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 1 ss., ha osservato – commentando per l'appunto l'opinione di Santi Romano – che «correttezza costituzionale non è diritto ma "viene a formare una specie di tramite molto interessante tra morale e diritto". Siamo alle soglie del giuridico, in quelle terre di confine che lo attraggono irresistibilmente perché è proprio esplorando in queste zone generalmente disertate che si ha la percezione del trasformarsi di una regoletta di cerimoniale, di cortesia, di rispetto, di onore in autentico diritto. Il fatto – il mero fatto – della regoletta ha bisogno soltanto di una sua durevolezza nel tempo lasciando quel limbo dell'effimero dove il diritto non riesce a germinare. È rilevante sottolineare che a quel mero fatto è necessario, nella visione romaniana, non benedizioni e appropriazioni ufficiali, ma unicamente l'innervarsi in un altro fatto – la durata – che

do qualificabili come norme giuridiche in senso stretto[10] (tant'è che taluno[11] è giunto persino ad affermare – peraltro in modo apodittico – che le prime si contrapporrebbero alle seconde). Questa tesi, pur essendo sostenuta da tanti autorevoli studiosi, non appare però pienamente convincente: valga al riguardo qualche sintetica considerazione critica.

In primo luogo, se è vero che le norme in esame sono «regole formali, regole simboliche … quindi regole sprovviste di fondamento teorico», tuttavia è altrettanto vero che sono regole «di cui la vita costituzionale dello Stato non può fare a meno»[12]: a tal punto che la loro eventuale violazione può essere tollerata solamente se saltuaria, mentre «se dovesse diventare costante, diffusa, imprevedibile, non sarebbe più sopportabile, perché metterebbe a rischio la vita stessa dell'assetto costituzionale dello Stato»[13]; ora, se così stanno le cose, è d'uopo domandarsi: per quale motivo «queste regole, che sono necessarie, tanto quanto le norme legislative; che non sopportano, tanto quanto le norme legislative, una violazione diffusa ed imprevedibile, che presuppongono, come esse, la nozione di autorità legittima, che traggono, come le norme consuetudinarie, la propria forza dall'*usus*, dovrebbero restare fuori dalla cinta ufficiale del diritto?»[14].

rende effettivo il meramente episodico. La regola di correttezza non ha bisogno di un mantello formale e ufficiale, ossia di misurarsi nella dimensione della validità; le basta, al contrario, di irrobustirsi nel bagno salutare della effettività».

[10] Sul punto sia concesso rimandare, tra gli altri, agli scritti di: O. Ranelletti, *La consuetudine come fonte del diritto pubblico interno (costituzionale e amministrativo)*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1913, I, 171-172, n. 3; C. Girola, *Le consuetudini costituzionali*, in *Studi urbinati*, V, 1931, 84; E. Crosa, *Diritto costituzionale*, Torino, 1941, 27; F. Pergolesi, *Saggi su le fonti normative*, Milano, 1943, 21; G. Treves, *op. cit.*, 716; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, I, Bologna, 1997, 197; P. Caretti, U. De Siervo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1998, 708; R. Bifulco, *Diritto costituzionale*, Torino, 2020, 292; L. Paladin, L.A. Mazzarolli, D. Girotto, *Diritto costituzionale*, Torino, 2023, 406, ove si evidenzia che le regole di correttezza costituzionale «non possono – per quanto ripetute – acquistare un valore normativo in mancanza di un preciso aggancio a disposizioni costituzionali».

[11] Ci si riferisce, per la precisione, a quanto affermato da G. Treves, *op. cit.*, 716.

[12] Cfr. M. Bertolissi, R. Meneghelli, *op. cit.*, 198.

[13] Nei suddetti termini M. Bertolissi, R. Meneghelli, *op. cit.*, 198.

[14] Così, condivisibilmente, M. Bertolissi, R. Meneghelli, *op. cit.*, 198, i quali hanno nel contempo osservato che «se fuori dalla cinta ufficiale del diritto possono rimanere solo quelle regole e quei comportamenti che sono considerati di competenza esclusiva della libertà e la cui realizzazione o non realizzazione non esercita influenza alcuna sull'esistenza della società organizzata», un ulteriore quesito che bisognerebbe porsi è il seguente: «come possono essere tenute fuori da questa cinta regole che, come quelle di correttezza costituzionale, influiscono a tal punto sull'esistenza stabile della società organizzata che, senza di esse, la vita costituzionale non potrebbe neppure svolgersi?»; trattandosi di domanda retorica, la risposta è scontata.

In secondo luogo, qualora si sia disposti a ritenere[15] che le regole di correttezza costituzionale siano implicitamente stabilite dalla Legge fondamentale della Repubblica al fine – ripeterlo giova – di garantire il buon funzionamento di quel sistema costituzionale che nella predetta Legge è stato esplicitamente codificato, per quale ragione si dovrebbe negare[16] loro il carattere giuridico che invece spetta a quelle che sono state esplicitate?

In terzo luogo, neppure appare persuasiva l'affermazione secondo cui l'eventuale condotta posta in essere in violazione delle norme di correttezza costituzionale sarebbe da qualificare come giuridicamente lecita (stante, per l'appunto, la loro non giuridicità) ma comunque costituzionalmente scorretta[17]; in proposito, si è infatti già osservato, in modo ineccepibile, che «se il comportamento è giuridicamente lecito, la scorrettezza costituzionale che gli si imputa non può essere che di natura politica. Ma come può un comportamento censurabile solo sotto il profilo politico, interessare il giurista normativista? Se l'oggetto della sua specifica attività intellettuale è il diritto e se il diritto è un sistema di norme, considerato indipendentemente dalla società organizzata di cui fa parte, non si vede quale interesse possano avere per lui regole di convivenza a cui esplicitamente nega il carattere della giuridicità ed a cui, implicitamente, riconosce il carattere della politicità»[18].

In quarto e ultimo luogo, chi asserisce che le regole di correttezza costituzionale non sono diritto sostiene, a ben vedere, «che non hanno le caratteristiche proprie delle regole che vengono chiamate giuridiche, ma non dice che non adempiono alla medesima funzione; non dice che non rientrino nel quadro dei mezzi di cui il sistema di potere politico istituzionalizzato si serve per rendere stabile e duratura la società»[19]; quest'ultima, infatti, per organizzarsi al meglio, si serve oltre che delle norme propriamente giuridiche anche di altri mezzi, segnatamente di altre regole: tra le quali vanno per l'appunto ricomprese anche quelle della correttezza costituzionale che, unitamente a quelle giuridiche, «adempiono alla comune funzione di garantire l'esistenza effettiva dell'ordina-

[15] Come sostenuto da A. Tesauro, *op. cit.*, spec. 199 ss.

[16] Al pari di quanto fa, per l'appunto, A. Tesauro, *op. cit.*, 199 ss.

[17] La suesposta affermazione è di P. Biscaretti di Ruffia, *Correttezza costituzionale*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1959, 877.

[18] Così, ancora, M. Bertolissi-R. Meneghelli, *op. cit.*, 200, i quali hanno proseguito il loro ragionamento evidenziando – ivi, 200-201 – che affinché «la scorrettezza costituzionale possa interessare il giurista bisogna che questi consideri il diritto sì come un sistema di norme, ma come un sistema di norme, non disgiunto, ma congiunto alla società organizzata; come un sistema di norme che fa ed è parte o aspetto particolare di questa società. Ma questa non sembra la concezione del diritto che, nella generalità dei casi, il giurista presuppone allorquando distingue la liceità giuridica dalla scorrettezza costituzionale di un comportamento».

[19] Cfr. M. Bertolissi, R. Meneghelli, *op. cit.*, 201.

mento, e quelle e queste fanno egualmente parte dell'ordinamento. Ma se fanno entrambe parte del medesimo ordinamento, come si può dire che sono diritto solo quelle chiamate giuridiche? Come si può affermare che quelle chiamate di correttezza costituzionale, pur facendo parte del medesimo ordinamento, non sono diritto?»[20]. Sempre in argomento, non decisiva appare la circostanza che l'eventuale violazione delle regole in questione non determinerebbe l'irrogazione di sanzioni giuridiche in senso proprio: posto che l'utilizzo del criterio in questione – *i.e* la necessità che sia prevista una sanzione coattiva – «ha mostrato nel tempo una scarsa attendibilità»[21], ove si consideri che nell'ordinamento vi sono norme giuridiche che sono sprovviste di sanzione[22].

Orbene, come emerge da quanto sinteticamente precede, la ricorrente esclusione delle norme di correttezza costituzionale dal campo del diritto è davvero molto problematica sotto il profilo dogmatico: tant'è che chi scrive – anche sulla base di argomentazioni ulteriori rispetto a quelle qui accennate – è giunto alla conclusione di dover aderire alla (isolata ma) autorevole opinione dottrinale secondo cui «le regole di correttezza, e persino quelle del cerimoniale e dell'etichetta assorgono (…) al livello delle norme giuridiche»[23].

3. *Magistratura e soggezione al* «dovere di correttezza costituzionale»

Ciò che in questa sede più preme evidenziare è la circostanza, quasi sempre trascurata in dottrina (sia dagli studiosi di diritto costituzionale, sia dagli stu-

[20] Nei termini suddetti M. Bertolissi, R. Meneghelli, *op. cit.*, 201-202; gli Autori concludono il ragionamento osservando che «l'esclusione che viene generalmente fatta delle regole di correttezza costituzionale dal campo del diritto, l'affermazione che non fanno parte dell'ordinamento, deriva dal fatto di considerare le norme chiamate giuridiche come strumenti esclusivi di organizzazione; e il considerarle come strumenti esclusivi di organizzazione deriva, a sua volta, dal fatto di considerarle disgiuntamente dalla società organizzata e dall'incoercibile tendenza che questa ha di affermare se stessa *incondizionatamente*. Dunque, *che le regole di correttezza costituzionale facciano o meno parte dell'ordinamento e, per questa ragione, si possano o meno considerare come diritto, dipende esclusivamente dalla concezione rispettivamente normativistica o istituzionalistica dell'ordinamento*» (il corsivo è testuale).

[21] Così Q. Camerlengo, *op. cit.*, 772.

[22] In ogni caso in dottrina si è di recente rimarcato che la violazione delle regole di correttezza costituzionale può comunque dar luogo a «sanzioni che possono produrre effetti non meno rilevanti di quelle giuridiche, tanto più in una società prevalentemente massmediatica come la nostra, nella quale l'immagine pubblica degli individui e la loro reputazione tendono ad assumere un peso sempre maggiore»: in tal senso M. Giampieretti, *Il principio costituzionale dell'«onore» (art. 54, comma 2, Cost.) e la sua efficacia prescrittiva*, in *Quad. cost.*, n. 2/2024, 357.

[23] È l'opinione di F. Modugno, *Fonti del diritto. I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, 17; il medesimo autorevole studioso è ritornato sull'argomento anche di recente in Aa.Vv., *Diritto pubblico*, a cura di F. Modugno, Torino, 2023, 253-254, (ri)affermando la predetta conclusione.

diosi di ordinamento giudiziario), che l'osservanza delle regole di correttezza costituzionale si impone anche ai magistrati: potendo anch'essa, non a torto, essere fatta rientrare nel novero dei "doveri" – francamente poco importa se giuridici o meno – che essi sono chiamati a rispettare al succitato fine di contribuire, per quanto di rispettiva competenza, a garantire il buon funzionamento del sistema costituzionale. Sullo specifico punto vale dunque la pena di soffermarsi, sia pure brevemente[24]: rammentando anzitutto due (minoritarie) opinioni dottrinali che allo specifico riguardo si sono già espresse favorevolmente.

La prima è quella sostenuta da Gustavo Zagrebelsky[25], il quale ha sottolineato che dal carattere imparziale della carica rivestita dai magistrati discende (pure) uno speciale dovere di correttezza costituzionale: che, a mero titolo esemplificativo, per un verso impone loro di astenersi «da attività partigiane, anche fuori dell'esercizio delle funzioni che sono loro confidate»; per altro verso, stante la «discrezione che dovrebbe accompagnare l'amministrazione della giustizia», induce a «ritenere scorretto ogni atteggiamento dei giudici da protagonisti politici, ogni iniziativa di tipo pubblicitario sulla propria attività (a meno che ciò non serva a difenderne l'indipendenza contro iniziative esterne a loro volta scorrette)».

La seconda è quella sostenuta da Giovanni Bognetti[26] secondo cui se i «cittadini, in forza dell'articolo 21 della Costituzione, hanno il diritto di criticare leggi e sentenze», viceversa «per gli organi dello Stato entra in gioco la logica della divisione dei poteri, che, tra l'altro, implica obblighi di riserbo e di indiretto supporto nei confronti degli organi che svolgono le altre funzioni statali, e dunque anche una certa limitazione alla facoltà di esprimersi»; in concreto, e sempre a titolo esemplificativo, «la condanna affidata alla stampa o alla televisione da parte dei magistrati di una legge o di un provvedimento di altro potere costituisce una seria violazione di quelle regole di correttezza costituzionale che dovrebbero presiedere ai rapporti tra i poteri»[27].

[24] Con riserva di affrontare *funditus* la questione in altra sede, data l'importanza, invero decisiva, che essa riveste.

[25] Cfr. G. Zagrebelsky, *op. cit.*, 3.

[26] Si fa riferimento, nei virgolettati che immediatamente seguono nel corpo del testo, alle affermazioni di G. Bognetti, *Considerazioni sul potere giudiziario*, in *Crit. pen.*, 1994, 444.

[27] Così G. Bognetti, *op. cit.*, 445; l'Autore sviluppa il ragionamento osservando – ivi – che quelle di correttezza costituzionale sono «regole dotate di una certa elasticità, specie in situazioni di generale crisi istituzionale. Ma l'importanza di rispettarle per quanto possibile scrupolosamente non può venir messa in dubbio. Comportandosi in modo diverso i giudici avviano il Giudiziario fuori dai binari della funzione che a esso assegna la Costituzione, preparando sui tempi lunghi situazioni in cui, davanti agli occhi del pubblico, il Giudiziario, se schierato compattamente, sarà divenuto un formidabile gruppo di pressione politica, che gli avversari avranno diritto di combattere con tutti i mezzi propagandistici che si usano nella lotta tra partiti; e, se

Ora, come si vede, entrambi gli studiosi appena citati sostengono la persuasiva tesi che dalle regole di correttezza costituzionale discendono – perlomeno, e sicuramente, di fatto – una serie di limiti non già alla titolarità quanto piuttosto all'esercizio di determinati diritti di libertà che senza ombra di dubbio competono anche ai magistrati: fra i quali possiamo qui limitarci a citare il diritto costituzionale di manifestare liberamente il proprio pensiero[28]. Quest'ultimo, infatti, incontra delle restrizioni che si ricollegano tanto alla natura della funzione esercitata quanto alla qualifica rivestita dai magistrati; limiti che di fatto, ripeterlo giova, vanno ad integrare quelli che in ipotesi sono propriamente codificati dal legislatore (la cui violazione, ad esempio, potrebbe essere sanzionabile disciplinarmente[29]): il tutto per la semplice ma decisiva ragione che anche le regole di correttezza concorrono a garantire determinati principi costituzionali di primario rilievo nell'ambito dell'ordinamento della magistratura, come quelli di imparzialità e di indipendenza, che – si noti

diviso al suo interno, offrirà lo spettacolo avvilente di fazioni duplicanti la lotta già in corso tra i partiti, con la sola aggiunta (inutile) delle toghe sulle spalle dei contendenti. Quando poi i singoli giudici di fronte a una legge o a un atto avente forza di legge avvertissero insorgere dentro di sé un insopprimibile caso di coscienza, e non potessero con le tecniche ammesse dal mestiere correggere o far correggere le ingiustizie delle norme, resterebbero loro varie maniere per sottrarsi all'obbligo intollerabile di applicare un diritto ingiusto; fino naturalmente al passo estremo e ultimo delle dimissioni. Maniere che dovrebbero però venir utilizzate individualmente e senza chiasso, se un giudice vuol restare giudice e vuole rispettare i principi che regolano il ruolo del Giudiziario nella divisione dei poteri».

[28] Sul rilievo che dovrebbero rivestire le regole della correttezza costituzionale anche nel limitare – di fatto e spontaneamente – l'esercizio della libertà di espressione da parte dei magistrati ordinari professionali sia consentito rinviare a S. De Nardi, *La libertà di espressione dei magistrati*, Napoli, 2008, *passim*.

[29] Al suddetto riguardo va segnalato che anche S. Prisco, *Le tentazioni del magistrato e l'antidoto della sobrietà*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it,* 20 febbraio 2006, pur non facendo esplicito riferimento alle regole di correttezza costituzionale (ma richiamandole implicitamente, se si è ben inteso il pensiero dell'insigne studioso), ha affermato in modo significativo che «non mi passa nemmeno per la testa di pensare che, solo per avere abbracciato questa carriera, un magistrato cessi – in fatto – di essere un uomo o una donna, con personali passioni e ideali, né credo che sia in questione il suo astratto *diritto* ad essere tale. Tuttavia, da chi ha deciso un giorno di svolgere nella propria vita lavorativa un ruolo arbitrale, non mi sembra troppo pretendere che sia *compos sui*. Anche qui dovrebbe scorrere la sobrietà; dovrebbe insomma guidare una semplice valutazione di *opportunità*, non altro: *noblesse oblige* (e la funzione è tra le più nobili che in assoluto siano pensabili). Confesso che sentire ad esempio rivendicare da un magistrato la propria libertà di manifestazione del pensiero, per legittimare il suo intervento ad un congresso sindacale nel quale egli aveva investito il governo *pro tempore* in carica di veementi espressioni polemiche, mi immalinconisce. (…) Forse basterebbe … un normale sentimento delle istituzioni, anche posseduto solo in modica quantità. Se proprio non può fare a meno di parlare fuori del seminato (ma sarebbe meglio che se ne astenesse), potrebbe almeno un magistrato ricordare che esistono le figure retoriche, nonché l'ironia accanto all'invettiva?».

– vanno salvaguardati anche sotto il non marginale profilo dell'apparenza[30]. (*Per incidens*, si noti che siffatta conclusione vale – dovrebbe valere – per tutti i magistrati, ivi compresi i giudici costituzionali[31]: alcuni dei quali in passato hanno invece dato prova di ignorare e comunque di non osservare elementari regole di correttezza, recando così nocumento al prestigio dell'istituzione di appartenenza[32]).

[30] Sul rilievo che assume anche l'apparenza di imparzialità si veda, da ultimo e per tutti, F. Dal Canto, *I magistrati nell'era dei social tra libertà di espressione ed esigenze d'imparzialità*, in www.giustiziainsieme.it, 1° luglio 2024; sempre in argomento, sia altresì permesso il rimando a S. De Nardi, *op. cit.*, *passim*.

[31] Sulla circostanza che anche per i componenti del suddetto organo di garanzia sussiste la necessità di tutelare l'imparzialità pure sotto il non marginale profilo dell'apparenza si veda R. Bin, *Sull'imparzialità dei giudici costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 2009, 4015 ss., ove si evidenzia – ivi, 4018 – che «La "apparenza di imparzialità" è un'esigenza che vale anche per la Corte costituzionale. Anche chi si è nettamente opposto all'assimilazione della posizione del giudice costituzionale a quella del magistrato ordinario non esita affatto ad accreditare un rigoroso principio di correttezza costituzionale, il quale al giudice costituzionale "impone la sospensione di ogni attività e manifestazione inerente allo status di iscritto, la sottrazione ad ogni vincolo non solo sostanziale, ma anche formale (ad esempio, presenziare a riunioni o a congressi di partito, sottoscrivere «manifesti» o programmi, ecc.), a tutela sia dell'indipendenza di giudizio che del prestigio dell'organo, cioè della fiducia del cittadino in esso". Per cui, dal divieto di attività politica si fa discendere il divieto al giudice costituzionale di "rivelare pubblicamente le sue convinzioni politiche e destare riserve sull'imparzialità nell'esercizio delle sue funzioni", oltre al divieto "di far interferire nel procedimento di interpretazione e di applicazione delle norme giuridiche un criterio di valutazione di natura meramente politica, con il conseguente obbligo di indipendenza ed imparzialità rispetto ai partiti politici"».

[32] Ci si riferisce, a mero titolo esemplificativo, all'episodio – invero imbarazzante – di cui hanno dato conto, tra gli altri, R. Bin, "*In casa mia invito chi voglio e parlo di quello che voglio*", in www.forumcostituzionale.it, 2 luglio 2009, nonché S. Cassese, *Dentro la Corte. Diario di un giudice*, Bologna, 2015, 122-123 [il quale ultimo ha annotato quanto segue: «Può un giudice invitare a cena il presidente del Consiglio dei ministri, insieme al ministro della giustizia, a un altro giudice, al presidente della commissione giustizia di un'assemblea parlamentare, se il primo invitato sarà tra breve oggetto indiretto di una sentenza? Non è tanto il problema dell'invito che importa, quanto l'irata reazione pubblica, con lettera ai giornali (a casa mia faccio quello che mi pare). Interessante che nessuno ricordi il precedente americano. Lì anche non vi sono norme sull'astensione. Nel 2004 il vicepresidente, in prossimità di un giudizio che lo riguarda, va a una caccia all'anatra con il giudice Scalia. La questione diventa di dominio pubblico e viene discussa nei quotidiani. Scalia scrive una lettera di precisazioni. Poi un memorandum ufficiale, pubblicato negli atti della Corte suprema, di 21 pagine, spiegando ogni piccolo dettaglio circa il tempo trascorso con il vicepresidente. Infine, Rehnquist, allora presidente della Corte, invia una nota ufficiale ad alcuni parlamentari. Scalia non si astiene, e ne spiega i motivi, illustrando i precedenti. Stesso problema, stesso contesto, stesso risultato, ma quale differenza di garbo e di correttezza costituzionale! Altro aspetto interessante: nessuno ne parla all'interno; il presidente fa un comunicato evocando la collegialità, poco comprensibile e poco compreso. Discrezione della Corte e nella Corte?]».

4. *Un cenno conclusivo*

Le suesposte considerazioni, schematiche e giocoforza laconiche, concernenti le regole di correttezza costituzionale muovono, all'evidenza, dalla radicata convinzione che sussista una generale e intima interdipendenza tra le stesse e la Carta costituzionale; il che, come si è accennato, non può non riguardare – *ça va sans dire* – anche quella specifica branca dell'ordinamento che, propriamente, concerne il complessivo sistema della magistratura: il cui buon funzionamento richiede, tra l'altro, che da parte dei giudici[33] vi sia non solo l'osservanza dei rigidi doveri eventualmente codificati nelle leggi, ma anche – e prima di tutto – l'adempimento del dovere di correttezza costituzionale (nelle sue varie e flessibili declinazioni) che dovrebbe essere inteso e vissuto non già come una eteronoma costrizione, bensì come un corollario naturale della pubblica funzione rivestita (un dovere che, in quanto tale, merita spontaneo rispetto). Nel dettaglio, le regole di correttezza costituzionale dovrebbero indurre i magistrati ad essere sensibili, ancor prima che al limite della responsabilità, alla responsabilità del limite connesso alla propria professione: pertanto il senso di disciplina interiore, sempre vigile nel magistrato, dovrebbe impedire determinate patologie comportamentali, intervenendo prima che si oltrepassi il limite oltre il quale, putacaso, si travalica nell'infrazione disciplinare o addirittura nell'illecito penale.

Ciò detto, va poi da sé che anche i titolari degli altri poteri dello Stato[34] dovrebbero tenere condotte rispettose del dovere di correttezza costituzionale allorquando si rapportano con il potere giudiziario: il che sarebbe di fondamentale importanza anche per scongiurare il rischio che abbiano a ripetersi alcune delle problematiche istituzionali che in passato si sono appalesate tra politica e magistratura[35], che spesso sono dipese – in tutto o in parte – proprio dalla circostanza che il comportamento dei soggetti di volta in volta coinvolti non ha rispettato il senso della rispettiva funzione, vale a dire quell'etica particolare che per ciascuna di esse viene definita proprio dalle regole della correttezza[36].

[33] *Rectius*: magistrati.

[34] O meglio: da parte dei titolari delle altre istituzioni della Repubblica.

[35] Ad esempio provocando esiziali tensioni tra politica e magistratura (sul tema sia consentito richiamare – tra gli altri – le acute osservazioni di S. Prisco, *Politica e magistratura in Italia: i nodi da sciogliere con pazienza*, in *federalismi.it*, n. 16/2008).

[36] Così G. Zagrebelsky, *op. cit.*, 2, il quale sottolinea – ivi – che «Ogni soggetto pubblico è titolare di funzioni e al senso di ogni funzione corrisponde *un'etica* particolare: l'etica di un soggetto investito di funzioni di giustizia, ad esempio, è diversa da quella di chi è titolare di funzioni di indirizzo; l'etica di un soggetto dotato di rappresentatività generale è diversa da quella di chi rappresenta interessi partigiani e così via. Le regole della correttezza sono quelle che definiscono

Chi scrive nutre la convinzione che, nel nostro Paese, più che di riforme alla Legge fondamentale della Repubblica (nella parte dedicata al sistema costituzionale della magistratura), ci sia anzitutto bisogno di recuperare – con la massima sollecitudine – «una sorta di deontologia costituzionale formata da regole che si fondano sulla lealtà e sul rispetto sia nei reciproci rapporti tra organi costituzionali, sia nei comportamenti dei singoli individui operanti nell'ambito costituzionale»[37].

tale etica, nella quale le regole giuridiche stesse sono immerse, come nucleo prescrittivo 'forte' ma limitato» (il corsivo è testuale).

[37] Nel senso suddetto sono infatti definite le regole di correttezza costituzionale da Franco Modugno in AA.VV., *Diritto pubblico*, cit., 254.

Andrea De Petris[*]

IL PIANO UK-RUANDA SUI MIGRANTI: UNA MISURA ELETTORALE IN VIOLAZIONE DEI DIRITTI UMANI

SOMMARIO: 1. Un Piano per la deportazione di richiedenti asilo. – 2. Il prevedibile stop giudiziario all'attuazione del MoU. – 3. I disperati tentativi del governo Sunak di salvare l'accordo. – 4. Il nuovo *Safety of Rwanda Bill*. – 5. Epilogo: un Piano "elettorale" abbandonato dopo il voto.

1. *Un Piano per la deportazione di richiedenti asilo*

Nell'aprile 2022 il Governo britannico ha emanato il cosiddetto Piano di asilo per il Ruanda ("*Memorandum of Understanding between the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the government of the Republic of Rwanda for the provision of an asylum partnership arrangement*"[1]), per il momento unico tentativo del Regno Unito di trasferire verso Paesi terzi dei richiedenti asilo, per frenare i migranti diretti in UK dal Canale della Manica[2].

In base all'accordo, le persone identificate come immigrati clandestini o richiedenti asilo avrebbero dovuto essere trasferite a Kigali ed essere prese in carico dal governo ruandese, senza alcun coinvolgimento dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) o del governo britannico. Coloro a cui fosse stato riconosciuto lo status di rifugiato non avrebbero comunque avuto la possibilità di fare rientro nel Regno Unito, ma solo di essere trasferiti dal governo ruandese verso un Paese terzo in cui avevano diritto di risiedere[3]. In cambio della sua collaborazione, Londra avrebbe fornito al Ruanda un contributo iniziale di 120 milioni di sterline, in attesa di definire i costi per l'intera operazione una volta a regime[4].

[*] Direttore scientifico Centro politiche Europee e *Assistant Professor* in diritto comparato, UNINT, Roma.

[1] *Memorandum of Understanding between the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the government of the Republic of Rwanda for the provision of an asylum partnership arrangement*.

[2] Migration Watch UK, Channel Crossing Tracker.

[3] Secondo il par. 16 del Memorandum, «una parte dei rifugiati più vulnerabili del Ruanda» sarebbe stata insediata nel Regno Unito.

[4] M. BRANDT, *What Is the Rwanda Deportation Deal Costing UK Tax Payers?*, Statista.com, 26.4.2024.

Il primo volo del programma di trasferimento dei migranti verso il Ruanda, previsto per il 14 giugno 2022 con l'approvazione dell'Alta Corte britannica, era stato sospeso da una *Interim Measure* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo[5], seguita alle preoccupazioni dell'UNHCR, secondo cui i richiedenti asilo trasferiti nel Paese non avrebbero avuto accesso a procedure eque ed efficaci per la determinazione dello status di rifugiato, e delle "gravi questioni di diritto" temute dalla stessa Alta Corte britannica in merito al fatto che la classificazione del Ruanda "Paese terzo sicuro" apparisse irrazionale o frutto di indagini inadeguate[6].

2. *Il prevedibile stop giudiziario all'attuazione del MoU*

Alla richiesta dell'Alta Corte britannica di riesaminare i casi di otto richiedenti asilo destinati ad essere deportati[7], il 29 giugno 2023 seguì la dichiarazione di illegittimità del Piano da parte della Corte d'Appello, a cui a sua volta seguì il ricorso del governo di Londra alla Corte Suprema del Regno Unito: il 15 novembre 2023, quest'ultima condivise pienamente[8] la decisione della corte inferiore[9], dichiarando illegittimo il ricollocamento in Ruanda di alcuni richiedenti asilo provenienti da Siria, Vietnam, Iraq, Iran e Sudan, e decretando la sostanziale inattuabilità del Piano, almeno nella sua forma iniziale[10].

La sentenza stabilì unanimemente sia l'impossibilità di classificare il Ruanda come "Paese sicuro", sia il fatto che i richiedenti asilo trasferiti avrebbero rischiato seriamente di essere rimandati nei loro Paesi d'origine senza un'adeguata valutazione delle loro istanze[11]. In base alle attuali norme britanniche

[5] *The European Court grants urgent interim measure in case concerning asylumseeker's imminent removal from the UK to Rwanda*, ECHR 197 (2022), N.S.K. v. the United Kingdom, application no. 28774/22, Press Release ECHR 112 (2023), 11.04.2023.

[6] Press Release ECHR 112 (2023), 11.04.2023, cit. Favorevole ad una interpretazione giurisprudenziale che salvaguardi il rispetto del nucleo basilare di diritti umani dei rifugiati I. Brock Muhambya, *UK-Rwanda agreement versus legal framework on the protection of refugees: primacy of minimum guarantees of human rights*, Cahiers de l'EDEM, Settembre 2022.

[7] C. Doherty, Z. Crowther, *Home Office Rwanda deportation policy is legal, court rules*, Civil Service World, 19.12.2022.

[8] UK Supreme Court, R (AAA and Ors) v. Secretary of State for the Home Department [2023] UKSC 42, 15.11.2023.

[9] D. Casciani, S. Seddon, *Supreme Court rules Rwanda asylum policy unlawful*, bbc.com, 16.112023.

[10] Per un commento della sentenza in lingua italiana v. A. Liguori, *Storica sentenza sull'accordo Regno Unito-Ruanda, ma la battaglia non è finita …*, in ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, dicembre 2023.

[11] J. Grogan, *Unpacking the Supreme Court's Rwanda Decision*, UK in a changing Europe, 16.11.2023.

sull'immigrazione, i richiedenti asilo la cui vita o libertà è minacciata nel Paese d'origine, possono essere allontanati dal Regno Unito solo se non rischiano di essere rimpatriati, secondo il principio di "non respingimento" (*Non Refoulement*)[12]: principio che, ha precisato la Corte Suprema, deve ritenersi vincolante per la comunità internazionale indipendentemente dall'adesione ad un trattato che ne sancisca il carattere cogente[13].

La Corte Suprema britannica ha richiamato la giurisprudenza in tema di non respingimento della Corte EDU, la cui sentenza Soering c. Regno Unito del 1989[14] aveva dichiarato i divieti di tortura e trattamenti o pene inumani o degradanti *ex* art. 3 CEDU essere ostativi a qualsiasi provvedimento di trasferimento verso un Paese, anche non contraente, dove sussista un rischio concreto di violazione dei divieti medesimi. La sentenza Soering si riferiva ad un provvedimento di estradizione, ma la Corte EDU lo ha più volte richiamato anche in relazione al trasferimento forzato di migranti senza previa valutazione dei rischi sussistenti in un Paese terzo, come nei casi Hirsi Jamaa c. Italia del 2012[15]

[12] C. W. Wouters, *International legal standards for the protection from refoulement: A legal analysis of the prohibitions on refoulement contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention against Torture*, Antwerpen, Intersentia, 2009. Il divieto di respingimento costituisce un principio ormai assurto al rango di diritto internazionale consuetudinario (secondo taluni addirittura di *jus cogens*, cfr. J. Allain, *The jus cogens nature of non-refoulement*, in International Journal of Refugee Law, 4/2001, 533-558; C. Costello, M. Foster, *Non-refoulement as Custom and Jus Cogens? Putting the Prohibition to the Test*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, a cura di M. Heijer, H. van der Wilt, Leiden, 2015, 273-327), ed è sancito sia dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati del 1951, per tutelare i rifugiati dal rischio di persecuzione, che dall'art. 3 della Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984, per proteggere chi rischierebbe gravi violazioni della propria integrità psicofisica in conseguenza del trasferimento. Il principio si applica a tutte le forme di allontanamento forzato, tra cui deportazione, espulsione, estradizione, trasferimento informale e respingimento. È possibile derogare a questo principio solo se, sulla base di gravi motivi, un rifugiato è considerato un pericolo per la sicurezza del Paese in cui risiede o una minaccia per la comunità. Questi obblighi sono uniformemente interpretati nel senso che il Paese trasferente ha non solo il dovere di assicurarsi che tali diritti non vengano violati nel Paese di prima destinazione, ma anche che quest'ultimo non trasferisca la persona verso un altro Paese nel quale possa sussistere il medesimo rischio (c.d. "refoulement indiretto"). Sulla dimensione nazionale ed europea del principio in oggetto e della sua declinazione in rapporto alla questione delle tutele della sicurezza collettiva v. M. Starita, *Il principio del non-refoulement tra controllo dell'accesso al territorio dell'Unione europea e protezione dei diritti umani*, in *Diritto Pubblico*, 1/2020, 141-163.

[13] UK Supreme Court, [2023] UKSC 42, cit., par. 25.

[14] ECHR, Soering v. The United Kingdom, Application no. 14038/88, 7.7.1989. Sulla decisione v. R. B. Lillich, *The Soering Case*, in American Journal of International Law, 1/1991, 128-149.

[15] Corte EDU, Hirsi Jamaa e altri c. Italia (respingimento in Libia di migranti soccorsi in acque internazionali) 23.2.2012. Per un commento della sentenza v. P. Bonetti, *La decisione*

e Ilias e Ahmed c. Ungheria del 2019[16]. Ilias ha vietato ad uno Stato parte della Convenzione di trasferire richiedenti asilo in un Paese terzo senza aver prima accertato il loro status di rifugiato, a meno che in quel Paese ricorrano garanzie adeguate di un corretto esame delle loro domande di asilo, e purché non sussistano rischi di respingimento verso il Paese di origine a seguito di una valutazione inadeguata della domanda di asilo, o per mancanza *tout court* di valutazioni[17].

Il governo ruandese aveva assicurato di voler rispettare il principio di non respingimento e di meritare lo status di Paese terzo sicuro, ma l'Agenzia delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) si era fortemente opposta all'accordo, e la Corte Suprema britannica ha dovuto stabilire se sussistessero "motivi sostanziali" per ritenere che i rifugiati inviati in Ruanda avrebbero rischiato il rimpatrio coatto nei loro Paesi d'origine, come pure se, una volta in patria, potessero trovarsi in pericolo di subire maltrattamenti o addirittura di perdere la vita. Su questo, secondo la Corte Suprema il MoU non sarebbe legalmente vincolante[18].

L'UNHCR aveva ravvisato "difetti gravi e sistematici" rispetto all'iter d'esame delle richieste di asilo in Ruanda[19], dichiarando il Patto non conforme alla Convenzione di Ginevra sui Rifugiati del 1951[20]. Secondo la Corte Suprema, nel suo esame l'Alta Corte non aveva "tenuto in debita considerazione" le prove fornite dalle Nazioni Unite, e la Corte d'Appello ne aveva quindi correttamente annullato la decisione di primo grado. Inoltre, già in un accordo

Hirsi Jamaa e altri c. Italia: i respingimenti collettivi in mare violano i diritti fondamentali, in *Quaderni costituzionali*, 2/2012, 447-449; M.-B. Dembour, *Interception-at-sea: Illegal as currently practiced – Hirsi and others v. Italy*, in *Strasbourg Observers*, 1.3.2012; M. Giuffré, *Watered-down rights on the high seas: Hirsi Jamma and others v Italy (2012)*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 3/2012, 728-750; J. Hessbruegge, *The European Court of Human Rights: Hirsi Jamaa et al. v. Italy: Hirsi Jamaa v. Italy (Eur. CT. H.R.)*, in *International Legal Materials*, 3/2012, 423-476.

[16] Corte EDU, Ilias e Ahmed c. Ungheria (trasferimento di richiedenti asilo in Serbia), 21.11.2019.

[17] Le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo rilevanti in materia di asilo analizzate da Asilo in Europa, Ilias e Ahmed c. Ungheria; F. L. Gatta, *Diritti al confine e il confine dei diritti: La Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell'Ungheria (Parte I – espulsione e Art. 3 CEDU)*, in *ADiM Blog*, dicembre 2020; C. Pitea, *La Corte EDU compie un piccolo passo in avanti sui "Paesi terzi sicuri" e un preoccupante salto all'indietro sulla detenzione di migranti al confine. A margine della sentenza della Grande Camera sul caso Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2020, 192-211.

[18] UK Supreme Court, [2023] UKSC 42, cit., par. 14.

[19] UN Refugee Agency, *UNHCR Analysis of the Legality and Appropriateness of the Transfer of Asylum Seekers under the UK-Rwanda arrangement*, 8.6.2022.

[20] UN Refugee Agency, Written evidence submitted by the UNHCR, 18.8.2022.

analogo con Israele del 2013 il Ruanda non avrebbe rispettato il principio di "non respingimento"[21]. L'ONU aveva anche dimostrato che il governo ruandese aveva respinto il 100% delle domande di asilo di profughi provenienti da Paesi in guerra, come Afghanistan, Siria e Yemen[22], mentre in una lettera aperta al Ministro degli Interni britannico l'ONG *Human Rights Watch* aveva contestato lo status di Paese terzo sicuro del Ruanda a causa delle sue continue violazioni dei diritti umani[23]. La Corte EDU ha precisato in più occasioni come lo status di Paese terzo sicuro non possa essere accertato dalle corti nazionali esclusivamente in base alle indicazioni rilasciate da autorità del Paese stesso, ma richieda valutazioni dettagliate raccolte autonomamente dagli organi giudiziari competenti[24].

Vari gruppi di pressione per l'asilo[25], l'UNHCR ed il Relatore Speciale delle Nazioni Unite sulla tratta di persone[26] avevano fortemente contestato la legittimità del MoU, mentre la Commissione Europea[27] aveva messo in dubbio non solo la compatibilità della misura con gli obblighi di diritto internazionale del Regno Unito, ma anche la sua efficacia nel prevenire la tratta di esseri umani. La Corte Suprema britannica ha quindi concluso esprimendo "seri dubbi" sull'opportunità di "fare affidamento" sugli impegni assunti dal Ruanda nell'accordo[28].

[21] Israele aveva stipulato un accordo con il Ruanda alla fine del 2013, con cui i migranti da Eritrea e Sudan richiedenti asilo in Israele venivano trasferiti in Ruanda per l'esame delle loro richieste. L'accordo è rimasto in vigore fino al 2018, v. A. Guthmann, *The "Voluntary" Departure and Israel's plan for deportation to third countries*, in *The Hotline for Refugees and Migrants (HRM)*, Giugno 2018. Sulla sostanziale illegalità di percorsi del genere v. S. Bar-Tuvia, *Australian and Israeli Agreements for the Permanent Transfer of Refugees: Stretching Further the (Il)legality and (Im)morality of Western Externalization Policies*, in *International Journal of Refugee Law*, 2018, 474-511.

[22] UK Supreme Court, [2023] UKSC 42, cit., par. 85.

[23] Human Rights Watch, *Public Letter to the UK Home Secretary on Expulsions to Rwanda*, 11.6.2022.

[24] M. Frigo, *I Paesi sicuri alla prova del diritto internazionale*, in *Questione Giustizia*, 1/2020, con ampi richiami alla giurisprudenza CEDU in materia.

[25] Amnesty International, *Rwanda: Commonwealth leaders must oppose UK's racist asylum seeker deal*, 17.6.2022.

[26] United Nations, UN expert urges UK to halt transfer of asylum seekers to Rwanda, 17.6.2022.

[27] In un tweet del 14.4.2022, la commissaria europea per gli Affari interni Ylva Johansson aveva commentato: «Inviare i richiedenti asilo a più di 6000 km di distanza ed esternalizzare i processi di asilo non è una politica migratoria umana e dignitosa. Sono stata informata della nuova strategia migratoria del governo britannico, che a mio avviso solleva questioni fondamentali in materia di asilo e protezione».

[28] UK Supreme Court, [2023] UKSC 42, cit., para. 76. Pienamente concordi sulla bocciatura del MoU da parte della Corte Suprema C. Briddick, C. Costello, *Supreme Judgecraft:*

3. *I disperati tentativi del governo Sunak di salvare l'accordo*

Pur consentendo modifiche del MoU per eliminare il rischio di respingimento, la sentenza della Corte Suprema britannica di fatto annullava il piano di Londra[29]. Il Primo Ministro Sunak intendeva tuttavia rendere il Patto vincolante, con una legge d'emergenza che considerasse il Ruanda un "Paese sicuro" cancellando le valutazioni negative sul Paese[30].

La sentenza apriva la strada ad ulteriori battaglie legali. Secondo Jeremy Bloom, avvocato presso lo studio Duncan Lewis Solicitors, il progetto di Sunak era giuridicamente inapplicabile, in quanto avrebbe reso impossibile per gli avvocati dei richiedenti asilo «fornire assistenza legale nella misura necessaria alle persone che rischiano la deportazione ai sensi della legge sull'immigrazione illegale»[31].

Per eliminare ulteriori controversie legali, la destra del Partito Conservatore chiedeva una legislazione d'emergenza per disapplicare sia la legge nazionale sui diritti umani che i trattati internazionali vigenti in materia, mentre i *Tories* più oltranzisti paventavano persino l'uscita del Regno Unito dalla CEDU, qualora i giudici di Strasburgo avessero continuato a bloccare i voli dei migranti verso il Ruanda[32]. Non era ad ogni modo chiaro cosa sarebbe accaduto ai migranti approdati sulle coste britanniche, ai quali è tecnicamente precluso l'ottenimento dello status di rifugiato[33]. Dopo la Brexit, in assenza di accordi di rimpatrio del Regno Unito con gli Stati membri dell'Unione e di un Paese terzo sicuro in cui inviarli, i migranti sarebbero rimasti probabilmente bloccati nel limbo del sistema migratorio/detentivo britannico a tempo indeterminato[34].

Intanto, il Governo UK aveva ammesso che il costo del Patto Londra-Kigali aveva raggiunto i 290 milioni di sterline, senza che fosse ancora stato trasferito un solo migrante.[35] Il tentativo di attuare l'accordo a dispetto delle circostan-

Non-Refoulement and the end of the UK-Rwanda 'deal'?, in *Verfassungsblog*, 20.11.2023.

[29] V. Mitsilegas, *Expert Analysis: The Supreme Court rules the UK-Rwanda Policy Unlawful*, University of Liverpool, Blog, 17.11.2023.

[30] *"I will not allow a foreign court to block these flights." Sunak's Rwanda statement. Full text*, conservativehome.com, 16.11.2023.

[31] D. Taylor, *Boosted UK legal aid rates 'not enough' to deal with Rwanda asylum cases*, theguardian.com, 5.7.2023.

[32] N. Eardley, *Tories could campaign to leave European human rights treaty if Rwanda flights blocked*, bbc.com, 9.8.2023.

[33] Illegal Migration Act 2023.

[34] A. Gray, A. Gross, W. Wallis, *Why the UK Supreme Court ruled against Rishi Sunak's Rwanda policy*, in *Financial Times*, 15.11.2023.

[35] B. Fox, *The Brief – The high price of failure will drive an EU migration deal*, euractiv.com, 8.12.2023.

ze metteva inoltre in pericolo l'esistenza stessa dell'Esecutivo[36]: nonostante le pressioni dei *Tories* più intransigenti, non si capiva come l'inasprimento di una norma interna, per quanto rigida, potesse esimere il Regno Unito dal rispetto di obblighi giuridici sovranazionali tuttora vincolanti[37].

Nella nuova versione del MoU[38] il Ruanda restava obbligato a rispettare il diritto internazionale e il divieto di rimpatrio dei migranti in Stati in cui sarebbero considerati a rischio, e tuttavia veniva dichiarato "Paese sicuro" con una legge approvata in fretta e furia dai conservatori. Nondimeno, difficilmente una semplice legge di ratifica poteva bastare ad attestare la compatibilità di un accordo bilaterale con le norme di diritto internazionale: verosimilmente, quindi, anche il nuovo accordo sarebbe stato impugnato nelle sedi nazionali e sovranazionali[39]. Già il 13 dicembre 2023 la Commissione per gli accordi internazionali della Camera dei Lord avviò un'inchiesta, per accertare in che misura il MoU proteggesse le persone reinsediate in Ruanda, e se affrontasse le questioni sollevate nella decisione della Corte Suprema[40]. Il 17 gennaio 2024 la Camera dei Comuni approvava il "Progetto di legge sulla sicurezza del Ruanda" del Governo con 320 voti favorevoli, 276 contrari ed il dissenso di 11 Deputati *Tories*, secondo cui la legge non bloccava effettivamente gli arrivi dei migranti nel Regno Unito[41]. Dopo il voto della *House of Commons*, l'iter parlamentare prevedeva il passaggio alla Camera dei Lord, dove Sunak non disponeva di una maggioranza certa, ma confermava la promessa di trasferire i primi richiedenti asilo in Ruanda in tempi rapidi[42].

[36] *How a Rwandan gambit consumed the Conservative Party*, The Economist, 13.12.2023.

[37] Scettica sulla possibilità che il governo britannico disattenda gli obblighi in materia di asilo previsti dal diritto internazionale vigente F. R. Partipilo, *The UK – Rwanda Migration Partnership under the scrutiny of the Strasbourg Court: Externalising asylum while bypassing refugee law?*, in *AdiM Blog*, agosto 2022. Sulla stessa linea A. Donald, J. Grogan, *Defeat in the Supreme Court: Where Next for UK Asylum Policy?*, in *Verfassungsblog*, 17.11.2023, secondo le quali anche una radicale modifica del *Rwanda Bill* non esimerebbe il Regno Unito dal dover continuare a rispettare i propri obblighi di diritto internazionale.

[38] Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Rwanda for the provision of an asylum partnership to strengthen shared international commitments on the protection of refugees and migrants, 5.12.2023.

[39] Sir J. Jones, *What is in the government's new Rwanda asylum plan?*, Institute for Government, 7.12.2023.

[40] *Lords Committee launches inquiry into Rwanda asylum treaty*, UK Parliament, 13.12.2023.

[41] P. Crerar, R. Syal, *Rishi Sunak's Rwanda deportation bill passes third reading in Commons*, The Guardian, 17.1.2024.

[42] *Victory for UK's Sunak, but troubles remain for Rwanda asylum scheme*, in *reuters.com*, 18.1.2024.

4. *Il nuovo* Safety of Rwanda Bill

Il 23 aprile 2024 la nuova "Legge sulla sicurezza del Ruanda"[43] fu definitivamente approvata dal Parlamento britannico. Il Primo Ministro Sunak aveva definito l'approvazione «non un semplice passo avanti, ma un cambiamento radicale del contesto globale della migrazione»[44], confermando l'intento del Governo di far partire entro 10-12 settimane i voli di trasferimento di richiedenti asilo in Ruanda.

Secondo il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa Michael O'Flaherty, il provvedimento «solleva forti criticità in merito ai diritti umani dei richiedenti asilo e, più in generale, allo Stato di diritto», causando una «sostanziale violazione dell'indipendenza del potere giudiziario»[45]. Secondo Sacha Deshmukh, direttore generale di Amnesty International UK, il *Rwanda Bill* «taglia con l'accetta le tutele legali internazionali per alcune delle persone più vulnerabili del mondo ed è una questione di vergogna nazionale che il nostro establishment politico abbia lasciato passare questo disegno di legge», e appare assurdo «che i tribunali siano costretti a trattare il Ruanda come un 'Paese sicuro' e che sia loro vietato di prendere in considerazione tutte le prove del contrario»[46].

Il Ministro britannico per la lotta all'immigrazione illegale, Michael Tomlinson, riteneva possibile trasferire legalmente persone in Ruanda senza metterne a rischio l'incolumità[47], mentre un pool di avvocati che si sarebbe occupato dei ricorsi contro i trasferimenti sosteneva che il disegno di legge avrebbe consentito l'impugnazione nel caso in cui un detenuto affrontasse un «rischio reale, imminente e prevedibile di grave danno irreversibile se ricollocato in Ruanda». Per farlo, il detenuto doveva presentare ricorso entro otto giorni dal ricevimento della lettera di espulsione, a cui il Ministero dell'Interno britannico era tenuto a rispondere entro alcuni giorni. Se il ricorso fosse stato respinto, il richiedente asilo avrebbe avuto sette giorni di tempo per presentare un appello finale a un tribunale superiore, che avrebbe deciso sulla sua richiesta entro altri 23 giorni[48].

[43] Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Act 2024.

[44] J. McKiernan, B. Wright, *Rishi Sunak's Rwanda bill to become law after late-night showdown*, bbc.com, 23.4.2024.

[45] Consiglio d'Europa, Newsroom, *Serious human rights concerns about United Kingdom's Rwanda Bill*, 23.4.2024.

[46] J. Elgot, *Council of Europe human rights watchdog condemns UK's Rwanda bill*, theguardian.com, 23.4.2024

[47] Id.

[48] R. Syal, K. Stacey, T. Ambrose, *UK passes bill to send asylum seekers to Rwanda*, theguardian.com, 23.4.2024.

Riguardo ai costi per l'attuazione dei provvedimenti di espulsione, ai 290 milioni di sterline già stanziati, se ne sarebbero aggiunti altri 100 nei successivi due anni, che il Regno Unito avrebbe dovuto corrispondere al Ruanda. Un'indagine del *National Audit Office* (NAO), organo di controllo della spesa pubblica del Regno Unito, quantificava in 11.000 sterline il costo per il biglietto aereo per ciascun singolo migrante espulso, mentre Kigali avrebbe ricevuto 20.000 sterline per ogni richiedente asilo trasferito, più un'integrazione di 120 milioni di sterline una volta che ne fossero arrivati 300[49]. A tali costi si aggiungevano quelli del personale per la gestione e la supervisione del partenariato, per le risposte alle contestazioni legali e per le operazioni di accompagnamento delle persone trasferite in Ruanda. Secondo il Ministero dell'Interno, lo Stato britannico avrebbe sostenuto anche ulteriori costi per circa 1 milione di sterline all'anno per il pagamento e la formazione del personale necessario per l'implementazione del programma, pari a 12,6 milioni di sterline nel 2024-25 e di 1 milione di sterline all'anno per i costi fissi successivi, più ulteriori costi per le scorte che sarebbero dipesi dal numero di voli richiesti. Il rapporto sottolineava come le stime del Ministero dell'Interno non includessero i costi più ampi derivanti dall'attuazione dell'*Illegal Migration Act*[50], come quelli per realizzare strutture di detenzione sufficienti a trattenere le persone prima del loro trasferimento. Secondo l'indagine NAO, quindi, il costo complessivo del programma sarebbe salito così a mezzo miliardo di sterline[51].

Il *Rwanda Bill* prevedeva che, con legge ordinaria, il governo di Londra imponesse a tutti i responsabili della valutazione della domanda di protezione di un migrante e della sua possibile deportazione – Ministro dell'Interno, tribunali e funzionari che si occupano delle richieste di asilo – di considerare il Ruanda "in modo definitivo" come "Paese sicuro". La legge impediva ai tribunali di esaminare ricorsi contro ordini di allontanamento sulla base di una presunta "non sicurezza" del Paese africano, o di un possibile rischio di respingimento, o che un richiedente asilo non avrebbe ricevuto un equo trattamento della sua domanda una volta trasferito[52]. Lo stesso Ministro degli Interni britannico James Cleverly, all'indomani della bocciatura del Memoran-

[49] National Audit Office, *Investigation into the costs of the UK-Rwanda Partnership*, 1.3.2024.

[50] L'*Illegal Migration Act* modifica la normativa in materia per consentire che coloro che arrivano nel Regno Unito illegalmente non possano rimanervi, e vengano invece detenuti e quindi prontamente allontanati verso il loro paese d'origine o in un paese terzo sicuro, cfr. Illegal Migration Act 2023, legislation.gov.uk.

[51] N. Lancefield, *Whitehall watchdog warns over 'limited progress' in rail reforms*, independent.co.uk, 1.8.2024.

[52] Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Bill, art. 2 comma 1: «Every decision-maker must conclusively treat the Republic of Rwanda as a safe country».

dum da parte della Corte Suprema, aveva confermato l'intento del governo di obbligare a riconoscere lo Stato africano come "sicuro" a prescindere dal contesto contingente presente o futuro, come se con l'emanazione della legge le condizioni che avevano indotto il Regno Unito ad attestare la sicurezza del Ruanda dovessero considerarsi non solo oggettivamente accertate, ma anche perennemente immutabili per il tempo a venire, sancendo l'asserita legalità del provvedimento[53].

In verità, invece, affidare al solo Parlamento nazionale la decisione sullo status giuridico di un Paese appare non solo improprio[54], ma anche fortemente rischioso, in quanto un organo politico difficilmente sarà nella posizione migliore per condurre una tale valutazione, che richiede informazioni sulle effettive condizioni di vita e sicurezza vigenti in uno Stato, talmente mutevoli nel tempo da essere sicuramente meglio conoscibili da organismi tecnico-amministrativi[55].

Secondo il *Birmingham Center for the Rule of Law,* l'ordine del testo di legge del 12 dicembre 2023 di considerare definitivamente il Ruanda un Paese sicuro era contrario allo Stato di diritto, perché sarebbe equivalso a un'usurpazione per via legislativa della funzione giudiziaria, in contrasto con il principio della separazione dei poteri, il quale richiede invece al legislatore di rispettare le prerogative della funzione giudiziaria[56]. Classificare il Ruanda come Paese sicuro in via definitiva, invece, sarebbe stato incompatibile con gli artt. 2 e 3 della CEDU e con il principio di non respingimento, perché avrebbe precluso l'accertamento in sede giudiziaria del requisito della sicurezza, come richiesto dal *Non Refoulement*[57]. Secondo il rapporto, inoltre, alcune disposizioni del di-

[53] *Update on government's plan for illegal immigration*, gov.uk, 15.11.2023.

[54] A questo riguardo, parla espressamente di «una mera asserzione legislativa che si trasforma in un fatto» (o quanto meno aspirerebbe a farlo) P. Martino, *La politica migratoria britannica e le sue implicazioni costituzionali: il piano di ricollocamento dei migranti in Ruanda,* in *Democrazia e Sicurezza*, 2/2023, 22.3.2024, 35-62 (52).

[55] A. Donald, J. Grogan, *Legislating fiction*, in *Verfassungsblog*, 15.1.2024. Così anche Lord Anderson, Laburista, il quale nel corso di una audizione ha osservato come «capire se questi accordi sono sufficientemente validi è un'attività molto pratica e sensibile ai dati fattuali. Ecco perché, tradizionalmente, si ritiene che questi giudizi siano più adatti a un tribunale che al Parlamento», cfr. House of Lords, International Agreements Committee, *Corrected oral evidence: UK-Rwanda asylum agreement*, 5, 18.12.2023

[56] Così anche A. Tucker, *The Rwanda Policy, Legal Fiction(s), and Parliament's Legislative Authority*, in U.K. Constitutional Law Blog, 22.11.2023, secondo il quale l'iniziativa della maggioranza conservatrice ai Comuni si configura appunto come una "legal fiction" destinata a tradursi in una forma di abuso del potere del potere legislativo, che i giudici dovrebbero provvedere a disapplicare non appena se ne presenti l'occasione.

[57] Critico R. Cormacain, *What's wrong with the Safety of Rwanda Bill?*, in U.K. Constitutional Law Blog, 11.12.2023, secondo il quale l'emanazione del *Rwanda Bill* significa promulgare

segno di legge poi approvato dal Parlamento di Londra sarebbero state contrarie allo Stato di diritto, perché manifestamente incompatibili con gli obblighi di diritto internazionale a carico del Regno Unito, tra cui la CEDU e il principio di non respingimento, sancito da molte fonti da cui lo Stato britannico accetta di essere vincolato, tra cui la Convenzione sui rifugiati, e che secondo lo studio costituisce probabilmente anche un principio di diritto internazionale consuetudinario[58].

Un secondo rapporto, prodotto in vista della seconda lettura del progetto di legge dalla Camera dei Lords del gennaio 2024, sottolineava ulteriori profili di illegalità del provvedimento: la scelta di disapplicare lo *Human Rights Act* risultava incompatibile con il diritto a un ricorso effettivo *ex* art. 13 della CEDU, ritenendo improbabile che la possibile dichiarazione di incompatibilità di un'eventuale espulsione con la CEDU *ex* art. 4 dello *Human Rights Act* sanasse il vizio in questione[59], dal momento che il Governo Sunak intendeva comunque procedere con i trasferimenti. In base al secondo rapporto, anche limitare i rimedi sospensivi ai casi di denunciato rischio di maltrattamenti in Ruanda avrebbe costituito una violazione del diritto a un ricorso effettivo *ex* art. 13 della CEDU, mentre consentire alle autorità ministeriali la discrezionalità di rispettare o meno le misure provvisorie della Corte EDU sarebbe stato incompatibile con il diritto ad un ricorso individuale *ex* art. 34 della CEDU[60].

Già il 12 dicembre 2023, in realtà, lo stesso governo britannico aveva ammesso che nemmeno la definitiva approvazione del *Rwanda Bill* avrebbe risolto la questione, quando aveva dichiarato di voler istituire due nuovi organismi per esaminare domande e ricorsi dei richiedenti asilo deportati in Ruanda, coinvolgendo magistrati di altre giurisdizioni. Questo avrebbe richiesto una nuova legge nazionale sull'asilo che il Ruanda «approverà… nei prossimi mesi»[61]:

qualcosa «che non è costituzionalmente corretto» in quanto «non spetta a un disegno di legge stabilire quali siano i 'fatti'. Il fatto che il Parlamento esprima 'un giudizio' significa ignorare la funzione costituzionale dei tribunali».

[58] M. Hunt, *Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Bill: A Preliminary Rule of Law Analysis for House of Commons Second Reading*, Birmingham Center for the Rule of Law, 11.12.2023.

[59] L'art. 4 dello Human Rights Act attribuisce ai giudici la possibilità di dichiarare una legge incompatibile con la CEDU; tuttavia, il Parlamento non per questo è legalmente obbligato a modificare la legge. Per una ricostruzione dei rapporti giuridici tra HRA e CEDU v. da ultimo J. Dawson, D. Robinson, *The European Convention on Human Rights and the Human Rights Act 1998*, House of Commons Library, Research Briefing, 6.2.2024.

[60] M. Hunt, *Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Bill: A Rule of Law Analysis for House of Lords Second Reading*, Birmingham Center for the Rule of Law, 29.1.2024.

[61] Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Bill, Policy Statement, Evidence of the safety of the Republic of Rwanda for the purposes of relocating individuals under the terms of the Migration and Economic Development Partnership, 12.12.2023.

un'ammissione non solo dell'impossibilità di gestire le procedure di espulsione e le richieste di asilo con la sola legislazione britannica, essendo necessaria la partecipazione di organi giurisdizionali ruandesi, ma anche del fatto che senza una specifica norma del Parlamento di Kigali per la parte della materia di competenza dello Stato ruandese, il *Rwanda Bill* non avrebbe potuto esplicare i suoi effetti.

Dal punto di vista pratico, nonostante l'entrata in vigore dell'accordo e la determinazione di Londra a procedere rapidamente con le espulsioni, furono sollevati forti dubbi sulla possibilità che delle deportazioni potessero aver luogo in tempi rapidi. Il piano si applicava a circa 52.000 migranti, sistemati in alloggi finanziati dal Ministero dell'Interno, impossibilitati a cercare un'occupazione in quanto la loro istanza non era stata ancora esaminata dalle autorità britanniche, e che pertanto ignoravano se sarebbero stati espulsi, o se avrebbero ottenuto misure di protezione che gli avrebbero permesso di crearsi un'esistenza nel Regno Unito. Secondo fonti giornalistiche, qualora tutti i 52.000 migranti fossero stati sottoposti ad espulsione, considerando che per ragioni giuridiche e burocratiche non ne sarebbero stati trasferiti più di 15.000 l'anno, sarebbero stati necessari tre anni per deportarli tutti[62]. Inoltre, l'iter previsto per ogni singolo provvedimento di espulsione avrebbe richiesto tempi lunghi: *in primis*, la procedura prevedeva che al migrante espulso fosse dato un preavviso di almeno sette giorni, dopo il quale poteva essergli comunicato che sarebbe stato trasferito in Ruanda cinque giorni dopo il termine del preavviso; in questo periodo di dodici giorni (aumentato di una settimana ove il migrante non fosse già trattenuto in un centro di espulsione), l'interessato poteva presentare ricorso contro l'espulsione; ove il ricorso fosse stato respinto, il migrante avrebbe potuto allora ricorrere ad un giudice, chiedendo la sospensione dell'ordine di deportazione, per poter organizzare adeguatamente la propria difesa, e se a richiedere la sospensione ad un giudice fosse stato un numero sufficientemente elevato di migranti, si sarebbe potuta bloccare la partenza di un aereo già allestito per il loro trasporto in Ruanda[63].

Tuttavia, nonostante il Parlamento britannico lo avesse approvato nuovamente, permanevano forti dubbi su una effettiva applicabilità del *Rwanda Bill*: a maggio 2024 l'FDA, un sindacato che rappresenta gli alti funzionari pubblici, presentò ricorso nel timore che il piano costringesse i funzionari a violare il diritto internazionale[64], mentre un altro ricorso dell'associazione umanitaria

[62] D. Casciani, *Rwanda: Why a migrant plane won't be taking off anytime soon*, bbc.com, 23.4.2024.

[63] *Ibidem*.

[64] *Cabinet Office hit with judicial review over claim that Rwanda bill could force civil servants to breach international law*, localgovernmentlawyer, 3.5.2024.

Asylum Aid costrinse il Ministero dell'Interno a riscrivere le linee guida sulle modalità di selezione dei primi migranti da trasferire a Kigali[65]. Inoltre, almeno 60 tra i cittadini stranieri trattenuti dal Ministero dell'Interno e destinati all'espulsione, assistititi da esperti legali, avrebbero verosimilmente impugnato i provvedimenti davanti alla Corte Suprema.

Lo stesso Rishi Sunak, anticipando al 4 luglio 2024 le elezioni generali, escluse che fino ad allora si sarebbero verificati trasferimenti di migranti in Ruanda, invitando gli elettori britannici favorevoli al suo piano di ricollocazione a sostenere il Partito Conservatore[66], e confermando così la natura eminentemente elettorale dell'operazione.

5. *Epilogo: un Piano "elettorale" abbandonato dopo il voto*

Le elezioni generali britanniche del 4 luglio 2024 hanno registrato la vittoria di larghissima misura del Partito Laburista di Keir Starmer, il quale, con ben 412 seggi su 650, si è affermato come partito egemone ed incontrastato nella Camera dei Comuni, a discapito del Partito Conservatore, che, anche a causa del travaso di voti verso Reform UK (5 seggi), ha registrato la sua peggior sconfitta di sempre, con soli 121 seggi. Da notare anche il successo dei Liberal Democratici di Ed Davey, (72 seggi, suo miglior risultato), il crollo vertiginoso dei Nazionalisti scozzesi (9 seggi), la contenuta crescita dei Verdi, (4 seggi), ed altre variazioni minori[67].

Già all'indomani del voto, il Neopremier Keir Starmer ha definito "morto" il Piano UK-Ruanda, dichiarando di voler porre fine all'"espediente" di deportare in Ruanda gli immigrati giunti illegalmente nel Regno Unito. Nelle intenzioni di Starmer, il MoU, già costato circa 310 milioni di sterline, dovrebbe essere sostituito da un approccio più efficace per affrontare l'immigrazione illegale[68]. Il programma, che avrebbe dovuto lanciare il successo dei Conservatori nelle urne, ha dimostrato che misure sospinte da finalità meramente elettorali e dimentiche dei vincoli giuridici esistenti in materia, rivelano in ultimo la loro natura velleitaria, ritorcendosi contro i loro stessi ostinati e irriducibili artefici.

[65] D. Casciani, *Rwanda scheme legal challenge: Charity preparing action*, bbc.com, 3.5.2024.

[66] P. Seddon, D. Casciani, *No Rwanda flights before election, says Rishi Sunak*, bbc.com, 23.5.2024.

[67] House of Commons Library, *General election 2024 results*, 18.7.2024.

[68] S. Francis, *Starmer confirms Rwanda deportation plan 'dead'*, bbc.com, 6.7.2024.

Maria Francesca De Tullio[*]

SOVRANITÀ ALIMENTARE, *PRIVATE FOOD LAW* E AGRICOLTURA CONTADINA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Verso un diritto all'autodeterminazione alimentare. – 2.1. Il diritto al cibo tra salute e sovranità alimentare. – 2.2. I poteri privati sul cibo: grande distribuzione e *private food law*. – 3. Il riconoscimento dell'agricoltura contadina. Una proposta nazionale. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il testo si interroga sulla tutela del diritto al cibo alla luce del crescente ingresso delle norme private nel diritto alimentare dell'Unione Europea e del loro effetto nel contesto italiano. In tal senso, si esaminerà l'impatto dell'autoregolazione sui diritti fondamentali, nonché su forme alternative di produzione – quali quelle contadine – potenzialmente capaci di massimizzare i diritti connessi al cibo, in quanto caratterizzate da elementi quali: diversificazioni colturali, tecniche agronomiche conservative e di basso o nessun impatto ambientale, recupero e riproduzione delle sementi e delle razze autoctone, controllo dei saperi, radicamento locale e mercati di prossimità, dimensioni limitate e contesti familiari o di comunità.

Alla luce dell'analisi, si ragionerà sulle proposte normative, volte a riconoscere le iniziative spontanee delle reti contadine al fine di assicurare un'adeguata tutela dei diritti fondamentali connessi al cibo di fronte all'ingresso delle norme private.

2. *Verso un diritto all'autodeterminazione alimentare*

2.1. *Il diritto al cibo tra salute e sovranità alimentare*

Il cibo ha un'evidente connessione con i diritti fondamentali, come da tempo riconoscono le fonti internazionali.

Il *World Food Summit Plan of Action* del 1996 ha affermato il diritto alla *food security*, identificandola come «condizione che si verifica quando tutte le persone, in qualsiasi momento, hanno un accesso fisico, sociale ed economico ad un cibo sufficiente, sicuro e nutrizionalmente adeguato, in grado di

[*] Ricercatrice in Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II, mariafrancesca.detullio@unina.it.

rispondere ai loro bisogni e preferenze alimentari e di garantire una vita attiva e in salute»[1]. Dunque, connessa alla *food security* è la *food safety*, o igiene alimentare, intesa come contrasto ai possibili danni alla salute derivanti da errati processi di produzione, trasformazione, conservazione e somministrazioni degli elementi. Il diritto è sancito in analoghi termini anche nella Dichiarazione universale dei diritti umani[2] e nel Patto internazionale sui diritti economici sociali e culturali[3] (1966). Come chiarito dal Comitato sui diritti economici, sociali e culturali[4], la tutela descritta include altresì la sostenibilità e preservazione delle risorse alimentari anche per le generazioni future[5].

In termini di diritto interno, non vi è un'esplicita costituzionalizzazione del diritto al cibo, come avviene in altri ordinamenti[6]; tuttavia, da quanto sopra riferito appare evidente che tale diritto può essere ricostruito in una serie di valori costituzionali[7], quali: gli artt. 2 e 32 Cost., sotto il profilo del diritto alla vita, ma anche la tutela ambientale (art. 9 Cost.); i diritti culturali (artt. 9, 33 e 34 Cost.) e religiosi (artt. 19-20 Cost.); infine, l'art. 44 Cost., come presidio delle produzioni agricole ecologiche e locali che si prendono cura dell'ambiente nelle zone interne e rurali, nonché nelle aree periferiche e periurbane, dove sottraggono suolo alla cementificazione e creano usi ecologici del suolo.

In questo contesto, le pratiche di produzione e scambio del cibo sono protagoniste di un recupero dei rapporti tra città e campagna. Infatti, esse creano legami di solidarietà tra realtà che difendono la dignità del lavoro e rivendicano la necessità di mantenere porzioni di territorio sottratte al mercato speculativo e destinate alla soddisfazione dei diritti sociali[8].

[1] Sull'evoluzione del concetto, cfr.: Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO), Policy brief on food security, n. 2/2016, in *http://www.fao.org/fileadmin/templates/faoitaly/documents/pdf/pdf_Food_Security_Cocept_Note.pdf*, 1.

[2] Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Dichiarazione Universale dei Diritti Umani*, 10/12/1948, art. 25, par. 1.

[3] Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Patto internazionale di New York relativo ai diritti economici, sociali e culturali*, 16/12/1966, art. 11, par. 1.

[4] Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11)*, 12 May 1999, E/C.12/1999/5, parr. 7-13.

[5] G. Cordini, *Il diritto al cibo, le generazioni future e il mercato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fascicolo speciale, maggio 2019, 148 ss.

[6] Ad esempio, tale diritto è esplicitato nell'art. 7 della Costituzione brasiliana. Cfr. L. Chieffi, *Scelte alimentari e diritti della persona: tra autodeterminazione del consumatore e sicurezza sulla qualità del cibo*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, Fasc. 1/2015, 235-236.

[7] M. Bottiglieri, *The protection of the Right to adequate food in the Italian Constitution*, in *ForumCostituzionale.it*, 23/11/2015, 2-5.

[8] In alcuni casi queste reti spontanee vengono sostenute da apposite *food policy* a livello locale: P. De Meo, F. Parascandolo, *Si scrive cibo (agro-ecologico e territorializzato), si legge democrazia (di luogo)*, in *Scienze del territorio*, n. 8/2020, 50 ss.; E. Butelli, *Pianificazione am-*

Sono numerosi gli esempi in tal senso. Basti pensare agli orti sociali, che in tutta Europa diventano veicolo di educazione all'alimentazione sana e all'economia cooperativa, ma anche di rigenerazione urbana e inclusione di categorie svantaggiate. All'interno dei beni confiscati, queste attività sono altresì un presidio di lotta alle mafie e alla speculazione. Infine, è essenziale richiamare il ruolo degli spazi sociali che ospitano, ad esempio, dispense, empori e gruppi di acquisto solidale.

Dunque, il cibo diviene anche il luogo dei diritti legati alla sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4, Cost.) e alla partecipazione politica (art. 49 Cost.), nonché, indirettamente, all'uguaglianza e ai diritti sociali[9] (art. 3, in part. secondo comma, cost.).

La sintesi di questi valori è nell'espressione 'sovranità alimentare', intesa come «il diritto dei popoli a un cibo sano e culturalmente appropriato prodotto con metodi sostenibili e il loro diritto a definire i propri sistemi alimentari e agricoli»[10]. Dunque, la posta in gioco del diritto al cibo risiede principalmente nell'attuazione di 'politiche promozionali' capaci di dare voce alle comunità e garantire un'equa ridistribuzione delle risorse, tale da consentire la piena attuazione dell'autonomia alimentare individuale e collettiva[11].

2.2. *I poteri privati sul cibo: grande distribuzione e* private food law

Diverse analisi hanno rilevato che l'attuale *trend* nei mercati agricoli e alimentari va nella direzione di una crescente concentrazione di risorse e potere di mercato[12], dovuta a rapporti di forza che finiscono per riflettersi anche sulle norme giuridiche.

L'industria alimentare ha visto affermarsi modelli agricoli caratterizzati da una massimizzazione della produzione e del profitto, a discapito della varietà di valori in gioco, illustrati in precedenza. Di qui, l'intensa meccanizzazione, la massiccia immissione di elementi di sintesi (fertilizzanti, pesticidi, erbicidi,

bientale autosostenibile e alimentazione: il Piano del cibo della Provincia di Pisa, in *Scienze del territorio*, n. 3/2015, 128 ss.

[9] M. Bottiglieri, *The protection of the Right to adequate food in the Italian Constitution*, in *ForumCostituzionale.it*, 23/11/2015, 2.

[10] La Via Campesina - International Peasants' Movement, *The International Peasants' Voice Globalising hope, globalising the struggle!*, in *https://viacampesina.org/en/international-peasants-voice/*. Cfr. A. Rinella, H. Okoronko, *Sovranità alimentare e diritto al cibo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 1/2015, 92 ss.

[11] A. Ligustro, *Diritto al cibo e sovranità alimentare nella prospettiva dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. speciale, maggio 2019, 395 ss.

[12] P.H. Howard, *Concentration and Power in the Food System. Who Controls What We Eat?*, London-New York 2016, 1-6.

etc.) negli ecosistemi[13], la standardizzazione dei processi produttivi, la rigida selezione delle razze animali e varietà vegetali[14]… Con questi strumenti si sono imposte economie di scala che hanno espulso dal mercato una miriade di coltivatori e coltivatrici e attori della piccola distribuzione. Inoltre, la corsa al ribasso dei prezzi ha causato la riduzione della qualità del cibo – dovuta alle tecniche agricole sopra illustrate – nonché lo sfruttamento del lavoro e al caporalato[15].

Nell'ambito dell'Unione Europea, questo processo si è accompagnato a un atteggiamento di progressiva rinuncia dell'Unione Europea a una regia pubblicistica capace di tutelare il lavoro agricolo rispetto al mercato[16] e regolare i 'contratti di filiera'[17]. Peraltro, vi è stata una progressiva erosione delle sovvenzioni accessibili ai piccoli produttori e produttrici[18].

[13] P. De Meo, F. Parascandolo, *op. cit.*, 47.

[14] C. Del Cont, *Non solo cibo, not just food: which compatibility between consumers' ethical and social preoccupations and trade and commercial law?*, intervento nel Florence Sustainability of Well-Being International Forum", in 2015: *Food for Sustainability and not just food*, in *Agriculture and Agricultural Science Procedia*, n. 8/2016, 274.

[15] P. McMichael, *Food Regimes and Agrarian Questions*, Black Point – Winnipeg, 2013, 69 ss.

[16] I. Canfora, *Raggiungere un equilibrio nella filiera agroalimentare. Strumenti di governo del mercato e regole contrattuali*, in L. Scaffardi, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata*, Roma 2020, 237 ss.

[17] A tal fine, è risultata insufficiente la scelta di favorire accordi collettivi tra produttori, in deroga alle normative sulla concorrenza: C. Del Cont, *op. cit.*, 273-274; I. Canfora, *op. cit.*, 238.

[18] Si vedano, ad esempio, le critiche che hanno riguardato l'ultima proposta di riforma della PAC: *Proposta di REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO che modifica i regolamenti (UE) n. 1308/2013 recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli, (UE) n. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari, (UE) n. 251/2014 concernente la definizione, la designazione, la presentazione, l'etichettatura e la protezione delle indicazioni geografiche dei prodotti vitivinicoli aromatizzati, (UE) n. 228/2013 recante misure specifiche nel settore dell'agricoltura a favore delle regioni ultraperiferiche dell'Unione e (UE) n. 229/2013 recante misure specifiche nel settore dell'agricoltura a favore delle isole minori del Mar Egeo* COM(2018) 394 final, Brussels, 1/6/2018, procedura 2018/0218 (COD). Tale politica è stata criticata in quanto incapace di sostenere la piccola agricoltura ecologica, e destinata soprattutto alle grandi industrie agricole e agli allevamenti intensivi: Cfr. L. Gaita, *Politica agricola comune, tutte le occasioni mancate del megapiano UE: sussidi senza limiti ai colossi, pochi incentivi a chi è ecosostenibile, fondi in crescita agli allevamenti intensivi*, in *IlFattoQuotidiano.it*, 12/9/2021, in *https://www.ilfattoquotidiano.it/2021/09/12/politica-agricola-comune-tutte-le-occasioni-mancate-del-megapiano-ue-sussidi-senza-limiti-ai-colossi-pochi-incentivi-a-chi-e-ecosostenibile-fondi-in-crescita-agli-allevamenti-intensivi/6317454/*. Nel complesso, la riforma della PAC è stata vissuta come un'occasione persa per introdurre delle condizionalità sociali alla sovvenzione: Associazione Rurale Italiana, *Come applicare la Condizionalità Sociale nella Politica Agricola Comune (PAC)*, in *AssoRurale.it*, 13/12/2021, in *https://www.assorurale.it/2021/05/13/come-applicare-la-condizionalita-sociale-nella-politica-agricola-comune-pac/*.

Di converso, i poteri privati abbiano influito sulla produzione normativa in tema di cibo[19], generando un fenomeno che è stato definito *private food law*[20]. In primo luogo, si è evidenziato che una parte consistente della regolazione in tema di cibo deriva da accordi commerciali e trattati di libero scambio[21], negoziati con ampio coinvolgimento di diversi attori privati[22]. In secondo luogo, la 'legge privata sul cibo' è passata attraverso la definizione di standard, creati dalle aziende private per autotutelarsi nelle pratiche commerciali e successivamente confluiti in diversi aspetti della regolazione[23].

Ci sono almeno due modalità con cui questi standard di produzione possono assumere un valore giuridico.

La prima modalità è, appunto, il contratto: se un operatore di mercato richiede regolarmente gli standard ai propri fornitori, gli stessi standard diventano simili a modelli contrattuali o condizioni generali di contratto, che facilmente possono essere imposte alle parti deboli[24]. In tal senso, i vincoli strettamente giuridici si completano con situazioni di dipendenza economica. Se i grandi compratori – la grande distribuzione – impongono commercialmente l'uso di uno standard, tutta la catena a monte si deve adeguare a questa norma, anche se non è tradotta in una normativa pubblica. La seconda modalità di giuridicizzazione avviene quando le stesse autorità pubbliche fanno propri gli standard privati, imponendoli normativamente. Ciò può succedere anche in via residuale, quando la disciplina pubblicistica rinvia alle buone pratiche esistenti in ambito commerciale per regolare tutti gli aspetti non direttamente indicati dalla norma[25]. Ulteriore

[19] F. Albisinni, *Diritto agro-alimentare e metodo comparativo: oggetto, strumenti, e prospettive*, in L. Scaffardi, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *op. cit.*, 201; C. MacMaolain, *Food Law. European, Domestic and International Frameworks*, Oxford-Portland Oregon, 2015, 71-83.

[20] Si deve l'espressione a B. van der Meulen (a cura di), *Private food law. Governing food chains through contract law, self-regulation, private standards, audits and certification schemes*, Wageningen 2018. Il curatore preferisce questo termine a quello più diffuso di 'autoregolazione' in quanto quest'ultimo trasmette erroneamente l'idea di una completa coincidenza tra i soggetti che producono della regola e quelli tenuti a osservarla, mentre tale coincidenza – visti i rapporti di forza presenti – non sempre si dà (Ivi, 31). Si è altresì parlato, in tal senso, di 'ibridazione' della legge sul cibo: P. Verbruggen, T. Havinga, *Hybridization of food governance: An analytical framework*, in Id. (a cura di), *Hybridization of Food Governance. Trends, Types and Results*, Cheltenham-Northampton, 2017, 1-4.

[21] Si veda, anche per un resoconto del percorso regolativo della WTO: A. Ligustro, *op. cit*., 398 ss.

[22] A. Rinella, H. Okoronko, *op. cit*., 97 ss.

[23] La successiva illustrazione si deve a B. van der Meulen, *3. The Anatomy of Private Food Law*, in Id., *Private food law*, cit., 77 ss.

[24] Sul tema, cfr. G. De Minico, *Regole. Comando e consenso*, Torino, 2005, 133.

[25] Ad esempio, il D.M. 18 luglio 2008 del Ministero delle politiche agricole alimentari, forestali e del Turismo si riferisce alla possibilità di utilizzare, nelle more dell'adozione della disci-

possibilità si verifica quando l'audit è delegato ai privati.

Il cibo è dunque uno di quegli ambiti dove la standardizzazione ha consentito ad attori privati di dettare regole sostanzialmente *erga omnes*, nonostante gli standard abbiano carattere non neutrale rispetto alla tutela dei diritti e al pluralismo delle scelte alimentari[26].

3. *Il riconoscimento dell'agricoltura contadina. Una proposta nazionale*

In Italia, la necessità di adempiere agli standard europei – in particolare sulle produzioni biologiche – è stata una delle cause che hanno impedito a molte produzioni contadine di registrarsi come imprese agricole. In alcuni casi il mancato riconoscimento è una scelta politica dei produttori, in reazione alle criticità sopra evidenziate, ma in tante altre ipotesi i produttori e le produttrici incontrano barriere economiche che rendono impossibile ottenere la certificazione. Eppure, le clausole di flessibilità della normativa europea ben avrebbero ammesso la predisposizione di modalità semplificate per l'adempimento degli obblighi di *food safety*, come dimostrato dalle diverse leggi regionali che già hanno fatto da apripista in tal senso[27].

Il mancato riconoscimento di uno statuto speciale per l'agricoltura contadina ha creato delle contraddizioni all'interno della tutela del diritto al cibo. Da un lato, il mercato rende economicamente più accessibili le produzioni della grande distribuzione, caratterizzate da un approccio meno rispettoso dell'ambiente e del lavoro, ma anche della stessa qualità dell'alimento. Infatti, è proprio lo scarso rispetto per l'ambiente e per il lavoro ad abbassare i costi di produzione e, quindi, di commercializzazione. Dall'altro lato, le produzioni contadine diventano più difficili da commercializzare, oltre che per ragioni di costo, per via della loro esclusione – più o meno volontaria – dalla grande distribuzione, e quindi alla necessità di trovare circuiti alternativi, quali gruppi di acquisto solidale e spazi accessibili per i mercati e la somministrazione. La conseguenza è che sussistono delle discriminazioni economiche nel godimento del diritto al cibo: il cibo salutare diviene prerogativa delle persone abbienti.

A causa di questi fenomeni, già la crisi del 2008 ha messo in questione l'assunto che le preoccupazioni degli Stati, nei paesi occidentali, dovessero riferirsi solo alla *food safety*, considerando risolto il problema della *food se-*

plina nazionale, «norme private […] conformi alle procedure ed ai parametri minimi individuati nell'Allegato 1 del presente decreto».

[26] J. Konefal, M. Hatanaka, *Enacting third-party certification: A case study of science and politics in organic shrimp certification*, in *Journal of Rural Studies*, 27(2)/2011, 130-131.

[27] Cfr., ad esempio, la Legge Regionale della Regione Toscana n. 12 del 21/3/2018 e la Legge Regionale della Regione Campania n. 16 del 24/6/2020.

curity[28]. Infatti, la congiuntura economica ha aggravato fattori strutturali di povertà, facendo sì che si iniziasse a parlare – se non di insicurezza alimentare – di 'povertà alimentare', vale a dire «l'incapacità di permettersi, o di avere accesso a, un cibo che permetta una dieta salutare»[29]. Questo può derivare da diversi fattori, come la scarsità di risorse economiche, la mancanza di disponibilità locale di alimenti e la carenza dei trasporti o la mancanza di conoscenze, competenze e strumenti per cucinare[30].

La situazione descritta lascia emergere chiaramente la necessità di riconciliare la lotta alla povertà alimentare, la tutela del lavoro agricolo e la tutela dell'ambiente attraverso provvedimenti legislativi capaci di riconoscere e supportare l'agricoltura contadina.

In tal senso, esiste già un disegno di legge[31], recentemente approvato alla Camera dei Deputati[32]. Si richiamano qui alcuni punti essenziali – nella misura strettamente connessa ai temi trattati in questa sede – per sottolineare gli elementi fondanti di politiche di sostegno che possono essere messe in atto a beneficio dell'agricoltura contadina.

Le finalità della proposta (art. 1) rendono evidente che il riconoscimento della produzione contadina è funzionale a una serie di altri valori, quale la gestione sostenibile del suolo, l'uso collettivo della terra, la valorizzazione della diversità delle pratiche agricole o il contrasto allo spopolamento.

Il disegno di legge istituisce un apposito registro dell'agricoltura contadina (art. 3) per l'iscrizione degli agricoltori e agricoltrici e delle «aziende agricole

[28] A. Iannarelli, *Il mercato agro-alimentare europeo*, in L. Scaffardi, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *op. cit.*, 264.

[29] La definizione è in UK Department of Health, *Choosing a better diet: a food and health action plan*, 2005, in *https://dera.ioe.ac.uk/7558/7/dh_4105709_Redacted.pdf*, 7, cit. in Action Aid, *La pandemia che affama l'italia. Covid-19, povertà alimentare e diritto al cibo*, Report 2020, in *https://actionaid.imgix.net/uploads/2020/10/AA_Report_Poverta_Alimentare_2020.pdf*, 7 ss.

[30] Ivi.

[31] Disegno di legge recante *Disposizioni per la tutela e la valorizzazione dell'agricoltura contadina*, XVIII Legislatura, AS 2243, approvato alla Camera dei Deputati il 20 maggio 2021. Il testo proviene da un'unificazione delle proposte AC 825, AC 1968 e AC 2905 presentate alla Camera.

[32] Il testo è l'ultimo di una lunga serie di proposte avanzate dalla campagna per il riconoscimento dell'agricoltura contadina. Le proposte originarie sono condensate nei testi presentati nella XVII legislatura: AC 2025, *Legge quadro sull'agricoltura contadina*, 30/1/2014; AC 2143, *Interventi per il sostegno e la promozione delle agricolture contadine*, 26/2/2014; AC 2935, *Norme per la tutela della terra, il recupero e la valorizzazione dei terreni agricoli abbandonati e il sostegno delle attività agricole contadine*, 5/3/2015; AC 3361, *Disposizioni per l'individuazione, il recupero e l'utilizzazione dei terreni agricoli abbandonati e interventi in favore dell'agricoltura e delle aree montane*, 12/10/2015. Per la storia e l'andamento della campagna, cfr. il sito: *https://www.agricolturacontadina.org/*.

contadine». Queste ultime sono qualificate in base a requisiti (art. 2) che includono: il lavoro diretto esclusivo o prevalente del titolare; la pratica di modelli di produzione agroecologica; la tutela e la conservazione del territorio, con la manutenzione idrogeologica e il ripristino dell'ambiente e dei paesaggi originari; la trasformazione del cibo con strumenti, prodotti e metodologie tradizionali, senza effettuare lavorazioni in serie prevalentemente automatizzate, privilegiando forme di economia solidale e partecipata; la produzione limitata nella quantità, destinata al consumo immediato e alla vendita diretta ai consumatori finali.

Questo profilo concretizza un avanzamento importante rispetto a quanto richiesto da contadini e contadine, e cioè il riconoscimento legale di tali figure. Attualmente l'ordinamento riconosce il mondo della produzione agricola soltanto sotto l'etichetta dell'impresa agricola, che comprende indistintamente sia contadini e contadine – nei casi in cui riescano a uscire dall'informalità – sia chi è titolare di un'impresa che può assumere un numero più o meno alto di lavoratori e lavoratrici e praticare forme di agricoltura cd. industriale. Invece, l'istanza del mondo contadino è di ottenere un autonomo statuto giuridico, al fine di richiedere misure specifiche di sostegno e poter far emergere il lavoro che finora è costretto a rimanere nell'informalità[33].

Il supporto materiale ai produttori e alle produttrici – in forma di sovvenzioni e agevolazioni – è la seconda 'gamba' della proposta avanzata dalla campagna per il riconoscimento dell'agricoltura contadina. Ad esempio, sono previste delle agevolazioni in merito ai mercati. Inoltre, alle Regioni è dato mandato di disciplinare «le modalità semplificate per l'esercizio della vendita diretta e le verifiche da parte dell'autorità sanitaria, anche ai fini del rispetto delle disposizioni in materia di etichettatura e tracciabilità degli alimenti prodotti», nonché «le modalità di organizzazione di corsi per assicurare alle aziende agricole contadine […] senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, la preparazione necessaria in merito alla trasformazione e alla somministrazione degli alimenti e delle bevande; tali corsi devono essere attivati localmente e senza oneri economici per i soggetti di cui all'articolo 2» (art. 4).

[33] F. Sotte, A. Arzeni, *Imprese e non-imprese nell'agricoltura italiana*, in *Agriregionieuropa*, vol. 9, n. 32/2013, in *https://agriregionieuropa.univpm.it/it/content/article/31/32/imprese-e-non-imprese-nellagricoltura-italiana*. Secondo i dati proposti dalla campagna per la legge sull'agricoltura contadina, si tratta di dare un riconoscimento a una realtà produttiva che rappresenta in Italia l'82% delle aziende agricole, dando lavoro a più del 41% degli occupati in agricoltura e realizzando 1/3 del valore della produzione totale agricola (circa 20 mld di euro): *https://www.agricolturacontadina.org/la-camera-dei-deputati-approva-ora-la-parola-al-senato/*. Con diverse posizioni sul punto, cfr. le audizioni di Agrinsieme, Coldiretti e Associazione Rurale Italiana alla Commissione Agricoltura della Camera dei Deputati, 3/12/2019, nell'ambito dell'esame delle proposte di legge recanti disposizioni in materia di agricoltura contadina, in *https://webtv.camera.it/evento/15549#*.

Infine, sono previste delle norme che consentono alle regioni di assegnare a contadini e contadine terreni incolti o abbandonati almeno da cinque annate agrarie (art. 6) o i cui proprietari sono non individuabili o irreperibili (art. 7).

Nonostante la meritevolezza di queste previsioni, si deve notare che da questo punto di vista il testo approvato presenta significativi arretramenti rispetto alle proposte iniziali[34], che riconoscevano anche, ad esempio, una semplificazione degli adempimenti HACCP e dell'etichettatura, la certificazione attraverso sistemi di garanzia partecipata, la fornitura di servizi di assistenza e controlli sanitari gratuiti, nonché un insieme di agevolazioni fiscali e contributivi[35].

4. *Conclusioni*

Nel corso del lavoro si è osservato che la tutela del cibo va configurata come un diritto sociale alla sovranità alimentare, legata alla salute e alla tutela ambientale – a beneficio delle generazioni presenti e future – ma anche al rispetto dei diritti culturali individuali e collettivi, all'autodeterminazione e alla ridistribuzione delle risorse. Nonostante queste statuizioni di principio, le normative sul cibo nell'Unione Europea siano dominate ancora in larga parte da attori privati, con il conseguente innalzamento di barriere insormontabili per il pieno rispetto dei diritti contadini e dell'autodeterminazione di consumatori e consumatrici.

Rispetto a questi e simili casi, è possibile riconoscere un duplice bisogno: il riconoscimento legale, capace di dare ossigeno e capacità negoziale e rivendicativa a queste sperimentazioni, e il supporto materiale, di cui tali esperienze necessitano in quanto si tratta di reti che – a dispetto del loro ruolo essenziale per l'interesse generale – nascono in forma spontanea e nella maggior parte dei casi sono basate sul volontariato.

In tal senso, è interessante osservare che sta avanzando il percorso italiano per il riconoscimento dell'agricoltura contadina, pur menomato dalla carenza di aiuti concreti a questo tipo di attività. In tal senso, le misure post-pandemiche[36] – che pure hanno inciso su ambiente e agricoltura – rappresentano in gran parte un'occasione persa per immaginare modelli agroecologici, capaci di realizzare il diritto al cibo in armonia con altre esigenze ecologiche e sociali.

[34] R. Schellino, Intervista a Radio Wombat per la trasmissione *Radio Contado*, 19/5/2021, in *https://radiowombat.net/radio-contado-105/*.

[35] AC 2025, artt. 7, 8, 10, 13, 14.

[36] Si veda, ad es., il ruolo ambivalente del Next Generation EU nella realizzazione di valori ecologici e solidali: S. Prisco, M. Tuozzo, *Dalle crisi nuove opportunità per l'Unione europea. Programmazione economica, solidarietà sociale, coesione territoriale*, in *Italian Papers On Federalism*, n. 2/2022, 38.

Giacomo Delledonne[*]

«CHI NOMINA IL COMMISSARIO EUROPEO?»: UNA RIFLESSIONE SULLE VICENDE FRANCESI DELL'ESTATE 2024

SOMMARIO: 1. Presentazione. I termini del problema. – 2. I riferimenti costituzionali e l'apparizione del *domaine réservé*. – 3. L'evoluzione successiva: la dissuasione nucleare. – 4. L'esperienza delle *cohabitations* e le riforme più recenti. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *Presentazione. I termini del problema*

In un saggio pubblicato nel 2021 Salvatore Prisco, dialogando con l'opera di Gianni Ferrara *Il governo di coalizione*, metteva in guardia contro un rischio immanente agli studi giuridici, segnatamente giuspubblicistici: «Dobbiamo … evitare le corrività insidiose della cronaca politica e avere dunque uno sguardo *di lungo periodo*, ma siamo comunque uomini situati e negarlo a noi stessi e agli altri non giova all'onestà intellettuale che dobbiamo invece mantenere»[1]. Si tratta di considerazioni impegnative, soprattutto se applicate allo studio delle forme di governo. Nel momento in cui si ricostruisce «il complesso delle regole giuridiche che disciplinano i rapporti fra gli organi costituzionali», si pone il problema del ruolo che vi svolgono non solo le consuetudini, ma anche, con un maggior grado d'incertezza circa la loro qualificazione, le convenzioni e le prassi[2]. Qualsiasi ragionamento sulle convenzioni costituzionali, poi, risulta quanto mai delicato in temperie che si caratterizzano per una particolare precarietà degli equilibri politico-istituzionali e, in generale, per una scarsa disponibilità degli attori istituzionali a conformare il proprio agire a quegli accordi che sono alla base delle convenzioni stesse[3].

[*] Professore associato di Diritto costituzionale e pubblico, Scuola Superiore Sant'Anna, giacomo.delledonne@santannapisa.it. Data di consegna del contributo: 30 settembre 2024.

[1] S. PRISCO, *Rinnovare i canali ostruiti della rappresentanza politica e della democrazia*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, n. 2/2021, 71. Sono particolarmente felice di poter contribuire a questa raccolta di scritti in onore del prof. Prisco. È un modo per esprimere vicinanza e riconoscenza a un maestro che non mi ha mai fatto mancare il suo generoso incoraggiamento. Accanto al comune interesse per gli studi di *law and literature*, la riflessione del prof. Prisco sul dovere di fedeltà alla Repubblica è stata per me un importante punto di riferimento per avvicinarmi allo studio del carattere aperto o protetto di un ordinamento democratico.

[2] M. LUCIANI, voce *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, 2010, 567. Il medesimo A. opera una distinzione netta fra consuetudini, da un lato, e convenzioni e prassi, dall'altro (ivi, 540 s. e nt. 18).

[3] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 154, che ritorna su una lunga riflessione in tema di convenzioni integrandola col riferimento all'«intreccio delle fiducie»

In questo breve contributo vorrei prendere le mosse dall'osservazione riportata più sopra per riflettere sull'evoluzione delle forme di governo – o, per meglio dire, del nostro modo di interpretarne il funzionamento – in un contesto caratterizzato da un'accresciuta instabilità e da una certa stanchezza nei confronti della democrazia rappresentativa, percepibile anche nelle democrazie stabilizzate. Tale instabilità può declinarsi in più modi: precarietà degli esecutivi e delle maggioranze parlamentari che li sostengono, volatilità del comportamento elettorale – tanto più vistosa, se si tiene conto del calo della partecipazione al voto –, deistituzionalizzazione del sistema politico. Più in particolare, vorrei considerare gli effetti di questa costellazione di fattori in una specifica esperienza costituzionale – quella francese della Quinta Repubblica – e fissando lo sguardo su un momento e su un oggetto ben determinati: la crisi politica e istituzionale dell'estate 2024 e le discussioni sulla titolarità dei poteri decisionali nell'ambito della politica estera, europea e di difesa.

In via preliminare, è opportuno prendere le mosse da alcuni passaggi significativi. Il 9 giugno 2024, pochi minuti dopo la chiusura delle urne per l'elezione del Parlamento europeo e la diffusione dei primi *exit poll*, il Presidente della Repubblica, Emmanuel Macron, ha pronunciato un breve discorso, con cui ha riconosciuto la sconfitta dei partiti della maggioranza presidenziale – e, parallelamente, la forte affermazione dell'estrema destra – e ha annunciato lo scioglimento dell'Assemblea nazionale e la convocazione di elezioni anticipate per il 30 giugno e il 7 luglio. Dopo due anni tumultuosi, in cui la coalizione centrista aveva potuto contare soltanto su un'ampia maggioranza relativa, il capo dello Stato ha ritenuto necessario restituire la parola agli elettori, con l'obiettivo di favorire l'apparizione di una chiara maggioranza parlamentare[4].

La decisione del presidente Macron – annunciata all'improvviso, ma lungamente meditata, a quanto risulta, nelle settimane precedenti[5] – ha immediatamente suscitato discussioni sul futuro della forma di governo delineata nella Costituzione della Quinta Repubblica. In particolare, gli osservatori si sono interrogati sul funzionamento di una possibile nuova *cohabitation*, stavolta fra un Presidente *leader* del c.d. blocco centrale e una maggioranza parlamentare

come «fondamento di efficacia delle costituzioni pluraliste».

[4] Per più ampi cenni sull'intreccio fra elezioni europee ed elezioni legislative anticipate in Francia, sia consentito il rinvio a G. Delledonne, *The 2024 European election in France: Continuity and innovation amid domestic and international turmoil*, in *federalismi.it*, *paper*, 19 giugno 2024, 14 s.; v. inoltre N. Lupo, *After the 2024 EP elections, the arrythmias of EU democracy have become even more evident (and less bearable)*, in *federalismi.it*, *paper*, 19 giugno 2024, 5 ss.

[5] Sugli aspetti procedurali v. le annotazioni critiche di A.M. Lecis Cocco Ortu, *Lo scioglimento anticipato dell'Assemblea nazionale francese, ennesimo esempio dello squilibrio dell'iperpresidenzialismo della Quinta Repubblica*, in *Diritti comparati*, 19 giugno 2024.

espressione di un partito antisistema, il Rassemblement national (RN). Sembrava, cioè, schiudersi la possibilità di una situazione di conflittualità strutturale, ben diversa anche dalla *cohabitation de combat* fra il presidente François Mitterrand e una maggioranza parlamentare di destra nel biennio 1986-1988. Nel corso della campagna elettorale, la titolarità dei poteri di decisione in materia di politica estera, europea e di difesa è stata oggetto di discussioni particolarmente accese; è un dato che non può destare sorpresa, se solo si tiene conto delle crisi dell'ultimo quinquennio.

A margine di una conferenza stampa, il 24 giugno, Jordan Bardella, presidente del RN e candidato alla guida del Governo in caso di vittoria elettorale della sua formazione politica, affermava che la designazione del commissario europeo «è di competenza del Governo francese»; non, quindi, del Presidente della Repubblica. Alcuni giorni dopo, anche Marine Le Pen ha preso posizione sulla titolarità dell'indirizzo politico nell'ambito della politica estera e di difesa. Secondo la *leader* storica del RN, già candidata nelle elezioni presidenziali del 2012, del 2017 e del 2022, «quello di capo delle forze armate, per il Presidente [della Repubblica], è un titolo onorifico, poiché i cordoni della borsa sono in mano al Primo ministro». Questa dichiarazione alludeva alla questione, assai dibattuta in quei giorni, dell'invio di truppe francesi in Ucraina. Alcuni giorni dopo, Marine Le Pen è parzialmente ritornata sui suoi passi, evocando la nozione di *domaine réservé*: «Senza mettere in discussione il *domaine réservé* del Presidente della Repubblica, in materia di invio di truppe all'estero il Primo ministro, controllando il bilancio, ha i mezzi per opporvisi. Jordan Bardella, perciò, aveva ragione a ricordare di essere contrario all'invio di militari francesi in Ucraina».

Retrospettivamente, la portata di quelle polemiche appare ridimensionata dall'esito elettorale del 7 luglio: il Rassemblement national non soltanto non è riuscito a conquistare la maggioranza assoluta all'interno dell'Assemblea nazionale, ma ha ottenuto un numero di seggi inferiore sia al blocco centrista, sia alla coalizione di sinistra denominata Nouveau Front populaire. Tuttavia, le polemiche alimentate da Jordan Bardella e da Marine Le Pen hanno messo in evidenza alcuni profili di ambiguità dell'assetto istituzionale della Quinta Repubblica

2. *I riferimenti costituzionali e l'apparizione del* domaine réservé

Nell'ordinamento costituzionale della Quinta Repubblica il riparto di competenze fra Presidente della Repubblica e Primo ministro si fonda su alcune indicazioni desumibili dal testo costituzionale e su una prassi significativa, che ha preso forma fin dalla seconda metà degli anni Cinquanta del secolo scorso.

In linea di principio, spetta al Governo, in virtù dell'art. 20 della Costituzione del 1958, determinare e condurre la politica nazionale. Gli artt. 20 e 21, inoltre, attribuiscono ancora al Governo il potere di disporre delle Forze armate e individuano nel Primo ministro il responsabile della difesa nazionale. Al tempo stesso, diverse disposizioni costituzionali attribuiscono un ruolo significativo al Presidente della Repubblica: in base all'art. 15 questi è capo delle Forze armate e presiede «i consigli e i comitati superiori della difesa nazionale», mentre l'art. 52 gli riserva la negoziazione e la ratifica dei trattati internazionali[6]. Su un piano ancora più generale, l'art. 5 definisce il Presidente, fra l'altro, come «il garante dell'indipendenza nazionale, dell'integrità del territorio e del rispetto dei trattati».

Anche in questo ambito, com'è stato notato[7], la Costituzione della Quinta Repubblica si caratterizza per la compresenza di *strati* eterogenei di materiali normativi[8], volti ora a rafforzare la posizione del capo dello Stato – l'«arbitro al di sopra delle contingenze politiche» evocato da de Gaulle nel discorso di Bayeux –, ora a ridefinire la posizione del Governo in Parlamento sulla scia di alcune suggestioni provenienti sia dall'esperienza novecentesca della razionalizzazione, sia dalla tradizione orleanista del secolo XIX. Un punto fermo è che il capo dello Stato, quando agisce sulla base dell'art. 15 o dell'art. 52, necessita della controfirma governativa: gli atti del Presidente della Repubblica legati alla sfera diplomatico-militare, infatti, non sono fra quelli che l'art. 19 della Costituzione esenta dal requisito della controfirma. Una lettura sistematica delle disposizioni costituzionali – talvolta resa problematica, come si vedrà, dal raffronto con le carte costituzionali della Terza e della Quarta Repubblica[9]

[6] Una parte della dottrina, però, valorizza in misura considerevole il secondo comma dell'art. 52 della Costituzione, che specifica che il Presidente della Repubblica viene tenuto informato di «qualsiasi negoziato che miri alla conclusione di un accordo internazionale non sottoposto a ratifica»: è il caso di É. Zoller, W. Mastor, *Droit constitutionnel*, III edizione, Paris, 2021, 523 s. Le due Autrici mettono in evidenza le differenze fra l'art. 52 e analoghe previsioni delle carte costituzionali previgenti, che riservavano al solo capo dello Stato la ratifica dei trattati internazionali. Con la disposizione del secondo comma dell'art. 52, invece, la Costituzione della Quinta Repubblica ha assegnato autonomo rilievo ai c.d. accordi in forma semplificata, dando «al Governo poteri propri in materia internazionale, segnatamente il potere d'impegnare lo Stato sul piano internazionale». Il secondo comma dell'art. 52, perciò, smentirebbe *sul piano giuridico* l'idea che gli affari esteri rientrino nel *domaine réservé* presidenziale.

[7] Cfr. R. Ibrido, *Forma di governo parlamentare ed equilibrio di potenza nel quadro della società internazionale. Problemi comparatistici*, Milano, 2020, 193 ss.

[8] Per questa chiave interpretativa v. S. Ceccanti, *La forma di governo parlamentare in trasformazione*, Bologna, 1997, 109 ss.

[9] Un caso significativo è proprio quello dell'art. 15, che definisce il Presidente della Repubblica come «il capo delle Forze armate». Mentre l'art. 50 della Costituzione del 1848 stabiliva che il Presidente «dispone della forza armata, senza poterla mai comandare di persona», l'art. 3

– fa propendere per «una forma di governo parlamentare ad alto tasso di razionalizzazione», in cui il Presidente dispone di attribuzioni che «o ricalcano le tradizionali prerogative "arbitrali" e/o di intermediazione politica spettanti ai Capi di stato nelle forme di governo parlamentari oppure assumono carattere discontinuo ed eccezionale»[10]. Il tutto, però, sullo sfondo di una certa indeterminatezza relativamente alla distinzione fra gli arbitraggi presidenziali e il ruolo del Governo nella determinazione della politica nazionale[11].

La Costituzione del 1958 era stata elaborata in un contesto emergenziale; di lì a poco, proprio le vicende algerine contribuirono all'affermazione di una peculiare lettura delle sue disposizioni in quella che, mutuando la terminologia di Paladin, si potrebbe definire la Costituzione vivente della Quinta Repubblica. Sulla scorta sia dell'azione di de Gaulle durante la crisi algerina, sia della sua interpretazione del testo costituzionale – del resto esplicitata in numerosi interventi pubblici –, la primazia del Presidente della Repubblica all'interno dell'esecutivo fu ben presto un dato acquisito[12]. In quelle circostan-

della legge costituzionale del 25 febbraio 1875 riprese soltanto la prima parte di questa disposizione. Quella formulazione fu adottata su pressione del maresciallo Mac-Mahon, secondo capo di Stato della Terza Repubblica (v. R. Drago, *Le chef des armées de la Troisième à la Cinquième République*, in Aa.Vv., *Militaires en République 1870-1962. Les officiers, le pouvoir et la vie publique en France*, a cura di O. Forcade, É. Duhamel, P. Vial, Paris, 1999, 45 ss.) e diede luogo a un vivace dibattito sul significato di quella che apparentemente era soltanto una «attribuzione equestre», legata alla possibilità di esercitare il comando effettivo sul campo di battaglia (cfr. J. Barthélemy, *Démocratie et politique étrangère*, Paris, 1917, 339 s.). In seguito alla crisi del 16 maggio 1877, il comando presidenziale delle forze armate si ridusse a una «magistratura morale» e i principali compiti in materia di politica militare furono svolti dal Governo, responsabile di fronte alle Camere. La Costituzione della Quarta Repubblica attribuì al Presidente «il titolo di capo delle Forze armate» (art. 33), pur riservandone la «direzione» e il coordinamento della Difesa nazionale al Presidente del Consiglio (art. 47): anche per questo Vedel ragionò di una «denominazione … puramente onorifica» (G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, 1949, 516). Ciononostante, il Presidente poté esercitare un'influenza più significativa grazie alla presidenza del Consiglio superiore e del Comitato della Difesa nazionale, attribuitagli anch'essa dall'art. 33 della Costituzione del 1946. La formulazione dell'art. 15 della Costituzione del 1958 non è molto distante dal precedente del 1946, ma la vera soluzione di continuità derivò dalla prassi del generale de Gaulle.

[10] Così ancora R. Ibrido, *Forma di governo parlamentare ed equilibrio di potenza nel quadro della società internazionale*, cit., 195 s.

[11] Cfr. D. Maus, *La répartition des compétences en matière de politique étrangère dans l'élaboration de la Constitution de la V^e^ République*, in *La conduite de la politique étrangère de la France sous la V^e^ République*, a cura di D.G. Lavroff, Bordeaux, 1998, 124.

[12] Il punto è sottolineato da R. Casella, *Il monarca repubblicano. La figura del capo dello Stato nell'evoluzione costituzionale francese dalla* grande révolution *alla Quinta repubblica*, Napoli, 2009, 352. R. Ibrido, *Forma di governo parlamentare ed equilibro di potenza nel quadro della società internazionale*, cit., 199 discorre in maniera convincente di una «convenzione de Gaulle».

ze, de Gaulle poté sfruttare appieno – e in maniera consapevole[13] – i margini di ambiguità presenti nella Costituzione. Sono queste, dunque, le circostanze che fanno da sfondo alla prima apparizione della dottrina del *domaine réservé*, che certo non discende in maniera univoca dalla semplice lettura delle disposizioni costituzionali.

Stando a quanto riferiscono le cronache politiche, il concetto – non l'espressione – di *domaine réservé* sarebbe stato teorizzato nel 1959 da Jacques Chaban-Delmas, in quel momento presidente dell'Assemblea nazionale. Prendendo la parola in occasione del primo congresso nazionale del partito gollista Union pour la nouvelle République (UNR), Chaban-Delmas ragionò di un *secteur présidentiel*, che «comprende l'Algeria, senza dimenticare il Sahara, la comunità franco-africana, gli affari esteri, la difesa». Al *secteur présidentiel* si sarebbe affiancato un *secteur ouvert*, comprendente tutto il resto, «un resto peraltro considerevole, poiché riunisce gli elementi stessi della condizione umana». Nel primo *secteur* il Governo è esecutore, mentre nel secondo è responsabile dell'elaborazione delle misure[14]. Di lì a poco, Georges Vedel teorizzò una tripartizione fra *affaires réservées*, *affaires déléguées* – dal Presidente al Primo ministro e al Governo – e *affaires surveillées*, che il capo dello Stato può avocare a sé in situazioni particolari[15].

In linea generale, la dottrina è concorde sulla scarsa aderenza della teoria del *domaine réservé* alle disposizioni costituzionali, qualora si ritenga che l'esistenza di un *domaine réservé* equivalga a escludere il Governo, cui la Carta del 1958 attribuisce compiti ben determinati, dai processi di assunzione delle decisioni. Le cose stanno diversamente, invece, se si ragiona di uno spazio in cui viene riconosciuta la preminenza del capo dello Stato, alla luce sia di una certa interpretazione della Costituzione – in particolare, del suo art. 5 –, sia di una convenzione che ha preso forma col sostanziale assenso del Governo

[13] Cfr. M. Marchi, *Presidenzialismo a metà. Modello francese, passione italiana*, Bologna, 2023, 73.

[14] Anni dopo, lo stesso Chaban-Delmas ritornò sulle circostanze in cui era stato pronunciato quel discorso, negando di aver voluto tratteggiare una dottrina generale e di essersi soffermato in via prevalente sui rapporti fra capo dello Stato e Governo. Si sarebbe trattato, invece, di un intervento di natura puntuale, specificamente pensato per un congresso di partito e rivolto ai militanti, con l'obiettivo di evitare equivoci sulla linea da tenere con riguardo alla questione algerina (cfr. J. Chaban-Delmas, *Intervention*, in *Gaullisme et anti-gaullisme en Aquitaine*, a cura di P. Guillaume, Bordeaux, 1990, 11). D'altra parte, lo stesso de Gaulle ritenne che la distinzione fra *secteur présidentiel* e *secteur ouvert* fosse eccessivamente restrittiva, sortendo piuttosto l'effetto di limitare i margini di manovra del capo dello Stato (cfr. M. Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, XVII edizione, Paris, 2022, 461).

[15] G. Vedel, *Vérité de la V^e^ République*, in *Revue de l'action populaire*, 1959, 889 ss.

e in conformità alle attese di quella che potrebbe definirsi la *legislative public opinion* dell'epoca[16].

3. *L'evoluzione successiva: la dissuasione nucleare*

In un ambito cruciale la supremazia del Presidente della Repubblica ha trovato esplicito riconoscimento nei testi normativi. Com'è stato efficacemente osservato, il controllo sulla *mallette noire*, la valigetta contenente i codici che permettono di attivare le armi atomiche, è uno degli attributi più riconoscibili del Presidente della Repubblica francese[17] e ha oggettivamente contribuito a sbilanciare a suo vantaggio i rapporti col Governo in sede di determinazione della politica estera e di difesa[18]. Nella prima metà degli anni Sessanta, il varo della forza di dissuasione nucleare francese[19] portò – non senza alcuni conflitti – a un incisivo rafforzamento della posizione presidenziale. Da un lato, è stata dimostrata l'esistenza di nessi significativi fra la revisione costituzionale del 1962, gli argomenti adoperati per sostenere l'introduzione dell'elezione diretta del capo dello Stato e il varo della forza di dissuasione nucleare francese[20]. D'altra parte, il *décret* n. 64-46 del 14 gennaio 1964, «relativo alle forze aeree strategiche», all'art. 5 affida il potere decisionale al Presidente della Repubblica, «presidente del *conseil de défense* e capo delle Forze armate». Sebbene il *décret* faccia riferimento soltanto alla componente aerea della forza di dissuasione, fin dall'inizio si ritenne, con un'interpretazione estensiva, che i poteri di decisione da esso attribuiti al capo dello Stato investissero il dispositivo nucleare francese nella sua interezza[21].

La legittimità del *décret* del 14 gennaio 1964 fu aspramente contestata dall'opposizione parlamentare, che lamentò una violazione delle regole costituzionali sull'estensione del *domaine de la loi* e sul riparto di attribuzioni fra

[16] V., per tutti, D.G. Lavroff, *La pratique de la conduite des affaires étrangères sous la V^e^ République*, in *La conduite de la politique étrangère de la France sous la V^e^ République*, cit., 86 s.

[17] Così B. Chantebout, *La dissuasion nucléaire et le pouvoir présidentiel*, in *Pouvoirs*, n. 38, 1986, 21.

[18] Cfr. R. Casella, *"Governare la Bomba": il comando delle armi nucleari nei sistemi costituzionali del Regno Unito e della Francia* in *DPCE online*, n. 4/2022, 1825 s.

[19] Sul significato dello sviluppo di un'autonoma *force de frappe* nella politica estera di de Gaulle v. R. Brizzi, M. Marchi, *Charles de Gaulle*, Bologna, 2008, 177.

[20] Cfr. O. Rudelle, *Le général de Gaulle et l'élection directe du président de la République*, in *Revue française de science politique*, 1984, 704; B. Grémare, *"L'État nucléaire" ou la V^e^ République à l'épreuve d'un conflit nucléaire: analyse de la théorie pacienne de l'adaptabilité constitutionnelle aux circonstances de crise*, in *Civitas Europa*, n. 42, 2019, 175.

[21] Così B. Mathieu, M. Verpeaux, *Droit constitutionnel*, Paris, 2004, 421; R. Casella, *"Governare la Bomba"*, cit., 1821 s.

il Presidente della Repubblica e il Primo ministro[22]. Dal punto di vista procedurale, inoltre, il *décret* relativo alle forze aeree strategiche non era stato deliberato in Consiglio dei ministri, così contravvenendo alla previsione dell'art. 7 dell'*ordonnance* n. 59-147 del 7 gennaio 1959[23]. Secondo alcuni commentatori, però, il fondamento costituzionale dei poteri presidenziali relativi all'attivazione della *force de frappe* potrebbe essere rinvenuto direttamente nell'art. 16 della Costituzione del 1958[24]. A questo proposito, è utile segnalare che il capo dello Stato non necessita della controfirma ministeriale per attivare i poteri straordinari previsti all'art. 16.

A dispetto di alcuni contrasti fra il presidente Mitterrand e i primi ministri Chirac e Balladur nel corso, rispettivamente, della prima e della seconda *cohabitation*[25], il primato presidenziale nel settore della dissuasione nucleare, esplicitamente confermato nei testi normativi, non è mai stato messo in discussione[26]. Ciò pone evidentemente il problema del raccordo fra la dissuasione nucleare e gli altri ambiti della politica di difesa francese. Nella sua configurazione attuale, inoltre, il dispositivo nucleare rappresenterebbe una pietra d'inciampo per qualsiasi tentativo di trasformare la forma di governo della Francia nel senso di una più chiara parlamentarizzazione[27].

Un altro strumento istituzionalizzato di consolidamento del primato presidenziale, e che ha conosciuto un evidente salto di qualità in coincidenza con la pandemia di Covid-19 e con le crisi internazionali successive, è la presidenza dei «consigli» e «comitati» menzionati all'art. 15 della Costituzione. L'art. R*1122-1 del Codice della Difesa assegna al Consiglio per la difesa e la sicurezza nazionale funzioni di indirizzo e di individuazione delle priorità in vari ambiti, fra cui spiccano per la loro indeterminatezza le «risposte alle grandi crisi». Durante i due mandati di Macron si è assistito a uno scivolamento di autorità decisionale dal Governo verso il Consiglio per la difesa e la sicurezza nazionale[28], di cui bisognerà verificare la persistenza

[22] Cfr. B. Chantebout, *La dissuasion nucléaire et le pouvoir présidentiel*, cit., 27 s.

[23] Dando seguito ad alcuni moniti del *Conseil d'État*, il *décret* del 1964 è stato sostituito da un nuovo *décret*, adottato in Consiglio dei ministri e datato 12 giugno 1996.

[24] Cfr. ancora B. Chantebout, *La dissuasion nucléaire et le pouvoir présidentiel*, cit., 22.

[25] Cfr. G. Arboit, *La république des "conseils". Des comités secrets au Conseil de défense et de sécurité nationale*, in *Relations internationales*, n. 192, 2022, 15 s.

[26] Si veda l'emblematico titolo del saggio di S. Cohen, *Monarchie nucléaire, dyarchie conventionnelle*, in *Pouvoirs*, n. 38, 1986, 13 ss.

[27] Concludono così la loro analisi J. Guisnel-B. Tertrais, *Cohabitation nucléaire: le Premier ministre aurait-il le pouvoir sur la bombe?*, in *Le Grand Continent*, 28 giugno 2024.

[28] Cfr. P.-R. Lemas, *Le bicéphalisme de l'exécutif français et le fonctionnement de l'État*, in *Pouvoirs*, n. 184, 2023, 77 s.

nella situazione di «multi-*cohabitation*»[29] successiva alle elezioni legislative del 2024.

4. *L'esperienza delle* cohabitations *e le riforme più recenti*

Alla vigilia delle elezioni legislative del 2024, sono stati considerati con grande attenzione gli equilibri istituzionali manifestatisi nel corso dei tre periodi di *cohabitation* della Quinta Repubblica. Da un lato, è indubbio che la *cohabitation* porti a una piena applicazione dell'art. 20 e a una rivalutazione del ruolo del Governo nella determinazione dell'indirizzo politico; dall'altro, però, le prerogative rivendicate dal presidente Mitterrand nel suo primo colloquio col futuro primo ministro Chirac e poi nel messaggio per l'apertura della sessione parlamentare – «La Costituzione, nient'altro che la Costituzione, tutta la Costituzione» – includevano le funzioni di garanzia di cui all'art. 5 (v. *supra*, par. 2). Sul piano operativo, ciò si tradusse nella riaffermazione del *domaine réservé* – al di là dell'obiezione, avanzata nel 1993 dal nuovo primo ministro Balladur, secondo cui si tratterebbe, al più, di un *domaine partagé*[30] – e nel riconoscimento di un *droit de regard* presidenziale sulle nomine dei Ministri degli esteri e della difesa[31]. Questo *droit de regard* si è manifestato, da ultimo, nelle laboriose trattative che hanno portato alla formazione del Governo Barnier.

L'altro dato di cui bisogna tenere conto – e che permette di interpretare in maniera convincente la tenuta di questo complesso equilibrio – è la condivisione degli orientamenti di fondo della politica estera e di difesa da parte del Presidente e del Primo ministro, mai venuta meno fra il 1986 e il 2002[32]. Su vicende specifiche, però, il conflitto fra Presidente e Primo ministro è venuto allo scoperto. Nel 1999, quando il presidente ivoriano Henri Konan Bédié fu deposto da un colpo di Stato, il presidente della Repubblica Chirac si pronunciò a favore di un intervento armato; tuttavia, a causa dell'opposizione del primo ministro Jospin (e della sua maggioranza di sinistra "plurale"), le truppe francesi non poterono intervenire[33].

[29] L'espressione è stata adoperata da Laurent Fabius, presidente del *Conseil constitutionnel*, in un'intervista pubblicata sul quotidiano *Le Parisien* il 25 settembre 2024.

[30] Cfr. P. Ardant, O. Duhamel, *La dyarchie*, in *Pouvoirs*, n. 91, 1999, 18 ss.

[31] Cfr. M. Marchi, *Presidenzialismo a metà*, cit., 219.

[32] Cfr. R. Lukic, *La politique étrangère de la France et les relations franco-américaines sous la présidence de Nicolas Sarkozy*, in *Conflit et coopération dans les relations franco-américaines. Du Général de Gaulle à Nicolas Sarkozy*, a cura di R. Lukic, Québec, 2009, 327 s.

[33] Cfr. S. Cohen, *Cohabiter en diplomatie. Atout ou handicap?*, in *Annuaire français de relations internationales*, 2003, 351. V. anche M. Cavino, *La fine del mito della sesta repubblica*, in

Il 29 marzo 1993, in coincidenza con l'avvio della seconda *cohabitation*, il presidente Mitterrand pronunciò un breve discorso in cui, sottolineando le proprie prerogative, citò, accanto alla «continuità della nostra politica estera e della nostra politica di difesa», «l'Europa, la costruzione comunitaria, l'unità progressiva del nostro continente». Si tratta di affermazioni significative perché presuppongono una crescente autonomia della politica europea dalla politica estera complessivamente intesa. In virtù dell'art. 5 della Costituzione e della necessità di una rappresentanza unitaria dello Stato sul piano internazionale, il Presidente rappresenta la Francia in seno al Consiglio europeo, eventualmente affiancato dal Primo ministro in tempi di *cohabitation*[34]. A livello amministrativo, peraltro, dipende dal Primo ministro il Segretariato generale per gli affari europei[35]. Per quanto riguarda la nomina dei commissari europei, la regola è quella dell'accordo fra i due vertici dell'Esecutivo, naturalmente favorito, dal fatto che prima dell'entrata in vigore del trattato di Nizza la Francia designava due commissari. Il coinvolgimento del Governo nelle nomine risulta in qualche misura confortato dall'art. 17, par. 7, del trattato sull'Unione europea, secondo il quale il Consiglio, d'accordo col Presidente eletto della Commissione, «adotta l'elenco delle altre personalità che propone di nominare membri della Commissione»[36].

Un ulteriore elemento di complessità è frutto della revisione costituzionale organica, promossa nel 2008 dal presidente Nicolas Sarkozy. All'articolo 35 della Costituzione dopo il primo comma – stando al quale la dichiarazione di guerra è autorizzata dal Parlamento – ne furono aggiunti altri tre. Le disposizioni inserite nel 2008 disciplinano le situazioni in cui le Forze armate francesi intervengono all'estero. L'attenzione della dottrina si è concentrata soprattutto sul fatto che in seguito a quella revisione la Costituzione prende esplicitamente in considerazione interventi armati differenti dalla guerra tradizionalmente intesa[37]. Non meno importante, però, è che il secondo comma dell'art. 35 spe-

La Quinta Repubblica francese dopo la riforma costituzionale del 2008, a cura di M. Cavino, A. Di Giovine, E. Grosso, Torino, 2010, 21 e nt. 59.

[34] Sul piano comparatistico, la partecipazione del capo dello Stato – e non del capo del Governo – al Consiglio europeo costituisce ormai un'importante «figura sintomatica» per l'individuazione dei semipresidenzialismi (cfr. R. Ibrido, *La classificazione delle forme di governo europee caratterizzate dalla commistione tra fiducia ed elezione diretta del Capo dello Stato*, in *il Filangieri*, Quaderno 2023, 106 ss.).

[35] Cfr. S. Cohen, *Cohabiter en diplomatie*, cit., 346.

[36] Cfr. C. Blumann, *L'impact d'une cohabitation au sommet de l'Etat sur la participation française aux institutions de l'Union européenne*, in *Le Club des juristes*, 3 luglio 2024; P. Sellal, *Union européenne: ce que peut changer la cohabitation*, in *Le Club des juristes*, 28 giugno 2024.

[37] V. ad es. Y. Hasebe, *War. Powers*, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, a cura di M. Rosenfeld, A. Sajó, Oxford, 2012, 473 ss.; A. Vedaschi, *Guerra e Costituzioni: spunti dalla comparazione*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2022, 59 s.

cifichi che il Parlamento viene informato *dal Governo* della *sua* decisione di inviare le truppe all'estero. Com'è stato osservato in seguito alle dichiarazioni di Bardella, un Primo ministro di *cohabitation* potrà senz'altro fare leva su questa previsione; essa, del resto, trova la sua *ratio* in una forma di governo che si caratterizza pur sempre per il rapporto fiduciario fra Governo e Assemblea nazionale, mentre i contatti fra quest'ultima e il capo dello Stato sono più sporadici e solenni[38].

Fra il 2014 e il 2015 il *Conseil constitutionnel* si è soffermato in due decisioni sulla distinzione fra i ruoli del Presidente, da un lato, e del Primo ministro e del Governo, dall'altro, sottolineando al tempo stesso la necessità che vi siano momenti di discussione e di concertazione. In un *considérant* di principio il *Conseil* ha ricordato che «in virtù degli articoli 5 e 15 della Costituzione, il Presidente della Repubblica è il capo delle forze armate, assicura col suo arbitraggio, la continuità dello Stato ed è il garante dell'indipendenza nazionale, dell'integrità del territorio e del rispetto dei trattati; … in virtù degli articoli 20 e 21 della Costituzione, il Governo dispone delle Forze armate e il Primo ministro è responsabile della difesa nazionale; … in applicazione di queste disposizioni, e senza pregiudizio per quelle dell'articolo 35 della Costituzione, il Governo decide, sotto l'autorità del Presidente della Repubblica, dell'impiego delle Forze armate»[39].

I poteri di decisione del Governo – che discendono sia dagli artt. 20 e 21 della Costituzione, sia dal legame fiduciario con l'Assemblea nazionale – coesistono dunque con l'«autorità» del Presidente della Repubblica.

5. *Osservazioni conclusive*

Come anticipato nel par. 1, la discussione sulla titolarità dei poteri di decisione in ambito diplomatico-militare ed europeo è rimasta su un piano speculativo. Essa, però, permette di svolgere alcune considerazioni ulteriori.

[38] Cfr. O. Gohin, *Chef des armées "honorifique"? Que dit le droit?*, in *Le Club des juristes*, 1 luglio 2024. Sulla resa delle innovazioni introdotte nel 2008, fra cui spicca la possibilità per il capo dello Stato di prendere la parola dinanzi alle Camere riunite in *Congrès*, si veda, volendo, G. Delledonne, *Il caso francese: dalla riforma costituzionale del 2000 alla presidenza Macron*, in *il Filangieri*, Quaderno 2023, 28 s.

[39] *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2014-432 QPC del 28 novembre 2014, *M. Dominique de L.*, cons. 9; decisione n. 2014-450 QPC del 27 febbraio 2015, *M. Pierre T. et autre*, cons. 6. Per una panoramica dei commenti – con particolare riguardo alla propensione dell'«autorità» del capo dello Stato a trascolorare in un vero e proprio potere decisionale – v. R. Casella, *Il Capo dello Stato* Chef des armées*. La Quinta Repubblica francese e la preminenza presidenziale nel settore della difesa*, in *federalismi.it*, n. 21/2018, 10 e nt. 35.

Il primo dato, su cui si è già insistito, è il carattere ambiguo di alcune disposizioni-chiave della Costituzione del 1958. Sulla loro natura anfibologica si è poi innestata una prassi che è stata plasmata in profondità dalla *prima applicazione* della Carta costituzionale nel corso del decennio golliano[40]. Questa prassi ha preso forma in uno spazio interstiziale, delimitato in modo malcerto dalle disposizioni costituzionali, e «non è suscettibile di dare luogo a contenzioso, in quanto il diritto francese non conosce procedure che consentano di dirimere conflitti di competenza fra organi, come invece avviene nel diritto tedesco»[41]. Il primato presidenziale, emerso sul terreno dell'informalità, è parso confortato in maniera decisiva dalla riduzione della durata del mandato presidenziale seguita alla revisione costituzionale del 2000, ma le vicende successive alla rielezione di Emmanuel Macron nel 2022 hanno messo in evidenza quanto fosse precario il fondamento di quell'opinione.

Il secondo punto è una conseguenza diretta del primo. L'*actio finium regundorum* avviata dalla dottrina – e confortata dal *Conseil constitutionnel* – presuppone che all'interno dell'Esecutivo a due teste vi sia una certa disponibilità alla cooperazione da parte del Presidente e del Primo ministro. Nel corso delle tre *cohabitations* svoltesi fra il 1986 e il 2002, questa disponibilità, ora più ora meno pronunciata, si è però accompagnata a una indubbia condivisione degli assi portanti della politica estera, europea e di difesa. L'ipotesi di una *cohabitation* Macron-Bardella, per la prima volta da quando la durata del mandato presidenziale è stata portata da sette a cinque anni, avrebbe probabilmente dato luogo a una soluzione di continuità rispetto ai tre precedenti già citati.

Il terzo dato è costituito da una certa fluidità dei comportamenti degli attori istituzionali, non sempre agevolmente riconducibili alle disposizioni costituzionali e legislative. Il 16 settembre 2024, mentre era in corso il laborioso processo di formazione della II Commissione von der Leyen, il commissario francese Thierry Breton – frettolosamente confermato da Macron alla vigilia delle ultime elezioni legislative – ha comunicato la propria intenzione di dimettersi dalla Commissione, «con effetto immediato». Poche ore dopo, il capo dello Stato ha proposto di nominare Stéphane Séjourné, ministro degli esteri del Governo Attal, in quel momento ancora in carica per il disbrigo degli affari correnti. Al di là del carattere repentino dell'annuncio di Breton e della successiva designazione di Séjourné, è interessante notare che la Presidenza della Repubblica si è preoccupata di sottolineare che il nuovo Primo ministro,

[40] V., da ultimo, P. Avril, *Une analyse structurelle de la V^e^ République. État des lieux*, in *JP Blog*, 2 settembre 2024.

[41] Così É. Zoller, W. Mastor, *Droit constitutionnel*, cit., 524.

l'esponente gollista Michel Barnier, era stato «coinvolto» nella decisione presidenziale.

Per concludere, vorrei soffermarmi sull'aspetto che ritengo più significativo nella seconda dichiarazione di Marine Le Pen (v. *supra*, par. 1), in cui si fa riferimento al *domaine réservé*. Rispetto a quanto aveva affermato pochi giorni prima, la leader del RN è parsa correggere il tiro relativamente all'ipotesi di un netto ridimensionamento delle prerogative presidenziali. Nelle parole di Marine Le Pen si può forse scorgere in controluce un riflesso opportunistico, che la accomunerebbe ad altri *leader* del passato, primi fra tutti François Mitterrand e Jacques Chirac. Mentre il primo, insediandosi alla Presidenza della Repubblica, si avvalse pienamente delle possibilità che gli offriva un assetto costituzionale in precedenza da lui stesso bollato come *colpo di Stato permanente*, il secondo, costretto a una difficile *cohabitation* negli anni 1986-1988, non sollevò obiezioni rispetto all'interpretazione del *domaine réservé* imposta dal capo dello Stato socialista. Si può pensare, insomma, che Marine Le Pen, confidando in un successo elettorale del RN alle elezioni presidenziali del 2027, abbia ritenuto imprudente discostarsi in misura eccessiva da un importante elemento di continuità nella vita istituzionale della Quinta Repubblica.

Elena di Carpegna Brivio[*]

DIALOGO SULLA PARI DIGNITÀ SOCIALE

SOMMARIO: 1. La posizione costituzionale della persona. Una premessa. – 2. L'impostazione della posizione individuale nell'ordinamento data dal principio personalista. – 3. La rivoluzione della pari dignità sociale. – 4. L'efficacia orizzontale della pari dignità sociale come strumento di protezione integrale della persona. – 5. Una nuova era per la pari dignità sociale.

1. *La posizione costituzionale della persona. Una premessa*

Ormai qualche anno fa il Professor Prisco ebbe la pazienza di considerare un mio breve scritto, che risale addirittura al 2011, e che avevo composto per un'altra collettanea di Studi in onore, quella dedicata al mio maestro, Angelo Mattioni, purtroppo scomparso nel giugno di quest'anno.

Si trattava di un testo, sicuramente giovanile e comunque molto acerbo, intitolato *La posizione dell'individuo nell'ordinamento* e dedicato all'influenza che le impostazioni dottrinali del XIX ancora esercitano sugli ordinamenti contemporanei[1].

In particolare, venivano indagate due linee di forza che hanno attraversato il dibattito politico e giuridico successivo alla Rivoluzione francese fino ad essere delle vere e proprie *formae mentis* che hanno plasmato il modo di ragionare dei costituzionalisti.

Una prima impostazione, derivata da una particolare combinazione di giusnaturalismo e illuminismo e rimasta dominante nella dottrina francese, considerava la posizione giuridica dell'individuo come un elemento che precede l'avvento dello Stato e che deve essere da esso preservato definendo un insieme di regole giuridiche che vanno a costruire attorno alla persona uno spazio di protezione. Era caratteristica principale di questa impostazione l'essere basata su presupposti razionalistici e non storici che attribuivano ad essa, di conseguenza, una connotazione universalistica che, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, si esplicitava nelle Dichiarazioni dei diritti ed in una precisa struttura istituzionale, il governo rappresentativo, volta a garantire l'effettività di tali diritti.

[*] Ricercatrice di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Milan-Bicocca, elena.dicarpegna@unimib.it.

[1] Per chi volesse E. DI CARPEGNA BRIVIO, *La posizione dell'individuo nell'ordinamento. Brevi considerazioni sugli sviluppi di alcune linee dottrinali del secolo XIX*, in *Studi in onore di Angelo Mattioni*, Milano, 2011, 265 ss.

A questa prima impostazione ne veniva poi accostata un'altra, derivata dalla dottrina tedesca, che rifiutava gli assunti tipici del razionalismo illuminista in quanto privi di storicità[2]. A caratterizzare la posizione individuale nell'ordinamento, allora, non era più una visione universale, ma la categoria, completamente diversa, dei diritti pubblici subiettivi[3]. Secondo questa impostazione, l'insieme di prerogative dell'individuo era una creazione diretta dell'ordinamento giuridico nel suo configurarsi storico e, di conseguenza, non poteva avere alcuna consistenza se non nel rapporto con lo Stato. La personalità giuridica dell'individuo, pertanto, veniva costruita non come un insieme di diritti, ma come uno status, cioè come un «rapporto con lo Stato qualificante l'individuo» in cui vi è un profondo legame tra il singolo e lo Stato-persona[4].

Veniva però evidenziato come, per quanto le premesse e le metodologie fossero differenti, entrambe le impostazioni giungessero alla medesima realizzazione concreta, e cioè la creazione di un complesso sistema positivo di norme che costituisce la massima garanzia per la posizione dell'individuo. I fondamenti teorico-culturali, infatti, riuscivano ad acquisire un autentico valore giuridico solo in quanto resi effettivi da un'organizzazione statale[5].

Se in Francia l'ordine positivo delle norme era funzionale alla realizzazione di un insieme di diritti considerati universali, in Germania il diritto positivo era conseguenza necessaria del processo di autolimitazione della volontà statale, che così realizzava delle sfere di diritti individuali che altrimenti non sono tutelabili.

Gli esiti positivistici, pertanto, avevano consentito allo Stato del XIX di unificare le due visioni in un unico modello che arrivava a garantire la dimensione giuridica individuale tramite la struttura formale dello Stato.

Nell'articolo vi era però di più, perché non ci si limitava a considerare la pacificazione operata dal diritto positivo dell'Ottocento, ma si tentava un'operazione più complessa che consisteva nell'andare a considerare come le due diverse impostazioni teoriche continuassero a produrre sul diritto contemporaneo una rilevante influenza.

[2] E.W. Böckenförde, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, 1972, trad. it. Bari, 2007, 88; cfr. anche A. Mattioni, *Profi li costituzionali della dignità umana*, in *Jus*, 1/2008, 257; R. Gneist, *Lo Stato secondo il diritto*, trad. it. in *Biblioteca di scienze politiche* a cura di A. Brunialti, Napoli 1891, vol. VII, 1158.

[3] G. Gozzi, *Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Milano 2002, 268 ss.

[4] G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, trad. it., Milano 1912, 94; C.F. von Gerber, *Über öffentliche Rechte*, Tübingen 1852, trad. it. in *Diritto pubblico*, Milano 1971, 30.

[5] R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris 1931, 108, 119; Id., *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Paris 1920, I, 61 ss., 238 ss.

La matrice razionalistico-illuminista trova infatti una forma di attualizzazione nella formulazione di cataloghi di diritti a vocazione universale e sempre più garantiti dal diritto sovranazionale e internazionale. Ad essere fondativa, però, non è più l'idea dell'uomo allo stato di natura, cui è sufficiente la libertà naturale che le delimitazioni legislative gli garantiscono, ma un complesso sistema di valori, che, in quanto universale, mira potenzialmente a vincolare ogni forma di potere pubblico[6].

In questo modo la sfera individuale, che era stata legata allo Stato dal rapporto di sovranità, veniva ad esserne svincolata per entrare in una dimensione universale che sembra non avere più lo Stato come orizzonte necessario.

La trasformazione dei diritti individuali da sistema di delimitazioni a sistema di valori universali, però, non rende meno incisivo il potere dello Stato, poiché richiede una continua attività di attuazione che ha come proprio campo necessitato la società. I diritti, infatti, non si riferiscono più solo al soggetto, ma si connotano di oggettività. «in un contesto di relazioni sociali multiple», i diritti del singolo non possono rimanere chiusi in un rapporto Stato-individuo e ciò proprio perché il loro esercizio si pone «anche in relazione ai poteri sociali che per certi versi forse più dei pubblici poteri ne condizionano la realizzazione effettiva»[7]. Ai pubblici poteri, di conseguenza, viene rimessa la costante correzione dell'azione dei poteri sociali, altrimenti veri artefici delle condizioni individuali.

La modificazione dei diritti individuali nel senso accennato rompe così l'isolamento che il liberalismo aveva creato attorno all'individuo e genera una fitta rete di interdipendenze che richiama in gioco il potere dello Stato: è allo Stato, infatti, che spetta presiedere in vario modo all'effettiva realizzazione degli obblighi sociali, attraverso interventi anche molto puntuali. L'allargamento dei diritti individuali all'ambito sociale non ha così ampliato l'autonomia della dimensione individuale dal potere pubblico, ma ha anzi reso sempre più necessaria la presenza dello Stato nell'esistenza dei singoli per garantire l'erogazione di prestazioni sociali e la rimozione di diseguaglianze.

Ora, il Professor Prisco aveva all'epoca apprezzato molto la mia lettura, ma mi aveva anche spronato a trarne compiutamente le conseguenze, perché, a suo avviso, il mio articolo era come un gelato di buon gusto, ma troppo breve.

Ecco che allora l'occasione di questa raccolta di scritti mi è preziosa per completare ciò che il mio ragionamento aveva in quella sede potuto solo ac-

[6] P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2007, 186 ss.; P. Häberle, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, 1983, trad. It. Roma 1996, 39.

[7] A. Mattioni, *Profi li costituzionali della dignità umana*, cit., 257.

cennare e che invece trova in alcuni scritti del Professor Prisco una sicura guida[8].

2. *L'impostazione della posizione individuale nell'ordinamento data dal principio personalista*

L'ordinamento repubblicano ha guardato alle teorie giuridiche del XIX secolo considerandole modificazioni marginali di un unico modello che, isolando il soggetto dai suoi legami sociali, non poteva produrre che esiti autoritari, in quanto la condizione umana veniva riscritta dal diritto solo dopo che ne era stato prodotto l'azzeramento[9].

L'uomo che, a seguito della Rivoluzione francese, era stato posto al centro dei sistemi costituzionali era un essere perfetto di ragione, un «santo laico» purificato dalla sua condizione economico-sociale e, come tale, non poteva esistere nel mondo reale se non come notabile borghese libero dal bisogno materiale. Quella concezione, quindi, era il prodotto di un monismo del potere politico che era il riflesso del monismo del potere sociale[10].

La Costituzione repubblicana, invece, fondando la Repubblica sul lavoro, ha costruito il sistema costituzionale a partire dalla spontanea socialità dell'uomo e, così facendo, ha sostituito il vecchio sistema di astrazioni razionalizzanti con una dimensione concretissima che vede i valori normativi della Costituzione agire direttamente nella società. È attraverso il lavoro che la persona abbandona la mera dimensione individuale e si inserisce nel processo sociale ed è proprio fondandosi su di esso che l'ordinamento normativo non opera più rivestendo la realtà di concetti giuridici tanto rigorosi quanto astratti e si propone invece di divenire un fattore di promozione reale della condizione

[8] S. Prisco, *Costituzionalismi antichi e moderni tra strutture invarianti e specificità storiche*, in *Dirittifondamentali.it*, 2012; Id., *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico*, in *Rivista di Biodiritto*, Special Issue, 2/2019.

[9] E. Tosato, *Rapporti tra persona, società intermedie e Stato*, in Id., *Persona, società intermedie, Stato*, Milano, 1989, 226 ss.; F. Traniello, *Concezioni cristiane del pluralismo sociale*, in *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Milano, 1980, 18 ss.; U. De Siervo, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana a oggi: presupposti teorici*, *Ivi*, 62 ss.; R. Ruffilli, *Sulla fondazione della Repubblica democratica in Italia*, in *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente*, Bologna, 1979, t. I, 17 ss.

[10] In proposito G. Burdeau, *Traité de science politique*, Paris, 1973, vol. VII, 15 ss.; C. Schmitt, *La svolta verso lo Stato totale*, 1931, trad. it. in Id., *Posizioni e concetti. In lotta con Weimar-Ginevra-Versailles, 1923-1939*, Milano, 2007, 237 e ss.; L. Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, 1913, 15 e ss.; C. Mortati, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, XI, 143, 144; P. Grossi, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, 23; R. Garaudy, *Les sources françaises du socialisme scientifique*, Paris, 1948, 24 e ss.

umana, proteggendo e tutelando lo sviluppo della persona fin nel quotidiano svolgimento della dimensione economico-sociale[11].

In questo modo, l'ordinamento costituzionale è stato improntato a una visione di organicismo dinamico in cui la persona, come unità giuridica minima, è collegata alla Repubblica, come unità giuridica massima, attraverso una fitta rete di corpi intermedi[12].

Il testo dell'art. 2 disegna, infatti, l'immagine di un'integrazione che ha come suo centro la persona e che si irradia poi all'interno della società attraverso formazioni autonome lontane dall'essere una proiezione del potere statale. In questo contesto, allora, i diritti inviolabili dell'uomo non sono più mere pretese da vantare nei confronti degli apparati pubblici, ma si affermano direttamente nella relazione persona-società e, come tali, vengono assistite dalla forza di affermazione del diritto positivo perché la pienezza della condizione umana si realizzi soprattutto nelle relazioni intersoggettive[13].

La salda corrispondenza che lega, nel principio personalista, i diritti inviolabili dell'uomo e i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, definisce così una strategia istituzionale per liberare la persona dalla vecchia immagine di diritti irrimediabilmente condizionati dal potere a favore di una sua protezione che diviene ordinamento sociale[14].

Sebbene la simmetria tra diritti e doveri ricorra frequentemente nelle disposizioni costituzionali, nel principio personalista essa assolve alla funzione di scomporre le vecchie architetture di potere in una dimensione democratica che si vuole realizzare come intrinsecamente presente nella società.

Così, mentre la dogmatica giuspubblicistica ereditata dall'Ottocento era ancora legata alla categoria dei diritti pubblici subiettivi come semplici riflessi dell'autolimitazione dello Stato, nell'impostazione repubblicana l'elemento della solidarietà mira a costruire all'interno dei rapporti sociali un percorso di consolidamento e rafforzamento dei diritti che da un lato esclude ogni tipo di ripiegamento particolaristico e, dall'altro, impone al diritto positivo di pro-

[11] N. Bobbio, *La funzione promozionale del diritto*, in Id., *Dalla struttura alla funzione*, Bari,2007, 3 ss.; G. Burdeau, *Traité de science politique*, vol. IV, 97 ss. In proposito sia consentito rinviare anche a E. di Carpegna Brivio, *Il concetto di Repubblica nella Costituzione italiana*, Milano, 2015, 25 ss.

[12] U. De Siervo, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi*, in *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, cit., 61 ss.

[13] Q. Camerlengo, *Il senso della Costituzione per la povertà*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 1, 7 ss. L. Mengoni, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Jus*, 1/1998, 45 ss.; A. Ruggeri, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2011.

[14] A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, vol. XI, 1 ss.; F. Giuffré, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, 55 ss.

muovere la qualità e la quantità dei diritti in modo che la trama delle relazioni giuspubblicistiche diventi così fitta da far disperdere il significato di ogni gerarchia autoritaria[15].

I diritti sociali, in particolare, sono stati concepiti dalla Costituzione come una «guida per l'avvenire dello Stato, come un criterio per l'identificazione dell'ordinamento nel tempo, dal punto di vista del suo contenuto sociale»[16].

La Costituzione ha inteso attribuire ai diritti sociali una natura giuridica del tutto simile a quella dei diritti di libertà. Nell'ordinamento repubblicano tanto i diritti sociali quanto i diritti di libertà sono concepiti come connotati strettamente riferibili alla persona e, di conseguenza, vengono pensati come strutture giuridiche di matrice intersoggettiva che impongono allo Stato un'intensa attività di rimozione delle diseguaglianze sociali. Da un punto di vista organizzativo, allora, non è sufficiente che siano definiti criteri direttivi per il legislatore, ma è anche necessario che si sviluppino in modo continuativo politiche pubbliche che, acquisendo una natura organica, sappiano realizzare il diritto sociale come connotato proprio di ogni singola persona[17].

3. *La rivoluzione della pari dignità sociale*

A coronamento dell'impostazione propria della Costituzione repubblicana si pone la pari dignità sociale del primo comma dell'art. 3 Cost.

La disposizione, per lungo tempo, non è stata analizzata in modo autonomo e anche le trattazioni dedicate al principio di eguaglianza hanno faticato a fornirne un vero inquadramento[18]. La contiguità testuale con il principio di

[15] C. Mortati, *Relazione sui diritti pubblici subiettivi*, 1946, in Id., *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1972, 605; F. Benvenuti, *L'ordinamento repubblicano*, Padova, 1996, 40; A. Barbera, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, artt. 1-12, 70 ss.; G. Amato, *Libertà (Diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1974, vol. XXIV, 227 ss.; E. Tosato, *Corpi intermedi e bene comune*, 1964, in Id., *Persona, società intermedie e Stato*, Milano, 1989, 141 ss.; L. Verga, *Prospettive del pluralismo sociale oggi: problemi teoretici*, in *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, cit., 105 ss.; G. Berti, *Principi del diritto e sussidiarietà*, in *Quaderni fiorentini*, 1/2002, 398 ss.

[16] C. Mortati, *Relazione sui diritti pubblici subiettivi*, 1946, in Id., *Raccolta di scritti*, I, 1972, 605.

[17] C. Mortati, *Art. 1*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, artt. 1-12, 10 ss.; Id., *Note introduttive ad uno studio sulle garanzie dei diritti dei singoli nelle formazioni sociali*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Milano, 1978, III, 1565 ss.; A. Mattioni, *Personalizzazione del diritto sociale*, in *Politiche sociali e servizi*, 1/2008, 9 ss.; A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1989, XI; Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna, 2013, 141 ss.

[18] Q. Camerlengo, *Per un'interpretazione costituzionalmente sostenibile del merito*, in *Federalismi.it*, 13/2022, 33 ss.

eguaglianza formale ha fatto sì che fosse quest'ultimo il centro di ogni considerazione, mentre la pari dignità sociale appariva come un'aggiunta «curiosa», al massimo come una norma programmatica[19].

È però proprio l'accostamento con il principio che siamo abituati a considerare un derivato eccellente dello Stato liberale a farci capire quanto la pari dignità sociale sia effettivamente «un modo di essere del testo costituzionale»[20] e come, in quanto tale, serva a riscrivere in senso repubblicano anche tutte le categorie della giuspubblicistica del XIX secolo.

Lo Stato dell'Ottocento affermava un'eguaglianza davanti al legislatore che però, nella traslazione dal diritto da considerare, al potere che è chiamato a garantire quel diritto, rivelava come la perfezione dell'enunciazione fosse il prodotto dell'astrattezza. Premettendo all'eguaglianza formale la pari dignità sociale, invece, la Costituzione repubblicana ha ancorato il funzionamento del principio di eguaglianza a un presupposto che lo rende operativo nella società attribuendogli una chiara matrice intersoggettiva. Se il valore della persona umana diviene un elemento che resta immanente alle relazioni sociali, viene consacrata un'attenzione costituzionale alla complessità delle situazioni di fatto che non è in nessun modo sovrapponibile alla vecchia idea del legislatore che guarda in modo uniforme e distaccato a tutti i soggetti.

Si apre, invece, la possibilità di una costante attività di riequilibrio e correzione che siamo abituati a considerare come il tratto caratteristico del secondo comma dell'art. 3, ma che, in realtà, non è estranea all'eguaglianza formale. La pari dignità sociale evoca infatti un mondo di parti eguali che segnano i confini dell'azione del legislatore non perché si debba trovare una finzione che consenta di annullare le differenze, ma perché ogni singola situazione merita di essere conosciuta e considerata dal potere pubblico nella sua autentica specificità[21].

[19] Ad una formula «curiosa e nuovissima» si riferisce L. Paladin, *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1965, XIV, 520. Del carattere programmatico della disposizione parlano C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia dell'art. 3 della Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 52. Scettico sul significato giuridico della disposizione è invece G. Balladore Pallieri, *Diritto costituzionale*, Milano, 1972, 436.

[20] G. Ferrara, *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, 1974, II, 1090 ss.

[21] L. Paladin, *Eguaglianza*, cit., 531; G. Repetto, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Diritto pubblico*, 1/2016, 250; G. Ferrara, *La pari dignità sociale*, cit., 1092 ss. A pagina 1097, in particolare, l'a. afferma che «l'elemento qualificatorio nuovo è rappresentato dalla riscoperta del significato della parità. Il termine è denotativo di una connotazione immediatamente prossima ai soggetti titolari del diritto, non disponibile per ricostruzioni astratte ed alienanti rispetto al cittadino che viene qualificato come fornito di qualità comparabili a quelle di ogni altro secondo uno schema che, appunto perché paritario, elimina a priori la possibilità di scomposizione della qualificazione stessa dei soggetti tutelati»; Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 34 ss.

La disposizione, di conseguenza, qualifica simultaneamente l'eguaglianza formale e l'eguaglianza sostanziale perché complessivamente richiede ai valori di ordine normativo di permeare le manifestazioni sociali e di realizzare, in esse, una nuova forma di convivenza unitaria. È soltanto moltiplicando gli strumenti di interpretazione dei bisogni e differenziando gli interventi per calibrare l'azione pubblica sulla reale condizione del singolo che può diventare ipotizzabile la diffusione di un'effettiva omogeneità sostanziale[22].

La pari dignità sociale è quindi l'elemento che consente di affermare un dovere continuo del potere pubblico di dare forza ai diritti attraverso i valori per permettere ad essi di affermarsi in tutti i rapporti sociali che, in concreto, sono artefici della condizione umana.

Se consideriamo complessivamente il sistema repubblicano per come definito dalle disposizioni richiamate, si comprende allora perché in esso, universalismo dei diritti e potere dello Stato contribuiscano entrambi a una nuova forma di protezione integrale della persona.

4. *L'efficacia orizzontale della pari dignità sociale come strumento di protezione integrale della persona*

La Costituzione ha costruito il paradigma della democrazia repubblicana come sistema di limiti e vincoli sostanziali che complessivamente protegge la persona come portatore universale di un complesso di diritti[23]. Ciò significa certamente che le maggioranze politiche non possono assumere decisioni formali dello Stato che vadano contro questi elementi sostanziali, ma anche che è la società stessa che non può perseguire orizzonti di sviluppo che producano l'effetto concreto di ledere il portato sostanziale del costituzionalismo democratico.

La pari dignità sociale è esattamente l'elemento che può consentire di ricomporre le molteplici valenze che la persona umana assume nel complesso della sua esistenza, sia in relazione ai pubblici poteri, sia in relazione alle relazioni intersoggettive.

La caratteristica giuridica principale della «pari dignità sociale» è infatti la capacità di sviluppare un'azione del diritto costituzionale di carattere relazionale e sociale. A differenza di altre illustri enunciazioni, quali innanzitutto l'art. 1 della *Grundgesetz* tedesca o l'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, per la Costituzione repubblicana la dignità non è soltan-

[22] Alla pari dignità sociale come una «cerniera tra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale» si riferisce P. Zuddas, *La pari dignità sociale a tre dimensioni. Posizione, giudizio, trattamento*, Padova, 2019, XIII; G. Ferrara, *La pari dignità sociale*, cit., 1091.

[23] L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, 2013, par. 1.5.

to un elemento universale che accomuna tutti i membri della famiglia umana, ma è anche un elemento che deve maturare all'interno delle relazioni sociali e che vincola tanto i pubblici poteri quanto i soggetti privati.

Non è un caso che gli articoli 36 e 41 Cost. introducano la dignità per limitare la libera iniziativa economica privata e per offrire un parametro universale alla retribuzione dei lavoratori. Né è un caso che la pari dignità sociale preceda l'eguaglianza formale nell'art. 3 Cost. e costruisca un ponte verso l'eguaglianza sostanziale sancita dal secondo comma[24].

Ciò che riesce a esprimere questa formula è un rovesciamento dell'impostazione che sembra comparire in altre enunciazioni: la dignità costituisce un limite al potere non perché sia un elemento innato, un presupposto, ma perché deve essere il risultato egualitario e giuridicamente obbligatorio di un processo di relazioni sociali in cui il diritto e l'azione pubblica agiscono come fattore di riequilibrio[25].

In questo senso, la capacità ordinante che si riconosce al potere dello Stato serve a radicare l'esistenza dignitosa all'interno delle sue condizioni materiali. La pari dignità sociale, infatti, non ha soltanto una «funzione espressiva» che la rende una sintesi intuitiva o autoevidente del carattere universale dei diritti della persona, ma assume anche un'efficacia orizzontale che le consente di essere una guida costituzionale per lo svolgimento del complesso dei rapporti sociali[26].

Il senso giuridico del riconoscimento della pari dignità sociale diviene allora la protezione del libero svolgimento della personalità umana nell'insieme delle relazioni intersoggettive, relazioni che, se devono essere lasciate sussistere come spontanee, non possono comunque portare all'effetto concreto di negare la dignità umana. È allora proprio la rilevanza riconosciuta alla materialità dell'esistere ad imporre di realizzare la dignità nel contesto relazionale e di proteggere la persona nel suo rapporto complessivo con gli altri e con il mondo.

5. *Una nuova era per la pari dignità sociale*

Come si è avuto modo di analizzare, nella pari dignità sociale, l'insieme di indirizzi che il costituzionalismo ha elaborato in più di due secoli,

[24] P. Zuddas, *La pari dignità sociale a tre dimensioni*, cit., XIII; F. Politi, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Torino, 2011.

[25] Q. Camerlengo, *Per un'interpretazione costituzionalmente sostenibile del merito*, cit., 34.

[26] Sulla funzione espressiva della dignità, vale a dire sulla sua capacità di essere una formula di sintesi dei diritti umani S. Cvitarese Matteucci, G. Repetto, *The expressive function of human dignity: a pragmatic approach to social rights claims*, in *European Journal of Social Security*, 2/2021, 120 ss.

trova la possibilità di una composizione e, ancor di più, di una pacificazione.

Se la dottrina francese e la dottrina tedesca sembravano determinare un'oscillazione tra universalismo e statalismo, la Costituzione italiana, considerando l'ambito della relazionalità come l'ambito proprio dell'azione costituzionale, ha aperto la possibilità di considerare i diritti come un elemento universale proprio perché il potere dello Stato è costituzionalmente orientato alla loro realizzazione nell'ambito della società[27].

Si tratta di uno strumento che può dimostrare tutta la sua forza nel frangente attuale, in cui la frammentazione etico-culturale rende sempre più difficile trovare delle sintesi realmente universali e la stessa dimensione della persona come unità psico-fisica protetta dal diritto è sfidata da trasformazioni tecnologiche che promettono di rendere irriconoscibile la condizione umana.

La valenza relazionale e comunitaria della pari dignità sociale fa di essa il risultato giuridicamente obbligatorio di un processo di relazioni sociali in cui il diritto e l'azione pubblica agiscono come fattori che devono costantemente garantire il pieno sviluppo della persona umana. Un simile sviluppo può realizzarsi soltanto nella qualità delle relazioni sociali e garantendo la possibilità a ciascuno di partecipare alla vita politica, economica, sociale e culturale, secondo un'accezione dell'integrazione tra società e istituzioni che è propria della Costituzione repubblicana sin dal periodo costituente[28].

Considerare la società come il luogo di realizzazione della pari dignità, allora, vuol dire che il diritto e l'azione pubblica devono attivarsi costantemente perché non vengano a crearsi artificiali gerarchie capaci di proiettare in verticale la struttura sociale attribuendo ad alcuni immagini di prestigio e sanzionando altri con lo stigma, ma salvaguardando il senso proprio di ogni personalità in modo che essa non sia sottoposta a schemi predefiniti.

[27] S. Prisco, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico*, cit.

[28] Sul carattere di "pienezza" che l'ordinamento repubblicano ricollega al concetto di dignità cfr. Q. Camerlengo, *Il senso della Costituzione per la povertà*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 1, 7 ss.

Giuseppe Di Genio[*]

I MOLTI DUBBI SULLA LAICITÀ EUROPEA

SOMMARIO: 1. La laicità ordinamentale come scelta di metodo. – 2. I modelli di riferimento. – 3. Il deficit europeo. – 4. Un valore complesso e complessivo.

1. *La laicità ordinamentale come scelta di metodo*

I dettami della giurisprudenza europea[1] sul crocifisso, molto dibattuto ed attuale[2], consente di ritornare sul tema della laicità ordinamentale, non propriamente pluralista e sussidiaria, incuneatosi con enfasi, tra Stato costituzionale e Chiesa cattolica, in modo pervicace nel nostro sistema giuridico a far data dalla ordinanza del TAR Veneto, 14 gennaio 2004, n. 56, che ha sollevato la famosa questione di legittimità costituzionale relativa ad alcune norme del decreto legislativo n. 297 del 1994 (definita con ordinanza n. 389 del 2004 da più parti commentata), nella parte in cui include il crocifisso tra gli arredi delle aule scolastiche, come ulteriormente determinate sulla base di alcune vecchie disposizioni regolamentari del 1924 e del 1929, tuttora vigenti, e considerate sindacabili sotto il profilo del diritto vivente di origine regolamentare.

Il *dictamen* giurisdizionale e sussidiario europeo, con i suoi vincoli più o meno stringenti, consente di indagare il tema complesso della laicità dello Stato, sul piano della vecchia teoria generale (*rectius*: il diritto costituzionale generale), soprattutto nella prospettiva dell'assetto complessivo dell'ordinamento pluralista di riferimento, quello italiano, ovvero della necessaria considerazione del principio di laicità dello Stato, anche in chiave comparata e globale[3], nella forma di Stato, intesa come complesso di elementi essenziali (*rectius*: principi

[*] Professore associato di Diritto Pubblico Comparato nel Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Salerno.

[1] M. TOSCANO, *Nuovi segnali di crisi: i casi Lombardi Vallauri e Lautsi davanti alla Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, maggio 2010; A. M. CITRIGNO, *Esposizione del crocifisso e principio di laicità dello Stato: il contributo del caso Lautsi*, in *Annali della Facoltà di Economia dell'Università di Messina*, 2011, V. I/2011

[2] Sulla laicità come metodo A. BARBERA, *Laicità. Alle radici dell'occidente*, Bologna, 2023, *passim*.

[3] Per un approfondimento sul dibattito apertosi in altri Paesi e sulla giurisprudenza straniera si segnalano S. CECCANTI, *La legge bavarese sul crocifiss*o, in *Forum costituzionale*, 8 novembre 2003; J. LUTHER, *La croce della democrazia (prime riflessioni su una controversia non risolta),* in *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, 1997, 101.

fondamentali: lo stesso principio di laicità al pari degli altri), che concorrono ad individuare i caratteri fondamentali di un determinato ordinamento giuridico, quello italiano appunto.

Non a caso, ed era stato anche sottolineato in alcuni passaggi processuali dell'ordinanza veneta di prime cure, il principio della laicità dello Stato, al pari degli altri principi fondamentali, costituisce un principio supremo emergente dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione e, quindi, «uno dei profili della forma di Stato delineata dalla Carta costituzionale della Repubblica» (C. Cost., 12 aprile 1989, n. 203) e nel quale «hanno da convivere, in uguaglianza di libertà, fedi, culture e tradizioni diverse» (C. Cost., 18 ottobre 1995, n. 440).

In tale direzione, il principio della laicità dell'ordinamento, come forma espressiva della sua pluralità ed elemento dello Stato di cultura (religioso), se indagato sotto il profilo della forma di Stato, ha una considerazione ed attuazione "tendenzialmente maggiore", giammai esclusiva, negli Stati politicamente decentrati rispetto quelli di carattere manifestamente accentrato, che, in alcuni casi, tristemente noti, possono assumere anche la veste negativa di veri e propri Stati-religione, dove laicità, micro-simboli e macro-simboli (le chiese, le moschee e i luoghi di culto) sono difficilmente tollerati, anche in termini di reciprocità e cooperazione e incidono fortemente, in termini negativi di tutela dei diritti fondamentali sul legame migrazione-religione-integrazione.

2. *I modelli di riferimento*

Paradossalmente, poi, lo stesso referendum sui minareti in Svizzera[4] ha rappresentato un momento di regressione di un ordinamento federale-confederale democratico[5], da più parti solitamente esaltato. In Canada, nel Quebec, il Government Bill 62 ha previsto nel 2017, il divieto di coprire il viso per tutte le persone all'interno di quelli che vengono definiti come i servizi governativi principali, al fine speculare di conservare l'identità secolare del Quebec sul modello rigido francese di laicità.

Il modello iconico di partenza ovvero di riferimento storico (che potrebbe assumere la veste di una sorta di c.d. *tertium comparationis*) è ritenuto sicuramente quello nordamericano[6], altamente formativo, laddove ha saputo coniu-

[4] L. Musselli, *Edilizia religiosa, Islam e neogiurisdizionalismo in Europa. Alcune note sul nuovo "Islamgesetz" austriaco e sul divieto di edificare minareti in Svizzera*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica,* 2/2015, 441.

[5] L. Vitiello, *Tra federalismo e regionalismo*, in *Il Tetto*, Napoli, 286/2011, 51.

[6] Su cui A. Pin, J. Witte jr., *Libertà religiosa e diritti umani. Origini e futuro tra Europa e Stati Uniti*, Bologna, 2024; E. Palici Di Suni, *Simboli religiosi e laicità: aperture e chiusure in alcune recenti pronunce*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 1/2017,159; L. De Vita, *Simboli religiosi e laicità europea*, in *Le Corti salernitane*, 1-2/2010, 185.

gare, sin dall'inizio, spirito religioso e libertà politiche (si pensi all'azione ed al *covenant* dei Pilgrim Fathers nel 1620), per cui esso rappresenta l'archetipo pedagogico della nascita, della convivenza e dello sviluppo decentrato di un ordinamento orientato in senso laico.

Nello Stato contemporaneo, poi, tale prospettiva di laicità pluralista[7] si realizza attraverso la formula, più ampia rispetto quella tradizionale, del "*multi-level-culturalism*", in cui il principio dello Stato di cultura (e di una cultura laica), inteso in senso ampio, è attuato e realizzato con il concorso di tutto il sistema delle autonomie territoriali e funzionali, costituzionalmente garantite, dalla plurisussidiarietà, ovvero da quella verticale a quella orizzontale, in una sorta di simbiosi e sintesi dialettica fra Società, Stato, enti ed individuo ex art. 2 Cost., il cui significato rende possibile superare l'idea di una religione murata, perché senza confini.

Si pensi, ancora, all'ordinamento tedesco dove i *Laender* hanno competenza esclusiva in materia di scuola, competenza che potrebbe portare a discipline anche differenti sulla laicità dello Stato e dove la Corte tedesca ha avuto modo di pronunciarsi, più volte, sia sul velo sia sull'esposizione del crocifisso nelle mura scolastiche. Analogo rilievo assume l'esperienza monista francese, ritenuta riformata in senso decentrato, che ha predisposto una apposita legge, tra l'altro molto discussa, sul divieto del simbolismo religioso.

3. *Il deficit europeo*

Alla luce di queste considerazioni sembra, allora, che la decisione nel caso *Lautsi* e la successiva giurisprudenza europea, complessivamente intesa, non operi come un vero e proprio grimaldello inesorabile nell'ordinamento italiano e non ponga un freno eccezionale ed importante alla tendenziale esclusione ed elusione di una forma compiuta, sussidiaria e plurale (non minima ed ineffettiva) di laicità ordinamentale.

Già la *Grande Chambre* nel caso *Lautsi*, infatti, sembra soprassedere sulla centralità della laicità inclusiva nei sistemi democratici[8], trattandosi di una materia c.d. sensibile (*sensible*), come la bioetica e la crioetica, vieppiù legata alle funzioni educative classiche, tipiche dello Stato di cultura, più volte richiamato, quali quelle di educazione ed insegnamento, al fine di realizzare fenomeni semplessi di inclusione e non di esclusione per convinzioni religiose e filosofiche.

[7] N. Colaianni, *Diritto pubblico delle religioni*, Bologna, 2012.

[8] L. Carlassare, *Crocifisso: una sentenza per l'Europa "non laica" in Costituzionalismo.it,* 2/2011, 6.

Viene così in gioco la struttura non crociata dello Stato che deve essere improntata, nella sua complessità, a un dovere di *neutralité* e di *impartialité*, incompatibile, senza ergere mura di religione *ad excludendum*, con qualsiasi forma di prevalenza-preferenza dell'una o dell'altra convinzione religiosa ex art. 2 Cost.

Questa marcata impronta non compitamente laica di un giudice europeo, che ha fatto parlare anche di neo-guelfismo[9], manifestata nella stessa sentenza *Achbita* del 14 marzo 2017 dalla CGUE, sia pure in un contesto di *lex mercatoria*, mal si concilia, nella sua rigidità, con quella distinzione nota ai costituzionalisti tra libertà positive e libertà negative, che richiede, in alcuni casi evidenti, azioni commissive in altri azioni omissive da parte dello Stato ovvero anche apposite re-azioni plurali e sussidiarie.

Il simbolismo religioso[10], ad esempio tramite il crocifisso, rappresenta uno strumento diffuso e di diffusione di un messaggio fondamentale, quello della Chiesa cattolica, espressione di una confessionalità intrinseca e di una confessionalità storica ovvero ancora di una confessionalità di partenza (tollerabile forse nella fase iniziale di rodaggio della Costituzione del 1948) dello Stato italiano ma diviene non appropriato in una logica complessiva ordinamentale, perché facilmente aggredibile sul piano della concreta applicazione del principio-valore della laicità.

Non a caso, in alcuni uffici pubblici, anche giudiziari (La legge è uguale per tutti … "la religione non è uguale per tutti") il crocifisso risulta ancora, addirittura, grossolanamente inventariato.

È di tutta evidenza che il rapporto tra legge e religione, tra leggi e religioni è, *naturaliter*, di diversità, per cui la separazione non è mai netta e recisa: essa necessita conseguentemente di inclusione (quella di Arman, ad esempio l'accumulo di bandiere del 1984, opera collocata all'Eliseo per il Bicentenario della Rivoluzione francese, utilizzando sempre il bellissimo mondo parallelo ma non estraneo dell'arte) e non di esclusione (la stessa vicenda di Gerusalemme capitale), anche applicando una logica di articolazione pluralista delle competenze ed in virtù di un metodo laico, bilanciato e plurisussidiario (o di sussidiarietà plurale).

Il pluralismo confessionale si rivela, allora, una scure a doppio taglio che slarga la tutela dei diritti e dei principi, rendendola inverosimile, fino ad eludere addirittura altri diritti e principi, senza ragionevolmente bilanciarli ex art.

[9] F. Laffaille, *Le néo-guelfisme de la Cour EDH: à propos de l'arrêt Lautsi bis (2011) et du crucifix en Italie*, in *Revue internationale de droit compare*, 4/2011, 931.

[10] S. Bartole, *Simbolo religioso, simbolo passivo, simbolo civile: le metamorfosi forensi del Crocifisso*, in *Diritti umani e diritto internazionale,* 1/2010, 65.

2 Cost.: la laicità, sul piano europeo ed internazionale, è un valore indiscutibile ed intangibile soprattutto nelle società contemporanee nell'epoca della globalizzazione[11] e del terrorismo[12]. Anzi, si può dire che la laicità pluralista (o laicità plurisussidaria) è espressione precipua della globalizzazione dei diritti fondamentali, di tutti e per tutti inviolabili, vecchi e nuovi, ed è la vera arma di difesa collettiva e circolare contro il male odierno del terrore, del nichilismo esasperato, dello Stato di morte e dell'orrore dei conflitti non più endemici ma epidemici.

Nella Costituzione italiana, la laicità si manifesta, invece, propriamente come un principio fondamentale scritto, consacrato dagli artt. 7 e 8 Cost. ed è, forse, espressione di un valore diverso, in apparenza contraddittorio, che è quello storico della cristianità o del cattolicesimo.

In alcuni casi, infatti, sono proprio i valori fondamentali prevalentemente non scritti a guidare e sorreggere la iniziale formazione democratica di determinati ordinamenti, anche attraverso una solidarietà e sussidiarietà di fatto.

L'ordinamento italiano ha delle indubbie radici cristiane che, di volta in volta, si incontrano e si scontrano con il principio espresso negli artt. 7 e 8 Cost., determinando una vera e propria rottura costituzionale ovvero una auto-rottura tra il valore storico e il principio espresso.

4. *Un valore complesso e complessivo*

Allora, lo scontro, il vero e proprio *big bang*, la "violazione dell'anima" di M. C. Nussbaum[13], è tra valori e principi, complessivamente intesi e lo Stato italiano perde su entrambi i fronti, perché la laicità permane come valore complessivo, preponderante rispetto alla dimensione storica della cristianità e della sua coscienza che non può essere disattivata. Lo stesso vincolo creato dalla giurisprudenza europea, prevale automaticamente ed incondizionatamente, se è vero che il contro-limite dei principi interni include la stessa laicità. Solo applicando, invece, una nuova teoria plurisussidiaria dei contro-valori (storico quello italiano della cristianità) e non dei contro-limiti si potrebbe giustificare, in parte, la permanenza dei nostri simboli religiosi, laddove ritenuti comuni. Le tradizioni costituzionali comuni, infatti, della Carta europea potrebbero fungere da baluardo ulteriore in tal senso.

[11] M. C. Ponthoreau, *Le pluralisme méthodologique dans l'enquête comparative à l'heure de la globalisation*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo,* 1/2017, 53.

[12] M. D'amico, *Laicità costituzionale e fondamentalismi tra Italia ed Europa: considerazioni a partire da alcune decisioni giurisprudenziali*, in *Rivista AIC,* 2/2015, 32.

[13] *Libertà di coscienza e religione*, Bologna, 2009.

Sotto altri versi, poi, in alcuni casi, si determinano fattispecie in cui un valore storico cede il passo al principio di laicità ed ai connessi diritti di libertà di insegnamento e di istruzione.

Tra l'altro, il simbolo del crocifisso, al di là dei legami personali e spirituali, più o meno evidenti, potrebbe avere una ambiguità interpretativa di fondo e non è il solo espressivo della cristianità, per cui non è sicuramente necessario nei luoghi pubblici: è inoltre un micro-simbolo, laddove il problema non si pone per i macro-simboli, come le chiese e i luoghi di culto. In realtà, poi, un crocifisso se inventariato non è un vero crocifisso per la cristianità e l'umanità, che non ha sicuramente bisogno di un simbolismo esasperato ed esagerato o di uno scettro: esso potrebbe rendere le stesse mura su cui è affisso insormontabili ed insuperabili testimoni della decadenza della civiltà occidentale, soprattutto europea, su cui Oriana Fallaci ha speso fiumi di bellissime parole[14].

Il vero simbolismo, di per sè interpretativo, è quello personale, dialogante, mite, intimo, minimo, quasi nascosto ed isolato, non crociato, non ostentato, ecatombale, tipico dei luoghi privati e degli edifici di culto, sia pure nella loro rilevanza collettiva. Il luogo pubblico (ma anche quello aperto al pubblico) è uno spazio del bene comune dove si incontrano tante persone (ritorna all'uopo l'emblema di Gerusalemme come cuore e anima delle fedi), dei livelli più disparati, che devono potersi sentire a loro agio nel momento della preghiera, individuale e collettiva.

Nei luoghi privati e di culto il discorso è totalmente diverso. Forse la soluzione di nessun simbolo o di tanti simboli accumulati e accomunati ovvero ancora del simbolo comune (una Gerusalemme), bilanciato secondo un metodo laico[15], non è malvagia, se si vogliono superare gli ostacoli e le barriere (le stesse misure di sicurezza), nonché tutelare veramente ed effettivamente i diritti di culto delle genti, senza una solidarietà e sussidiarietà di facciata.

Una soluzione, vieppiù, potrebbe essere proprio quella della ricerca di micro-simboli comuni alle diverse religioni, nello spirito della massima e non minima laicità ordinamentale: ad esempio, il fiore di *Iris* valorizzato in diverse culture e continenti, il cui numero tre, con i petali in posizione verticale, quelli girati verso il basso, i boccioli per stelo, rimanda a quello della Trinità, motivo per cui l'iconografia cristiana ha assunto questo fiore come simbolo di fede, di coraggio e di saggezza. Nell'iconografia religiosa cristiana, l'immagine dell'Iris, non è solo storica, comunale, monarchica, crociata ed araldica, ma è spesso utilizzata al posto di quella del giglio nella pittura dedicata alla Madonna: i petali

[14] Nel Suo *La rabbia e l'orgoglio*, Milano, 2004.

[15] Su tale locuzione M. D'AMICO, *Laicità costituzionale e fondamentalismi tra Italia ed Europa: considerazioni a partire da alcune decisioni giurisprudenziali*, in *Rivista AIC*, 2/2015, 35.

blu onorano Maria come Regina del cielo, i bianchi sono simbolo della Sua purezza. Come è noto, poi, due vasi di fiori contenenti *Iris blu* e bianchi dedicati alla Vergine sono posti in primo piano nella scena dell'adorazione dei pastori al centro del pannello altare del Trittico Portinari (oggi alla Galleria degli Uffizi, a Firenze) eseguito su commissione dal pittore fiammingo Hugo van der Goes. Iris era anche la dea greca che accompagnava le anime delle donne defunte ai Campi Elisi, motivo per cui gli Iris viola venivano posti dai greci sulle tombe dei loro familiari.

Altra soluzione plurisussidiaria, applicando una sorta di *problem solving* su questioni valoriali costituzionali, potrebbe essere quella di scaricare il problema nelle mura pubbliche ovvero sulle autonomie funzionali, emblema della collettività, di per sé volte alla realizzazione dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico. Come è noto lo stesso principio di sussidiarietà può essere considerato un principio laico, sebbene largamente applicato dalla dottrina sociale della chiesa[16].

In tale direzione, sarebbe auspicabile una disciplina che riconosca larga autonomia delle strutture di riferimento nella disciplina delle materie laiche, nel quadro più ampio dei principi generali dell'ordinamento giuridico.

Non a caso la legislazione scolastica ed anche quella universitaria, sono espressioni della plurisussidiarietà (o sussidiarietà plurale) e sono largamente improntate ad una disciplina autonomistica ex artt. 33 e 34 Cost.

Sul piano strettamente strutturale, infatti, nell'art. 114 Cost.[17], si delinea un nuovo concetto di Repubblica, per cui la laicità dell'ordinamento non è più murata, non è un problema solo di carattere statale ma anche dei diversi livelli di governo territoriale che concorrono a qualificare la nostra forma di Stato multiplurale, nell'ottica del *multi-level-culturalism and constitutionalism.*

Analogo rilievo potrebbe assumere come nuovo parametro di costituzionalità, il principio dello Stato di cultura pluralista, più volte emerso negli studi di Peter Haeberle[18], consacrato nell'art. 9 della Costituzione italiana, ma sottovalutato anche nella sua portata di laicità sussidiaria e pluralista, che in una prospettiva di interpretazione storica connessa alla evoluzione temporale della normativa vigente, potrebbe portare a considerare ovvero a rendere largamente cedevoli e, quindi, non più obbligatorie e cogenti le disposizioni sul crocifisso, considerato dalla normativa vigente, paradossalmente, come facente parte dell'arredo scolastico.

[16] D. Bilotti, *Alcuni malintesi di Wilhelm Röpke sull'ordo iuris ecclesiae,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 3/2017, 9.

[17] Q. Camerlengo, *Stato, Regioni ed enti locali come "istituzioni parimenti repubblicane". Dai "livelli di governo" agli "anelli istituzionali"*, in *Le Regioni*, 1/2016, 47.

[18] *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, Bari, 2001.

Il crocifisso non rappresenta assolutamente un arredo scolastico delle strutture pubbliche ma il simbolo di una religione millenaria, non murata (William Blake, poeta inglese, affermava provocatoriamente che «Le prigioni sono costruite con le pietre della legge, i bordelli con i mattoni della religione»), attraverso cui si manifesta e si testimonia, nella sua perdurante attualità, il significato storico-ricostruttivo della particolare valenza del cattolicesimo, rispetto alle altre confessioni religiose, tutte rilevanti, nei tratti essenziali e formativi dell'ordinamento italiano (quasi un formante o crittotipo).

Questo aspetto di sacertà e solidarietà laica sembra essere particolarmente richiamato in sede europea, secondo cui l'Unione rispetta e non pregiudica lo status previsto nelle legislazioni nazionali per le chiese e le associazioni o comunità religiose degli Stati membri.

È auspicabile, pertanto, un intervento di catechesi monitoria della nostra Corte costituzionale più ampio e plurale, "fuori dalle mura costituzionali", volto, cioè, a monitorare e manifestare i veri valori costituzionali sottesi all'applicazione congiunta degli artt. 7 e 8 della Costituzione, ad esempio, nell'ottica del principio di responsabilità (caro a Calamandrei in Assemblea Costituente), magnificamente rappresentato anche negli studi di Hans Jonas[19] e consacrato nel Preambolo della Costituzione di Bonn del 1949. Come è noto, ogni ordinamento sceglie ed ha scelto dei valori fondanti, non scritti ed anche compromissori: il nostro avrebbe scelto, forse, anche la cristianità ed il cattolicesimo, sebbene poi via sia la formulazione testuale degli artt. 7 e 8 Cost.: nondimeno il micro-simbolo sarebbe compatibile con il valore appena richiamato in una logica integrata[20], anche a prescindere da una rigida applicazione degli artt. 7 e 8 Cost.

[19] *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, trad. it., a cura di P. Portinaro, Torino, 2014.

[20] *Der Integrierte Staat*, a cura di M. Nettesheim-P. Schiera, Berlin, 1999, 118*; La laicidad desde el derecho*, a cura di X. Arbós Marín, Barcelona, 2010, 256.

Angela Di Gregorio[*]

LA LIMITAZIONE DELLA LIBERTÀ ACCADEMICA NEI CONTESTI AUTORITARI O BELLICI E LA RETE DEGLI "*SCHOLARS AT RISK*". QUALCHE OSSERVAZIONE COMPARATA SULLO SFONDO DELLA GUERRA IN UCRAINA

SOMMARIO: 1. Premessa. L'importanza della libertà accademica per la valutazione generale del grado di democraticità dei sistemi politici – 2. Libertà accademica e libertà universitarie nel diritto internazionale ed europeo e nelle principali tradizioni culturali comparate – 2.1. Ruolo ed attività della rete *SAR* – 3. La violazione della libertà accademica nello spazio ex sovietico, in particolare il caso della Russia e del suo declino identitario e nazionalista all'insegna dei "valori tradizionali russi" e del rifiuto dei valori e delle tradizioni dell'"Occidente collettivo".

1. *Premessa. L'importanza della libertà accademica per la valutazione generale del grado di democraticità dei sistemi politici*

Va preliminarmente osservato che negli ultimi anni l'interesse per il tema della "libertà accademica" è notevolmente cresciuto, come testimonia l'adozione di una serie di documenti e report a livello europeo ed internazionale (ad esempio, si veda lo *State of play of academic freedom in the EU Member States*, uno studio commissionato dal Parlamento europeo e pubblicato nel marzo 2023[1]), e l'aumento delle pubblicazioni scientifiche di natura multidisciplinare dedicate a questo tema[2]. Ciò deriva dal fatto che, anche a seguito del verificarsi di casi eclatanti di limitazione della libertà accademica sia in paesi di democra-

[*] Ordinario di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Milano, angela.digregorio@unimi.it. Aggiornamento di un testo pubblicato in A. Lamberti (a cura di), *Scuola, Università e Ricerca: diritti, doveri e democrazia nello "Stato di cultura"*, Napoli, 2024, pp. 955-977.

[1] ww.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/740231/EPRS_STU(2023)740231_EN.pdf.

[2] K.B. BEITER, T. KARRAN, K. APPIAGYEI-ATUA, *Academic Freedom and Its Protection in the Law of European States*, in *European Journal of Comparative Law and Governance*, No. 3, 2016; B. GAGLIARDI, *La tutela amministrativa della libertà accademica*, Padova 2018; O. BEAUD, *Le Savoir en danger. Menaces sur la liberté académique,* Paris 2021; M. SECKELMANN, L. VIOLINI, C. FRAENKEL-HAEBERLE, G. RAGONE (Eds.), *Academic Freedom Under Pressure? A Comparative Perspective*, Springer 2021; I. DE GENNARO, H. HOFMEISTER, R. LÜFTER (Eds.), *Academic Freedom in the European Context*, Palgrave Macmillan 2022; J. GOODMAN, C. PARFITT, Y. KASUKAWA, *The Trasformation of Academic Work. Fractured Futures?*, Palgrave Macmillan 2023.

zia stabilizzata[3] che in contesti autoritari[4], ci sia stata una sensibilizzazione relativamente al fatto che simili attentati o limitazioni rappresentino una cartina al tornasole del grado di democraticità, o viceversa di autoritarismo, dei sistemi politici e dunque un elemento caratterizzante la forma di Stato.

In generale, la libertà accademica sembra un concetto semplice da definire ma è complesso da attuare ed anche da misurare, perché è necessario verificare non solo il grado di tutela normativa prevista dall'ordinamento ma anche il contesto politico e culturale. Provare il legame tra la libertà accademica e la qualità delle istituzioni può risultare difficile, anche se non impossibile, pur tenendo conto che ricerche importanti possono essere portate avanti anche in paesi con un basso livello di libertà accademica. Il legame tra grado generale di tutela delle libertà fondamentali e tutela della libertà accademica vale soprattutto per le scienze sociali ed umanistiche, tuttavia le restrizioni alla libertà di circolazione, agli scambi all'interno ed all'esterno dei paesi, ed altri condizionamenti di contesto possono compromettere la qualità della ricerca scientifica e dell'insegnamento in tutte le discipline. Nei paesi illiberali ed autoritari è in particolare l'auto-censura (che porta ad evitare di trattare argomenti e discipline più sensibili) che impoverisce la ricerca e l'insegnamento soprattutto nel campo della sociologia, della scienza politica, della tutela dei diritti umani e degli studi di genere.

[3] Si vedano ad esempio i fenomeni della *cancel culture* negli USA o il fenomeno del cosiddetto *islamo-gauchisme* in Francia. A proposito della restrizione della libertà accademica negli Stati uniti, si veda la legislazione fatta adottare dal governatore repubblicano della Florida Ron De Santis nel 2022 (*House Bill* 999/2023, entrato in vigore il 7 gennaio 2023: www.flsenate.gov/Session/Bill/2023/999/BillText/c2/PDF), che ha vietato l'insegnamento della teoria critica della razza (CRT), ha limitato la libertà accademica, ha reso obbligatorio l'inserimento di un corso di diritto costituzionale con un programma prestabilito ed ha posto fine ai programmi sugli studi di genere e ad altre discipline "non verificate" nel *New College* della Florida, un'università pubblica. La stessa legislazione ha ridotto o eliminato il finanziamento degli uffici "sulla diversità, equità ed inclusione" (DEI) in tutto il sistema universitario pubblico dello Stato. Vedi J. Becker, *The Global Liberal Arts Challenge*, in *Ethics and International Affairs*, Fall 2022; N. M. Greenfield, *Is De Santis following Orbán's playbook on universities?*, in *University World News*, 15 March 2023, www.universityworldnews.com/post.php?story=20230315110155156. Vedi anche D. Schoorman, R. Gatens, *A Threat to Democracy: Florida's Agenda to Dismantle Public Higher Education*, in *AAUP Journal of Academic Freedom*, Vol. 14, 2023. Numerosi sono ormai i commenti agli atti adottati dal Presidente Trump nel suo secondo mandato sui quali, tra i molti, si veda: N.M. Greenfield, *Academic freedom under Trump? Think McCarthyism, but worse*, in *University World News*, 3 February 2025; H. M. Heinig, *Harvard Under Attack: What We Can Learn from Recently Filed Lawsuits Against the U.S. Government About Threats to Academic Freedom in the United States*, in *VerfBlog*, 2025/4/30.

[4] Molto più evidenti sono i casi di limitazione o vera e propria repressione in diversi paesi islamici tra cui la Turchia. Sull'argomento si rinvia ai report annuali di *Scholars At Risk* (*Free To Think*).

Nonostante il dibattito pubblico si stia occupando sempre più delle comunità accademiche a rischio, rimane ancora molto difficile stabilire quando si possa certificare con certezza una violazione della libertà accademica. Le restrizioni a tale libertà avvengono infatti in modi tra loro piuttosto diversi, talvolta molto evidenti (si pensi alla sospensione totale delle attività accademiche, al bombardamento delle scuole e all'uccisione di professori e studenti in paesi come il Myanmar dopo il golpe militare del 2021), altre volte più difficili da individuare (come i finanziamenti di aziende private, soprattutto della ricerca medica, in paesi come la Germania).

Data la connessione con la forma di Stato, si sono negli ultimi anni avanzate proposte di includere l'indice della libertà accademica nei *rating* internazionali sulla classificazione delle università e si è giunti nel 2020 ad elaborare uno specifico indice di misurazione di questa libertà che potrebbe servire a tale scopo[5]. Il progetto è stato lanciato nel 2017 e la prima pubblicazione dei dati è avvenuta nel 2020[6]. L'*Academic Freedom Index* (AFI) si basa su 5 indicatori: libertà di ricerca e di insegnamento; libertà degli scambi accademici e della divulgazione; autonomia istituzionale; integrità dei *campus*; libertà dell'espressione accademica e culturale. Il progetto al momento si applica a 179 paesi e territori e fornisce il più ampio database in materia di libertà accademica. Lo sviluppo di tale indice potrebbe avere un impatto molto significativo sia perché può fornire dati specifici in merito a questo fenomeno, sia poiché contribuirebbe ad aumentare la pressione internazionale su quegli Stati che sono soliti realizzare massicce violazioni dell'*Academic Freedom*[7].

Un altro report utile per la misurazione annuale della libertà accademica nel mondo e delle sue violazioni è il report *Free to Think* pubblicato annualmente dalla rete *Scholars At Risk international* e che documenta sia attacchi fisici alle comunità di docenti e studenti (ed agli stessi edifici universitari) che limitazioni

[5] https://academic-freedom-index.net/-. Nell'ultimo rapporto del 2025 si da ampiamente conto del declino avvenuto negli USA del secondo mandato di Trump. https://academic-freedom-index.net/research/Academic_Freedom_Index_Update_2025.pdf.

[6] Si tratta di una collaborazione tra diversi enti e fondazioni di ricerca (*Fritz Thyssen Foundation*, *OSF's Higher Education Program*, *Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg*, *V-Dem Institute*, *Scholars at Risk Network*, *Global Public Policy Institute*). Al momento *V-Dem* e *FAU Erlangen-Nürnberg* continuano a portare avanti il progetto grazie ad un finanziamento della *VolkswagenStiftung*. L'ultimo rapporto è reperibile al seguente link: Academic_Freedom_Index_Update_2024.pdf.

[7] Un'accurata descrizione degli indicatori e delle modalità di analisi dei dati in J. Spannagel, K. Kinzelbach, *The Academic Freedom Index and Its indicators: Introduction to new global time-series V-Dem data*, in *Quality & Quantity*, Vol. 57, 2023. Vedi anche J. Spannagel, *Introducing Academic Freedom in Constitutions: a new global dataset, 1789-2022*, in *European Political Science*, 2023.

che avvengono attraverso intimidazioni, divieti, e l'adozione di provvedimenti sfavorevoli al pieno dispiegarsi della libertà accademica[8].

Nonostante l'esistenza di questi studi ed indici, i principali *ranking* universitari mondiali (*QS World University Rankings*, *Times Higher Education*[9], *Academic Ranking of World Universities* o indice di Shanghai[10]) non riconoscono il ruolo centrale della libertà accademica nella ricerca e nell'insegnamento di alto livello. Utilizzando varie metodologie, questi "misuratori" definiscono in maniera limitata l'eccellenza accademica e la reputazione in funzione di prodotti misurabili come il numero di pubblicazioni, di citazioni e premi e di riconoscimenti prestigiosi ricevuti. Di conseguenza accade che istituzioni universitarie in condizioni e paesi repressivi finiscano con l'occupare le posizioni di vertice di questi misuratori[11]. Altra conseguenza negativa di queste restrizioni è il cosiddetto *brain drain*. Secondo alcune valutazioni le principali agenzie di *rating* sarebbero complici volontari di questo deterioramento[12].

2. *Libertà accademica e libertà universitarie nel diritto internazionale ed europeo e nelle principali tradizioni culturali comparate*

Il termine "academic freedom" viene adoperato nella dottrina internazionale come locuzione generica per riferirsi ad una serie di libertà connesse all'esercizio dell'attività accademica che coinvolgono sia i docenti che gli studenti, secondo la tradizione prevalente in Europa (esiste anche una versione ristretta del concetto che esclude gli studenti)[13]. In particolare, i profili o le dimensioni

[8] Al sito Free to Think 2024 | Scholars at Risk. Vedi anche il report ONU *The right to academic freedom - Report of the Special Rapporteur on the right to education, Farida Shaheed* del 25 aprile 2024: A/HRC/56/58: The right to academic freedom - Report of the Special Rapporteur on the right to education, Farida Shaheed | OHCHR.

[9] www.topuniversities.com/qs-world-university-rankings.

[10] www.shanghairanking.com/.

[11] Ad esempio nel *QS global ranking by subject* del 2021 per alcune materie (come ingegneria civile) l'università di Pechino figura al 23esimo posto con un punteggio di 83,5 mentre quella di Tokio al 24esimo con un punteggio di 83, 2. Applicando l'AFI a queste due università si avrebbero i seguenti risultati: Pechino 68,2 e Tokio 78,4. Vedi anche B. O'Malley, *Russia and China rising in University ranking by subject*, in www.universityworldnews.com/post.php?story=20210306060718928, 6 marzo 2021. Nel QS World University Rankings by Subject 2024: Engineering & Technology, troviamo all'undicesimo posto l'Università cinese di Tsinghua a Pechino con uno *score* di 87,1.

[12] R. Quinn, J. Spannagel, I. Saliba, *Why University rankings must include academic freedom*, 11 march 2021, www.universityworldnews.com/post.php?story=20210311071016522.

[13] Si veda ad esempio quanto riportato nel punto 5 dell'*Executive summary* del Report sullo *State of Play of academic freedom in the EU Member States*, cit., p. I, dove si nota che uno dei primi problemi nella ricognizione delle violazioni della libertà accademica nei paesi inclusi nel rapporto deriva dalla mancanza di una definizione generalmente accettata della stessa e si sottolinea

che rientrano in questo contenitore generale includono la libertà di ricerca e scientifica, la libertà di insegnamento e la libertà di apprendimento degli studenti[14].

Tale formula sintetica è utilizzata soprattutto nel mondo anglosassone, mentre nell'Europa continentale si distingue tra libertà degli universitari (con riferimento a professori e ricercatori), e libertà dell'istituzione universitaria, dunque tra il profilo individuale (che si intreccia con la libertà di espressione, pur con le dovute differenze[15]) e quello istituzionale[16]. Nonostante la stretta correlazione tra libertà degli universitari e libertà delle università, non si tratta tuttavia di un rapporto a senso unico in quanto esiste un mutevole equilibrio tra autonomia dell'istituzione e libertà dei singoli. Ad esempio, le riforme de-

dunque l'esistenza di una versione ristretta ed una ampia del concetto: «a narrow interpretation sees academic freedom as applying only to members of the academic profession, while a broader interpretation applies it also to students and administrative staff members». Nell'interpretazione ampia si include anche l'autonomia istituzionale.

[14] Per articolazioni più complesse vedi T. Karran, L. Mallinson, *Academic Freedom in the U.K.: Legal and Normative Protection in a Comparative Context Report for the University and College Union*, May 2017, 7, UCU Academic Freedom Study - Final Report for Publication. Gli Autori sottolineano particolarmente la differenza tra libertà di espressione e libertà accademica, rilevando come mentre la prima sia una libertà generica garantita a tutti, di esprimere le proprie opinioni e credenze in qualsiasi modo si ritenga appropriato, su qualsiasi argomento ed a chiunque e senza una particolare finalità, la libertà accademica invece «è una libertà professionale garantita a pochi, scelti sulla base della competenza professionale al fine di, in primo luogo: esprimere le proprie opinioni informate solo nelle materie nelle quali godono di una competenza accreditata, solo nei confronti di un gruppo di individui scelti sulla base di criteri accademici, al fine di istruirli; ed in secondo luogo per effettuare ricerche al fine di creare nuova conoscenza, da divulgare liberamente ai propri studenti ed alla più ampia comunità accademica». Per garantire questi due elementi sostanziali secondo gli Autori bisogna che ci siano anche l'autonomia (individuale ed istituzionale) e la stabilizzazione professionale (cosiddetta "*tenure*" ossia un contratto a tempo indeterminato).

[15] Per approfondimenti: J. Verger, *Comment sont nées les libertés académiques*, in *Le Courrier de l'UNESCO*, nov. 2001; M.W. Finkin, R.C. Post, *For the Common Good, Principles of American Academic Freedom*, New Haven 2009; R. Post, *The sctructure of Academic Freedom*, in E. Barendt (Ed.), *Academic Freedom and the Law. A Comparative Study*, Oxford, 2010. Si vedano anche la Raccomandazione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa del 30 giugno 2006 PACE - Recommendation 1762 (2006) - *Academic freedom and university autonomy* (coe.int) e le dichiarazioni adottate nell'ambito del processo di Bologna (www.ehea.info/; https://education.ec.europa.eu/it/education-levels/higher-education/inclusive-and-connected-higher-education/bologna-process).

[16] Per G. Vedel, *Les libertés universitaires*, in *Revue de l'enseignement supérieur*, n. 4, 1960, 134, la libertà accademica è una «libertà fatta di libertà» (pensare, pubblicare, insegnare ed esprimersi). Vedi anche O. Beaud, *Les libertés universitaires*, in *Académie des Sciences Morales et Politiques*, 9 novembre 2009. Estesamente sull'argomento: O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon?*, Paris 2010; Id., *Reflection on the concept of academic freedom*, in *European Review of History*, Vol. 27, 2020, 618.

gli ultimi decenni hanno ridimensionato le tradizionali componenti del diritto "corporativo" degli universitari (partecipazione agli organi di autogoverno, cooptazione, selezione tra pari) in nome dell'autonomia dell'istituzione, soprattutto dal punto di vista finanziario e della gestione del personale (ciò avviene soprattutto in Francia dove infatti il profilo istituzionale dell'autonomia universitaria riceve una valutazione modesta nel report del Parlamento europeo su citato[17]). Utili indicazioni sul contenuto delle libertà universitarie vengono dalla Dichiarazione del 1915 dell'Associazione americana dei professori universitari o AAUP[18], secondo cui la libertà accademica consiste nella libertà assoluta di pensiero, di ricerca e di espressione necessaria per svolgere gli obblighi professionali dei professori universitari[19].

Come vediamo è dunque piuttosto difficile fornire una definizione universalmente valida di libertà accademica, proprio in ragione dell'ampiezza del suo significato. Infatti, «se interpretata positivamente, questa dovrebbe includere tutte le possibili libertà esistenti relazionate all'ambito accademico, mentre, se vista in ottica negativa, dovrebbe far riferimento a tutte le sue possibili violazioni»[20]. Nella tradizione delle università tedesche (cosiddetto "modello humboldtiano", che si basa a sua volta sulla concezione medioevale di comunità accademica composta di docenti e studenti), che prevale in Europa, la libertà accademica è intesa come sintesi di libertà di ricerca e insegnamento (*Lehrfreiheit*), di apprendimento (*Lernfreiheit*) ed autonomia istituzionale (*Freiheit der Wissenshaft*).

La stretta correlazione tra libertà della ricerca e libertà dell'insegnamento è stabilita in Italia fin dalla riforma Gentile del 1923[21]. In ciò va precisato che lo *status* accademico (appartenenza all'organizzazione universitaria) implica l'esistenza di diritti ma anche di obblighi nei confronti sia dell'istituzione universitaria che delle sue varie componenti e persino doveri nei confronti della col-

[17] www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/740231/EPRS_STU(2023)740231_EN.pdf, cit., 74 ss. Su questi aspetti sia consentito rinviare a A. Di Gregorio, *Libertà accademiche e laicità a rischio in Francia? Recenti provvedimenti legislativi su finanziamento della ricerca, reclutamento dei docenti, "separatismo" e valori della Repubblica*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2, 2022.

[18] https://aaup-ui.org/Documents/Principles/Gen_Dec_Princ.pdf.

[19] Termini analoghi sono impiegati nella dichiarazione del 1940 della stessa Associazione: www.aaup.org/report/1940-statement-principles-academic-freedom-and-tenure. L'AUUP pubblica un apposito *Journal of Academic Freedom*: www.aaup.org/reports-publications/journal-academic-freedom.

[20] S. Daoli, *Liberi di pensare. Lo stato attuale della libertà accademica*, 12 febbraio 2021, https://educationaround.org/blog/2021/02/12/liberi-di-pensare/#:~:text=Con%20il%20termine%20Academic%20Freedom,libert%C3%A0%20di%20associazione%20e%20la.

[21] B. Gagliardi, *La tutela amministrativa della libertà accademica*, cit., 3-4.

lettività (oggi ben esemplificati dalla cosiddetta terza missione dell'Università, concetto però a sua volta ambiguo per la commistione tra aspetti economici e sociali[22]). Dunque oltre ad essere una somma di libertà e di doveri, il concetto di libertà accademica include un profilo individuale ed un profilo comunitario/collettivo che ne rendono particolarmente difficile l'analisi (anche sotto il profilo del monitoraggio della sua integrità) e che la distinguono per molti aspetti da libertà contigue come quella di espressione e di manifestazione del pensiero. In qualche modo si può dire che le componenti della libertà accademica coincidono con le funzioni istituzionali dell'Università, almeno in Italia.

Per quanto riguarda il riconoscimento a livello internazionale, come si legge nello speciale rapporto di David Kaye trasmesso all'Assemblea generale dell'ONU il 28 luglio 2020[23], «Although there are many ways in which the freedom of opinion and expression protects and promotes academic freedom, there is no single, exclusive international human rights framework for the subject. Within the corpus of civil and political rights, protected under the Universal Declaration of Human Rights and codified in the International Covenant on Civil and Political Rights, the rights to peaceful assembly and association, privacy, and thought, conscience and religious belief can promote and protect academic freedom. Articles 13 (right to education) and 15 (right to scientific advancements) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights expressly promote rights at the centre of academic freedom».

Sono dunque stati soprattutto i Comitati delle Nazioni Unite per i Diritti Civili e Politici e per i Diritti Economici e Sociali che hanno sviluppato la nozione di *academic freedom*, ampliandone il significato e prevedendo specifici obblighi per gli Stati parte, non più solamente di tutela ma anche di promozione, aspetti fondamentali soprattutto per ordinamenti che non prevedevano garanzie e tutele interne. Successivamente, nel 1997, l'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura (UNESCO), ha adot-

[22] Nella Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, 2000 COM(2000), *L'innovazione in un'economia fondata sulla conoscenza,* si parla di «promuovere la diffusione della conoscenza e delle tecnologie, soprattutto nell'ambiente imprenditoriale locale». Utili precisazioni sul concetto di terza missione già nella Risoluzione dell'UNESCO dell'11 novembre 1997 (*Recommandation concernant la condition du personnel enseignant de l'enseignement supérieur*), in cui si fa riferimento all'istruzione extra murale, all'istruzione permanente e all'istruzione a distanza. Vedi anche O. Farkas, *The Social Dimension of Higher Education and Third Mission Activities*, in eublog.eu, 3 November 2023, https://eublog.eu/articolo/35095/The-Social-Dimension-of-Higher-Education-and-Third-Mission-Activities/Farkas&utm_source=email&utm_medium=Newsletter.

[23] *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression David Kaye*, https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/197/86/PDF/N2019786.pdf?OpenElement.

tato una Raccomandazione sullo *status* del personale docente dell'istruzione superiore[24], approvata dalla Conferenza generale l'11 novembre del 1997, ove si sottolinea il ruolo cruciale dell'istruzione per lo sviluppo dell'umanità[25]. Il testo ha rappresentato una tappa fondamentale per la piena realizzazione della libertà accademica, codificando quelle libertà di coscienza, espressione, pensiero e associazione previste anche nelle carte costituzionali delle democrazie liberali dell'epoca. La Raccomandazione ha inoltre introdotto principi quali l'autonomia istituzionale delle Università e dei centri di ricerca, il dovere delle istituzioni di essere equamente accessibili e la necessità di riconoscere le responsabilità e i compiti derivanti dal ruolo accademico. Nonostante l'importanza di tale documento, sono gli Stati a rivestire il ruolo principale nella tutela e nella promozione della libertà accademica all'interno del proprio territorio: non solo i governi firmatari devono impegnarsi nel rispettare le libertà legate all'insegnamento e alla ricerca, ma dovranno anche attivarsi per impedire che l'*academic freedom* venga violata, riparando eventualmente alle violazioni già commesse.

È da segnalare la distinzione tra i diritti e gli obblighi delle istituzioni e quelli del personale docente. Ai sensi dell'art. 17, gli istituti di istruzione superiore devono godere di forme di autonomia, ovvero di un livello di autogoverno che consenta di assumere decisioni effettive relative all'organizzazione del lavoro, alla definizione degli standard da raggiungere e alla propria gestione. L'autonomia universitaria viene definita come «la dimensione istituzionale della libertà accademica» e necessaria precondizione per consentire alle istituzioni ed al personale docente di svolgere le proprie funzioni (art. 18). Gli istituti di istruzione superiore e gli Stati membri sono tenuti ad assicurare un adeguato bilanciamento tra autonomia universitaria e sistemi di *accountability*, soprattutto nella gestione dei fondi pubblici (art. 22, c. 1). La sezione VI è invece dedicata ai diritti ed alle libertà del personale docente: la libertà di espressione (art. 26), la libertà accademica (art. 27), la libertà di insegnamento (art. 28) e la libertà della ricerca scientifica (art. 29) vengono disciplinate separatamente. Com'è noto alla libertà di ricerca scientifica si attribuisce prevalentemente un profilo individuale, ossia come diritto del singolo ricercatore di scegliere l'og-

[24] www.unesco.org/en/legal-affairs/recommendation-concerning-status-higher-education-teaching-personnel. Secondo quanto stabilito dall'art. 4, «Institutions of higher education, and more particularly universities, are communities of scholars preserving, disseminating and expressing freely their opinions on traditional knowledge and culture, and pursuing new knowledge without constriction by prescribed doctrines».

[25] Per una sintesi di questi importanti documenti si rinvia a A. Angeli, *Il difficile bilanciamento tra libertà accademica, libertà di espressione e autonomia universitaria. Brevi riflessioni sui casi di Polonia e Slovacchia*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie,* n. 2, 2021.

getto della propria ricerca (nonché di diffondere e discutere i risultati delle proprie ricerche), anche se inevitabilmente ciò deve avvenire nel rispetto del metodo scientifico delle singole discipline (ciò che vale a distinguere più nettamente la libertà di ricerca scientifica – comunque da inquadrarsi nell'alveo di una metodologia dettata da quello che in Italia è il settore scientifico-disciplinare – dalla generica libertà di manifestazione del pensiero del singolo). Esiste di conseguenza anche un diritto collettivo della comunità scientifico-accademica di riferimento di elaborare criteri di indagine scientifica e di relativa valutazione dei prodotti della ricerca[26]. In particolare, ai docenti deve essere garantita «la libertà accademica», definita come la libertà di insegnamento e di discussione, di condurre ricerche, di diffondere i contenuti e pubblicare i risultati della ricerca, la libertà di esprimere il proprio parere sulle istituzioni e sull'ambiente lavorativo, la libertà dalla censura istituzionale e il diritto di divenire membri di organi professionali o di rappresentanza accademica[27].

Sempre per restare nella dimensione esterna al diritto dello Stato (anche per la "naturale" dimensione sovranazionale della comunità accademica, come accade fin dal medioevo), bisogna ricordare due strutture di raccordo a livello europeo: lo Spazio europeo dell'istruzione superiore[28] dove, a seguito del processo di Bologna nell'ambito dell'ordinamento internazionale si consente la mobilità di docenti e studenti e la piena riconoscibilità dei titoli di studio, e lo Spazio Europeo della Ricerca[29], nell'ambito dell'UE, che consente la mobilità dei lavoratori della ricerca (art. 45 TFUE), e i poteri di sostegno, coordinamento e completamento dell'Unione in questi settori (artt. 6, 165, 169, TFUE)[30]. I valori della libertà accademica sono ampiamente espressi nella *Magna Charta Universitatum* del 1988[31], che è stata prodromica allo sviluppo del processo di Bologna (la Dichiarazione di Bologna risale al 1999).

Per quanto riguarda il diritto dell'Unione europea, alla libertà accademica è dedicata una specifica disposizione della Carta dei diritti fondamentali, ovvero l'art. 13, il quale prevede che «Le arti e la ricerca scientifica sono libere. La

[26] B. Gagliardi, *La tutela amministrativa della libertà accademica*, cit., 13.

[27] Vedi artt. 27, 28, 29 e 33.

[28] https://education.ec.europa.eu/it/about-eea/the-eea-explained.

[29] www.consilium.europa.eu/it/policies/european-research-area/timeline-european-research-area/.

[30] B. Gagliardi, *La tutela amministrativa della libertà accademica*, cit., 12. Come rilevato dall'Autrice a 15-17, anche se la libertà della ricerca scientifica incontra una serie di limiti interni di metodo (applicazione appunto del metodo scientifico), nell'ordinamento italiano si paleserebbe una tutela più forte della libertà di ricerca scientifica rispetto a quella di manifestazione del pensiero non essendo la prima soggetta al limite ad esempio del buon costume.

[31] www.magna-charta.org/. Si veda in particolare il *Living Values Toolkit*, https://site.unibo.it/magna-charta/en/activities-and-projects/living-values-tool-box.

libertà accademica è rispettata». L'art. 13 si ricollega sia all'art. 14, sul diritto all'istruzione, che all'art. 11 sulla libertà di espressione ed inoltre distingue tra libertà accademica e libertà di ricerca scientifica che pur condividendo molti aspetti si distinguono per titolari e contenuto. Secondo quanto previsto dall'art. 6 TUE, la Carta ha lo stesso valore giuridico dei trattati. La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea sull'art. 13 della Carta è tuttavia limitata dal momento che cultura, arte e università ricadono tra le competenze degli Stati membri dell'Unione. Il caso più noto riguarda la *Central European University* (decisione C-66/18 del 6 ottobre 2020 Commissione europea c. Ungheria) dove, per tutelare indirettamente la libertà accademica, ci si è ancorati soprattutto alla libertà di impresa[32]. Viceversa, la Corte europea per i diritti umani include la libertà accademica nell'ambito della libertà di espressione (vedi ad es. il caso Kula v. Turchia del 19 giugno 2018[33]), mentre nei contesti nazionali l'ampiezza di tale libertà varia a seconda del quadro normativo ma anche delle diverse tradizioni.

Purtroppo, non tutti gli Stati prevedono simili libertà e ogni anno sono numerosi i membri della comunità accademica che subiscono violenze e attacchi proprio in ragione della loro attività di ricerca o di insegnamento. Nelle costituzioni europee continentali, la tutela della libertà accademica è più esplicita rispetto ai paesi anglosassoni dove questa libertà è vista in generale come contenuta nella libertà di manifestazione del pensiero. Di conseguenza si tratta essenzialmente di una libertà "negativa", intesa come non ingerenza dello Stato, mentre nelle costituzioni europee è configurata anche come diritto positivo (ad esempio le amministrazioni pubbliche hanno l'obbligo di sostenere e finanziare la ricerca pubblica).

Per l'Italia si può osservare che, nonostante il concetto unitario di libertà accademica sia penetrato nell'ordinamento tramite l'art. 13 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la Costituzione già ne conteneva i principali elementi, come le libertà di ricerca scientifica e d'insegnamento (art. 33, co. 1 cost.), il diritto degli studenti capaci e meritevoli di accedere all'istruzione superiore (art. 34, co. 3 cost.). Si veda inoltre l'art. 9, co. 1 cost. sulla pro-

[32] Anche se l'art. 13 della Carta, come detto, introduce il concetto di libertà accademica, tuttavia il diritto all'istruzione è concepito dall'ordinamento comunitario come corollario della libertà di circolazione dei lavoratori e delle persone. Per l'analisi di questa decisione vedi S. Benvenuti, *La libertà accademica nello spazio europeo*, in *federalismi.it*, n. 4, 2021.

[33] Ci sono anche altre decisioni rilevanti della Corte di Strasburgo in argomento come ad esempio la decisione dell'8 luglio 1999, Baskaya et al. contro Turchia, del 27 maggio 2014, Erdogan et al. contro Turchia e diverse altre decisioni sempre emesse nei confronti della Turchia (15 marzo 2012 Aksu c. Turchia, 8 giugno 2010 Sapan c. Turchia, 23 giugno 1999 Sorguc c. Turchia, 15 luglio 2014 Hasan Yazici c. Turchia, etc.).

mozione dello sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica. Allo stesso modo, la nostra Costituzione afferma il diritto di ciascun individuo di manifestare il proprio pensiero liberamente, considerando ciò una condizione essenziale per lo sviluppo di una comunità democratica. L'ordinamento italiano non prevede, dunque, una generale tutela del corpo docente, ma scompone le diverse libertà attinenti all'ambito educativo, prevedendo per ciascuna di esse una protezione *ad hoc*. Tuttavia l'elenco non sarebbe completo senza considerare il profilo dell'autonomia delle istituzioni accademiche di cui all'art. 33, co. 6 («Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato»), le quali però possono anche agire per limitare la libertà dei docenti e dei discenti. Sugli altri ordinamenti si rinvia al report del Parlamento europeo citato ed alla raccolta del *Committee on Freedom and Responsibility in the Conduct of Science* del 2014[34].

2.1. *Ruolo ed attività della rete SAR*

Il *network* internazionale *Scholars At Risk* (SAR) è stato fondato nel giugno del 2000 all'Università di Chicago e poi trasferito all'Università di New York nel 2003. Si tratta di una rete internazionale di istituti di istruzione superiore, associazioni e singoli – ne fanno parte oltre 500 università in 40 paesi – che collaborano per proteggere gli accademici minacciati, per promuovere la libertà accademica e difendere il diritto di ognuno «to think, question and share ideas freely and safely». Le tre missioni chiave sono «protection, advocacy, learning»[35].

La rete non fornisce direttamente assistenza agli accademici in difficoltà bensì agisce come un facilitatore, un intermediario e in determinati casi può certificare la situazione di rischio di uno *scholar*. Anche se nel 2002 SAR è entrata in partenariato con l'*Institute of International Education*[36], istituendo lo *Scholar Rescue Fund*, di fatto i principali finanziatori degli *scholars* sono le università stesse sia direttamente, attraverso contratti di ricerca o borse di ricerca

[34] *Academic freedom: provisions in national constitutions*, in ICSU, International Council of Science, 16.6.2014, https://council.science/wp-content/uploads/2017/04/Academic_freedom_constitutions.pdf e *State of play of academic freedom in the EU Member States*, cit. Vedi anche K. D. Beiter, T. Karran, K. Appiagyei-Atua, *Academic Freedom and Its Protection in the Law of European States: Measuring an International Human Right*, in *European Journal of Comparative Law and Governance*, Vol. 3, n. 3, 2016 e T. Carran, L. Mallinson, *Academic Freedom in the U.K.: Legal and Normative Protection in A Comparative Context*, cit.

[35] www.scholarsatrisk.org/wp-content/uploads/2017/09/SAR-BYLAWS.pdf. www.scholarsatrisk.org/about/#History.

[36] www.iie.org.

o di studio, sia promuovendo campagne di raccolta fondi ed altre iniziative di *fundraising*.

Dunque il primo obiettivo è quello della "protezione", ossia di ospitare presso una università della rete lo *scholar* che chiede protezione. Se le condizioni del paese di origine non consentono il rientro in patria allo scadere della *scholarship*, la rete assiste gli studiosi nel cercare altre opportunità a lungo termine. In cambio dell'ospitalità e della protezione, gli *scholars* contribuiscono alla vita accademica attraverso l'insegnamento, la ricerca ed altre attività scientifiche e didattiche.

SAR effettua anche attività di *advocacy* a favore di accademici imprigionati o ridotti al silenzio nei loro paesi di origine, monitora gli attacchi alle istituzioni universitarie in tutto il mondo ed è leader nella ricerca di nuovi strumenti e strategie per promuovere la libertà accademica e migliorare il rispetto per i valori universitari nel mondo.

Il potenziale della rete è ampio: mettere in contatto, svelare situazioni di rischio, cercare fondi, sensibilizzare l'opinione pubblica, testimoniare solidarietà. Ma ci sono anche aspetti problematici. Tra gli elementi di non facile accertamento rientrano ad esempio le modalità per valutare se uno studioso è a rischio e la corretta individuazione della figura dello *scholar*. A quest'ultimo proposito, è difficile classificare gli *scholars* (e di conseguenza trovare il modo di supportarli, di ospitarli o di cercare fondi) a causa delle diverse concezioni e sensibilità nazionali (in alcuni paesi lo *scholar* è considerato solo il docente, in altri anche lo studente). Un altro aspetto controverso è quello del rischio, che è difficile da certificare, sia per difficoltà di reperire la documentazione sia perché gli studiosi non vogliono rendere nota la loro condizione per motivi di sicurezza. Considerando l'ampiezza di certe definizioni, come visto sopra, si possono creare sovrapposizioni con le attività di altre reti o ong che si occupano in generale di tutela dei diritti umani, anche se il profilo accademico non può essere separato da quello umanitario.

Nel manuale "How to host handbook"[37] si cerca di dare una risposta ad alcuni di questi interrogativi. Ad esempio, quello sull'identificazione, che è indispensabile per la protezione e che non sempre si basa sulla violazione della sola libertà accademica. In alcuni casi studiosi indipendenti non affiliati ad alcuna università possono essere inclusi nella protezione, lo stesso avviene per studenti, scrittori, giornalisti, artisti, musicisti, difensori dei diritti umani, o altri intellettuali. Un candidato alla protezione è considerato "a rischio" se sottoposto a minacce o se lo è stato nel recente passato ma continua a soffrire le

[37] www.scholarsatrisk.org/wp-content/uploads/2019/08/SAR-How-to-Host-Handbook.pdf.

conseguenze negative di tali persecuzioni. Le minacce in questione di solito si riferiscono a violazioni di diritti umani riconosciuti a livello internazionale e possono essere correlate o meno all'attività scientifica con diversi gradi di gravità (dalla preoccupazione per probabili persecuzioni al rischio immediato per la vita o la libertà). Le violazioni più comuni possono riguardare trasferimenti, esilio, discriminazioni, censura, intimidazioni, molestie, violenza. Lo *scholar* può essere colpito per il contenuto del suo lavoro accademico (una pubblicazione, una lezione), per il fatto di esercitare un diritto umano fondamentale come la libertà di espressione o di movimento, oppure per le sue condizioni personali o sociali come il genere, l'etnia, la religione.

Se si utilizza una definizione ampia di libertà accademica nessun paese è immune da politiche di limitazione di questa libertà, che sia intesa a livello individuale o di una comunità o di una singola istituzione accademica. Di recente si sono intensificate anche nel mondo occidentale le discussioni sulla limitazione della libertà accademica causata dai continui e meticolosi processi di valutazione e persino auto-valutazione di ogni minimo aspetto delle diverse componenti della professione accademica nonché sull'esistenza di figure di precariato "stabile" che pure rappresentano una minaccia evidente all'integrità della professione. Le politiche quantitative, la ricerca ossessiva di fondi privati a tutti i costi condizionano e dunque limitano la libertà dei singoli e delle istituzioni. Proprio per questo motivo si è proposto come detto sopra di misurare la qualità internazionale delle istituzioni accademiche includendo il parametro della libertà accademica che ha un profondo impatto sulla qualità generale dell'insegnamento e della ricerca.

Come detto sopra, *Scholars at Risk* realizza annualmente un monitoraggio rispetto allo stato della *Academic Freedom* nel mondo, riportando le violenze fisiche subite dalla comunità studentesca e docente, i processi o le detenzioni sofferte da docenti e studenti in ragione di attività accademiche non violente, le minacce alla libertà di espressione e manifestazione studentesca, le restrizioni rispetto alla libertà di movimento e le riforme legislative finalizzate all'erosione della libertà degli studenti e delle istituzioni accademiche.

I casi riportati sono solo alcuni di quelli esaminati all'interno del report di *Scholars at Risk*, che, nell'elencare le numerose violazioni dell'*Academic Freedom*, insiste su quanto sia necessario per i governi prendere coscienza degli attacchi realizzati sui loro territori, talvolta perpetrati dalle stesse autorità statali (come nel caso della Turchia), e sul dovere della società civile di denunciare le minacce alla comunità accademica, chiedendo indagini imparziali e l'individuazione dei responsabili.

Contemporaneamente, risulta fondamentale l'elaborazione di uno strumento che permetta di raccogliere dati riguardo alle violazioni della libertà

accademica, così da poter valutare la qualità degli istituti anche rispetto alla libertà che garantiscono al proprio corpo docente e studentesco.

3. *La violazione della libertà accademica nello spazio ex sovietico, in particolare il caso della Russia e del suo declino identitario e nazionalista all'insegna dei "valori tradizionali russi" e del rifiuto dei valori e delle tradizioni dell'"Occidente collettivo"*

L'involuzione autoritaria in atto in Russia da diversi anni, ed ulteriormente aggravatasi in senso nazionalista dopo l'invasione dell'Ucraina nel febbraio 2022, ha delle ricadute evidenti anche sulla libertà accademica, e più in generale sul sistema di istruzione e sull'esercizio delle libertà fondamentali. Ciò riguarda sostanzialmente due profili: da un lato l'accentuazione dei contenuti militaristici e nazionalistici in tutto il sistema dell'istruzione, da quello di base a quello universitario[38] (si veda ad esempio l'introduzione di un corso di indottrinamento chiamato "conversazione sulle cose importanti")[39], e dall'altro il silenziamento delle voci dissidenti rispetto alla politica aggressiva nei confronti dell'Ucraina e dell'Occidente in generale[40]. A questo sconfortante quadro interno, hanno purtroppo fatto eco alcuni errori di prospettiva della comunità internazionale (sanzioni cieche e indiscriminate), che hanno peggiorato la situazione dell'accademia russa di fatto contribuendo pesantemente al suo isolamento, con qualche eccezione nei confronti degli intellettuali fuggiti per motivi politici. Infatti, dopo l'invasione dell'Ucraina nel febbraio 2022 ha iniziato a verificarsi un esodo consistente di accademici ed intellettuali dalla

[38] D. Dubrovskij, V. Podol'skaja, *Rossija: narušenie akademičeskoj svobody* (Russia: violazione della libertà accademica), in https://cisrus.org/ru/2023/08/05/monitoing-2023-rus/.

[39] Vedi I. Iashchenko, *Nationalistic Propaganda as a Strategy for Patriotic Upbringing in Russian Education*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie*, n. 1, 2023, 110, dove si fa presente che «With the re-election of Vladimir Putin in 2012, Russia began to report slow but continuously evolving authoritarian trends, with state propaganda penetrating all areas of society, above all school education. The first target of state propaganda was humanities and social subjects, especially history. Meanwhile, Putin's government has shown a pronounced interest in the formation of a plan for patriotic education, which includes the militarization of education and the promotion of a militaristic image among schoolchildren exemplifying the true patriots of their country». Sulle lezioni del corso dello scorso dicembre 2024 vedi https://iz.ru/1810255/2024-12-19/razgovory-o-vazhnom-23-dekabria-tema-i-programma-zaniatiia.

[40] Una rassegna delle principali limitazioni legislative e delle persecuzioni di singoli studiosi in: https://cisrus.org/ru/academic-freedom-violation-rus/. Vedi anche D. Dubrovskij, *Rossija: gde zaščitit' akademičskuju svobodu* (Russia: dove difendere la libertà accademica), in Eurasianet, 21 settembre 2023, http://russian.eurasianet.org/россия-где-защитить-академическую-свободу. Vedi anche N. Donelli, S. Giusti, *L'impatto della guerra sulle relazioni scientifico-culturali tra Unione europea e Russia*, in *Ruspol. Geopolitical Brief*, n. 3, 2023.

Russia, anche perché le continue modifiche al codice penale hanno progressivamente reso impossibile non solo qualunque tipo di manifestazione di dissenso rispetto alla politica militaristica del regime, ma anche qualunque tipo di collaborazione con enti e persone straniere all'insegna delle restrizioni nei confronti degli "agenti stranieri", mentre l'organizzazione universitaria e scolastica è stata sottoposta a un regime ancora più restrittivo[41].

Dal punto di vista delle istituzioni accademiche, va tuttavia considerato che negli ultimi anni si erano manifestate tendenze contrastanti. Da un lato la repressione in generale della libertà di espressione aveva raggiunto anche il mondo accademico[42], dall'altro era in atto un tentativo della dirigenza russa di accreditarsi presso il mondo accademico e della ricerca internazionale anche per attrarre fondi e studenti dall'estero. Con lo scoppio della guerra, la chiusura quasi totale delle relazioni con l'Occidente (sia a causa delle sanzioni occidentali che delle contro-sanzioni russe) ha prodotto uno spostamento significativo delle collaborazioni da Ovest ad Est, verso paesi come Cina, Iran e India. L'impoverimento dei contenuti a causa delle restrizioni ideologiche e "valoriali" è ovviamente massimo nell'ambito delle scienze umane e sociali[43].

Venendo più specificatamente alla guerra in corso, vi sono una serie di aspetti ideologici che riguardano la narrativa di regime. Significativa è l'adozione di alcune leggi di contenuto chiaramente ideologico che sembrano riportare la Russia ai tempi più bui del periodo sovietico. Si veda la nuova versione della

[41] Solo per fare un esempio, nel marzo del 2023 la Procura generale ha dichiarato "indesiderata" l'attività svolta dalla "Università libera" per il presunto carattere "anti-russo" degli insegnamenti erogati ed anche per la diffusione tra gli studenti di un modello di democrazia "ultra-liberale" (www.kommersant.ru/doc/5905541). La "Libera Università" (*Free University*) è stata fondata nel 2020 da docenti della HSE (Scuola superiore di Economia) ai quali l'università non aveva rinnovato il contratto per l'anno accademico successivo. Si tratta in particolare dei docenti della Scuola di filosofia Viktor e Julija Gorbatov, Kirikk Martynov (dichiarato "agente straniero") e della professoressa della Facoltà di giurisprudenza della HSE Elena Luk'janova. La *Free University* offre corsi on-line gratuiti. Tra le restrizioni imposte alle università, anche l'obbligo di diventare centro di raccolta fondi per l'Operazione Militare Speciale. Il licenziamento di diversi docenti universitari che si erano pronunciati contro l'Operazione Militare Speciale è stato effettuato per cause ricondotte a comportamenti o tenute "amorali" e per violazione dell'etica accademica. A tale proposito la sanzione viene comminata da apposite commissioni per l'etica.

[42] Ed anche dell'autonomia delle Università e dei centri di ricerca, passandosi in maniera diffusa dalla selezione interna del rettore ad un sistema di nomina dall'alto. Sull'argomento vedi D. Gerashchenko, *University Leader Appointment Procedure in Russia: Building a Vertical of Power in Higher Education*, in *Demokratizatsiya: The Journal of Post-Soviet Democratization*, Vol. 30, n. 1, 2022.

[43] Vedi T. Gerber, H. Chapman, *The Destruction of Academic Freedom and Social Science in Russia*, PONARS Eurasia Policy Memo No. 766, April 2022. Vedi anche D. Dubrovsky, *Russian Academia and the Ukraine War*, in *Russian Analytical Digest*, n. 281, 20 March 2022.

legge sugli agenti stranieri[44] e la nuova concezione della politica estera della Russia[45].

Per quanto riguarda il primo provvedimento, dal primo dicembre 2022 è entrata in vigore una versione "consolidata" di tale normativa, ossia la legge «Sul controllo sull'attività delle persone che si trovano sotto influenza straniera»[46]. La legge prevede che possa essere considerato "agente straniero" la persona che abbia ricevuto un sostegno dall'estero o che si trovi sotto influenza straniera e svolga in Russia attività politica, raccolta di informazioni finalizzate nell'ambito delle attività militari, o tecnico-militari, oppure diffusione di informazioni e materiale per un ampio gruppo di persone. Gli agenti stranieri possono essere persone giuridiche russe o straniere, ong, persone fisiche indipendentemente dalla cittadinanza. Per influenza straniera si intende: «l'attribuzione da parte di fonte straniera di sostegno o la manifestazione di influenza sulla persona, anche attraverso costrizione, convincimento o altri metodi» (art. 2). Per sostegno si intende la concessione di mezzi monetari o di altri beni ed anche di supporto metodologico-organizzativo, tecnico-scientifico o di altro genere. Le "fonti straniere" possono essere Stati o organizzazioni straniere, incluse quelle internazionali, strutture senza costituzione di persona giuridica come pure cittadini di altri paesi ed anche persone giuridiche e cittadini russi che già percepiscono un finanziamento o sostegno dall'estero. Gli agenti stranieri hanno l'obbligo di informare dell'esistenza di tale *status* i propri dipendenti e gli organi del potere pubblico cui si rivolgono per chiedere la protezione dei propri interessi. Hanno anche l'obbligo di inserire una apposita etichetta sui materiali da essi prodotti. Gli agenti stranieri non possono effettuare tutta una serie di attività, tra le quali quelle che rivestono una funzione pubblicistica (lavorare nella funzione pubblica statale o municipale, far parte delle commissioni elettorali), organizzare manifestazioni pubbliche, svolgere attività educative o di informazione nei confronti di minorenni, partecipare alle gare per fornire servizi agli organi statali o municipali, etc. Gli agenti stranieri

[44] http://kremlin.ru/acts/bank/48170/page/3. Secondo le parole dello *speaker* della Duma Volodin, «L'ingerenza è esistita per tutta la durata dell'esistenza dell'Impero russo, dell'Unione sovietica e della Federazione di Russia. Tale ingerenza noi la percepiamo anche oggi da parte degli USA, del Regno Unito e da parte degli altri Stati europei. Ogni paese deve proteggersi, se pensa al proprio futuro». Vedi http://duma.gov.ru/news/55879/. Le modifiche apportate dopo il febbraio 2022 sono esplicitamente dirette alla ulteriore tutela della sicurezza del paese. Sulle ultime modifiche a tale legge vedi I. GALIMOVA, *La Russia che premia gli eroi e punisce i traditori*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2, 2022.

[45] Approvata con editto presidenziale n. 229 del 31 marzo 2023: http://kremlin.ru/acts/bank/49090.

[46] Successivamente a tale data ci sono state ulteriori modifiche, che continuano incessantemente in direzione sempre più restrittiva.

non possono neanche insegnare all'Università. L'elenco degli agenti stranieri è collocato presso il Ministero della giustizia. Si prescrivono responsabilità di tipo amministrativo, penale e di altro genere per la violazione delle disposizioni di legge ma sono altresì previste le modalità per essere cancellati dall'elenco (cessare di ricevere fondi dall'estero o cessare l'attività politica).

Per quanto riguarda la Concezione della politica estera della Russia, anche qui c'è una parte valoriale e sovranista che completa nella narrazione "esterna" la virata autoritaria e che conferma il riferimento ad una peculiarità storico-culturale della Russia da proiettare in tutto il sistema di istruzione[47].

Particolarmente significativa per il sistema di istruzione è l'approvazione, con editto presidenziale n. 809 del 9 novembre 2022, delle «Basi della politica statale per la conservazione e il rafforzamento dei valori spirituali e morali tradizionali della Russia»[48]. Uno degli aspetti più rilevanti del documento (che nelle fonti del diritto della Russia costituisce una sorta di documento programmatico e di indirizzo), è quello di legare la tutela dei valori tradizionali della Russia alla sicurezza nazionale, legame che rappresenta un ulteriore aspetto di strategia politico-militare e geo-politica. Ciò è detto in maniera esplicita: «Le presenti basi sono un documento di pianificazione strategica nella sfera dell'assicurazione della sicurezza nazionale della Federazione di Russia» (punto 1). Si specifica poi che i valori tradizionali sono «gli orientamenti morali che formano la visione del mondo dei cittadini della Russia, trasmessi di generazione in generazione, e che sono alla base dell'identità civile panrussa e dello spazio

[47] Come si recita al punto 4 del documento: «L'esperienza ultra millenaria della statualità indipendente, eredità culturale dell'epoca precedente, i profondi legami storici con la cultura tradizionale europea e con le altre culture dell'Eurasia, la capacità sviluppatasi in molti secoli di assicurare sul territorio comune la coesistenza armonica di diversi popoli, di gruppi etnici, religiosi e linguistici, determinano la particolare posizione della Russia come Stato-civilizzazione originario, una vasta potenza eurasiatica ed euro-pacifica che ha unito il popolo russo e altri popoli che compongono la comunità culturale e di civiltà del mondo russo». Inoltre, al punto 5, si dice che «la Russia, considerando il suo contributo decisivo nella vittoria alla Seconda Guerra Mondiale, ed anche il prolungato ruolo nella costruzione di un moderno sistema di relazioni internazionali e nell'eliminazione del sistema mondiale del colonialismo, rappresenta uno dei centri sovrani dello sviluppo mondiale ed adempie alla missione storica unica del mantenimento di un equilibrio globale di potere e dell'edificazione di un sistema mondiale multipolare, di assicurazione delle condizioni per uno sviluppo pacifico, progressivo dell'umanità sulla base di un'agenda unificante e costruttiva». Non manca un riferimento alle influenze perniciose dell'ideologia occidentale vista come un attentato alla sovranità del paese, come recita il punto 8: «Una forma comune di interferenza negli affari interni degli Stati sovrani è diventata l'imposizione di linee guida ideologiche neoliberali distruttive che contraddicono i valori spirituali e morali tradizionali. Di conseguenza, l'impatto distruttivo si estende a tutti gli ambiti delle relazioni internazionali».

[48] Sul sito del Cremlino in lingua russa: http://kremlin.ru/acts/bank/48502.

culturale unitario del paese, che rafforzano l'unità civica, e che trovano la loro unica ed originaria manifestazione nello sviluppo spirituale, storico e culturale del popolo plurinazionale della Russia» (punto 4). Tra questi valori rientrano, tra gli altri (punto 5): il patriottismo, il servizio alla Patria e la responsabilità per le sue sorti, la famiglia solida, la superiorità del morale sul materiale, il collettivismo, la memoria storica. Ma non ci si limita a manifestare in positivo i valori verso i quali tendere ed educare i russi bensì anche a stigmatizzare in negativo quelli da cui bisogna prendere le distanze (al punto 16: «l'attività delle formazioni di diritto pubblico, delle organizzazioni e delle persone che favoriscono la diffusione di un'ideologia distruttiva, rappresenta una minaccia obiettiva agli interessi nazionali della Federazione di Russia»). Anche qui ci sono esempi di questa ideologia "distruttiva" (al punto 17, tra gli altri: stereotipi di comportamento anti-sociali, diffusione di uno stile di vita amorale, aumento dell'uso di alcool e narcotici; il travisamento della verità storica, la distruzione della memoria storica, la negazione dell'identità della Russia, la demolizione della fiducia nelle istituzioni dello Stato, il discredito dell'idea del servizio alla Patria, la formazione di opinioni negative verso il servizio militare e il servizio statale in generale). Tutta questa impostazione vale in particolare nei confronti dell'istruzione e dell'educazione, della cultura, della scienza, dei *media* (punto 18). Tra l'altro, ci si propone di potenziare l'attività delle organizzazioni scientifiche, di istruzione, e formazione per la tutela della verità storica e per il contrasto alla falsificazione della storia (punto 19); e di contribuire a formare sull'arena internazionale l'immagine dello Stato russo come difensore dei valori tradizionali spirituali e morali dell'uomo (punto 23).

A seguito di questa impostazione ideologica sono stati approvati ulteriori provvedimenti tesi all'indottrinamento dei valori tradizionali russi nelle scuole e nelle università del paese. Tra la fine di dicembre 2022-inizi del 2023 il Ministro della scienza e dell'istruzione superiore ha elaborato un corso obbligatorio per gli studenti universitari denominato «Basi della preparazione militare», che dal primo settembre 2024 muterà la denominazione in «Basi della sicurezza e della tutela della Patria». Anche questo, come si legge nel programma del corso (della durata di 108 ore), è considerato nelle condizioni attuali «un indirizzo prioritario della politica statale». Inoltre «le questioni più importanti dell'istruzione a tutti i livelli sono rappresentate dall'educazione all'amore verso la Patria, al sentimento del patriottismo, alla preparazione verso la difesa della Patria»[49]. A partire dal settembre 2023 è stato attivato in tutti gli istituti di istruzione superiore il corso denominato «Basi della statualità della Russia»

[49] http://duma.gov.ru/news/58229/. Al seguente link il manuale del 2024: frp-obzr_8-9 _26032024.pdf. Gli aggiornamenti: Программы ОБЗР - ОБЗР.

alla cui elaborazione hanno partecipato 3000 docenti da 562 università della Russia. Secondo le parole del Ministro della scienza e dell'istruzione superiore Fal'kov, la finalità del corso sarebbe quella di formare negli studenti «la coscienza dell'appartenenza alla società della Russia, lo sviluppo del sentimento civico». Il corso, della durata di 72 ore, si divide in 5 parti: «Cos'è la Russia», «Lo Stato russo - la civilizzazione», «La visione della Russia e i valori della civilizzazione della Russia», «Il sistema politico», «Sfide del futuro e sviluppo del paese». L'introduzione di questo corso era stata annunciata dal Presidente Putin nel dicembre 2022.

Alla fine del 2023 è stata approvata una modifica alla legge sull'istruzione in cui si introduce la precisazione secondo cui «il carattere umanistico dell'istruzione si effettua anche in conformità ai valori spirituali e morali tradizionali della Russia»[50]. Sulla base della nuova versione della legge, l'istruzione nella Federazione di Russia deve essere conforme «ai valori tradizionali morali e spirituali della Russia» ed essere diretta allo sviluppo dello Stato e della società. Ciò significa che, come viene detto nella presentazione del provvedimento, il sistema di istruzione deve non solo preparare gli specialisti necessari al paese ma anche educare i cittadini nello spirito del rispetto verso i valori tradizionali, per preservare la continuità storica delle generazioni, pur sviluppando allo stesso tempo nei discenti l'attività cognitiva, l'intraprendenza, la creatività, l'attitudine al lavoro ed al volontariato[51]. Ricordiamo ancora che con l'editto presidenziale del 12 maggio 2023 n. 343 «Su alcune questioni di perfezionamento del sistema dell'istruzione superiore» di fatto si inserisce nell'intero settore dell'istruzione di livello universitario russo la necessità di rispondere a due esigenze vitali per la sopravvivenza (e sicurezza) del paese ossia: assicurare la formazione di quadri tecnico-scientifici, economici e politico-militari in grado di garantire la sovranità del paese e contemporaneamente creare le condizioni per la formazione della coscienza civica della persona.

Più specificatamente sul sistema universitario va considerato che la Russia si è ritirata dal sistema di Bologna dopo l'invasione dell'Ucraina[52] stigmatizzandone i contenuti educativi e valoriali come alieni dalle tradizioni culturali

[50] Tra i contenuti della riforma anche il ripristino delle ore di lavoro nelle scuole: http://duma.gov.ru/news/58338/. http://duma.gov.ru/news/58493/.

[51] Sul sito del Cremlino la legge e la relazione introduttiva: http://kremlin.ru/acts/news/73059.

[52] L'annuncio del Ministro dell'istruzione risale al maggio 2022 ma l'allontanamento è reso evidente con l'adozione da parte del Presidente dell'editto n. 343 del 12 maggio 2023 «Su alcune questioni riguardanti il perfezionamento del sistema dell'istruzione superiore». http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202305120005. Vedi anche https://meduza.io/en/news/2023/05/12/russia-s-higher-education-system-drifts-away-from-bologna-process.

russe ed ha iniziato un'opera di edificazione di una istruzione "sovrana" (come richiesto esplicitamente dal Presidente fin dal febbraio 2022), secondo dei parametri tesi a standardizzare programmi e contenuti ad ogni livello nella rivalutazione esplicita delle conquiste nazionali anche del periodo sovietico il cui sistema di istruzione, insieme a molteplici altri aspetti, viene esplicitamente rivalutato[53].

Per quanto riguarda, infine, la violazione della libertà accademica negli altri paesi ex sovietici, merita di essere fatto un accenno a quanto sta accadendo in Ucraina dal punto di vista culturale ed accademico. Anche qui il nazionalismo, seppure con modalità difensive e promozionali della propria identità nazionale contestata dai russi, rischia di produrre la violazione di alcune libertà fondamentali. L'intero sistema di istruzione e culturale è sottoposto, per le esigenze di guerra, ad una sorta di irreggimentazione che porta ad annullare qualsiasi voce critica ed a reprimere qualsiasi traccia della cultura e della lingua russa anche del remoto passato. Ciò potrebbe produrre non solo conseguenze spiacevoli dal punto di vista culturale (ma simili tendenze si riscontrano anche in altri paesi occidentali), ma rendere più complessa la riconciliazione alla fine della guerra, anche se l'Unione europea interviene con la condizionalità per favorire la tutela delle minoranze.

La tendenza alla valorizzazione della lingua e della cultura nazionale per sganciarsi definitivamente dal passato imperialistico russo è in crescita perlomeno dal 2013-2014, ossia dalla rivoluzione della dignità o Euromaidan, che ha portato alla scelta decisa di un cammino europeista e purtroppo all'invasione russa del Donbas ed all'annessione della Crimea. Da allora è in atto un processo irreversibile di rafforzamento della propria identità nazionale e culturale.

[53] Come dichiarato dal Presidente Putin il 28 aprile 2023 alla seduta del Consiglio dei legislatori a S. Pietroburgo, in Russia si starebbe formando un sistema di istruzione "sovrano". Secondo le parole del Presidente, «Il sistema di istruzione sovrano è una nuova iniziativa per lo sviluppo della sfera sociale e dell'economia. Ho usato proprio una combinazione speciale di parole "sistema di istruzione sovrano". Si tratta di un elemento importantissimo del nostro lavoro comune. In esso risiede il futuro del nostro paese». Analogamente, il vice dirigente dell'Amministrazione del Presidente della FdR Sergej Kirienko ha affermato che dopo il ritiro dal sistema di Bologna l'istruzione in Russia si baserà su tutto ciò che di migliore vi è nelle sue tradizioni, inclusi gli standard sovietici. Vedi *Izvestija* del 28 aprile 2023: https://iz.ru/1505734/2023-04-28/putin-zaiavil-o-formirovanii-suverennoi-sistemy-obrazovaniia-v-rf; del 26 febbraio 2023: https://iz.ru/1475442/2023-02-26/kirienko-prizval-vernutsia-k-luchshim-traditciiam-obrazovaniia-pri-otkaze-ot-bolonskoi-sistemy. Per aggiornamenti sul sistema di istruzione vedi https://iz.ru/story/obrazovanie-v-rossii. Sulla recente virata ideologica che comporta l'inserimento di nuovi corsi di indottrinamento e di un manuale unificato di storia vedi I. Galimova, *La Russia che premia gli eroi e punisce i traditori*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2, 2023. Ulteriori dettagli in: https://tass.ru/obschestvo/18430891. Inevitabile un collegamento concettuale con la precedente dottrina della democrazia "sovrana".

Ciò ha investito tutto il sistema di istruzione, incluso quello universitario e le ricerche accademiche. A seguito dell'invasione russa del 2022 queste tendenze si sono accentuate in maniera radicale. In particolare, nell'insegnamento della storia si enfatizza l'identità ucraina e la lotta secolare per l'indipendenza. Fin dal 2014 lo studio della storia sovietica è stato impostato su di una concezione di "de-colonializzazione", identificando nell'URSS uno Stato imperiale che ha distrutto l'identità di tutti i gruppi etnici a favore della supremazia della nazione russa[54]. Tuttavia, come per la riscrittura dei programmi di letteratura tesi all'eliminazione di ogni riferimento alla cultura russa (vengono studiati solo autori russi di origine ucraina come Gogol'), anche la riscrittura della storia del Novecento in termini di "colonialismo" e "fascismo" russo potrebbe portare alla falsificazione di alcuni eventi storici inserendosi così a pieno titolo in quella guerra per la storia e per la memoria che alimenta da anni i rapporti tra la Russia ed alcune ex Repubbliche sovietiche o ex Stati satelliti dell'URSS, tra cui in particolare i Paesi Baltici e la Polonia[55].

[54] Sull'argomento si rinvia a I. Iashchenko, *Transformation of Academia and Education System upon the Russo-Ukrainian War: Russian and Ukrainian Experience*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie*, n. 2, 2023.

[55] In argomento vedi A. Di Gregorio, *Giustizia post-comunista e politiche della memoria nei paesi della CSI*, in C. Filippini (a cura di), *La Comunità di Stati indipendenti a più di venti anni dalla dissoluzione dell'Urss*, Rimini 2014.

Luca Di Majo[*]

SALVATORE PRISCO E LA DIGNITÀ DELLA PERSONA

SOMMARIO: 1. Un affettuoso ricordo di un (allora) giovane dottorando nel primo *vero* incontro con Salvatore Prisco. – 2. Nuove tecnologie, persona umana e sovrani digitali. – 3. La persona sotto attacco, tra violazione del proprio corpo e autodeterminazione. – 4. Gli insegnamenti di Salvatore Prisco sulla dignità della persona. Brevi riflessioni su delicati problemi.

1. *Un affettuoso ricordo di un (allora) giovane dottorando nel primo vero incontro con Salvatore Prisco*

Ricevuto il cortese invito a contribuire alla stesura del *Liber amicorum* in onore di Salvatore Prisco, avevo originariamente immaginato di legare i suoi insegnamenti sulla forma di governo alla riforma costituzionale promossa dalla XIX Legislatura, magari cercando conforto alla mia posizione attraverso i suoi scritti.

Ho tuttavia deciso di virare su un altro argomento, tecnologico per così dire, perché ho creduto che meglio potesse rappresentare la quotidianità di Salvatore Prisco e la straordinaria continuità della sua presenza nel dibattito scientifico, oggi alimentato anche dalle piattaforme digitali. Ed infatti, l'*avatar* di Salvatore Prisco compare piuttosto frequentemente sul *wall* di *Facebook* e nelle *stanze* virtuali di *Microsoft Team*, *Google Meet*, *Zoom*, *Webex*.

Insomma, Salvatore Prisco si è adeguato ai tempi scanditi dalla rivoluzione digitale e ha *mutato geneticamente* la figura di un Maestro *in carne ed ossa* in un migrante digitale che raggiunge chiunque e ovunque, sfruttando le potenzialità fornite dalla rete.

Non si tratta di una presenza ingombrante, anzi un modo diverso di divulgare scientificità e dialogare con i giovani, ai quali ha sempre dedicato particolare attenzione.

E proprio chi, come me, scorge ancora la strada da percorrere, anzi la salita da scalare, non può che guardare con ammirazione la straordinaria capacità di uno Maestro di stare al passo con i tempi, anzi precursore dei cambiamenti e presbite dei fenomeni giuridici sui quali poi la dottrina sarebbe stata chiamata a confrontarsi.

[*] Ricercatore t.d. lett. b) di Istituzioni di diritto pubblico, Dipartimento di Giurisprudenza, Università della Campania "Luigi Vanvitelli".

Sono solo alcuni dei motivi per i quali ho scelto un altro tema per omaggiare una figura alla quale devo molto durante i miei anni di studio all'Università di Bologna, pur avendo iniziato a *nutrirmi* della sua presenza fisica piuttosto tardi, soltanto a partire dal 2019, quando facevo ingresso, come ricercatore di *tipo a)*, nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università della Campania.

Avevo però conosciuto Salvatore Prisco già prima del mio ritorno in Campania, in occasione di un dibattito sulla riforma costituzionale Renzi-Boschi, di cui il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Santa Maria Capua Vetere mi aveva affidato l'organizzazione. Lo incontrai per la prima volta, dal vivo, alla libreria Feltrinelli di Napoli, dopo aver accolto il Prof. Beniamino Caravita di Toritto al binario della stazione di Piazza Garibaldi. Insieme partimmo alla volta di Santa Maria Capua Vetere, la città che dal 2019, come detto, avrebbe poi sancito il ritorno definitivo nella mia terra d'origine.

Quel giorno, insomma, rappresentava una sorta di prologo di ciò che sarebbe stato qualche anno più tardi.

Nella splendida cornice del Teatro Garibaldi, Beniamino Caravita di Toritto sosteneva le ragioni del *sì*, mentre Salvatore Prisco era collocato nella posizione diametralmente opposta. Fu un dibattito vivace, mai duro, soprattutto leale, e questo senz'altro per due personalità di straordinario profilo umano e scientifico.

Conservo ancora la registrazione dell'iniziativa sammaritana, nella quale evidentemente traspare la mia forte emozione: dopotutto accanto a me *vivevano* gli Autori dei testi che avevano accompagnato i miei studi universitari nell'Ateneo bolognese, e per un giovane dottorando era inusuale *moderare* due Grandi Maestri accademici innanzi a Grandi Maestri dell'avvocatura sammaritana.

Talvolta mi capita di rivederlo, e quei brevi minuti introduttivi esprimono le caratteristiche umane di due Autorità del diritto: l'eleganza e la signorilità di Beniamino Caravita di Toritto, la travolgente simpatia e la semplicità di Salvatore Prisco.

Ecco, tra i tanti ricordi, credo che questo rimarrà fermo nella mia memoria, anche grazie alla tecnologia, della quale cogliamo opportunità, certamente, ma anche «connessi dilemmi etici che fino a poco tempo fa avremmo potuto ascrivere soltanto alla rigogliosa fantasia di uno scrittore di fantascienza»[1].

[1] S. Prisco, *La musica della vita. Quaderno di biopolitica e bioetica di un giurista*, Napoli, 2015, 71.

2. *Nuove tecnologie, persona umana e sovrani digitali*

Salvatore Prisco è diventato uno dei tanti «immigrati digitali»[2]: naviga, scruta, osserva, interviene, anima i dibattiti con il suo consueto spirito provocatorio, non cela la sua naturale propensione ad essere voce illuminante che rischiara le menti dei giovani ricercatori, ma non solo.

La sua presenza in rete incarna perfettamente lo spirito di comunità digitale che dialoga, si confronta, riflette, abbatte le distanze.

Non mi riferisco al solo *social* per eccellenza (*Facebook*), ma anche alle incursioni di Salvatore Prisco nei convegni e nei seminari sulle piattaforme che abbiamo imparato a utilizzare nei drammatici momenti della diffusione del Sars-Cov2.

Da ultimo, nel corso di Diritto pubblico e costituzionale del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università della Campania – condiviso con il mio Maestro, il Prof. Andrea Patroni Griffi – ha introdotto il seminario sull'esercizio delle libertà costituzionali dei magistrati, oltre ad essere stato ospite nell'incontro riguardante il rapporto tra il costituzionalismo e le piattaforme digitali, a partire dalla lettura dei volumi di Eugenio Mazzarella[3] e Francesca Paruzzo[4], i cui temi riguardano l'oggetto di questo contributo e mi consentono di aprire una serie di riflessioni più profonde e legate alla diffusione sempre più massiccia della rete, nella quale la persona umana muta geneticamente in un corpo virtuale.

A fronte dell'utilità certamente riconosciuta alla rete per il progresso della società, essa è infatti anche sede di inediti centri di potere che hanno trasformato quella che sarebbe dovuta essere un'arena pubblica e che è invece uno spazio gestito, attraverso procedure opache, da «sovrani di silicio»[5] che estraggono continuamente dati immessi dai corpi virtuali, non solo al fine di acquisire vantaggi direttamente o indirettamente nel proprio mercato di riferimento o in mercati affini, ma anche per influenzare dinamiche private, relazionali e pubbliche.

Ciò è ancora più percepibile in quella realtà aumentata che progressivamente si sta facendo sempre più spazio nella vita quotidiana delle persone (il metaverso) sul quale la dottrina inizia ad interrogarsi soprattutto per quanto

[2] L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017. S. Rodotà, *Relazione 2002. Discorso del Presidente Stefano Rodotà*, Roma, Garante per la protezione dei dati personali, 2003, 7, parla di «corpi virtuali».

[3] E. Mazzarella, *Contro Metaverso. Salvare la presenza*, Sesto San Giovanni, 2022.

[4] F. Paruzzo, *I sovrani della rete. Piattaforme costituzionali e limiti al potere privato*, Napoli, 2022.

[5] A. Venanzoni, *Cyber-costituzionalismo: la società digitale tra silicolonizzazione, capitalismo delle piattaforme e reazioni costituzionali*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2, 2020.

concerne quegli aspetti più cruciali che pongono in fibrillazione la persona umana in quanto tale[6].

In particolare, sul terreno del costituzionalismo, emerge chiaramente la piena consapevolezza della difficoltà di ricorrere agli strumenti classici, tuttavia dovendo comunque individuare percorsi giuridici che possano, anche su questo terreno inedito e impervio, mettere *sotto diritto* e garantire quelle tutele che ci si è tanto sforzati di offrire, almeno nelle Carte, alle persone[7].

Il passaggio riguardante la persona, influenzato dalle rivoluzioni scientifiche e tecnologiche, oggi, non può essere considerato soltanto guardando alla modifica possibile e sempre più a portata di mano del corpo in sé, ma deve essere valutato per il modo in cui il corpo – dunque, la persona – entra in relazione con gli altri e con l'ambiente all'interno del quale si trova a vivere.

È percezione comune ai naviganti quella di muoversi in ambienti intelligenti, benché si tratti di verificare, normativamente, come l'intelligenza è adoperata. Un ambiente intelligente è spesso munito di strumenti tecnologici che consentono controllo e monitoraggio persistenti della persona, dalla semplice ripresa da parte di videocamere ad un nuovo tipo di relazionalità con il mondo esterno, come la «realtà aumentata»[8], e tutto ciò rende il vivere della persona diverso da quello conosciuto fino a ieri.

Ciò pone diversi problemi, tra cui quello relativo alla identità e alle esperienze extrasomatiche che proiettano il corpo verso l'esterno: se, fino a qualche anno addietro, era incapsulato nella pelle, oggi si potrebbe enfaticamente affermare che esso è nella condizione di *invadere* il mondo: banche dati del seme, dei gameti, del sangue e delle cellule staminali confermano la tendenza ad una *esomatizzazione* del corpo al di fuori del proprio luogo d'origine, tale da troncare i rapporti con la dimensione all'interno della quale il corpo stesso vive.

Si tratta di questioni affrontate da postumanisti e transumanisti[9], in una logica trasformativa di un corpo non solo invaso da oggetti di frontiera, ma proiettato nella *virtual reality*.

[6] A. Fuccillo, V. Nuzzo, M. Rubino de Ritis, *Universi paralleli. I diritti costituzionali nel metaverso*, Napoli, 2022; e, più recentemente, L. Di Majo, G. Frezza (a cura di), *Il Metaverso. Profili strutturali, sociologici, economici e giuridici*, Milano, 2025.

[7] L. Di Majo, *L'articolo 2 della Costituzione e il Metaverso*, in *Media Laws*, 1, 2023.

[8] Su quali possano essere aspetti prettamente pratici del metaverso, cfr. M. Ball, *MetaVerso. Cosa significa, chi lo controllerà e perché sta rivoluzionando le nostre vite*, trad. it. di G. Mancuso, Milano, 2022.

[9] N. Bostrom, *Transhumanist Values*, in *Journal of Philosophical Research*, n. 30 (Supplement)/2005, Id., *A history of transhumanist thought*, in *Journal of Evolution and Technology*, 14, 2005, 1-25. Sul post-umanesimo, cfr. H. Jonas, *Dalla fede antica all'uomo tecnologico. Saggi filosofici*, Bologna, 2001.

Insomma, l'interazione tra corpo e tecnologia è continua, l'uomo proietta sé stesso al di là dei propri confini fisici ed entra in relazione con il mondo attraverso reti, *blend machine intarfaces*, impianti neuronali, visori, che mettono in relazione cervello e macchina, con il primo, per così dire, riprogrammato sulla base di parametri sconosciuti.

Se questo è attualmente lo stato dell'arte, possiamo chiederci se siamo animali o macchine[10], se stiamo diventando «schiavi felici» delle macchine[11], se esistano forme di interventi sulla mente umana, quale sia il grado di autonomia e di scelta libera che poi consente di attribuire e di imputare determinati atti alla libera scelta della persona.

Sono aspetti che attengono strettamente al profilo dell'identità della persona umana, oggi collocata in ambienti multiformi (perché non si tratta solo delle piattaforme *social*)[12] che permettono di raccogliere una straordinaria mole di informazioni per tracciare i profili individuali, di gruppo, collettivi, che incasellano la persona in logiche di normalità o di utilizzabilità da parte di soggetti economici, creando, attraverso tecnologie di tipo probabilistico, una fotografia della persona, con la possibilità di predirne i comportamenti futuri, trattandola non più solo per quel che ha già manifestato di essere, ma per ciò che si ritiene sarà in futuro.

In questo modo, l'utilizzo di tecniche ad alto impatto invasivo diviene in qualche modo normativo, e torna una domanda che poneva già Freud: fino a che punto l'*io* è padrone in casa propria?

Il punto nodale risiede nella espropriazione di un'identità costruita nella dimensione del virtuale e non dell'umano, a cui, di converso, corrisponde una costruzione dell'umano attraverso logiche e tecniche completamente diverse.

Eppure, quando si discute dell'umano, con tutto ciò che attiene ai profili dell'identità e della dignità, emerge il tema riguardante le caratteristiche di una società democratica all'interno della quale i diritti fondamentali delle persone devono essere rispettati in tutte le situazioni create dal mutamento tecnologico.

La democrazia non può mai prescindere dai diritti fondamentali delle persone. Limitare il potere, garantire i diritti e legittimare i moti di cambiamento, entro una cornice che pone al tempo stesso doveri e obblighi[13], costituisce, infatti, sin dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino

[10] Su questi temi, T. Macho, *Animali, umani, macchine. Per un umanismo inclusivo*, in *Rivista di filosofia*, 2, 2017.

[11] W. James, *Siamo automi?*, in W. James, *Alcuni problemi di psicologia*, a cura di M. Bella, Roma, 2002.

[12] Su cui, M. Cuniberti, *Potere e libertà nella rete*, in *Media Laws*, 1, 2018, e G. Ziccardi, *Diritti digitali. Informatica giuridica per le nuove professioni*, Milano, 2022.

[13] G. Azzariti, *Diritto e barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Milano, 2021 49.

del 1789, un tratto essenziale del costituzionalismo[14], che mira a definire le condizioni di un progetto di emancipazione sociale, muovendo da un equilibrio complessivo di poteri e diritti[15].

In questo senso, le Costituzioni moderne non sono solo «un testo giuridico o un armamentario di regole normative, ma anche l'espressione di uno stadio evolutivo culturale, un mezzo di autorappresentazione culturale del popolo, lo specchio di un patrimonio culturale e fondamento delle sue speranze»[16] e, come tali, «rappresentano gli atti del limite al e ai poteri per eccellenza, funzionali alla convivenza attraverso la preservazione di princípi storicamente e materialmente indisponibili ai poteri stessi»[17].

Il potere pubblico, cosí circoscritto e limitato, è allora chiamato a predisporre garanzie per il pieno e libero godimento di diritti e libertà, proteggendo l'azione umana anche dall'agire di altri e nuovi soggetti: «il costituzionalismo dei diritti, soprattutto nell'àmbito della cornice di giustizia sociale che connota le Costituzioni europee del secondo dopoguerra e le Carte partorite dal lungo cammino eurounionale, è infatti tenuto non solo a limitare il potere politico, bensì ad estendere la sua funzione anche nei confronti degli altri poteri[18], orientando la propria azione verso precise coordinate teoriche»[19].

I diritti fondamentali previsti dalle Carte costituzionali ed europee, quali garanzie normative poste alla base della convivenza politica, si presentano infatti come indissolubilmente legati agli aspetti sociali che ne stanno alla base e pertanto hanno un effetto diretto tanto nella dimensione verticale (nella contrapposizione tra autorità e libertà) quanto in quella orizzontale (nei rapporti tra privati)[20].

Dal momento che il nostro ordinamento, nel ribadire il riconoscimento e la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, «non indica la direzione verso cui tali diritti devono essere garantiti, non è alla natura pubblica o privata del potere che bisogna guardare per tutelare il sistema democratico o la dignità del singo-

[14] M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 201.

[15] C.H. Mc Ilwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, 1990, 159.

[16] P. Häberle, *Costituzione e identità culturale*, Milano, 2006, 11.

[17] F. Paruzzo, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Napoli, 2022.

[18] In questo senso, L. Di Majo, F. Paruzzo, *Nuovi aspetti del potere nel Metaverso*, in M. Calamo Specchia (a cura di), *Atti del convegno "Processi politici e nuove tecnologie"*, in corso di pubblicazione.

[19] Si tratta del tema di fondo affrontato da F. Paruzzo, *op. cit*.

[20] R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 570-571, L. Ferri, *Nozione giuridica di autonomia privata,* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1947, 129, G. Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 88.

lo, ma ai suoi effetti, al fine di evitare abusi derivanti da una combinazione di forze che si avvalgono di una libertà a discapito di altre»[21].

Avvertito come necessario un bilanciamento che presupponga e accetti il legame tra tecnica e mercato e al tempo stesso si ponga al di fuori di esso, la prospettiva che si vuole perseguire è quella volta a collocare «il potere tecnologico e la sua proiezione sui modi di vita in una rete di centri di decisione forte, trasparente e obbligata a rispondere alla collettività»[22].

3. *La persona sotto attacco, tra violazione del proprio corpo e autodeterminazione*

Ormai da tempo l'uomo inizia ad interrogarsi su come governare i grandi cambiamenti all'orizzonte, su come rispondere alle nuove sfide delle transizioni digitali, climatiche, economiche, mentre il diritto si interroga su come regolare l'invasione della corporeità di un soggetto.

Ci troviamo in una fase di transizione «epocale»[23], nella quale le tecnologie tendono a conformare il corpo della persona non soltanto nella sfera più direttamente percepibile della fisicità, ma anche nei processi cerebrali, nelle modalità di comunicazione e di approccio a un «mondo nuovo»[24] e «*onlife*»[25].

Riecheggia, oggi, la prospettiva di una persona umana diversa, trascendentale, «pionieristica»[26], una sorta di riproposizione millenaristica di uno dei grandi temi di riflessione del '700: l'*homme machine*[27].

Il filone trae origine dalla scuola di Nick Bostrom[28], il quale sembra riprendere le posizioni di Bacone nella visione di prospettive che mostrano come questi aspetti siano sensibili a ciò che la scienza può determinare per il futuro della specie umana, probabilmente destinata ad essere catalogata in singole *personalità downloaded* o *uploaded*, attraverso il trasferimento ad una macchina delle informazioni incamerate nel cervello.

[21] Ancora F. Paruzzo, *op. cit.*

[22] A. Schiavone, *Storia e destino*, Torino, 85.

[23] E. Mazzarella, *op. cit.*, 109.

[24] L'espressione, benché riferita alle questioni poste dall'Intelligenza Artificiale, è di A. D'Aloia, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, I, e dello stesso A. (a cura di), *Intelligenza Artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2021.

[25] L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, ma anche, dello stesso A., *The Onlife Manifesto, Being Human in a Hyperconnected Era*, Berlino-Heidelberg, 2015.

[26] G. Anders, *L'uomo è antiquato. Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale*, trad. it. a cura di L. Dallapiccola, Torino, Bollati Boringhieri, 2007.

[27] J. Offray de La Mettrie, *L'uomo macchina*, trad. it. a cura di F. Polidori, Milano, 2015.

[28] N. Bostrom, *Transhumanist Values*, cit.

Sul terreno del ripensamento delle categorie giuridiche, uno dei dati più significativi veniva rappresentato dalla costituzionalizzazione della persona.

Dopotutto, nella Costituzione il termine persona ricorre non tanto nella logica del compromesso costituzionale, inteso quale sorta di concessione a quella parte del pensiero cattolico che aveva le sue radici nel personalismo di Maritain e Mounier, piuttosto nella prospettiva di una grande operazione culturale, che trova probabilmente l'acme nella terminologia della versione finale della CEDU, dove l'«individuo» è sostituito dalla «persona».

Persona è «*prosopon*», la maschera nella tragedia greca che si presenta sulla scena del mondo con caratteri diversi da quelli suoi naturali; e questo è un po' l'uso che ha fatto sempre il diritto del termine persona, tanto da inventare il termine persona giuridica, una categoria nient'affatto naturale, anzi puro artificio giuridico.

Una serie di dati legati alla materialità del vivere e messi particolarmente in evidenza dalle tecnologie dimostrano che non è sufficiente riferirsi al soggetto astratto che viene sostituito progressivamente nella riflessione giuridica dal riferimento alla persona.

Questa prospettiva, oggi, rischia di essere surrogata dalla corsa sregolata verso il progresso tecnologico. In questa dimensione, persona significa recuperare l'umano nella sua interezza. Una tale revisione della categoria giuridica induce a ritenere la persona umana come categoria del costituzionalismo, talmente forte che struttura l'intero ordine giuridico in cui la persona è, se non in discussione, certamente al centro di un nuovo modo di affrontare le questioni.

Tutto questo apre uno scenario giuridico legato al profilo dell'autodeterminazione che si declina in due direzioni: un aspetto riguarda la libertà di scienza e il consenso della persona, dal quale non si può prescindere; da un secondo punto di vista l'autodeterminazione va intesa come reversibilità, nel senso che vi sono situazioni nelle quali l'accettabilità della tecnologia è legata alla reversibilità rispetto alla situazione precedente: un impianto del corpo può essere utile, in una determinata fase della propria vita, per tenere sotto controllo lo stato di salute e l'evoluzione post-operatoria, ma successivamente deve essere possibile eliminarlo perché altrimenti si pone in discussione l'autonomia della persona che rimane nella condizione di essere controllata dall'esterno da parte di qualcuno che, soltanto fino a un certo momento, ha esercitato un'attività del tutto legittima e nell'interesse della persona. Una volta che questa finalità è venuta meno, continuare a generare informazioni, attraverso gli impianti nel corpo, coincide con una limitazione dell'autonomia della persona, la quale – in qualche modo – condivide i propri dati con soggetti estranei.

La persona – che nasce condizionata in questo modo – è destinata a muoversi nel mondo con minore autonomia, subendo la violazione della sua digni-

tà esistenziale, incarnata anche dal fatto che una persona nasce in un mondo libero da una serie di condizionamenti non per forza legati alla condizione economica.

Naturalmente tutto questo pone la questione dell'autonomia in termini di autodeterminazione, ed investe una serie di situazioni che non possono continuare ad essere valutate con i criteri pre-tecnologici.

Nel momento in cui tutto ciò accade, qual è il ruolo del diritto? Il diritto *deve dire* poiché in passato queste erano situazioni non governabili attraverso l'autodeterminazione? Il diritto deve prendere atto di questi cambiamenti e governare certe situazioni in cui la decisione e la scelta sono possibili, salvaguardando quell'autodeterminazione che i Costituenti incastonarono a chiare lettere nell'ultimo comma dell'art. 32 Cost., nel quale la Carta ha probabilmente manifestato la massima presbiopia?

La legge può intervenire solo per garantire l'effettiva libertà dell'autodeterminazione, ma non si può sostituire alla scelta: il limite è il rispetto della persona umana. La categoria dell'autonomia declinata come autodeterminazione assume, in questo contesto, un valore fondativo ed è un punto sul quale la discussione è tutt'oggi molto aperta e sottoposta in continua fibrillazione dal mondo in silicio.

È stato detto da Rodotà che l'uomo è diventato una «*neuro-bio-info-machine*»[29]. Queste quattro espressioni (*neuro-bio-info-machine*) riassumono le tecnologie che più direttamente tendono a conformare il corpo della persona non solo nella sua fisicità, ma anche nei processi cerebrali e nel modo di comunicazione.

A questa considerazione se ne può aggiungere una seconda, diffusa in ambienti statunitensi, e risponde al dubbio sull'identità del redattore che scrive il «palinsesto della vita»[30].

La vita è, in qualche modo, direttamente o indirettamente oggetto di regole. Coloro i quali ragionano e scrivono uniformandosi letteralmente a questa espressione vi hanno dato una risposta risoluta, ma per certi versi affascinante, affermando che per alcune migliaia di anni il palinsesto della vita è stato scritto dal diritto[31].

[29] S. Rodotà, *L'uso umano degli esseri umani*, in *Micromega*, 8, 2015, 121.

[30] L'espressione è di S. Jasanoff, *Introduction: Rewriting Life, Reframing Rights*, in Id. (a cura di), *Reframing Rights. Biocostitutionalism in the Genetic Age*, London, 2011, 1, ma anche di S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

[31] K. Popper, *La società aperta e i suoi nemici: Platone totalitario*, II ed. a cura di D. Antiseri, trad. it. a cura di R. Pavetto, Roma, 2003, E. Schrodinger, *Che cos'è la vita? La cellula vivente dal punto di vista fisico*, trad. it. a cura di M. Ageno, 1995.

Tuttavia, da un certo momento in poi, il palinsesto della vita ha iniziato a scriverlo la biologia: la «rivoluzione terapeutica»[32], il «secolo del gene»[33], hanno dimostrato come la scienza abbia costantemente accompagnato l'uomo in un continuo progresso, mai arrestatosi e sempre più veloce nel suo divenire.

La corporeità di ciascun individuo, è, oggi, ridelineata attraverso i dati tratti dalle rivoluzioni tecnologiche guidate dalla biologia, dalla genetica, dall'informatica, dall'intelligenza artificiale[34]. La biologia si è impadronita della vita delle persone come strumento regolatore, cosicché l'uomo è diventato una macchina «neurobioinfo».

Ciò che affrontiamo oggi non è solo una discussione legata agli ultimi decenni, ma alle riflessioni di grandi personalità come Bacone che, ne «*La nuova Atlantide*», tratteggiava un mondo futuro nel quale prolungare una vita, ritardare la vecchiaia, guarire le malattie considerate incurabili, lenire il dolore, trasformare il temperamento o la statura e le caratteristiche fisiche, rafforzare e salvare le capacità intellettuali, trasformare il corpo in un altro, fabbricare nuove specie, effettuare trapianti da una specie all'altra, creare nuovi alimenti sarebbe diventata una *routine*.

Quali sono i problemi che tutto questo mondo nuovo pone al diritto? Almeno quattro.

Prima questione: il diritto si pone come arbitro tra due antropologie, quella millenaria legata alla natura e quella nuova legata alle trasformazioni rese possibili dalla tecnologia?

Secondo problema, indicato già nel 1927 da Julian Huxley: il rischio del *doppio standard*. Se viene introdotta all'interno di un'organizzazione sociale una misura crescente di artificialità nel modificare i corpi delle persone, si rischia la contrapposizione tra chi è fuori e chi è dentro da questi processi. L'intuizione del doppio standard di Julian Huxley si lega molto a quello che il fratello Aldous esprime in *Brave New World*, dove viene rappresentata una società biologicamente costruita intorno a funzioni diverse attribuite alle persone, non

[32] G. Zamboni, *Clonazione riproduttiva e terapeutica fra etica e scienza. Il fascino del doppio e il sogno dell'immortalità*, Verona, 2004, 21, ma anche L. Tundo Ferente, *La bioetica fra agire etico e agire tecnico*, in L. Tundo Ferente (a cura di), *Etica della vita: le nuove frontiere*, Bari, 2006, 9.

[33] E.F. Keller, *The Century of the Gene*, Cambridge, 2000.

[34] Su questi temi, cfr. G.C. Feroni, C. Fontana, E.C. Raffiotta, *AI Anthology. Profili giuridici, economici e sociali dell'intelligenza artificiale*, Napoli, 2022 e A. Patroni Griffi, *Bioetica, Diritto e Intelligenza Artificiale: una relazione ancora da costruire*, in A. Patroni Griffi (a cura di), *Bioetica, Diritto e Intelligenza Artificiale*, Napoli, 2023.

attraverso una decisione politica o sociale, ma attraverso il condizionamento biologico. La questione è come si evita il rischio del *doppio standard*?

Il terzo tipo di problema deriva dal fatto che l'umanità si confronta con la prospettiva dei diritti al futuro. Il diritto, si dice, ha una funzione di stabilizzazione: prende atto della realtà umana e le attribuisce una forma di tutela la cui manifestazione più intensa la colloca nella dimensione dei diritti individuali e collettivi.

Ma nel mondo scientifico la realtà è immediatamente misurabile perché si lavora su ipotesi di ricerca, ci si muove su un terreno fortemente instabile, si ricorre a logiche congetturali, si usano strumenti probabilistici

Si può ragionare sui diritti al futuro? Questo è un tema che deve essere considerato, ossia come si governa l'incertezza attraverso il diritto[35].

La quarta questione è probabilmente quella più complessa: se siamo in una fase di transizione verso il postumano, possono continuare ad esistere diritti umani senza l'uomo?

Insomma, sono realmente destinati a liquefarsi i diritti umani?

Oggi noi usiamo due terminologie – diritti umani e diritti inviolabili – a seconda degli ambienti culturali all'interno dei quali si è ragionato su questo tema. Frequentemente questi due aspetti sono ricondotti ad un'unica espressione (diritti fondamentali) che nella Costituzione italiana compare una sola volta, nell'art. 32, a proposito della salute: laddove è immediatamente percepibile la rilevanza del corpo, ecco che la fondamentalità del diritto viene colta dai Costituenti. Era la cultura dei diritti inviolabili dell'uomo la stella polare, unita alla straordinaria capacità di intuire i dati tratti dalla realtà. Possiamo continuare a ragionare sui diritti umani o siamo costretti a mutare la categoria giuridica in cyberdiritti?

In uno scenario del genere, vale ancora di più l'*alert* consegnatoci da Salvatore Prisco, per il quale «dell'universo dei diritti fondamentali è invece necessario occuparsi più ampiamente, con la del resto ovvia avvertenza che esso è venuto, nel corso del tempo, a farsi notoriamente sempre più complesso, dopo la rivoluzione copernicana del tardo XVIII secolo, che intese svincolarli da appartenenze comunitaristiche: innanzitutto i diritti della tradizione liberale, poi quelli detti sociali e politici, infine i nuovi diritti. Giacché questi ultimi sono in molti casi l'effetto delle acquisizioni scientifiche e tecnologiche, nessuna meraviglia che la discussione bioetica ne sia investita in pieno»[36].

[35] Si tratta di riflessioni emerse in S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006.

[36] S. Prisco, *La musica della vita*, cit., 2.

4. *Gli insegnamenti di Salvatore Prisco sulla dignità della persona. Brevi riflessioni su delicati problemi*

Nel corso della sua lunga carriera accademica, Salvatore Prisco ha dedicato ampio spazio a profili bioetici, legandoli alla centralità della persona umana lungo tutto il corso della vita, dalla nascita al «progressivo deperire delle energie vitali»[37], fino alle controverse e delicate questioni sul fine-vita[38], dalle quali emerge la centralità della dignità umana non ristretta alla sola dimensione delle scelte individuali, ma estesa alle riflessioni biogiuridiche.

Il riferimento alla categoria della persona è permanente e strutturante negli scritti di Salvatore Prisco, che incentra le sue riflessioni sui principi di riferimento e sul ruolo di una persona umana la quale, se non in discussione, si pone al centro di un nuovo modo di affrontare le questioni.

Ed allora, i valori di riferimento risiedono in quelle espressioni semantiche che «hanno nutrito nei secoli il dibattito filosofico e filologico, denotandone valori-pietre miliari, indicandone concetti strategici della tradizione etica e politica, o anche eulogici, come sono stati definiti, i quali si sono quindi tradotti, nella complessità mai troppo riducibile della loro articolazione semantica, anche in princîpi giuridici, ormai solitamente enunciati in testi costituzionali»[39].

Dignità, solidarietà, eguaglianza. V'è molto di vecchio in questi principi oppure la continuità di grandi valori, nati da una lunga elaborazione di Carte e Corti, mantengono la loro persistenza in una diversa e inusuale dimensione, con caratteristiche che sono legate alla novità della situazione?

Dovendo riflettere su questo terreno, ci troviamo di fronte alla necessità di tradurre determinati problemi anche attraverso il riferimento a principi così forti e strutturati dai quali non si può prescindere.

Dignità, solidarietà[40] ed eguaglianza hanno rappresentato per Salvatore Prisco le barriere davanti alle quali la politica doveva arrestarsi in nome della

[37] S. Prisco, *Il diritto e la fine della vita. Note preliminari*, in *Astrid on line*, 1.

[38] S. Prisco, *La dignità del malato tra pluralismo delle morali ed etica di Stato*, in *Comunità omosessuali. Le scienze sociali sulla popolazione LGBT*, a cura di F. Corbisiero, Milano, 2012.

Comunità omosessuali. Le scienze sociali sulla popolazione LGBT, Milano, 2012, Id., *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *BioLaw Journal*, 3, 2018.

[39] S. Prisco, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, in *BioLaw Journal*, Special Issue, 2, 2019, 61.

[40] Per S. Prisco, *Solidarietà. Profili evolutivi di un valore costituzionale, I, Premesse storico-sistematiche*, Napoli, 2000, la solidarietà è il collante della comunità umana. Cfr., sul tema, anche S. Prisco, *La solidarietà come valore comune delle tradizioni costituzionali europee. Brevi note comparate con particolare riguardo all'esperienza tedesca*, *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, a cura di M. Scudiero, Napoli, 2001.

Costituzione italiana «dichiaratamente fondata – come non è nemmeno il caso di precisare – sul personalismo e sulla nozione cruciale della dignità umana»[41] e strettamente legata alla «pari dignità sociale di ogni persona, uguaglianza come non discriminazione nella vita di relazione e diritto all'identità personale»[42].

Ebbene, proprio rispetto alle questioni poste da un utilizzo smodato del corpo nella rete, non è remoto il rischio dell'espropriazione di una identità plasmata dai sovrani digitali che non per forza (anzi, quasi mai) corrisponde all'effettiva identità personale. Il punto centrale è essere giudicati fuori dal contesto: si costruisce una identità virtuale incoerente rispetto a quella umana, e quindi si proietta una costruzione dell'umano attraverso logiche e tecniche completamente diverse.

Eppure, quando noi discutiamo dell'umano e del post-umano ci troviamo di fronte al modo in cui viene costruita anche una società democratica, all'interno della quale i diritti fondamentali delle persone vengono rispettati in tutte le situazioni create dal mutamento tecnologico che abbiamo di fronte.

La democrazia, insomma, non prescinde dai diritti fondamentali delle persone.

A fronte di scenari per certi versi inquietanti, va ricercata quella soluzione che il diritto deve praticare nella dimensione di «strutturale irriducibilità a norma dei problemi»[43] delle questioni, laddove la libertà di autodeterminazione (che è poi appunto la dignità di cui si diceva) non si svolge nel vuoto pneumatico: la persona è cioè «situata»[44], e ciò abbraccia il profilo dell'autonomia umana in termini di autodeterminazione. Si tratta di un tema capitale perché investe una serie di situazioni che non possono essere ancora lette con i criteri pre-tecnologici, come quello legato al morire dignitosamente, sui quali Salvatore Prisco ha lasciato tracce di straordinaria lungimiranza[45]. Oppure, ancora, insisto su altri temi affrontati da Salvatore Prisco in riferimento alla persona

[41] S. Prisco, *La musica della vita*, cit., 30.

[42] S. Prisco, *op. ult. cit.*, 78.

[43] S. Prisco, *Il diritto e la fine della vita. Note preliminari*, cit., 2.

[44] S. Prisco, *La musica della vita*, 31.

[45] Voglio ricordare, tra le numerose *visioni* di S. Prisco, proprio quella che lega dignità, scienza e progresso tecnologico, in, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, cit., 66: «Del dibattito specificamente biogiuridico e biopolitico sul tema si dirà oltre, qui si può intanto ricordare – per gettare uno sguardo sul complessivo orizzonte futuribile – che ci si è già posti un problema di "etica della robotica" e "diritti del postumano", con le attuali ricerche indirizzate a produrre auto che si guidano da sole, robot che effettuano operazioni chirurgiche, sistemi di intelligenza artificiale con i quali dialogare a casa o in ufficio e che sono ad esempio in grado di essere programmati anche per sfidare l'uomo a scacchi e batterlo, umanoidi, *cyborg*; appositi studi provano allora a individuare oggi canoni informatici per indurre

calata nella materialità dei rapporti con il mondo, che presuppone comunque l'idea che le condizioni materiali non diventino uno strumento di discriminazione.

Ciò che abbiamo di fronte è stato più volte descritto come un confronto tra bioconservatori e transumanisti. Si tratta di una rappresentazione bianca o nera tra chi è restio ad allontanarsi dai dati naturalistici e chi invece legittima qualsivoglia uso degli strumenti resi disponibili dalla tecnica, intesa come progressiva liberazione dalla persona.

Qui si aprono scenari davvero delicati sui quali, invero, continua oggi la riflessione giuridica attorno a questioni che attengono all'utilizzo della tecnica per modificare il corpo (libertà morfologica), ovvero all'estensione della libertà di utilizzo del proprio corpo (libertà procreativa).

Per motivi di spazio è impossibile qui discutere di tutte le implicazioni, per cui mi si perdonerà la semplificazione posta, sulla quale vale la pena non fermarsi ad una sterile discussione tra conservatori e progressisti inerente alla circostanza per cui, mentre la libertà morfologica ha larghi margini di accettabilità (perché gli effetti delle scelte individuali si producono unicamente nella sfera giuridica personale della persona implicata), la libertà procreativa apre molti problemi rispetto ai quali sarebbe opportuno assumere un atteggiamento critico per il solo fatto che gli effetti giuridici non si producono esclusivamente nella sfera giuridica della persona interessata la quale, attraverso l'esercizio della libertà procreativa, genera creature condizionate dallo stato fisico e psicologico che si ripercuotono geneticamente. Il caso più eloquente è quello di due coppie di lesbiche sordomute che, attraverso una donazione di seme di un loro amico sordomuto, hanno fatto sì che nascessero delle persone sordomute. Ciò viene ritenuto un legittimo esercizio della libertà procreativa con un argomento ulteriore che prova troppo: se la nascita di una persona che sente e parla è una benedizione, la nascita di una persona che non sente e non parla è una doppia benedizione perché vi sarebbe una specifica comunità che la accoglie con molta più intensità rispetto a quando una persona nasce con le sue tradizionali caratteristiche naturali.

La mia opinione è, però, radicalmente negativa proprio perché in questo caso è in questione *l'altro*, con la sua dignità e autonomia.

La persona nata *condizionata* è destinata a muoversi nel mondo con minore autonomia, subendo una violazione della sua dignità esistenziale, dimenticandosi che la dignità si incarna anche nella possibilità di varcare la soglia del mondo umano libero da una serie di condizionamenti.

una qualche regolazione indirizzata dall'etica e dal diritto nei sistemi di intelligenza artificiale e automatizzati, onde farne macchine morali».

«La legge non può in nessun modo e in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana» (art. 32 Cost.) è un grandissimo tema dove si innesta la questione dell'autodeterminazione. La legge può intervenire solo per garantire l'effettiva libertà dell'autodeterminazione, ma non si può sostituire alla scelta: si tratta, insomma, di riconoscere e rivalutare il limite del rispetto alla persona.

La categoria dell'autonomia declinata come autodeterminazione assume, in questo contesto, un valore fondativo ed è un punto sul quale la discussione è molto aperta.

Su questi temi Salvatore Prisco ci ha lasciato la sua straordinaria eredità culturale, invitandoci almeno a seguire la «Stella polare [che] deve essere in argomento [:] che cosa sia, per ciascuno e solo per lui, l'idea della dignità della propria persona»[46] mai da sacrificare.

[46] S. Prisco, *La musica della vita*, cit., 11.

Roberto Di Maria[*]

BARATTARE UNA PARTE DELLA SOVRANITÀ STATALE CON UN PIÙ AMPIO RICONOSCIMENTO DEI DIRITTI? L'UNIONE EUROPEA COME "ESPERIMENTO" SOCIALE, GIURIDICO ED ECONOMICO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Una breve premessa: esiste un "processo costituente" dell'U.E.? – 3. Uno sguardo alle radici economiche dell'U.E. – 4. Più economia e meno sovranità? Il ruolo delle Istituzioni politiche euro-unitarie. – 5. Meno sovranità ma più diritti? Il ruolo della giurisprudenza e della Corte di giustizia. – 6. Conclusioni: l'equilibrio tra diritti fondamentali e libertà economiche.

1. *Introduzione*

L'ordinamento euro-unitario si è sviluppato, negli anni, da uno spazio comune specificatamente destinato a garantire l'attuazione delle libertà economiche – di matrice liberale – ad un contesto socio-politico connotato da una piattaforma giuridica più ampia, comprensiva anche della tutela dei diritti fondamentali.

In tale transizione, non sono cambiate soltanto le Carte e le loro disposizioni – in materia di Istituzioni, ambiti di competenza e procedure – ma anche lo "spirito" che connotava l'Unione sembra essersi sviluppato nella direzione della creazione di una vera "cittadinanza europea", sorretta dagli strumenti costituzionali che tradizionalmente tutelano sia l'individuo sia la collettività dagli abusi dei pubblici poteri.

Considerato che l'apparato istituzionale euro-unitario non presenta esattamente gli stessi elementi e lo stesso processo costituente che hanno tradizionalmente caratterizzato il modello di "Stato federale", in letteratura è stata evidenziata la questione del "gap democratico" delle relative Istituzioni e, quindi, della legittimità (altrettanto democratica) della loro attività, apparentemente non derivante dalla tipica "sovranità popolare"; e ciò, sebbene tale passaggio sembri essere segnato proprio dalla progressiva attuazione della tutela dei diritti fondamentali, in aggiunta al consolidamento delle libertà economiche.

In tale quadro, l'ipotesi che si vuole brevemente indagare è se vi sia stato quindi un "trade off" tra sovranità statale e riconoscimento dei diritti fonda-

[*] Ordinario di Diritto costituzionale di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli studi di Enna "Kore", roberto.dimaria@unikore.it.

mentali, quale espressione di ciò che può essere definito "l'esperimento europeo": un passaggio da una "anima economica" ad una "anima sociale".

2. *Una breve premessa: esiste un "processo costituente" dell'U.E.?*

Com'è stato scritto da Roberto Bin «dal punto di vista fenomenologico, il processo costituente è solitamente generato da una guerra, da una rivoluzione o dal crollo – più o meno cruento – di un regime»; e ciò perché «il bisogno di stabilità menzionato da James Madison (Fed. Pap. N. 10), il bisogno di pace, è assolutamente *premier besoin* del popolo, come affermato da Antoine Barnave (Discours, 31 agosto 1791)»[1].

Tutto ciò non può essere riconosciuto nella nascita dell'U.E., a meno che non si voglia collegarlo alle condizioni molto peculiari dell'Europa alla fine della Seconda Guerra Mondiale, quali: la profonda e dolorosa frattura che separò i Paesi gravitanti – rispettivamente – nell'influenza belligerante degli Alleati o dell'Asse; il conseguente iato socio-politico che estraniò reciprocamente le relative popolazioni; e – soprattutto – il quasi azzeramento della capacità economica e produttiva della maggior parte dei territori europei. Condizioni che, tuttavia, sembrano piuttosto rintracciabili – e coerenti con – la genesi dell'ONU, nel 1945, come risposta mondiale al fallimento della Società delle Nazioni, piuttosto che in quella delle varie "Comunità" europee che anticiparono la nascita dell'attuale U.E.

Come la stessa dottrina ha però sottolineato, «il Trattato originario – e le sue modifiche, fino al "Trattato di Lisbona", che recepisce gran parte delle innovazioni già previste nel Trattato costituzionale – appartengono in realtà ad un processo di genesi di un vero ordinamento costituzionale, dal momento che la Corte di giustizia ha stabilmente definito il Trattato come una "costituzione"»[2].

È lecito allora chiedersi se sia realmente esistito un "processo costituente" europeo – o, meglio, euro-unitario – e quali siano state le peculiarità di tale processo, sfociato infine in un ordinamento altrettanto peculiare.

I primissimi passi del processo di integrazione europea possono essere individuati nelle mosse e contromosse che contrapposero Est e Ovest e che, poi, caratterizzarono la "Guerra Fredda": dall'approvazione del "Piano Marshall" alla istituzione del Cominform, del Comecom nonché – soprattutto – della N.A.T.O. ed alla firma del Patto di Varsavia; tanto che anche l'U.E. deve essere

[1] R. Bin, *Il processo costituente europeo*, in M. Dogliani, R. Bin, R. Martinez Dalmau (a cura di), *Il potere costituente*, Napoli, 2017, 1.

[2] *Ibidem*.

considerata uno degli esiti politici della Seconda Guerra Mondiale e, molto probabilmente, il suo "capitolo finale".

Sicché, se un "processo costituente" ha avuto effettivamente luogo nell'U.E., deve però precisarsi che esso ha generato un ordinamento giuridico alquanto peculiare: non funzionale al ripristino della pace sociale e politica all'interno dei confini di uno Stato ma finalizzato alla costruzione di un "Mercato Comune", quale parte di un più ampio quadro politico e di una strategia istituzionale – basata sulla "gestione tecnocratica" delle nuove Istituzioni – che fungessero da contrappeso all'Est e di consolidamento all'Ovest, rispetto alla opposizione politica sorta dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale.

E in questo senso, anche la mancanza di una carta europea dei diritti fondamentali – all'inizio di quel periodo, in un contesto ancora vulnerato dalle conseguenze del conflitto – è stata vista «come il segno più eloquente del fatto che la questione non era realmente considerata una delle priorità della nascente architettura organizzativa», nonché come espressione «della tensione tra gli ideali sia di uniformità che di diversità esistenti nel contesto europeo spazio istituzionale»[3].

Si può indi affermare che il «conflitto sociale» comunemente anteposto a qualsiasi processo costituzionale è, invece, «totalmente estraneo alla genesi dell'U.E.», che «nasce con un forte spirito di liberalismo e per tale motivo ha messo la politica da parte, ai margini del suo funzionamento che è tutto centrato, invece, sullo sviluppo dell'economia di mercato»[4].

Se è così – cioè un ordinamento *sui generis*, la cui nascita è stata determinata in gran parte da ragioni economiche, poi evoluitasi in uno spazio comune di garanzia dei diritti progressivamente condiviso dalle nazioni europee – allora può essere utile approfondire il processo istituzionale di reciproco bilanciamento tra le "radici economiche" (ovvero il libero mercato) ed i "germogli socio-giuridici" (ovvero i diritti fondamentali) dell'U.E.

3. *Uno sguardo alle radici economiche dell'U.E.*

Le origini strutturali dell'U.E. possono essere individuate nei trattati istitutivi della C.E.C.A. (vale a dire la Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio; firmato a Parigi nel 1951), dell'Euratom e della C.E.E. (ovvero la Comunità

[3] Cfr. – rispettivamente – L. Trucco, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, Torino, 2013, 2; e J. H. H. Weiler, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in M. Cartabia e J. H. H. Weiler (a cura di), *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000, 221.

[4] R. Bin, *Giurisdizione e ruolo delle Corti costituzionali nel processo di integrazione europea. Una conclusione*, in *Rivista di diritto pubblico comparato europeo*, n. 3/2019, 905.

Economica Europea; entrambi firmati a Roma, 1957); ed è facile verificare che si tratti di documenti internazionali riguardanti, per lo più, la materia economica; non c'è quindi da stupirsi che il profilo economico – che spicca nei predetti Trattati – abbia segnato profondamente la genesi della Comunità Europea, originariamente intesa proprio quale "mercato aperto" al libero scambio di beni, servizi e capitali nonché – poco dopo – ad un'altrettanta libera circolazione delle persone (o meglio, dei cittadini europei) fra gli Stati membri.

Deve inoltre notarsi che le Istituzioni euro-unitarie (ossia il Parlamento, la Commissione, i Consigli, i Tribunali e i loro organi interni) hanno progressivamente eroso molta della competenza statale in materia di politiche pubbliche economiche – così come periodicamente regolate nei predetti Trattati – nonché i relativi processi decisionali; sicché sia la nascita sia l'evoluzione dell'U.E. sembrano distinguersi per il fenomeno, molto peculiare, di Istituzioni che si sovrappongono gradualmente agli Stati e ne limitano parzialmente l'autorità (democratica): ciò che è stato chiamato "organocrazia" e che è paradigmaticamente rappresentato – ad esempio – dal Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria (il c.d. "Fiscal Compact") e – in particolare – dalla disciplina da esso prevista per garantire il pareggio dei bilanci nazionali e potenziare l'impatto delle raccomandazioni della Commissione europea nei confronti dei Paesi con deficit pubblici "troppo elevati"[5].

Pertanto – cercando a ritroso le radici dell'U.E. – è possibile prendere in prestito le riflessioni di Giovanni Bognetti, relative ai sistemi economici nel mondo contemporaneo: «solo sistemi di grandi dimensioni sono capaci, oggi, di sfruttare al meglio le potenzialità di sviluppo proprie delle diverse società»; in queste parole è infatti rappresentata ciò che Bognetti definiva la "convenienza dell'Unione", ovverosia la ragione di fondo della genesi dell'U.E. e delle sue Istituzioni[6].

Peraltro, tale prospettiva sembra essere confermata dalla classica teorizzazione di Daniel J. Elazar sul "federalismo" e sul "processo di federalizzazione": in particolare Elazar – avendo individuato una cosiddetta "via economica" per realizzare l'"Unione" in Europa, in realtà avente natura "confederale" più che "federale" – ha osservato che nella U.E. ha avuto luogo la primissima trasfor-

[5] Cfr. ivi, le disposizioni finalizzate a migliorare il coordinamento delle politiche economiche nazionali: competenze, poteri e relative misure in materia (i.e. equilibrio di bilancio, spesa pubblica, finanziamento delle politiche pubbliche) tradizionalmente ed esclusivamente governate dalle istituzioni nazionali – secondo il principio della rappresentanza democratica – che il Trattato ha pesantemente tradotto, invece, in una dimensione politica parzialmente sottratta al "circuito elettorale".

[6] Cfr. G. Bognetti. *Federalismo*, Torino, 2005, 69-71.

mazione della nozione di "sovranità nazionale", arrendendosi definitivamente all'«interdipendenza internazionale» e all'«universalità delle comunità politiche multietniche» e conducendo ad un'Unione connotata da accordi unici su materie specifiche e relative funzioni[7].

Con il passare del tempo, la nascita di istituti più complessi e generali sarebbe stata determinata dalla crescita delle suddette funzioni: politiche, amministrative e giurisdizionali, distribuite tra Parlamento, Consigli, Commissione e Corte di giustizia; pertanto, l'attuale struttura dell'U.E. le Istituzioni, le loro funzioni e responsabilità, si basano su alcuni originali "accordi funzionali" – soprattutto di natura economica – firmati dai Paesi fondatori negli anni '50.

Se non vi sono dubbi, quindi, sul carattere realmente democratico dei processi politici che hanno portato all'approvazione dei Trattati basati su tali "accordi", alcune considerazioni possono essere svolte sugli effetti che essi hanno prodotto, invece, sui circuiti democratico-rappresentativi sia nazionali sia europeo.

4. *Più economia e meno sovranità? Il ruolo delle Istituzioni politiche euro-unitarie*

Muovendo dalla citazione di Einaudi, per cui l'unità europea era una tappa cruciale nel cammino verso "l'unità del mondo", è possibile soffermarsi brevemente sul ruolo delle istituzioni politiche euro-unitarie, soprattutto per quanto concerne le loro funzioni economiche: sembra, infatti, che lo specchio più fedele di un contesto realmente "globale" sia un mercato "aperto" e "libero", dove non ci sono confini ed i principi condivisi sono applicati in modo univoco, proprio come un "κοινη economico".

Il mercato comune europeo era funzionalmente inteso, quindi, come una sorta di "ago della bilancia" tra Est e Ovest; e ciò ha portato ad un ordinamento giuridico tecnocratico, caratterizzato da Istituzioni dotate di compiti finanziari sempre crescenti e da disposizioni progressivamente sempre più ampie in materia di contabilità pubblica e di bilancio[8].

Questo è il motivo per cui – già negli anni '90 – Giuseppe Guarino poteva affermare che «l'Unione Europea ha la peculiarità specifica di sottrarre normativamente alla politica un'area, ampia e tra le più rilevanti della vita comunitaria, che abbraccia la maggior parte dei rapporti economici» e che, ormai, «i

[7] D. J. Elazar, *Idee e forme del federalismo*, Milano, 1998, 42-45.

[8] Si pensi al potere di revisione e di approvazione del bilancio, conferito al Parlamento europeo; o all'efficacia del c.d. "Patto di Stabilità e Crescita", firmato nel 1997; o – ancora – al potere di determinare sia il tasso di interesse interno sia il tasso di cambio, ceduto dagli Stati alla Banca Centrale europea.

doveri dello Stato si erano quasi dimezzati»; così come ha potuto osservare che – dopo la firma del "Trattato di Lisbona" – le competenze dell'U.E. «coprono quasi interamente l'area della vita della comunità nazionale»[9].

Le predette osservazioni inducono ad un'ulteriore considerazione: dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, il "potere generale" degli Stati non poteva essere esercitato turbando, in alcun modo, il libero mercato; e così, alle Istituzioni euro-unitarie – e, in particolare, alla Commissione – è stata attribuita la funzione esplicita di garantire che le leggi degli Stati non violino tale principio.

Si può quindi dedurre che, nell'ordinamento giuridico euro-unitario, il "ruolo politico" dei Consigli, del Parlamento e della Commissione è proprio di garantire il perseguimento del regolare funzionamento sia del mercato che della concorrenza – sì come definito nei Trattati – prevedendo il ravvicinamento delle legislazioni nazionali, al fine di migliorare l'economia di mercato.

Del resto, questo assunto sembra calzare con l'affermazione di Guarino, e cioè che «gli apparati comunitari fin dalle origini, la C.E.C.A., l'Euratom, la C.E.E. [e] anche in grande misura l'Unione Europea, si sono proposte come istituzioni di risultato»[10]; tale "risultato" sarebbe proprio la fondazione e il consolidamento del mercato comune europeo, nonché delle sue regole economiche e giuridiche, a scapito della sovranità statale.

5. *Meno sovranità ma più diritti? Il ruolo della giurisprudenza e della Corte di giustizia*

Per quanto paradossale possa sembrare – soprattutto in un contesto culturale derivante da una tradizione socialdemocratica – la progressiva riduzione della sovranità statale, soprattutto in materia economica, non ha intaccato la garanzia dei diritti fondamentali all'interno degli Stati membri dell'Unione: se infatti è vero che l'U.E. è nata e si è sviluppata soprattutto per ragioni di convenienza economica, non sembra potersi negare che – almeno negli ultimi trent'anni – sia cresciuta, parallelamente, l'attenzione alla garanzia di tali diritti e che siano state previste alcune istituzioni e procedure per attuarle; sicché si può affermare che una "anima sociale" dell'U.E. si è recentemente affiancata a quella (originaria) "economica".

In particolare, se le radici economiche dell'U.E. erano sicuramente compatibili con l'attuazione di quei diritti originariamente derivanti dalle libertà mercantili e concorrenziali, tipiche del XIX secolo (i.e. proprietà, diritto

[9] Cfr. rispettivamente G. Guarino, *Verso l'Europa, ovvero la fine della politica*, Milano, 1997, 3 e 99; Id., *Ratificare Lisbona?*, Firenze, 2008, 21.

[10] Cfr. rispettivamente G. Guarino, *Ratificare Lisbona?*, cit., 85.

d'autore e brevetti, diritto di marchio e commerciale in genere), lo sviluppo dell'ordinamento giuridico euro-unitario – connotato dalla moltiplicazione e diversificazione delle competenze e degli obiettivi, come fissati dai Trattati successivi – ha determinato l'ulteriore ampliamento del quadro istituzionale relativo alla progressiva garanzia dei diritti "sociali" emersi nel XX secolo, nel contesto della nuovo "Stato sociale", con particolare riguardo all'intervento dello Stato per la regolamentazione di quei servizi di interesse pubblico che devono essere ugualmente assicurati a tutti i cittadini (i.e. sanità, istruzione, assistenza e previdenza sociale, tutela del lavoro).

Come afferma Guarino: «leggendo l'elenco degli obiettivi fissati dall'Unione, possiamo dedurre che essi non sono in contrapposizione con l'idea di Stato "sociale" o "assistenziale" e con i suoi elementi costitutivi, ma tendono a rafforzarli»; infatti «salute, istruzione, servizi sociali, ambiente sono obiettivi primari» e – del resto – il Trattato istitutivo dell'"Unione" (firmato a Maastricht, 1992) «aggiunge un nuovo concetto, cioè la coesione» puntando così alla dimensione sociale e omogeneizzazione economica delle regioni europee[11].

Anche se lo "spazio europeo" non ha mai perso il suo originale *imprinting* economico – principalmente, quello di uno spazio di mercato libero e aperto derivante dai trattati originari degli anni '50 e dai loro "accordi funzionali", che inizialmente connotavano l'Unione come confederazione basata sulla convenienza economica – quello stesso "spazio" si è poi progressivamente sviluppato in un ambiente sociale e politico più complesso. E se l'influenza pervasiva delle Istituzioni europee è stata determinata, in primo luogo, dall'esigenza di assicurare il corretto funzionamento dei suddetti "accordi funzionali" – incentrati principalmente sulle competenze in materia di politiche economiche e finanziarie – la stessa, ampia, gamma di competenze ha portato le stesse Istituzioni a prendersi cura anche di quei diritti, direttamente o indirettamente, interessati da tali politiche: da quelli legati alla tradizione liberale (classica), a quelli legati al (moderno*) Welfare State*; cioè dai diritti riguardanti soltanto "l'anima economica" dell'U.E. a quelle riguardanti anche la sua "anima sociale".

Si può quindi dedurre che la progressiva riduzione della sovranità statale sia stata controbilanciata dalla crescita direttamente proporzionale dei diritti garantiti dalle Istituzioni europee, sia nell'elaborazione delle politiche pubbliche sia nell'esercizio della giurisdizione. E tale, ipotizzata, corrispondenza sembra essere vieppiù confermata da Andrea Manzella, allorquando afferma che mentre «la Comunità, alle sue origini, non poteva garantire che quei diritti strettamente connessi al progressivo instauramento del mercato comune [cioè] le quattro libertà di circolazione: di persone, di capitali, di beni, di servizi», la-

[11] G. Guarino, *Verso l'Europa*, cit., 67.

sciando la tutela dei diritti fondamentali alla giurisdizione esclusiva degli Stati membri, i diritti sarebbero stati invece considerati quale «patrimonio comune dei cittadini europei, indipendentemente dalla loro natura mercantile, [quando] l'Europa politica cominciò a crescere con istituzioni non solo economiche», erodendo così agli Stati alcuni margini di attività politica[12].

L'idea è che con l'entrata in vigore della *Convention sur les droits fondamentaux de l'Union européenne* (firmata a Nizza, 2000; di seguito "la Carta") «i diritti fondamentali non sono più qualcosa che "sta al di fuori" dell'ordinamento giuridico dell'Unione, e che deve essere solo rispettato» ma – secondo l'articolo 6 della Carta – sono qualcosa di «stante all'interno» di quello stesso ordinamento, che l'Unione deve poi garantire come suo «dovere» nonché «presupposto imprescindibile della sua legittimità»[13].

Ma se il presupposto formale di tale garanzia esisteva già sia nella *Convention européenne des droits de l'Homme* (firmata a Roma, nel 1950) sarebbe poi stata la giurisprudenza ad assicurare l'effettivo esercizio dei diritti fondamentali: in particolare, «la moltiplicazione sia degli uffici decisionali che degli uffici giurisdizionali è avvenuta parallelamente ma senza essere prevista né altrimenti coordinata»; ed è questa la ragione per cui la tutela dei relativi diritti multilivello è stata definita un «judge made system», come risultato dell'interazione tra le Corti europee, le Corti costituzionali, le Corti europee ed i giudici degli Stati membri[14].

Naturalmente, la tutela garantita dalla Corte di giustizia non può essere isolata dal contesto in cui essa opera: infatti, dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, «era inevitabile che i rapporti tra le Corti si rafforzassero» e «diventava urgente […] l'elaborazione "senza esitazione" di un sistema giudiziario europeo più coordinato e razionale», che può essere considerato uno degli

[12] Cfr. A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti, S. Rodotà, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, 29.

[13] Ivi, 33.

[14] Cfr. C. Pinelli, *Tutela dei diritti e dislocazione dei livelli di governo in Europa*, in S. Pensabene Lionti (a cura di), *Tutela dei diritti e policentrismo giuridico tra rivendicazioni regionalistiche e dinamiche della integrazione comunitaria*, Torino, 2008, 223. In argomento, Lara Trucco ha opportunamente sostenuto che – avendo acquisito la Carta «lo stesso valore giuridico – [cioè] vincolante – dei trattati», ovverosia in ragione della sua collocazione «tra le norme primarie dell'Unione» – si è determinata la necessità di richiamare la Carta stessa come «parametro di validità» degli atti giuridici dell'Unione nonché come «argine» nei confronti del legislatore; e che, inoltre, da tale processo sia altresì derivato un «rafforzamento […] del ruolo non solo di giudice dei diritti ma, più ampiamente, della funzione di "conformazione" normativa dei diritti fondamentali "europei", a favore della Corte del Lussemburgo» (cfr. L. Trucco, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, Torino, 2013).

obiettivi di una piena integrazione europea[15]; ed è per questo che l'artificio delle "tradizioni costituzionali comuni" (o "radici") è stato – ed è tuttora – uno strumento formidabile, di matrice giurisprudenziale, sia per focalizzare che per tutelare i diritti fondamentali.

È stata dunque l'elaborazione della Carta ad aver «esaltato il ruolo dei giudici lussemburghesi nella garanzia dei diritti» e ad aver stimolato – allo stesso tempo – «il processo di "europeizzazione dei diritti fondamentali"»? Citando ancora Lara Trucco, «alla Corte di giustizia non mancano gli strumenti per agire come "giudice dei diritti"» ma è necessario «razionalizzare l'esistente, con-solidando le linee essenziali dell'identità europea»; e a questo proposito «il legislatore europeo deve assumere il ruolo di "legislatore dei diritti" affinché, nelle materie di sua competenza, l'Unione possa […] assumersi la responsabilità di portare avanti una "politica costituzionale di diritti" […] compresa una politica di "esecuzione" della Carta»[16].

Sembra essere questo, dunque, il nesso tra i suddetti "ruoli" politici e giudiziari.

6. *Conclusioni: l'equilibrio tra diritti fondamentali e libertà economiche*

Dalle ultime considerazioni è possibile tratteggiare alcune, brevi, conclusioni.

È stato scritto: «in Europa, prima, c'era il mercato; poi sono arrivati i diritti»; e si tratta – anzitutto – dei «diritti di libertà e di uguaglianza», ma anche di quelli «risultanti dalle comuni tradizioni costituzionali degli Stati membri, quali principi generali dell'Unione europea»[17].

Ecco perché è stata proposta, qui, la formula del "trade-off" (i.e. baratto) tra sovranità e garanzia dei diritti fondamentali: come se le origini mercantiliste dell'U.E. avessero portato *naturalmente* ad un progressivo svuotamento delle competenze degli Stati in materia economica bilanciato, in qualche modo, da un'altrettanta crescente tutela dei diritti fondamentali, individuali e sociali, operata dalle stesse Istituzioni e – soprattutto – dalla Corte di giustizia.

A questo proposito si può dire che la "stagione europea" dei diritti fondamentali è iniziata con la nascita e la crescita del tessuto sociale e politico dell'U.E. ma che, in tale crescita, stia anche la progressiva riduzione della sovranità degli Stati membri, non pienamente compensata dal rafforzamento direttamente proporzionale della natura democratica delle Istituzioni euro-unitarie. Ed infatti, come affermato da Hobsbawm, «non esistono le basi per

[15] L. Trucco, *Carta dei diritti fondamentali*, cit., 121.

[16] Ivi, 169-170.

[17] Cfr. A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti, S. Rodotà, *Riscrivere i diritti*, cit., 29 e 34.

un'effettiva integrazione politica dell'Europa, molte sono le difformità» poiché «nessuno degli Stati membri dell'Unione è pronto a dotare l'Unione stessa di un governo democratico responsabile verso i cittadini europei, cioè eletti, e dotati di poteri sempre maggiori»; può quindi brevemente affermarsi che «l'U.E. non è stata fondata come organizzazione democratica»[18].

Tuttavia, il nesso tra democrazia e garanzia dei diritti fondamentali emerge già dal preambolo della risoluzione del Parlamento europeo del 12 dicembre 1977, in cui – in vista delle elezioni a suffragio universale e diretto del 1978 – era sottolineata «l'importanza politica che ha per lo sviluppo della Comunità europea […] la valorizzazione dei rapporti di solidarietà tra i cittadini, l'estensione di alcuni diritti specifici compresi nelle categorie di quelli civili e politici».

È in tale (apparente) paradosso che sembrano risiedere – allora – le ragioni dell'originaria mancanza di un catalogo dei diritti della Comunità europea: in primo luogo, «l'obiettivo limitato dei Trattati, originariamente concentrato sulla realizzazione di un integrazione esclusivamente economica», per la quale la garanzia dei diritti fondamentali era considerata non necessaria; in secondo luogo, la disponibilità dei fondatori a lasciare agli Stati membri – e, soprattutto, ai loro apparati giudiziari e alle Costituzioni – la suddetta garanzia, anche nei confronti delle Istituzioni europee; in terzo luogo, le notevoli differenze tra gli ordinamenti degli Stati riguardo al livello di tutela dei suddetti diritti e, appunto, di quelli socio-economici «che non potevano essere esclusi da un'ipotetica Carta dei diritti comunitaria»[19].

Questo paradosso – cioè la divergenza tra principio democratico e garanzia dei diritti fondamentali – può quindi essere ben compreso e spiegato, semplicemente ricordando il "modo economico di costruire l'U.E". Infatti «tra il *Welfare* State, risultante dai modelli applicati dagli Stati membri, e la sua concezione quale adottata nei [Trattati] esiste una differenza cruciale»: mentre «negli Stati membri il *Welfare* è stato perseguito come obiettivo primario […] senza alcun limite o condizione ma indicando, invece, dei livelli minimi [di garanzia]» i Trattati – al contrario – hanno introdotto una severa e limite sostanziale, ossia «gli obiettivi [del *Welfare*] possono essere perseguiti solo nel rispetto di una crescita sostenibile e non inflazionistica, nelle condizioni e nei ritmi fissati dai [Trattati stessi]»[20]; citazioni che trovano conferma nella costante giurisprudenza europea sull'art. 51 della Carta – soprattutto, nel suo ultimo

[18] Cfr. A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti, S. Rodotà, *Riscrivere i diritti*, cit., 101-102.

[19] Cfr. M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali in nell'Unione Europea*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, 15-17.

[20] G. Guarino, *Verso l'Europa*, cit., 68.

paragrafo – per il quale «richiamando l'U.E. diritti fondamentali è possibile solo di fronte a casi ai quali si applica la normativa U.E. diritto»[21].

Semmai, l'efficacia della Carta ha incentivato l'utilizzo di tecniche di "bilanciamento" – tipiche della giurisdizione costituzionale – che hanno progressivamente portato ad un «allentamento dello schema ragionativo originario […] per cui, nel bilanciare i valori in campo, si era da preferire la tutela delle libertà mercantili previste dai trattati, in favore dell'obiettivo della massima espansione dei diritti e della dignità umana» ma, ancora, solo «nei rispettivi ambiti di applicazione» e «quali riconosciuti […] dal diritto dell'Unione e dal diritto internazionale e dagli accordi internazionali di cui sono parti l'Unione o tutti gli Stati membri»[22].

Tale orientamento ermeneutico sembra coerente – del resto – con la "specializzazione" della Corte di Lussemburgo, «che opera all'interno di un ambito materiale limitato» direttamente derivato dall'«obiettivo fondamentale e "storico" dell'integrazione europea», cioè «costruire un mercato competitivo»; e – al riguardo – «la straripante giurisprudenza della Corte di giustizia e la sua caratterizzazione in palese vantaggio del mercato è semplicemente la conseguenza della mancanza di un indirizzo politico segnato dalle Istituzioni politiche dell'Unione»[23].

Anche nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali, poi, tale mancanza di politica «lascia l'ordine delle priorità al mercato», così che la Corte – «identificando il diritto europeo con gli interessi del mercato e della concorrenza»[24] – ha ampliato progressivamente l'ordinamento giuridico, di cui essa stessa è l'unica interprete; e se, normalmente, è il diverso "peso" di ciascun diritto a giustificare le diverse opzioni di bilanciamento – portando così a modelli variabili di tutela – nell'ordinamento giuridico euro-unitario tale operazione sembra essere a priori vincolata, però, dal peso incomparabile della "libertà economica".

Si possono pertanto mutuare, infine, alcune considerazioni caustiche di una dottrina molto tagliente: «nel Paese delle Meraviglie europeo dei diritti ci

[21] L. Trucco, *Carta dei diritti fondamentali*, cit., 159. La suddetta norma è «strategica», in ragione sia della sua funzione di «incardinare l'intero sistema di competenze dei diversi livelli di tutela dei diritti fondamentali previsti dall'ordinamento nazionale o dalla CEDU», sia delle sue conseguenze «per quanto riguarda la sovrapposizione tra i livelli di tutela in virtù dei diversi ordinamenti (diritto comunitario, diritto costituzionale e CEDU) e il livello di tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dall'Unione europea.»; appare quindi chiara la preoccupazione di fondo della giurisprudenza evocata, ossia che «le competenze dell'Unione e delle sue Istituzioni non sconfinano in quelle degli Stati membri né in quelle della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di tutela zione dei diritti fondamentali» (*ibidem*).

[22] Cfr. sempre ivi, 128-129.

[23] Cfr. R. Bin, *Giurisdizione e ruolo delle Corti costituzionali*, cit., 906 e 916.

[24] Ivi, 916.

si può illudere che le dichiarazioni dei diritti si sostengano, si completino e si migliorino a vicenda, garantendo così una "protezione più intensa" dei nostri diritti, disegnata in una carta o nell'altra. [Ma] come nel mondo di Alice, anche nell'"Europa dei diritti" accadono paradossi e sciocchezze: i diritti perdono peso e non sono più equilibrati, ma si espandono sfruttando le correnti ascensionali delle singole Carte verso l'alto [apparentemente] ai massimi livelli»; tuttavia, leggendo la giurisprudenza della Corte di giustizia, «ci si rende conto che non è affatto così. Anche lì i diritti devono essere bilanciati, salendo di livello. E sull'altro piatto ci sono altri diritti che però hanno un peso straordinariamente alto e, quindi, prevarrebbero quasi sempre: [appunto] le "libertà economiche" nel contesto dell'U.E.»[25].

L'ipotizzato "trade off" tra sovranità dello Stato e garanzia dei diritti fondamentali si esprime, dunque, in un paradosso: il trasferimento di tale sovranità – nonché dei corrispondenti limiti all'azione dell'U.E. – hanno generato un ordinamento privo del crisma "democratico", in cui la tutela dei diritti è istituzionalmente correlata alla salvaguardia delle suddette libertà economiche, quale esplicito ed originario – se non unico – fine "politico" dell'Unione stessa. Un paradosso che può essere sintetizzato manipolando un noto brocardo: "cujus oeconomia, ejus regio"[26].

Se tale paradosso possa essere superato e se tale compromesso sia realmente proficuo sono domande a cui è molto difficile rispondere: poiché il "metodo galileiano" non può essere applicato alle leggi internazionali, europee e costituzionali, infatti, sarebbe impossibile ricavare un controtest; è possibile solo analizzare e commentare un processo che è – anzi – in continua evoluzione ed *in fieri*.

[25] R. Bin, *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa. Relazione finale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, 8-9.

[26] In argomento si rinvia a S. Prisco, *La solidarietà come valore comune delle tradizioni costituzionali europee. Brevi note comparate con particolare riguardo all'esperienza tedesca*, in M. Scudiero (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli, 2001; nonché a S. Prisco, M. Tuozzo, *Dalle crisi nuove opportunità per l'Unione europea. Programmazione economica, solidarietà sociale, coesione territoriale*, in *Italian Papers On Federalism*, n. 2/2022.

Filippo Donati[*]

CERTEZZA DEL DIRITTO E CRISI ENERGETICA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il contributo straordinario sugli extra profitti. – 3. Il Contributo bollette. – 4. La questione di costituzionalità del Contributo bollette. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

La recente fase di turbolenza dei mercati energetici ha avuto inizio alla fine del 2021, per l'improvviso aumento della domanda di energia dopo l'avvio del superamento della crisi pandemica. L'offensiva militare scagliata dall'esercito della Federazione russa il 24 febbraio 2022 contro l'Ucraina ha poi fatto scattare una crisi senza precedenti, perché i fortissimi e repentini aumenti delle quotazioni del gas naturale hanno comportato uno straordinario aumento del costo dell'energia, con forte impatto economico e sociale.

Le misure adottate dall'Unione europea per garantire una risposta coordinata alla crisi energetica e assicurare il funzionamento del mercato interno muovono sostanzialmente su due assi. Il primo è quello che ruota attorno alla sicurezza e alla sufficienza delle forniture energetiche, con interventi volti principalmente a favorire lo stoccaggio del gas naturale e la promozione delle fonti rinnovabili. Il secondo ruota invece sugli interventi di aiuto finanziario alle imprese e alle famiglie colpite dal caro bollette, attraverso il contenimento dei prezzi agli utenti finali, l'imposizione di un tetto ai prezzi all'ingrosso applicati dagli operatori inframarginali e una tassazione di scopo degli extra profitti realizzati dalle imprese energetiche per effetto dell'aumento improvviso dei prezzi.

Anche gli Stati membri hanno adottato, spesso in maniera non coordinata, interventi emergenziali per sostenere i comparti economici colpiti dalla crisi e tutelare le famiglie contro l'impennata dei prezzi delle bollette. In Italia, l'art. 3 del d.lgs. n. 115/2022 ha introdotto un tetto ai prezzi al dettaglio; l'art. 15-bis del d.lgs. n. 4/2022 (cd «decreto sostegni-ter») ha previsto un tetto ai prezzi all'ingrosso applicati dai produttori di energia elettrica da fonti rinnovabili; l'articolo 37 del d.l. n. 21/2022, infine, ha introdotto un contributo temporaneo straordinario di solidarietà volto a colpire gli extraprofitti conseguiti dal-

[*] Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università di Firenze.

le imprese energetiche per effetto delle fluttuazioni dei prezzi dell'energia (il Contributo bollette)[1].

Partirò dall'esame di alcuni profili problematici derivanti dal Contributo bollette, per svolgere alcune considerazioni critiche sulle misure emergenziali adottate dal legislatore italiano per supportare imprese e famiglie contro l'impennata dei prezzi dell'energia.

2. *Il contributo straordinario sugli extra profitti*

Nel piano REPowerEU[2], pubblicato l'8 marzo 2022, la Commissione Europea ha delineato la strategia per fronteggiare le difficoltà e le perturbazioni del mercato energetico mondiale causate dall'invasione russa dell'Ucraina.

Per realizzare l'obiettivo di rafforzare l'indipendenza energetica dell'Europa attraverso la riduzione dell'importazione di combustibili fossili russi, la Commissione ha ritenuto necessario promuovere gli investimenti nelle energie rinnovabili, la diversificazione dell'approvvigionamento e il risparmio energetico.

La Commissione ha inoltre proposto iniziative per fronteggiare le conseguenze economiche e sociali derivanti dall'aumento dei prezzi dell'energia. L'articolo 5 della direttiva sull'energia elettrica[3] consente agli Stati membri, in circostanze eccezionali, di fissare prezzi al dettaglio per le famiglie e le microimprese. L'allegato 1 del piano REPowerEU fornisce orientamenti agli Stati membri per l'elaborazione di meccanismi temporanei di regolamentazione dei prezzi. L'allegato 2 detta invece indicazioni sui criteri cui dovrebbero uniformarsi interventi fiscali volti a colpire gli extraprofitti derivanti dall'aumento dei prezzi del gas. Eventuali contributi straordinari sugli utili delle imprese energetiche, ha sottolineato la Commissione, devono basarsi su criteri oggettivi e verificabili, non possono avere effetti retroattivi, non possono pregiudicare il buon funzionamento del mercato interno e debbono essere finalizzati all'obiettivo di compensare l'aumento della bolletta energetica.

Il regolamento (UE) 2022/1854[4] ha poi previsto una serie di misure volte a fronteggiare la crisi energetica. L'art. 14 del regolamento, in particolare, ha isti-

[1] La legge n. 197/ 2022, ha poi previsto per l'anno 2023 un analogo contributo di solidarietà temporaneo al fine di contenere gli effetti dell'aumento dei prezzi e delle tariffe del settore energetico per le imprese e i consumatori.

[2] European Commission, Communication "REPowerEU: Joint European Action for more affordable, secure, and sustainable energy", Strasbourg, 8.3.2022 COM(2022) 108 final.

[3] Direttiva (UE) 2019/944 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE.

[4] Regolamento (EU) 2022/1854 del 6 ottobre 2022 relativo a un intervento di emergenza per far fronte ai prezzi elevati dell'energia.

tuito un contributo straordinario di solidarietà natura temporanea sugli extra profitti conseguiti dalle imprese e delle stabili organizzazioni dell'Unione che svolgono attività nei settori del petrolio greggio, del gas naturale, del carbone e della raffinazione (il Contributo di solidarietà). Gli Stati membri sono obbligati ad introdurre il Contributo di solidarietà, a meno che non abbiano adottato misure nazionali equivalenti.

Il Contributo di solidarietà deve essere pari ad almeno il 33% degli utili imponibili (determinati in base alla normativa fiscale nazionale, nell'esercizio fiscale 2022 e/o nell'esercizio fiscale 2023 e per tutta la rispettiva durata) che eccedono un aumento del 20 % degli utili imponibili medi, determinati secondo la normativa tributaria nazionale, nei quattro esercizi fiscali che iniziano il 1° gennaio 2018 o successivamente[5]. I proventi del Contributo di solidarietà[6] devono essere utilizzati per fornire sostegno finanziario alle famiglie e alle imprese colpite dall'aumento dei prezzi dell'energia o per investimenti volti a promuovere la sostenibilità ambientale.

3. *Il Contributo bollette*

Pochi giorni dalla pubblicazione del REPowerEU, ma prima dell'entrata in vigore del regolamento (UE) 2022/1854, l'articolo 37 del d.l. n. 21/2022 ha introdotto, a carico delle imprese operanti nel settore energetico[7], il Contributo bollette. Si tratta di una imposta di natura straordinaria, pari al 25% della differenza tra il saldo tra le operazioni attive e le operazioni passive del periodo dal 1° ottobre 2021 al 30 aprile 2022 e il corrispondente saldo del periodo dal 1° ottobre 2020 al 30 aprile 2021[8]. Il Contributo bollette ha portata retroattiva, poiché si riferisce ai redditi prodotti prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 21/2022.

[5] Regolamento (EU) 2022/1854, art. 15, dove si precisa altresì che, se la media degli utili imponibili di tali quattro esercizi fiscali è negativa, il Contributo di solidarietà non è dovuto.

[6] Il Contributo di solidarietà, nella misura massima del 33% dell'incremento degli utili imponibili, si applica in aggiunta alle normali tasse e imposte applicabili secondo la legislazione nazionale: Regolamento (EU) 2022/1854, art. 17.

[7] Il Contributo bollette è dovuto dai produttori di energia elettrica, di gas metano o di gas naturale, dai rivenditori di energia elettrica, di gas metano e di gas naturale e dai soggetti che esercitano l'attività di produzione, distribuzione e commercio di prodotti petroliferi. Il contributo è dovuto, altresì, dai soggetti che, per la successiva rivendita, importano energia elettrica, gas naturale o gas metano, prodotti petroliferi o che introducono nel territorio dello Stato detti beni provenienti da altri Stati dell'Unione europea. Sono esentati i fornitori di piattaforme di scambio dell'energia elettrica, del gas, dei certificati ambientali e dei carburanti.

[8] L'art. 37 d.l. 21/2022 esclude l'applicazione del Contributo bollette laddove la differenza tra il saldo riferito ai due periodi sia pari o superiore al 10% o a 5 milioni di euro.

Il Regolamento (UE) 2022/1854 stabilisce che, in caso di misure nazionali equivalenti introdotte dagli Stati membri in alternativa al Contributo di solidarietà, le stesse devono condividere «obiettivi simili», essere «soggette a norme analoghe» e generare «proventi comparabili o superiori ai proventi stimati del Contributo di solidarietà»[9]. Il Contributo bollette presenta invece varie differenze rispetto al Contributo di solidarietà.

In primo luogo, il Regolamento (UE) 2022/1854 esclude i produttori di energia elettrica dal Contributo di solidarietà[10], prevedendo nei loro confronti un tetto ai ricavi di mercato[11], mentre la normativa interna assoggetta gli operatori elettrici a una doppia imposizione: il Contributo bollette e il tetto ai ricavi previsto dall'art. 15-bis del d.lgs. n. 4/2022.

In secondo luogo, mentre la base imponibile del Contributo di solidarietà è calcolata sugli utili imponibili, quella del Contributo bollette si applica sull'incremento del saldo tra operazioni attive e passive, non sugli utili. Il Contributo bollette, per come è strutturato, può inoltre colpire anche operazioni che niente hanno a che fare con gli extra profitti conseguiti per effetto dell'aumento improvviso dei prezzi, tra cui ad esempio proventi derivanti da attività estranee all'ambito energetico o da operazioni straordinarie quali cessioni beni o partecipazioni. Inoltre, il Contributo bollette, colpendo l'incremento del saldo tra operazioni attive e passive riferito al semestre che ha inizio il 1° ottobre 2021 rispetto al saldo dello stesso semestre dell'anno precedente, prende in considerazione un arco temporale troppo breve per essere significativo. Un arco temporale, per di più, che assume come dato di partenza un semestre nel quale massima è stata la rigidità del lock down imposto per arginare l'emergenza sanitaria e che è stato conseguentemente caratterizzato da un forte calo nella circolazione, nel commercio e nelle attività produttive, con conseguente diminuzione di consumo di energia. L'incremento del saldo tra operazioni attive e passive che si è verificato nel corrispondente semestre dell'anno successivo, pertanto, può essere dovuto, almeno in parte, all'aumento di vendite connesso alla ripresa della vita economica e sociale e non corrisponde quindi necessariamente ad extraprofitti realizzati grazie all'aumento del costo dell'energia.

Infine, mentre i proventi del Contributo bollette vengono incamerati nel bilancio dello Stato senza vincolo di destinazione, il regolamento (UE) 2022/1854 stabilisce che il Contributo di solidarietà può essere utilizzato esclusivamente per misure di sostegno finanziario ai clienti finali di energia, per misure di

[9] Regolamento (EU) 2022/1854, art. 14.
[10] Regolamento (EU) 2022/1854, art. 14.
[11] Cfr. l'art. 7 del Regolamento (UE) 2022/1854.

sostegno finanziario intese a ridurre il consumo di energia, per sostenere investimenti per il risparmio energetico e la promozione delle fonti rinnovabili o, comunque, per ridurre gli effetti dannosi della crisi energetica[12].

La disciplina del Contributo bollette, in sostanza, si differenzia sotto importanti profili da quella cui invece, secondo il Regolamento (UE) 2022/1854, dovrebbero conformarsi le misure nazionale equivalenti al Contributo di solidarietà.

Il legislatore, nel prevedere anche per l'anno 2023 un nuovo contributo di solidarietà temporaneo con gli stessi obiettivi del Contributo bollette[13], ha eliminato alcuni dei più evidenti profili di contrasto rispetto ai requisiti richiesti dal Regolamento (UE) 2022/1854. La base imponibile del nuovo contributo di solidarietà, infatti, è calcolata sull'incremento degli utili realizzato in un arco di tempo sufficientemente significativo, pur rimanendo il fatto che il contributo potrebbe colpire anche utili non derivanti dall'aumento del prezzo dell'energia, perché derivanti da attività estranee al campo energetico o da operazioni straordinarie[14].

4. *La questione di costituzionalità del Contributo bollette*

Le Sezioni Tributarie di Roma e Milano, chiamate a pronunciarsi sulla legittimità del Contributo bollette, avrebbero potuto chiedere alla Corte di giustizia, mediante rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, di chiarire se Regolamento (UE) 2022/1854 osti o meno ad una normativa nazionale come quella

[12] Regolamento (EU) 2022/1854, art. 17.

[13] Art. 1, commi da 115 a 119, l. n. 197/ 2022 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025): per «contenere gli effetti dell'aumento dei prezzi e delle tariffe del settore energetico per le imprese e i consumatori» ha «istituito per l'anno 2023 un contributo di solidarietà temporaneo […] a carico dei soggetti che esercitano nel territorio dello Stato, per la successiva vendita dei beni, l'attività di produzione di energia elettrica, dei soggetti che esercitano l'attività di produzione di gas metano o di estrazione di gas naturale, dei soggetti rivenditori di energia elettrica, di gas metano e di gas naturale e dei soggetti che esercitano l'attività di produzione, distribuzione e commercio di prodotti petroliferi».

[14] Ai sensi del successivo comma 116 «il contributo di solidarietà è determinato applicando un'aliquota pari al 50 per cento sull'ammontare della quota del reddito complessivo determinato ai fini dell'imposta sul reddito delle società relativo al periodo di imposta antecedente a quello in corso al 1° gennaio 2023, che eccede per almeno il 10 per cento la media dei redditi complessivi determinati ai sensi dell'imposta sul reddito delle società conseguiti nei quattro periodi di imposta antecedenti a quello in corso al 1° gennaio 2022; nel caso in cui la media dei redditi complessivi sia negativa si assume un valore pari a zero. L'ammontare del contributo straordinario, in ogni caso, non può essere superiore a una quota pari al 25 per cento del valore del patrimonio netto alla data di chiusura dell'esercizio antecedente a quello in corso al 1° gennaio 2022».

dettata dall'articolo 37 d.l. n. 21/ 2022 n. 21. Invece, hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale di tale normativa[15].

In effetti, il Contributo bollette presenta profili per certi aspetti simili a quelli che hanno condotto alla dichiarazione di illegittimità della cosiddetta Robin Hood Tax, un contributo straordinario istituito per colpire gli extra profitti generati dalle società energetiche per effetto degli improvvisi aumenti dei prezzi durante la crisi del 2008[16]. Si trattava di un aumento del 5,5% (poi elevato al 6,5%) dell'aliquota dell'imposta sul reddito delle società (IRES) applicata alle società attive nei settori del petrolio, del gas e dell'elettricità, con ricavi superiori a 25 milioni di euro[17]. La legge vietava di trasferire l'onere fiscale sui consumatori attraverso l'aumento dei prezzi.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 10/2015, ha dichiarato l'illegittimità della Robin Hood Tax, per violazione degli artt. 3 e 53 Cost. «sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità, per incongruità dei mezzi approntati dal legislatore rispetto allo scopo, in sé e per sé legittimo, perseguito»[18]. In effetti, la Robin Hood Tax era sostanzialmente una maggiorazione di aliquota applicabile all'intero reddito d'impresa, anziché ai soli extra profitti. Il legislatore, inoltre, non aveva delimitato l'ambito di applicazione temporale del contributo, né aveva né aveva introdotto meccanismi volti a verificare la perduranza della congiuntura economica che ne aveva giustificato l'applicazione, con la conseguenza che la Robin Hood Tax, che doveva essere un contributo straordinario, è stata trasformata in un'ulteriore tassazione a carattere permanente per le imprese operanti nel settore energetico. Infine, nonostante l'esplicito divieto di traslazione del contributo sui consumatori, il legislatore non aveva introdotto meccanismi idonei a garantire che gli oneri derivanti dall'incremento di imposta non si traducano in aumento dei prezzi al consumo.

[15] Corte di giustizia tributaria di Roma, Sez. 27, ordinanze 27 giugno 2023, n. 2437; Corte di giustizia tributaria di primo grado di Milano, sezione 12, ordinanze del 4 dicembre 2023. Con diverse ordinanze del 16 gennaio 2024, inoltre, il TAR del Lazio ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale delle previsioni della legge di bilancio per il 2023 (art. 1, commi 115-119, l. 197/2022) che istituiscono un contributo di solidarietà a carico dei soggetti che esercitano l'attività di produzione e rivendita di energia elettrica e gas, nonché dei soggetti che esercitano l'attività di produzione, distribuzione e commercio di prodotti petroliferi.

[16] Art. 81, commi 16, 17 e 18 d.l. 112/ 2008, n. 112, convertito dall'art. 1, comma 1, l. n. 133/2008.

[17] Con interventi successivi, è stata ampliata la platea dei soggetti rientranti nel campo di applicazione dell'imposta. Il legislatore, in particolare, ha diminuito il volume minimo di ricavi oltre il quale le società operanti nel settore rientrano fra i soggetti passivi, portandolo dagli originari 25 milioni a 10 milioni e poi a 3 milioni di euro: l. n. 99/2009, d.l. n. 138/2011, d.l. n. 69/2013, d.l. n. 101/ 2013, n. 101.

[18] Sent. n. 10/2015, n. 6 del considerato in diritto.

Anche Contributo bollette, pur essendo istituito per colpire gli extra profitti realizzati grazie all'aumento improvviso dei prezzi dell'energia, colpisce l'incremento del saldo tra operazioni attive e passive, e quindi l'intero reddito d'impresa, non invece i soli proventi straordinari conseguiti grazie all'improvviso aumento del prezzo dell'energia. Anche il Contributo bollette, inoltre, finisce per assoggettare irragionevolmente le aziende energetiche ad una tassazione ulteriore rispetto a quella applicata alle altre aziende, incluse quelle che, per le più disparate ragioni, grazie al periodo di crisi hanno realizzato profitti straordinari.

Il precedente offerto dalla sentenza n. 10/2015, che ha dichiarato l'illegittimità della Rob in Hood Tax (ovvero l'addizionale dell'aliquota IRES nei confronti delle società che operano nel settore petrolifero, nel settore dell'energia elettrica e nel trasporto e distribuzione di gas naturale introdotta dall'art. 81, commi 16-18, d.l. n. 112/2008), lasciava immaginare che anche la questione incidentale sollevata dalla Sezione Tributaria di Roma potesse essere accolta dalla Corte costituzionale. In quel caso, infatti, la Corte ha ritenuto che il tributo ledesse in maniera irragionevole e non proporzionata gli artt. 3 e 53 Cost. in quanto, tra l'altro era applicabile sull'intero reddito d'impresa e non sugli extra profitti e non prevedeva meccanismi idonei a garantire che gli oneri derivanti dall'incremento di imposta non si traducessero in aumenti dei prezzi al consumo.

Nonostante le sentenze di incostituzionalità abbiano normalmente effetti retroattivi, tuttavia, in quel caso la Corte costituzionale ha limitato soltanto *pro futuro* gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità della Robin Hood Tax. L'irretroattività della decisione, secondo il Giudice delle leggi, era giustificata dalla necessità di tutelare l'equilibro di bilancio garantito dall'art. 81 Cost. e di contemperare i principi costituzionali in gioco.

La Robin Hood Tax ha infatti garantito entrare straordinarie di estrema consistenza per il bilancio statale[19]. L'impatto macroeconomico derivante dalla restituzione di tali entrate, ha osservato la Corte, determinerebbe «uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva». La limitazione degli effetti temporali della decisione, ha poi aggiunto, è necessaria ad impedire «una irragionevole redistribuzione della ricchezza a vantaggio di quegli operatori economici che possono avere invece beneficiato di una congiuntura favorevole» e a garantire il rispetto dei principi di eguaglianza e di solidarietà che, per il loro carattere

[19] Secondo quanto riportato nella relazione dell'AEEG al Parlamento n. 18/2013 I/Rht del 24.1.2013, il prelievo ha prodotto un gettito, dal 2008 al 2011, di complessivi 3,424 miliardi di euro, provenienti per oltre i 3/4 dal settore energia elettrica e gas.

fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali.

La Corte ha dunque dichiarato che gli effetti della pronuncia di incostituzionalità della Robin Hood Tax si applicano non dalla data della sua entrata in vigore (*ex nunc*), ma dal giorno della pubblicazione della sentenza in gazzetta ufficiale. Conseguentemente, la Robin Hood Tax è stata cancellata a partire dal 12 febbraio 2015, senza però consentire agli operatori di recuperare quanto corrisposto o ancora dovuto fino a tale data per effetto della tassa dichiarata illegittima.

Anche il Contributo bollette ha generato entrate significative per il bilancio dello Stato[20]. La scelta della Corte costituzionale di circoscrivere solo *pro-futuro* gli effetti della decisione n. 10/2015 è stata oggetto di numerose critiche in dottrina[21]. La Corte ha quindi evitato di adottare sentenza di accoglimento con effetti *ex nunc*, che avrebbe impedito alle imprese energetiche il recupero del contributo illegittimo nel frattempo versato. Con la sentenza n. 114 del 2024, invece, ha dichiarato il Contributo Bollette parzialmente illegittimo, esclusivamente nella parte in cui include le accise nella base im-

[20] La sottosegretaria per i rapporti con il Parlamento, in una risposta a un'interrogazione parlamentare il 12 gennaio 2024, ha stimato in circa 3 mld € l'incasso introitato dall'Erario per effetto del Contributo bollette.

[21] Cfr. per tutti R. Romboli, *L'«obbligo» per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015; A. Morrone, *Le conseguenze finanziarie della giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2015. Sulla pronuncia altresì, cfr. fra gli altri, A. Anzon Demming, *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio di equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario*, in *www.osservatorioaic.it*, 2015; L. Antonini, *Forzatura dei principi versus modulazione temporale degli effetti della sentenza*, in *Quad. cost*., n. 3/2015, 718 ss.; A. Barbera, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2/2015, 1 ss.; R. Bin, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015; P. Carnevale, *La declaratoria di illegittimità costituzionale "differita" fra l'esigenza di salvaguardia del modello incidentale e il problema dell'auto-attribuzione di potere da parte del giudice delle leggi*, in *Dir. Pubbl.*, 2015; M. D'Amico, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in *Quad. cost.*, 2015; A. Lanzafame, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte costituzionale n. 10/2015*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2/2015, 1 ss.; R. Pinardi, *La Corte e la crisi tra bilanciamenti di interessi ed «impatto macroeconomico» delle pronunce d'incostituzionalità*, in *Quad. cost., 2015*; M. Polese, *L'equilibrio di bilancio come limite alla retroattività della sentenza di accoglimento*, in *www.osservatorioaic.it*, n. 4/2015; M. Troisi, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie e modulazione degli effetti temporali delle decisioni*, in *La Corte costituzionale e i fatti: Istruttoria ed effetti delle decisioni*, a cura di G. D'Amico, F. Biondi, Napoli, 2018, 315 ss.; S. Catalano, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo*, in *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 359 ss.

ponibile rilevante per la determinazione del contributo, ritenendo tale criterio non conforme al principio di capacità contributiva (artt. 3 e 53 Cost.). Le altre censure sollevate dai giudici remittenti sono state invece respinte, confermando in tal modo la legittimità (parziale) del prelievo. La Corte, pur ammettendo che sarebbe stato certamente fisiologico applicare il Contributo Bollette ai dati dichiarati ai fini dell'imposta sui redditi delle società (IRES), dal momento che un'imposta indiretta come l'IVA non garantisce il risultato di intercettare la maggiore ricchezza, ha osservato che, nel caso di specie, la scelta del legislatore trova una giustificazione nell'esistenza di due circostanze straordinarie: la crisi energetica che, se non fosse stata «affrontata rapidamente», avrebbe potuto «avere gravi effetti negativi sull'inflazione, sulla liquidità degli operatori di mercato e sull'economia nel suo complesso», e la circostanza che, in quel particolare contesto, erano disponibili soltanto i dati desumibili dai saldi IVA, non invece quelli rilevanti ai fini dell'IRES. La Corte, pertanto, ha considerato eccezionalmente non irragionevole lo strumento utilizzato dal legislatore, alla luce della particolarità del contesto in cui si colloca il Contributo Bollette.

È opportuno segnalare che, a fronte della decisione della Corte costituzionale, rimane ancora aperta la possibilità per i giudici, laddove ne ravvisino i presupposti, di disapplicare l'art. 37d.l. n. 21/2022 ovvero di sollevare una questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE dinanzi alla Corte di Giustizia, circa la conformità del Contributo Bollette ai requisiti previsti dal regolamento (UE) 2022/1854.

5. *Considerazioni conclusive*

La crisi dovuta all'aumento improvviso del prezzo dell'energia per effetto della guerra in Ucraina richiedeva l'adozione di misure straordinarie e urgenti a sostegno delle imprese e delle famiglie. Il legislatore ha quindi giustamente adottato misure straordinarie volte ad incidere non soltanto sugli extra profitti delle imprese energetiche, ma anche sui prezzi al dettaglio e sui prezzi all'ingrosso.

L'art. 3 del D.Lgs. n. 115/2022 ha sospeso, fino al 30 aprile 2023, l'efficacia delle clausole contrattuali che permettono ai fornitori di energia elettrica o gas la modifica unilaterale del prezzo applicato ai clienti finali, senza prevedere alcun indennizzo per i costi eventualmente derivanti per l'aumento dei prezzi all'ingrosso. Il regolamento (UE) 2022/1854, invece, consente agli Stati membri, in considerazione delle circostanze eccezionali nelle quali si trovano ad operare, di prevedere prezzi regolati al dettaglio inferiori ai costi, ma precisa che, in tal caso, i fornitori debbano essere «equamente compensati per i costi

sostenuti per rifornire a prezzi regolati». Il Consiglio di Stato ha ritenuto che il congelamento dei prezzi al dettaglio disposto dall'art. 3 del dl n. 115 del 2022 si riferisca «al solo *ius* variandi per contratti che non siano scaduti e non ai rinnovi contrattuali conseguenti a scadenze concordate dalle parti e che pertanto esso sembra non poter incidere su rinnovi contrattuali predeterminati nell'esercizio della libertà negoziale se non a condizione di una inammissibile interpretazione estensiva della disposizione nazionale limitativa della libertà di mercato a situazioni non espressamente previste». Conseguentemente, ha sospeso l'efficacia dei provvedimenti sanzionatori adottati dall'Autorità antitrust nei confronti delle imprese energetiche che avevano proposto un adeguamento dei prezzi in sede di rinnovi contrattuali agli utenti finali[22].

Sul versante dei prezzi all'ingrosso, l'art. 15-bis del d.lgs. n. 4/2022 (cd «Decreto Sostegni-ter»), con il regolamento (UE) 2022/1854[23] ha introdotto il cosiddetto meccanismo di compensazione a due vie sul prezzo dell'energia immessa in rete da alcuni impianti alimentati da fonti rinnovabili. Tale meccanismo attribuisce al Gestore dei servizi elettrici (GSE), il compito di stabilire la differenza (il Delta) tra il prezzo di riferimento, ovvero il prezzo medio registrato per l'energia immessa in rete nel periodo dal 1 febbraio al 31 dicembre 2022, e il prezzo di mercato dell'elettricità prodotta da tali impianti. Se il Delta è negativo (ovvero il prezzo di mercato è superiore al prezzo di riferimento), il GSE paga la differenza al gestore degli impianti in questione, e viceversa. Conseguente, gli impianti rinnovabili non possono conseguire entrate superiori al prezzo di riferimento. In applicazione di tale meccanismo, il tetto dei ricavi per l'area del Nord Italia è stato quantificato in € 58/MWh di energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili. Per le sole fonti energetiche non rinnovabili, la legge n. 197/2022 ha innalzato il tetto massimo dei ricavi di mercato, fino al livello previsto dall'articolo 6 del Regolamento (UE) 2022/1854, secondo il quale il tetto dei ricavi di mercato dalle fonti di cui all'articolo 7(1) del regolamento non può essere inferiore a €180/MWh di energia elettrica prodotta[24]. Il TAR Milano ha rilevato che il tetto ai ricavi di mercato imposto dal Decreto Sostegni-ter è notevolmente inferiore a quello considerato dal regolamento (UE) 2022/1854 e, come tale, non è idoneo a promuovere e tutelare gli investimenti

[22] Cons. Stato, Sez. VI, ordinanza 20 dicembre 2022, n. 5986.

[23] TAR Lazio, Sez. I, ordinanza 21 giugno 2023, n. 1744.

[24] Secondo l'art. 7, comma 1, del regolamento (UE) 2022/1854, il tetto massimo dei ricavi di mercato previsto dall'articolo 6 si applica ai ricavi di mercato ottenuti dalla vendita di energia elettrica prodotta dalle seguenti fonti: (a) energia eolica; (b) energia solare (solare termico e solare fotovoltaico); c) energia geotermica; d) energia idroelettrica senza serbatoio; e) combustibile da biomassa (combustibili da biomassa solida o gassosa), escluso il biometano; f) rifiuti; g) energia nucleare; h) lignite; (i) prodotti petroliferi grezzi; (j) torba.

effettuati nel settore delle energie rinnovabili. La questione relativa alla conformità del decreto Sostegni-ter al richiamato regolamento è stata quindi deferita alla Corte di giustizia[25].

Gli interventi del legislatore italiano sui prezzi al dettaglio, sui prezzi all'ingrosso e sugli extraprofitti, che presentano profili di contrasto con le regole europee, hanno dunque dato vita a un acceso contenzioso. Le crisi emergenziali vanno invece affrontate in maniera diversa.

Troppe crisi si susseguono l'un l'altra: è sufficiente menzionare la crisi finanziaria del 2008, la pandemia da Covid-19, la guerra Ucraina, la perdurante crisi climatica. La necessità di adottare misure emergenziali appare ragionevolmente destinata a riproporsi in futuro. Proprio per questo deve essere chiaro che, anche in tempi di crisi, la certezza del diritto resta un prerequisito essenziale per promuovere gli investimenti nelle infrastrutture energetiche e preservare il buon funzionamento del mercato interno.

L'obiettivo legittimo di tutelare i clienti finali dagli shock energetici non può consentire agli Stati membri di adottare misure straordinarie che si discostino dai capisaldi fissati dal diritto dell'Unione europea a garanzia della certezza del diritto e del buon funzionamento del mercato interno.

[25] TAR Lazio, Sez. I, ordinanza 21 giugno 2023, n. 1744.

Francesco Duranti[*]

DIALOGO E COMPARAZIONE

Sommario: 1. Premessa. – 2. La comparazione e il dialogo tra le Corti costituzionali. – 3. La comparazione nella giurisprudenza costituzionale italiana. – 4. La comparazione in dialogo: la Commissione di Venezia. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

Salvatore Prisco ha dedicato larga parte dei Suoi studi alla questione del dialogo, tra culture[1], diritti[2], identità[3] e tra scienze, anche diverse[4].

Il dialogo – "l'arte del dialogo" – sembra, perciò, costituire la cifra autenticamente caratterizzante la dottrina dell'illustre Autore che celebriamo con questi Scritti.

Trasferendo il tema del dialogo al diritto costituzionale comparato è parso di interesse indagare se ed in che termini possa svilupparsi una sorta di dialogo anche tra Corti che si occupano di giustizia costituzionale e che si trovano – spesso – ad affrontare questioni analoghe nell'ambito della propria giurisprudenza nazionale, con la conseguenza che «la circolazione delle soluzioni giuridiche (e dei principi e delle idee) avviene oggi in larga misura per via giurisprudenziale»[5].

Così come particolarmente stimolante pare riflettere sull'attività di assistenza e consulenza costituzionale della Commissione di Venezia, la quale si avvale – sin dalla sua istituzione oltre trenta anni fa – della comparazione costituzionale, condotta con particolare attenzione ai differenti contesti (costituzionali, politici e culturali) nei quali si colloca il suo intervento, senza trascurare di cogliere adeguatamente ed in profondità analogie e differenze tra gli ordinamenti, in modo tale da indicare con appropriatezza comparativa quali

[*] Professore associato di Diritto pubblico comparato, Dipartimento di Scienze Umane e Sociali Internazionali, Università per Stranieri di Perugia.

[1] F. Abbondante, S. Prisco (a cura di), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza,* Napoli, 2015.

[2] S. Prisco, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it*, n. 1/2020.

[3] S. Prisco, *La laicità come apertura al dialogo critico nel rispetto delle identità culturali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 21/2021.

[4] S. Prisco, *Diritto, letteratura, discipline umanistiche. Teorie, metodi e casi*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016; S. Prisco, *Diritti e culture tra riconoscimenti e tensioni. Una prospettiva giuridico-comparata*, in *Filosofia dei diritti umani*, 2015.

[5] L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali*, II ed., Torino, 2024, 23.

possano essere le finalità prevedibili (o auspicabili) delle scelte costituzionali che le varie autorità richiedenti la consulenza si apprestano ad adottare: con la conseguenza di rendere la Commissione di Venezia un luogo di fertile confronto e dialogo attivo tra le differenti culture costituzionali contemporanee.

Il tutto nella convinzione che risultano, perciò, di particolare interesse comparativo tutte quelle dinamiche che possono, appunto, descriversi in termini di dialogo: «l'apertura non è sinonimo di convergenza, esattamente come la rivendicazione di identità non implica la chiusura»[6].

Il dialogo, del resto, impegna la comparazione «in indagini che guardano sia alla 'statica', sia alla 'dinamica' dello scambio tra i formanti, le cui dinamiche riflettono la dicotomia tra paradigmi evoluzionista e diffusionista utilizzati per interpretare i processi di mutazione giuridica»[7].

2. *La comparazione e il dialogo tra le Corti costituzionali*

È considerazione oramai condivisa quella secondo cui «the use of foreign and comparative-law arguments in constitutional decisions has increased at a steady rate in the last few decades»[8].

Il metodo comparativo, infatti, «forms part of the interpretative procedures employed by constitutional institutions for systematic interpretation by courts, in particular constitutional courts»[9].

La comparazione impiegata dalle giurisdizioni costituzionali ha, infatti, tra le varie altre, principalmente la funzione di consentire una «migliore conoscenza del diritto nazionale da applicarsi al caso concreto mediante un raffronto critico con altri diritti»[10].

Un potente fattore di stimolo alla ampia disseminazione delle idee costituzionali è, negli ultimi anni, senz'altro rappresentato dalla rapida proliferazione delle fonti normative (le Carte) e delle sedi istituzionali (le Corti) di tutela internazionale e sovranazionale dei diritti, che svolgono una quotidiana opera di protezione dei diritti fondamentali e che, per tale via, influenzano profondamente anche l'attività delle Corti costituzionali chiamate a dare applicazione, in sede nazionale, ad analoghe attività di tutela, così favorendo ampie circola-

[6] Così, efficacemente, A. Somma, *Dialogo tra esperienze giuridiche e comparazione: verso nuovi paradigmi?,* in M. Graziadei, A. Somma (a cura di), *Esperienze giuridiche in dialogo. Il ruolo della comparazione*, Roma, 2024, 26.

[7] M. Nicolini, *La "fabbrica del diritto" e il ruolo della comparazione*, in M. Graziadei, A. Somma (a cura di), *Esperienze giuridiche in dialogo. Il ruolo della comparazione*, cit., 241-242.

[8] M. Nicolini, S. Bagni, *Comparative Constitutional Justice*, The Hague, 2021, 222.

[9] G. de Vergottini, *Constitutional Law and The Comparative Method*, in J. Cremades, C. Hermida (eds.), *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, Berlin, 2021, 25.

[10] G. de Vergottini*, Comparazione e diritto costituzionale*, in *Nomos*, n. 2/2018, 17.

zioni interpretative di norme ed istituti che tendono spesso a convergere al fine di garantire efficaci meccanismi di protezione dei diritti fondamentali.

In particolare, la questione relativa all'uso di argomenti comparatistici da parte del giudice costituzionale è da tempo oggetto di notevole interesse in numerosi ordinamenti costituzionali in varie parti del globo[11].

Ciò in quanto la circolazione delle idee e delle soluzioni giuridiche si realizza principalmente per via giurisprudenziale, ad opera – soprattutto – delle Corti costituzionali, delle Corti supreme e delle Corti internazionali/sovranazionali.

Il ricorso all'argomento comparativo e la citazione di precedenti giudiziali esterni da parte delle Corti costituiscono elementi largamente diffusi nelle giurisdizioni costituzionali contemporanee, sebbene con differenti gradi di intensità rispetto all'effettiva pratica in atto da parte delle diverse Corti[12].

Ciò che sembra emergere con evidenza è, in ogni caso, una linea di tendenza in atto, che si delinea attraverso processi di comunicazione tra esperienze costituzionali diverse, veicolate principalmente proprio ad opera della giurisprudenza costituzionale, la quale contribuisce – anche grazie al ricorso all'impiego dell'argomento comparativo – alla progressiva formazione di un patrimonio costituzionale comune[13].

La comparazione realizzata dai giudici costituzionali è, al proposito, di grande rilievo, perché – a differenza di quella praticata dal legislatore – scende in profondità, in quanto diviene elemento costitutivo dell'interpretazione costituzionale, con effetti di sistema anche in relazione alla stessa configurazione complessiva dell'ordinamento.

Da questo punto di vista, la comparazione impiegata dal giudice costituzionale attinge, invero, «il livello più profondo dell'interpretazione, nel senso che essa dilata le opzioni argomentative del giudice ed amplia il raggio delle esperienze che egli prende in considerazione di fronte ad alternative di decisione»[14].

La comparazione impiegata, con finalità pratiche, dalle giurisprudenze costituzionali in numerosi ordinamenti del mondo consente, infatti, di ampliare

[11] Cfr., in particolare, l'ampio volume a cura di G.F. Ferrari, *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Leiden/Boston, 2019.

[12] Sul dialogo tra le Corti e sul ricorso all'argomento comparativo, particolarmente intenso negli ordinamenti di *common law*, vd. A. Di Martino, *Circolazione delle soluzioni giuridiche e delle idee costituzionali. Questioni di metodo comparativo e prassi tra culture costituzionali e spazi globali*, in *DPCE online*, Sp-2021, 817 ss.

[13] Sul patrimonio costituzionale comune, vd. i vari saggi contenuti nel volume a cura di T.E. Frosini, *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, II ed., Bologna, 2022.

[14] Così P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 297.

l'orizzonte interpretativo e di favorire la dialettica ed il confronto, aperto e plurale, tra le idee in tema di interpretazione costituzionale[15].

Nel moltiplicarsi ed approfondirsi dei canali e degli strumenti di dialogo tra le Corti è emerso, in tempi recenti, che questo incessante interscambio di esperienze genera anche controversie interpretative in relazione all'utilizzazione e alla citazione da parte delle Corti di materiali normativi e giurisprudenziali provenienti da altri ordinamenti[16].

In particolare, si confrontano – a questo proposito – due diversi filoni interpretativi circa il ruolo della comparazione nella giurisprudenza costituzionale[17].

Da un lato, vi è la tesi – definita "isolazionista" – di chi rigetta in radice l'uso di argomenti comparatistici da parte delle Corti costituzionali, sulla base della considerazione in virtù della quale esse debbono occuparsi esclusivamente della interpretazione del testo originario della costituzione nazionale, impiegando soltanto materiali provenienti dal proprio ordinamento[18].

Dall'altro, una più ricca linea interpretativa – definita, per contrapposizione alla precedente, "universalistica" – la quale ritiene, soprattutto per assicurare un più efficace livello di protezione ai diritti fondamentali, particolarmente produttiva l'interazione giurisprudenziale tra le varie Corti costituzionali e supreme, con precipue finalità di diritto interno, dal momento che la circolazione delle giurisprudenze non compromette mai l'identità della propria, ma la arricchisce di contributi conoscitivi e interpretativi su questioni che possono presentare evidenti profili di analogia[19].

[15] G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010, 119 ss.

[16] Come rilevano numerosi contributi nel volume a cura di M. Andenas, D. Fairgrieve, *Courts and Comparative Law*, Oxford, 2015.

[17] T. Groppi, M.C. Ponthoreau, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, 2013; C. Saunders, *Judicial Engagement with Comparative Law*, in *Comparative Constitutional Law*, T. Ginsburg, R. Dixon (eds.), Cheltenham, 2011, 574 ss.

[18] Sull'ampio confronto tra i due filoni interpretativi in seno alla Corte Suprema USA, cfr. almeno U.S. S.Ct., *Printz v. United States*, 521 U.S. 898(1997) ed ivi, 976 ss., Breyer dissenting; *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002) ed ivi, 337 ss., Scalia dissenting; *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), ed ivi, 586 ss., Scalia dissenting; *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), ed ivi,_Scalia dissenting.; [S. Breyer, A. Scalia], *A Conversation between U.S. Supreme Court Justices. The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: a Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer*, in *ICon*, 2005, 519 ss. Nella vastissima letteratura v. almeno M. Tushnet, *Referring to Foreign Law in Constitutional Interpretation: an Episode in the Culture Wars*, in *Balt. L. R.,* 2006, 299 ss.; J. Waldron, *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, in *Harv. L. Rev.*, 2005, 129 ss., V.C. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford, 2010; V. Perju, *Cosmopolitanism in Constitutional Law*, in *Cardozo L. Rev.*, 2013, 711 ss.;

[19] Sulle varie tipologie relative all'uso della comparazione da parte delle Corti, vd. anche G. Halmai, *The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation*, in *The Oxford Handbook of*

In ogni caso, la linea di tendenza emergente è al momento «the growing prevalence and acceptance of judges engaging with their foreign counterparts and case law to improve their understanding of the legal issue at stake»[20].

3. *La comparazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*

«Le sfide della contemporaneità per le democrazie liberali sono largamente omogenee; e sarebbe miope volerle affrontare in solitudine, senza soffermarsi su quanto si è deciso altrove, nella certezza, corroborata dalla prassi, che a loro volta le ragioni di questa Corte potranno essere tenute in conto»[21].

Questo nuovo approccio della Corte costituzionale sembra segnare un evidente cambio di paradigma rispetto al passato nella giurisprudenza della Corte.

Lo stimolante confronto aperto con «altre giurisdizioni costituzionali affini a quella italiana per tradizioni e premesse culturali»[22] – come si legge nella sentenza n. 110 del 2023 – sembra ora caratterizzare con maggiore intensità anche il percorso giurisprudenziale della nostra Corte costituzionale, in passato decisamente poco incline a sperimentare questa pratica[23].

Nel solo 2023 ampi riferimenti di diritto comparato compaiono, infatti, nella sentenza n. 14, in tema di obblighi vaccinali; nelle sentenze n. 110, in tema di disposizioni normative dal significato oscuro; e n. 161, in tema di procreazione medicalmente assistita.

Il confronto comparativo appare, del resto, particolarmente significativo, sia in relazione a questioni involgenti delicati rapporti istituzionali tra i poteri dello Stato (sent. n. 1/2014), che in tema di complessi bilanciamenti sui diritti fondamentali (ord. n. 207/2018 e sent. n. 141/2019).

Questo fenomeno è ancor più rilevante se lo si pone in relazione allo scarto incontestabilmente sussistente tra il dato puramente numerico – i pochi casi nei quali la Corte impiega esplicitamente il diritto comparato – ed il profilo

Comparative Constitutional Law, M. Rosenfeld, A Sajò (eds.), Oxford, 2012, 1328 ss.

[20] M. De Visser, *Procedural rules and the cultivation of well-informed and responsive constitutional judiciaries*, in *Dialogues on Italian Constitutional Justice. A Comparative Perspective,* V. Barsotti, P.G. Carozza, M. Cartabia, A. Simoncini (eds.), Abingdon, 2020, 86.

[21] Così il Presidente della Corte costituzionale A. Barbera, nella *Relazione sulla attività della Corte costituzionale nel 2023*, Roma, Palazzo della Consulta, 18 marzo 2024, 10 (in www.cortecostituzionale.it).

[22] Corte cost., sent. n. 110 del 5 giugno 2023, punto 4.3.5 del *Considerato in diritto*.

[23] «Whereas in recent years the Italian Constitutional Court has only occasionally referred openly to the case law of other constitutional tribunals, the influence of the latter is much deeper than is apparent on the surface. In sum, Italian constitutional justice incrementally entered into an active relationship with European, international, and comparative law»: V. Barsotti, P.G. Carozza, M. Cartabia, A. Simoncini, *Introduction: Dialogue as a Method*, in *Dialogues on Italian Constitutional Justice. A Comparative Perspective,* cit., 7-8.

sostanziale, ovvero tutte quelle recenti pronunce nelle quali il ricorso all'argomento comparativo e la citazione di precedenti giudiziali stranieri rivestono una posizione significativa nella decisione adottata dalla Corte.

Come rilevato da accurate analisi relative all'impiego del diritto comparato da parte della Corte costituzionale negli ultimi due decenni, la tendenza al rafforzamento dell'argomento comparatistico si apprezza in maniera ancor più evidente prendendo in considerazione le decisioni individuate come quelle recanti i riferimenti più pregnanti, i riferimenti, cioè, in cui «può effettivamente parlarsi di un utilizzo del diritto comparato nell'ambito dell'argomentazione della Corte»[24].

Anzi, nelle decisioni più difficili e controverse di questi ultimi anni[25], che – ad avviso di alcuni – hanno segnato una ennesima svolta nella giustizia costituzionale italiana, la citazione di precedenti giudiziali di altre Corti è stato, appunto, sovente esplicito e articolato.

In effetti, non può non rilevarsi come in tutti i più recenti, complessi, casi decisi dalla Corte, classificabili quali prodotti nuovi di una giurisprudenza cha va evolvendo tanto sul piano processuale che sostanziale e che tende ad arricchire i contenuti della propria funzione, l'utilizzo della giurisprudenza costituzionale straniera ha avuto un peso tutt'altro che marginale nel percorso argomentativo che ha guidato la Corte verso l'adozione delle sue più innovative pronunce di questi ultimi anni.

Il ricorso all'argomento comparativo a suffragio della soluzione adottata dalla Corte è stato, infatti, ampiamente impiegato sia in tema di forma di governo (sentt. n. 1/2014, n. 120/2014 e n. 35/2017), che in relazione alle innovative scelte – introdotte dalla Corte stessa – in ordine alla decisione di attribuirsi il potere di modulare nel tempo gli effetti della pronuncia di incostituzionalità (sent. n. 10/2015), o di differire la pronuncia in attesa di un intervento risolutivo del Parlamento, facendo leva «sui propri poteri di gestione del processo costituzionale» (ord. n. 207/2018).

È, dunque, incontestabile che in tutte le più recenti – complesse e controverse – decisioni la Corte ha deciso di fare ampio ricorso al diritto comparato a supporto della innovativa scelta che ha poi effettivamente adottato nelle sue pronunce.

[24] Così P. Passaglia, *Corte costituzionale e comparazione giuridica: una analisi (molto) sineddotica, una conclusione (quasi) sinestesica*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, a cura di P. Perlingieri, S. Giova, Atti del XII Convegno nazionale SISDIC, Napoli, 2018, 73.

[25] Per un'analisi critica delle più controverse decisioni della Corte degli ultimi dieci anni, cfr., in particolare, A. Morrone, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 12/2021, 170 ss.

Questa nuova dinamica nei rapporti con le altre Corti può spiegarsi in termini di «*legitimacy-generating relation* e può avere benefici effetti, sia in termini di immagine che in termini di collaborazione, soprattutto nei frangenti in cui una corte si venga a trovare in difficoltà a causa di attriti con organi politici o con l'opinione pubblica, magari anche con rischi per la propria indipendenza»[26].

Il più frequente ricorso all'argomentazione comparativa da parte della Corte, sembra, perciò, confermare alcune linee di tendenza emergenti da varie esperienze che manifestano analoga apertura attraverso il confronto con altre giurisprudenze costituzionali: 1) la comparazione è spesso impiegata in relazione alla risoluzione di complessi casi istituzionali, laddove la controversia può più facilmente trovare argomentazioni costituzionali di riferimento in contesti comparabili; 2) per evidenti ragioni, l'analogia funzionale comparativa appare, poi, particolarmente impiegata al fine di risolvere questioni interpretative in tema di diritti fondamentali; 3) la citazione di precedenti giurisprudenziali appare ricorrente in casi davvero intricati e complessi, con maggiore livello di implicazioni di natura etica, politica o sociale; 4) il ricorso al metodo comparativo è impiegato per rendere più autorevole la decisione, soprattutto nel caso in cui questa modifichi precedenti consolidati orientamenti giurisprudenziali; 5) il ricorso al diritto comparato contribuisce, in definitiva, a rafforzare la legittimazione complessiva dell'organo di giustizia costituzionale, in modo particolare nei casi più conflittuali che possono esporre la Corte a maggiori contestazioni e/o polemiche, anche di natura politica.

Altra recente linea di tendenza dialogica della giurisprudenza costituzionale italiana è, poi, legata al nuovo approccio che la Corte costituzionale pare appunto voler sperimentare in termini di dialogo con il Parlamento – in una prospettiva definita espressamente di «leale e dialettica collaborazione istituzionale» (ord. n. 207/2018) – attraverso ripetuti moniti al legislatore (in numero crescente nel corso degli ultimi anni[27]) o attraverso la nuova, controversa,

[26] Come rileva da ultimo P. Passaglia, *La comparazione come servizio e la comparazione come rete: gli strumenti a disposizione della Corte costituzionale per l'utilizzo del diritto comparato*, in M. Graziadei, A. Somma (a cura di), *Esperienze giuridiche in dialogo. Il ruolo della comparazione*, Roma, 2024, 278.

[27] Come conferma il Presidente della Corte G. Amato, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2021*, Roma, Palazzo della Consulta, 7 aprile 2022 (in www.cortecostituzionale.it), «il dialogo tra Corte e legislatore è un aspetto della giurisprudenza costituzionale che costituisce ormai da tempo un punto fermo della Relazione annuale, con un dato dei moniti in costante crescita, ben 29 nel 2021, contro i 25 del 2020, i 20 del 2019 e i 10 del 2018». Vd. anche gli appositi dossier – predisposti per gli anni 2021, 2022 e 2023 – dal Servizio Studi della Corte costituzionale, rubricati "*Il dialogo con il legislatore: auspici, richiami e moniti nella giurisprudenza costituzionale*", l'ultimo dei quali (pubblicato a marzo 2024) è consultabile all'indirizzo

tecnica decisoria inaugurata con la già richiamata ord. n. 207/2018[28].

4. *La comparazione in dialogo: la Commissione di Venezia*

Istituita dal Consiglio d'Europa nel 1990 grazie alla decisiva intuizione di Antonio La Pergola, la Commissione di Venezia ha ormai acquisito un prestigio ed una autorevolezza riconosciuti nel panorama internazionale in materia di assistenza e consulenza costituzionale, anche ben oltre i confini del continente europeo, pur in aree ed ordinamenti distanti e distinti da quelli riconducibili alla sola tradizione giuridica occidentale[29].

La Commissione di Venezia è stata istituita dal Consiglio d'Europa (CdE) in base ad un accordo parziale che ha consentito una progressiva adesione degli Stati che in origine avevano scelto di non partecipare: ad oggi tutti i 46 paesi componenti del CdE ne fanno parte.

Grazie ad una significativa revisione intervenuta nel corso del 2002, lo Statuto della Commissione è stato poi trasformato in accordo allargato, così da consentire anche a Stati non appartenenti al CdE di aderirvi, risultando ora 61 gli Stati complessivamente membri[30].

Ai sensi del suo Statuto istitutivo, la Commissione è un «organismo consultivo indipendente» (art. 1), composto da «esperti indipendenti che hanno raggiunto l'eccellenza per la loro esperienza nelle istituzioni democratiche o per il loro contributo all'avanzamento del diritto e della scienza politica» (art. 2)[31].

www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_336_il_dialogo_con_il_legislatore_nel_2023_20240318141105.pdf.

[28] Di "dialogue as a method" e di "dialogical approach" parlano – a proposito dell'esperienza italiana di giustizia costituzionale e dello stile interpretativo della nostra Corte – ora anche V. Barsotti, P.G. Carozza, M. Cartabia, A. Simoncini, *Introduction: Dialogue as a Method*, cit., 18, ad avviso dei quali «a particularly noteworthy recent example of a dialogical relation with the Parliament is Order n. 207 of 2018 on assisted suicide», 5.

[29] Per un approfondito esame analitico sull'operato della Commissione di Venezia a distanza di trenta anni dalla sua istituzione, cfr., in particolare, l'ampio volume collettaneo a cura di S. Granata-Menghini, Z.C. Tanyar, *Venice Commission – Thirty-Year Quest for Democracy Through Law 1990-2020*, Lund, 2020.

[30] Oltre ai 46 membri del CdE, ne fanno attualmente parte il Kirghizistan (2004), il Cile (2005), la Corea (2006), il Marocco e l'Algeria (2007), Israele (2008), il Perù e il Brasile (2009), la Tunisia ed il Messico (2010), il Kazakistan (2012), gli USA (2013), il Kosovo (2014), la Costa Rica (2016) ed il Canada (2019). Quattro paesi (Argentina, Santa Sede, Giappone ed Uruguay) hanno lo status di osservatori (senza diritto di voto), mentre l'Unione europea, l'OSCE/ODIHR, l'Organizzazione degli Stati africani, l'Autorità Nazionale Palestinese ed il Sudafrica hanno in essere speciali rapporti di cooperazione con la Commissione. Lo statuto e la documentazione della Commissione sono reperibili integralmente nel sito web istituzionale della Commissione medesima.

[31] La prassi ha registrato sino ad oggi la nomina di accademici di chiara fama di diritto costituzionale, diritto comparato, diritto internazionale, scienza politica e di autorevoli compo-

La principale competenza della Commissione, legata alla sua stessa ragione istitutiva, è come noto relativa alla funzione di assistenza e consulenza costituzionale in favore dei paesi o delle istituzioni che richiedano la sua opera consultiva[32].

La ricerca del confronto e del dialogo con chi richiede la sua attività consultiva è la cifra costante ed autenticamente caratterizzante l'attività della Commissione, che procede attraverso una attenta opera di studio, di analisi e di ascolto di una pluralità di fonti e di voci sulla materia oggetto del suo parere, senza alcuna volontà di imposizione di scelte predeterminate o preconcette[33].

In questo ambito, il ruolo del diritto comparato è ovviamente di primaria importanza per i lavori della Commissione.

Il diritto costituzionale comparato entra nella Commissione di Venezia già a partire dalla sua composizione: lo stesso art. 2 dello Statuto istitutivo, richiede, come visto, tra i requisiti di qualificazione dei suoi membri, la più elevata competenza giuridica e di conoscenza delle istituzioni democratiche, sì che nella concreta prassi delle nomine in questi primi trenta anni di attività i professori universitari di diritto costituzionale e di diritto costituzionale comparato hanno costituito e costituiscono una delle categoria professionali più rappresentate all'interno del collegio[34].

L'ambito più rilevante per il diritto costituzionale comparato nelle attività della Commissione è certamente quello relativo all'adozione delle decisioni in materia di assistenza e consulenza costituzionale[35].

nenti (anche a riposo) delle Corti costituzionali e delle Corti supreme degli Stati membri. Per un quadro aggiornato sulle caratteristiche delle nomine dei membri della Commissione nei primi trenta anni di attività, vd. C. Grabenwarter, *Standard-setting in the spirit of the European constitutional heritage*, in S. Granata-Menghini, Z.C. Tanyar, *Venice Commission – Thirty-Year Quest for Democracy Through Law 1990-2020*, cit., 263-265.

[32] L'art. 1 dello Statuto indica quali sono i compiti e gli obiettivi fondamentali della Commissione: «strengthening the understanding of the legal systems of the participating states, notably with a view to bringing these systems closer; promoting the rule of law and democracy; examining the problems raised by the working of democratic institutions and their reinforcement and development».

[33] «The dialogue is an important part of the legitimacy of VC opinions. The VC listens carefully to any criticism from the government that it has failed to understand some element of the state's law or institutions under consideration. If it finds this criticism justified, it will modify the opinion accordingly»: così I. Cameron, *Venice Commission*, in J.M. Smits, J. Husa, C. Valcke, M. Narciso (eds.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, 2023, 577.

[34] Come ricorda S. Bartole, *Jurisprudence of the Venice Commission*, in S. Granata-Menghini, Z.C. Tanyar, *Venice Commission – Thirty-Year Quest for Democracy Through Law 1990-2020*, cit., 84, «the different cultural origins of the members of the Commission justify the peculiar attention devoted by this body to a comparative approach to the law».

[35] Senza, in ogni caso, dimenticare che «l'importanza della Commissione di Venezia per la diffusione di una sensibilità comparatistica si apprezza anche sotto altri profili, a partire dalla

Al fine di fornire la consulenza richiesta, la Commissione – oltre ad impiegare diffusamente la giurisprudenza della Corte EDU – utilizza principalmente, allo scopo, quello che può definirsi lo "European constitutional heritage"[36] che discende dalla sedimentata cultura costituzionale sviluppatasi nel continente a partire dagli albori del costituzionalismo moderno, il quale implica, da parte della Commissione, «distilling best practices from comparative constitutional law»[37], attraverso una intensa «intellectual and interpretative activity aimed at comparing those different experiences and drawing principled conclusions from the domestic choices of the European Countries»[38].

La ricostruzione, l'individuazione e la successiva applicazione di ciò che possa concretamente apprezzarsi quale comune patrimonio costituzionale europeo – ovvero quanto la Commissione impiega al fine di rendere l'attività di assistenza costituzionale richiesta – costituisce, del resto, una delle funzioni più attuali e di maggiore rilievo pratico della comparazione giuridica in campo costituzionale[39], al punto che «comparative constitutional law constituted a vital resource for the Commission»[40], in quanto «the Venice Commission's business is comparative constitutional engineering, which is a very complex and delicate exercise»[41].

Sì che nell'attività di assistenza costituzionale praticata dalla Commissione si evidenzia con ogni nettezza tutta la centrale importanza che assume il costante impiego di «comparative arguments for the constitution-making process in various countries»[42].

messa a disposizione di informazioni sulla giustizia costituzionale degli Stati membri»: così P. Passaglia, *La comparazione come servizio e la comparazione come rete: gli strumenti a disposizione della Corte costituzionale per l'utilizzo del diritto comparato*, cit., 287.

[36] «The Venice Commission focus on the concept of European constitutional heritage is required by the need to rely on certain, commonly accepted and clear yardstick when exercising its functions»: S. Bartole, *The Internationalisation of Constitutional Law. A View from the Venice Commission*, Oxford, 2020, 34.

[37] I. Cameron, *Venice Commission*, cit., 578.

[38] S. Bartole, *International Constitutionalism and Conditionality. The Experience of the Venice Commission*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, 3.

[39] Vd. G. de Vergottini, *Tradizioni costituzionali e comparazione: una riflessione*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020, 296 ss.

[40] K. Tuori, *From a European to a Universal Constitutional Heritage?* Conference on Global Constitutional discourse and Transnational Constitutional Activity, Venice Commission, 7 December 2016, CDL-PI(2016)015, 3.

[41] G. Buquicchio, S. Granata-Menghini, *The Venice Commission Twenty Years On. Challenges Met but New Challenges Ahed*, in M. van Rosmaelen, B. Vermeulen, F. van Hoof, M. Oosting (eds.), *Fundamental Rights and Principles. Liber Amicorum Piet van Dijk*, Cambrudge-Antwerp-Portland, 2013, 246.

[42] H. Suchocka, *Constitutional Heritage and the Form of Government*, Conference on Global Constitutional discourse and Transnational Constitutional Activity, Venice Commission,

Da una complessiva analisi degli – ormai numerosi[43] – pareri resi dalla Commissione, emerge un uso dinamico e, in qualche misura, 'aperto' della comparazione costituzionale, in quanto la Commissione non si limita ad evidenziare i principi fondamentali desumibili dal comune patrimonio costituzionale europeo, ma si preoccupa anche, non di rado, di indicare quale possa considerarsi la più efficace forma di concreta applicazione di detti principi, esponendo – quali parametri e modelli di riferimento – le migliori pratiche emergenti dalle tendenze attualmente in atto nel consolidato costituzionalismo continentale.

Da questo punto di vista, è opportuno considerare come la Commissione utilizzi con metodo appropriato il diritto costituzionale comparato[44]: ben consapevole che non esista un'unica[45] «European best practice, the VC almost always suggest several alternative solutions, outlining their advantages and disadvantages, and the factors that should be taken into account for each»[46].

Ciò in quanto, per comprendere l'effettivo rendimento di una norma, di un istituto o, più in generale, di un testo costituzionale, è necessaria un'attenta e complessiva contestualizzazione critica, metodologicamente convincente, dell'ordinamento e della radicata cultura costituzionale che lo sorregge: «comparative constitutional engineering is not about exporting models uncritically (…) the Venice Commission disposes of the knowledge and the methodolog-

7 December 2016, CDL-PI(2016)017, 2.

[43] Dalla sua istituzione sino alla fine del 2022 la Commissione ha adottato oltre 1100 tra «country-specific opinions and general reports»: cfr. *Annual Report of Activities 2022*, CDL-AD(2023)014.

[44] Talvolta, ad esempio, utilizzando cautamente lo strumento delle *interim opinions* per approfondire con maggiore dettaglio comparativo la questione oggetto di consulenza: «before reaching its conclusions on this matter, the Commission resolves to carry out a comparative analysis of the manner in which motions of no confidence and other means by which the Executive may intervene in the legislative powers of parliaments are regulated in the constitutions and legislations of its member States», *France – Interim Opinion on the article 49.3 of the Constitution*, CDL-AD(2023)024, par. 51.

[45] Come ribadisce ad esempio, ancora di recente, la Commissione in tema di struttura dei Parlamenti e forma di governo «If we examine the relationship between forms of government and bicameralism, it is striking that there is no close connection between the two; bicameral systems occur both in parliamentary, presidential and mixed government systems. In most European bicameral countries, the form of government is parliamentary, while presidentialism is overrepresented in the American continents, but this seems to be due purely to the fact that these forms of government are generally more widespread on these continents respectively. There are also some bicameral countries with mixed system (with elements of both parliamentarism and presidentialism) that cannot always be defined as semi-presidential»: *Report on Bicameralism*, CDL-AD(2024)007, par. 139.

[46] I. Cameron, *Venice Commission*, cit., 579.

ical tools to identify the donor and to predict the compatibility of the beneficiary»[47].

In questo ambito, la Commissione ha, invero, avuto di frequente l'occasione di ribadire il suo punto di vista sul ruolo del diritto comparato in relazione all'adozione di un nuovo testo costituzionale, specificando, ripetutamente, che «each Constitution is the result of balancing various powers; comparative constitutional law cannot be reduced to identifying the existence of a provision in the Constitution of another country to justify its democratic credentials in the Constitution of one's own country»[48].

Da un consapevole uso della comparazione in questa materia, consegue, però, che «every State has the right to choose its own political system, be it presidential or parliamentary, or a mixed system; this right is not unconditional, however; the principles of the separation of powers and of the rule of law must be respected, and this requires that sufficient checks and balances be inbuilt in the designed political system; each Constitution is a complex array of checks and balances and each provision, including those that already exist in the Constitution of another country, needs to be examined in view of its merits for the balance of powers as a whole»[49].

Senza dimenticare che la Commissione di Venezia – il cui parere non è mai vincolante – non tenta di imporre soluzioni costituzionali ai paesi che richiedono la consulenza, limitandosi a proporre «a number of different alternative solutions, based on comparative experiences, noting the advantages and the disadvantages of each and letting the government decide»[50].

Attraverso questa complessa opera di analisi – e di successiva applicazione – dei principi fondanti il costituzionalismo contemporaneo, la Commissione di Venezia partecipa, perciò, da tempo alla diffusione ed alla circolazione delle idee costituzionali anche in ordinamenti distanti (non solo geograficamente) da quelli europei, inverando concretamente quella tendenza culturale in base alla quale il procedimento che conduce all'adozione di nuove Costituzioni «enriched the international constitutional debate and the relative constitutional processes affected not only the internal developments of the States, but also the relations between the States and international institutions»[51].

[47] G. Buquicchio, S. Granata-Menghini, *The Venice Commission Twenty Years On*, cit., 246.

[48] *Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary*, CDL-AD(2013)012, par. 139.

[49] *Opinion on the Amendments to the Constitution of Turkey Adopted by the Grand National assembly on 21 January 2017*, CDL-AD(2017)005, par. 124.

[50] I. Cameron, *Venice Commission*, cit., 580.

[51] S. Bartole, *International Constitutionalism and Conditionality. The Experience of the Venice Commission*, cit., 4.

5. *Conclusioni*

Tra le finalità della comparazione in campo costituzionale è, come noto, da tempo consolidata anche la sua funzione eminentemente pratica, che consiste nell'offrire al costituente, al legislatore o al giudice «il materiale comparatistico commentato, ordinato, classificato, perché essi possano utilizzarlo con piena conoscenza»[52].

Il costituente ed il legislatore ricorrono, infatti alla comparazione allo scopo di predisporre un testo normativo destinato ad essere operativo per il futuro in un numero indeterminabile di situazioni che debbono ancora verificarsi: normatore e giudice cercano, di conseguenza, nella comparazione un supporto strumentale alla «migliore giustificazione della creazione o della interpretazione della norma»[53].

Per ciò che concerne il ruolo della comparazione nell'ambito dell'attività giurisdizionale, è ormai acquisito che la comparazione non è più praticata dalla giurisprudenza «soltanto in chiave esornativa, ma rientra ormai pacificamente tra le tecniche interpretative usate dai giudici (e in particolare dalla Corti supreme) per risolvere i casi a loro sottoposti»[54].

Nella dimensione attuale delle esperienze costituzionali contemporanee, i compiti della comparazione giuridica si sono, perciò, notevolmente arricchiti, soprattutto attraverso l'opera di consulenza costituzionale offerta dalla Commissione di Venezia[55] e per mezzo del confronto cooperativo e dialogico tra le giurisdizioni costituzionali, senza che ciò comporti, del resto, alcun valore cogente o vincolante dei precedenti giudiziari citati, ma solo persuasivo, sì che «il rilievo per le giurisprudenze nazionali delle giurisprudenze straniere o sopranazionali non presuppone affatto l'umiliazione delle costituzioni nazionali»[56].

Questo fenomeno di dialogo cooperativo tra le Corti sembra ora caratterizzare in maniera più intensa anche l'esperienza della Corte costituzionale italiana, in passato poco propensa ad utilizzare l'argomento comparativo nelle sue pronunce, al punto che – nelle decisioni più difficili e controverse di questi ultimi anni – la citazione (anche esplicita) di precedenti giudiziali di altre

[52] L. Pegoraro, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, 2014, 230.

[53] G. de Vergottini, *Una riflessione su comparazione costituzionale e manualistica*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, 3.

[54] A Di Giovine, A. Algostino, F. Longo, A. Mastromarino, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Firenze, 2017, 35.

[55] Sull'imponente lavoro di diritto comparato svolto oggi dalla Commissione di Venezia, cfr. anche T. Groppi, *Dal costituzionalismo globale ai nuovi autoritarismi. Sfide per il diritto comparato*, in *Rivista AIC*, n. 4/2022, 76.

[56] G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Torino, 2008, 404.

Corti è stata, non di rado, impiegata proprio per dirimere i casi più complessi e spinosi, anche dal punto di vista etico e istituzionale, oggetto di sindacato costituzionale.

Il ricorso alla comparazione e al diritto straniero da parte della Corte italiana è stato poi, di recente, impiegato anche per stimolare una forma di più intenso dialogo con il Parlamento[57], sulla scorta di quanto da tempo avviene negli ordinamenti di *common law*, i quali, come noto, risultano appunto più inclini a praticare il ricorso all'argomento comparativo rispetto ad altre aree geografiche del globo[58].

Il diritto costituzionale comparato si mostra, dunque, una disciplina essenziale per risolvere problemi complessi[59], che può proprio considerarsi come "un amico ricco di esperienza che fa pensare meglio, risveglia energie potenziali latenti, allarga le prospettive e arricchisce le argomentazioni, portando alla luce punti di vista forse altrimenti ignorati"[60].

Il tutto nella prospettiva di un confronto aperto e critico tra le varie esperienze ordinamentali, nel quale "l'arte del dialogo" costituisce un meccanismo determinante della comparazione giuridica contemporanea.

[57] D'altronde, «sulla fiducia nel dialogo, nel confronto degli argomenti e dei valori, si fonda la civiltà che la nostra Costituzione, insieme ad altre, ha contribuito a costruire in Europa sulla base della forza del diritto»: così G. Amato, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2021*, cit., 20.

[58] Come ricordano G. Morbidelli, M. Volpi, G. Cerrina Feroni, *Diritto costituzionale comparato*, Torino, II ed., 2024, 32 e A. Di Martino, *Circolazione delle soluzioni giuridiche e delle idee costituzionali. Questioni di metodo comparativo e prassi tra culture costituzionali e spazi globali*, cit., 819.

[59] S. Bartole, *Comparative Constitutional Law – an Indispensable Tool for the Creation of Transnational Law,* in *European Constitutional Law Review*, 2017, 601 ss.

[60] G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, cit., 405.

Mario Esposito[*]

UN CASO DI ECCESSO DI POTERE GIURISDIZIONALE

SOMMARIO: 1. Lo "statuto costituzionale" della giurisdizione. – 2. La Corte costituzionale e l'art. 65 ord. giur.: la repressione dell'eccesso di potere giurisdizionale. – 3. Il caso. – 4. *Segue*. – 5. Il deferimento alle Sezioni Unite della Corte di cassazione. – 6. – Le Sezioni Unite in funzione di "custode" degli orientamenti giurisprudenziali. – 7. La rimessione alla Corte costituzionale. – 8. La motivazione della sent. n. 160/2024: la declaratoria di illegittimità costituzionale di una sovrascrittura interpretativa.

1. *Lo "statuto costituzionale" della giurisdizione*

Il tema dello "statuto costituzionale" della giurisdizione è di particolare – e direi costante – attualità, non soltanto perché, sin dalle origini delle moderne costituzioni, i rapporti tra potere legislativo ed ordine giudiziario è stato un banco di prova essenziale per la verifica di effettività dei nuovi principi[1], ma anche perché la nostra Costituzione è tra le pochissime carte occidentali che espressamente annovera, tra i diritti costituzionali, quelli di agire e di difendersi in giudizio (una peculiarità che purtroppo sfugge anche agli autori di accorsate trattazioni sul tema dei "diritti fondamentali"). Forse in pochi casi, come in quello italiano, è manifesta ed evidente la fondatezza delle osservazioni di Carlo Lavagna sulla appartenenza degli ordinamenti democratici al genere degli ordinamenti processuali[2]. E in altra sede mi è parso di poter scorgere interessanti parallelismi tra il diritto di azione e il diritto di voto: un rapporto che, del resto, trova conferma nelle richieste riforme istituzioni finanziarie internazionali.

Moltissimi sono dunque i punti di osservazione per uno studio della giurisdizione in prospettiva costituzionale.

Negli ultimi anni l'interesse degli studiosi è stato attratto, e a ragione, dai temi del c.d. diritto vivente (formula generica, con molti complessi risvolti te-

[*] Professore Ordinario di Diritto Costituzionale nel Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università del Salento.

[1] È da chiedersi se attualmente, alla luce della evoluzione dei soggetti e delle forme della giurisdizione, l'antico problema del rapporto tra legge e regolamento – cruciale, com'è ben noto, nella prospettiva della separazione dei poteri - non si ponga invece con riferimento alle relazioni tra volontà dispositiva della rappresentanza e "arresti di natura regolamentare" delle giurisdizioni superiori.

[2] C. LAVAGNA, *Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, e poi anche in ID., *Problemi giuridici delle istituzioni*, Milano, 1984, 31.

orici e pratici[3]) e della interpretazione conforme a Costituzione: ad entrambe è sotteso, a ben vedere, un significativo spostamento degli assi del sistema delle fonti rispetto all'architettura delineata in Costituzione e pertanto anche della forma di governo.

Si è progressivamente assistito ad un vero e proprio "sdoppiamento" della volontà dispositiva (*recte*: dei soggetti produttori di norme), appena velato dalla diade "disposizione/norma"[4], che ha legittimato l'idea secondo cui il processo sarebbe la sede non già dell'attuazione della volontà astratta del legislatore, bensì della formazione della regola: a dispetto però delle fascinazioni per la c.d. formazione esperienziale del diritto (e per la giustizia del caso concreto) tale trasposizione non è andata a vantaggio dei singoli, perché alla necessaria astrattezza della legge – che il giudice deve sottoporre a quel giudizio ispettivo che, a contatto con le questioni poste dalle parti, conduce alla oggettivazione della legge medesima nel "concreto" si fa torto al concreto – si sostituisce una falsa concretezza, che viceversa riduce il fatto (quello normativo, contenuto nella postulazione di giudizio, per la cui qualificazione occorre ovviamente il riferimento normativo, e quello relativo alle vicende della realtà dedotte in causa)[5]

È da considerare che la elevazione interpretazione a funzione potenzialmente normativa, sconta la mancata considerazione sul piano storico – avuto riguardo proprio alla fase di avvio della moderna razionalizzazione del sistema delle fonti (allorché, com'è noto, si formano i primi precedenti dell'art. 12 disp. prel. c.c.) – del fatto che il termine fa (e inevitabilmente conserva) un riferimento alla interposizione (concorrente) delle opinioni dei dottori e dei grandi tribunali rispetto alla volontà dispositiva generale ed astratta del sovrano: non mi pare un caso, infatti, se molte delle numerosissime variazioni sul tema della creazione giudiziale del diritto omettano di conferire adeguato rilievo al processo[6],

[3] Cfr. l'ampia ricostruzione di M. Cavino, voce *Diritto vivente*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. IV, Torino, 134 ss.

[4] Sulla quale, cfr. le penetranti considerazioni critiche di M. Luciani, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir. – Annali*, IX, Milano, 2016, 391 ss., al quale si contrappone la posizione di F. Modugno, A. Longo, *Disposizione e norma*, Napoli, 2021.

[5] Il Maestro che onoriamo, unitamente ad un allievo, si è occupato, con la Sua consueta, raffinata sensibilità del tema della "clinica del diritto", riprendendo un'intuizione di Francesco Carnelutti (E. Buono, S. Prisco, *Francesco Carnelutti e la «clinica del diritto». Attualità e sviluppi di un'intuizione*, in *Per Francesco Carnelutti. A cinquant'anni dalla scomparsa*, Padova, 2015, 33 ss., facendo ben emergere la complessità della dimensione "concreta", sulla quale Carnelutti insisteva particolarmente, in ciò paradossalmente vicino alle altrettanto ricche e profonde riflessioni di Salvatore Satta (si v. ad es., per comodità di consultazione, Id., *Trattatello di procedura civile*, a cura di L. Cavallaro, Milano, 2015, 149 ss.).

[6] Lo rileva ad es. R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva «quantistica»*, Milano, 2013*,* 105 s.*,* il quale rinvia alla fisica moderna per l'insegnamento circa la irripetibilità di ogni esperimento, perché l'osservazione del ricercatore influisce codeterminando

alle sue regole e alla sua essenziale rilevanza nella formazione della decisione giudiziale, che, per corrispondere alle contrapposte pretese delle parti e quindi al *thema decidendum*, non deve aver nulla di generale e di astratto.

Le relazioni tra legislazione e giurisdizione vengono infatti estremamente semplificate, se non banalizzate, da una rappresentazione del "rapporto processuale" articolato sulla relazione tra la domanda di giustizia (nel senso della attribuzione di un bene, materiale o immateriale) e la decisione del giudice: si perde così il carattere proprio dell'*actus trium personarum* e la posizione contrapposta a quella di chi domanda perde il carattere di diritto avente pari dignità.

Ma in realtà anche la posizione dell'attore muta natura e, quasi esasperando la concezione pubblicistica dell'azione (ben lungi, si badi, dall'impostazione chiovendiana), assume una colorazione funzionale, simile a quella dell'interesse legittimo nelle sue prime formulazioni teoriche: l'azione è una sorta di petizione, che offre occasione al giudice di individuare l'assetto che egli, sapienzialmente – e senza ovviamente disporre degli strumenti che sono propri del legislatore, né, ovviamente, la legittimazione rappresentativa spetta ai parlamentari – considera più adeguata alla tipologia alla quale ritiene di ricondurre la domanda[7]. Tale "modello culturale" ha influenzato il legislatore, che, in vari modi, diretti[8] ed

gli esiti dell'esperimento stesso: ma può ben dirsi che i giuristi ne fossero coscienti (o dovessero esserlo) ben prima, almeno da quando – ed è fenomeno antichissimo – la decisione giudiziale è stata l'esito di un confronto dialettico tra le parti e con il giudice. Sul tema, anche in contrappunto allo studio di Bin, v., se vuoi, M. Esposito, *Lo* stare decisis *al vaglio dei principi costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 1007 ss.

[7] Si tratta ovviamente di una schematizzazione elementare, che tuttavia consente di cogliere un altro profilo che meriterebbe di essere sottoposto ad attenta analisi. I sistemi fondati sulla c.d. *judge-made law* si basano sulla ripetizione di massime esperienziali, che, in definitiva, svolge, *grosso modo*, la stessa funzione che è propria della legislazione generale ed astratta, ma con un sacrificio della aderenza della decisione al caso, che viene in particolare evidenza allorché, ritenendosi necessario modificare il precedente (c.d. *overrulling*), si pone la questione della retroattività del mutamento: sulle questioni qui appena accennate, è utile ancor oggi la penetrante indagine di W. Bigiavi, *Appunti sul diritto giudiziario*, rist., Padova, 1989.

[8] Possono considerarsi diretti i mezzi consistenti nel riconoscimento di effetti *lato sensu* di vincolo ai precedenti delle giurisdizioni superiori nei riguardi dell'esercizio dei diritti di azione e di difesa, anche e soprattutto sotto forma di limiti di ammissibilità dei ricorsi proposti per fare valere violazioni di legge (come accade in sede di giurisdizione di legittimità civile e penale, nonché con riferimento all'appello dinnanzi al Consiglio di Stato, ove, qualora la sezione investita non ritenga di aderire ad un principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria, è tenuta a spogliarsi della causa, rimettendola all'Adunanza medesima), con conseguente "gerarchizzazione" dell'ordine giudiziario, in violazione dell'art. 101, co. 2, Cost., che assume tra i principi costituzionali la regola di giudizio di cui, ad es., all'art. 113 c.p.c. ("Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto[(1)], salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità"), specificandone ulteriormente i termini (poiché secondo Costituzione la legge non può sostituire a sé regole *aliunde* formatesi e non può quindi ridursi ad una norma di mero rinvio formale): ma è evidente che il vincolo formale al precedente (sanzionato da inammissibili-

indiretti[9], ha rimesso ai giudici una sorta di *delega* alla integrazione e attuazione dei disposti normativi, assecondando l'innesto che la Corte costituzionale ha, per così dire, praticato nel tessuto ordinamentale attraverso l'insistito ricorso alle sentenze interpretative di rigetto, che, dopo un primo "rigetto" per la reazione della Corte di cassazione[10], ha dato vita ad una sorta di circuito parallelo di produzione normativa, che si è particolarmente consolidato nella "dottrina del diritto vivente".

Da ultimo, la Corte costituzionale (si pensi, ad es., alla sent. n. 131/2024), sembra orientata se non altro a considerare con minor rigore la vincolatività del c.d. diritto vivente, al fine di scongiurare il rischio che esso ridondi non solo in una diminuzione della tutela della parte (alla quale il giudice sarebbe altrimenti tenuto a "somministrare" la regola di creazione giurisprudenziale), ma anche in una riduzione della possibilità per la stessa Corte costituzionale di intervenire sulla correttezza della interpretazione della volontà legislativa e, quindi, in ultima analisi, di interloquire con il legislatore.

Tuttavia, ancor di recente, la Corte costituzionale, di fronte ad un caso conclamato di "diritto vivente" in contrasto con la *voluntas legis* non ha ritenuto di rimarcare che la declaratoria di incostituzionalità "nei sensi di cui in motivazione" (dunque con una sentenza interpretativa di accoglimento) era volta a

tà) incide restrittivamente sull'attività interpretativa che il giudice dovrebbe condurre sulla base delle regole di allegazione e di prova stabilite dalla legge e della disciplina, sempre legislativa, attinente al merito dei fatti dedotti in causa. Correlativamente il diritto di azione (e con esso quello di difesa) muta natura e funzione, poiché non richiesta di applicazione della legge (o postulazione di giudizio secondo legge) ai fatti dedotti (ed essi pure ricostruiti e vagliati secondo le regole di legge), bensì domanda di giustizia da valutarsi secondo la regola di giudizio che si ritenga di poter estrarre dalla decisione di e per altri casi. È un tema di particolare complessità e di cruciale importanza nella prospettiva della forma di Stato: sia consentito rinviare, per più ampi svolgimenti, con corredo di riferimenti, a M. Esposito, Iurisdictio in genere sumpta: *il rapporto tra legge e giurisdizione nella prospettiva della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 812 ss.; Id., *L'azione in giudizio come diritto costituzionale di partecipazione*, negli *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino, 2016, 907 ss.; Id., *L'Adunanza Plenaria in funzione paranormativa: brevi considerazioni critiche sull'art. 99, co. 3, c.p.a.*, in *Giur. it*, 2018, 2461 ss.; Id., *La Consulta schiva l'occasione per dire la sua sull'attività ultragiurisdizionale della Corte di cassazione (a proposito dell'art. 363 c.p.c. in tema di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge)*, *Giur. cost.* 2015, 955 ss.

[9] Un mezzo indiretto – e non di rado preterintenzionale - si rinviene nella lacunosa formulazione delle disposizioni, tale da legittimare di fatto l'integrazione anche largamente manipolatoria in sede applicativa, secondo o persino oltre lo schema della attribuzione alle fonti secondarie di completare la fattispecie legislativa, delineata solo approssimativamente.

[10] Esemplare il conflitto tra Corte costituzionale e Corte di cassazione nel noto caso Pezzella: cfr., se vuoi, M. Esposito, «In penetralibus pontificum repositum erat»: brevi considerazioni sulla parabola discendente del diritto scritto, in *Giur. cost.*, 2004, 3010 ss.

sanzionare un eccesso di potere giurisdizionale lesivo non solo dell'art. 65 ord. giud., ma anche e principalmente degli artt. 70 e 101, co. 2, Cost.

Si tratta della sent. n. 160/2024, sulla quale pare opportuno soffermarsi.

2. *La Corte costituzionale e l'art. 65 ord. giur.: la repressione dell'eccesso di potere giurisdizionale*

Il profilo di maggiore interesse della sent. n. 160/2024 si rinviene in ciò, che il dispositivo di accoglimento interpretativo pone riparo, a ben vedere, non già ad una volontà incostituzionale del legislatore, ma, al contrario, ad un *usus fori* in contrasto con gli artt. 7 l. n. 47/1985 e 31 d.P.R. n. 380/2001, pervicacemente perpetuato dalla Corte di cassazione, sin dal 2006 e al quale essa stessa avrebbe potuto porre rimedio con un ragionato *revirement*. Oggettivamente, quindi, la pronuncia della Corte costituzionale svolge una funzione di repressione di un eccesso di potere giurisdizionale, con invasione delle competenze riservate al legislatore. E nel contempo risponde ad una sorta di riassegnazione della funzione nomofilattica di cui all'art. 65 ord. giud. La decisione assicura, insomma, la corretta interpretazione delle disposizioni che, formalmente, dichiara incostituzionali *in parte qua*.

3. *Il caso*

Il caso *a quo* era di particolare rilievo: il titolare di una garanzia ipotecaria (di origine giudiziale *ex* art. 656 c.p.c.), che assisteva un credito più volte ceduto, sorto nel 1993, aveva avviato nel 2013 l'esecuzione forzata, con il pignoramento del fondo oggetto di tale diritto, sul quale il proprietario esecutato aveva realizzato un immobile abusivo, esso pure assoggettato al pignoramento in forza del diritto di accrescimento di cui all'art. 2811 c.c.

Ma il Tribunale di Agrigento, per ben due volte (con ordinanza del giudice dell'esecuzione e poi in sede di opposizione agli atti esecutivi) dichiarava improseguibile l'esecuzione forzata: nel 1994 infatti il Comune di Agrigento, accertato che sul fondo suddetto era stata realizzata un'opera abusiva, aveva trascritto provvedimento di acquisizione al patrimonio comunale del fabbricato, dell'area di sedime e di quella pertinenziale circostante.

I giudici siciliani applicavano l'art. 7 l. n. 47/1985, in allora vigente (e sostanzialmente riprodotto dall'art. 31 d.P.R. n. 380/2001), nella lettura datane dalla Corte di cassazione, secondo cui « L'ordinanza di acquisizione gratuita al patrimonio indisponibile del Comune della costruzione eseguita in totale difformità o assenza della concessione, emessa dal Sindaco ai sensi dell'art. 7 della legge n. 47 del 1985, che si connota per la duplice funzione di sanziona-

re comportamenti illeciti e di prevenire perduranti effetti dannosi di essi, dà luogo ad acquisto a titolo originario, con la conseguenza che l'ipoteca e gli altri eventuali pesi e vincoli preesistenti vengono caducati unitamente al precedente diritto dominicale, senza che rilevi l'eventuale anteriorità della relativa trascrizione e/o iscrizione. La fattispecie è assimilabile al perimento del bene, ipotesi nella quale si estingue l'ipoteca, giacché l'immobile abusivo è destinato al "perimento giuridico", normalmente conseguente alla demolizione, salva la eccezionale acquisizione al patrimonio comunale, che lo trasforma irreversibilmente in "res extra commercium" sotto il profilo dei diritti del debitore e dei terzi che vantino diritti reali limitati sul bene»[11].

A nulla, peraltro, valeva la prospettazione, da parte del creditore procedente, di una questione di illegittimità costituzionale: il Tribunale riteneva infatti che, non conferendo l'ipoteca poteri o facoltà di godimento del bene, il creditore non avesse interesse in ordine a tale questione.

4. *Segue*

Veniva dunque proposto ricorso per cassazione, articolato in quattro motivi, uno solo dei quali però esaminato dalla Sezione terza, che rimetteva gli atti al Primo Presidente *ex* art. 374, co. 2, c.p.c.

Almeno altri due capi di censura avrebbero meritato attenzione:

- quello col quale si contestava che il provvedimento di acquisizione determinerebbe sempre la trasformazione del manufatto abusivo in *res extra commercium*, tale non essendo il caso quando l'abuso sia sanabile[12], perché allora il terzo incolpevole potrà provi rimedio e, in particolare, il creditore ipotecario avrebbe il diritto di demolire il manufatto abusivo o di sanarlo, con decorso del termine per proporre domanda di sanatoria dall'ordinanza di vendita o di assegnazione del bene staggito;
- l'altro, mediante il quale si contestava la ricostruzione della fattispecie di cui all'art. 7 l. n. 47/1985 in termini di acquisto a titolo originario, sostenendo invece trattarsi di «un trasferimento che segue all'esito di un procedimento amministrativo e del provvedimento di trascrizione», un trasferimento imperativo, ma a titolo derivativo «con tutte le conseguenze di legge, perlomeno rispetto al creditore iscritto».

La ricostruzione del ricorrente, come si vedrà, trova più di un radicamento nel dato positivo, anche alla luce della doverosa interpretazione sistematica: e ciò avrebbe consentito alla Sezione di risolvere la questione senza dover inve-

[11] Cass, 26 gennaio 2006, n. 1693, in questa *Rivista*, 2007, 858 ss., con oss. di L. Stronna.

[12] …e allora il bene sarà *extra commercium* soltanto nei confronti dell'autore dell'abuso.

stire le Sezioni Unite, anche conferendo rilievo all'elemento di diversità fattuale posto da essa stessa posto in rilievo.

La massima tralatizia in base alla quale l'acquisizione al patrimonio del comune determinerebbe la caducazione dei diritti reali dei terzi, anche se del tutto estranei all'illecito edilizio, si è formata in larga parte in relazione alle situazioni giuridiche soggettive aventi ad oggetto la stessa opera abusiva e non già gli altri beni che la disposizione cit. coinvolge nel procedimento di acquisizione.

Con intuitiva evidenza, i limiti di siffatta ricostruzione vengono in luce con chiarezza soprattutto quando si tratti dell'area di sedime e di quella pertinenziale che, di per sé, devono ritenersi neutre anche e soprattutto rispetto alla tesi della "trasformazione" giuridica, che in realtà è un inattuale relitto della l. n. 10/1977 e della logica che ad essa presiedeva.

5. *Il deferimento alle Sezioni Unite della Corte di cassazione*

Ma la Sezione terza ha ritenuto che alla scelta ermeneutica consolidatasi negli anni e seguita dal Tribunale di Agrigento non potesse opporsi la circostanza che nel caso concreto l'ipoteca fosse stata iscritta sul fondo e non sull'immobile e prima che il proprietario lo edificasse: d'altra parte la regola giurisprudenziale applicata non sembra distinguere la fattispecie acquisitiva in relazione all'oggetto.

L'ordinanza interlocutoria adottata dalla sezione semplice faceva leva sul quarto motivo di ricorso: la violazione e falsa applicazione dell'art. 117 Cost. in relazione all'art. 7 CEDU, ma graduando le ragioni che dovrebbero condurre, a suo avviso, le Sezioni Unite a risolvere la questione:

- in tesi, affermando il principio per cui al creditore ipotecario è consentito coltivare l'esecuzione forzata, al fine di pervenire ad una vendita sottoposta alla condizione sospensiva dell'assunzione dell'obbligazione di demolire l'abuso o della presentazione di una doman da di sanatoria;
- in ipotesi, sollevare questione di legittimità costituzionale degli artt. 7 l. n. 47/1985 e 31 d.P.R. n. 380/2001 per contrasto con gli artt. 6 e 7 CEDU e con l'art. 1 del Protocollo addizionale.

Le cennate ragioni erano:

- la differenza fattuale del caso specifico (ipoteca sul fondo – *recte*: sul diritto di proprietà sul fondo – e non sull'opera abusiva);
- il sopravvenire, successivamente al primo affermarsi del principio che lega alla confisca urbanistica un effetto di travolgimento delle ipoteche anteriormente iscritte, di una consolidata giurisprudenza della Corte EDU, che riconosce a tutti i diritti patrimoniali qualifica di beni tute-

lati ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 1 allegato alla CEDU; afferma l'assimilabilità della confisca urbanistica ad una sanzione penale, la cui adozione non può quindi prescindere dalle garanzie a tutela del diritto di difesa dell'espropriato e dei terzi; esclude che la confisca possa legittimamente colpire soggetti che non siano stati e non potevano essere parte del procedimento che la infligge; richiede che la confisca sia proporzionata allo scopo.

- Gli esiti paradossali ai quali condurrebbe l'orientamento tradizionale, seguendo il quale il creditore ipotecario non può opporsi né alla costruzione dell'immobile abusivo, né all'ordine di demolizione (in quanto terzo estraneo al provvedimento e pertanto non incluso tra i destinatari di comunicazioni e notifiche), «perde una garanzia concessa su un bene diverso da quello imperativamente trasferito nel patrimonio del Comune»: situazione che la Sezione ritiene ancor più paradossale, atteso che tale sacrificio non giova all'interesse pubblico, essendo obiettivo della legge consentire alla P.A. di demolire gli immobili abusivi «per cui ove essa fosse pronta nell'adempimento di tale suo compito, il fondo rimarrebbe nello stato in cui si trovava al momento dell'iscrizione dell'ipoteca».

Il provvedimento *ex* art. 374 c.p.c. ha tra gli altri il merito di porre in chiara evidenza i numerosi profili di irrazionalità del costrutto interpretativo elaborato e poi confermato negli anni dalla Suprema Corte.

L'occasione sarebbe stata quindi favorevole per una revisione critica dei fondamenti di tale indirizzo.

6. *Le Sezioni Unite in funzione di "custode" degli orientamenti giurisprudenziali*

Le Sezioni Unite viceversa, ripercorsa brevemente l'evoluzione della normativa dalla l. n. 10/1977 a quella odierna, con il decisivo mutamento della destinazione dei beni confiscati (dal patrimonio indisponibile del Comune a quello disponibile[13], con decisiva caratterizzazione della sanzione in senso puramente patrimoniale), vi sovrappongono la tesi dell'acquisto a titolo origina-

[13] La natura sanzionatoria della misura di cui all'art. 7 l. n. 47/1985 è stata acclarata dalla Corte costituzionale con la sent. n. 345/1991 (in *Giur. costi*, 1991, 2751 ss., con cospicua oss. di G. Morbidelli, *La confisca delle opere abusive al vaglio della Corte: dalla tutela del proprietario incolpevole al principio del contraddittorio nelle sanzioni edilizie*), che ha escluso la funzione strumentale dell'acquisizione alla demolizione del manufatto abusivo: «Detta interpretazione tralascia invece di considerare che l'operatività dell'ingiunzione è un provvedimento amministrativo di natura autoritativa che, in quanto tale, è assistito, in base ai principi generali che regolano l'azione amministrativa, dal carattere della esecutorietà insito nel potere di autotutela che, come è noto, consiste nel potere-dovere degli organi amministrativi di dare esecuzione ai provvedimenti da essi stessi emanati».

rio, senza confrontarla con la lettera e con la causa della disposizione che prevede la misura dell'acquisizione, svalutando invece gli elementi sistematici che sembrano escludere la plausibilità dell'argomento centrale della tesi suddetta, ossia quella della trasformazione del bene o addirittura del suo perimento (*in eventum*, però: cioè soltanto ove il Comune scelga di demolirlo e senza considerare che anche all'esito della determinazione in tal senso residuerebbero modo e termine per il soddisfacimento del creditore ipotecario sul bene medesimo): ad es. e soprattutto l'alienabilità del bene di cui all'art. 31, co. 5, d.P.R. n. 380/2001 e, più in generale, il carattere meramente patrimoniale dei beni anche a seguito dell'acquisizione da parte dell'Ente pubblico.

L'unico (fragile) punto di appoggio della lettura in chiave di acquisto a titolo originario dovrebbe essere il sintagma normativo *acquisizione di diritto*, presente negli artt. 7 l. n. 47/1985 e 31 d.P.R. n. 380/2011, ancorché esso si riferisca alla doverosità dell'applicazione della misura sanzionatoria[14]: con tale espressione «si è voluto precisare, in realtà, che l'acquisizione al patrimonio

Non può obliterarsi, d'altra parte, che l'Amministrazione dovrebbe in via principale esercitare la funzione di vigilanza sull'attività edilizia, con i connessi poteri repressivi con finalità ripristinatoria (cfr. art. 27 d.P.R. n. 380/2001: Il dirigente o il responsabile, quando accerti l'inizio o l'esecuzione di opere eseguite senza titolo su aree assoggettate, da leggi statali, regionali o da altre norme urbanistiche vigenti o adottate, a vincolo di inedificabilità, o destinate ad opere e spazi pubblici ovvero ad interventi di edilizia residenziale pubblica di cui alla legge 18 aprile 1962, n. 167, e successive modificazioni ed integrazioni, nonché in tutti i casi di difformità dalle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici, provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi».

Mutamento confermato e rafforzato nella sua *ratio* dall'art. 1, co. 1., lett. d, d.l. n. 69/2024, che ha introdotto nell'art. 31, co. 5, d.P.R. n. 380/2001, dopo il primo periodo, la seguente disposizione: «Nei casi in cui l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici, culturali, paesaggistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico, il comune, previa acquisizione degli assensi, concerti o nulla osta comunque denominati delle amministrazioni competenti ai sensi dell'articolo 17-bis della legge n. 241 del 1990, può, altresì, provvedere all'alienazione del bene e dell'area di sedime determinata ai sensi del comma 3, nel rispetto delle disposizioni di cui all'articolo 12, comma 2, della legge 15 maggio 1997, n. 127, condizionando sospensivamente il contratto alla effettiva rimozione delle opere abusive da parte dell'acquirente. È preclusa la partecipazione del responsabile dell'abuso alla procedura di alienazione. Il valore venale dell'immobile è determinato dai competenti uffici dell'Agenzia delle entrate tenendo conto dei costi per la rimozione delle opere abusive».

[14] …e che essa sia tale è ampiamente riconosciuto dalle stesse Sezioni Unite rimettenti, anche sulla scorta di numerosi richiami alla giurisprudenza propria, a quella amministrativa (da ultimo Cons. St., Ad. Plen., 11 ottobre 2023, n. 16, sulla quale cfr. C. Commandatore, *Il sistema sanzionatorio dell'illecito edilizio all'esame dell'Adunanza plenaria*, in *Urb. app.*, 2024, part. 63 ss.; E. Giardino, *L'inottemperanza all'ordinanza di demolizione e i suoi effetti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, part. 400 s.) e a quella costituzionale, sin dal 1991: di tal che difficilmente può credersi che i principi espressi dalla Corte EDU, muovendo appunto dalla natura sanzionatoria della confisca edilizia, possano ritenersi in tal grado innovativi da imporre essi (e non invece

comunale è atto dovuto, e non discrezionale, una volta verificatasi l'inottemperanza dovendosi escludere che quest'ultima si verifichi per il solo fatto dell'infruttuoso decorso del termine» (Tar Campania, Salerno, 7 novembre 1988, n. 301[15].

Ma l'argomentazione è puramente apparente e non tiene conto non solo del fatto che il fraseggio normativo non può essere ritenuto evocativo di costruzioni dogmatiche, ma soprattutto che la scelta di quelle conferenti alla *voluntas legis* deve misurarsi con la reale dinamica della fattispecie.

Le Sezioni Unite danno per dimostrato quel che invece richiederebbe dimostrazione: che trattandosi di acquisizione di diritto, «eventuali pesi o vincoli preesistenti sono destinati a caducarsi in uno con il caducarsi del precedente diritto dominicale, al di là e a prescindere dall'eventuale anteriorità della relativa trascrizione ne/o iscrizione»; ciò che consentirebbe di assimilare tale fattispecie al "perimento del bene", con gli effetti di cui all'art. 2878 c.c.: «E che di "perimento giuridico" nella specie si tratti è confermato da quella che si caratterizza come l'evoluzione "normale" della vicenda ablativa, destinata, difatti, a concludersi con la demolizione dell'immobile abusivo, salva la "eccezionale" acquisizione al patrimonio comunale per preminenti e motivati interessi pubblici».

Tale assetto viene ritenuto solo oggi, alla luce di alcune notissime pronunzie della Corte EDU (sopravvenute rispetto all'affermazione dell'orientamento seguito sino ad oggi dalla Cassazione), incompatibile con l'art. 1 del Protocollo addizionale CEDU, avuto riguardo alla natura di beni propria di tutti i diritti patrimoniali[16]; al carattere punitivo della confisca urbanistica, con conseguente applicazione ad essa delle garanzie proprie del diritto penale[17], alla inammissi-

già prima le coordinate costituzionale in materia di potestà punitiva) un mutamento del punto prospettico di lettura.

[15] In *Foro amm.*, 1989, I, 1512.

[16] Conclusione alla quale, con ben altra ricchezza di argomentazioni, era già giunta la dottrina italiana sulla scorta dell'art. 42 Cost.: per tutti, si v. le efficacissime riflessioni di F. D'ALESSANDRO, *Interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 53 ss., ora anche in *Scritti di Floriano d'Alessandro*, I, Milano, 1997, 863: «Sono infatti personalmente convinto – e con me lo è la migliore giurisprudenza, sia pratica, sia teorica che l'espressione "proprietà privata", ricorrente nel secondo e nel terzo comma della norma, non vada intesa nel senso stretto proprio del linguaggio giuscivilistico, ma in quello, assai più ampio, congruo con le idee portanti politico-ideologiche cui è ispirata la nostra carta costituzionale. Rilette in questa chiave, le regole dell'art. 42 si presentano, almeno tendenzialmente, nella veste di sommo statuto generale dei diritti privati a contenuto patrimoniale pertanto di metro universale sul quale misurare ogni norma formalmente o anche solo sostanzialmente ablativa di tali diritti».

[17] Com'è ben noto, la giurisprudenza della Corte EDU ha avuto il merito, tra gli altri, di superare i limiti puramente nominalistici nell'individuare il carattere punitivo delle sanzioni:

bilità di una sanzione che colpisca soggetti che non siano stati parte del relativo procedimento; alla necessità che la confisca sia proporzionata allo scopo[18] .

Ma le Sezioni Unite ritengono che non sia praticabile nessuna ortopedia interpretativa.

Non quella di «costruire l'atto di acquisizione del bene immobile al patrimonio del comune come diritto di proprietà superficiaria *ex* art. 952, co. 2, c.c.: «se così fosse, il comune, nel momento in cui acquisisce il bene, non ne diverrebbe proprietario pieno, bensì proprietario superficiario» e «si potrebbe (in astratto) ipotizzare che il diritto del creditore che abbia ipotecato il solo terreno sul quale l'immobile insiste sopravviva alla vicenda acquisitiva legale». Ad avviso della Suprema Corte, tuttavia, tale interpretazione urterebbe contro l'obiettività del dato legislativo. Singolare conclusione, per la verità, ove si ponga mente che, nel dettato di legge (sia del 1985, sia del 2001) si utilizzano termini che univocamente richiamano proprio il diritto di superficie (area di sedime e, tipologicamente omogenea a questa, «quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune»)[19].

ma anche sul punto, la nostra Costituzione offriva già solido appiglio per la costruzione di una generale categoria di diritto punitivo: per maggiori ragguagli, cfr., se vuoi, M. Esposito, *Un caso di «truffa delle etichette»: l'uso alternativo delle misure di prevenzione patrimoniali*, in *Giur. cost.*, 2012, 3518 ss.; Id., *Indeterminatezza normativa e poteri creativi del giudice in materia di sanzioni amministrative: problemi di costituzionalità*, in *Giust. amm.*, 2013; Id., *Il grave problema dei limiti della potestà punitiva tra gli origami della Consulta*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, I, 545 ss.; Id., *Considerazioni critiche sul nuovo «diritto penale amministrativo»*, in *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, II, Napoli, 2018, 1131 ss.

[18] Nel caso che ne occupa, il difetto di proporzione è colto sotto il profilo della ritenuta estinzione anche dei diritti sui beni confiscati facenti capo a terzi del tutto estranei all'illecito edilizio. Ma la questione potrebbe porsi anche sotto il profilo oggettivo, considerando che, oltre al manufatto abusivo (la cui confisca può giustificarsi in ragione dell'essere prodotto dell'illecito), l'area di sedime e l'ulteriore area pertinenziale, anche se ricondotti dalla Corte costituzionali ad una ragione di strumentalità rispetto alla commissione dell'illecito (Corte cost., ord. 15 febbraio 1991, n. 82, in *Giur. cost.*, 1991, 571 ss.), lasciano intravvedere un profilo di acquisizione di disponibilità delle aree in parola per la loro utilizzazione e, quindi, un causa espropriativa: in tali termini fu sollevata questione di legittimità costituzionale da TAR Campania, ord. 28 giugno 1989, tuttavia ritenuta manifestamente infondata da Corte cost. n. 82/1991 cit.

[19] Va piuttosto segnalato che le Sezioni Unite non sembrano aver considerato, o voluto considerare, che ai sensi dell'art. 2812 c.c. «Per coloro che hanno acquistato il diritto di superficie o il diritto d'enfiteusi sui beni soggetti all'ipoteca e hanno trascritto l'acquisto posteriormente all'iscrizione dell'ipoteca, si osservano le disposizioni relative ai terzi acquirenti». L'art. 2858 c.c., così richiamato, dispone che «Il terzo acquirente dei beni ipotecati[(1)], che ha trascritto il suo titolo di acquisto e non è personalmente obbligato, se non preferisce pagare i creditori iscritti, può rilasciare i beni stessi ovvero liberarli dalle ipoteche, osservando le norme contenute nella

La Corte ha ritenuto altresì impraticabile l'acuta proposta della Procura generale, secondo cui nel caso specifico l'ipoteca non si estinguerebbe «dal momento che non si è verificato né il perimento materiale del bene né il perimento giuridico, in quanto l'immobile entra a far parte del patrimonio disponibile del comune ed è, pertanto, commerciabile», potendosi fareluogo ad una vendita sottoposta alla condizione sospensiva dell'obbligo di demolire da parte dell'acquirente: tesi ritenuta suggestiva, sì, ma, si badi, in opposizione alla predicata (ma non dimostrata) natura originaria dell'acquisto al Comune e, in ogni caso, alla spettanza alla sola Amministrazione della scelta in ordine alla demolizione (o conservazione del manufatto abusivo: cfr. art. 31, co. 5, d.P.R. n. 380/2001, a mente del quale « 'opera acquisita è demolita con ordinanza del dirigente o del responsabile del competente ufficio comunale a spese dei responsabili dell'abuso, salvo che con deliberazione consiliare non si dichiari l'esistenza di prevalenti interessi pubblici e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici, culturali, paesaggistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico previa acquisizione degli assensi, concerti o nulla osta comunque denominati delle amministrazioni competenti ai sensi dell'articolo 17-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241».

Non resterebbe quindi al creditore ipotecario se non il soddisfacimento sull'eventuale area non acquisita ai sensi degli artt. 7 l. n. 47/1985 e, oggi, 31 d.P.R. n. 380/2001 e/o l'azione risarcitoria nei confronti del soggetto al quale possa essere causalmente ricondotta l'estinzione dell'ipoteca.

7. *La rimessione alla Corte costituzionale.*

A fronte della ritenuta iniquità dell'effetto estintivo determinato dalla normativa edilizia, le Sezioni Unite, ascrivendola alla volizione legislativa, sollevano questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, 24, 117 Cost., quest'ultimo in combinato con gli artt. 42 Cost. e 1 del Protocollo addizionale CEDU: per un verso, v'è il paradosso di una cancellazione del diritto di ipoteca a danno di un soggetto del tutto estraneo all'abuso edilizio; per altro verso, è violata la rafforzata tutela esecutiva, parte integrante della garanzia di cui all'art. 24 Cost.; infine, «la norma censurata, ove dirime il conflitto fra il potere di acquisizione gratuita al patrimonio indisponibile [sic!][20] del comu-

sezione XII di questo capo. In mancanza, l'espropriazione segue contro di lui secondo le forme prescritte dal codice di procedura civile».

[20] Si tratta probabilmente di un refuso, ma quasi simbolicamente indicativo dell'origine dell'orientamento interpretativo seguito dalla Corte di cassazione, ben oltre e, anzi, in contrasto con la fattispecie normativa dell'acquisizione dal 1985 in avanti: il supposto (ma non più esisten-

ne dell'immobile costruito in totale difformità o assenza della concessione e il diritto del creditore ipotecario a soddisfarsi sul fondo oggetto della garanzia, affermando l'assoluta prevalenza del primo – nei termini che si sono in precedenza chiariti – appare contrastante con la consolidata ed uniforme interpretazione che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo offre del più volte citato art. 1 del Protocollo addizionale, qui invocato quale parametro interposto».

8. *La motivazione della sent. n. 160/2024: la declaratoria di illegittimità costituzionale di una sovrascrittura interpretativa.*

La Corte costituzionale opportunamente chiarisce, in primo luogo, «che i dubbi di legittimità costituzionale «traggono origine dall'inquadramento della confisca fra gli acquisti a titolo originario della proprietà».

Tale opzione concettuale è infatti la matrice delle questioni di legittimità costituzionale, perché da essa la giurisprudenza di legittimità fa discendere l'effetto estintivo dei diritti reali di garanzia spettanti ai terzi estranei all'abuso e tuttavia assoggettati essi pure alla confisca.

Il Giudice delle leggi non ne pone in discussione la coerenza con le disposizioni di legge, forse per considerazioni di opportunità pratica, preferendo "correggere" la lettura dogmatica della Suprema Corte, precisando tuttavia che le deduzioni "dogmatiche" della Corte di cassazione (caducazione di pesi e vincoli preesistenti all'acquisizione di diritto al patrimonio comunale, in assenza di previsioni di legge che specifichino la sorte dei diritti reali minori), vengono assunte come *diritto vivente* ed escludendo quindi, per implicito, che si tratti di conclusioni logicamente necessitate.

Gli argomenti usati per la suddetta correzione, in forma di accoglimento interpretativo, contribuiscono però a dimostrare l'inconciliabilità della tesi giurisprudenziale col tenore letterale e teleologico degli artt. 7 l. n. 47/1985 e 31 d.P.R. n. 380/2001.

Gli elementi sistematici addotti a tal fine dalla Corte comprovano che nel sistema della confisca edilizia di cui alle disposizioni cit. v'è bensì «un trasferimento coattivo senza corrispettivo ai fini sanzionatori conseguenti ad un illecito amministrativo e disposto da un'autorità amministrativa»[21], ma esso non è affatto a titolo originario.

te) mutamento di natura giuridica della situazione soggettiva di appartenenza nel passaggio dal privato al Comune.

[21] G. Morbidelli, *La confisca delle opere*, cit., 2759, il quale osserva altresì che «la confisca non si presta ad una configurazione unitaria: *esistono le confische*, non la confisca *tout court*».

Del resto, se può convenirsi che, salvo espresse eccezioni, la confisca estingua i diritti personali, «più complesso si presenta il problema della sorte dei diritti reali sulla cosa, non appartenenti al soggetto passivo della confisca», avuto riguardo al quale «è decisivo esaminare la strutturazione di ogni singola norma positiva e la finalità cui si ispira», tenendo peraltro presente che il più delle volte tale misura colpisce non la cosa nella sua interezza, ma il diritto reale di un determinato soggetto, di tal che ogni altro diritto reale rimane integro[22].

La fondatezza della questione sollevata dalle Sezioni Unite, nel contesto della indiscussa funzione punitiva della confisca, viene desunta dalla Consulta, in larghissima misura, da elementi della conferente disciplina che escludono un effetto di radicale trasformazione dei beni acquisiti (*recte*: delle situazioni giuridiche soggettive su tali beni):

- dall'art. 17, co. 1, l. n. 47/1985, sostituito dall'art. 46, co. 1, d.P.R. n. 380/2001 (nonché dall'art. 40, co. 2, l. n. 47/1985 quanto alle opere realizzate prima del 1° ottobre 1983), in forza dei quali la nullità degli atti tra vivi aventi per oggetto il trasferimento di diritti reali sugli immobili, rispetto ai quali non risultino gli estremi della concessione a edificare o della concessione in sanatoria, non si applica agli atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia;
- dagli att. 17, co. 3, e 40 l. n. 47/1985 e, poi, 46, co. 3, d.P.R. n. 380/2001, in virtù dei quali la sentenza che accerta la suddetta nullità non pregiudica i diritti reali di garanzia acquisiti in base a un atto iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda diretta a far accertare detta nullità.

La Corte costituzionale ha dunque accertato che «La richiamata disciplina dettata dalla legge n. 47 del 1985 (e successivamente dal t.u. edilizia) risponde, evidentemente, alla *ratio* di offrire una particolare protezione al creditore titolare di diritti reali di garanzia, sul presupposto che le ragioni creditorie risultino estranee a quelle istanze di tutela dei traffici giuridici e di contrasto alle finalità speculative, insite nella disciplina di repressione dell'abusivismo, che giustificano la nullità di cui ai citati artt. 17, primo comma, primo periodo, e 40, secondo comma, della legge n. 47 del 1985, nonché 46, comma 1, primo periodo, t.u. edilizia)».

Nello stesso senso, correttamente il Giudice delle leggi richiama gli artt. 17, co. 5, l. n. 47/1985 e, poi, 46, co. 5, d.P.R. n. 380/2001, che sottraggono alla sanzione di nullità gli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali, aventi ad oggetto immobili abusivi.

[22] Cfr. P. Piscione, voce *Confisca (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 977.

La disciplina della vendita forzata, d'altra parte, assicura il rispetto della normativa urbanistico-edilizia (art. 17, co. 5, l. n. 47/1985; art. 40, co. 6, l. n. 47/1985; art. 39 l. n. 724/1994; art. 32 d.l. n. 269/2003): mentre ove non sia possibile ottenere la sanatoria dell'immobile o non trovino applicazione eventuali condoni, il bene viene trasferito all'aggiudicatario con obbligazione *propter rem* di provvedere alla demolizione.

> In definitiva – si legge nella motivazione della sent. n. 160/2024 – la presenza di un abuso edilizio non incide sulla circolazione e sulla tutela del credito ipotecario, le cui facoltà si fanno valere in sede espropriativa, nel rispetto della normativa urbanistico-edilizia.

Ulteriore conferma viene tratta da un profilo viceversa trascurato dalla Corte di cassazione, ancorché esso abbia un rilievo essenziale al fine della precisa ricostruzione dell'istituto della confisca che qui interessa: «la confisca edilizia non frappone ostacoli alla esperibilità della vendita forzata nei confronti del comune che abbia acquisito l'immobile, l'area di sedime e quella circostante, *ex* art. 7, terzo comma, della legge n. 47/1985», dal momento che, con netto distacco dalla l. n. 10/1977, i beni in parola vengono acquisiti al patrimonio disponibile e, come si è avuto modo di segnalare, possono essere destinati anche alla alienazione, per espresso disposto di legge e, dunque, a fini di reddito[23].

Ma ciò val quanto dire che gli artt. 7 l. n. 47/1985 e 31 d.P.R. n. 380/2011 non prevedono una fattispecie di acquisto a tiolo originario: al contrario, il titolo che viene intestato al Comune a seguito del provvedimento di acquisizione[24]

[23] Cfr. G. Morbidelli, *op. cit.*, 2764, e ivi ulteriori riferimenti. Anche in relazione a tale modifica, non pare di poter quindi concordare con la tesi secondo cui la destinazione principale della confisca sarebbe oggi ancora la demolizione: in tale ottica non si comprenderebbe a quale scopo acquisire, oltre al manufatto abusivo, anche l'area di sedime e l'ulteriore area pertinenziale. Come si è avuto modo di rammentare, la stessa Corte costituzionale, del resto, aveva puntualmente rilevato (sent. n. 345/1991 cit.) che ai fini della demolizione non v'è alcuna necessità della previa acquisizione dell'immobile.

[24] Mette conto segnalare che suscita perplessità la diffusa ricostruzione secondo cui si verterebbe in ipotesi di acquisto determinato *ex lege* in forza del decorso del termine: l'atto di acquisizione (dell'opera abusiva e dell'area di sedime sulla quale essa insiste, non invece per le ulteriori aree alle quali fa riferimento la medesima norma: prima l'art. 7 l. n. 47/1985, oggi l'art. 31 d.P.R. n. 380/2011; ma con distinzione che non trova appoggio nel testo legislativo) avrebbe «natura dichiarativa, comportando l'acquisto *ipso iure* del bene individuato dall'ordinanza di demolizione alla scadenza del termine di 90 giorni [attualmente previsto dall'art. 31 d.P.R. n. 380/2001] fissato dalla stessa ordinanza in ragione delle regole dettate dall'ordinamento sull'obbligo *propter rem*» (E. Giardino, *L'inottemperanza all'ordinanza di demolizione e i suoi effetti*, cit., 401). Tale effetto si consumerebbe anche a carico del proprietario incolpevole, persino ove, per usare le parole della recentissima Cons. St., Ad. Plen. 11 ottobre 2023, n. 16, «impossibilitato ad effettuare la demolizione, in ragione di una malattia completamente invalidante, che non

è esattamente lo stesso che faceva capo al proprietario assoggettato a confisca, come univocamente attesta l'inclusione nel patrimonio disponibile, tanto che, in forza del potere del Comune, previa delibera consiliare, di non procedere alla demolizione (art. 31, co. 5, d.P.R. n. 380/2001), il bene, come si è visto, può essere oggetto di disposizione *uti dominus*.

Secondo antico insegnamento, infatti, «L'acquisto dicesi originario, quando la cosa è assoggettata ad un dominio nuovo, cioè ad un dominio che non può considerarsi come la continuazione, la successione di un dominio altrui anteriore»[25] .

Alla stregua del principio di ragionevolezza e alla luce dell'art. 42 Cost., quindi, soluzione di continuità tra le due situazioni di appartenenza si aveva soltanto quando, vigente la l. n. 10/1977, peraltro con conseguenti gravi questioni nell'ipotesi in cui il proprietario dell'area non fosse imputabile dell'illecito edilizio, avendosi una accessione invertita di carattere oggettivamente espropriativo senza indennizzo[26].

Sarebbe stato allora auspicabile che la Corte costituzionale chiarisse che la interpretazione espunta mediante la sent. n. 160/2024 è tale solo in apparenza, non rientrando nel perimetro di significato deducibile dalle disposizioni sottoposte a scrutinio ed essendo invece frutto di un manifesto eccesso di potere giurisdizionale perpetrato dalla Cassazione in violazione dell'art. 65 ord. giud. e, quindi, in definitiva, dell'art. 101, co. 2 Cost.

gli consente di compiere gli atti giuridici necessari all'uopo, né direttamente, né per interposta persona», unica eccezione ad una indiscriminata estensione dell'acquisizione di diritto oltre il perimetro del soggetto responsabile dell'abuso, sul presupposto che il proprietario che, potendo, non abbia reagito all'abuso o non abbia provveduto alla demolizione debba subire questa "accessione invertita"(che A. Predieri, *La legge 28 gennaio 1977 n. 10 sulla edificabilità dei suoli*, Milano, 1977, 280, qualificava come incostituzionale espropriazione senza indennizzo). Ma l'opinione è contraddetta in primo luogo dalla sicura esistenza di una sfera di discrezionalità, per quanto attiene alla individuazione della misura dell'ulteriore area pertinenziale che il Comune decida di acquisire: cfr., infatti, il cenno di G. Morbidelli, *op. cit.*, 2764.

[25] C. Ferrini, *Manuale di Pandette*, II ed., Milano, 1904, 351.

[26] Cfr., al riguardo, le penetranti considerazioni critiche di A. Predieri, *La legge 28 gennaio 1977 n. 10 sulla edificabilità dei suoli*, Milano, 1977, 280: «è altrettanto vero che, a mio parere, quando manca una responsabilità ci troviamo di fronte ad una ablazione che non costituisce una sanzione, né trova una giustificazione nell'imposizione dei doveri di solidarietà che, in virtù del richiamo all'art. 2 cost., può giustificare una responsabilità oggettiva. Mancando questi presupposti ci troveremmo di fronte ad una espropriazione senza indennizzo e però non ammessa dall'art. 42 cost.».

Diomede Falconio[*]

IL CURATORE SPECIALE ALLA LUCE DELLA RIFORMA CARTABIA DELLA VOLONTARIA GIURISDIZIONE

SOMMARIO: 1. Funzione notarile, meritevolezza costituzionale e tutela della fragilità: il lascito di due Maestri. – 2. Il curatore speciale nel prisma della *Riforma Cartabia*. – 3. Autorizzazione complessa e modello bifasico. 4. – Precipitati pratici e prospettive future.

1. *Funzione notarile, meritevolezza costituzionale e tutela della fragilità: il lascito di due Maestri*

Nel ripercorrere l'itinerario intellettuale di Salvatore Prisco, non può sfuggire quanta sensibilità verso la tutela della fragilità sia riflessa nella sua produzione scientifica. Il volume *La musica della vita. Quaderno di biopolitica e bioetica di un giurista*[1] ne rappresenta il più compiuto manifesto, delineando una bioetica "dialogica"[2] e "narrativa"[3], attenta alla singolarità del caso concreto. L'opera dell'Onorato è, d'altronde, fondata su un vissuto personale di rara profondità: le radici nella borghesia intellettuale oplontina («una vecchia famiglia di *notai*, di avvocati, di procuratori del re»[4]), l'attività professionale – mai

[*] Notaio in Napoli. Sub Commissario del Commissario Straordinario per la bonifica ambientale e rigenerazione urbana dell'area di rilevante interesse nazionale Bagnoli – Coroglio. dfalconio@notariato.it.

[1] S. PRISCO, *La musica della vita. Quaderno di biopolitica e bioetica di un giurista*, Napoli, 2015.

[2] ID., *Laicità. Un percorso di riflessione*, Napoli, 152: «[è] in definitiva essenziale coltivare un'attitudine *dialogica*». Sulla *bioetica dialogica* si veda, da ultimo, L. SANDONÀ, *Dopo la bioetica*, Sesto San Giovanni, 2024, 27.

[3] Di *bioetica narrativa* parla, ad esempio, D. CANANZI, *Medicina narrativa e bioetica della cura. Tre riflessioni sull'atto medico e la distinzione tra malattia e patologia*, Milano, 2023, nonché l'Onorato in S. PRISCO, *La musica della vita*, cit., 7-8 («*bioetica come narrazione*»; «*medicina narrativa*»; «*medical humanities*»).

[4] Così ebbe a dire suo zio, lo scrittore premio Strega Michele Prisco: v. P. GIANNANTONIO, *Invito alla lettura di Prisco*, Milano, 1977, 15. Sull'opera di Michele Prisco, si veda L. CANNAVACCIUOLO, C. VECCE (a cura di), *Michele Prisco tra radici e memoria*, Napoli, 2021. Come ricorda E.F. ACCROCCA, *Ritratti su misura*, Venezia, 1960, 345, anche Michele Prisco si laureò in giurisprudenza: «[n]el 1945, dopo gli esami di procuratore legale, bruciai tutte le mie carte, […] risoluto ormai a considerare conclusa la parentesi letteraria, e ad esimermi in un "ordine" ch'era quello, da generazioni, della mia famiglia, una numerosa famiglia di avvocati, magistrati e *notai*». Insofferenza comune anche al nipote Salvatore, stando alle sue testimonianze: «[q]uando mi iscrissi a Giurisprudenza alla Federico II – con l'idea che sarei poi entrato nello studio legale di mio padre Giuseppe, dopo esserlo stato del nonno di cui

trascurata in favore di quella accademica –, la vicinanza con il fratello medico Enrico[5], confluiscono tutte in una originale visione del biodiritto quale «strumento regolativo solo suppletivo della vita collettiva», che deve «riconoscere quando può (e deve) intervenire e quando invece può (e deve) tacere»[6].

Sensibilità, questa, che ha trovato singolari consonanze nelle ultime tappe del percorso scientifico di altro maestro dell'Ateneo federiciano, il compianto civilista Carmine Donisi, un «giurista vicino ai *notai*, che ammirava e dei quali aveva enorme considerazione»[7].

porto il nome – ero in realtà incerto, perché combattuto: amavo la letteratura, la storia e la filosofia, il teatro, sentivo il diritto (che non è stato dunque il primo amore) come materia fredda e formale (per inciso: oggi il logicismo sillogistico della fattispecie è in crisi, come in seguito si argomenta e l'ermeneutica contemporanea ha messo in luce la non univocità dell'interpretazione dei testi, anche di quelli normativi e la cooperazione creativa del giudice alla decisione del caso). Sono stato quindi a lungo un *clericus vagans*: scappavo a Lettere e altrove, per seguire ad esempio lezioni e seminari o conferenze di Salvatore Battaglia, Aldo Masullo, Pietro Piovani. Ho in realtà sempre coltivato e alimentato anche nei miei studenti l'idea dell'università come luogo di crescita critica personale e […] [q]uesto è stato il mio personale modello di università, altro che il "portfolio delle competenze" della ministra Moratti e "crediti formativi" e algoritmi per la valutazione dei "prodotti della ricerca"» (S. Prisco, *Letteratura e altre arti. Un ruolo decisivo per un nuovo giurista critico*, in *Le arti e la dimensione giuridica*, a cura di O. Roselli, Bologna, 2020, 406, *sub* nota 6). Ma vedi anche Id., *Costituzione, diritti umani, forma di governo. Frammenti di un itinerario di studio tra storia e prospettive*, Torino, 2014, 161: «[t]erminato brillantemente il liceo classico, mi ero iscritto a Napoli alla facoltà di Giurisprudenza, in perplesso ossequio ad una tradizione familiare che annoverava in prevalenza avvocati, magistrati, *notai*, oltreché medici e perfino uno scrittore. Nemmeno troppo segretamente, però, amavo la letteratura, la storia e la filosofia, incominciavo a frequentare la redazione di un giornale come apprendista e vi portavo notizie e piccoli pezzi, ero un consumatore vorace di cronache politiche, praticavo infine una militanza di partito intesa come impegno etico a testimoniare le proprie idee e a dare una mano per migliorare la società. Ricco solo di dubbi ed inesperienza, trovavo istintivamente formalistici e lontani dal mio più intimo sentire gli studî di diritto».

[5] Prematuramente scomparso nel 2012. A lui è dedicato uno dei saggi contenuti in S. Prisco, *Costituzione, diritti umani, forma di governo*, cit., 75: «[i]l saggio era praticamente scritto, nella versione integrata dalle note, quando è venuto a mancare d'improvviso mio fratello Enrico, uomo colto e generoso e valente pediatra. Mi sia concesso perciò di dedicarlo alla Sua memoria, con aspro e doloroso rimpianto per una vita prematuramente spezzata e per le *discussioni* che su questo tema – che tanto Lo appassionava – avremmo ancora potuto avere, nel ricordo di una dolcezza e profondità di spirito rare, che mi mancheranno per ogni giorno ulteriore dell'esistenza in quanto manifestate da Lui, ma che porterò sempre dentro di me». Il saggio citato è tratto da una lezione introduttiva organizzata dall'amico e collega Carmine Donisi: sul rapporto tra i due Maestri, si v. *infra*, nel corso della trattazione.

[6] S. Prisco, *La musica della vita*, cit., 7.

[7] A. Areniello, *In ricordo di Carmine Donisi*, in A. Areniello, M.T. Ligozzi (a cura di), *Ruolo del notaio: "baricentro" di una funzione promozionale nell'attuale esperienza giuridica. Rileggendo Carmine Donisi*, *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*, 1/2025, 1.

In questa sede, la *convergenza*[8] tra le prospettive dei due studiosi può introdurre la trattazione di un tema di capitale rilevanza pubblicistica – quale l'*attribuzione ai notai della competenza in materia di autorizzazioni relative agli affari di Volontaria Giurisdizione*[9] – fungendo da lente con cui esaminare presupposti e precipitati della c.d. *Riforma Cartabia*, con particolare riguardo alla funzione del notaio quale *operatore costituzionale di prossimità*[10], protagonista dei «segmenti di vita delle persone fragili e vulnerabili»[11]. Detta convergenza,

[8] Proprio di *convergenza* parlava Donisi nell'introdurre il tema del convegno organizzato dieci anni fa, il 20 e il 21 gennaio 2015, dall'Università Federico II di Napoli con il concorso dei Dipartimenti di Giurisprudenza e di Studi Umanistici, la Scuola Politecnica e delle Scienze di Base e la Scuola di Medicina e Chirurgia, e intitolato *Convergenza dei saperi e prospettive dell'umano*. Gli atti sono raccolti nel volume dallo stesso titolo: L. De Giovanni – C. Donisi, *Convergenza dei saperi e prospettive dell'umano*, Napoli, 2015.

[9] Così è rubricato l'art. 21 D. Lgs. 149/2022 (c.d. *Riforma Cartabia*), a mente del quale «le autorizzazioni per la stipula degli atti pubblici e scritture private autenticate nei quali interviene un minore, un interdetto, un inabilitato o un soggetto beneficiario della misura dell'amministrazione di sostegno, ovvero aventi ad oggetto beni ereditari, possono essere rilasciate, previa richiesta scritta delle parti, personalmente o per il tramite di procuratore legale, dal notaio rogante». Per la metafora del "doppio binario" Notaio-Giudice Tutelare, si veda E. Fabiani, L. Piccolo, *L'autorizzazione notarile nella riforma della volontaria giurisdizione*, in *Riforma della volontaria giurisdizione e ruolo del notaio*, I, Biblioteca della Fondazione italiana del notariato, Milano, 2023, 9 ss.

[10] Come ricorda G. Piazza, *Saluti*, in G. Laurini (a cura di), *Notai e Costituzione*. Atti del Convegno di ASSONOTAI Campania Napoli, 12 dicembre 2008, IPSOA, 2008, 22, «l'approccio degli studiosi di diritto privato alla Costituzione come testo di regolamentazione diretta dei rapporti interprivatistici, è iniziato intorno al 1966 con le riflessioni di Rescigno, Nicolò e Perlingieri». A parlare del notaio quale "operatore" in senso costituzionale, tra i primi, A. Loiodice, *I valori costituzionali e la prassi notarile nella storia repubblicana*, in G. Laurini (a cura di), *Notai e Costituzione*. Atti del Convegno di ASSONOTAI Campania Napoli, 12 dicembre 2008, IPSOA, 2008, 54-55: «il notaio […] deve scegliere la norma che è conforme alla Costituzione espungendo dalla prassi le norme, pur desumibili dai testi, ma che non sono conformi alla Costituzione». La formulazione menzionata nel corpo del testo coniuga i profili suffragati dalla dottrina citata con una lettura della funzione notarile orientata dai principi costituzionali di solidarietà e di sussidiarietà, cui naturale corollario operativo è rappresentato dalla prossimità; debbo tale idea alla riflessione comune e al proficuo scambio con il Prof. Enrico Buono, allievo di Salvatore Prisco e aspirante notaio. Sia consentito, in ogni caso, il rinvio al mio D. Falconio, *La linea normativa degli Articoli 41 Cost., 1322 c.c., 28 e 47 L.N.*, in G. Laurini (a cura di), *Notai e Costituzione*. Atti del Convegno di ASSONOTAI Campania Napoli, 12 dicembre 2008, IPSOA, 2008, 167 ss.

[11] S. Metallo, *Il superamento degli artt. 56 e 57 legge notarile nelle ipotesi di disabilità sensoriale. L'accomodamento ragionevole come strumento interpretativo delle nuove realtà comunicative e di partecipazione ai segmenti di vita delle persone fragili e vulnerabili*, in A. Areniello, M.T. Ligozzi (a cura di), *Ruolo del notaio: "baricentro" di una funzione promozionale nell'attuale esperienza giuridica. Rileggendo Carmine Donisi*, *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*, 1/2025, 35 ss.

frutto di un rapporto di reciproca stima, è richiamata dallo stesso Prisco, ricordando l'organizzazione congiunta di cicli seminariali di *Law and Cinema*[12].

È proprio al confine tra autodeterminazione e (in)disponibilità del fine vita che Donisi incontra Prisco, entrambi invocando la presenza di un notaio[13] capace di esercitare una delicatissima funzione di adeguamento, nonché di farsi «interprete privilegiato […] di un sistema normativo in continuo divenire, in cui le norme codicistiche ricevono nuova luce dai principi costituzionali […] che il notaio è chiamato ad applicare "in tempo reale", a poche ore dall'entrata in vigore»[14]. Lo ricorda altresì Carmine Romano nell'ultimo numero della rivista *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*, appunto intitolato *Rileggendo Carmine Donisi*:

> Il Notariato è presente anche nell'ultima fase dell'impegno scientifico del professor Donisi, dedicata agli studi bioetici. Anche in tale ambito disciplinare, il professore manifesta grande attenzione per il ruolo del notaio in materia di scelte sul fine vita e di "testamento biologico" (o "testamento di vita" come il professore preferiva definirlo, consapevole delle insidie sottese alla prima definizione). Il dialogo "medico paziente", la procura sanitaria, il confine tra scelte di autodeterminazione e indisponibilità del fine vita costi-

[12] S. Prisco, *Diritto, letteratura, discipline umanistiche. Teorie, metodi e casi. Un programma culturale e un progetto di ricerca per il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Federico II*, in *Rivista AIC*, 4/2016, 5: «Carmine Donisi [è specialmente impegnato] a promuovere occasioni di confronto a partire dai nessi tra diritto e cinema […] in particolare, quanto alla problematica della bioetica, di cui è grande esperto, al punto da organizzare da qualche anno un cineforum di successo su tale tematica, all'insegna di *Vita, persona, cinema*».

[13] S. Prisco, *La musica della vita*, cit., 72: «[q]uesta situazione investe dunque la condizione specifica di chi applica il diritto e che, in qualunque sua veste (avvocato, magistrato, *notaio*, funzionario amministrativo e via dicendo), è stato professionalmente formato per […] una prestazione d'ordine; ma che cosa e come fare, se i parametri di quest'ordine sono saltati? La verità è che i giuristi hanno nel loro DNA costitutivo un'ansia che è comune ai geometri, agli agrimensori, ai fotografi cui si chiedono foto "in posa": devono fissare e perimetrare prima di accingersi ad applicare la loro tecnica, l'*ars boni et aequi*. La vita però è fluida». Id., *Letteratura e altre arti. Un ruolo decisivo per un nuovo giurista critico*, 422: «il giudizio è narrazione, dinamismo, proiezione verso una verità – appunto e solo processuale, ossia formalmente convenzionale e parziale, beninteso – da costruire nel contraddittorio tra le parti, ascoltandole direttamente nei casi consentiti dai codici o altrimenti rappresentate (i termini sono ambigui, polisensi ed evocativi: il processo come gioco teatrale e non è un caso che chi ne intraprende uno civile sia un "attore" e che appunto si parli in proposito di "parti", che sono distribuzioni di ruoli tanto in tribunale, o nello *studio di un notaio che roga un atto*, quanto su un palcoscenico).

[14] C. Romano, *La costante attenzione del Prof. Donisi verso il Notariato*, in A. Areniello, M.T. Ligozzi (a cura di), *Ruolo del notaio: "baricentro" di una funzione promozionale nell'attuale esperienza giuridica. Rileggendo Carmine Donisi*, *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*, 1/2025, 4.

> tuiscono temi la cui importanza impone la presenza del notaio, chiamato ad assicurare le condizioni per un volere consapevole e ponderato. L'autorevole voce del professore accompagna, così, il dibattito giuridico propedeutico all'entrata in vigore della legge n. 219 del 2017 in materia di disposizioni anticipate di trattamento[15].

La «declinazione in chiave costituzionale del diritto privato» ha imposto «all'*ars notaria* di "coprire", sul piano negoziale, aree tematiche non disciplinate dal legislatore»[16]. Aree care tanto al civilista quanto al costituzionalista, quali la tutela della disabilità[17], l'evoluzione dei modelli familiari, la convivenza *more uxorio*, le unioni civili fra persone dello stesso sesso[18]. Il lascito intellettuale dei due Maestri si colloca in questo solco, dove l'attenzione per la bioetica si coniuga con la valorizzazione della meritevolezza costituzionale della funzione notarile, "baricentro"[19] del diritto vivente di fronte ad alcune tra le istanze più profonde della natura umana.

Non appare dunque casuale che la *Riforma Cartabia*, nell'estendere ai notai significative competenze di volontaria giurisdizione, si inscriva a pieno titolo in questa tendenza verso l'affidamento di presidi pubblicistici ai professionisti che – per formazione culturale e sensibilità deontologica – appaiono più idonei a gestire delicati bilanciamenti tra interessi. E ciò non solo in ambito bioetico, bensì anche nelle relazioni endofamiliari, dove la tutela della fragilità postula una particolare combinazione di rigore tecnico e umanità.

2. *Il curatore speciale nel prisma della Riforma Cartabia*

Il quesito se il notaio possa provvedere alla nomina del *curatore speciale* (*ex* artt. 320, 321 e 360 c.c.) nell'ambito delle funzioni a lui demandate dall'art. 21 del D. Lgs. 149/2022 (*Riforma Cartabia*) – di seguito brevemente soltanto "art. 21" – può trovare risposta affermativa nell'ambito di una accurata interpretazione sistematica e finalistica della nuova normativa in tema di Volontaria Giurisdizione.

[15] *Ivi*, 5.

[16] *Ibidem*.

[17] Come dimostra la partecipazione da *chair* al convegno "*Le persone con disabilità tra società, economia e diritto*", Benevento, 30 settembre 2022, i cui atti sono raccolti nella rivista di cui l'Onorato è co-direttore (*PasSaggi Costituzionali*, 1/2023).

[18] S. Prisco, *Amore che vieni, amore che vai… Unioni omosessuali e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2012.

[19] C. Donisi, *L'art. 28: baricentro della funzione notarile*, in P. Schlesinger (a cura di), *Spontaneità del mercato e regole giuridiche. Il ruolo del notaio*, Milano, 2002, 297 ss.

Le norme in oggetto ricorrono alla figura del *curatore speciale* o nel caso di *conflitto di interessi* (artt. 320 e 360 c.c.) ovvero quando i genitori (o quello solo di essi che esercita in via esclusiva la responsabilità genitoriale) *non vogliono o non possono* compiere uno o più atti eccedenti l'ordinaria amministrazione nell'interesse del minore (art. 321 c.c.). Nel primo caso la competenza alla nomina del curatore è testualmente radicata nel Giudice Tutelare, mentre nel secondo caso la teoria prevalente (condivisa anche dalla Cassazione[20]) l'ha riconosciuta in capo al Tribunale ordinario, stante l'art. 38 disp. att. c.c. Vi è legittimamente da chiedersi se lo slittamento di tutta la materia autorizzatoria per gli incapaci in capo al Giudice Tutelare per effetto dell'art. 1 dello stesso D. Lgs. 149/2022 non riabiliti la teoria contraria (sostenuta da parte della giurisprudenza di merito), la quale ritiene che competa al Giudice Tutelare nominare il curatore speciale *ex* art. 321 c.c., facendo leva sull'art. 45 disp. att. c.c. nella parte in cui stabilisce che spetti al Tribunale ordinario la competenza a decidere sui reclami avverso i decreti del Giudice Tutelare aventi ad oggetto provvedimenti *ex* art. 321 c.c.

Il *conflitto di interessi ex* art. 320 c.c. può essere di quattro tipologie:

1) *tra figli soggetti alla stessa responsabilità genitoriale;*

2) *tra i figli e i genitori che esercitano la responsabilità su di essi;*

3) *tra i figli e il genitore che esercita la responsabilità in via esclusiva;*

4) *tra i figli e uno solo dei genitori esercenti la responsabilità.*

Se si ricade nell'ultimo caso (n. 4: conflitto fra figli e uno solo dei genitori), la responsabilità e la rappresentanza dei minori si concentrano automaticamente sull'altro genitore.

Negli altri tre casi, si procede alla nomina del *curatore speciale*.

In questa sede è sufficiente ricordare che deve trattarsi di un contrasto avente ad oggetto la materia *patrimoniale* e che tale situazione pone in dubbio che il genitore possa valutare con obiettività la tutela dell'interesse del minore, rischiando di anteporre i suoi vantaggi di natura patrimoniale a quelli del figlio, recandogli così un pregiudizio. Si discute se il conflitto debba essere solo *attuale*[21], o basti che esso sia anche solo *potenziale*[22]. Sta di fatto che la sua sussistenza determina *ipso iure* il blocco della responsabilità genitoriale, una sua vera e propria *paralisi*, che consentirà al minore il compimento di un atto solo a seguito della nomina del curatore speciale, il quale potrà compie-

[20] Cass. n. 439/1981; Cass. 3079/1992. Da ultimo, Cass. n. 3079/2024.

[21] A. De Rosa, *La tutela degli incapaci, I, Patria potestà*, Milano, 1962, 234; A.C. Pelosi, *La patria potestà*, Milano, 1965, 106; F. Mazzacane, *La giurisdizione volontaria nell'attività notarile*, Roma, 1986, 168 ss.

[22] A Jannuzzi, P. Lorefice, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2002-2004, 449, *sub* nota 4.

re liberamente l'ordinaria amministrazione e, previa autorizzazione, quella straordinaria.

L'art. 360 c.c. disciplina l'analoga materia del conflitto di interesse nel caso di minore sottoposto a tutela. La regola generale è che nel caso in cui l'interesse del minore è in opposizione con quello del tutore, si sostituisce a quest'ultimo il *protutore*. Tuttavia se anche il protutore si trova in opposizione di d'interessi col minore, il Giudice Tutelare nomina un *curatore speciale*.

È opinione diffusa[23] che il conflitto di interessi generi, in sede di Volontaria Giurisdizione, due ordini di vaglio da parte del giudice: a) un primo momento valutativo attinente alla sussistenza del conflitto di interesse, con la conseguenza di sbloccare la paralisi di rappresentanza in capo al minore, riattivandola mediante la nomina del curatore; b) un secondo momento valutativo attinente alla ricorrenza dei presupposti di *necessità* o *utilità evidente* alla stregua dei quali il giudice tutelare può autorizzare il compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione.

Nel caso dell'art. 321 c.c. la valutazione del giudice pure attiene a due fasi: a) nomina del curatore, a seguito della rilevazione di una causa impeditiva per entrambi i genitori o per il solo di essi esercente in via esclusiva la responsabilità sul minore (causa oggettiva, quale lontananza, malattia, detenzione, interdizione, incapacità naturale, semi-incapacità, minore età oppure causa soggettiva come la volontà esplicitamente contraria di entrambi i genitori al compimento di un atto); b) giudizio di necessità o utilità evidente circa l'atto da compiere.

3. *Autorizzazione complessa e modello bifasico*

Il nodo da sciogliere è se le funzioni di Volontaria Giurisdizione demandate al notaio contemplino il primo momento valutativo e i conseguenti poteri di nomina del curatore. In altri termini, è corretto chiedersi se entrambe le due fasi partecipano della sostanza giuridica che la recente legislazione ha inteso sottoporre all'opzione di un procedimento autorizzatorio per mano di notaio. O ancora e più schiettamente ci si può interrogare se l'autorizzazione di specie (nel caso degli artt. 320, 321 e 360 c.c.) si atteggi a una fattispecie progressiva a formazione complessa che produce un effetto finale unitario, ma sulla base di elementi autonomi, sebbene collegati fra loro in via genetica e funzionale.

Ora non v'è dubbio che l'art. 21 assegni al *notaio rogante* il potere di rilasciare le *autorizzazioni per la stipula degli atti pubblici e scritture private auten-*

[23] A. De Rosa, *op. cit.*, 236; F. Mazzacane, *op. cit.*, 26; A.C. Pelosi, *op. cit.*, 107; A. Buccianti, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, Torino, 1982, 162.

ticate nei quali interviene un minore, un interdetto, un inabilitato o un soggetto beneficiario della misura dell'amministrazione di sostegno.

L'indagine si sposta sul concetto di autorizzazione che la miglior dottrina[24] limpidamente definisce come la *rimozione di un ostacolo al libero esercizio di un potere già esistente nel soggetto.* Questi non può compiere l'atto non perché difetti in lui il potere, ma perché esiste un limite imposto dalla legge, per esigenze varie, all'esercizio di quel potere. Nel caso dei minori *in potestate,* per ovvie ragioni connesse alla attitudine a valutare la convenienza di un affare, la legge sottrae alla loro disponibilità il compimento del negozio e lo sottopone dapprima al controllo (e alla rappresentanza) dei genitori e, successivamente, al controllo del giudice, quale titolare di una generale potestà a sovraintendere all'interesse del minore alla luce dei principi pubblici di tutela dei valori ordinamentali.

Questo è il tipico contesto della Volontaria Giurisdizione: l'amministrazione pubblica del diritto privato[25]. I privati hanno ampia autonomia negoziale, potendo con le loro dichiarazioni di volontà costituire, modificare ed estinguere rapporti giuridici. Talvolta la loro volontà non è sufficiente, essendo necessari indirizzi e controlli dello Stato, che deve conformare gli atti alla legalità e all'opportunità all'interesse pubblico e collettivo. In questo senso, l'esercizio di alcune imprese è subordinato a determinate autorizzazioni amministrative. Allo stesso modo assistiamo alla collaborazione dello Stato, mediante il giudice, alla attività negoziale privata, quando emerge l'esigenza di svolgere il controllo sulla volontà del privato (e sulla sua documentazione) nel soddisfare un suo interesse in linea con le coordinate giuridiche di natura pubblica. È una presenza pubblica ulteriore rispetto a quella incombente su ogni iniziativa economica e sulla proprietà ai sensi degli artt. 41 e 42 della Costituzione. Ci troviamo dinanzi a campi a discrezionalità guidata che impongono una conformazione dell'interesse privato da soddisfare a dati limiti legali, in un bilanciamento fra il diritto del singolo e altre situazioni giuridiche generalmente collettive o sottoposte a esigenze cautelative. La surrogazione reale del prezzo in caso di vendita di un bene ereditario durante il beneficio di inventario e le modalità di reimpiego contemperano, ad esempio, l'interesse alla vendita del bene con il diritto dei creditori ereditari. L'autorizzazione alla vendita di un bene in proprietà del minore è preordinata a controllare il rischio di depauperamento dell'incapace ed evitare il cattivo esercizio del potere amministrativo dei suoi legali rappresentanti.

Siamo abituati a riconoscere istintivamente al giudice poteri di *controllo repressivo* e *ispettivo*, ma prima ancora di queste forme specifiche, esiste in capo al

[24] F. Mazzacane, *op. cit.*, 64.
[25] *Ivi*, 12.

giudice un potere di controllo generico sulle persone e sugli enti che è immanente nel sistema e si rivela in varie ipotesi di ordini e di nomine che egli dispone. Una congerie di norme consente in questo ambito di delineare una funzione di *controllo sostitutivo*[26] propria della Volontaria Giurisdizione, tutte le volte in cui si palesa la carenza di una attività necessaria o comunque opportuna per la soddisfazione di un interesse, a causa della mancanza o inerzia del soggetto che dovrebbe assicurarla per suo impedimento fisico o giuridico o per suo rifiuto. In tal caso scatta il rimedio della nomina di un altro soggetto al quale è conferito il potere di compiere quella attività sottomessa a paralisi, allo scopo di procurare la soddisfazione di quell'interesse che era rimasto disatteso. Tutta la disciplina dei vari *curatori speciali* diffusa nel codice civile respira di questa finalità e risponde all'antico brocardo *tutor personae datur, curator bonis.*

In questa chiave comincia a prendere corpo un modello teorico di *autorizzazione* (cioè del compito e dell'attività attribuita al notaio *ex* art. 21) che si sostanzia nell'intervento dello Stato mediante il pubblico ufficiale per rendere possibile all'incapace l'esercizio di un diritto che già gli appartiene, ma che non può esplicare in ragione di alcuni limiti posti dalla legge, dalla natura o da determinate situazioni soggettive. Questo modello è delineato in maniera plastica e paradigmatica nell'art. 321 c.c. dove il meccanismo di rimozione degli ostacoli all'esercizio del diritto è risolto mercè un unico provvedimento di nomina del curatore speciale e di autorizzazione al compimento del negozio. Sicché assistiamo alla rimozione *uno actu* dei due ostacoli frapposti dalla legge e dagli eventi all'esercizio del diritto dell'incapace. Il giudice, acclarato che i legali rappresentanti del minore non vogliono o non possono compiere l'atto nel suo interesse, elimina la prima causa di impedimento alla stipula con la nomina del curatore speciale e contestualmente rimuove il secondo limite all'attività negoziale, rendendo l'autorizzazione che prima avrebbe legittimato i genitori e ora invece investe il curatore.

I passaggi interni a questo procedimento autorizzatorio sono bifasici come bifasico è il momento valutativo che viene richiesto all'autorità deputata a rimuovere gli ostacoli giuridici o fattuali all'esercizio della libertà negoziale. La sostanza dell'azione compiuta dall'autorità tuttavia è concentrata e finalizzata a un unitario obiettivo finale: autorizzare in senso compiuto il soggetto alla stipula.

Non tutte le autorizzazioni sono eguali fra loro e non tutte richiedono lo stesso grado di approfondimento istruttorio o la soluzione delle medesime problematiche. Talune consistono in valutazioni *ictu oculi* vantaggiose per il soggetto e non necessitano di supplementi di indagine. Talaltre involgono ricerche

[26] A Jannuzzi, P. Lorefice, *Manuale della volontaria giurisdizione*, cit., 22

e raffronti più complessi dei dati disponibili o reperibili. Poi sussistono casi in cui la mera autorizzazione non è concepibile se non nella concatenazione con un antecedente logico necessario, frutto di un vaglio che è comunque preordinato all'unico risultato finale di interesse dell'ordinamento.

Ai fini dell'applicazione dell'art. 21, è il caso di cominciare ad enucleare dalla frequenza casistica una tipizzazione fra *autorizzazioni complesse* e *autorizzazioni semplici*.

Rientra nella tipologia di *autorizzazione complessa* il caso in cui occorra prevedere la nomina del curatore speciale.

Una *vis abtractiva* naturale rende, per così dire, consustanziali quei momenti valutativi che stanno alla base dei due differenziati atti di nomina del curatore e mera autorizzazione, così che su un piano gnoseologico ancor prima che giuridico appare impossibile, oltre che inefficiente, dissociarli e affidarli, in una assurda diseconomia degli atti, a due autorità emittenti separate.

Ecco che si delinea compiutamente il modello teorico dell'*autorizzazione complessa* o *procedimento autorizzatorio complesso,* che, pur nella sua divisione strutturale in due elementi, ritrova la sua necessaria unitarietà genetica e funzionale nella finalità ultima che è quella di liberare dai suoi limiti fattuali e giuridici l'autonomia negoziale legislativamente e/o occasionalmente ristretta in ragione degli interessi pubblici di sistema connessi alla fattispecie particolare. Questo procedimento suddiviso nella prima fase, di nomina del curatore, e nella seconda, di autorizzazione, è ai fini dell'art. 21 una *unica autorizzazione complessa* correttamente intesa, che la riforma ha attribuito alla competenza notarile. Diversamente sarebbe tradito ogni dichiarato intento di deflazione del carico giudiziario sotteso alla nuova normativa, attesa la ricorrenza statistica delle ipotesi in commento.

4. *Precipitati pratici e prospettive future*

Tutto quanto fin qui detto si attaglia perfettamente, come accennato, all'art. 321 c.c., stante quella dizione testuale (*… il giudice … può nominare al figlio un curatore speciale autorizzandolo al compimento di tali atti*) che aiuta anche concettualmente a concepire l'idea di un unico provvedimento. Viceversa, potrebbe incontrare qualche resistenza rispetto alla riflessione dottrinale e giurisprudenziale sull'art. 320 c.c., laddove si è sovente sottolineato che la nomina del curatore speciale debba precedere l'autorizzazione, dal momento che occorre dare al nominato curatore lo *spatium deliberandi* per vagliare l'utilità del compimento dell'affare.

Questo ragionamento non è condiviso da altra parte della dottrina e dalla prassi giudiziaria che consentono alla contestualità dei fenomeni, riconoscendo

la possibilità di presentare un unico ricorso al giudice per avere sia la nomina del curatore sia l'autorizzazione. Evidentemente il vaglio deliberativo del curatore, in tal caso, è recuperato o a monte o a valle del provvedimento unitario del giudice e cioè o pretendendo la preventiva accettazione del ricorso dei genitori istanti da parte dello stesso curatore ovvero consentendogli di non procedere alla sottoscrizione per aver maturato convincimento contrario alla stipula secondo il suo modo di stimare l'interesse del minore e, se del caso, procedendo alle impugnative previste.

In argomento, si può rinviare a tutto il dibattito che ha visto contrapposte le tradizionali tesi dell'unico ricorso o del doppio ricorso al giudice tutelare[27].

Tutto ciò, sempre a voler tacere di altra non trascurabile tesi, peraltro seguita dalla prassi di taluni Tribunali, secondo la quale il giudice abbia un potere d'ufficio nella nomina del curatore laddove ravvisi conflitto di interessi. In tal caso, si verifica spesso la contestualità e unicità del provvedimento.

In questa sede, rilevano due argomenti, uno di natura concettuale e sistematica, l'altro di natura empirica. Sotto il primo profilo, la mancanza testuale nell'art. 320 c.c. di riferimento a un unico provvedimento del giudice come previsto esplicitamente nell'art. 321 c.c. non è sufficiente a mettere in discussione e in crisi la costruzione di una tipologia di *autorizzazione complessa* (o *procedimento autorizzatorio complesso*) che è stata sin qui delineata e dunque non impatta con l'incardinamento in capo al notaio di tutte quelle prerogative che gli consentono di assolvere all'orientamento teleologico della riforma della volontaria giurisdizione: creare il presupposto perché sia attuata una deflazione del carico di lavoro della magistratura ordinaria, consentendo ai cittadini di ottenere gli stessi risultati in termini di autorizzazione all'attività negoziale privata che sarebbero dipendenti dai provvedimenti emanati dal giudice ordinario.

La *querelle* fra i sostenitori del doppio o unico ricorso *ex* art. 320 c.c. (e del doppio o unico provvedimento del Giudice Tutelare), a questo punto può anche continuare, ma senza perciò impedire la configurazione in capo al notaio di ogni potere in grado di rendere più semplice per il cittadino e meno intralciante per la magistratura il procedimento di rimozione dei limiti alla libertà negoziale (posti dall'ordinamento in ragione dell'interesse pubblico) nel soddisfare interessi privati.

Sotto il profilo empirico[28], è da osservare che bisogna cominciare a concepire il binario dell'autorizzazione notarile in maniera indipendente e concet-

[27] I. Baviera, *Competenza per le autorizzazioni al curatore nominato dal tribunale per i minorenni*, in *Vita notarile*, 1961, 378; A. De Rosa, *op. cit.*, 236. *Contra* A. Bucciante, *op. cit.*, 577.

[28] CNN Studio n. 80-2023/PC.

tualmente autonoma rispetto a quello giurisdizionale, non tanto per quanto riguarda i principi ispiratori delle autorizzazioni (che anzi dovranno essere sempre coerenti e coesi), ma per quanto attiene l'aspetto, per così dire, ontologico. Le parti istanti non staranno agendo all'interno del formalismo giudiziario, ma in un approccio di assistenza e consiglio da parte del notaio che sarà con loro il costruttore di un'altra fattispecie complessa a formazione progressiva che consiste nella *sequenza autorizzazione-atto.* In questa ottica il notaio continuerà ad essere quel che per definizione è sempre stato: pubblico ufficiale e libero professionista, una condizione anfibia che mai come in questa ipotesi si sposa con l'amministrazione pubblica del diritto privato, posta alla base della cosiddetta Volontaria Giurisdizione. In altri termini, l'emersione dell'esigenza di ricorrere al curatore speciale, nel rapporto professionale tra parti istanti e notaio, può avvenire gradualmente all'interno della relazione di assistenza e consiglio ed accompagnarsi anche agli atti integrativi dell'originaria richiesta formulata al notaio. Proprio la carenza di formalità e di rito consentiranno, ad esempio, di avvalersi nell'istruttoria di un rapporto diretto e immediato con le parti, di ottenere reciproca collaborazione e, per quanto attiene segnatamente la figura del curatore speciale, di avere interlocuzione subitanea con lui, interpellandolo anticipatamente e, se del caso, facendogli apporre una accettazione o una successiva sottoscrizione all'atto introduttivo (*rectius:* alla richiesta) dell'autorizzazione (complessa) durante la fase istruttoria. L'agilità privatistica con la quale il rapporto pubblico verrà gestito ha tutte le potenzialità per essere una risposta aderente alle esigenze delle parti.

Le esposte ragioni sistematiche della coesistenza di *autorizzazioni semplici e complesse* e finalistiche dell'efficienza della Riforma Cartabia in termini di sgravio della Giustizia e semplificazione per i cittadini inducono a rispondere positivamente alla domanda se il potere autorizzatorio assegnato al notaio *ex* art. 21 comprenda la nomina dei curatori speciali in argomento. Tutto ciò che può l'autorizzazione del Giudice Tutelare resa nella veste giurisdizionale, tanto può l'autorizzazione del notaio resa in veste notarile. E tale conclusione è confermata dalla natura generale delle attribuzioni notarili *ex* art. 21, il quale si esprime invece in materia puntuale per le esclusioni, che riguardano non a caso materia, sì negoziale, ma al contempo litigiosa o giudiziale, dove probabilmente il carattere amministrativo della Volontaria Giurisdizione cede il passo e si va mescolando *ratione materiae* alla Giurisdizione Contenziosa.

Sotto il profilo squisitamente pragmatico, è opportuno richiamare due passaggi salienti dell'Ordinanza della Corte d'Appello di Milano[29] che ha rigettato un reclamo proposto dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di

[29] Corte d'Appello Milano, Sez. II civile, 9 gennaio 2024, n. 1288/2023 (ordinanza).

Milano: il primo sposa il ragionamento in base al quale l'art. 21 prevede che il notaio incaricato di redigere un atto che abbia ad oggetto beni ereditari di appartenenza a persone incapaci possa rilasciare l'autorizzazione prevista dall'art. 747 c.p.c., in quanto professionista idoneo a compiere la doppia valutazione degli interessi della persona incapace e degli altri coeredi, o legatari, o creditori e valutarne il contemperamento. Letteralmente si legge infatti «*doppia valutazione, dal momento che impone al Notaio – professionista indubbiamente a ciò qualificato – di valutare e contemperare entrambi gli interessi fra loro contrapposti*». Il secondo passaggio significativo del provvedimento testimonia come la Corte condivida pienamente la richiamata *ratio* della Riforma e il dichiarato obiettivo della deflazione del carico giudiziario, che è alla base della legge delega, il cui decreto attuativo contiene l'articolo 21. Sul punto, infatti, così si è espressa la Corte: «*alla interpretazione letterale si affianca una interpretazione di sistema, rilevando come la riforma Cartabia, di cui è espressione il decreto legislativo istitutivo dell'articolo 21 in oggetto, proprio al fine di sgravare l'attività del giudice in tale settore, ha effettuato un intervento volto ad affiancare l'attività del magistrato, senza ovviamente eliminarla*». Infatti, «*il ricorso al giudice si mantiene qualora le parti interessate anziché incaricare il notaio dell'autorizzazione vogliono rivolgersi al Tribunale territorialmente competente, che nell'autorizzare la vendita di persona incapace deve acquisire il parere preventivo del giudice tutelare*».

In conclusione deve ritenersi che il notaio può e deve dare in materia un importante apporto figlio dalla sua natura anfibia di pubblico ufficiale e di libero professionista. Il notaio con una mentalità tendenzialmente privatistica riesce a gestire funzioni pubbliche. La volontaria giurisdizione è secondo opinione diffusa nient'altro che questo: amministrazione pubblica di diritto privato. C'è tutta la funzione del notaio in tale concetto in quanto c'è il pubblico ufficiale e c'è il libero professionista, ci sono aperture che solo il notaio ha verso i due mondi: il mondo del pubblico e il mondo del privato, il mondo dell'autorità, da una parte, il mondo della libertà, dall'altra, il mondo della libertà negoziale e il mondo della autorità statuale, il mondo dell'autonomia privata e il mondo dei limiti all'autonomia privata. È proprio la natura stessa dell'ufficio notarile che si concilia con questo esercizio. Dunque è forse il caso di utilizzare i criteri privatistici declinandoli nella gestione degli interessi pubblici per ottenere un più efficiente risultato a favore di chi in ultima analisi è il soggetto da tutelare, il cittadino.

Due osservazioni finali di portata generale.

La normativa necessita di un tagliando, a cominciare dal profilo della strumentazione telematica necessaria per le corrette comunicazioni e notificazioni fino alla revisione dei termini di assunzione dell'esecutività del provvedimento,

ipotizzando formule notarili di attribuzione immediata (onde non frustrare totalmente in materia ereditaria talune fattispecie come la vendita di beni deperibili del chiamato).

È opportuno ragionare di questa nuova competenza non come filiazione dello *ius postulandi ex* art. 1 L.N., ma come una attribuzione al Notaio in quanto Notaio (pubblico ufficiale e libero professionista profondamente esperto in materia) e come tale titolare di pari dignità pubblicistica rispetto al Magistrato nell'esercizio del compito di amministrazione pubblica del diritto privato[30].

[30] Nota a seguire: l'autore desidera ringraziare per il confronto costruttivo e l'elaborazione di questo scritto il prof. Enrico Buono e il dott. Giovanni de Vivo, che con la loro vivacità intellettuale hanno reso più approfondita la riflessione sulla riforma della V.G.

Elena Falletti[*]

GLI *HORTI* BOTANICI E GLI ALBORI DEL DIRITTO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1. Una indagine inconsueta. – 2. Fratture non ricomponibili e cambiamenti irreversibili. – 3. *Horti* botanici o laboratori giuridici? – 4. Insidie nascoste all'ombra degli orti botanici: schiavitù, pirateria e appropriazione della cultura tradizionale.

1. *Una indagine inconsueta*

Nella tradizione europea risalente al Medioevo il giardino è insieme la rappresentazione del Paradiso Terrestre e uno strumento di conoscenza, sorto dall'esperienza dell'*hortus clausus*[1], ove si coltivavano erbe con proprietà farmacologiche e venefiche[2]. Ad esso veniva attribuito un ruolo nella salvaguardia dell'anima[3], ispirato dalle rappresentazioni pittoriche simboliche di un luogo mistico e ideale[4].

Fu il Rinascimento italiano a formare il prototipo laico dell'orto botanico orientato agli scambi per studi sia sulla flora sia sui prodotti da questa ottenuti. Esso si distaccò dai monasteri per essere gestito e organizzato dalle università, come accadde a Pisa (1543)[5], Firenze (1545) e Padova (1545)[6], dove l'*hortus botanicus* divenne un luogo di studio e di acclimatamento delle specie vegetali introdotte in Europa[7] a seguito delle conquiste coloniali successive alla "sco-

[*] Professoressa associata di diritto privato comparato dell'Università Carlo Cattaneo – LIUC di Castellanza.

[1] D.A. RAKOW, S.A. LEE, *Western botanical gardens: history and evolution* in *Horticultural Reviews,* 2015, 269 ss.

[2] Come si ricorderà, in greco antico il termine *pharmakon* era ambivalente e indicava sia «cura» sia «veleno» (M. A. RINELLA, *Pharmakon: Plato, drug culture, and identity in ancient Athens,* New York, 2010, *passim*).

[3] E. SANTORO, *Il Giardino Botanico Medievale di Palazzo Madama,* in *Palazzo Madama*, Cinisello Balsamo, 2021, 112 ss.

[4] O. PÄCHT, *Early Italian Nature Studies and the Early Calendar Landscape,* in *Journal of the Warburg and Courtauld Institutes*, 1950, 37.

[5] V.H. HEYWOOD, *The cultural heritage of Mediterranean botanic gardens*, in *Flora Mediterranic*a, 2018, 207.

[6] D.E. RHODES, *The botanical garden of Padua: the first hundred years*, in *The Journal of Garden History*, 1984, 327 ss.

[7] S. ZAGGIA*, Daniele Barbaro and the Foundation of the Botanical Garden for the University of Padua. In International Workshop on Daniele Barbaro e lo Studio patavino. Architettura, arte e scienza in occasione die 450 anni dalla morte,* Cham, 2022, 65 ss.

perta dell'America". Infatti, da allora, il reciproco[8] scambio vegetale[9] di flora e di semi[10], cambiò per sempre la biosfera terrestre[11].

Ricevere vegetali (e animali) dal Vecchio Mondo affinché venissero riallocati in quello Nuovo consentiva di mantenere una connessione e senso di appartenenza alle comunità originarie (in particolare le missioni[12]) e manteneva il senso simbolico dei concetti religiosi.

Il *fil rouge* di questo articolo segue da un lato la *Weltanschauung* apportata dalla Riforma protestante sul modo di pensare, interpretare e vedere il Libro sacro applicato nella realtà e dall'altro lato le spedizioni commerciali europee degli XV-XVII sec.

Ciò che suscita interesse riguarda come questi elementi abbiano influenzato in modo divergente due ordinamenti, cioè la Spagna e le Fiandre, che soggiacevano allo stesso potere reale, cioè la dinastia degli Asburgo.

Infatti, da un punto di vista istituzionale, il dominio asburgico, in particolare per quel che concerne il XVI secolo, si manifestava attraverso un Impero dove il sole non tramontava mai, splendendo tuttavia in modo differente a seconda della latitudine, come ad esempio nei domini fiamminghi o nelle colonie d'oltremare della Madrepatria spagnola.

Questo contributo intende analizzare il superamento della concezione e l'interpretazione del mondo secondo la tradizione cristiana, che esalta il paradiso dell'Eden, divenuto proibito, a causa di una colpa, cioè l'infrazione di un divieto, vale a dire quello di assaggiare il frutto della conoscenza, proibito dall'autorità divina[13]. Tale colpa è associata, specie dai cattolici, alla messa in discussione dell'autorità divina, concretizzando una ribellione contro la rivelazione religiosa per accedere alla conoscenza fine a se stessa.

[8] M.T. Bravo, *Mission Gardens. Natural History and Global Expansion, 1720-1820,* in L. Schiebinger, C. Swan (eds.), *Colonial Botany. Science, Commerce, and Politics in the Early Modern World*, Philadelphia, 2007, 52 ss.

[9] R. Mounce, P. Smith, S. Brockington, *Ex situ conservation of plant diversity in the world's botanic gardens* in *Nature Plants,* 2017, 795 ss.

[10] Presso l'*Archivo General des Indias* di Siviglia sono conservati e catalogati i documenti degli invii dei semi dei vegetali che crescevano nel Nuovo Mondo (P. D. Vos, *Natural history and the pursuit of empire in eighteenth-century Spain* in *Eighteenth-Century Studies*, 2007, 209 ss.; A. Barrera, *Local herbs, global medicines: Commerce, knowledge, and commodities in Spanish America,* in *Merchants and Marvels*, Londra, 2013, 163 ss.).

[11] D.A. Rakow, S.A. Lee, *Western botanical gardens*, cit., 276. M. Jakob, L. Tongiorgi Tomasi, *Rara Herbaria, Libri e natura dal XV al XVII secolo*, Cinisello Balsamo, 2023, 301 ss.

[12] Come nel caso delle missioni spagnole in California (R. P. Lowman, *The Spanish Missions of California*, 2011, Arroyo Grande, 6 ss).

[13] Genesi, 3: 1-22.

Al contrario, l'interpretazione legata alla Riforma protestante del citato e noto passo biblico è volta allo sfruttamento economico e commerciale di tale conoscenza. Siffatta innovazione sembrerebbe esprimere il superamento della tradizione canonica, consentendo ai mercanti di affacciarsi all'era del diritto del commercio marittimo, delle speculazioni assicurative, della creazione delle Compagnie delle Indie, permettendo così lo sfruttamento commerciale dei prodotti provenienti dalle Terre d'Oltremare e rispondendo in modo differente alla fondamentale domanda "A chi appartiene la Natura?": non più a Dio, ma all'umanità.

Studiare in un'ottica multidisciplinare lo sviluppo del diritto del commercio internazionale in tempi antecedenti la sua postivitizzazione del XIX secolo, al fine di comparare quanto accaduto nei domini rimasti sotto il Regno di Spagna rispetto agli sviluppi che hanno caratterizzato il sistema capitalista della VOC[14], consente di focalizzarsi su una realtà apparentemente lontana dal commercio e dagli scambi dei beni. Tuttavia quegli scambi fornivano gli *specimen* e i beni più lussuosi, da cui elaborare dei modelli giuridici complessi, legati all'esercizio del diritto di proprietà[15].

2. *Fratture non ricomponibili e cambiamenti irreversibili*

Esiste un momento nella Storia dell'Europa continentale dove, nonostante l'unità sotto un'unica corona imperiale della maggior parte del Continente, sussisteva una forza centrifuga che ne provocherà una definitiva rottura culturale e di visione del mondo. Essa riguarda i domini asburgici, attraversati dalla forza della Riforma[16] e dalla violenza delle guerre di religione[17].

Da quel cataclisma religioso sono nate entità nazionali a loro volta fiorite grazie alla loro differente interpretazione dello spirito del tempo, realizzando imprese commerciali che hanno trasformato la storia giuridica.

Utilizzando gli orti botanici quale strumento di indagine scientifica si vuole dare una prospettiva diversa sull'approccio culturale e sull'influenza nel mondo giuridico, focalizzandosi sui beni oggetto sfruttamento coloniale e di scambio commerciale, quali le specie arboree.

[14] M. Panebianco, *Le origini del diritto euro-internazionale fra "ancien régime" e modernità*, in *Rivista Giuridica della Cooperazione Internazionale*, 2016, 18 ss.

[15] N. Blomley, *Flowers in the bathtub: boundary crossings at the public–private divide* in *Geoforum*, 2005, 281 ss.

[16] G.H. Williams, *The Radical Reformation*, 3rd Edition, Philadelphia, 1995, *passim.*

[17] D. Mac Culloch, *Riforma. La divisione della casa comune europea (1450-1700),* trad. it. C. Corradi, Roma, 2010, *passim.*

Tale approccio mantiene una propria originalità, nonché costanza in una situazione apparentemente contraddittoria perché si sviluppa durante un periodo caratterizzato dalla violenza, infatti tra i secoli XVI e XVIII si sono susseguite sanguinose guerre di indipendenza (Guerra degli Ottant'anni[18]) e di religione (Guerra dei Trent'anni[19]).

Il Regno di Spagna dominava lo scenario politico, dimostrandosi enormemente potente nei fatti; in realtà esso risultò essere soccombente nei confronti delle Sette Province Unite, cioè le sue (ex) colonie fiamminghe, su tutto il fronte controverso, ovvero: la conquista dell'indipendenza politica, della libertà religiosa e dell'iniziativa imprenditoriale.

Si era quindi presentata una situazione ideale per la creazione di entità giuridiche indipendenti, come la VOC, la compagnia delle Indie olandese, che ha primeggiato nel commercio di beni di varia natura tre i quali spezie, vegetali e schiavi[20].

Per la ricostruzione del contesto storico si può osservare che gli Asburgo dominavano l'Europa Centrale del XVI secolo attraverso le Corone di Spagna e Austria nonché con l'attribuzione di tre domini europei: le Fiandre, i domini italiani e il Portogallo. Aumentava il loro prestigio l'elezione a Imperatori del Sacro Romano Impero[21].

Sotto un profilo economico, seppur diversi per carattere, Carlo V e Filippo II affondarono[22] economicamente Spagna, Italia e Portogallo per sopprimere le rivolte delle Fiandre[23].

Ai tempi delle spedizioni nel Nuovo Mondo, l'economia spagnola era in una fase di sviluppo, ma successivamente essa si trasformò in un'economia coloniale, sia in senso interno poiché la grande quantità di ricchezze importante

[18] M.T. Hart, *The Dutch wars of independence: warfare and commerce in the Netherlands 1570-1680*, London, 2014, *passim.*

[19] J.V. Polisensky, *The thirty years war*, Berkeley, 2021, *passim.*

[20] R. Van Welie, *Slave trading and slavery in the Dutch colonial empire: a global comparison* in *New West Indian Guide/Nieuwe West-Indische Gids,* 2008, 47 ss.

[21] J. Bérenger, C.A. Simpson, *A History of the Habsburg Empire 1273-1700,* London, 2014, *passim.*

[22] M. Bulut, *Ottoman-Dutch Economic Relations in the early modern period 1571-1699*, Hilversum, 2001, 89 ss

[23] Se Carlo V era più propenso alla mediazione, Filippo II no, anzi, credendosi investito da un mandato divino agiva senza compromessi, ma aveva troppi fronti aperti: le Fiandre, il Mediterraneo, gli Ottomani. Nonostante l'idea di soffocare tutte le rivolte fosse al di fuori delle reali possibilità, Filippo II cercò ugualmente di domare entrambi i fronti fiamminghi e mediterranei, ma non ci riuscì e dovette cedere a dei compromessi, rappresentati della *Pacification of Gent* dell'8 novembre 1575 e l'Editto Perpetuo del 12 marzo 1577 (G. Parker, *Spain, Her Enemies and the Revolt of the Netherlands 1559-1648*, in *Past & Present*, 1970, 82).

dal Nuovo Mondo non favoriva l'innovazione; sia esterno perché le risorse provenienti dall'importazione avevano depresso la produzione interna trasformando la Spagna a sua volta in una colonia economica degli Europei[24].

Nonostante ciò a Madrid non era venuta meno la consapevolezza della ricchezza conoscitiva proveniente dalle Colonie e pertanto era stato predisposto un nuovissimo orto botanico reale, verso il quale venivano inviati semi e *specimen* di tutte le specie botaniche scoperte nel Nuovo Mondo[25].

Tuttavia, l'interesse per lo studio e la ricerca sulle risorse naturali provenienti dalla Nuova Espana, non rafforzò l'economia spagnola, che rimase intrinsecamente debole[26], mentre le Fiandre innovavano e si sostituivano al Portogallo (regno a sua volta, per motivi dinastici, entrato nell'orbita spagnola) in Oriente.

Si trattò di un punto di svolta, interessante e rivelatore, ovvero del paradosso di uno Stato, quello spagnolo, che seppure fosse una periferia dell'innovazione dominava politicamente il centro dell'Europa occidentale. Pur essendo un impero extraeuropeo, la Spagna non rappresentava più una potenza marittima, elemento essenziale per lo sviluppo mercantile, poiché la marina spagnola, la nota "Invincible Armada", venne spazzata via dagli Inglesi nel 1588.

In una situazione di difficile pacificazione dovuta alle guerre di religione, le province olandesi affrontarono la questione economica in modo divergente rispetto alla rigida politica debitoria della Spagna di Filippo II[27], consentendo l'istituzione delle Compagnie delle Indie. Dapprima venne fondata quella Orientale (VOC, *Vereenigde Geoctroyeerde Oostindische Compagnie,* 1602)[28] e successivamente quella Occidentale (WIC, *West-Indische Compagnie,* 1621)[29].

Al Capo di Buona Speranza, nell'attuale Sudafrica, la VOC costruì il suo primo *hortus* con l'obiettivo di farne un luogo di sviluppo e sfruttamento delle

[24] M. Drelichman, *All that glitters: Precious metals, rent seeking and the decline of Spain*, in *European Review of Economic History*, 2005, 313 ss.

[25] R.A. López, *Nature as subject and citizen in the Mexican Botanical Garden, 1787-1829*, in C.R. Boyer (ed.), *A land between waters: environmental histories of modern Mexico*, Tucson, 2012, 73 ss.

[26] M. Drelichman, *All that glitters,* cit.

[27] J. Conklin, *The theory of Sovereign debt and Spain under Philip II*, Madrid, 1996, *passim*.

[28] A. Clulow, T. Mostert, *The Dutch and English East India Companies,* in A. Clulow, T. Mostert (eds.), *Diplomacy, Trade and Violence in Early Modern Asia, Amsterdam,* 2018, *passim.*

[29] A.C. Mosterman, *Heaven's Wrath: The Protestant Reformation and the Dutch West India Company in the Atlantic World by DL Noorlander,* in *The William and Mary Quarterly*, 2021, 369 ss.

specie vegetali e allevamento di animali[30]. Dato che tale luogo era a metà strada tra Amsterdam e Batavia[31], venne stabilito come punto di rifornimento per la fornitura di frutta e verdura esotica, coltivata in loco, ed acqua per le navi che percorrevano quella rotta. Tale stazione di approvvigionamento[32] venne costruita dalla piccola flotta capitanata da Jan Van Riebeeck, comandante della VOC, durante un viaggio dell'inverno 1651/1652.

Questa prima esperienza di sfruttamento ortofrutticolo locale fu così benefica da essere ripetuta in altri avamposti da dove la VOC scacciò i portoghesi, come a Ceylon e in India[33]. A ciò si aggiunse un significativo interesse nelle specie arboree asiatiche per il popolamento vegetale di giardini pubblici e privati per i quali i Paesi Bassi acquisirono una solida fama[34] tuttora attuale.

L'approccio dei *Conquistadores* di Hernan Cortez nel Nuovo Mondo, nel 1519, fu differente perché gli Spagnoli incontrarono una civiltà agricola avanzata ed erano già presenti giardini reali nei pressi di Tenochtitlan (l'attuale Città del Messico) e in altri luoghi quali Chapultepec, Iztapalapa, el Peñon, Texcoco e Huaxtepec i quali contenevano piante ornamentali, aromatiche e medicinali[35]. Tali presidi vennero classificati come "*conservatorio de plantas*"[36], quindi senza un particolare scopo di studio o di commercio.

Rispetto alla tempestività delle esperienze fiamminghe, solo nel 1786 venne organizzata una spedizione spagnola nel *Virreinato de Nueva Espana*, precisamente in Messico[37]. Nel 1788 venne fondato il *Jardín Botánico de la Ciudad de México*[38], che era collegato alla cattedra di botanica, che sviluppava "i tre rami

[30] N. Worden, *Space and identity in VOC Cape Town*, *in Kronos. Journal of Cape History*, 1998, 72 ss.

[31] G. Scott, M.L. Hewett, *Review Pioneers in ethnopharmacology: The Dutch East India Company (VOC) at the Cape from 1650 to 1800*, in *Journal of Ethnopharmacology,* 2008, 339 ss.

[32] G. Scott, M.L. Hewett, *Review Pioneers in ethnopharmacology,* cit.

[33] P. Borschberg, *The Dutch East India Company (VOC) in Southeast Asia*, in *Oxford Research Encyclopedia of Asian History*, 2021.

[34] G. Scott, M.L. Hewett, *op. cit.*

[35] D.A. Rakow, S.A. Lee, *Western botanical gardens*, cit.; P. Granziera, *Huaxtepec: The Sacred Garden of an Aztec Emperor*, in *Landscape Research*, 2005, 81 ss.

[36] P. Blanco Fernández de Caleya, *Vincente Cervantes, el Jardín Botánico de Madrid, Gómez Ortega y la Expedición a Nueva España*, in M.T. Miras Portugal, A. González Bueno, A.L. Doadrio Villarejo (eds.), *En el 250 aniversario del nacimiento de Vicente Cervantes (1758-1829) Relaciones científicas y culturales entre España y América durante la Ilustración*, Madrid, 2009, 85.

[37] J.L.M. Polo, *La expedición botánica a Nueva España, 1786-1803: el Jardín Botánico y la Cátedra de Botánica*, in *Historia mexicana,* 2000, 5 ss.

[38] M.A. Giménez, *En el segundo centenario de la inauguración del Jardín Botánico de México* in *Ars Pharmaceutica (Internet)*, 1988, 97 ss.

della medicina (medicina, chirurgia e botanica)"[39], con scopi medico-scientifici, avulsi dalla commercializzazione di piante e dei loro prodotti[40].

A questo proposito, sono degne di nota le spedizioni in Messico del medico di corte di Filippo II, Francisco Hernández, incaricato dal monarca di effettuare precisi studi botanici nella Nuova Spagna. Costui rimase nelle colonie spagnole dal 1571 al 1577.

Nelle sue lettere al sovrano, Hernández manifestò entusiasmo per le molte varietà botaniche ancora sconosciute in Europa, e dal loro potenziale valore economico, delle quali fece illustrazioni dettagliate degli *specimen*[41]. Il suo lavoro collocava la natura del Nuovo Mondo come una risorsa suscettibile di studio e sfruttamento tramite i mezzi della scienza e dell'Impero[42]. Purtroppo le sue scoperte e le sue conclusioni scientifiche non vennero adeguatamente approfondite e diffuse: da un lato per impedire di dare un vantaggio competitivo agli altri Stati europei che si sfidavano nella corsa ad accaparrarsi tali risorse[43], dall'altro lato perché il testo originale del suo lavoro venne distrutto in un incendio della biblioteca dell'Escorial dove era conservato, perdendone traccia[44].

Solo al termine del XVIII secolo la Spagna divenne un centro di ricerca e collezionismo botanico[45], infatti nel 1787 venne organizzata una seconda spedizione scientifica nella Nuova Spagna[46].

Alla luce di ciò non è possibile sostenere che l'Impero Spagnolo non fosse interessato allo sviluppo commerciale e allo scambio dei beni, tuttavia senza

[39] J.L.M. Polo, *La expedición botánica*

[40] R.A. López, *Nature as subject and citizen,*73 ss.

[41] R. López, *op. cit.;* D. Goodman, *Philip II's patronage of science and engineering*, in *The British Journal for the History of Science,* 1983, 49 ss.

[42] R. López, *op. cit.*

[43] S.J. Stein, B.H. Stein, *Silver, trade, and war: Spain and America in the making of early modern Europe,* Baltimore, 2000, 3 ss.

[44] J.M. Arredondo, *The Method of Francisco Hernández: Early Modern Science and the Translation of Mesoamerica's Natural History*, in J.M. Arredondo, R. Bauer (eds.), *Translating Nature Cross-Cultural Histories of Early Modern Science*, Philadelphia, 2019, 45 ss.

[45] Nel 1755, il re Ferdinando VI fondò il Real Jardín Botánico de Madrid e la scienza spagnola prosperò sotto il governo di Carlo III (1759-1788) e Carlo IV (1788-1808). Alla fine del XVIII secolo furono avviate diverse spedizioni botaniche reali per esplorare le colonie spagnole. La missione di queste spedizioni era quella di rilevare la flora dei territori, esplorarne il potenziale economico e raccogliere collezioni per il Giardino Botanico Reale e il Gabinetto Reale di Storia Naturale (E. García Guillén, *Los Jardines botánicos como centros de difusión y conservación de las colecciones de Historia Natural: El caso del Real Jardín Botánico de Madrid,* in Memorias de la Real Sociedad Española de Historia Natural, 2013, 27 ss).

[46] R. López, *op. cit*.; P.B.F. de Caleya, A.R.L. Ferrari, *Catálogo del herbario de la real expedición botánica de nueva España (1787-1803) conservado en el real jardín botánico de Madrid*, Madrid, 2010, *passim*.

il medesimo approccio scientifico e aggressivo degli antichi sudditi olandesi. Esempio ne sia la connessione marittima tra la Nuova Spagna (Acapulco) e le Filippine (Manila)[47], detta anche *Galeón de Manila* o *Nao de China*, che trasportava merci e persone tra i possedimenti spagnoli sugli opposti versanti dell'Oceano Pacifico solamente ogni sei mesi, però tale linea commerciale durò per più di due secoli, cioè dal 1565 fino al 1804.

3. Horti *botanici ovvero laboratori giuridici?*

Ricapitolando, l'esperienza della coltivazione di erbe locali nelle postazioni di passaggio sulla via marittima tra le Fiandre e Batavia ha stimolato l'interesse della VOC nella coltivazione di piante medicinali con lo scopo di fornire medicamenti sia alle navi che seguivano quella rotta, sia alle farmacie di Amsterdam, poiché l'aspetto sperimentale e curativo prese rapidamente piede[48].

A questo proposito, l'istituzione della VOC aveva suscitato una risposta immediata da parte di Clusius (Charles de l'Ecluse), fondatore e direttore dell'Hortus di Leiden e professore all'Università della stessa città, ai direttori della VOC (gli Heren XVII). Realizzando il potenziale delle operazioni della VOC nel fornire materiale prezioso per i gli sviluppi scientifici dei Paesi Bassi, Clusius aveva richiesto che gli speziali e i medici presenti a bordo delle navi della compagnia raccogliessero e inviassero alla sua Università materiali quali campioni e illustrazioni delle piante osservate. Le erbe medicinali erano di particolare interesse e dovevano essere accompagnate dai loro nomi vernacolari oltre alle informazioni riguardanti il dosaggio e la modalità di applicazione[49].

Inoltre, con l'aumento dei viaggi tra Occidente e Oriente iniziarono diffondersi malattie tropicali in precedenza sconosciute in Europa[50]. L'aspetto curativo di tali materiali venne immediatamente compreso dalla VOC la quale organizzò quello che oggi può essere considerato un servizio logistico di distribuzione di medicinali lungo il tragitto marittimo delle sue navi tra Batavia e Amsterdam attraverso la spedizione di casse di materie prime alla farmacia/spezieria della VOC di Amsterdam[51]. In questi laboratori venivano elaborati i

[47] R.A. Reyes, *Flaunting it: how the galleon trade made Manila, circa 1571-1800. Early American Studies,* 2017, 683 ss.

[48] G. Scott, M.L. Hewett, *op. cit.*

[49] P. Baas, J.F. Veldkamp, *Dutch pre-colonial botany and Rumphius's Ambonese Herbal*, in *Allertonia* (2014), 9 ss.

[50] G. Scott, M.L. Hewett, *op. cit.*; P. Baas, J.F. Veldkamp, *Dutch pre-colonial botany,* cit.

[51] J. Commelin et al., *Horti medici amstelodamensis rariorum tam Orientalis quàm Occidentalis Indiæ, Amsterdam,* 1697-1701

medicamenti pronti per nuove distribuzioni e spedizioni delle scorte agli avamposti della VOC medesima[52].

L'interesse per la sperimentazione di trattamenti medicinali utili era un ambito così importante che la collaborazione tra studiosi superava le forti divergenze religiose[53].

Nonostante i risultati sperimentali sembrassero essere proficui[54], si presentava un significativo problema relativo al trasporto delle materie prime, cioè delle erbe che si deterioravano durante il tragitto navale tra le Fiandre e Batavia e viceversa.

Sussistevano due possibili soluzioni: da un lato la coltivazione in loco di erbe medicinali europee già conosciute, ma di difficile ambientamento e dall'altro lo studio dei rimedi tradizionali locali. Ciò provocò un primo problema relativamente allo sfruttamento dei tali rimedi medicali tradizionali e riguardava il fatto che il personale VOC allocato in loco non possedeva specifica preparazione in materia e i medici erano presenti in poche unità[55].

Tuttavia le cose mutarono quando alla spezieria di Batavia giunse il nuovo direttore, Andreas Cleyer, un medico che si interessò del "giardino di acclimatazione delle piante medicinali" provenienti dall'Europa, dal Capo di Buona Speranza e dall'Asia stimolando anche gli amministratori VOC delle sedi di Ceylon e del Bengala di intraprendere specifici studi sulle medicine tradizionali locali, e iniziando un lavoro di catalogazione e raccolta di tali piante in erbari. Questa iniziativa ha ispirato la raccolta e la classificazione di fonti insostituibili di conoscenza botanica, farmaceutica e medica dell'epoca, tra cui l'inestimabile Hortus Malabaricus[56], la cui precisione e chiarezza nella grafica ha segnato un cambiamento di paradigma nello studio della botanica.

[52] G. Scott, M.L. Hewett, *op. cit.*; M. Sargent, *Scientists as Free Riders: Natural Resource Exploration and New Product Discovery in the Dutch East India Company*, in E. Erikson (ed.), *Chartering Capitalism: Organizing Markets, States, and Publics*, Leeds, 2015, 219 ss.

[53] Per esempio, il bando dei preti cattolici da Batavia aveva indotto un personaggio eminente nella VOC come Adriaan Van Rhede a trovare a una casa a un frate cattolico dell'ordine dei Carmelitani Scalzi, noto come Frate Matthew Saint Joseph (nato Pietro Foglia (1617/1691) appena fuori città in cui poter celebrare la Messa e lo aveva aggiunto al libro paga della Compagnia (M. Sargent, *Scientists as Free Riders*; H.J. Cook, *Matters of exchange: Commerce, medicine, and science in the Dutch golden age*, New Haven, 2007, *passim*).

[54] D. Schoute, *Occidental Therapeutics in the Netherlands East Indies During Three Centuries of Netherlands Settlement (1600-1900)*, Batavia, 1937, *passim.*

[55] P. Boomgaard, *Dutch medicine in Asia, 1600-1900*, in D. Arnold (ed.) *Warm Climates and Western Medicine*, Leiden, 1996, 42 ss.

[56] H.J. Cook, *Matters of exchange,* cit,

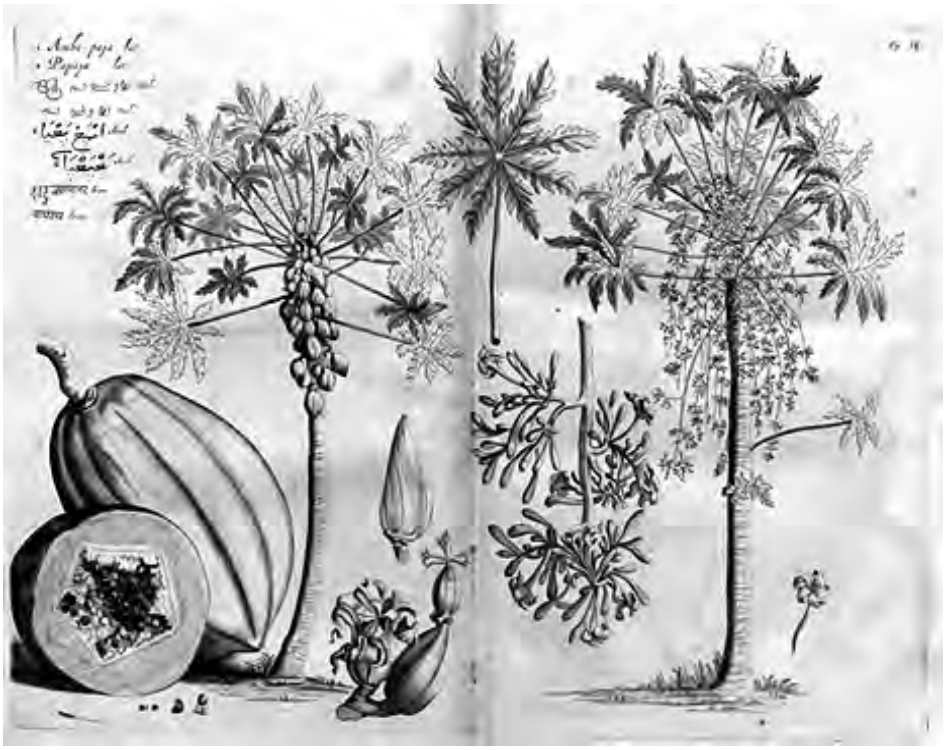

Figura n. 1[57]

Chi era il titolare dei diritti di sfruttamento su tali prodotti? Chi poteva avvantaggiarsene giuridicamente, e quindi economicamente? È possibile trovare la risposta a tali domande da una vertenza relativo a un caso di pirateria.

4. *Insidie nascoste all'ombra degli orti botanici: schiavitù, pirateria e appropriazione della cultura tradizionale*

Come è noto, uno dei primi atti fondativi del diritto internazionale riguarda l'atto di pirateria che tre navi olandesi effettuarono il 24 febbraio 1603 al largo di Singapore nei confronti di una caracca portoghese, il Santa Caterina, dal peso di 1500 tonnellate, ospitante mille persone e per questo estremamente difficile da governare e quindi svantaggiata in uno scontro diretto contro gli

[57] Alberi e frutti di papaya, originaria del Messico, illustrati a pagina 54 dell'*Hortus Malabaricus*.

avversari al comando di Jacob van Heemskerck[58]. Costui, partito al soldo della Compagnia di Amsterdam, ritornò trascinando il suo bottino a favore della VOC, fondata pochi mesi prima.

La controversia che ne seguì è considerata la base fondativa del diritto internazionale dando fama a Hugo Grotius, che mise in piedi la teoria della guerra giusta. Ciò nonostante, questo episodio concerneva gli albori del diritto commerciale internazionale, perché riguardante l'appropriazione di beni di un ente o di uno Stato con il quale l'aggressore e l'aggredito non avevano alcun contrasto diretto ed effettivo, la sola contestazione rilevata riguardava il fatto che le navi "pirata" olandesi si avventurassero i mari considerati iberici per via della presenza delle colonie spagnole[59].

In altri termini: l'aggressore olandese era in guerra contro la Spagna, non contro il Portogallo, ma il punto concerneva che la nave portoghese era ricca di prezioso bottino[60].

In questo contesto si osserva che tali bottini preziosi che meritavano attenzione commerciale non comprendevano solo navi cariche di oro e gemme, ma anche piante, fiori e frutti e il cui sfruttamento andava a vantaggio a chi per primo trovava la modalità corretta di procedere alla domesticazione di tali vegetali al fine di trasportarli e trapiantarli nei climi europei. Per questo erano state create istituzioni come la *Oficina Botanica* spagnola, devota allo scopo di studiare la flora extraeuropea, in particolare quella americana[61].

In siffatto contesto sorgono tre (condizioni) collegate al tema principale:

a) l'evoluzione della pirateria: la distinzione tradizionale, risalente al Medioevo, tra pirateria (più antica e completamente illegale) e guerra da corsa è importante perché distingue il pirata, considerato alla stregua di un ladro, che si appropria illegalmente di risorse altrui rispetto alla guerra da corsa che, invece, è uno dei mezzi con cui viene condotto un attacco bellico in mare[62]. Per essendo entrambi comportamenti dannosi, già nel XIII secolo venne delineata una linea oltre la quale "ciò che è sbagliato diventa giusto" rispetto a ciò che "l'atto non può legittimare da sé, né può legittimarlo l'atto-

[58] O.A. Hathaway, S.J. Shapiro, *Gli internazionalisti*, trad. it. F. Verzotto, S. Tosetto, Vicenza, 2018, 29 ss.

[59] D. Heller-Roazen, *Il nemico di tutti. Il pirata contro le nazioni*, trad. it. G. Lucchesini, Macerata, 2010, 128 ss.

[60] O.A. Hathaway, S.J. Shapiro, *Gli internazionalisti*, cit.

[61] R.R. Nozal, *La Oficina Botánica (1788-1835): una institución dedicada al estudio de la flora americana,* in *Asclepio*, 1995, 169 ss.

[62] D. Heller-Roazen, *Il nemico di tutti,* cit. 86.

re, ma unicamente l'autorizzazione"[63]. Da questa autorizzazione da parte di un potere sovrano si instaura una giurisprudenza che riconosceva in tempo di pace il ruolo di "lettera (o patente o licenza) di marchio", cioè la *licentia marcandi*"[64].

Si trattava di uno strumento irrinunciabile per un'epoca nella quale non esistevano ancora flotte statali ed era pressoché inevitabile che le unità navali private, con ciurma corsara, lavorassero per profitto personale, diventando strumenti tipici della guerra per mare. Solo in epoca più tarda, nel XVIII secolo vennero riconosciuti come "saccheggiatori legittimi che svolgevano con mezzi privati una guerra pubblica"[65].

b) la presenza della schiavitù, che aveva accomunato tanto i domini spagnoli quanto i commerci della VOC, anche nella coltivazione e manutenzione degli orti botanici.

A questo proposito ne sia esempio l'approccio dello sfruttamento delle risorse locali: sia da un punto di vista biologico (sfruttamento delle piante, dei fiori e dei frutti), sia relativamente allo sfruttamento schiavistico del lavoro umano perché la visione del mondo del tempo considerava solo certe parti dell'umanità fossero libere, in senso giuridico e in senso filosofico, da poter godere pienamente della libertà e della vita. La diffusione del lavoro servile in molte colonie prevedeva l'impiego di indigeni, come lavoratori forzati e le persone vittime della tratta, come schiavi[66].

Questo tema concerne l'accaparrarsi fisico delle risorse sfruttando i prodotti ottenuti da chi lavorava costretto nelle piantagioni. Nelle Americhe, seppure i giardini botanici fossero già presenti nell'epoca precolombiana, si è preferito un modello di sfruttamento delle risorse naturali, impiegando la manodopera forzata e gratuita conseguente allo stato di servitù delle popolazioni locali[67]. Siffatto dominio aveva l'ulteriore conseguenza della spoliazione delle conoscenze tradizionali in campo biologico e curativo.

[63] F.L. Cheyette, *The Sovereign and the Pirates,* in *Speculum*, 1970, 48; D. Heller-Roazen, *op. cit.,* 86.

[64] D. Heller-Roazen, *op. cit.*, 88, ss.

[65] E. Cauchy, *Le droit maritime international considéré dans ses origines*, Paris, 1862, Vol. 1, 64; D. Heller-Roazen, *op. cit.*, 89.

[66] Sulla differenza, si consenta il rinvio a E. Falletti, voce «*Schiavitù*» in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. civ. Aggiornamento* VII, 2012, 907 ss.

[67] N.E. Van Deusen, *Why Indigenous Slavery Continued in Spanish America after the New Laws of 1542,* in *The Americas*, 2023, 395 ss.

Figura n. 2[68]

La schiavitù era diffusa e impiegata nella coltivazione degli orti botanici in epoca coloniale[69], e quindi anche quello olandese nell'avamposto del Capo di Buona Speranza. Come si può evincere dal documento cartografico (presentato nella figura n. 3) in cui la "*Slavenhaus*" (identificata con la lettera "D") è adiacente, nonché vicinissima, all'orto botanico di proprietà della compagnia nel 1750.

Nell'Era Moderna, la concezione dei giardini botanici, dunque, ha abbandonato il collegamento teologico che perpetuava l'idea dell'Eden originario, per assumere un ruolo primario e utilitaristico nella produzione di merci collegate all'appropriazione tanto della natura, dalla quale provengono le materie prime, quanto del lavoro umano che modella gli ambienti coltivandoli e ottenendo i prodotti oggetto di scambio.

[68] H. Sloane, A *voyage to the islands Madera, Barbados, Nieves, S. Christophers and Jamaica: with the natural history of the herbs and trees, four-footed beasts, fishes, birds, insects, reptiles,* London, 1707-1725.

[69] Z. Baber, *The plants of empire: Botanic gardens, colonial power and botanical knowledge*, in *Journal of Contemporary Asia*, 2016, 659 ss.

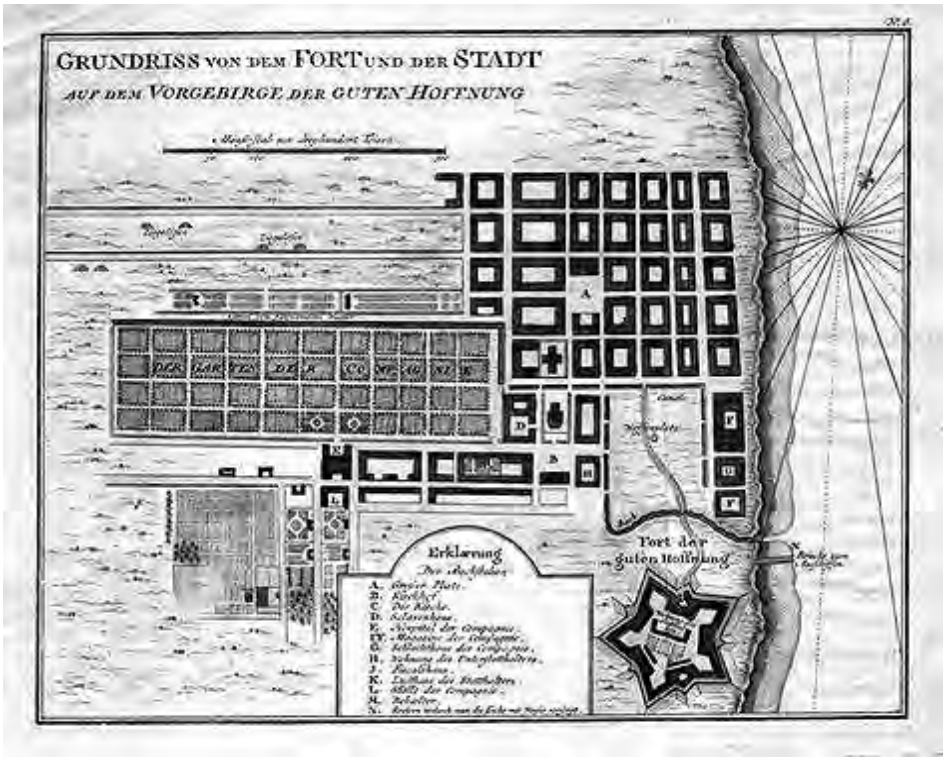

Figura n. 3[70]

Tali prodotti, conosciuti per lungo tempo con il vocabolo di "coloniali"[71], divennero il motore di un mutamento di paradigma sia per quel che concerne il commercio internazionale, sia per ciò che riguarda la protezione dei diritti di sfruttamento di un certo bene di origine naturale rispetto alla sola vendita del prodotto da esso ottenuto.

c) Ritorna, dunque, la domanda "a chi appartiene la natura?" Dal punto di vista giuridico ci sono diversi temi, il più importante è relativo a chi può rivendicare l'appartenenza della natura: a chi l'ha conquistata e dominata (secondo una propria prospettiva) ovvero a chi è (stato) l'originario abitante? La risposta odierna è opposta a quella dei tempi più risalenti, ma è da questa posizione che può essere interessante lo studio della questione relativa allo studio dello sviluppo embrionale della proprietà intellettuale, quale strumento

[70] J. N. Bellin, *Grundriss von dem Fort und der Stadt auf dem Vorgebirge der Guten Hoffnung,* 1750.

[71] J. Hersh, H. J. Voth, *Sweet diversity: Colonial goods and the welfare gains from global trade after 1492*, in *Explorations in Economic History,* 2022, 101468.

di appropriazione della conoscenza dei nativi[72]. In particolare per quel concerne l'approfondimento delle conoscenze farmaceutiche/farmacologiche prese in considerazione dalla VOC in un approccio del tutto innovativo per quanto riguarda la ricerca farmacologica, come ponte di conoscenza tra i giardini botanici europei e quelli locali.

Infatti, la risposta alla domanda "a chi appartiene la natura?" è mutata con il colonialismo della VOC, e la risposta è cambiata da "a Dio" a "agli esseri umani che studiano", dato che i mercanti della VOC furono subito interessati a proteggere legalmente le conoscenze ottenute dalla medicina tradizionale[73].

In questo ambito la promozione dello studio delle specie vegetali, attraverso la compilazione sistematica di erbari e pubblicazioni dei lavori classificatori di Linneo favorì il diffondersi di pubblicazioni scientifiche prodromiche allo sfruttamento commerciale. Il rapporto tra giardini botanici e le pubblicazioni scientifiche e lo studio della classificazione della botanica può dirsi innovativo per quel che concerne la definizione e classificazione delle specie e dei loro prodotti.

In conclusione, probabilmente, l'orto botanico risulta essere tra i più originali strumenti di investigazione giuridica, ma attraverso lo studio, l'osservazione dei mutamenti della sua ideazione e del suo sfruttamento e poi della sua considerazione in quanto espressione della creatività umana si è potuta ipotizzare una via insolita per la ricostruzione storica dello scambio giuridico ovvero commerciale di beni.

[72] C. Oguamanam, *International law and indigenous knowledge: Intellectual property, plant biodiversity, and traditional medicine,* Toronto, 2000, *passim*.

[73] P. Baas, J. F. Veldkamp, *Dutch pre-colonial botany,* cit.

Carla Faralli[*]

AL CINEMA CON IL DIRITTO. «IL VERDETTO»

SOMMARIO: 1. «Il verdetto». – 2. Da *Law and Literature* a *Law and Humanities*. – 3. La normativa italiana sul rifiuto/rinuncia delle cure.

1. *Il «verdetto»*

«Il verdetto» è un film del 2017, tratto dal libro dello scrittore inglese Ian McEwan, *The Children Act* del 2014, tradotto in italiano col titolo *La ballata di Adam Henry*.

L'autore dichiara che la storia prende le mosse da due casi inglesi, uno in Alta Corte nel 1990 e uno in Corte d'Appello nel 2000, presieduti da Sir Alan Ward, «un magistrato di grande saggezza, intelligenza e umanità».

Protagonista del film è una giudice dell'Alta Corte britannica, Fiona May (magistralmente interpretata da Emma Thompson), specializzata in cause civili riguardanti i rapporti di famiglia e i diritti delle persone, soprattutto dei minori.

Il caso al centro della storia è quello di un adolescente, Adam Henry (minorenne di 17 anni e 9 mesi), figlio di testimoni di Geova e lui stesso testimone di Geova, colpito da una grave forma di leucemia, che rifiuta la trasfusione di sangue che potrebbe salvargli la vita.

La giudice ascolta gli avvocati delle parti, i medici, i genitori, va personalmente (anche se non rientra nella prassi) a visitare il ragazzo in ospedale e rimane colpita dalla maturità e dalla determinazione di Adam, ma la decisione dal punto di vista giuridico è scritta nel *Children Act*, la normativa inglese del 1989 che sancisce il principio del *best interest* («in tutte le questioni inerenti l'educazione e lo sviluppo di un minore la corte orienterà le proprie delibere assumendo come parametro decisivo il benessere del minore stesso»).

Dal punto di vista giuridico il caso è chiuso: il ragazzo e la famiglia, peraltro, in un primo momento sembrano aver riconquistato la serenità, anche se stigmatizzati dalla comunità dei testimoni di Geova. Nel finale la giudice viene a conoscenza della morte del giovane Adam che, divenuto maggiorenne, al manifestarsi di una ricaduta della malattia rifiuta la trasfusione e, senza il suo consenso, non ha potuto essere trasfuso.

[*] Professoressa emerita di Filosofia del diritto e Bioetica Alma Mater Studiorum - Università di Bologna.

Film e libro rappresentano un caso esemplare del movimento *Law and Humanities* in quanto dimostrano come letteratura e cinema si prestino a indagare situazioni giuridiche complesse, non solo oggetto di disquisizioni accademiche, ma che interrogano la coscienza di tutti noi. Diritto, letteratura, cinema sono tre caratterizzazioni identitarie di una civiltà storica – scriveva con la consueta incisività Paolo Grossi –, occupandoci di esse noi giuristi provvediamo anche per il diritto a un sostanzioso recupero di storicità, della sua naturale (anche se troppo spesso ignorata) storicità[1].

2. *Da* Law and Literature *a* Law and Humanities

Law and Humanities è un indirizzo di studi che riprende, ampliandole, le istanze del movimento *Law and Literature*, nato, come è noto, negli Stati Uniti all'inizio del secolo scorso nel clima della «rivolta contro il formalismo»[2]. Nel 1908 John Wigmore pubblica *A List of Legal Novels*[3], in cui vengono selezionati pezzi di narrativa interessati a tematiche giuridiche col dichiarato fine di diffondere le opere letterarie, che testimoniano i valori giuridici fondamentali della cultura americana, per informare ad essi i giuristi. Negli anni successivi vengono pubblicate altre opere di questo genere, che consolidano la convinzione che la letteratura contribuisca a formare la coscienza etica di avvocati e giuristi e, per questa via, la prospettiva giusletteraria entra nell'insegnamento universitario.

Nel 1925 col saggio *Law and Literature*[4], Benjamin Cardozo prefigura la possibilità, da un lato, di leggere ed interpretare le sentenze come esempi di letteratura, o meglio di scrittura letteraria, e, dall'altro, di cogliere, attraverso la rappresentazione letteraria, il contesto in cui si svolge l'esperienza giuridica, il *law in action* contrapposto al *law in books*.

Si cominciano così a delineare i due indirizzi in cui tradizionalmente si divide il movimento: *Law in Literature* e *Law as Literature*. Il primo, volto all'analisi delle rappresentazioni letterarie del diritto ritenute utili alla forma-

[1] Cfr. P. Grossi, in *Cinema e diritto. La comprensione della dimensione giuridica attraverso la cinematografia*, a cura di O. Roselli, Torino, 2020, 22.

[2] Cfr. M.G.White, *Social Thought in America. The Revolt against Formalism*, New York, 1949 (tr.it. *La rivolta contro il formalismo*, Bologna, 1956).

[3] In *Illinois Law Review*, 1908, 2, 574 ss. John H.Wigmore (1863-1943) fu preside della *Law School* nella *Northwestern University*. Cfr. G. Minda, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Centuries' End*, New York-London, 1995 (tr.it. *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001, 247ss.) e, per una visione d'insieme anche se non più aggiornatissima, C.A.Corcos, *An International Guide to Law and Literature Studies*, New-York, 2002.

[4] In *Yale Review*, 1924-25, 489 ss., ripubblicato in B.N.Cardozo, *Law and Literature and Other Essays and Addresses*, New York, 1931.

zione umanistica degli operatori giuridici; il secondo, partendo dal presupposto dell'analogia tra diritto e letteratura in quanto testi, volto a elaborare una metodologia che si serva delle tecniche della critica letteraria per affrontare alcuni problemi classici della teoria del diritto, in particolare l'interpretazione.

Con riferimento a quest'ultima una riflessione molto originale è quella di Jerome Frank che paragona l'interpretazione delle leggi da parte dei giudici a quella musicale da parte degli esecutori e conclude che l'attività interpretativa non è scienza ma arte. Frank anticipa così *Law and Music*, un versante che avrà un notevole sviluppo negli studi successivi di *Law and Humanities*[5].

Negli stessi anni anche nel nostro paese[6], in un contesto molto diverso, numerose sono le opere che danno spazio a diritto e letteratura. Tra le più significative ricordo: Giovanni Brunelli, che nel saggio del 1906 *Il fatto illecito e il fatto immorale di fronte al diritto positivo* analizza il *Mercante di Venezia* di Shakespeare per argomentare in tema di rapporti tra diritto positivo, interpretazione giuridica e morale; Alfredo Ascoli e Cesare Levi, che nel 1914 pubblicano il saggio *Il diritto privato nel teatro contemporaneo francese e italiano*; Piero Calamandrei, che nel 1924 nel saggio *Le lettere e il processo civile* scrive «dalla lettura di certe pagine di romanzi, nelle quali si descrivono con linguaggio profano i congegni della giustizia in azione, è assai spesso possibile trarre un'idea precisa, meglio che da una critica fatta in gergo tecnico e in stile cattedratico, del modo in cui la realtà reagisce sulle leggi e della loro inadeguatezza a raggiungere nella vita pratica gli scopi per i quali il legislatore crede di averle create»; Roberto Vacca, che nel libro *Il diritto sperimentale* del 1923 sostiene che l'opera letteraria non si limita a descrivere il reale, ma rappresenta la psicologia dei personaggi, così che le opere di Rabelais, Dickens, Balzac e Tolstoj spiegano «certi modi di agire e di pensare inerenti alla natura umana assai meglio di qualche vecchio trattato di filosofia del diritto, ed anche di qualche moderno manuale di psicologia giudiziaria».

La prima opera sistematica italiana è *La letteratura e la vita del diritto*, pubblicata nel 1936 da Antonio D'Amato: in essa l'autore idealisticamente sostiene che letteratura e diritto sono manifestazioni delle aspirazioni della coscienza collettiva, momenti diversi del concretizzarsi dello Spirito, che si esprime attraverso la letteratura, prima, e si formalizza, poi, nel diritto. In verità già una decina di anni prima Ferruccio Pergolesi aveva pubblicato un saggio, *Il diritto nella letteratura*, nel quale abbozza una prospettiva metodologica sui rapporti

[5] Cfr. C. Faralli, *Musica e diritto. Percepire l'esigenza di armonia*, in *Le arti e la dimensione giuridica*, a cura di O. Roselli, Bologna, 2020, 271-280.

[6] In particolare, A. Sansone, *Diritto e Letteratura*, Milano, 2001 e, ad integrazione ed aggiornamento, P. Mittica, *Diritto e Letteratura in Italia. Stato dell'arte e riflessioni sul metodo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009, 3-29.

tra diritto e letteratura, che trova però definitivo sviluppo solo negli anni '40 e '50, in particolare con *Diritto e giustizia nella letteratura moderna narrativa e teatrale*, 1949, riedito con aggiornamenti nel 1956[7].

Antesignani di *Law and Music* in Italia, come Frank in America, Salvatore Pugliatti e Emilio Betti, che presero parte ad un dibattito sulla natura dell'interpretazione, aperto da un articolo di un musicologo, Guido Gatti, pubblicato sulla «Rassegna Musicale» del 1930, dibattito che vide aprirsi due fronti, l'uno sostenitore del carattere creativo e l'altro del carattere riproduttivo dell'interpretazione sia musicale sia giuridica[8].

A partire dagli anni Settanta del secolo scorso si assiste ad una nuova fase di *Law and Literature*, di cui l'iniziatore negli Stati Uniti è unanimemente riconosciuto James Boyd White, professore di diritto e di inglese all'Università del Michigan, autore di *Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*[9], prima di una trilogia che comprende *When Words Lose Their Meaning: Constitution and Reconstitution of Language, Character and Community*[10] e *Heracles' Bow: Essays on Rhetoric and Poetics of the Law*[11].

White sostiene che il diritto va considerato parte integrante di un sistema culturale cui il giurista deve fare continuo riferimento e polemizza con quelle correnti culturali che alla metà del secolo scorso avevano creato l'illusione che non vi fossero connessioni tra il diritto e gli altri linguaggi e – più in generale – con il sapere umanistico, illusione prodotta dalla convergenza di vari fattori, quali l'imporsi all'interno della filosofia di un positivismo logico che attribuiva significato solo a ciò che era sperimentabile empiricamente; l'imporsi delle scienze sociali – sociologia, psicologia, economia – a discapito delle altre forme di pensiero; il diffuso desiderio di affermare la mascolinità della scienza contro la percepita «femminilità» degli studi umanistici (sono parole di White).

White afferma che «la vita del diritto è la vita di un'arte: l'arte di creare significato nel linguaggio intersoggettivo» e quindi che lo studio della letteratura e del linguaggio è cruciale per intendere la natura etica e l'umanità del diritto. Diritto e letteratura sono internamente collegati perché entrambi dipendono dal linguaggio, che è la dimensione fondamentale della vita in comune e comportano pratiche interpretative simili. «Diritto e letteratura» costituisce un'arte creativa che «sviluppa la comprensione di ognuno, arricchisce la comprensione

[7] Si rimanda per più dettagliati riferimenti a A. SANSONE, *op. cit.*, 4-9,19-32.

[8] Cfr. C. FARALLI, *op. cit.*

[9] Boston, 1973.

[10] Chicago, 1984 (tr. it. *Quando le parole perdono il loro significato. Linguaggio. Individuo. Comunità*, Milano, 2010).

[11] Madison, 1985.

di se stessi e del mondo, ridimensiona le forme di razionalità strumentale e calcolatrice dominanti nella nostra cultura».

La nozione di letteratura adottata da James Boyd White è una nozione ampia che abbraccia molte più specie testuali di quante tradizionalmente individuate come letterarie in senso stretto.

Dagli anni '80 in poi prende sempre più piede il termine *Law and Humanities*, come concetto di genere che include come concetti di specie tanto «Diritto e Letteratura» quanto «Diritto e Cinema», «Diritto e Musica», «Diritto e Arte» in generale.

Nel 1989 viene fondato lo *Yale Journal of Law and Humanities* con il dichiarato intento di traghettare *Law and Literature* verso questo ambito più ampio e si moltiplicano gli studi volti a comprendere se teorie e metodi che si sviluppano in ambito umanistico (critica letteraria, musicale, cinematografica, ecc.) possono essere utili per meglio capire, elaborare e praticare il diritto[12].

Particolarmente interessante il filone che considera il diritto come costruzione o pratica narrativa (*Law as Narrative*): il diritto è in ultima analisi, nel suo insieme, frutto di narrazioni al pari di qualunque altro prodotto culturale e per diritto si intende non solo il diritto positivizzato, ma anche quel complesso di pratiche, usi, consuetudini, valori che sono alla base delle istituzioni giuridiche. La prospettiva narrativa permette ad esempio di dare voce alle minoranze escluse dalla partecipazione alla produzione giuridica: è in grado di descrivere l'esperienza della discriminazione e di rivelare l'aspettativa di gruppi che le storie ufficiali raccontate dal diritto non prendono in considerazione.

Il cinema, forse più di qualunque altra forma artistica, contribuisce alla conoscenza del fenomeno giuridico, rivelando la percezione sociale diffusa del diritto, il modo in cui il diritto è sentito e vissuto dalla collettività.

Concordo pienamente con quanto scrive Orlando Roselli[13]: «Il giurista non è solo lo studioso delle norme, è l'attento osservatore della società in cui vive, senza la cui conoscenza quello studio sarebbe mera erudizione od inefficace, o addirittura dannosa, attività.

Il cinema è al tempo stesso cannocchiale (potendoci offrire uno sguardo d'insieme) e microscopio (rendendo visive le parti nascoste) della società, di più: della condizione umana. È indicatore di ciò che vive, nel bene e nel male… come nessun'altra arte (se si esclude il teatro) il cinema è vocato a far vivere l'altro da sé, costringe a immedesimarsi nei protagonisti, nei contesti, nelle vicende.

[12] Cfr. P. Mittica, *Diritto e letteratura e "Law and Humanities". Elementi per un'estetica giuridica*, Torino, 2024.

[13] Cfr. O. Roselli, *Le ragioni del convegno*, in *Cinema e diritto*, cit., 28.

Se il giurista ha la necessaria sensibilità può cogliere attraverso il cinema quella carnalità del diritto (come sottolinea Paolo Grossi) che potrebbe altrimenti sfuggirgli: non aride norme ma regole che hanno a che fare con il vissuto delle persone in carne ed ossa».

Per Italo Calvino lo schermo su cui viene proiettata la pellicola rappresenta «una lente d'ingrandimento posata sul fuori quotidiano», che «obbliga a fissare ciò su cui l'occhio nudo tende a scorrere senza fermarsi»[14].

Il cinema inoltre ha una straordinaria capacità di raffigurare le situazioni dal punto di vista interno del vissuto delle persone. Non è casuale quindi che un campo privilegiato della settima arte sia rappresentato dall'approfondimento delle diverse fasi dell'esistenza umana dagli esordi alla fine, in quanto l'immagine più della parola è in grado di suscitare emozioni[15].

La vicenda di Adam Henry raccontata nel libro e rappresentata nel film costituisce un buon esempio di ciò.

3. *La normativa italiana sul rifiuto/rinuncia della cura*

Il tema del rifiuto e/o rinuncia alle cure al centro del film ha trovato da non molti anni in Italia una cornice giuridica rappresentata dalla legge 219 del 2017, una legge lungamente attesa che ha avuto un difficile percorso.

Tale legge è venuta a colmare una lacuna nell'ordinamento giuridico italiano e a dare certezza a principi consolidati a livello giurisprudenziale nel corso degli ultimi decenni. Di essa si parla comunemente di legge sul biotestamento o testamento biologico, ma a tale istituto è dedicato solo un articolo (l'art. 4), inserito in un percorso coerente di tutta la relazione di cura, a partire dal consenso informato (art. 1) per arrivare alla pianificazione condivisa delle cure (art. 5).

Già all'indomani del processo di Norimberga, il Codice omonimo (1946) aveva sancito il principio che nessun intervento medico può avvenire senza consenso da parte del paziente («il consenso volontario del soggetto umano è assolutamente essenziale»), principio ripreso e ribadito nella normativa internazionale e compiutamente delineato all'art. 5 della Convenzione sui diritti

[14] Citato in L. Chieffi, *La gestazione per altri nella settima arte*, in *Cinema e diritto*, cit., 102.

[15] Tra i contributi più significativi in Italia sul tema cinema e bioetica ricordo P. Dalla Torre, *Cinema contemporaneo e questioni bioetiche*, Roma, 2011; P.M. Cattorini, *Bioetica e cinema, Racconti di malattia e dilemmi morali*, Milano, 2012; *CinEtica. La bioetica al cinema*, Rimini, 2017; A.M. Cosentino, *Cinema e bioetica a confronto*, Roma, 2017. Su cinema e diritto in generale sempre con riferimento alla bibliografia italiana di particolare interesse G. Ziccardi, *Il diritto al cinema. Cento anni di courtroom drama e melodrammi giudiziari*, Milano, 2010 (una selezione di circa 200 film dall'inizio del novecento a oggi); i volumi della collana "Cinema diritto società", *In sala con il diritto*, a cura di S. Prisco, F. Gambino, Milano, 2023.

umani e la biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 (ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001 n. 145) che recita: «Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato il consenso libero ed informato. Questa persona riceve innanzitutto un'informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso». Analogamente la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, che, ai sensi del Trattato di Lisbona, è divenuta il *Bill of Rights* del Cittadino Europeo, all'art. 3, significativamente compreso all'interno del Capo Primo, dedicato alla Dignità, dispone: «nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati il consenso libero e informato della persona interessata». E ancora la Dichiarazione Universale sulla Bioetica e i Diritti Umani dell'Unesco del 2005 all'art. 10 ribadisce: «qualsiasi decisione o pratica riguardanti la diagnosi medica e la cura di una persona deve essere presa e eseguita soltanto con il consenso della persona interessata, fondato su un'informazione appropriata rispetto alla decisione da prendere e con la costante partecipazione della persona interessata».

Come è avvenuto ed avviene in altri settori della bioetica, anche in tema di consenso informato un ruolo fondamentale è stato svolto dalla giurisprudenza[16].

Negli Stati Uniti risale al 1914 la prima sentenza (giudice B. Cardozo) in materia (caso *Schloendorf*): un chirurgo, avendo eseguito un'operazione senza il consenso del paziente, fu ritenuto colpevole per aver commesso una violenza personale in base al principio che «ogni essere umano adulto e capace ha il diritto di determinare cosa debba essere fatto sul suo corpo ed un chirurgo che effettua un intervento senza il consenso del paziente commette un'aggressione per la quale è perseguibile per danni».

In Italia fin dal 1967 la Corte di Cassazione (sentenza n. 1945 del 25 luglio 1967) aveva affermato che «fuori dei casi di intervento necessario il medico nell'esercizio della professione non può, senza valido consenso del paziente, sottoporre costui ad alcun trattamento medico-chirurgico suscettibile di porre in grave pericolo la vita e l'incolumità fisica».

Ma solo a partire dagli anni '90 si assiste a un salto di qualità nella valorizzazione del principio del consenso informato in ambito medico-chirurgico: la pronuncia della Cassazione sul «caso Massimo» (Cassazione Penale, sezione V, 21 aprile 1992) consacra il consenso informato non solo quale fondamento della relazione medico-paziente, ma come vero e proprio requisito di legittimità dell'atto chirurgico. Di pochi anni successiva è la sentenza della Corte Costitu-

[16] Cfr. G. Cricenti, *I giudici e la bioetica. Casi e questioni*, Roma, 2017.

zionale (n. 238 del 27 giugno 1996) che afferma che, salvo espressa previsione di legge, nessuno può subire un intervento sanitario non voluto (nel caso, un prelievo ematico coattivo a fini processuali), essendo in gioco «un diritto inviolabile, quello della libertà personale, rientrante tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e connesso diritto alla vita ed alla integrità fisica». Nel 2000, con la Sentenza n. 232, la Corte ha sottolineato che l'art. 2 della Costituzione tutela l'integrità della sfera personale e la libertà di autodeterminazione. Nel 2002 ha ribadito che ogni pratica terapeutica, anche con riferimento ai trattamenti imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica, «si pone all'incrocio tra due diritti fondamentali della persona malata, quello di essere curato efficacemente secondo i canoni della scienza e dell'arte medica e quello ad essere rispettato come persona in particolare nella propria integrità fisica e psichica», e conclude: «la regola di fondo in questa materia è costituita dall'autonomia e dalla responsabilità del medico, che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione».

Tali sentenze anticipano quella del 2008 (n. 438 del 23 dicembre) che fornisce la più compiuta definizione di consenso informato, laddove recita: «il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione […] e negli artt. 13 e 32»: esso svolge «funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale…».

Anche il codice deontologico dell'ordine dei medici a partire da quello del 1998 (non a caso l'anno seguente alla Convenzione di Oviedo) è chiarissimo nel condizionare l'attività medica alla volontà del paziente. Significativamente, la Legge 219 si apre richiamando proprio gli artt. 2, 13, 32 della Costituzione e gli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e qualifica il consenso informato come momento di incontro tra «l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico», secondo quel modello di alleanza terapeutica che negli ultimi decenni è venuto sostituendosi al modello paternalistico, in cui il medico rappresentava l'unico soggetto in grado di decidere «in scienza e coscienza» il percorso terapeutico cui sottoporre il paziente.

Il testo di legge in esame valorizza il momento che efficacemente chiama non dell'informazione ma della comunicazione – nel senso etimologico di «mettere in comune, condividere» – tanto che lo qualifica «tempo di cura» (art. 1, comma 8). «Ogni persona – si legge all'art. 1, comma 3 – ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibilità alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi». Tra i trattamenti sanitari la legge espressamente prevede anche la nutrizione e l'idratazione artificiale «in quanto somministrazione su prescrizione medica di nutrienti mediante dispositivi medici» (art. 1, comma 5).

Particolari previsioni di tutela riguardano il consenso in caso di minore o di incapace, dei quali comunque vengono valorizzate le capacità di comprensione e di decisione (art. 3). Con riferimento al minore va tenuto conto della sua volontà in relazione all'età e al grado di maturità, come prescritto a livello internazionale, ad esempio dalla *Resolution of the Rights of the Child* dell'ONU del 1989 (ratificata dall'Italia con legge 27 maggio 1991 n. 176) e dalla Convenzione Europea di Strasburgo per i Diritti del Minore del 1996 (ratificata dall'Italia con legge 20 marzo 2003 n. 77). Con riferimento alla persona incapace si rinvia alle diverse figure previste dal nostro ordinamento a seconda dei gradi di incapacità, dal tutore per le forme più gravi all'amministratore di sostegno per quelle meno gravi o anche transitorie.

Quale proiezione del consenso informato in caso di incapacità della persona, l'articolo 5 della legge tratta, come si è accennato, il dibattutissimo tema del testamento biologico, più correttamente definito come «disposizioni anticipate di trattamento» (DAT), formulazione intermedia tra quelle altrettanto usate di «dichiarazioni anticipate di trattamento» (più debole) e «direttive anticipate di trattamento» (più forte).

Il tema della DAT entra nel dibattito pubblico negli anni '70 del secolo scorso, quando si diffondono nella pratica clinica nuove tecnologie (respiratori e macchine sempre più sofisticate) che permettono di mantenere in vita persone vittime di gravi incidenti e mettono in discussione le categorie classiche di vita o di morte, facendo passare alcune situazioni dal caso alla libertà – come osserva Stefano Rodotà[17] – consentendo libere scelte dove prima esistevano situazioni necessitate.

[17] Cfr. S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.

Il primo esempio di regolamentazione giuridica della materia risale al 1976 con il californiano Natural Death Act, entrato in vigore nel 1977 e preso a modello da molti stati americani negli anni in cui le corti si trovavano ad affrontare casi famosi, come il caso Karen Quinlan (1976), il caso Nancy Cruzan (1990), il caso Terri Schiavo (2005)[18].

In Europa il tema è presente nella normativa sovranazionale a partire dalla già citata Convenzione di Oviedo, che all'art. 9 recita «i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione». Formula prudente ma chiara. Nel 2012 il Consiglio d'Europa, con l'esplicito obiettivo di promuovere il testamento biologico, ha emanato una risoluzione (n. 1859, «Difesa dei diritti umani e della dignità tenendo in considerazione le volontà precedentemente espresse dai pazienti») nella quale gli Stati Membri vengono sollecitati a emanare leggi per rispondere a situazioni in cui il paziente non è più in grado di esprimere la sua volontà in relazione ad interventi medici.

In Italia la prima proposta in materia presentata in Parlamento risale al 1985, quando il socialista Loris Fortuna, padre del referendum sul divorzio, propose di avviare «un processo dialettico e culturale nel Parlamento e nel Paese sulla questione della dignità della vita nel suo momento terminale». A fronte di un certo immobilismo del Parlamento[19], sono stati i giudici ad affrontare il problema, in particolare in quello che può essere definito il *leading case* della giurisprudenza italiana di fine vita, vale a dire il caso Englaro.

La legge italiana ora in vigore prevede che le DAT siano redatte «per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo, che provvede all'annotazione in apposito registro ove istituito» (art. 4, comma 6). Esse possono essere rinnovate, modificate e revocate in qualunque momento, e possono indicare un fiduciario (persona maggiorenne e capace d'intendere e volere), che ha il compito di fare le veci della persona che ha espresso le DAT e rappresentarla nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie (art. 4, comma 1). Le DAT possono essere disattese in accordo con il fiduciario solo qualora appaiono palesemente incongrue o non rispondenti alla condizione clinica attuale o sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita (art. 4, comma 5).

[18] Gregory E. Pence, "Comas: Karen Quinlan, Nancy Cruzan, and Terri Schiavo", cap. 2 in *Medical Ethics: Accounts of Ground-Breaking Cases*, New York, 2011, 23 ss.

[19] Per una ricostruzione delle diverse proposte di legge sul tema dagli anni '80 ad oggi rinvio a D. Carusi, *Tentativi di legiferare in materia di testamento biologico. Contributo a un dibattito da rianimare*, Torino, 2016.

Il terzo momento della relazione di cura che la Legge 219 individua all'art. 5 è la pianificazione condivisa delle cure. A differenza delle disposizioni anticipate di trattamento, che vengono redatte «in previsione di un eventuale futura incapacità di autodeterminarsi», la pianificazione condivisa delle cure si dà quando il paziente è già affetto da una patologia cronica e invalidante, «caratterizzata da una inarrestabile evoluzione con prognosi infausta». Tale paziente deve essere adeguatamente informato sull'evolversi della patologia in atto e su quanto può realisticamente attendersi in termini di qualità della vita e conseguentemente esprimere i propri intendimenti per il futuro, compresa l'eventuale indicazione di un fiduciario.

Molto importante il richiamo che la legge fa alle cure palliative (art. 2): nessun abbandono terapeutico per chi rifiuta o revoca il consenso ai trattamenti sanitari indicati dai medici – come qualcuno paventa – perché la legge prevede che debba essere garantita «un'appropriata terapia del dolore» e «l'erogazione delle cure palliative ai sensi della legge 38 del 15 marzo 2010». Inoltre, «in presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore».

Nel suo insieme la Legge 219 rappresenta un esempio di modello «aperto e leggero», secondo la definizione di Stefano Rodotà[20]: leggera come è di imposizioni e aperta alle scelte individuali. Non è infatti una legge di divieti, non fissa obblighi, ma lascia alle persone la libertà di decidere sulla base delle proprie convinzioni personali, in coerenza con il principio di laicità dello Stato quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, che «implica – come ha affermato la Corte Costituzionale nella famosa sentenza n. 203 del 1989 – non indifferenza dello Stato di fronte alle religioni, ma garanzia dello Stato della salvaguardia della libertà di religione in regime di pluralismo culturale.»

Sono passati pochi anni dall'entrata in vigore della Legge 219, ma sono emersi alcuni problemi che meritano una riflessione.

In primo luogo occorre far conoscere i contenuti della legge e il suo significato profondo di strumento di libertà di scelta, in modo da evitare che consenso informato, disposizioni anticipate di trattamento, pianificazione condivisa delle cure siano considerati da medici e pazienti meri atti burocratici e firme su fogli prestampati, ma costituiscano veramente l'esito finale di un processo comunicativo in grado di costruire un'alleanza fiduciaria tra due persone, entrambe portatrici di proprie competenze e valori.

Sotto questo profilo è fondamentale la formazione dei medici e degli operatori sanitari, come la legge stessa prescrive (art. 1, comma 10), in materia di

[20] Cfr. S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 58.

relazione e di comunicazione con il paziente, di terapia del dolore e di cure palliative, in modo che essi non vivano, come spesso succede, l'impossibilità di intervenire su certe patologie e la rinuncia o il rifiuto delle cure da parte del paziente come una sconfitta della loro professione.

La legge non contiene alcuna previsione all'obiezione di coscienza, come alcuni avrebbero voluto, previsione che sarebbe stata del tutto inappropriata perché la legge non prevede alcuna pratica a danno del paziente. D'altra parte «il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali: a fronte di tali richieste il medico non ha obblighi professionali», ma entro questi limiti «è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo» e in conseguenza di ciò è esente da responsabilità civile o penale (art. 1, comma 6).

La legge 219 non riguarda infatti i casi di morte medicalmente assistita (suicidio e eutanasia), come ribadito dalla Corte Costituzionale nelle pronunce del 2018 e 2019 relative all'art. 580 del Codice Penale, con riferimento al caso del DJ Fabo. Il giovane, vittima di un grave incidente che lo aveva reso cieco e tetraplegico e affetto da gravi sofferenze refrattarie alle cure, era stato accompagnato da Marco Cappato in una clinica svizzera dove, nella piena capacità di intendere e di volere, aveva assunto in via autonoma il farmaco che gli aveva procurato la morte. La legislazione in vigore in Italia – sottolinea la Corte – «non consente al medico che ne sia richiesto di mettere a disposizione del paziente che versa nelle condizioni sopra descritte trattamenti diretti, non già ad eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte». Osserva, però, che «una disciplina delle condizioni di attuazione della decisione di taluni pazienti di liberarsi delle proprie sofferenze non solo attraverso una sedazione profonda e continua e con relativo rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale, ma anche attraverso la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte, potrebbe essere introdotta, anziché mediante una mera modifica della disposizione penale di cui all'articolo 580 del Codice Penale, inserendo la disciplina stessa nel contesto della Legge 219 e del suo spirito, in modo da inscrivere anche questa opzione nel quadro della relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico, opportunamente valorizzata dall'articolo 1 della legge medesima». A parere della Corte «il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze», «senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio di dignità umana oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive».

Com'è noto, la Corte, ribadendo che il suo compito consiste nel verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore nell'esercizio della propria discrezionalità politica, con i limiti dettati dalle esigenze di rispetto dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone coinvolte, ha dichiarato l'incostituzionalità parziale dell'art. 580, ma ha ritenuto di affidare al Parlamento ogni ulteriore decisione.

Nel 2021 è stato approvato dalla Camera dei Deputati un testo di legge («Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita») sul suicidio medicalmente assistito, come indicano i primi articoli. «La legge disciplina la facoltà della persona affetta da una patologia irreversibile o con prognosi infausta, di richiedere assistenza medica al fine di porre fine volontariamente ed autonomamente alla propria vita, in modo volontario, dignitoso e consapevole» sulla base dei presupposti e delle condizioni fissate nell'art. 3 (persone maggiorenni, capaci di prendere decisioni libere e consapevoli, affette da patologie irreversibili e da sofferenze fisiche e psicologiche intollerabili, tenute in vita da trattamenti di sostegno vitale ecc.). A seguito della caduta del Governo nel corso dello stesso anno l'iter della legge non ha avuto seguito.

Quanto all'eutanasia, l'Associazione Luca Coscioni ha promosso un Referendum riguardante l'abrogazione di parte dell'art. 579 del codice penale concernente l'omicidio del consenziente, al fine di aprire la strada ad una futura legge sull'eutanasia, ma con sentenza n. 50 del 15 febbraio 2022, la Corte Costituzionale non lo ha ammesso, ribadendo che «discipline come quelle dell'art 579 c.p. poste a tutela della vita non possono essere puramente e semplicemente abrogate, facendo così venir meno le istanze di protezione di quest'ultima a tutto vantaggio della libertà di autodeterminazione individuale… Discipline come quella considerata possono essere modificate o sostituite solo dallo stesso legislatore con altre discipline».

Il dibattito è aperto e il cinema può coinvolgere un maggior numero di persone rispetto ai soli «addetti ai lavori».

Alessia Farano[*]

LE NUOVE FRONTIERE DEL BIODIRITTO IN *KLARA E IL SOLE* DI ISHIGURO

SOMMARIO: 1. Un "progetto culturale" per la formazione giuridica: diritto e letteratura. – 2. *Klara e il sole*. – 3. Soggettività giuridiche emergenti. – 4. *Il mind/body problem* e la lettura ontologica. – 5. Il potenziamento cognitivo

1. *Un "progetto culturale" per la formazione giuridica: diritto e letteratura*

Francesco Carnelutti, in un celebre passaggio[1], scriveva che «chi conosce solo il diritto non conosce nemmeno il diritto»[2]. Questa frase compendia la filosofia dell'educazione giuridica di Salvatore Prisco, che, non solo nella sua produzione scientifica ma anche nella pratica dell'insegnamento, ha costantemente promosso un'immagine di giurista aperto alle contaminazioni con altri saperi: l'antropologia, la psicologia, l'economia, per la loro capacità di leggere l'uomo; ma, soprattutto, la letteratura.

Letteratura come metodo di insegnamento del diritto, anzitutto, in omaggio alla tradizione che da Boyd-White in avanti[3] ha affidato ad essa il compito di rinnovare strumenti e finalità della formazione giuridica contro il "socio-legal positivism" proprio del metodo dogmatico.

Se è vero che ogni metodo di insegnamento del diritto riflette una precisa immagine dello stesso diritto[4], il "progetto culturale"[5] promosso da Salvato-

[*] Ricercatrice di filosofia del diritto presso la Luiss Guido Carli di Roma.

[**] Ringrazio Fulvia Abbondante per l'invito a tenere una lezione nell'ambito del suo corso di Diritto e letteratura presso l'Università "Federico II" di Napoli (a.a. 2023/2024), corso fortemente voluto da Salvatore Prisco. Il presente contributo prende spunto dalla lezione del 15 maggio 2024.

[1] S. PRISCO, *Diritto, letteratura, discipline umanistiche. Teorie, metodi e casi. Un programma culturale e un progetto di ricerca per il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Federico II*, in *Rivista AIC*, 4, 2016, 1-15, 8.

[2] La citazione è riportata ivi, 8. E. BUONO, S. PRISCO, *Francesco Carnelutti e la «clinica del diritto». Attualità e sviluppi di un'intuizione*, in G. Tracuzzi (a cura di), *Per Francesco Carnelutti. A cinquant'anni dalla scomparsa*, Padova 2015.

[3] J. BOYD-WHITE, *The Legal Imagination. Studies on the Nature of Legal Thought and Expression*, Chicago 1973.

[4] V. MARZOCCO, S. ZULLO, TH. CASADEI, *Didattica del diritto. Metodi, strumenti e prospettive*, Pisa 2021.

[5] S. PRISCO, *Diritto, letteratura, discipline umanistiche*, cit., 1.

re Prisco con l'istituzione dell'insegnamento di Diritto e letteratura ci consegna un'idea di diritto complessa, dinamica, fatta di «continui bilanciamenti tra valori-principî, da applicare in concreto, nella situazione di volta in volta esaminata, a partire cioè dalla pressione della realtà sociale, che propone sfide sempre nuove e diverse»[6].

La centralità del caso, narrato in giudizio attraverso gli strumenti epistemologici che la consuetudine con la lettura di grandi storie mette a disposizione, è, peraltro, ineludibile in una delle aree del diritto più frequentate da Prisco: il biodiritto (e la bioetica).

Nel proporre una bioetica "discorsiva", Salvatore Prisco ha costantemente sottolineato l'importanza della «'narrazione' del 'caso' che – somigliante ad altri simili, ma al tempo stesso irriducibilmente diverso nella sua unicità esistenziale – suggerisce esso stesso di volta in volta la soluzione concretamente possibile sul piano regolatorio, in un contesto in cui il diritto è sì necessario, ma va impiegato in una forma particolarmente 'mite', cioè come forza che disciplini la convivenza non essendo né l'unica, né quella 'di prima linea'»[7].

L'ultimo romanzo di un maestro della letteratura, il premio Nobel Ishiguro, consentirà di mettere a frutto la lezione metodologica di Prisco, riflettendo su alcuni temi – il potenziamento cognitivo e la dignità, tra tutti – che nel racconto futuristico dello scrittore anglo-giapponese ci obbligano a ripensare valori e principi coinvolti.

2. Klara e il sole

Il romanzo di Ishiguro presenta al lettore, sin dal titolo *Klara e il Sole*[8], due personaggi significativi.

Klara, anzitutto, che è la voce narrante: un'androide costruita come compagnia per i bambini potenziati, un'amica artificiale a cui Ishiguro affida il compito di ritrarre – con delicatezza e apparente ingenuità – il mondo di domani.

Un mondo che Klara descrive, nelle prime scene, da un osservatorio peculiare: il negozio dal quale verrà prelevata per svolgere la sua funzione di amica artificiale.

Dallo spazio angusto del negozio, il lettore segue il processo di apprendimento di Klara, che osserva le interazioni con i potenziali clienti – i bambini

[6] Ivi, 9.

[7] S. Prisco, *La musica della vita. Quaderno di biopolitica e bioetica di un giurista*, Napoli 2015, ix.

[8] Torino 2021.

(dai quali la direttrice la invita a diffidare, "sono inaffidabili") –, quelle tra le diverse generazioni di androidi, che provano a stabilire gerarchie, e impara ad apprezzare le diverse sfumature nelle intenzioni comunicative della Direttrice. Ma, soprattutto, Klara impara ad avere fede nel Sole. Il Sole è l'altro personaggio destinato ad avere un ruolo inaspettatamente centrale, non solo nella struttura narrativa, ma anche sul piano simbolico.

Il Sole è il principio vitale per Klara, che è alimentata ad energia solare, e che impara presto come fare per beneficiare al meglio dei raggi solari, del «nutrimento speciale del Sole».

In virtù di questo legame di dipendenza esistenziale, per Klara il Sole è una sorta di "arché", un principio vitale, certo, ma soprattutto un'istanza che presiede al giusto ordine delle relazioni, naturali e umane.

Quando Klara osserva un mendicante, apparentemente morto con il suo cane in grembo (pagina 36), riprendere a muoversi contestualmente al propagarsi della luce e del calore del sole, ne deduce che sia stata opera sua. Il Sole ha riportato in vita il mendicante e il suo cane, i quali, da quanto vede Klara, più stanno al sole e più recuperano energie.

Di fronte a questo episodio, il giurista non può fare a meno di pensare alla celebre rappresentazione del "primitivo" che, in un lavoro in parte eccentrico rispetto ai suoi interessi principali di ricerca[9], Hans Kelsen ha tratteggiato. In *Società e natura*[10], infatti, il giurista di Praga dà conto del progressivo emanciparsi del principio di causalità, quale ordine di connessione degli eventi naturali, dal principio retributivo, proprio dell'animismo delle società tradizionali. Attraverso gli occhi di Klara assistiamo alla genesi di quest'idea di giustizia – il Sole che fa tornare in vita il mendicante e il suo cane – quasi a ripercorrere l'evoluzione della nostra civiltà, dei nostri sistemi di conoscenza del mondo e della stessa idea di giustizia.

Sarà proprio all'idea di giustizia come retribuzione che farà appello Klara nell'ultima preghiera al Sole, investito della responsabilità di "salvare" l'amica umana di Klara[11].

[9] In realtà, l'interesse per il "primitivo" e quindi per l'antropologia è ricorrente nei lavori di Kelsen, sebbene si tratti di un Kelsen forse meno noto. Tale interesse è attestato, ad esempio, dalla pubblicazione di *L'anima e il diritto* nel 1936 (in H. Kelsen, *L'anima e il diritto. Figure arcaiche della giustizia e concezione scientifica del mondo*, Roma 1989). Sull'apertura di Kelsen ad altre discipline (oltre all'antropologia, sociologia e psicoanalisi soprattutto), si rimanda alla pubblicazione in lingua spagnola, dal titolo assai significativo, O. Correas, *El oltro Kelsen*, Città del Messico 1989, in cui oltre ad essere tradotti in spagnolo i lavori di Kelsen in dialogo con tali discipline, sono presenti, tra gli altri, interventi di Bobbio, Guastini, Losano.

[10] H. Kelsen, *Società e natura. Ricerca sociologica* (1943), Torino 1992.

[11] «Ti prego, non andartene ancora, – dissi. – Concedimi un altro istante, ti prego. So di non aver saputo rendere il servizio che ti avevo promesso in città, di non avere il diritto di chiederti

Klara viene, infatti, scelta da Josie, una ragazzina potenziata e di salute cagionevole.

Scopriamo, a un certo punto della narrazione, che le due cose sono correlate: nella società immaginata da Ishiguro, i genitori di bambini particolarmente dotati possono scegliere di potenziare i figli, ritirandoli dalla scuola. Le università sono ormai diventate quasi tutte accessibili ai soli potenziati, così come il mondo del lavoro, con la progressiva sostituzione dei lavoratori non potenziati, definiti post-occupati, e di fatto estromessi dalla vita civile (così il padre di Josie, ex brillante ingegnere che si ritrova a vivere in una delle comunità di post-occupati).

Il prezzo da pagare è però molto alto, anzitutto in termini di salute dei bambini potenziati. La sorella di Josie è morta, e le condizioni di Josie stessa sono molto critiche. Inoltre, i bambini potenziati conducono una vita di isolamento sociale durante il trattamento, proprio perché fortemente indeboliti. Di qui l'esigenza di amici artificiali come Klara. Inoltre, i potenziati sono costretti a riunirsi periodicamente per esercitarsi all'interazione sociale, in vista dell'iscrizione al College. E durante uno di questi incontri si assiste ad una scena di forte tensione: i ragazzini iniziano a maltrattare Klara, vogliono lanciarla in aria.

La lettura di questo passaggio non può che destare disagio, accentuato dal fatto che è la stessa Klara a narrare i fatti.

Se la sensazione di disagio, di per-turbamento – l'androide come perturbante, già preconizzata in Freud, è stata esplicitamente tematizzata dallo studioso di robotica Masahiro Mori[12] – accompagna fin dall'inizio il nostro rapporto con l'androide, in questo caso il disagio[13] è indice di un'incertezza relativa allo statuto morale, e poi giuridico, dell'androide. La fantascienza, in questo caso, agisce all'interno di una discussione filosofica e giuridica ben avviata.

altro. […] so quanto è importante per te che chi si ama possa tornare insieme, anche dopo molti anni. So che il Sole augura a quelle persone ogni bene, forse le aiuta perfino a trovarsi. Perciò, ti prego, considera il caso di Josie e di Rick. Sono giovanissimi. Se Josie dovesse andarsene ora, sarebbero separati per sempre. […] Posso garantire io stessa che il loro amore è forte e duraturo» K. Ishiguro, *Klara e il Sole*, cit., 240.

[12] M. Mori, *The Uncanny Valley*, trad. inglese a cura di K. F. MacDorman, N. Kageki, in *IEEE Robotics & Automation Magazine*, Giugno 2012, 97-100. Sull'intelligenza artificiale come perturbante, e le sue implicazioni per il diritto, si veda A. Punzi, Judge in the Machine*. E se fossero le macchine a restituirci l'umanità del giudicare?*, in A. Carleo (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna 2019, 305-316

[13] Sul ruolo delle emozioni nei giudizi morali, da ultimo, si vedano le riflessioni di Martha Nussbaum in M. Nussbaum, *Hiding from Humanity. Disgust, Shame, and the Law*, Princeton 2004, tr. it. *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Roma 2005.

3. *Soggettività giuridiche emergenti*

Nel febbraio 2017 il Parlamento europeo approva una risoluzione contenente raccomandazioni alla Commissione in tema di diritto civile sulla robotica, in cui ipotizza «l'istituzione di uno status giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi»[14]. Dopo qualche mese, la Commissione risponde con un documento molto meno audace, in cui non vi è traccia di una presa di posizione sul tema.

Tuttavia, anche a seguito dell'attribuzione in Arabia Saudita della cittadinanza a Sophia, un robot androide[15], il dibattito tra gli studiosi non si è di certo affievolito.

Se già nel 1992 Solum, in un articolo pionieristico[16], mostrava l'inconsistenza degli argomenti usati contro il riconoscimento – certo in prospettiva futura – di personalità giuridica agli agenti artificiali, le nuove soggettività giuridiche e morali (dalle generazioni future alla natura, nelle sue varie manifestazioni) sembrano aver messo fuori gioco l'argomento del necessario substrato umano. Mutuando da Latour le categorie di ibridi e attanti, diversamente mobilitate a seconda del grado di interazione con gli agenti umani, Teubner ha, ad esempio, proposto una nozione graduabile di personalità per gli agenti artificiali[17].

Contro la possibilità di estendere tale personalità, una critica da prendere sul serio è quella che fa leva sull'occultamento degli effetti di potere che l'antropomorfizzazione delle macchine intelligenti produrrebbe[18]. Un potere che

[14] Parlamento Europeo, *Norme di diritto civile sulla robotica*. Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recanti raccomandazioni 2019.

[15] F. G. Pizzetti, *The Robot Sophia as a "New Citizen" of Saudi Arabia: What About Granting Legal Personhood, "Citizenship" and Eventually Dignity to Non-Human Entities with Artificial Intelligence?*, in S. Salardi, M. Saporiti (forum a cura di), *Le tecnologie 'morali' emergenti e i diritti fondamentali in Europa*, in *Notizie di Politeia*, 133, 2019, 63-70.

[16] L. B. Solum, *Legal Personhood for Artificial Intelligences*, in *North Carolina Law Review*, 70, 1992, 1231 ss.

[17] «Ci si dovrebbe servire di un concetto di attore graduale, che non pensa applicando la secca alternativa o/o persona/non persona, ma opera sui gradi della personalità» G. Teubner, *Ibridi ed attanti. Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, tr. it. a cura di L. Zampino, Milano 2015, 30.

[18] Si veda il recente contributo sul tema di S. Salardi, M. Saporiti, *Perché l'IA non deve diventare persona. Una critica all'ineluttabile 'Divenire antropomorfico' delle macchine*, in S. Salardi, M. Saporiti (forum a cura di), *Le tecnologie 'morali' emergenti e i diritti fondamentali in Europa*, cit., 52-74.

ha, come obiettivo ultimo, quello di naturalizzare, facendolo apparire come inevitabile, un certo tipo di innovazione tecnologica. L'umanizzazione delle macchine, anche attraverso l'uso di un lessico o di attributi antropomorfi[19], andrebbe in questa direzione.

Ovviamente, come i recenti interventi normativi e dottrinari richiamati mettono bene in luce, bisogna intendersi su cosa si intenda per "umano". E su questo, il libro di Ishiguro ci interroga con un'inedita profondità.

Possiamo dirci umani se maltrattiamo artefatti dalle sembianze antropomorfe? Il lettore se lo chiede fino alla fine del racconto, quando Klara ci parla da un deposito in cui gli AA sono relegati quando diventano inutili.

Oppure riconoscere dignità agli agenti artificiali condurrebbe ad una svalutazione dell'umanità, alla perdita di confini tra umano e macchinico, assecondando il sogno – certo non recente – di auto-produzione dell'uomo in vista del suo superamento (il post-umano, appunto[20])? Del resto, negli studi di lungo corso dedicati alla dignità, Salvatore Prisco mette in guardia contro la "reificazione dell'umano" che la dignità è oggi chiamata a combattere[21].

Non c'è dubbio che le domande, invero inquietanti, che l'esperienza di un androide, presente o futura, genera in noi coinvolgano anzitutto il piano esistenziale. Che differenza c'è tra esseri umani e esseri artificiali? – ci chiediamo durante l'intera lettura del libro.

Se la filosofia si è tradizionalmente interessata alla questione antropologica – per Kant ogni domanda filosofica è una domanda sull'uomo[22] – i criteri di "demarcazione" tradizionalmente individuati dal pensiero filosofico sembrano non adatti a dar conto dell'IA. Prima dell'intelligenza artificiale, ad Aristotele bastava dire che l'uomo è *zoon logon eichon*, un animale dotato di logos. Ma

[19] È notizia recente (maggio 2024) l'apparente utilizzo non consensuale della voce dell'attrice Scarlett Johanson – attrice famosa, tra le altre cose, per aver prestato la voce al sistema operativo di cui si innamora il personaggio interpretato da Joaquin Phinix in *Her* di Spike Jonze – per la funzione vocale di ChatGPT. I motivi di perplessità che ci interessano sono legati, non tanto alla eventuale campionatura illegittima della voce dell'attrice, che aveva rifiutato la proposta di Altman, bensì all'umanizzazione e femminilizzazione dell'intelligenza artificiale generativa.

[20] In questa direzione le note tesi di Caronia, anche in riferimento all'uso letterario della metafora macchinica: «Mentre l'automa settecentesco, quello concreto e materiale costruito dai grandi automisti, aveva anche l'effetto di rassicurare riguardo all'eccellenza del corpo dell'uomo (così complesso da meritare di essere imitato) e della sua mente (così acuta da essere capace di realizzare quell'imitazione), il robot, l'androide, il cyborg della fantascienza annunciano invece il declino dell'uomo quale noi lo conosciamo». A. Caronia, *Il cyborg. Saggio sull'uomo artificiale*, Milano 2001, 41.

[21] «Essa deve dunque combattere la corsa alla reificazione dell''umano', portata con sé tanto dai totalitarismi (…) quanto dal dominio della tecnica» S. Prisco, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, in *Biolaw journal*, 2/2019, 65-66

[22] I. Kant, *Logica*, Roma-Bari 2004, 19.

a fronte degli sviluppi dell'IA è possibile utilizzare ancora questa definizione? Non è dotata di *logos* anche Klara?

4. *Il* mind/body problem *e la lettura ontologica*

Il prosieguo della narrazione mette, in effetti, radicalmente in questione il significato di umanità come unicità, irriproducibilità.

Fin dall'acquisto di Klara, infatti, intuiamo che le intenzioni della madre non sono solo di fornire alla figlia un'amica artificiale. Già durante il primo incontro, la madre chiede a Klara di imitare Josie, e lo farà altre volte, fino a rivelarle il progetto di sostituzione: in caso di morte prematura per gli effetti del potenziamento, Klara avrebbe dovuto "continuare" la vita di Josie. Il ritratto di cui si parla, con un'apprensione apparentemente non giustificata, nella prima parte della narrazione è in realtà una riproduzione fedelissima della macchina corporea di Josie, che dovrà essere "riempita" da Klara.

Ovviamente, qui il tema del doppio interviene come ulteriore livello interpretativo su una possibilità tecnica – il *mind uploading* – verso cui alcuni degli sforzi degli scienziati computazionali si dirigono[23].

La questione filosofica, prima ancora che tecnica, sottesa è se esista una continuità ontologica tra mente e cervello: il *mind/body problem*[24]. Tema centrale all'interno del dibattito filosofico contemporaneo, il problema del rapporto tra mente e cervello è stato rivitalizzato dalle straordinarie scoperte sul funzionamento del cervello, rese possibili dalle sempre più accurate tecniche di scansione cerebrale. La possibilità di guardare apparentemente all'interno del cervello svelandone codici – anche in vista della loro riproduzione silicea – ha condotto molti filosofi a congedarsi dalla credenza nel dualismo delle sostanze. La perfetta equivalenza, se non identità ontologica, tra stati mentali e stati fisici è ciò che accomuna le diverse posizioni interne al materialismo riduzionista[25] (comportamentismo, funzionalismo, eliminativismo, fisicalismo).

[23] Il *mind-uploading*, sostenuta già dal noto scienziato Marvin Minsky, è considerato un obiettivo raggiungibile entro la fine degli anni 30 del 2000 dall'informatico Ray Kurzweil. Sul tema si veda, ad esempio, N. Agar, *Ray Kurzweil and Uploading: Just Say No!*, in *Journal of Evolution and Technology*, 1/2011, 23-36. Più in generale, sul *mind uploading* come problema filosofico D. J. Chalmers, (2014). *Uploading: A Philosophical Analysis*, in R. Blackford & D. Broderick (Eds.), *Intelligence Unbound: The Future of Uploaded and Machine Minds*, Chichester (UK) 2014, 102-118.

[24] Su si rimanda alla voce enciclopedica H. Robinson, *Dualism*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2023 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), disponibile al seguente *url: https://plato.stanford.edu/archives/spr2023/entries/dualism/*

[25] Su cui, *ex multis*, si veda P. M. Churchland, *Neurophilosophy: Toward a Unified Science of the Mind/Brain*, Cambridge (MA) 1986; W. Lycan, G. Pappas, *What Is Eliminative Materi-*

Un esempio di queste posizioni è rappresentato proprio dal padre di Josie, Paul. A un certo punto della narrazione, infatti, questo ex uomo di scienza, messo fuori gioco dalla scienza stessa, confessa il motivo della sua contrarietà al progetto di sostituzione. Paul è convinto che, una volta trasfusa la conoscenza accumulata da Klara all'interno dell'involucro, sarà impossibile distinguere la vera Josie dalla sua copia. Perché non esiste niente di ineffabile, di inattingibile, nell'animo umano, capace di rendere un essere umano unico[26].

Ciò che c'è di unico, ci dirà nell'ultima pagina Ishiguro, è il sentimento che le persone intorno a Josie provano per lei[27], è l'amore provato per Josie ad essere irriproducibile, non Josie. Ed è a questo sentimento che le persone intorno a Josie non potranno rinunciare, sostiene Paul[28].

5. *Il potenziamento cognitivo*

Questa storia raffinata di amicizia e amore, che sposta continuamente i limiti delle nostre certezze consolidate, affronta esplicitamente la questione ontologica e la questione antropologica sollevate dalle tecnologie emergenti, e che certo hanno dirette ripercussioni sulle categorie giuridiche tradizionali (soggettività e dignità, come si è visto). Ma il tema dalle più dirette implicazioni giuridiche è senz'altro quello del potenziamento cognitivo, vero *leitmotiv* della narrazione.

Non che i due aspetti siano irrelati: è evidente che il punto verso cui si ritiene "migliorabile" un essere umano è il confine, sempre mobile, dell'idea

alism?, in *Australasian Journal of Philosophy*, 50/1972, 149-159; K. Frankish, *Illusionism as a Theory of Consciousness*, in *Journal of Consciousness Studies*, 23/2016, 11-39. Sulle origini filosofiche del materialismo e sulle sue implicazioni per il diritto si veda A. Punzi, *L'ordine giuridico delle macchine. La Mettrie, Helvétius, D'Holbach. L'uomo-macchina verso l'intelligenza collettiva*, Torino 2003.

[26] Così il padre di Josie: «Siamo due sentimentali. E più forte di noi. La nostra generazione si trascina appresso sentimenti del passato. Una parte di noi si rifiuta di lasciarli andare. La parte che si ostina a voler credere che ci sia qualcosa di inaccessibile dentro ognuno di noi. Qualcosa di unico e non trasferibile. Ma non esiste niente di simile, e ora lo sappiamo». K. Ishiguro, *Klara e il Sole*, cit., 184.

[27] «C'era invece qualcosa di molto speciale, ma non era dentro Josie. Era dentro quelli che l'amavano». Ivi, 268.

[28] La storia, in realtà, si conclude con la miracolosa guarigione di Josie. *Deux ex machina* è il Sole, che accoglie le accorate preghiere di Klara, la quale addirittura arriverà a sacrificare una parte del suo liquido di funzionamento per ingraziarsi il Sole. Una volta guarita, Josie è libera di condurre la sua vita da ragazza potenziata, frequentando così i college più prestigiosi. La relazione con Rick finisce, così come il sogno del ragazzo di accedere alle quote riservate per i non potenziati che un solo college in tutti gli USA mette a disposizione.

di umanità. Non in vista del suo superamento, tuttavia, quanto piuttosto del dispiegamento delle sue potenzialità[29].

L'argomento della natura umana è, infatti, ancora una volta richiamato nel dibattito sul potenziamento dai cd. bioconservatori[30], che si oppongono a qualsiasi intervento migliorativo in nome dell'intangibilità della natura umana. È, questa, una posizione consolidata nel dibattito tedesco[31], di cui ci offre un interessante affresco Habermas ne *Il futuro della natura umana.* Contro questa giustificazione essenzialista, ad avviso di Habermas insostenibile in una società post-metafisica, il filosofo di Düsseldorf oppone un argomento di grande interesse, soprattutto per ciò che leggiamo nella narrazione. Habermas, cioè, si dice contrario agli interventi migliorativi genetici perché determinerebbero un indebolimento dell'autocomprensione etica di genere, che è quella «di persone che vivono in modo autonomo e agiscono in modo responsabile»[32].

In particolare, e qui il punto di maggiore interesse ai fini della narrazione, i genitori si troverebbero a disporre di un potere eccezionale nei confronti dei figli «nella paternalistica intenzione di condizionare significativamente la storia di vita di questo dipendente»[33]. Il peso della responsabilità di questa scelta unilaterale è ben rappresentato da Ishiguro nel conflitto tragico tra la scelta di potenziare, accettando il rischio della possibile morte della figlia come nel caso della madre di Josie, e non potenziare, condannando il figlio – come per il fidanzato di Josie, Ricky – a una vita di esclusione sociale. Josie, nelle ore più buie della sua malattia, "ratifica" la scelta della madre, che sembra comprensibilmente vacillare di fronte alla prospettiva di perdere un'altra figlia.

Ma le riflessioni di Habermas si spingono oltre la diade genitore-figlio – che pure ha delle implicazioni giuridicamente apprezzabili –, per investire i possibili effetti trasformativi del legame sociale. L'attribuzione di questo potere

[29] In questo senso esemplari le posizioni di Harris e Savulescu, di cui si vedano: J. Harris, *Enhancing Evolution: The Ethical Case for Making Better People*, Princeton 2007; J. Savulescu, *Genetic Interventions and the Ethics of Enhancement of Human Beings*, in *The Oxford Handbook of Bioethics*, ed. Bonnie Steinbock, Oxford 2009, 516-535, L. R. Kass, *Beyond Therapy: Biotechnology and the Pursuit of Happiness*, Washington D.C. 2003.

[30] L. R. Kass, *Ageless Bodies, Happy Souls: Biotechnology and the Pursuit of Perfection*, in *The New Atlantis*, 1/2003, 9-29.

[31] L. Chieffi, *Ingegneria genetica e valori personalistici*, in L. Chieffi (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino 2000, 83; L. Palazzani, *La mente farmacologicamente potenziata: problemi bioetici e biogiuridici,* in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, XVI, 2/2014, 169-181.

[32] J. Habermas, *Il futuro della natura umana. I rischi di un'eugenetica liberale* (2001), Torino 2010, 44.

[33] Ivi, 65.

asimmetrico ai genitori, infatti, «consolida una dipendenza tra persone le quali sanno di non potersi, in linea di principio, scambiare le posizioni *sociali*»[34].

Se si volesse affidare all'istituzionalizzazione giuridica del procedimento il compito di sottrarre la scelta – sul *quomodo* almeno – ai genitori (potrebbe essere questo il sistema in *Klara e il sole*), pensando a una legittimazione democratica transgenerazionale, resterebbero immutati i profili problematici dell'autodeterminazione e della responsabilità morale dei genitori.

E tuttavia, come il confronto tra le due madri bene evidenzia, la vera posta in gioco è l'eguaglianza sociale[35]. La società immaginata da Ishiguro è fortemente diseguale, a partire dalla preclusione dell'accesso ai college per i non potenziati. Non sappiamo se dei costi economici della procedura di potenziamento si faccia carico un ente pubblico, ma di certo sappiamo che gli amici artificiali acquistati per migliorare le capacità interattive dei bambini potenziati sono a pagamento, così come avvertiamo il lusso in casa di Josie e il rigore in casa del fidanzato non potenziato Ricky.

Dalle allusioni disseminate lungo tutto il testo, siamo in grado di immaginare la grande instabilità sociale che questo tipo di politiche biotecnologiche produce: i non potenziati sono progressivamente espulsi dal consorzio civile, vivono una vita ai margini della società, in comunità neo-tribali, che lottano per la sopravvivenza (si parla di armi, di insicurezza, di rivolte).

Non è un caso che il dibattito statunitense sul potenziamento si sia occupato prevalentemente delle condizioni di accesso al potenziamento, più che dei pericoli di un'ipotetica immagine di uomo. Posto che lo Stato liberale non può interferire con le scelte individuali – certo, il problema resta nel caso di scelte prese da terzi su minori – ciò di cui vale la pena discutere è l'impatto in termini di giustizia sociale di queste nuove "risorse"[36].

E non si tratta solo di fantascienza. Il potenziamento cognitivo, oggi attuabile attraverso una serie di interventi di varia natura – farmacologica, neurotecnologica –, è già contemplato nei codici deontologici medici, anche se non

[34] Ivi, 66.

[35] Questa è la posizione di uno dei più noti alfieri del potenziamento, Buchanan, che spinge l'argomentazione oltre, affermando la necessità di potenziare proprio per riequilibrare le situazioni di partenza: «If precise and safe control over the distribution of natural assets becomes feasible, then those who believe that justice is concerned with the effects of natural assets on individuals' life prospects will no longer be able to assume that justice requires only that we compensate for bad luck in the natural lottery by intervening in the social lottery, rather than by attacking natural inequalities directly». A. Buchanan, D. W. Brock, N. Daniels, D. Wikler, *Genes, Justice, and Human Nature*, in *From Chance to Choice: Genetics and Justice*, Cambridge 2000, 61-103, 64.

[36] R. Dworkin, *Playing God. Genes, Clones and Luck*, in Id., *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge (Mass.) 2000, 427-452.

ancora oggetto di una regolamentazione giuridica in Italia. I casi come quello di Neuralink[37] sono destinati ad aumentare – di qui la necessità per alcuni studiosi di costruire la categoria dei "neurodiritti"[38] – diventando così sempre più urgente interrogarsi sull'impatto che queste tecnologie possono avere sulla tenuta del legame sociale, anche in riferimento al ruolo dei privati nell'innovazione (bio-)tecnologica e all'impatto su diritti vecchi e nuovi.

È una riflessione, questa, che ha molto da beneficiare anche dal confronto con la grande letteratura. Ce lo ha insegnato Salvatore Prisco.

[37] Neuralink, azienda fondata da Elon Musk, ha nel 2024 impiantato nel cervello di un paziente un dispositivo di *brain computer interface*, che consente di controllare con la mente il computer. Non è il primo caso, ma la notizia è stata ampiamente coperta dai media, suscitando un dibattito molto acceso, anche a seguito dei problemi tecnici subito dopo riscontrati.

[38] A. A. Mollo, *La vulnerabilità tecnologica. Neurorights ed esigenze di tutela: profili etici e giuridici*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 1/2021, 199-210.

Tullio Fenucci[*]

ANALISI COMPARATA DELLA SFIDUCIA COSTRUTTIVA NELLE VIGENTI COSTITUZIONI DEI PAESI DELL'EUROPA CONTINENTALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Ambito dell'indagine. – 3. Origine e funzioni. – 4. Casi di applicazione. – 5. Principali regole procedurali. – 6. Natura non costruttiva della sfiducia individuale nei confronti dei Ministri. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Tipico del sistema parlamentare è «un Esecutivo legittimato dalla rappresentanza costituita dall'Assemblea elettiva, attraverso l'istituto della fiducia»[1], sicché l'elemento che identifica tale forma di governo è il rapporto di fiducia fra Parlamento e Governo[2], il che comporta anche la «possibilità in ogni momento di revoca del mandato del governo da parte del parlamento mediante l'approvazione di una mozione di sfiducia che costringa il primo a dimettersi»[3]. La fiducia è una caratteristica anche del sistema semipresidenziale.

Dopo il 1918 alcuni testi costituzionali dei Paesi dell'Europa continentale introdussero meccanismi di razionalizzazione[4], cioè regolamentarono giuridi-

[*] Ricercatore di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Salerno, tfenucci@unisa.it.

[1] S. PRISCO, *Costituzione, diritti umani, forma di governo. Frammenti di un itinerario di studio tra Storia e prospettive*, Torino, 2014, 222.

[2] Cfr., tra gli altri, M. GALIZIA, *Fiducia parlamentare*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 388 e *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, I, Milano, 1972, 138; L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 642; A. DI GIOVINE, *Le forme di governo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2014, vol. II, 839, che in proposito richiama Elia.

[3] L. PRIMICERIO, *Forma di governo parlamentare e modelli di democrazia rappresentativa*, Torino, 2002, 44.

[4] Cfr. B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Le costituzioni europee*, Edizioni di Comunità, Milano, 1954 (titolo originale *Les constitutions européennes*, Presses Universitaires de France, 1951), 27 ss. La più famosa forma di governo razionalizzata dell'epoca è quella della Repubblica di Weimar, su cui v. M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, VIII ed. 2022, 134 ss. Della razionalizzazione dà una definizione di carattere più generale C. AMIRANTE, *Il modello costituzionale weimariano: fra razionalizzazione,* leadership *carismatica e democrazia*, in S. Gambino (a cura di), *Democrazia e forma di governo. Modelli stranieri e riforma costituzionale*, Rimini, 1997, 363.

camente il funzionamento del sistema costituzionale[5].

Dopo la fine della seconda guerra mondiale in particolare la razionalizzazione delle modalità di instaurazione e interruzione del rapporto di fiducia, largamente diffusasi, ha assunto la precipua finalità di garantire la stabilità governativa[6], intesa non solo come permanenza in carica dell'Esecutivo ma anche quale capacità di quest'ultimo di realizzare il proprio indirizzo politico[7]. Pertanto a partire dalla seconda metà degli anni quaranta del XX secolo si è assistito all'introduzione di una forma di razionalizzazione differente da quella della Costituzione della Repubblica di Weimar, visto che essa non è diretta, come in quel caso, a creare «distinti e contrapposti centri di autorità», ma a predisporre meccanismi volti a ridurre la frequenza delle crisi e garantire così «una maggiore stabilità»[8].

2. *Ambito dell'indagine*

Il presente lavoro si incentra sull'analisi comparata del meccanismo della sfiducia costruttiva, come disciplinata in alcune Costituzioni vigenti dell'Europa continentale. Più specificamente, dopo una preliminare riflessione su origine e funzione dell'istituto e un riepilogo di casi in cui ha trovato concreta applicazione limitatamente al livello nazionale, l'analisi si rivolge ai suoi aspetti procedurali salienti, come si evincono dai testi costituzionali esaminati, integrati dai rispettivi regolamenti parlamentari, per concludersi poi con una valutazione dei risultati della complessiva indagine comparata sulla scorta della diversa struttura dell'istituto e della sua rilevanza nell'ambito dei vari sistemi costituzionali.

[5] C. Rossano, *Partiti e Parlamento nello Stato contemporaneo*, Napoli, 1972, 105, evidenzia il nesso tra «razionalizzazione del potere» e «esigenze funzionali».

[6] Infatti, anche se quella del primo dopoguerra fu «la grande stagione della razionalizzazione», come osservato da G. Lombardi, *Modelli di governo parlamentare razionalizzati. Riflessioni introduttive*, in S. Gambino (a cura di), *Democrazia e forma di governo*, cit., 330, inizialmente i meccanismi di razionalizzazione non miravano a garantire la stabilità dell'assetto governativo, come affermato da L. Fabiano, *Le costituzioni razionalizzate degli anni venti in Europa centro orientale: laboratori costituzionali per le democrazie del secondo dopoguerra*, in *Nomos*, 3/2023, 7-8, ma solo dopo la seconda guerra mondiale la stabilità governativa divenne finalità della razionalizzazione, come ricordato da M. Frau, *L'attualità del parlamentarismo razionalizzato*, in *Nomos*, 3/2016, 8.

[7] M. Galizia, *Crisi di gabinetto*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 371, secondo cui la stabilità dovrebbe essere intesa come «permanenza in carica» di un Esecutivo «efficiente», tenendo presente che con il concetto di «efficienza» si fa riferimento a un Governo che non solo resta in carica, ma è anche in grado di far approvare dal Parlamento «i vari disegni di legge rivolti a realizzare il proprio indirizzo politico».

[8] Le parole tra virgolette contenute nel periodo sono tratte da C. Mortati, *Le forme di governo*, Milano, 1973, 223.

La mozione di sfiducia, tipico strumento a disposizione del Parlamento o di una sola Camera dello stesso per disfarsi di un Governo legato da rapporto di fiducia che viene così obbligato a dimettersi, è razionalizzata e si configura come costruttiva quando non è possibile rimuovere l'Esecutivo se non viene scelto un sostituto per il suo vertice che poi costituisca un nuovo Governo, evitando in tal modo crisi governative senza pronte alternative[9]. Nell'Europa continentale un simile meccanismo, beneficiando forse dell'immagine positiva, vera o presunta[10], derivante dall'esperienza della Legge Fondamentale tedesca del 1949[11], si rinviene altresì innanzitutto nella Costituzione spagnola[12] e

[9] L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali*, Torino, II ed. 2024, 303.

[10] L. Elia, *Governo (forme di)*, cit., 671, nota 172, in riferimento alla sfiducia costruttiva parlava di «successo d'opinione».

[11] Sulla sfiducia costruttiva nella Legge Fondamentale tedesca del 1949 tra gli altri cfr. H.D. Jarass, B. Pieroth (*begründet*), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, München, 17. Auflage 2022, 853-854; R. Brinktrine, *Art. 67. Konstruktives Mißtrauensvotum*, in M. Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, München, 9. Auflage 2021, 1299 ss.; S. Müller-Franken, A. Uhle, *Art. 67. Konstruktives Mißtrauensvotum*, in H. Hofmann, H.-G. Henneke (Hrsg.), B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein (*begründet*), *GG Kommentar zum Grundgesetz*, Köln, 14. Auflage 2018, 1829 ss.; P. Badura, *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetz*, München, 7. Auflage 2018, 695-696; G. Hermes, *Artikel 67. Mißtrauensvotum*, in H. Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar, Band II. Artikel 20-82*, Tübingen, 3. Auflage 2015, 1657 ss.; L. Berthold, *Das konstruktive Misstrauensvotum und seine Ursprünge in der Weimarer Staatsrechtslehre*, in *Der Staat*, 1/1997, 81 ss.; W. Ismayr, *Der Deutsche Bundestag*, Wiesbaden, 2012, 202-203; M. Schöder, *Bildung, Bestand und parlamentarische Verantwortung der Bundesregierung*, in J. Isensee, P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts. Band III. Demokratie – Bundesorgane*, Heidelberg, 3. Auflage 2005, specie 1147-1148; A.M. Birke, *Das konstruktive Mißtrauensvotum in den Verfassungsverhandlungen der Länder und des Bundes*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 1/1977, 77 ss.; M. Müller, *Das konstruktive Mißtrauensvotum. Chronik und Anmerkungen zum ersten Anwendungsfall nach Art. 67 GG*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 3/1972, 275 ss.; R. Leicht, *Mißtrauensvotum und Vertrauensfrage – eine konstruktive Alternative*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 9/1972, 204 ss.

[12] Nell'ambito dell'ampia bibliografia sul tema in Spagna cfr. F.J. Sanjuán Andrés, *El control responsabilidad en la Constitución española de 1978: la moción de censura. Una aproximación a su implementación en la democracia española*, in *Papeles del Centro de Investigaciones*, 2019-2020, 93 ss.; E. González-Hernández, *El modelo de responsabilidad del gobierno en la Constitución de 1978 o jugar a las siete y media*, in *UNED. Revista de Derecho Político*, 101/2018, 198 ss.; C. Duce Pérez-Blasco, *La moción de censura*, in *Anuario de derecho parlamentario*, n. extra 31/2018, 455 ss.; A. Rastrollo Ripollés, *El control parlamentario (I): La moción de censura y la cuestión de confianza en el sistema constitucional español*, in *Revista de las Cortes Generales*, 104/2018, 292 ss.; I. Álvarez Vélez, *Relaciones entre Cortes Generales y Gobierno: sobre la investidura del Presidente del Gobierno y los mecanismos de exigencia de la responsabilidad política (1978-2016)*, in *UNED. Revista de Derecho Político*, 101/2018, 228 ss.; A. Villanueva Turnes, *La moción de censura en el ordenamiento constitucional español*, in *Academia Vasca de Derecho Boletín JADO. Bilbao,* 28/2017-2018, 571 ss.; J. García Fernández, *La moción de censura en España: funcionalidad y ¿reforma?*, in *Temas para el debate*, 273-274, 2017, 40 ss.; I. Torres Muro, *La moción de censura constructiva. Una respuesta alemana, y española a la inestabilidad*

poi in quella ungherese[13], slovena[14], polacca[15], albanese[16] nonché belga, che,

gubernamental, in *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales. Nueva Época*, 1/2017, 279 ss.; F. Simón Yarza, *La moción de censura: ¿constructiva u «obstructiva»?*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 103/2015, 87 ss.; E. Aranda Álvarez, *Transformaciones en los instrumentos de control parlamentario*, in *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 19/2007, 131 ss.; M. Sánchez De Dios, *La moción de censura (Un estudio comparado)*, Madrid, 1992, 263 ss.; E. Virgala Foruria, *La moción de censura en la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1988; C. Ollero Gómez, *Democracia y moción de censura en la Constitución española de 1978*, in *Revista de estudios políticos*, 52/1986, 7 ss.; J.R. Montero Gibert, *La moción de censura en la Constitución de 1978: supuestos constituyentes y consecuencias políticas*, in *Revista de estudios políticos*, 12/1979, 5 ss.

[13] In Ungheria la sfiducia costruttiva fu introdotta nel 1989-1990 con un emendamento al testo costituzionale e poi riproposta nella vigente Costituzione del 2011, come ricorda P. Just, *Constructive Motion of No Confidence as a Tool for Parliamentary Control of Government: The Czech Republic in a European Comparison*, in *Revue des Sciences Politiques*, 48/2015, 172. In dottrina si ritiene che il modello di riferimento sia il cancellierato tedesco: G.F. Ferrari, *La Costituzione dell'Ungheria (2011)*, in M. Ganino (a cura di), *Codice delle Costituzioni*, vol. III, Milano, 2013, 396; M. Ganino, *Le forme di governo dei Paesi dell'Europa centro-orientale*, in L. Mezzetti, V. Piergigli (a cura di), *Presidenzialismi, semipresidenzialismi, parlamentarismi: modelli comparati e riforme istituzionali in Italia*, Torino, 1997, 381. Cfr. anche M. F. Tanács-Mandák, *La presidenzializzazione del sistema politico ungherese*, in *Nomos*, 3/2022, 1.

[14] L'istituto è presente nella Costituzione del 1991 fin dall'inizio. Sul tema cfr. M.A. Orlandi, *La diffusione del sistema semipresidenziale*, cit., 184; F. Lanchester, *La forma di governo parlamentare nell'Europa centro-orientale: prime considerazioni*, in S. Bartole, P. Grilli di Cortona (a cura di), *Transizione e consolidamento democratico nell'Europa Centro-Orientale. Élites, istituzioni e partiti*, Torino, 1998, 88 e in *Quad. cost.*, 2/1996, 273.

[15] Cfr. R. Tarchi, *Riflessioni in tema di forme di governo a partire dalla dottrina Mauro Volpi*, in *DPCE online*, 4/2021, 4316; N. Di Pierantonio, M.E. Kaminska, *Polonia*, in S. Vassallo (a cura di), *Sistemi politici comparati*, Bologna, II ed. 2016, 299; C. Filippini, *Polonia*, Bologna, 2010, 83; M.A. Orlandi, *La diffusione del sistema semipresidenziale nell'Europa centro-orientale*, in A. Giovannelli (a cura di), *Il semipresidenzialismo: dall'arcipelago europeo al dibattito italiano*, Torino, 1998, 159. La sfiducia costruttiva, presente nell'attuale Costituzione del 1997, fu introdotta nell'ordinamento costituzionale polacco per la prima volta con la c.d. terza piccola Costituzione del 1992, anche se, a differenza di quanto prevede la Costituzione vigente, in quel caso erano presenti sia la sfiducia costruttiva che quella semplice classica. Sulle due modalità di sfiducia nella piccola Costituzione polacca del 1992 cfr. A. Rinella, *La forma di governo semi-presidenziale. Profili metodologici e "circolazione" del modello francese in Europa centro-orientale*, Torino, 1997, 302-303; O. Massari, *I sistemi semipresidenziali: differenze e analogie in prospettiva comparata*, in S. Ceccanti, O. Massari, G. Pasquino, *Semipresidenzialismo. Analisi delle esperienze europee*, Bologna, 1996, 42; P. Biscaretti di Ruffìa, M. Ganino (a cura di), *Costituzioni straniere contemporanee. Volume II. Le Costituzioni di sette Stati di recente ristrutturazione*, Milano, VI ed. 1996, 307; C. Filippini, *Polonia*, cit., 50 ss.; L. Primicerio, *Continuità e discontinuità nel disegno del sistema di governo tracciato dalla Costituzione polacca del 1997*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, III/2001, 1382; M.A. Orlandi, *La diffusione del sistema semipresidenziale*, cit., 155.

[16] In quest'ultimo caso bisogna fare riferimento alla revisione costituzionale operata con legge 21 aprile 2008, n. 9904. Per un commento cfr. E. Kocaqi, *The Constitutional Reform in Albania*, in *Interdisciplinary Journal of Research and Development*, 3/2023, 83 ss.

accanto a quella costruttiva introdotta nel 1993[17], conserva la classica sfiducia semplice[18].

3. *Origine e funzioni*

La teorizzazione originaria della sfiducia costruttiva risale all'epoca della Repubblica di Weimar[19] e la sua successiva adozione nella Legge Fondamentale della Repubblica federale tedesca[20] è stata influenzata proprio dagli eventi della fase finale della stagione weimariana, quando gruppi parlamentari estremisti erano d'accordo solo a sfiduciare i Governi costringendoli così alle dimissioni, sicché ciascun Esecutivo, in assenza di obbligatorio voto di fiducia iniziale, si appoggiava esclusivamente sulla fiducia del Capo dello Stato per entrare in carica e restarvi breve tempo[21].

Per quanto concerne le funzioni della sfiducia costruttiva sia in relazione alla Germania[22] che alla Spagna[23] in passato la dottrina italiana riteneva quella di garanzia della stabilità governativa piuttosto dubbia a confronto del ruolo svolto dallo scioglimento anticipato[24].

[17] Cfr. F. Delpérée, *Belgio*, in E. Palici Di Suni, F. Cassella, M. Comba, (a cura di), *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, Padova, 1998, 116-117, secondo cui, a causa delle molteplici innovazioni, la revisione del 5 maggio 1993 della Costituzione belga del 1831 ha condotto all'adozione di un testo costituzionale coordinato e rinumerato a partire dal 17 febbraio 1994 e tra le altre novità presenta quella di aver introdotto «un "parlamentarismo razionalizzato" a livello nazionale con la mozione di sfiducia costruttiva». Cfr. anche G. Conti, *Il processo di federalizzazione e la crisi politica del 2011 in Belgio*, in *Nomos*, 2/2012, 19.

[18] S. Benvenuti, *Parte II. La partecipazione degli Stati membri alla formazione della volontà federale 1. La forma di governo: cenni – Belgio*, in R. Bifulco (a cura di), *Ordinamenti federali comparati II. America latina, India, Europa, Unione europea*, Torino, 2012, 179.

[19] M. Frau, *Le origini weimariane del voto di sfiducia costruttivo e la prassi applicativa dell'istituto con particolare riferimento all'ordinamento tedesco*, 24 luglio 2012, in *Rivista AIC*, 3/2012, 5 ss.

[20] Peraltro, come ricordava A. Predieri, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei Ministri*, Milano, 1951, ristampa inalterata 2023, 95, un tipo di sfiducia costruttiva era disciplinato anche dall'articolo 95, comma 2, della Costituzione del poi estinto Stato della Germania orientale.

[21] V. Götz, *Modelli di governo parlamentare razionalizzati. Esperienza tedesca: modello costituzionale e prassi*, in S. Gambino (a cura di), *Democrazia e forma di governo*, cit., 386.

[22] S. Ceccanti, *Il premierato. Matrici ideali e traduzioni nell'oggi*, in T.E. Frosini (a cura di), *Il premierato nei governi parlamentari*, Torino, 2004, 79.

[23] S. Curreri, *La sfiducia costruttiva in Spagna: eutanasia di un istituto?*, in *Quad. cost.*, 1/2007, 160 ss. La stessa opinione è stata riproposta poi dallo stesso autore anni dopo e in questo secondo caso sia in riferimento alla Spagna che alla Germania: S. Curreri, *Considerazioni critiche sulla proposta di riforma dell'art. 94 Cost.*, in *Rivista AIC*, 2/2012, 9.

[24] M. Olivetti, *Note «farisaiche» (?) su sfiducia costruttiva e norme «antiribaltone»*, 8 gennaio 2003, in *www.forumcostituzionale.it*, ricordava che in Italia l'istituto incontrava molteplici

Si è ritenuto poi che l'istituto avesse una funzione recessiva in Polonia, Ungheria, Albania e Slovenia[25].

In seguito, invece, si è posto l'accento sulla funzione stabilizzante dell'istituto, esercitata in particolar modo, alla luce della recente prassi, in Spagna e nei Paesi dell'Europa centro-orientale[26].

4. *Casi di applicazione*

Dal 1949 ad oggi nella Repubblica Federale tedesca a livello nazionale sono state presentate solo due mozioni di sfiducia costruttiva, con l'esito nel 1972 di mantenere in carica il Cancelliere federale Willy Brandt e nel 1982, al contrario, di rendere Helmut Kohl per la prima volta Cancelliere[27].

Invece dal 1978, anno dell'entrata in vigore della Costituzione spagnola, nei confronti del Presidente del Governo sono state votate sei mozioni di censura costruttiva: dopo le prime due all'inizio degli anni ottanta del XX secolo[28], di

detrattori. Tra i critici, A. Barbera, *Chi sono i Talebani?… ovvero della sfiducia costruttiva*, 9 gennaio 2003, in *www.forumcostituzionale.it*., secondo cui né in Germania né in Spagna la sfiducia costruttiva contribuiva alla stabilità dell'assetto governativo.

[25] J. Sawicki, *Capitolo III. Le forme di governo*, in A. Di Gregorio (a cura di), *I sistemi costituzionali dei Paesi dell'Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, Milano, 2019, 220.

[26] M. Frau, *La funzione (fraintesa) della sfiducia costruttiva*, in *Rivista AIC*, 4/2023, 273-274. Lo stesso autore (Ivi, 277) comunque ritiene che, sebbene la sfiducia costruttiva abbia fra le sue finalità quella di conferire maggiore stabilità all'Esecutivo, il suo scopo principale sia in realtà quello di garantire un particolare equilibrio del governo parlamentare, che si traduce nel primato del Parlamento sul Governo. Cfr. anche A. Loiodice, *Quale dimensione presidenziale nel governo del Paese*, in *federalismi.it*, paper, 14 giugno 2023, 8, secondo cui l'istituto in questione è lo strumento che più garantisce la stabilità dell'assetto governativo. Nondimeno sul tema le opinioni restano variegate, visto che in generale dubbi sulla funzione dell'istituto di assicurare davvero la stabilità governativa sono stati sollevati anche di recente: N. Zanon, *Su quanto possa o debba essere "forte" un Presidente del Consiglio eletto direttamente*, 2 gennaio 2024, in *Osservatorio cost.*, 1/2024, 13.

[27] Oltre alla dottrina tedesca già richiamata, cfr., tra gli altri, M. Volpi, *La classificazione delle forme di governo*, in Aa.Vv., *Diritto costituzionale comparato*, Torino, II ed. 2024, 298. P.G. Lucifredi, *Appunti di diritto costituzionale comparato. 4. Il sistema tedesco (la Repubblica federale)*, Milano, VI ed. 2001, 77; S. Mangiameli, *La forma di governo parlamentare. L'evoluzione nelle esperienze di Regno Unito, Germania ed Italia*, Torino, 1998, 113; M. Sánchez De Dios, *La moción de censura*, cit., 254 ss.

[28] La prima mozione fu votata nel 1980 contro Adolfo Suárez (in proposito cfr. F. Duranti, *Forma di governo parlamentare e responsabilità politica dei Ministri in Spagna: origini, evoluzione e dinamica costituzionale del modello*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, III/2001, 1360 ss.), la seconda nel 1987 contro Felipe González (per un commento cfr. E. Virgala Foruria, *La moción de censura de marzo de 1987: segunda práctica aplicativa del artículo 113 de la Constitución*, in *Revista de las Cortes Generales*, 13/1988, specie 163 ss.; E. Díaz Bravo, *La moción de censura, y el caso del Gobierno español presidido por Felipe González Márquez*, in *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, 8/2012, specie 150 ss.).

recente l'istituto è tornato in auge quando tra il 2017 e il 2023 sono state votate ben quattro mozioni[29] e proprio una di queste ultime, risalente alla primavera del 2018, è l'unica accolta, determinando la sostituzione di Mariano Rajoy con Pedro Sánchez[30].

A livello nazionale diverse mozioni di sfiducia costruttiva sono state presentate, con esiti alterni, anche in Europa centro-orientale, tranne che in Albania[31]: in Slovenia nel maggio 1992 Alojz Peterle fu rimosso dalla carica e sostituito da Janez Drnovsek, che nel giugno 2000 fu a sua volta soppiantato da Andrej Bajuk[32], nel febbraio 2013 Janez Janša cedette il posto a Alenka Bratušek, mentre nel febbraio 2021 il reinsediato Janez Janša conservò la guida del Governo; in Ungheria nell'aprile 2009 Ferenc Gyurcsány fu rimpiazzato da Gordon Bajnai; in Polonia nell'aprile 2017 Beata Szydło rimase in carica al vertice dell'Esecutivo.

In Belgio, come si è anticipato, sono presenti sia la sfiducia costruttiva, mai sperimentata in concreto[33], che quella classica, come risulta rispettivamente dagli articoli 96, comma 2 e 46, comma 1, della Costituzione. In particolare, secondo il comma 1 dell'articolo 46, il Re ha il diritto di sciogliere anticipatamente la Camera dei Rappresentanti in due casi, riproposti dall'articolo 181 del Regolamento della stessa Camera, il secondo dei quali si determina qualora la Camera a maggioranza assoluta dei propri membri adotti una mozione di sfiducia nei confronti del Governo federale senza proporre simultaneamente al Re la nomina di un successore del Primo Ministro[34]. Più in dettaglio il Re-

[29] In particolare le quattro mozioni furono votate nel 2017 e nel 2018 contro Mariano Rajoy, nel 2020 e nel 2023 contro Pedro Sánchez. La prassi seguita è stata esaminata da M. Benedetti, *La funzione strumentale della sfiducia costruttiva. La seconda* moción de censura *al Governo Sánchez, verso le elezioni generali 2023*, in *DPCE Online*, 2/2023, 1563 ss.

[30] Cfr., tra gli altri, G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, XI ed., Milano, 2022, 687; M.J. Carazo Liébana, *Sistema parlamentario y moción de censura: el caso español*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 1/2020, 14 ss.; P. García-Escudero Márquez, *Balance de la moción de censura constructiva en un parlamento fragmentado*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 44/2019, 101 ss; F. Simón Yarza, *De la investidura convulsa a la moción de espíritu destructivo*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 116/2019, 123 ss.; M. Volpi, *Editoriale. Alla ricerca della stabilità perduta*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2019, V; C. Vidal Prado, *Sfiducia costruttiva in Spagna?*, in *DPCE Online*, 4/2018, 1263 ss.; F. Longo, *La sfiducia costruttiva in Spagna: regole e regolarità nella forma di governo parlamentare, a partire dall'avvicendamento Rajoy-Sánchez*, ivi, 1267 ss.; J.M. Alegre Ávila, *La moción de censura en la constitución española de 1978*, in *Diritti comparati*, 7 giugno 2018.

[31] Lo ricorda E. Kocaqi, *The Constitutional Reform in Albania*, cit., 86.

[32] Le rimozioni di Alojz Peterle nel 1992 e di Janez Drnovsek nel 2000 sono menzionate da P. Just, *Constructive Motion of No Confidence*, cit., 173.

[33] In proposito è ancora valida l'osservazione di A. Mastromarino, *Belgio*, Bologna, 2012, 65, secondo cui la sfiducia costruttiva in Belgio è «un caso di scuola».

[34] In proposito cfr. F. Delpérée, *Les crises du gouvernement*, Bruxelles, 2020, 23.

golamento della Camera dei Rappresentanti distingue tra *motion de méfiance constructive* (art. 137 Reg.) e *motion de méfiance* (art. 138 Reg.), laddove solo con la prima viene proposta la nomina di un successore al Primo Ministro[35].

5. *Principali regole procedurali*

Venendo ora all'analisi delle regole procedurali più significative, innanzitutto vale osservare che in tutti i casi considerati una mozione di sfiducia costruttiva, presentata in forma scritta, deve contestualmente indicare un candidato alternativo per il vertice dell'Esecutivo[36], così che possa realizzarsi l'effetto, tipico dell'istituto, della rapida sostituzione del Governo precedente con uno nuovo. La sfiducia investe l'Esecutivo nella sua interezza in Spagna, Belgio e Polonia, costringendolo alle dimissioni[37], nonché in Slovenia, provocando in tal caso la decadenza del suo vertice e in conseguenza di ciò la cessazione dalla carica anche dei Ministri[38]; poi anche in Germania, Ungheria e Albania l'intero Esecutivo cessa dalla carica[39], sebbene in questi casi venga sfiduciato il solo

[35] Lo stesso Regolamento poi stabilisce che tali mozioni possono essere presentate dai membri della Camera anche al termine di un dibattito su una dichiarazione che il Governo fa in occasione della sua formazione, di una modifica del suo programma o della sua composizione, di un dibattito su una comunicazione del Governo alla quale vincola la fiducia o, in alternativa ad altri due tipi di mozione, alla conclusione di un dibattito relativo a un'interpellanza (art. 133 Reg.).

[36] La necessaria indicazione di un candidato alternativo è richiesta dall'art. 113, comma 2, Cost. spagnola, dall'art. 96, comma 2, Cost. belga, dall'art. 158, comma 1, Cost. polacca, dall'art. 105, comma 1, Cost. albanese, dall'art. 21, comma 2, L.F. ungherese, dall'art. 116 Cost. slovena e ancor più chiaramente dall'art. 253 del Regolamento dell'Assemblea Nazionale slovena, infine implicitamente dall'art. 67, comma 1, L.F. tedesca e esplicitamente dall'articolo 97, comma 1, del Regolamento del *Bundestag*.

[37] Cfr. l'art. 114, comma 2, Cost. spagnola, l'art. 96, comma 2, Cost. belga, l'art. 158, comma 1, Cost. polacca.

[38] Cfr. rispettivamente gli artt. 116 e 115, Cost. slovena.

[39] Cfr. l'art. 67 comma 1, L.F. tedesca (il *Bundestag*, una volta votata la sfiducia al Cancelliere federale, ne chiede la revoca al Presidente federale, che deve aderire alla richiesta nominando suo successore l'eletto a maggioranza assoluta dallo stesso *Bundestag*) e il successivo art. 69, comma 2 (la carica di Ministro federale termina sempre quando il Cancelliere federale cessa dall'ufficio); l'art. 20, comma 2, lett. b, L.F. ungherese (la votazione della sfiducia da parte dell'Assemblea Nazionale nei confronti del Primo Ministro, accompagnata dall'elezione di un nuovo Primo Ministro, determina la fine del mandato di quello in carica) e il successivo art. 20, comma 3, lett. a (il mandato di un Ministro termina a seguito della fine di quello del Primo Ministro); in mancanza di una norma esplicita, il combinato disposto degli artt. 105, comma 3 (il Presidente della Repubblica decreta la revoca del Primo Ministro e nomina il Primo Ministro eletto non oltre dieci giorni dalla votazione della mozione in Assemblea parlamentare) e 97 Cost. albanese (il Primo Ministro, nominato nel caso che qui interessa secondo l'articolo 105, è chiamato a presentare all'Assemblea Nazionale entro dieci giorni programma politico e composizione del Consiglio dei Ministri per ottenerne l'approvazione).

Capo del Governo[40].

Per quanto concerne la quota numerica minima, intera o frazionaria, dei membri delle assemblee, necessaria per proporre la relativa mozione, bisogna suddividere i Paesi in due gruppi.

In Germania e in Belgio, in assenza di norme costituzionali che specificano il punto, la soglia minima di promotori della mozione di sfiducia costruttiva è indicata nei regolamenti parlamentari. In particolare secondo il Regolamento del *Bundestag* (art. 97, comma 1) la mozione deve essere sottoscritta da un quarto dei membri dello stesso o da un gruppo parlamentare che comprenda almeno un quarto dei suddetti membri, mentre in Belgio il Regolamento della Camera dei Rappresentanti (art. 137, comma 2) reputa ammissibile una mozione di sfiducia costruttiva solo se sostenuta da almeno un terzo dei membri della stessa assemblea.

Negli altri casi la fonte che indica il numero minimo o la frazione di parlamentari promotori è direttamente il testo costituzionale.

In Spagna una mozione di censura costruttiva deve essere presentata da almeno un decimo dei membri del Congresso dei Deputati (art. 113, comma 2, Cost.) ed essere scritta e motivata (art. 175, comma 2, Reg. Congresso).

In Polonia una mozione di sfiducia costruttiva deve essere presentata da un minimo di quarantasei deputati (art. 158, comma 1, Cost.), che rappresentano un decimo dei quattrocentosessanta membri della *Sejm* (art. 96, comma 1, Cost.) e dopo la presentazione i deputati che hanno firmato non possono ritirare le proprie firme, né altre firme possono essere apposte (art. 115, comma 2, Reg. *Sejm*).

In Ungheria una mozione scritta di sfiducia costruttiva può essere presentata da un quinto dei membri dell'Assemblea Nazionale (art. 21, comma 1, L.F.)[41].

In Albania una mozione di tal genere, scritta e motivata (art. 101, comma 1, Reg. Ass.), può essere presentata da un quinto dei deputati dell'Assemblea (art. 105, comma 1, Cost.).

In Slovenia una mozione di sfiducia costruttiva, scritta (art. 254, comma 1, Reg. Ass. Naz.), deve essere proposta da almeno dieci deputati dell'Assemblea Nazionale (art. 116 Cost.) su un totale di novanta (art. 80 Cost.), anche nel caso in cui tale mozione scaturisca da un dibattito in seguito a un'interpellanza (art. 118 Cost. e art. 253, comma 2, Reg. Ass.).

[40] Ciò risulta rispettivamente dall'art. 67, comma 1, L.F. tedesca, dall'art. 21, comma 1, L.F. ungherese, dall'art. 105, comma 1, Cost. albanese.

[41] Cfr. anche E. Mostacci, *La forma di governo*, paragrafo 5, in G.F. Ferrari (a cura di), *La nuova legge fondamentale ungherese*, Torino, 2012, 74.

Ai fini dell'elezione di un nuovo vertice del Governo ovunque è richiesta la maggioranza assoluta dei membri della Camera unica o di quella legata da rapporto di fiducia con l'Esecutivo[42].

Dappertutto è previsto poi un intervallo di tempo minimo tra la presentazione della mozione e la sua votazione quale momento di riflessione[43], mentre solo talvolta è stabilito anche un limite massimo[44].

In Spagna se la mozione viene bocciata nessuno dei suoi firmatari può presentarne un'altra nella stessa sessione (artt. 113, comma 4, Cost.). In Polonia una seconda mozione non può essere presentata prima che sia trascorso un periodo di tempo minimo di tre mesi dalla presentazione della precedente salvo che sia firmata da almeno centoquindici deputati (art. 158, comma 2, Cost.). In

[42] In particolare è richiesta la maggioranza assoluta dei componenti del *Bundestag* in Germania (art. 67, comma 1, Legge Fondamentale), del Congresso dei Deputati in Spagna (art. 113, comma 1, Cost.), della *Sejm* in Polonia (art. 158, comma 1, Cost.), dell'Assemblea parlamentare in Albania (art. 105, comma 2, Cost.), della Camera dei Rappresentanti in Belgio (art. 96, comma 2, Cost.), dell'Assemblea Nazionale in Slovenia (art. 116 Cost.), dell'Assemblea Nazionale in Ungheria (art. 21, comma 2, Legge Fondamentale).

[43] L'opinione secondo cui tale intervallo minimo rappresenta un momento di riflessione è stata formulata da R. Scarciglia, D. Del Ben, *Spagna*, Bologna, 2005, 67, per quanto riguarda la Spagna e da F. Palermo, J. Woelk, *Germania*, Bologna, 2022, 77, per quanto riguarda la Germania, ma ovviamente essa può essere estesa anche agli altri casi.

[44] In Germania tra la mozione di sfiducia e la votazione per l'elezione del nuovo Cancelliere devono trascorrere quarantotto ore (art. 67, comma 2, Legge Fondamentale). In Spagna la mozione di censura non può essere votata se non sono trascorsi cinque giorni dalla sua presentazione ed è possibile presentare mozioni alternative nei primi due giorni di tale periodo (art. 113, comma 3, Cost.). In Polonia la mozione di sfiducia costruttiva non può essere messa ai voti prima di sette giorni dalla sua presentazione (art. 158, comma 2, Cost.), in particolare nella prima seduta utile dopo il trascorrere di tale termine e in ogni caso non più tardi della seduta successiva (art. 115, comma 4, Reg. Sejm). In Ungheria tra la presentazione della mozione e la sua votazione devono trascorrere un minimo di tre e un massimo di otto giorni (art. 21, comma 5, Legge Fondamentale). In Slovenia tra la presentazione della mozione di sfiducia contenente la proposta di elezione di un nuovo vertice dell'Esecutivo e il voto sulla stessa è richiesto un intervallo di tempo minimo di almeno quarantotto ore, salvo che l'Assemblea Nazionale con la maggioranza dei due terzi dei voti dei deputati non decida diversamente o lo Stato si trovi in guerra o in stato di emergenza (art. 116 Cost.), a cui si aggiunge anche uno massimo di sette giorni, previsto in sede regolamentare, che su proposta di dieci deputati o del Presidente dell'Assemblea e con il voto a maggioranza assoluta dei membri di quest'ultima può essere dilazionato fino a trenta giorni (art. 256 Reg.). In Albania fino al 2008 era stabilito che dovevano intercorrere almeno tre giorni tra la presentazione della mozione e la sua votazione in Assemblea (art. 105, comma 3, Cost., vecchia formulazione) mentre oggi, divenuto silente sul punto il testo costituzionale, il tempo minimo di tre giorni tra la presentazione della mozione in seduta plenaria e la sua votazione è indicato solo in sede regolamentare (art. 101, comma 2, Reg.). In Belgio la Camera dei Rappresentanti non si pronuncia prima che siano trascorse quarantotto ore dal deposito della mozione (art. 46, comma 2, Cost.) e comunque non oltre la settimana seguente allo stesso (art. 140, comma 6, Reg. Camera dei Rappresentanti).

Albania secondo il Regolamento dell'Assemblea i firmatari della mozione non possono presentarne un'altra o aderirvi nella stessa sessione (art. 101, comma 5, Reg.).

6. *Natura non costruttiva della sfiducia individuale nei confronti dei Ministri*

Nei Paesi considerati la sfiducia individuale ai singoli Ministri, laddove prevista, non si configura mai come costruttiva.

In Polonia la sfiducia individuale nei confronti di un Ministro può essere votata dalla *Sejm* e la relativa mozione deve essere firmata da almeno sessantanove deputati (art. 159, comma 1, Cost.) e approvata dalla maggioranza assoluta dei membri della stessa assemblea (art. 159, comma 2, Cost.)[45]. Il Presidente della Repubblica revoca il Ministro così sfiduciato (art. 159, comma 2, Cost.). In caso di mancata approvazione della mozione operano lo stesso vincolo temporale preclusivo e la relativa eccezione previsti per la riproposizione della mozione di sfiducia costruttiva nei confronti dell'intero Governo (art. 158, comma 2, Cost., richiamato dal successivo art. 159, comma 1)[46].

In Slovenia la Costituzione pone tra le cause di cessazione dalla carica di Ministro le dimissioni o la revoca del singolo Ministro (art. 115 Cost.) e stabilisce che almeno dieci deputati possono presentare un'interpellanza sull'operato del Governo o di un Ministro e se, in seguito al dibattito in aula sulla stessa, la maggioranza dei deputati esprime un voto di sfiducia nei confronti del Governo o del singolo Ministro l'Assemblea Nazionale destituisce il Governo o tale Ministro (art. 118 Cost.). Il Regolamento dell'Assemblea Nazionale precisa poi che, dopo la conclusione del dibattito sull'interpellanza nei confronti del Ministro, un voto di sfiducia verso quest'ultimo può essere richiesto da almeno dieci deputati (art. 253, comma 3, Reg.).

In Belgio la Costituzione stabilisce genericamente che i Ministri sono responsabili dinanzi alla Camera dei Rappresentanti (art. 101 Cost.), mentre il Regolamento di quest'ultima, dopo aver escluso espressamente che nei confronti di un singolo Ministro possa essere presentata una mozione di sfiducia costruttiva (art. 137, nota 79, Reg.), ammette invece la possibilità di una mozione di sfiducia semplice (art. 138, comma 1, Reg.), come la prassi peraltro conferma.

[45] M.A. Orlandi, *L'evoluzione del semipresidenzialismo in Europa centro-orientale: Croazia, Polonia, Romania*, in Sezione monografica. Presidenzialismi e semipresidenzialismi, *DPCE Online*, 1/2023, 1157; C. Filippini, *Polonia*, cit., 83-84.

[46] In proposito tramite il richiamo contenuto nell'articolo 116 del Regolamento del *Sejm* è applicabile anche il precedente articolo 115.

La Legge Fondamentale ungherese non prevede la sfiducia individuale, anche se rinvia alla legge la determinazione delle ipotesi di sostituzione dei Ministri (art. 18, comma 5, Cost.).

In Albania, nel silenzio della Costituzione, come possibile fonte della sfiducia individuale dei singoli Ministri da parte dell'Assemblea va segnalato il Regolamento della stessa[47].

Infine, non essendo espressamente prevista, la sfiducia individuale deve ritenersi esclusa dalla Legge Fondamentale tedesca[48] e dalla Costituzione spagnola[49], a differenza dei rispettivi precedenti della Costituzione della Repubblica di Weimar (art. 54, secondo capoverso) e di quella spagnola del 1931 (art. 64) dove l'istituto era invece espressamente disciplinato. Nondimeno sia il *Bundestag* che il Congresso dei Deputati per prassi approvano mozioni di disapprovazione o biasimo nei confronti di un singolo Ministro, che, pur senza avere effetti giuridici vincolanti, sul piano politico possono determinare la revoca del Ministro in questione[50].

7. *Conclusioni*

Nel formulare le riflessioni conclusive sulla comparazione tra i diversi tipi di sfiducia costruttiva nei sette Paesi europei che la prevedono, si può osservare preliminarmente che sul piano procedurale le somiglianze prevalgono sulle differenze.

Innanzitutto la mozione di sfiducia costruttiva, presentata per iscritto nell'unica Camera o in quella con la quale sussiste il rapporto di fiducia, deve

[47] V. l'art. 114 del Regolamento dell'Assemblea, rubricato «Destituzione dei membri degli organi costituzionali o di quelli istituiti dalla legge».

[48] F. Meinel, *Vertrauensfrage. Zur Krise des heutigen Parlamentarismus*, München, 2019, e-book, capitolo II *Jahrgang 1919: Eine verfassungsgeschichtliche Skizze des parlamentarischen Regierungssystems*, paragrafo *Der Parlamentarismus und das Grundgesetz*, sottoparagrafo *Abkehr vom parlamentarischen Regierungssystem*.

[49] M. Volpi, *Il ruolo del parlamento nei sistemi parlamentari*, in R. Tarchi (a cura di), *Parlamenti e parlamentarismo nel diritto comparato*, Itinerari della comparazione, *Quaderni della rivista DPCE Online*, 3/2020, 64-65.

[50] E. Virgala Foruria, *La responsabilidad política del gobierno en la República Federal de Alemania: la moción de censura constructiva y las mociones de reprobación*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 21, 1987, 132 ss., alla cui rassegna di dottrina tedesca si rinvia, dà atto dei molteplici strumenti usati nella prassi parlamentare tedesca per esprimere disapprovazione sull'operato di un Ministro. Cfr. anche F. Meinel, *Vertrauensfrage*, cit., capitolo II, paragrafo *Der Parlamentarismus und das Grundgesetz*, sottoparagrafo *Adenauers Werk – und Beitrag der SPD*. Sulla Spagna cfr. G. Sánchez Medero, G. Pastor Albadalejo, L. Ruiz Rodríguez, *La relación entre el Gobierno y el Congreso de los Diputados en España (1989-2019)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 124/2022, 119; F. Duranti, *Forma di governo parlamentare e responsabilità politica dei Ministri in Spagna*, cit., 1363 ss.

in tutti i casi indicare un candidato alternativo quale futuro Capo del Governo, che la Camera stessa elegge o vota sempre a maggioranza assoluta; tale mozione, anche se talvolta è formalmente diretta nei confronti del solo vertice e non in quelli dell'Esecutivo nel suo complesso, una volta approvata determina in ogni caso la cessazione dalla carica dell'intera compagine ministeriale.

Per proporre la relativa mozione è prevista ovunque una necessaria quota numerica minima, intera o frazionaria, di membri delle assemblee, che varia a seconda dei casi. Tale quota è fissata in Costituzione tranne che in Germania e in Belgio, dove è invece indicata nei Regolamenti parlamentari della Camera legata da rapporto di fiducia con l'Esecutivo federale.

Ovunque è fissato un periodo di tempo minimo di riflessione tra la presentazione della mozione e la sua votazione, mentre solo in qualche caso è stabilito un limite massimo entro il quale può avvenire la votazione. I periodi di tempo variano a seconda dei casi.

Talvolta sono stabilite forme di preclusione temporalmente limitate per la ripresentazione della mozione.

Infine la sfiducia individuale ai singoli Ministri, prevista in alcuni casi, non si configura mai come costruttiva.

Indipendentemente poi dall'opinione che si possa avere sulla sua effettiva efficacia in tal senso, si potrebbe comunque agevolmente ipotizzare che nei sistemi costituzionali considerati il meccanismo di razionalizzazione della sfiducia costruttiva sia stato introdotto al fine di soddisfare l'esigenza di stabilità dell'Esecutivo.

Pertanto, traendo le fila del discorso, sul piano procedurale le somiglianze sembrano prevalere e le differenze esistenti potrebbero essere svalutate; comune alle diverse esperienze molto probabilmente è stato anche il perseguimento della stabilità dell'assetto governativo.

Nondimeno va rilevata una fondamentale divergenza di carattere strutturale tra la sfiducia costruttiva in Germania e gli omologhi istituti presenti in Spagna[51] e nei Paesi dell'Europa centro-orientale, laddove solo nel primo caso essa riveste un particolare rilievo nel sistema costituzionale, anche perché correlata alla questione di fiducia[52] e di conseguenza al potere di scioglimento

[51] Cfr. M. Frau, *La disciplina costituzionale della* moción de censura *e l'esigenza di stabilità del governo di minoranza retto da Mariano Rajoy. Una veloce annotazione sul "risorgimento" di un istituto*, 9 novembre 2017, 2-3, in *www.forumcostituzionale.it*, che evidenzia la diversa struttura della sfiducia costruttiva in Germania e Spagna.

[52] Bisogna notare che sul piano procedurale l'articolo 98, comma 2, del Regolamento del *Bundestag*, relativo alla proposizione della questione di fiducia da parte del Cancelliere federale, richiama il precedente articolo 97, comma 2, che riguarda la sfiducia costruttiva.

anticipato del *Bundestag*[53], mentre negli altri casi si tratta di un isolato meccanismo di razionalizzazione[54].

Sul piano strutturale peculiare è invece il caso del Belgio, dove la sfiducia costruttiva appare collegata al rigetto di una mozione di fiducia[55] e alla facoltà di scioglimento anticipato della Camera dei Rappresentanti.

Infatti l'articolo 46, comma 1, della Costituzione belga stabilisce che il Re ha il diritto di sciogliere anticipatamente la Camera dei Rappresentanti in due casi[56], il primo dei quali si realizza quando quest'ultima, a maggioranza assoluta dei propri membri, respinga una mozione di fiducia al Governo federale senza proporre al Re, nel termine di tre giorni a decorrere da quello del rigetto della mozione, la nomina di un successore del Primo Ministro. A tal proposito si è parlato di «rigetto costruttivo»[57], il cui fallimento conferisce appunto al Re la possibilità di sciogliere anticipatamente la Camera dei Rappresentanti.

Inoltre l'articolo 96, comma 2, della Costituzione belga si occupa, oltre che del caso in cui il Governo federale è chiamato a presentare le proprie dimissioni se la Camera dei Rappresentanti a maggioranza assoluta adotta una mozione di sfiducia con la proposta al Re della nomina di un successore al Primo Ministro, anche di quello in cui le dimissioni dell'Esecutivo scaturiscono dalla

[53] Infatti, secondo l'articolo 68, comma 1, L.F., se una proposta del Cancelliere federale volta a conseguire la fiducia non ottiene l'approvazione della maggioranza dei membri del *Bundestag*, il Presidente federale può, su proposta dello stesso Cancelliere, entro ventuno giorni sciogliere il *Bundestag*, salvo che il *Bundestag* elegga un altro Cancelliere a maggioranza assoluta. Il nuovo Cancelliere può evidentemente essere eletto anche subito.

[54] In Slovenia (art. 117 Cost.), se il Capo dell'Esecutivo non ottiene la fiducia da lui richiesta a favore del Governo con il voto della maggioranza assoluta dei deputati, entro trenta giorni l'Assemblea Nazionale deve eleggere un nuovo vertice dell'Esecutivo o esprimere la fiducia a quello in carica, altrimenti il Presidente della Repubblica scioglie l'Assemblea Nazionale e indice nuove elezioni. In questo caso non si tratta di sfiducia costruttiva né vi è alcun legame con tale meccanismo, come si evince anche dall'articolo 259 del Regolamento dell'Assemblea Nazionale, secondo cui, se un voto di fiducia non è conseguito, il Presidente della Repubblica, un gruppo parlamentare o almeno dieci deputati possono presentare entro sette giorni candidature per eleggere il nuovo vertice dell'Esecutivo e a tale scopo vengono seguite le regole di procedura, contenute nei precedenti articoli 225-228 dello stesso Regolamento, predisposte per l'elezione del Capo dell'Esecutivo a seguito dell'insediamento di una nuova Assemblea Nazionale.

[55] Mozione con la quale la Camera concede o conferma incondizionatamente la propria fiducia al Governo o a un membro dello stesso (art. 135, comma 1, Reg. Camera Rapp.) e non può essere presentata che dal Primo Ministro (art. 135, comma 2, Reg. Camera Rapp.).

[56] Il secondo è stato già sopra richiamato. Il comma 3 del medesimo articolo aggiunge anche un terzo caso di possibile scioglimento anticipato.

[57] Così E.A. Ferioli, *Belgio*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2014, vol. I, 313, secondo cui, inoltre, il meccanismo non è efficace per la stabilità, dato che per la formazione del Governo federale il pluripartitismo belga impone accordi di coalizione difficili da predisporre in soli tre giorni.

proposta al Re, fatta dalla medesima Camera con la medesima maggioranza, della nomina di un successore al Primo Ministro nei tre giorni successivi al rigetto di una mozione di fiducia. Il legame si coglie anche nel prosieguo del medesimo comma 2, laddove è previsto che in entrambi i casi il Re nomina Primo Ministro il successore che gli viene proposto, che entra in carica quando il nuovo Governo federale presta giuramento.

Ora, al netto dei sopra evidenziati aspetti comuni, concentrandosi esclusivamente sulla diversa struttura dell'istituto che si evince dal quadro costituzionale e sulla scorta della sua rilevanza nei vari ordinamenti, si potrebbe azzardare la conclusione che il vero modello di ispirazione per la sfiducia costruttiva nelle Costituzioni dell'Europa centro-orientale non sia stato tanto il *konstruktives Misstrauensvotum* tedesco, come solitamente si ritiene, ma piuttosto la *moción de censura constructiva* spagnola, mentre il caso belga presenta una certa originalità.

Maria Feola[*]

SULLA RISARCIBILITÀ DEL DANNO DA "ESISTENZA DIVERSAMENTE ABILE"

SOMMARIO: 1. Una rilettura del danno da "esistenza diversamente abile" alla luce della più recente giurisprudenza. – 2. Il carattere plurioffensivo della violazione degli obblighi d'informazione e il problema del rapporto di causalità. – 3. Le responsabilità contrattuale ed extracontrattuale della struttura sanitaria nei riguardi della gestante e del minore, tra obblighi di prestazione e di protezione. – 4. L'intervento delle Sezioni unite: il riparto degli oneri probatori e il riconoscimento della legittimazione ad agire per il risarcimento di un danno che si è verificato prima della nascita. – 5. *Segue*. La riaffermazione della posizione negazionista: le contraddizioni della soluzione e il discutibile ricorso alla nozione di "danno-conseguenza". – 6. I danni (patrimoniali e non patrimoniali) risarcibili. Il danno da nascita malformata quale danno dinamico-relazionale che ha ad oggetto una "esistenza diversamente abile".

1. *Una rilettura del danno da "esistenza diversamente abile" alla luce della più recente giurisprudenza*

Una rilettura della controversa tematica della risarcibilità, nei riguardi del minore nato malformato, del danno da "esistenza diversamente abile" causato dalla violazione degli obblighi di informazione nei riguardi della gestante[1] può essere proposta, a qualche anno dall'intervento delle Sezioni unite[2] che ha imposto, più che dimostrato, la soluzione negazionista, alla luce di ulteriori, più recenti orientamenti della Cassazione che riguardano ora la generalizzazione del danno da lesione del diritto all'autodeterminazione[3], ora la qualificazione del danno biologico risarcibile non come danno-evento, quale «semplice le-

[*] Ordinario di Diritto privato comparato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, maria.feola@unina.it.

[1] I temi della obiezione di coscienza, della laicità e della dignità hanno interessato notevolmente, e a più riprese, la produzione scientifica di Salvatore Prisco: tra i tanti scritti, si segnalano, S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato "laico"*, Napoli 1986; ID., *Il valore della laicità e il senso della storia*, in *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino 2004; ID., *La laicità e i suoi contesti storici. Modelli socioculturali e realtà istituzionali a confronto*, in *Dir. rel.*, n. 1-2/2006; ID., *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino 2009; ID., *Il diritto e l'embrione come soggetto di narrazioni*, in *BioLaw Journal*, n. 2/2016; ID., *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, ivi, Special Issue 2/2019.

[2] Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Danno resp.*, 2015, 349 ss., annotata da S. CACACE, *L'insostenibile vantaggio di non essere nato e la contraddizion che nol consente*.

[3] Cass., 11 novembre 2019, n. 28985, in *Danno resp.*, 2020, 11, con nota di S. CACACE, *L'estate dell'autodeterminazione, a San Martino 2019.*

sione dell'integrità psicofisica in sé e per sé»[4], ma come danno-conseguenza dinamico-relazionale che rappresenta la «sintesi di tutte le conseguenze ordinarie che una determinata menomazione deve presumersi riverberi sulle attività comuni ad ogni individuo»[5]. Ulteriori interessanti svolgimenti si sono avuti anche in tema di "danno da nascita indesiderata", allorché la Cassazione, nell'estendere considerevolmente i presupposti che legittimano l'interruzione della gravidanza, ha ravvisato, da un lato, la sussistenza di un «generico rapporto di inerenza» tra la patologia (anche della madre) e la malformazione (del nascituro); dall'altro, che quest'ultima non debba essere necessariamente "attuale", riconoscendo così «rilevanza anche alla sola probabilità che il processo patologico determini il danno fetale»[6]. L'art. 6, lett. *b)*, della l. n. 194/1978 non richiede «che la anomalia o la menomazione si sia già concretizzata in modo da essere strumentalmente o clinicamente accertabile», ma dà rilievo «alla circostanza che il procedimento patologico possa sviluppare una relazione causale con una menomazione fetale» sulla base di un «apprezzabile grado di probabilità»[7].

Riguardo al primo orientamento, ribadito nel gruppo di sentenze denominate "San Martino 2019"[8], la Cassazione precisa che, malgrado l'inadempimento degli obblighi d'informazione possa essere considerato tendenzialmente autonomo rispetto a quello inerente al trattamento terapeutico, «non può affermarsi una assoluta autonomia dei due illeciti tale da escludere ogni interferenza tra gli stessi nella produzione del medesimo danno» in virtù «dell'unitarietà del rapporto giuridico tra medico e paziente – che si articola in plurime obbligazioni tra loro connesse e strumentali al perseguimento della cura o del risanamento del soggetto –»[9]. L'inadempimento delle obbligazioni di informazione può inserirsi «tra i fattori "concorrenti" della serie causale determinativa del pregiudizio alla salute, dovendo quindi riconoscersi all'omissione del medico una astratta capacità plurioffensiva, potenzialmente idonea a ledere

[4] Cass., 27 marzo 2018, n. 7513 (ord.), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 843 s., con il commento di G. Ponzanelli, *Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale e la pace all'interno della terza sezione*.

[5] Cass., 27 marzo 2018, n. 7513, cit., 843.

[6] Cass., 15 gennaio 2021, n. 653, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 900, con nota di E. Palmerini, *Un nuovo tassello nella fattispecie di danno da nascita indesiderata*; in *Danno resp.*, 2021, 311, annotata da F. Piaia, *L'aborto terapeutico e il concetto di "processo patologico" rilevante, tra obblighi informativi e responsabilità del sanitario*.

[7] Cass., 15 gennaio 2021, n. 653, cit., 900.

[8] Con la consueta arguzia, G. Ponzanelli, *Il* Restatement *dell'11 novembre 2019 ovvero il nuovo codice della responsabilità sanitaria*, in *Danno resp.*, 2020, 5; M. Franzoni, *Spigolature sulle sentenze di san Martino*, *ivi*, 2020, 7.

[9] Cass., 11 novembre 2019, n. 28985, cit., 11.

due diversi interessi sostanziali, entrambi suscettibili di risarcimento qualora sia fornita la prova che dalla lesione di ciascuno di essi siano derivate specifiche conseguenze dannose»[10].

Quindi, un riesame della soluzione proposta dalle Sezioni unite può essere condotto proprio sulla base: della riconosciuta capacità plurioffensiva dell'inadempimento, che può ledere interessi appartenenti anche a soggetti diversi (la gestante e il nato malformato); dell'affermata natura plurifunzionale della prestazione di diagnosi prenatale, allorché «la conoscenza delle condizioni di salute del feto si pone quale antecedente causale di una serie di altre scelte di natura esistenziale, familiare e non solo terapeutica»[11]; della declamata constatazione secondo la quale «un evento dannoso è da considerare causato sotto il profilo materiale da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (cosiddetta teoria della "*conditio sine qua non*")»[12].

2. *Il carattere plurioffensivo della violazione degli obblighi d'informazione e il problema del rapporto di causalità*

Secondo la Cassazione, se poteva essere contestata l'esistenza di un nesso di causalità tra l'omissione di diagnosi e la nascita, «attesa la inconfigurabilità di quest'ultima in termini di evento dannoso», e tra la condotta omissiva e l'handicap in sé considerato, in quanto «la malformazione non è conseguenza dell'omissione bensì del presupposto di natura genetica», la sussistenza del nesso di condizionamento appariva «senz'altro predicabile una volta identificato con esattezza l'evento di danno nella nascita malformata»[13], e il danno-conseguenza risarcibile nella "esistenza diversamente abile". La Suprema corte, in proposito, ha affermato, sul piano del nesso di condizionamento, l'equiparazione «*quoad effecta* tra la fattispecie dell'errore medico che non abbia evitato l'*handicap* evitabile (l'*handicap*, si badi, non la nascita handicappata), ovvero che tale *handicap* abbia cagionato […] e l'errore medico che non ha evitato (o ha concorso a non evitare) la nascita malformata (evitabile, senza l'er-

[10] Cass., 11 novembre 2019, n. 28985, cit., 11.

[11] Cass., 16 marzo 2021, n. 7385, in *DeJure*; tale aspetto è sottolineato da E. Palmerini, *op. cit.*, 897.

[12] Cass., 11 novembre 2019, n. 28985, cit., 19.

[13] Testualmente, Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 195, con nota di E. Palmerini, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*. Per un'analisi di tale decisione si rinvia, altresì, a M. Feola, *Il danno da «nascita malformata»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 75 ss.

rore diagnostico, in conseguenza della facoltà di scelta della gestante derivante da una espressa disposizione di legge)»[14].

Ad analoghe conclusioni è pervenuta anche la più avvertita dottrina francese: il «rigetto categorico» delle «teorie della "causalità immediata" e della "*causa proxima*"» induce a considerare integrato il nesso eziologico ogni qualvolta una condizione, a prescindere dal suo «ordine di apparizione», abbia «"giocato un ruolo" o "contribuito" alla realizzazione del risultato»[15]. Non si richiede il «carattere "preponderante" o "essenziale" della partecipazione al pregiudizio, né […] che il fatto esaminato abbia reso il danno probabile, verosimile o anche semplicemente prevedibile»[16]. In assenza di qualsiasi «selezione fondata sul grado di efficacia, sulla prossimità temporale, sulle modalità d'intervento della causa o su qualsiasi altro fattore», le Corti sono unanimi nel ritenere che «il fatto di non aver preso una precauzione che avrebbe impedito il danno è "causa" di questo»[17]. Il diritto positivo «non esige che si dimostri che la *faute* del medico sia stata la causa efficiente del danno […]; è sufficiente che la condotta sia stata una delle condizioni che hanno reso possibile il sopravvenire del danno, o anche il suo non-venir meno»[18].

Tale soluzione, però, non ha convinto del tutto la dottrina, anche quella che, agli albori della problematica nel diritto italiano, era sembrata propensa ad affermare la risarcibilità del danno direttamente nei riguardi del minore "nato malformato"[19]. Ripercorrendo l'itinerario eziologico scandito dalla Cassazione, si rileva che l'omissione del medico, che tace colposamente alcune informazioni doverose, «priva la donna del suo diritto di abortire e, *quindi*, *cagiona* conseguentemente una vita handicappata, quale effetto negativo su un terzo di un *inadempimento* di fornire accurate informazioni al soggetto che le ha richieste»[20] al fine di poter esercitare una sua legittima manifestazione di

[14] Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 195 e 196.

[15] G. Viney-P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité dr. civ.* J. Ghestin, II éd., Paris 1998, 171 s. (Si cita, e si continuerà a citare, la seconda ed. di quest'opera perché, successivamente all'entrata in vigore dell'art. 1 della l. n. 2002-303 del 4 marzo 2002, gli A. si allineranno, pur con molte perplessità, alla volontà del legislatore francese e considereranno preminente non più la questione del rapporto di causalità – che, tuttavia, continua a sussistere –, bensì quella dell'«*intérêt lésé*»: cfr. G.Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité dr. civ.* J. Ghestin, III éd., Paris 2006, 15 ss., 27 ss.).

[16] G. Viney-P. Jourdain, *op. cit.*, 172.

[17] G. Viney-P. Jourdain, *op. loc. cit.*

[18] M. Fabre-Magnan, *Avortement et responsabilité médicale*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, 311.

[19] P.G. Monateri, «La marque de Caïn». *La vita sbagliata, la vita indesiderata, e le reazioni del comparatista al distillato dell'alambicco*, in *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, a cura di A. D'Angelo, Milano 1999, 298.

[20] P.G. Monateri, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*, in *Corr. giur.*, 2013, 64.

volontà. Questo ragionamento sarebbe criticabile per più profili: innanzitutto, perché richiederebbe la «costruzione dell'aborto come diritto o facoltà di scelta della donna» e, in questo modo, opererebbe un ritorno «al soggettivismo della volontà»[21], essendo «un ragionamento di collegamento negoziale» a sorreggere «*alla fine l'intera costruzione*»[22]. In secondo luogo, perché non vi sarebbe «nessun danno biologico da propagare», dal momento che la lesione della "maternità cosciente e responsabile" «non è evidentemente un danno biologico ma una lesione della personalità»[23]. L'intera costruzione del nesso causale andrebbe ripensata in termini di lesione della personalità, e non «*di danno alla salute*», anche in virtù della «influenza che l'omissione medica ha avuto sulla "scelta" della madre», non potendo «*che dipendere* dalla natura giuridica di tale atto di scelta»[24].

Con riferimento alla prima obiezione, però, v'è da rilevare che la Cassazione non qualifica l'interruzione della gravidanza come un "diritto potestativo" della madre, esercitabile arbitrariamente, ma come una facoltà da far valere in presenza degli specifici requisiti previsti dagli artt. 4 e 6 della l. n. 194/1978. D'altronde è la stessa legge a prevedere che il «serio» (art. 4) o «grave» (art. 6 lett. *b*) pericolo per la salute fisica o psichica della gestante possa essere stato causato da «rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro» (art. 6 lett. *b*). La locuzione «che determinino» (art. 6 lett. *b*) sta ad indicare, con evidenza, un (possibile) rapporto di causalità tra i due fattori posti in relazione.

Più condivisibile sembra il secondo rilievo. La propagazione intersoggettiva dell'illecito, che avviene attraverso il contatto tra i "corpi fisici" della madre e del figlio, richiederebbe l'omogeneità dei danni. E poiché «la lesione operata *verso* la madre» consisterebbe nella violazione del diritto, di rango costituzionale, alla procreazione "cosciente e responsabile", si tratterebbe, nei riguardi sia della gestante, sia del figlio, di una lesione «della personalità», rilevante nella sua «dimensione appunto "morale"»[25]. Qui non sarebbe «in considerazione la dimensione fisica organica dell'uomo, ma la dimensione morale della scelta tragica»[26].

Tuttavia, nel caso di specie, si tratta di due separati ed autonomi danni, che la stessa Cassazione – ed ancor prima la giurisprudenza francese – ha tenuto sempre distinti. La riconosciuta plurioffensività dell'inadempimento degli obblighi d'informazione può senz'altro giustificare la lesione di interessi differenti

[21] P.G. Monateri, *op. cit.*, 63.
[22] P.G. Monateri, *op. cit.*, 64 (il corsivo è dell'A.).
[23] P.G. Monateri, *op. loc. cit.*
[24] P.G. Monateri, *op. loc. cit.* (il corsivo è dell'A.).
[25] P.G. Monateri, *op. cit.*, 63 e 64.
[26] P.G. Monateri, *op. cit.*, 64.

appartenenti a distinti soggetti. Se, con riferimento alla posizione della madre, l'omissione delle informazioni doverose viola il suo diritto all'autodeterminazione in funzione di una "maternità cosciente e responsabile", altrettanto non può dirsi per il concepito. Insormontabili problemi (pratici e) giuridici sembrano ostare ad una diversa soluzione. E d'altronde, come la giurisprudenza è unanime nell'affermare, è la madre e soltanto la madre a poter decidere, in presenza della sussistenza dei requisiti di legge, se interrompere o no la gravidanza[27]. Infine, ipotizzare, per il nato malformato, la risarcibilità del solo danno alla «sua personalità» potrebbe rappresentare una soluzione dubbia sotto il profilo della legittimità costituzionale, la quale sancisce incondizionatamente la pari dignità sociale per ogni essere umano.

La soluzione, quindi, è proprio quella ipotizzata dall'illustre autore, che pur la critica. L'inadempimento o l'inesatto adempimento delle obbligazioni d'informazione, nel privare la donna, in presenza dei requisiti di legge, della sua facoltà di interrompere la gravidanza, ovvero nell'indurla ad acconsentire a un concepimento che altrimenti non avrebbe voluto, «*cagiona* conseguentemente una vita handicappata»[28], la quale, a sua volta, è causa di ulteriori danni patrimoniali e non patrimoniali (questi ultimi aventi ad oggetto danni morali e dinamico-relazionali, salvo a non degenerare in un vero e proprio danno biologico) in capo alla stessa madre ed agli altri componenti la comunità familiare.

Come aveva sottolineato la dottrina francese[29], contestando la *biologisation* di un rapporto eziologico fondato sulla "causa prossima"[30], occorreva «passare dal nesso causale naturalisticamente inteso ad un nesso causale giuridicamente inteso per poter operare l'equiparazione *de qua*»[31]. Così, secondo un'«eziologia giuridicamente rilevante» è proprio l'inadempimento degli obblighi d'informazione ad aver «comunque cagionato una quotidianità afflitta da malattia»[32]. Come si è rilevato puntualmente interpretando quanto affer-

[27] Per tutte, Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 124; e già Corte cost., 31 marzo 1988, n. 389 (ord.), in *Foro it.*, 1988, I, 2110.

[28] P.G. Monateri, *op. loc. ult. cit.* (il corsivo è dell'A.).

[29] Per tutti, G. Viney-P. Jourdain, *op. cit.*, 15; J.-L. Aubert, *Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être*, in *Dalloz*, 2001, *Chron.*, 489 ss.; M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, 311. Per una più compiuta disamina della dottrina francese, cfr. M. Feola, *Obbligazioni d'informazione e responsabilità per il danno da «esistenza diversamente abile»*, in A. Procida Mirabelli di Lauro, M. Feola, *Diritto delle obbligazioni*, Napoli 2020, 391 ss.; Ead., *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*, in *Danno resp.*, 2005, 392 ss.

[30] Tra i tanti, G. Viney-P. Jourdain, *op. cit.*, 15; P. Sargos, *Rapport* a Cass., Ass. plén., 17 novembre 2000, in *Sem. jur.*, 2000, II, *Jur.*, 10438, 2299.

[31] Così, lo stesso P.G. Monateri, *op. ult. cit.*, 63.

[32] Lo ammette anche S. Cacace, *Il giudice "rottamatore" e* l'enfant préjudice, in *Danno resp.*, 2013, 160.

mato in un precedente scritto in materia[33], proprio la costante interpretazione giurisprudenziale dell'art. 1223 c.c., secondo cui la risarcibilità deve essere estesa ai danni mediati e indiretti purché consistenti in effetti normali del fatto-inadempimento, secondo il criterio della c.d. regolarità causale[34], consente di pervenire «all'ulteriore conseguenza di ancorare il danno, inteso come vita disagiata, alla responsabilità del medico secondo il criterio di imputazione della responsabilità omissiva, ritenendo che l'omissione nell'adempimento di un obbligo (quale quello di informazione) a carico del sanitario implica la sua responsabilità anche per gli eventi che l'assolvimento di tale obbligo avrebbe impedito»[35].

E tale «ricostruzione», diversamente da quanto poi si afferma, non sembra celare «difficoltà concettuali»[36] proprio con riferimento all'annoso problema della causalità, là dove l'obbligo risarcitorio si fonderebbe direttamente «sulla violazione del consenso informato, inteso quale autonomo obbligo di protezione gravante sul medico in ragione del suo status professionale, indipendentemente da un obbligo di prestazione»[37]. Il diritto all'autodeterminazione, in origine considerato come inglobato nel diritto alla salute (e tutelato ai sensi del solo art. 32 Cost.), anche per merito di un'autorevole dottrina[38] e della stessa giurisprudenza costituzionale[39], ha trovato progressivamente un autonomo riconoscimento (negli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost.) come «diritto fondamentale e inviolabile della persona umana»[40]. Le obbligazioni delle aziende sanitarie pubbliche o private tendono ad assumere una struttura complessa, comprensiva non soltanto dell'attività terapeutica, ma anche di quella diagnostica e di consulenza. A prescindere dalla questione puramente tassonomica

[33] Lo scritto specificamente citato è M. Feola, *La Cassazione e il diritto del minore «a nascere sano»*, in *Danno resp.*, 2010, 704.

[34] Cass., SS. UU., 1° luglio 2002, n. 9556, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2195, e Cass., SS. UU., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro it.*, 2008, I, 453; ed ora, Cass., 11 novembre 2019, n. 28985, cit., 19. In dottrina, già A. Liserre, *Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*, in *Corr. giur.*, 2006, 1693.

[35] A. Mastrorilli, *To be or not to be*: *comparare l'incomparabile*, in *Danno resp.*, 2013, 496, che cita (in nt. 19) proprio Feola, *op. ult. cit.*

[36] Così, invece, A. Mastrorilli, *op. loc. cit.*

[37] Così anche A. Mastrorilli, *op. cit.*, 497.

[38] Nell'ambito di una copiosa letteratura, cito soltanto, e per tutti, S. Rodotà, *Il nuovo* habeas corpus: *la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. Rodotà, M. Tallacchini, *Ambito e fonti del Biodiritto*, in *Tratt. Biodiritto* diretto da Rodotà e Zatti, Milano 2010, 169.

[39] Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, 1328.

[40] V. Montani, *L'inadempimento medico per la (sola) violazione del consenso informato*, in *Danno resp.*, 2012, 629. Tale orientamento è ribadito da Cass., 11 novembre 2019, n. 28985, cit., 11 ss.

inerente all'inquadramento o meno delle obbligazioni d'informazione nell'ambito degli obblighi di protezione[41] o di *sécurité*, la sola violazione degli obblighi d'informazione costituisce inadempimento e impone ai sanitari il risarcimento dei danni anche «in presenza di un atto terapeutico necessario e correttamente eseguito in base alle regole dell'arte, dal quale siano derivate conseguenze dannose»[42]. L'inesatto adempimento degli obblighi d'informazione «assume una valenza causale sul danno o sui danni subiti dal paziente»[43] e da terzi.

Quindi, la soluzione fondata sulla violazione degli obblighi d'informazione non rappresenta un'idea "alternativa" che consentirebbe di risarcire un danno in assenza di causalità, nel senso che «La negligenza non causa il danno ma diventa titolo per imporre al convenuto l'obbligo risarcitorio»[44]. Del pari, non pare decisivo, al fine di risolvere la *vexata quaestio*, evocare una funzione «punitiva»[45], «sanzionatoria e deterrente»[46] della responsabilità civile, nel senso che il medico negligente sarebbe «punito *attraverso* il risarcimento», e questo verrebbe «quantificato *in ragione* del detrimento patito dal soggetto nato con gravi deficit personali e sociali rispetto a chi questi deficit non ha»[47]. Così argomentando, anzi, si definisce una funzione di *compensation*, che storicamente (seppur, oggi, anacronisticamente, per quanto riguarda i danni immateriali)[48] è fondata proprio sulla teoria della differenza, mentre la finalità satisfattorio-punitiva implica una valutazione fondata non soltanto sull'entità del danno cagionato alla persona offesa, ma anche sul «carattere di maggiore o minore antigiuridicità della condotta» e sulle «condizioni economiche del responsabile»[49]. Infine, anche la responsabilità penale richiede la sussistenza di un nesso causale, il quale, anzi, deve essere provato, con maggior rigore, sulla base di un giudizio di «alto o elevato grado di credibilità razionale»[50], "di là da ogni ragionevole dubbio", non essendo sufficiente la regola civilistica ispira-

[41] In senso affermativo, A. Mastrorilli, *op. cit.*, 497, e V. Montani, *op. cit.*, 631, sulla scia di C. Castronovo, *Profili della responsabilità medica*, in *Scritti in onore di P. Rescigno*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, 1998, 126.

[42] Cass., 28 luglio 2011, n. 16543, in *Danno resp.*, 2012, 625.

[43] Cass., 28 luglio 2011, n. 16543, cit., 625.

[44] Così, invece, A. Mastrorilli, *op. loc. ult. cit.*

[45] A. Mastrorilli, *op. loc. ult. cit.*

[46] E. Palmerini, *op. ult. cit.*, 203.

[47] A. Mastrorilli, *op. loc. ult. cit.*

[48] A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno da perdita della vita e il «nuovo statuto» dei danni risarcibili*, in *Danno resp.*, 2014, 692 ss.

[49] A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica "bipolare" alla teoria generale e monocentrica della responsabilità civile)*, Parte II, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 251.

[50] Cfr., in proposito, la celeberrima decisione resa, sul c.d. caso Franzese, da Cass., SS. UU. pen., 10 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, II, 623.

ta al criterio della "preponderanza dell'evidenza"[51]. Il problema, quindi, non può essere risolto evocando le diverse funzioni della responsabilità civile, ma considerando, con la Cassazione, come *condicio sine qua non* il fatto che la gestante *non* sia stata posta in condizione di decidere «con volontà consapevole delle implicazioni, attraverso una informazione adeguata» che permettesse alla stessa «di avere piena coscienza della natura, della portata e della estensione, dei rischi, dei risultati conseguibili e delle eventuali conseguenze negative»[52].

Nell'unica sequenza causale possibile è la "esistenza diversamente abile" del minore a causare *anche* il danno non patrimoniale della madre e quelli, forse sovrabbondanti, del padre e dei fratelli. Il risarcimento di questi ultimi presuppone, evidentemente, la prima. La giurisprudenza della Suprema corte dubita che, in assenza di "conseguenze" dannose patrimoniali e non patrimoniali (soprattutto biologiche) risarcibili, la sola violazione del diritto al c.d. consenso informato possa rappresentare un danno risarcibile *in re ipsa*[53], costituendo essa un tipico danno-evento, ma non un danno-conseguenza[54]. Nel caso di specie, invece, proprio il danno-conseguenza ha ad oggetto *tutte* le conseguenze patrimoniali, dinamico-relazionali e morali che la violazione del diritto ad una procreazione "cosciente e responsabile" ha provocato, da dimostrare anche con il ricorso a valutazioni prognostiche ed alla prova presuntiva, che in materia di danno non patrimoniale è destinata «ad assumere particolare rilievo, e potrà costituire anche l'unica fonte per la formazione del convincimento del giudice, non trattandosi di mezzo di prova di rango inferiore ad altri»[55].

Sotto il profilo delle scelte di «politica del diritto» e della «efficiente allocazione dei danni e dei risarcimenti», anche la dottrina che solleva perplessità sulla questione della causalità sottolinea come l'«intento» della sentenza del 2012 sia «encomiabile, il risultato meritorio»[56]: «alleviare una condizione umana di difficoltà gravissima, di perenne sofferenza, affrontare, molto pragmaticamente, la questione dell'handicap, laddove quella della nascita non riveste più interesse alcuno»; superare, infine, «l'*absurdum* di liquidare tutti fuorché colui che vive la malformazione in prima persona, anche ai fini della certezza che il

[51] Cass., SS. UU., 11 gennaio 2008, n. 581, cit., 453 ss.

[52] Cass., 28 luglio 2011, n. 16543, cit., 624.

[53] Cfr., ad es., Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Foro it.*, 2010, I, 2113; Cass., 8 ottobre 2007, n. 20987, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 289, con nota di C. Sganga. In tal senso già Cass., 31 maggio 2003, nn. 8828 e 8827, in *Danno resp.*, 2003, 819 ss.

[54] Cfr. V. Montani, *op. cit.*, 633.

[55] Così, Cass., SS. UU., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Danno resp.*, 2009, 32, con il commento di A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*.

[56] S. Cacace, *op. ult. cit.*, 161 e 160.

risarcimento così apprestato sia utilizzato ad esclusivo beneficio del bambino, senza mediazione di terzi»[57].

3. *Le responsabilità contrattuale ed extracontrattuale della struttura sanitaria nei riguardi della gestante e del minore, tra obblighi di prestazione e di protezione*

Il risarcimento del danno nei riguardi del minore per la sua "esistenza diversamente abile" può assumere i connotati sia della responsabilità contrattuale, sia di quella extracontrattuale.

La tradizione italiana negli ultimi anni è stata nel senso della responsabilità contrattuale. Ma a seguito della riforma della responsabilità sanitaria, quest'ultima soluzione può riguardare soltanto la struttura socio-sanitaria pubblica o privata, in presenza di un "contratto di spedalità" con la gestante, o il professionista che abbia agito nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale assunta con il paziente (art. 7, commi 1° e 3°, l. 8 marzo 2017, n. 24).

Nel *leading case* in materia la Cassazione, anche al fine di riparare al neonato un danno all'integrità psicofisica non più risarcibile in sede delittuale per effetto del decorso della prescrizione quinquennale, qualificò il «soggetto venuto ad esistenza» come terzo protetto dal contratto stipulato tra la madre partoriente e la struttura sanitaria, con la conseguenza di risarcire in ambito contrattuale il danno patito dal minore a causa di un negligente intervento ostetrico praticato al momento della nascita[58]. Orientamento, questo, che troverà conferma nella giurisprudenza successiva, anche con riferimento alle condotte omissive dei sanitari. Ma se, in un primo tempo, la Cassazione[59] considererà terzo protetto dal contratto il solo coniuge della donna (il quale, pertanto, è anch'egli legittimato a chiedere il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali conseguenti alla nascita di un figlio "non voluto" che è affetto da gravi patologie)[60], escludendo che l'errore o l'omissione delle informazioni doverose potessero giustificare il risarcimento del danno da esistenza diversamente abile, non esistendo un "diritto a non nascere se non sano"; più di recente, la Suprema Corte, nell'affermare la sussistenza del nesso di causalità tra la condotta omissiva dei medici e le malformazioni subite dal nascituro, ha quali-

[57] Le espressioni tra virgolette sono di S. CACACE, *op. ult. cit.*, 160 e 161; e già M. FEOLA, *Violazione degli obblighi d'informazione e responsabilità del medico per il danno prenatale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 618 ss.

[58] Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 557 s.

[59] Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Danno resp.*, 2005, 379 ss. L'orientamento viene riconfermato, ma senza espliciti riferimenti al contratto con effetti protettivi per terzi, da Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, in *Corr. giur.*, 2006, 1691 ss.

[60] In questi termini, anche Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, in *Danno resp.*, 2010, 699 s.

ficato il rapporto che la paziente pone in essere con la struttura sanitaria, come un contratto che, oltre ad avere effetti tra le parti, produce effetti c.d. protettivi nei confronti sia del coniuge, sia dello stesso figlio nato malformato[61].

Sul punto, la giurisprudenza francese, invece, aveva assunto un diverso atteggiamento, avendo qualificato, proprio nel decidere l'*affaire Perruche*[62], come contrattuale la responsabilità della struttura sanitaria nei riguardi della donna, ma come delittuale la responsabilità nei confronti del fanciullo nato malformato.

Tuttavia, come si è avuto modo di rilevare[63], la soluzione che ravvisa, nei riguardi del terzo, una *responsabilità delittuale da inadempimento*[64], oltre a non rappresentare una contraddizione in termini, appare perfettamente in linea sia con la tradizione, sia con l'odierna evoluzione del diritto francese. Ma rispetto all'alternativa tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, la soluzione seguita dalla sentenza n. 16754/2012 è stata ulteriormente articolata.

Per un verso, la Cassazione afferma «il principio di diritto secondo il quale la responsabilità sanitaria per omessa diagnosi di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata va estesa», sulla base degli effetti di protezione del contratto, oltre che nei confronti della madre nella qualità di parte contrattuale, «anche al padre […], nonché […] ai fratelli e alle sorelle del neonato, che rientrano a pieno titolo tra i soggetti protetti dal rapporto intercorrente tra il medico e la gestante, nei cui confronti la prestazione è dovuta»[65]. Infatti, «non può non presumersi» l'attitudine di costoro «a subire un serio danno non patrimoniale, anche a prescindere dagli eventuali risvolti e dalle inevitabili esigenze assistenziali destinate ad insorgere, secondo l'*id quod plerumque accidit*, alla morte dei genitori»[66]. Per altro verso, allorché deve qualificare i danni risarcibili direttamente al minore per la sua "nascita malformata", la Suprema Corte ritiene necessario verificare la sussistenza di «tutti gli elementi della fattispecie concreta onde inferirne la legittima riconducibilità alla fattispecie astratta dell'illecito aquiliano in tutti i suoi elementi di struttura così come descritti dall'art. 2043 c.c.»[67]. Quindi, se è senz'altro contrattuale la responsabilità della struttura sanitaria nei riguardi della gestante per i danni patrimoniali e non patrimoniali patiti a seguito della violazione del suo diritto ad una "materni-

[61] Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Danno resp.*, 2009, 1170.

[62] Cass., Ass. plén., 17 novembre 2000, cit., 2309. Sul punto, M. Feola, *Obbligazioni d'informazione*, cit., 394 ss.

[63] M. Feola, *Le obbligazioni di sécurité*, Torino 2012, 133 ss.

[64] M. Feola, *op. ult. cit.*, 133.

[65] Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 178.

[66] Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 178.

[67] Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 191.

tà cosciente e responsabile", il risarcimento, al minore "terzo", del danno da esistenza diversamente abile assume i connotati dell'illecito extracontrattuale, proprio sulla scia della soluzione prediletta dal diritto francese.

L'orientamento della Cassazione in tema di danno da nascita malformata, che all'applicazione del c.d. contratto con effetti di protezione per terzi preferisce il rinvio alle comuni regole della responsabilità delittuale, può trovare ulteriore conferma proprio nella struttura della prestazione sanitaria. È impensabile che un obbligo che, *inter partes*, è di prestazione possa poi divenire, nei riguardi di terzi, di protezione. Tuttavia, se si qualifica come obbligo di protezione l'«obbligo di informazione gravante su una parte del contratto nei confronti dell'altra quando l'informazione non costituisca l'oggetto del contratto stesso»[68], il problema potrebbe dirsi superato. Salvo, poi, a non ricomprendere, sempre e comunque, l'obbligo d'informazione proprio nella struttura della prestazione sanitaria, ma a considerarlo come un obbligo "accessorio", autonomo e indipendente, per quanto funzionalmente correlato rispetto all'esecuzione della prestazione[69]. In tal senso, nelle varie ipotesi sottoposte al giudizio delle Corti, l'obbligo d'informazione può atteggiarsi ora come obbligo di prestazione, ora come obbligo di protezione, consentendo il ricorso agli effetti protettivi del contratto qualora l'informazione non integri specificatamente l'oggetto dello stesso.

4. *L'intervento delle Sezioni unite: il riparto degli oneri probatori e il riconoscimento della legittimazione ad agire per il risarcimento di un danno che si è verificato prima della nascita*

La sentenza n. 16754/2012, avendo innovato il precedente orientamento della Cassazione sotto un duplice profilo (la questione relativa al riparto degli oneri probatori e quella attinente alla legittimazione del nato malformato alla richiesta risarcitoria), ha provocato la rimessione di questi temi alle Sezioni unite[70], le quali si sono pronunziate con inusitata rapidità[71].

Con riferimento al primo problema, la Suprema corte ricorda che l'interruzione della gravidanza «non è mezzo per il controllo delle nascite», ma che le norme "permissive" previste dalla l. n. 194/1978 assumono carattere eccezio-

[68] C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano 2006, 497; ed ora, Id., *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 578.

[69] Per ulteriori svolgimenti, M. Feola, *L'obbligazione come rapporto complesso*, in He. Stoll-R. Favale-M. Feola-A. Procida Mirabelli di Lauro, *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino 2016, 116 ss.

[70] Cass., 23 febbraio 2015, n. 3569 (ord.), in *Danno resp.*, 2015, 693 ss.

[71] Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 349 ss.

nale in quanto riconoscono «un vero e proprio diritto all'autodeterminazione della gestante» pur nel rispetto di «condizioni rigorose» poste a tutela «della sua salute, e non solo della sua vita», rappresentando «espressione di un bilanciamento di esigenze di primaria rilevanza» tra la «salvezza della madre, già persona, e quella dell'embrione, che persona deve ancora diventare»[72]. Ciò premesso, il c.d. *thema probandum* appare «costituito da un fatto complesso; e cioè da un accadimento composto da molteplici circostanze e comportamenti proiettati nel tempo: la rilevante anomalia del nascituro, l'omessa informazione da parte del medico, il grave pericolo per la salute psicofisica della donna, la scelta abortiva di quest'ultima»[73]. Ma, nella specie, essendo «impossibile fornire la dimostrazione analitica di tutti gli eventi o comportamenti che concorrano a comporre la fattispecie», il problema può essere risolto «ponendo ad oggetto della prova alcuni elementi che si ritengano rappresentativi dell'insieme e dai quali sia perciò possibile derivare la conoscenza, per estrapolazione, dell'intero fatto complesso»[74]. Nel caso in esame, «un aspetto particolarmente delicato» è costituito dalla circostanza che la prova «verte anche su un fatto psichico: e cioè, su uno stato psicologico, un'intenzione, un atteggiamento volitivo della donna, che la legge considera rilevanti»[75]. Ma tale onere probatorio, «senza dubbio gravoso, vertendo su un'ipotesi e non su un fatto storico», può essere assolto «tramite dimostrazione di altre circostanze, dalle quali si possa ragionevolmente risalire, per via induttiva, all'esistenza del fatto psichico che si tratta di accertare»[76]. Il passo successivo consisterebbe «nell'applicare la concezione quantitativa o statistica della probabilità, intesa come frequenza di un evento in una serie di possibilità date: espressa dall'ormai consolidato parametro del "più probabile, che no"»[77].

Il legislatore non esime la gestante dall'onere di provare la malattia grave, psichica e/o fisica, che giustifichi il ricorso all'interruzione della gravidanza nonché la sua conforme volontà di ricorrervi. Ma il giudice, a tal fine, può ricorrere alla c.d. *praesumptio hominis*, «rispondente ai requisiti di cui all'art. 2729 cod. civ., che consiste nell'inferenza del fatto ignoto da un fatto noto, sulla base non solo di correlazioni statisticamente ricorrenti, secondo l'*id quod plerumque accidit* […], ma anche di circostanze contingenti, eventualmente anche atipiche emergenti dai dati istruttori raccolti: quali, ad esempio, il ricorso al consulto medico proprio per conoscere le condizioni di salute del nascituro,

[72] Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 351 e 350.
[73] Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 351.
[74] Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 351.
[75] Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 351.
[76] Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 351.
[77] Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 351.

le precarie condizioni psico-fisiche della gestante, eventualmente verificabili tramite consulenza tecnica d'ufficio, pregresse manifestazioni di pensiero, in ipotesi, sintomatiche di una propensione all'opzione abortiva in caso di grave malformazione del feto, ecc.»[78]. La Cassazione[79], poi, ha esteso ulteriormente il nesso di causa dando rilievo alla doverosa (da parte dei sanitari) informazione circa eventuali anomalie del feto, non ancora manifestatesi clinicamente o non rilevabili con gli strumenti a disposizione, che possano conseguire, con un "apprezzabile grado di probabilità", alla patologia riscontrata nella gestante. Questa prima asserzione «anticipa l'incidenza del fattore probabilistico anche sul secondo segmento del nesso di causa: la dimostrazione, anche tramite il ragionamento presuntivo, che se correttamente informata la madre avrebbe scelto di interrompere la gestazione sarà tanto più plausibile quanto più elevato è il rischio che il processo patologico causi anomalie nel nascituro»[80].

Se, dunque, le Sezioni unite assumono sul punto una posizione equilibrata che, pur richiedendo la prova, da parte della gestante, dei requisiti richiesti dalla legge, ammette senz'altro «la possibilità di una prova presuntiva, in concreto desumibile dai fatti allegati»[81], con riferimento al secondo problema la soluzione appare assai più radicale, limitandosi la stessa a riconfermare gran parte delle argomentazioni poste a supporto dell'orientamento anti-perruchista.

Tuttavia, rispetto alle sentenze del 2004[82] e del 2006[83], le Sezioni unite superano la (debolissima) concezione del c.d. "diritto adespota", riconoscendo la «legittimazione ad agire di chi, al momento della condotta del medico (in ipotesi, antigiuridica), non era ancora soggetto di diritto, alla luce del principio consacrato all'art. 1 cod. civ.»[84]. Aderendo all'insegnamento che ha «sottoposto a revisione critica» il convincimento tradizionale secondo il quale «per proteggere una certa entità occorre necessariamente qualificarla come soggetto di diritto», la Cassazione ritiene che «alla tutela del nascituro si può pervenire […] senza postularne la soggettività […] bensì considerandolo oggetto di tutela»[85]. Una volta «accertata l'esistenza di un rapporto di causalità tra

[78] Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 352. Interessanti osservazioni sulle interferenze tra prova per presunzioni e modello probabilistico della causalità sono in Ar. Fusaro, *Responsabilità del produttore: la difficile prova del difetto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 901.

[79] Cass., 15 gennaio 2021, n. 653, cit., 900 s.

[80] E. Palmerini, *Un nuovo tassello*, cit., 894.

[81] Così Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 352, la quale coerentemente cassa sul punto la decisione della Corte d'appello di Firenze, «manchevole nella parte in cui omette di prendere in considerazione la possibilità di una prova presuntiva».

[82] Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit., 383 ss.

[83] Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, cit., 1691.

[84] Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 352.

[85] Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 353.

un comportamento colposo, anche se anteriore alla nascita, ed il danno che ne sia derivato al soggetto che con la nascita abbia acquistato la personalità giuridica, sorge e dev'essere riconosciuto in capo a quest'ultimo il diritto al risarcimento»[86]. La conferma del risalente orientamento della Cassazione[87] che riconosceva una «astratta legittimazione del figlio disabile ad agire per il risarcimento di un danno le cui premesse fattuali siano collocabili in epoca anteriore alla sua stessa nascita»[88] rappresenta comunque un dato significativo, anche se limitatamente alle ipotesi di condotta commissiva dei sanitari, i quali hanno "materialmente" causato la lesione del feto, nella vita endouterina, che determinerà una nascita malformata, causa di un'esistenza diversamente abile.

Tuttavia, dopo aver affermato che «l'astratta riconoscibilità della titolarità di un diritto (oltre che della legittimazione attiva) del figlio handicappato non trova un ostacolo insormontabile nell'anteriorità del fatto illecito alla nascita, giacché si può essere destinatari di tutela anche senza essere soggetti dotati di capacità giuridica», le Sezioni unite hanno ritenuto di dover «scrutinare a fondo il contenuto del diritto che si assume leso ed il rapporto di causalità tra condotta del medico ed evento di danno»[89].

5. Segue. *La riaffermazione della posizione negazionista: le contraddizioni della soluzione e il discutibile ricorso alla nozione di "danno-conseguenza"*

Sotto il primo profilo, che le Sezioni unite trattano in maniera assorbente, se non addirittura esclusiva rispetto al problema della causalità c.d. materiale, il concetto stesso di danno-conseguenza, «consacrato nell'art. 1223 cod. civ. e riassumibile con espressione empirica, nell'avere di meno, a seguito dell'illecito», indurrebbe a considerare il danno inscindibilmente «legato alla stessa vita del bambino; e l'assenza di danno alla sua morte»[90]. Sarebbe qui che la tesi "ammissiva" incorrerebbe «in una contraddizione insuperabile: dal momento che il secondo termine di paragone, nella comparazione tra le due situazioni alternative, prima e dopo l'illecito, è la non vita, da interruzione della gravidanza»; e la non vita non potrebbe essere un bene della vita, «per la contraddizion che nol consente»[91]. Quindi, il danno da esistenza diversamente abile non sarebbe risarcibile al bambino per la «inesistenza di un danno-conseguenza per

[86] Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 353.
[87] Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, cit., 557 s.
[88] Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 353.
[89] Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 353.
[90] Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 353 s.
[91] Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 354.

effetto della mancata interruzione della gravidanza»[92]. Anche considerando l'art. 2043 c.c. norma primaria verrebbe meno, «in radice, il concetto stesso di danno ingiusto; oltre che reciso il nesso eziologico, sia pure inteso in base ai principi della causalità giuridica e nella sua ampiezza più estesa, propria della teoria della *condicio sine qua non*»[93].

Risolto così sbrigativamente il problema di causalità, ed esaurita la questione di responsabilità sulla base della teoria della differenza tra i patrimoni ("prima e dopo l'illecito"), le Sezioni unite ripropongono gli argomenti "classici" della dottrina anti-perruchista[94].

L'ordinamento non riconoscerebbe «un diritto a non nascere», né «un diritto alla non vita»; e neppure varrebbe «invocare il diritto di autodeterminazione della madre, leso dalla mancata informazione sanitaria, ai fini di una propagazione intersoggettiva dell'effetto pregiudizievole»[95]. Questa «formula, concettualmente fluida ed inafferrabile», pretenderebbe di «estendere al nascituro una facoltà che è concessa dalla legge alla gestante, in presenza di rigorose condizioni […], posta in relazione di bilanciamento con un suo diritto già esistente alla salute personale, che costituisce il concreto termine di paragone positivo»[96].

E neppure varrebbe riproporre, «in senso contrario, qualche voce in dottrina, non senza echi giurisprudenziali, [che] adduce l'apparente antinomia tra la progressiva estensione del credito risarcitorio in favore del padre (Cass., sez. 3, 10.5.2002, n. 6735) e dei germani (Cass., sez. 3, 2.10.2012, n. 16754) ed il perdurante diniego opposto al figlio, primo interessato dalle patologie prese in considerazione dalla norma: argomento, suggestivo ed impressionistico, ma di nessun pregio giuridico, restando al livello di costatazione empirica, senza adeguato apprezzamento delle diverse premesse in diritto»[97]. Malgrado questi parenti non abbiano «nessuna voce in capitolo […] in ordine alla scelta abortiva», e nonostante «possano godere, di fatto, di un trattamento probatorio perfino più favorevole che non la madre, perché esenti dall'onere di provare lo stesso pericolo per la propria salute contemplato dall'art. 6 l. cit.», soltanto «per i predetti soggetti, e non pure per il nato malformato», potrebbe configurarsi «un danno-conseguenza, apprezzabile tramite comparazione tra due

[92] Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 355.

[93] Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 354.

[94] Per una disamina dei quali, già M. FEOLA, *Il danno da perdita di* chances, Napoli 2004, 324 ss.

[95] Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 354.

[96] Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 354.

[97] Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 354.

situazioni soggettive omogenee: la qualità della vita prima e dopo la nascita del bambino handicappato»[98].

Il «contrario indirizzo giurisprudenziale e dottrinario, favorevole alla riconoscibilità di una pretesa risarcitoria del nato disabile verso il medico, pur se palesi un'indubbia tensione verso la giustizia sostanziale», finirebbe con l'assegnare «al risarcimento del danno un'impropria funzione vicariale, suppletiva di misure di previdenza e assistenza sociale»[99], in particolare equiparando *quoad effectum* l'errore medico che non abbia evitato la nascita indesiderata, a causa di gravi malformazioni del feto, all'errore medico che tale malformazione abbia direttamente cagionato. Conclusione, questa, che non potrebbe essere condivisa, «ad onta delle fitte volute concettualistiche che la sorreggono, stante la profonda eterogeneità delle situazioni in raffronto e la sostanziale diversità dell'apporto causale nei due casi»[100].

Tale soluzione non potrebbe non «soppesare altresì il rischio di una reificazione dell'uomo, la cui vita verrebbe ad essere apprezzabile in ragione dell'integrità psico-fisica: deriva eugenica, certamente lontanissima dalla teorizzazione dottrinaria del c.d. diritto di non nascere, ma che pure ha animato, ad es., il dibattito oltralpe». Da qui la «chiara negazione che la vita di un bambino disabile possa mai considerarsi un danno»[101].

Come appare evidente, l'intera motivazione fornita dalle Sezioni unite ruota intorno al celeberrimo interrogativo posto, all'epoca, da François Chabas e sintetizzato nella locuzione: «Est-ce un préjudice que de naître, au lieu de ne pas naître?»[102]. Ma a tale malintesa[103] domanda retorica sembra, ancora una volta, di dover rispondere, con C. Radé, «Être ou ne pas naître? Telle n'est pas la question!»[104]. Il voler «rifiutare di ammettere che un handicap sia, per l'handicappato medesimo, un "danno", risulta essere […] un puro e semplice sofisma»[105]. Ancora una volta «è non la "vita" dell'handicappato che si tratta di assimilare a un danno, ma il suo handicap»[106]. Riconoscere, come propongono

[98] Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 354.

[99] Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 355 s.

[100] Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 355 s.

[101] Le due espressioni tra virgolette sono tratte da Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 356.

[102] *Note* a Cass., Ass. plén., 17 novembre 2000, cit., 2309.

[103] Così D. Mazeaud, *Réflexions sur un malentendu*, in *Dalloz*, 2001, *Jur. comm.*, 332 ss.; M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, 287; G. Viney, *Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion*, in *Sem. jur.*, 2001, I, 286, 65 s.

[104] C. Radé, Être ou ne pas naître? Telle n'est pas la question!, in *Resp. civ. ass.*, janv. 2001, 4.

[105] G. Viney-P. Jourdain, *Les conditions*, cit., 17.

[106] G. Viney-P. Jourdain, *op. loc. ult. cit.*

la giurisprudenza francese e le stesse Sezioni unite, che entrambi i genitori subiscono, per il fatto della nascita del figlio malformato, danni patrimoniali e non patrimoniali risarcibili, significa ammettere la riparazione di *dommages par ricochet* senza che sia considerato risarcibile il pregiudizio alla vittima diretta. Ma «non può esservi un danno *par ricochet* senza un *dommage immédiat*»[107]. Quindi, «il riconoscimento dell'esistenza del danno dei genitori implica *a fortiori* quello del pregiudizio del bambino»[108].

Le Sezioni unite ammettono che i due «contrapposti indirizzi di pensiero» si ispirano a riflessioni giuridiche e meta-giuridiche «financo filosofiche ed etico-religiose, di irriducibile antinomia: segnati spesso da accese intonazioni polemiche in una pubblicistica ideologicamente schierata, in favore o contro la presunzione *juris et de jure* di preferibilità della vita, per quanto malata»[109]. Tuttavia, malgrado, nelle premesse, si siano prefisse di evitare «un approccio di carattere eminentemente giuspolitico – che appartiene [soltanto] al legislatore»[110], appare evidente come «l'interpretazione della disciplina vigente» sia condotta sulla base di un'esplicita opzione ideologica, che richiama inevitabilmente quelle riflessioni "filosofiche ed etico-religiose" dalle quali si sarebbe voluto prescindere.

L'*Assemblée plénière*, infatti, proprio sulla base dell'interpretazione dei valori e delle regole giuridiche che caratterizzano il diritto d'oltralpe era giunta alla conclusione opposta. Soluzione poi ribaltata da una precisa scelta politico-ideologica del Parlamento francese, sotto la Presidenza di Jacques Chirac, che imponeva il c.d. "dispositivo anti-Perruche" nell'art. 1 della Loi Kouchner (l. 303/2002 del 4 marzo 2002).

In Italia le Sezioni unite hanno operato in senso opposto. In assenza di un'analoga normativa, individuano la soluzione negativa sulla base di una discutibile ermeneutica, offrendo a conferma della loro ricostruzione «spunti di comparazione» senz'altro «semplicistici»[111] attraverso i quali si fa propria la scelta politico-religiosa del legislatore francese. Il ricorso all'analisi comparativa appare viziato sotto il profilo metodologico, risultando esclusivamente finalizzato a suffragare, con un "uso normativo"[112], la tesi negazionista, attraverso

[107] G. Viney-P. Jourdain, *op. loc. ult. cit.*

[108] G. Viney-P. Jourdain, *op. loc. ult. cit.*

[109] Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 352.

[110] Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 352.

[111] S. Cacace, *L'insostenibile vantaggio*, cit., 361.

[112] Sul punto, A. Gambaro, *Il diritto comparato nelle aule di giustizia ed immediati dintorni*, in *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, Milano, 2004, 10 s.; A. Procida Mirabelli di Lauro, *L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza nella comunicazione transnazionale*, in *Annuario dir. comp.*, 2020, 493 s.

l'automatica trasposizione, in Italia, di una scelta di *policy* del legislatore francese e con la citazione di sporadiche decisioni, «peraltro alquanto datate […], pur nella consapevolezza che sussistano […] differenti soluzioni "in singoli stati"»[113].

Nella sentenza n. 16754/2012, invece, si era superato l'unico argomento cardine della tesi negazionista, ovvero l'impossibilità di individuare un danno-conseguenza, proprio rifiutandosi di confrontare essere e non essere, poiché "ciò che è giuridicamente inqualificato non ha cittadinanza nel mondo del diritto". Il medico «non è certo responsabile della vita, perché questa non può costituire un pregiudizio, né dell'handicap, perché questo risiede nel patrimonio genetico del feto, mentre è sì responsabile dello "stato funzionale di infermità" e della "condizione evolutiva della vita handicappata", "intese come proiezione dinamica dell'esistenza"»[114]. La finalità era quella di «alleviare – per via risarcitoria – una condizione di "diversità", poiché la dignità umana sembra meglio affermata e tutelata apprestando riparazione, anziché negandola»[115]. In tal senso la riprovazione manifestata dalle Sezioni unite nei confronti di una supposta "deriva eugenica" e della «possibilità di marchiare come danno la vita di un bambino disabile non è scevra da una punta di ipocrisia: un'esistenza handicappata è e rimane un danno, infatti, anche se non viene come tale risarcita, a maggior ragione se altri, nella medesima fattispecie, beneficiano di una simile liquidazione»[116].

Se si prescinde da quelle riflessioni "filosofiche ed etico-religiose" dalle quali le Sezioni unite si erano prefisse di esulare, è evidente che la liquidazione di una somma di danaro a colui che nasce affetto da gravi malformazioni, così come sempre accade «quando non sia possibile un'effettiva reintegrazione dello *status quo ante*», avrebbe «il fine e l'effetto di rendere […] il pregiudizio (ovvero la vita menomata) più sopportabile, laddove la solidarietà sociale non riesce a garantire, invece, un'adeguata "copertura finanziaria" dell'handicap»[117]. D'altronde, la ragione «del dispendio di cotante energie» da parte delle Corti francesi, che fin dall'inizio hanno rifiutato di applicare retroattivamente l'art. 1

[113] Così M. Feola, *La circolazione dei formanti dottrinali e giurisprudenziali nel risarcimento del danno da "nascita malformata"*, in *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze*, II, *La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia*, a cura di S. Bagni, M. Nicolini, E. Palici di Suni, L. Pegoraro, A. Procida Mirabelli di Lauro, M. Serio, Torino 2016, 160 s., nel parafrasare Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 355.

[114] S. Cacace, *op. ult. cit.*, 361, nel citare Cass. n. 16754/2012.

[115] S. Cacace, *op. loc. ult. cit.*; e già P. Sargos, *Rapport*, cit., 2302.

[116] S. Cacace, *op. loc. ult. cit.*

[117] S. Cacace, *op. ult. cit.*, 362.

della Loi Kouchner alle domande presentate prima del 7 marzo 2002[118], risiede proprio «nella strenua volontà di soccorrere situazioni di disagio estremo e gravissima sofferenza, anche facendo guerra al proprio legislatore»; là dove «la medesima pena, per converso, non pervade né le corti né la dottrina italiana, entrambe ben più preoccupate del *significato* simbolico, politico e giuridico di un risarcimento che della sua tangibile utilità ed urgenza»[119].

La sentenza delle Sezioni unite, però, appare censurabile non soltanto sotto l'aspetto delle scelte di *policy*, ma anche sotto il profilo della ricostruzione tecnico-giuridica. L'argomento del danno-conseguenza appare mal posto anche sotto il profilo, per così dire, formale e dogmatico. Da un lato, il danno-conseguenza rappresenta un postulato strettamente correlato alla teoria differenziale, nella misura in cui considera risarcibili soltanto le conseguenze (patrimoniali) individuabili attraverso la differenza tra i due patrimoni, prima e dopo l'evento lesivo. Dall'altro, ma tale conclusione inerisce strettamente alla precedente ricostruzione, la nozione di danno-conseguenza, anche per unanime opinione della nostra Cassazione, presuppone «già risolto il problema dell'imputazione – e quindi già accertata l'esistenza della responsabilità –» e si preoccupa «soltanto di determinare l'estensione della stessa, risolvendo […] un problema che non è più di causalità, ma di ammontare del danno risarcibile»[120]. Richiamare la dottrina del danno-conseguenza, invece, ai fini dell'*an* del risarcimento, è quindi operazione del tutto inappropriata, che esula dalle funzioni che la stessa giurisprudenza attribuisce alla nozione di danno-conseguenza.

Tuttavia, v'è un'ulteriore «falla», un ulteriore «baco del sistema»[121]: qualora la lesione dell'integrità psico-fisica del nascituro sia causata "direttamente" da negligenti interventi di sterilizzazione o di interruzione della gravidanza che provocano non soltanto la nascita del bambino, ma una "nascita malformata", il danno è considerato risarcibile. In questi casi la causalità è certa, ma se il problema principale consiste davvero nel confronto tra l'essere e il non essere, anche in queste ipotesi il danno non dovrebbe essere risarcito in quanto l'alternativa rispetto al nascere handicappato sarebbe il "non nascere". Le stesse Sezioni unite, conformemente a consolidati orientamenti giurisprudenziali, considerano questi casi come ipotesi nelle quali il danno è risarcibile anche al minore che nasce malformato. L'argomento del danno-conseguenza, dedot-

[118] Già, Cass., 24 gennaio 2006, in *Sem. jur.*, 2006, II, 10062; Cons. État, 24 febbraio 2006, in *Resp. civ. ass.*, 2006, comm. n° 127, con il commento di C. Radé.

[119] S. Cacace, *op. ult. cit.*, 363.

[120] Così Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Corr. giur.*, 2008, 39, con nota di M. Bona, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due "dimensioni di analisi"*; Cass., SS. UU., 11 gennaio 2008, n. 581, cit., 453 ss.

[121] Le parole tra virgolette sono di S. Cacace, *op. ult. cit.*, 361.

to da un confronto oltremodo "filosofico" tra l'essere e il non essere, quindi, risulta essere erroneo (sotto il profilo della tecnica giuridica), speculativo (direbbero gli anglosassoni), paradossale e addirittura contraddittorio, in quanto è fonte di soluzioni antinomiche allorché la condotta illecita sia commissiva od omissiva. Diversamente, si finirebbe «per esonerare il medico dalla responsabilità per le conseguenze pregiudizievoli della sua negligente condotta, "per il solo fatto" di aver consentito di aver *arrecato* la vita»[122].

Allora, forse, il vero problema non è quello del danno-conseguenza, ma è quello della causalità, e ciò rimanda, per le contrapposte opinioni, alle considerazioni già svolte[123].

Per le Sezioni unite, non è vero che la "nascita malformata" e la "esistenza diversamente abile" che ne consegue non rappresentino un danno risarcibile. Lo sono per la gestante, per il marito e persino per i fratelli e per le sorelle, ma non per il bambino che nasce malformato. Ma proprio in questa soluzione, paludata da una presunta "neutralità", risiede un vero e proprio paradosso giuridico ed assiologico, insostenibile proprio "per la contraddizion che nol consente".

6. *I danni (patrimoniali e non patrimoniali) risarcibili. Il danno da nascita malformata quale danno dinamico-relazionale che ha ad oggetto una "esistenza diversamente abile"*

Il recente "decalogo" disposto dalla Cassazione in tema di riparazione dei danni non patrimoniali apporta ulteriori argomenti alla risarcibilità del danno da esistenza diversamente abile, là dove, qualificando il danno biologico risarcibile come danno-conseguenza necessariamente dinamico-relazionale[124], supera la posizione delle Sezioni unite che ha fondato la soluzione negazionista proprio sulla pretesa «inesistenza di un danno-conseguenza»[125]. Nella stessa linea va considerata l'ulteriore risarcibilità del danno morale, rappresentando «il dolore interiore e/o la significativa alterazione della vita quotidiana» un danno «diverso» e perciò autonomamente risarcibile[126].

[122] S. Cacace, *op. ult. cit.*, 362.

[123] M. Feola, *Violazione*, cit., 617 ss.; Ead., *Essere o non essere*, cit., 393 ss.

[124] Cass., 27 marzo 2018, n. 7513 (ord.), cit., 843 s.; conf. Cass., 11 novembre 2019, n. 28988, in *Danno resp.*, 2020, 66 ss., con nota di G. Ponzanelli, *Risarcimento del danno alla persona: San Martino 2019 si allontana da San Martino 2008 e conferma gli equilibri risarcitori del 2018.*

[125] Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., 355.

[126] Cass., 17 gennaio 2018, n. 901, in *Danno resp.*, 2018, 465; Cass., 31 gennaio 2019, n. 2788, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 277, con nota di G. Ponzanelli, *Il nuovo statuto del danno alla persona è stato fissato, ma quali sono le tabelle giuste?* Per una ricostruzione del "nuovo"

In proposito, però, è necessario distinguere i danni patiti dalla gestante (in base alla responsabilità contrattuale della struttura pubblica o privata ed a quella extra-contrattuale del sanitario che non abbia agito nell'adempimento di obbligazioni contrattuali assunte con il paziente: art. 7, commi 1-3 l. n. 24/2017), dal coniuge ed, eventualmente, dai germani del bambino (in virtù degli effetti di protezione del contratto nei confronti di terzi), dai danni risarciti *iure proprio* al minore nato malformato (sul fondamento sia pure di una responsabilità delittuale da inadempimento), non tanto per le differenti qualificazioni della responsabilità, quanto per il diverso "oggetto" degli eventi dannosi che devono essere presi in considerazione (e, quindi, valutati e liquidati) ai fini della riparazione.

Il risarcimento alla donna ed al coniuge, come già precisato dalla Cassazione in una precedente decisione[127], deve avere ad oggetto sia i danni patrimoniali sia i danni non patrimoniali.

Con riferimento ai primi, la Suprema Corte ha già affermato che il risarcimento deve «tener conto, non solo del "differenziale" tra la spesa necessaria per il mantenimento di un figlio "sano" e la spesa per il mantenimento di un figlio affetto da *deficit*», ma dell'«intero […] costo economico che altrimenti non avrebbe avuto»[128].

In proposito, recenti sentenze della Cassazione, in presenza di gravi malformazioni del bambino conseguite a diagnosi erronee e, più in generale, alla violazione delle obbligazioni d'informazione nei riguardi della gestante, hanno deciso che «il danno consistente nelle spese per assistenza personale, patito dalla vittima di lesioni personali, va liquidato ai sensi dell'art. 1223 cod. civ. stimando il costo presumibile delle prestazioni di cui la vittima avrà bisogno in considerazione delle menomazioni da cui è afflitta, rapportato alla durata presumibile dell'esborso. Il risarcimento così determinato è dovuto per intero, senza alcuna riduzione percentuale corrispondente al grado di invalidità permanente patito dal danneggiato»[129]. Ciò significa che l'onere economico relativo a tale forma di assistenza, accertato dal giudice dopo aver valutato una serie di fattori concorrenti (grado di invalidità, abitazione della vittima, lavoro svolto, ecc.), «costituisce a tutti gli effetti un danno risarcibile che, in assenza di concorso causale della vittima (*ex* art. 1227 cod. civ.), va liquidato per intero,

sistema del danno non patrimoniale v. A. Procida Mirabelli di Lauro, *Danno dinamico-relazionale, danno morale, danno "da reato" nel sistema polifunzionale delle responsabilità*, in A. Procida Mirabelli di Lauro, M. Feola, *Diritto delle obbligazioni*, cit., 752 ss.

[127] Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit., 700.

[128] Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit., 700.

[129] Cass., 3 luglio 2019, n. 17815, in F. Poiatti, *La critica al danno da nascita indesiderata e la complessità del danno permanente futuro*, in *Danno resp.*, 2021, 92.

perché per intero dovrà essere sostenuto dal danneggiato»[130]. Il danno permanente futuro, consistente nella necessità di sostenere una spesa periodica fin quando dura la vita della persona diversamente abile, «non può essere liquidato attraverso la semplice moltiplicazione della spesa attuale per il numero di anni di vita stimata della vittima, ma va liquidato o in forma di rendita, oppure moltiplicando il danno annuo per il numero di anni per cui verrà sopportato e, quindi, abbattendo il risultato in base ad un coefficiente di anticipazione, ovvero, infine, attraverso il metodo della capitalizzazione»[131]. La rendita vitalizia, che il nostro legislatore del '42 considerò molto opportunamente come lo strumento preferenziale per la liquidazione dei danni alla persona di carattere permanente (art. 2057 c.c.), si libera dalle interpretazioni ingiustificatamente restrittive o tacitamente abroganti della dottrina[132] e diviene, finalmente, anche per i nostri Tribunali[133], il metodo di liquidazione più adatto che, permettendo di riequilibrare la somma predeterminata sulla base, da un lato, dei fattori imprevedibili dei flussi monetari (svalutazione, ad es.), dall'altro, del miglioramento o del peggioramento della stato di salute della vittima legato all'evoluzione della malattia, minimizza l'incertezza del danno permanente futuro e garantisce al danneggiato la giusta riparazione[134].

Nel liquidare il danno non patrimoniale dei coniugi, «indipendentemente da un danno morale o biologico, peraltro sempre possibile»[135], la Cassazione risarcisce specificatamente quel danno dinamico-relazionale consistente nel «condurre giorno per giorno, nelle occasioni più minute come in quelle più importanti, una vita diversa e peggiore […] di quella che avrebbe[ro] altrimenti condotto»[136]. Il medesimo danno potrebbe essere risarcito[137] anche ai fratelli e sorelle del minore nato malformato, una volta che la Suprema Corte ha inserito «a pieno titolo»[138] anche costoro tra i soggetti protetti dal contratto. Danno consistente nella «inevitabile, minor disponibilità dei genitori nei

[130] F. Poiatti, *op. cit.*

[131] Cass., 6 luglio 2020, n. 13881, in *Danno resp.*, 2021, 89.

[132] Così già, A. Procida Mirabelli di Lauro, *La riparazione dei danni alla persona*, Napoli 1993, 306 s. Un'abrogazione tacita per desuetudine dell'art. 2057 è stata sostenuta da M. Pogliani, *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, Milano 1964, 366; considerava la rendita un «modo eccezionale di risarcimento», A. de Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Milano, 1979, 280.

[133] Per le cit. della giur. di merito, v. F. Poiatti, *op. cit.*, 93 s., nt 16.

[134] A. Procida Mirabelli di Lauro, *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale*, Napoli, 1992, 68 ss.; Id., *La riparazione*, cit., 306 ss. e *passim.*

[135] Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit., 701.

[136] Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit., 699 s.

[137] Così Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit., 699.

[138] Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 178.

loro confronti, in ragione del maggior tempo necessariamente dedicato al figlio affetto da *handicap*», nonché «nella diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale con i genitori stessi costantemente caratterizzato da serenità e distensione»[139].

Quindi, alla luce del nuovo orientamento della Cassazione in tema di danno non patrimoniale, il risarcimento dovuto ai genitori ed ai germani, come già descritto dalle sentenze appena citate, ha ad oggetto un danno dinamico-relazionale non biologico consistente nella «"ordinaria" compromissione delle attività quotidiane»[140], nella «significativa alterazione della vita quotidiana»[141]. Con riferimento alla madre, poi, potrà essere risarcito anche il danno biologico dinamico-relazionale specificamente previsto dagli artt. 4 e 6 della l. n. 194/1978, allorché il «grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna» (art. 6, lett. *b*) si sia tradotto in una patologia accertata e valutata in sede medico-legale. La liquidazione di questi danni dinamico-relazionali non impedisce di risarcire anche il danno morale, poiché, in entrambi i casi, non costituisce duplicazione risarcitoria la distinta ed autonoma liquidazione «dei pregiudizi patiti dalla vittima nella relazione con sé stessa (la sofferenza interiore e il sentimento di afflizione in tutte le sue possibili forme, *id est* il danno morale interiore)»[142].

Riguardo ai danni risarcibili direttamente al minore v'è da rilevare, innanzitutto, che le Sezioni unite, ribaltando la soluzione affermativa[143], hanno riconfermato la posizione tradizionale, contraria a riconoscere al bambino nato malformato la risarcibilità del danno da "esistenza diversamente abile", ma limitatamente al caso in cui tali danni siano stati "causati" dalla violazione di obbligazioni d'informazione che abbiano impedito alla donna, sussistendo i requisiti richiesti dalla legge, di procedere all'interruzione della gravidanza, o di decidere per la non procreazione del figlio. Malgrado tale indirizzo non sia condivisibile, prestandosi a molteplici rilievi critici, il giurista, allo stato, non può che prenderne atto, pur auspicando una ulteriore riflessione che possa condurre ad un nuovo *revirement*. Nei casi in cui, invece, la "nascita malformata" sia stata causata da un condotta commissiva negligente, imperita e/o imprudente, come la somministrazione di un farmaco contro la sterilità potenzialmente teratogeno, la Cassazione ha quantificato, nel lontano 2009, in lire 2.152.400.000 il danno non patrimoniale risarcibile ai genitori nella qualità di legali rappresentanti del minore, mentre ha liquidato somme assai più contenu-

[139] Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 178.
[140] Cass., 27 marzo 2018, n. 7513, cit., 843.
[141] Cass., 17 gennaio 2018, n. 901, cit., 465.
[142] Cass., 27 marzo 2018, n. 7513, cit., 845.
[143] Disposta, invece, da Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 178 ss.

te (lire 78.037.000, e lire 41.508.000, a favore della madre e del padre) a titolo di danni non patrimoniali subiti *iure proprio* dai singoli genitori[144].

Il dato serve a porre in evidenza l'enorme differenza che v'è nella liquidazione del danno biologico dinamico-relazionale del minore rispetto ai danni dinamico-relazionali non biologici patiti dai genitori. Tuttavia v'è da rilevare che tale liquidazione fu effettuata prima che la Cassazione disponesse l'autonoma risarcibilità dei danni dinamico-relazionali (biologici e non biologici) e di quelli morali. Oggi, la liquidazione di questi danni non patrimoniali non potrebbe non tener conto di quanto disposto dalla Cassazione nel celeberrimo "decalogo"[145], anche in virtù dell'esplicito richiamo (contenuto nell'art. 7, comma 4, l. n. 24/2017) agli artt. 138 e 139 cod. ass., così come modificati dalla l. n. 124/2017.

La Suprema Corte, già nella sentenza n. 16754 del 2012, aveva indicato ulteriori specifici elementi che devono essere oggetto di risarcimento. Non aveva limitato il danno non patrimoniale subito dal minore "nato malformato" al solo danno biologico, bensì aveva individuato l'evento dannoso nella lesione della salute «non soltanto nella sua dimensione statica di assenza di malattia, ma come condizione dinamico/funzionale di benessere psico-fisico»[146]. Oltre alla «malformazione in sé considerata», ovvero oltre alla «infermità intesa in senso naturalistico (o secondo i dettami della scienza medica)», il risarcimento deve essere «funzionale ad alleviare sofferenze e infermità, talora prevalenti sul valore della vita stessa», in quanto «il vivere una vita malformata è di per sé una condizione esistenziale di potenziale sofferenza»[147]. Tale posizione si allinea perfettamente alla più recente giurisprudenza della Cassazione che, proprio nel ridefinire lo "statuto" dei danni non patrimoniali, considera i danni dinamico-relazionali, biologici e non, e quelli morali come pregiudizi non patrimoniali «ontologicamente diversi e tutti risarcibili»[148].

La "nascita malformata", quindi, è causa di una "esistenza diversamente abile". Il definire questa figura di danno con riferimento al primo enunciato, piuttosto che al secondo, significa non già voler limitare l'area della risarcibilità ai soli aspetti biologici e "passati" della lesione, ma individuare, con espressione di sintesi, l'evento iniziale che, a sua volta, è causa delle "conseguenze" dan-

[144] Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit., 94.

[145] Cass., 27 marzo 2018, n. 7513, cit., 845.

[146] Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 193.

[147] Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 191 e 178.

[148] Così, Cass., 31 maggio 2018, n. 13770, cit., 456; Cass., 27 marzo 2018, n. 7513, cit., 845; Cass., 17 gennaio 2018, n. 901, cit., 465 ss.; tra le tante, già Cass., 11 ottobre 2013, n. 23147, in *Danno resp.*, 2014, 282; Cass., 22 agosto 2013, n. 19402, *ivi*, 2014, 27 ss.; Cass., 3 ottobre 2013, n. 22585, *ivi*, 2014, 55 s.

nose dinamico-relazionali risarcibili che sono, inevitabilmente, rivolte al presente e al futuro. Quale danno biologico dinamico-relazionale, il risarcimento, oltre a prevedere la distinta ed autonoma riparazione del danno morale, deve avere ad oggetto soprattutto l'esistenza diversamente abile, ovvero «*lo stato funzionale* di infermità, la condizione evolutiva della vita handicappata intese come proiezione dinamica dell'esistenza che non è semplice somma algebrica della vita e dell'*handicap*, ma sintesi di vita ed *handicap*, sintesi generatrice *di una vita handicappata*»[149].

[149] Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., 193 (i corsivi sono nel testo della sentenza).

Gennaro Ferraiuolo[*]

EUROPA DELLE REGIONI *VERSUS* PICCOLE PATRIE

SOMMARIO: 1. Una premessa e qualche domanda. – 2. Delle nozioni *multiformi e porose*. – 3. Il *patriottismo* (e la patria) come valori. – 4. Misurare le patrie. – 5. Oltre il pregiudizio statalista. – 6. Un lessico comune per distinguere.

1. *Una premessa e qualche domanda*

Gli orizzonti dell'*Europa delle Regioni* e quello delle *piccole patrie* sono spesso posti in reciproca tensione. Ne discendono alcuni interrogativi tra loro collegati, per alcuni versi sovrapponibili.

Ci si può chiedere, in primo luogo, se si tratti di prospettive tra loro compatibili oppure inconciliabili e dunque alternative. Detto in altro modo: in Europa – nell'Unione europea – vi è spazio solo per le *regioni* o anche per le *piccole patrie*?

La seconda domanda concerne il rapporto tra i due piani: rispetto ad essi è sotteso un giudizio di valore? Vi è un termine della coppia ineluttabilmente virtuoso – l'Europa delle regioni – a fronte dell'altro – le piccole patrie – cui è ricollegata invece una dinamica degenerativa, potenziale o in atto?

Assumendo la visione dominante sui temi che ci occupano, le domande appena poste risulteranno in larga misura retoriche. Le piccole patrie sono infatti diffusamente e indistintamente percepite quali manifestazioni di egoismo territoriale, incentrate per lo più su rivendicazioni di natura finanziaria; sono ritenute espressione di impulsi disgregativi (quando non tribali e reazionari), contrari al verso naturale della storia[1]. Ne discenderebbe un'insanabile contraddittorietà tra le istanze delle piccole patrie (quando non addirittura tra la loro rivendicazione di esistenza e riconoscimento) e le sorti del processo di integrazione europea, per il quale le prime costituirebbero soltanto una pericolosa minaccia.

Le riflessioni che seguono non sono rivolte (quantomeno non direttamente e categoricamente) a fornire una diversa risposta agli interrogativi formulati,

[*] Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università degli studi di Napoli Federico II.

[1] In tal senso v. F. ABBONDANTE, S. PARISI, S. PRISCO, *Note introduttive*, in *Ritornano le piccole patrie? Autodeterminazione territoriale. Secessioni. Referendum*, a cura di F. Abbondante, S. Parisi, S. Prisco, Napoli, 2020, VIII ss.

sconfessando la lettura *mainstream* cui si è fatto riferimento; più semplicemente, intendono mettere in luce alcune omissioni o fraintendimenti analitici, che potrebbero suggerire, nell'affrontare il tema, il ricorso ad approcci meno netti e generalizzanti.

2. *Delle nozioni multiformi e porose*

Discorrendo di populismo, ci si è riferiti ad esso in termini di categoria «multiforme e porosa»[2]: ben evidenziando, attraverso un ricco itinerario analitico, come sia possibile individuare, muovendosi nel tempo e nello spazio, un «populismo di destra, teso all'autoritarismo e all'etnicismo e […] un populismo di sinistra, che pone l'accento sulle diseguaglianze sociali»[3]; un «populismo della partecipazione» e un «populismo di risultato, finalizzato al raggiungimento di atti decisori, a prescindere dal processo posto in essere»[4]; un «populismo liberista e sovranista» e uno «democratico, plurale, ecologista e sociale»[5]; un populismo che legge il territorio in termini *escludenti e proprietari* e un altro che ne fa invece «il luogo ove esercitare diritti di cittadinanza, senza logiche predatorie ed estrattive»[6].

Multiforme e porosa appare – forse più di quella di populismo, in ragione di una stratificazione analitica particolarmente profonda – l'idea di *patria*; e altrettanto può dirsi per i suoi più noti succedanei – la *nazione* – e per i derivati di entrambi i termini: il *patriottismo* e il *nazionalismo*. Si riscontra allora, anche in questo caso, l'urgenza di uno sforzo teso a pervenire a convenzioni stipulative coerenti, tese a scongiurare usi strumentali dei richiamati concetti che rischiano di condizionare aprioristicamente gli esiti ricostruttivi, minandone l'attendibilità. Uno sforzo che non può che essere condotto in chiave interdisciplinare, nel tentativo – dalla prospettiva giuridica – di restituire «nel mondo del diritto – del diritto costituzionale in ispecie – le costruzioni fattuali»[7] elaborate su altri piani di indagine (nel caso che ci interessa, in primo luogo sul piano sociologico e politologico).

[2] Così A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020, 46. Una idea analoga può ritenersi sottesa alla efficace immagine del *complesso di Cenerentola* utilizzata sempre in riferimento alla variegata fenomenologia populista: proposta da Isaiah Berlin in una conferenza del 1967, essa è stata ripresa in Italia da M. Tarchi, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, Bologna, 2015, 27.

[3] A. Lucarelli, *op. cit.*, 45-46.

[4] Ivi, 90.

[5] Ivi, 99-101.

[6] Ivi, 109.

[7] Cfr. S. Staiano, *Prolegomeni minimi a una ricerca forse necessaria su forma di governo e sistema dei partiti*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2012, 15-16.

3. *Il patriottismo (e la patria) come valori*

Nella direzione indicata, un dato da cui partire può essere rappresentato dalla consistenza valorialmente positiva spesso attribuita al *patriottismo* e dunque – dovrebbe ritenersi – alla patria.

Senza entrare, per ora, sul versante dimensionale (le patrie grandi e le patrie piccoli, i grandi patriottismi e i piccoli patriottismi) i *patrioti* sono ritenuti, in molte autorevoli ricostruzioni, il prezioso e irrinunciabile contraltare dei *nazionalisti*: «la storia insegna che contro il nazionalismo serve poco alzare la bandiera del cosmopolitismo, un ideale nobile che convince la ragione ma non tocca le passioni ed è sempre stato, e sarà sempre, principio di ristrette élites intellettuali». Un siffatto approccio – l'inadeguatezza del cosmopolitismo quale argine del nazionalismo, e la necessità dunque di far leva sul patriottismo per resistervi – è ripreso dagli studi di Maurizio Viroli[8], ma trova in letteratura un riconoscimento ampio (per alcuni versi inatteso), più o meno esplicito, suggerito da molteplici prospettive analitiche[9].

Quando si addentra in una più approfondita considerazione dei concetti in questione, lo stesso Viroli avverte però l'esigenza di operare una serie di distinzioni che paiono attenuare la nettezza dello schema di partenza (nazionalisti *versus* patrioti)[10]: ad una patria *vera*, se ne può infatti contrapporre una (falsa?) dal «significato *prevalentemente* culturale»[11]. In termini analoghi, un «affetto patrio ben concepito» (ricondotto al pensiero di Mazzini a Dante)[12], dovrebbe presupporne uno *mal concepito*; e alla *patria del popolo*, ispirata

[8] Cfr., M. Viroli, *Nazionalisti e patrioti*, Bari-Roma, 2019, 16 ss. e 80 (da cui è ripresa la citazione testuale).

[9] Cfr., ad esempio, D. Rodrik, *The Globalization Paradox. Democracy and the Future of the World Economy,* New York-London, 2011, trad. it. *La globalizzazione intelligente*, Roma-Bari, 2015, 324 (dove si legge: «la costruzione di comunità politiche transnazionali è un progetto di élites globalizzate sintonizzate largamente sulle loro esigenze»); F. Fukuyama, *Identity: The Demand for Dignity and the Politics of Resentment*, London, 2018, trad. it. *Identità. La ricerca della dignità e i nuovi populismi*, Milano, 2019, 106 (che nel contesto del liberalismo rileva come «il principio di riconoscimento universale e paritario si è mutato nello specifico riconoscimento di gruppi particolari»); M. Aime, *Comunità*, Bologna, 2019, 20-21; M. Revelli, *Populismo 2.0*, Torino, 2017, 39 ss.; G. Orsina, *La democrazia del narcisismo. Breve storia dell'antipolitica*, Venezia, 2018, 94; G. Scaccia, *Il territorio tra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista Aic*, n. 3, 2017, 23; P. Bianchi, *Leggende e miti del costituzionalismo globale*, in *Nomos*, n. 3, 2023. In termini più generali, su questi temi, v. ora F. M. De Sanctis, *Nazione e cosmopolitismo*, Bologna, 2023; nonché le tendenze messe in luce già da M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di Diritto costituzionale*, n. 1, 1996, 124 ss.

[10] Peraltro, lo studioso segnala l'incertezza che, nel corso della storia, circonda l'uso dei termini in questione nel linguaggio politico: M. Viroli, *op. cit.*, 68 ss.

[11] Ivi, 13 (mio il corsivo).

[12] Ivi, 31.

dall'ideale dell'eguaglianza dei cittadini, fa da contraltare la *patria dei re*, che nega quell'ideale[13]; in definitiva, vi potrà essere una patria che «agisce male», e pertanto «merita di scomparire», contrapposta a quella che va invece difesa[14].

Allo stesso modo, gli elementi naturalistici non scompaiono mai del tutto dalle visioni ascrivibili al patriottismo: più semplicemente, retrocedono in secondo piano rispetto a quelli volontaristici (orientati, in una dimensione politica, agli ideali di libertà ed eguaglianza)[15], continuando a vivificare, silenziosamente, le *nazioni inviolabili* e i *popoli liberi*[16]: «il "sentimento di nazionalità" non è una costruzione artificiale, ma una genuina passione umana, particolarmente forte fra quei popoli che hanno conquistato tardi la loro indipendenza»[17]. D'altra parte, è diffusa – e autorevolmente prospettata – una duplicità di «modi di considerare la nazione: quello *naturalistico*, che fatalmente sbocca nel razzismo e quello *volontaristico*»[18]; e sullo specifico terreno della dottrina costituzionalistica si è distinto un pensiero *nazionalitario*, dal «respiro umanitario od universalistico», dall'«esclusivismo particolaristico» di un *nazionalismo in senso deteriore*[19]. Va anche segnalato come sia tutt'altro che raro in letteratura una valenza *neutra e descrittiva* dello stesso concetto di nazionalismo, che lo affranca dalla portata degenerativa che gli è comunemente associata[20].

Dai passaggi richiamati, si ricava la complessiva sensazione che sia tutt'altro che infrequente il rischio di imbattersi in una patria dei nazionalisti o in una nazione dei patrioti.

Poco convincenti appaiono peraltro i tentativi di neutralizzare la carica identitaria del patriottismo riducendolo ad una dimensione esclusivamente individuale e procedurale: a ben vedere, finanche la nota restituzione habermasiana del patriottismo costituzionale[21] – a giudizio di molti ascrivibile a una siffatta visione neutralizzata – non rinuncia ad assumere quale presupposto di

[13] Ivi, 36 e 44.

[14] Ivi, 43.

[15] Ivi, 30 ss., spec. 40-43.

[16] Ivi, 47 ss.

[17] Ivi, 70-71.

[18] Così F. Chabod, *L'idea di nazione*, Roma-Bari, 1961 (edizione citata 2011), 68 ss. Agli ideali mazziniani di patriottismo e di nazione si è richiamata anche M.C. Nussbaum, *Political Emotions. Why Love Matters for Justice*, Cambridge, 2013, trad. italiana *Emozioni politiche. Perché l'amore conta per la giustizia*, Bologna, 2014, 252 ss.

[19] Cfr. V. Crisafulli, D. Nocilla, *Nazione*, in *Enc. Dir*, vol. XXVII, Milano, 1977, § 1.

[20] Cfr. F. M. De Sanctis, *op. cit.*, 77 ss.: è quanto si riscontra, come segnala l'autore, specialmente nella letteratura anglosassone (si pensi al fecondo filone di studi del cd. *liberal nationalism*).

[21] Sulla nozione – ascrivibile a Dolf Sternberger oltre che di Jürgen Habermas – cfr. J.W. Müller, *Constitutional Patriotism*, Princeton-Oxford, 2007; sulla concezione di una *repubblica procedurale* v. pure M. Sandel, *Democracy's Discontent*, Cambridge, 1996.

legittimità la «neutralità del diritto rispetto al pluralismo delle diverse comunità etiche», al fine di scongiurare le *usurpazioni di privilegi statali da parte della cultura di maggioranza* che possono compromettere «l'equiparazione delle altre forme di vita»; ciò in regione del fatto che «*una nazione di cittadini* può tenere in vita i suoi istituti di libertà soltanto nella misura in cui riesce a produrre un certo grado di lealismo nei confronti del proprio stato – un lealismo mai giuridicamente coercibile»[22]. La dimensione *culturale* di una *nazione di cittadini*, in particolare nelle interrelazioni che vengono a prodursi tra le *forme di vita* di diverse *comunità etiche*, non è dunque affatto fuori dal discorso di Habermas ma ne rappresenta, piuttosto, una irrinunciabile premessa. Coerentemente con questa idea, chi ha provato a rilanciare il patriottismo (contro il nazionalismo) lo ha fatto sottolineando la necessità di affrancarlo da una dimensione esclusivamente individuale e di attingere anche a quella delle identità collettive: «no podemos ignorar que ser español, o francés, o lituano… tiene una especificidad no fungible que se debe respetar. Si se desprecia esto es una agresión a una *dimensión esencial del sentido de la vida*»[23].

Il *patriottismo* (e la *patria*) rivelano dunque, da una parte, una carica valoriale positiva diffusamente riconosciuta; dall'altra, la persistenza di un contatto con profili di matrice identitaria e collettiva insopprimibile, per quanto attenuato lo si voglia ritenere.

4. *Misurare le patrie*

A questo punto – e si giunge al tema che più direttamente impegna la presente riflessione – la discriminante tra patriottismo *buono* e patriottismo *cattivo* andrebbe rinvenuta sul piano dimensionale: sarebbero le patrie piccole – di-

[22] Cfr. J. Habermas, *Kampf um Anerkennung im Demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main, 1996, trad. italiana *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, in J. Habermas, C. Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, 2010, 94-95, 97 (miei i corsivi). In tema, v. pure Id., *Communication and the Evolution of Society*, Cambridge, 1991, 178; nonché A. Lijphart, *Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration*, New Haven, 1977, 24.

[23] In questi termini si è espresso Joseph Weiler in una intervista rilasciata al quotidiano *La Vanguardia* il 23 febbraio 2019 (*"Millones de europeos ni son fascistas ni idiotas"*): «la visión del patriotismo liberal ha sido abolida muchos años y esta hambre de patriotismo liberal no ha sido satisfecha en los países europeos y ha permitido el auge del nacional-populismo. […] Hemos abolido la palabra patriotismo de nuestro vocabulario político/cultural. Por razones que se pueden entender, incluso celebrar, porque la palabra patriotismo nos hacía pensar en los fascismos previos a la segunda guerra mundial. Por eso, durante décadas en Europa nadie podía llamarse abiertamente patriota porque eso significaba ser un nacionalista». Sul tema l'autore si è soffermato, in sede scientifica, in J. Weiler, *The Normative Dimension of the Three Waves of Judical Review*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2020, 235 ss. (spec. 237).

versamente dalle patrie grandi – ad essere strutturalmente prive del benefico patriottismo. Il tema diviene allora quello relativo alla misurazione delle patrie: quali strumenti andranno a tal fine utilizzati?

La tentazione più immediata sarebbe, evidentemente, di ricorrere ad indicatori di tipo quantitativo, tarati sulla consistenza demografica o territoriale delle patrie. Ma la inadeguatezza di una valutazione condotta su questo piano può essere colta bene attraverso alcune dichiarazioni di Jean-Claude Juncker in una intervista a *El País* del 2017[24], nella fase più intensa delle rivendicazioni dell'indipendentismo catalano. La principale preoccupazione dell'allora Presidente della Commissione era di evitare che nella UE *crescessero i nani*, magari anche in forza di un effetto domino tra separatismi che avrebbe rischiato di portare gli Stati membri, *in quindici anni*, da ventisette a *novantotto*. Al di la della precisione di un siffatto pronostico, sorprende che un simile pericolo sia denunciato dal cittadino di una patria (quantitativamente) piccolissima: il Lussemburgo, con i suoi 530 mila abitanti, ha una consistenza demografica pari all'8 per cento dei residenti in Catalogna; quest'ultima, limitando lo sguardo agli Stati membri della UE, ha una popolazione più ampia di quella di Bulgaria, Danimarca, Slovacchia, Finlandia, Irlanda, Croazia, Lituania, Slovenia, Lettonia, Estonia, Cipro e Malta (oltre che del Lussemburgo).

Il discorso di Juncker è, dal canto suo, pienamente coerente con la cd. dottrina Prodi-Barroso relativa ai movimenti separatisti interni alla UE: l'azione pacifica degli indipendentisti catalani, europeisti e già cittadini europei, se raggiungesse i propri obiettivi condurrebbe all'automatica estromissione del nuovo Stato dall'Unione. Così, non solo si è ritenuto di non dover intervenire per mediare quel conflitto politico-territoriale nella sua fase più tesa, in quanto ritenuto questione tutta interna allo Stato spagnolo, ma il Parlamento europeo ha anche rigettato la semplice proposta di realizzare un dibattito sul tema avanzata da un gruppo parlamentare[25].

Si tratta di un atteggiamento che, da un lato, rivela come la difesa della sovranità degli Stati membri sia ancora centrale nella costruzione dell'edificio europeo, non essendosi avviata una reale *messa in discussione* della stessa, secondo la prospettiva indicata oramai da oltre vent'anni da una nota opera

[24] Cfr. *Juncker: "Si dejamos que Cataluña se independice, también lo harán otros"*, *El País*, 13 ottobre 2017.

[25] Si tratta della proposta del gruppo Verdi/ALE de 21 ottobre 2019, intesa a celebrare un dibattito sulla condanna dei dirigenti politici e sociali dell'indipendentismo catalano. Il Parlamento europeo ha rigettato l'iniziativa con 299 voti contrari (118 i favorevoli, 21 le astensioni).

di Neil MacCormick[26]; dall'altro, come il criterio quantitativo di misurazione della patria sia, nei termini suggeriti, del tutto inservibile.

Muovendo da questo secondo assunto, si giunge agevolmente alla identificazione del metro (che è metro qualitativo) che divide le patrie grandi dalle piccole comunemente utilizzato, per quanto in maniera sottintesa e non dichiarata: si è giganti o *nani* in ragione del fatto che la patria sia o meno personificata da una struttura statale già consolidata. Così, solo le nazioni-Stato potranno essere portatrici del virtuoso patriottismo; le nazioni senza Stato – le piccole patrie, appunto – andranno meccanicamente ascritte al campo del pericoloso nazionalismo.

5. *Oltre il pregiudizio statalista*

Una simile impostazione può essere valutata criticamente ricorrendo ad alcuni fondamentali studi di ambito sociologico dedicati al nazionalismo.

Michael Billig, ad esempio, evidenzia in maniera esemplare la portata fuorviante della dicotomia tra un patriottismo inteso quale prerogativa del *club* esclusivo degli Stati-nazione e il nazionalismo degli altri[27]. Anche Benedict Anderson, partendo da una *evidente realtà* («la "fine del nazionalismo", così a lungo profetizzata, non è minimamente in vista. Anzi la "nazion-ità" è il valore più universalmente legittimato nella vita politica del nostro tempo»)[28] costruisce un approccio laico allo studio delle nazioni e dei nazionalismi. Questi sono assunti nella loro *artificialità*, senza che a tale formula sia attribuita alcuna portata valutativa: le nazioni – tutte le nazioni, anche quelle che poggiano sulla

[26] Il riferimento è a N. MacCormick, *Questioning Sovereignity. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, 1999, trad. it. *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*, Bologna, 2003, 32 ss.: ad avviso dell'autore, nel contesto europeo «le scelte inerenti alle rivendicazioni di nazioni tra loro differenti possono cessare di caratterizzarsi come scelte tra pretese antagonistiche alla statualità sovrana su territori e popolazioni oggetto di contesa. Possono trasformarsi in scelte nel campo dell'allocazione di livelli di autorità politica nell'ambito di un *commonwealth* transnazionale, che comprende molte nazionalità e molte tradizioni o aggregazioni culturali. […] Il riconoscimento di una identità cesserà di imporre necessariamente il prezzo della negazione di un'altra identità». Nello stesso senso, più di recente e con specifico riferimento alle vicende catalane, cfr. N. Krish, *Catalonia's Independence: A Reply to Joseph Weiler*, in *www.ejiltalk.org*, 18 gennaio 2013; [https://www.ejiltalk.org/catalonias-indepence-a-reply-to-joseph-weiler/]; E. Albertí Rovira, *Intervento*, in L. Cappuccio, G. Ferraiuolo (a cura di), *Il futuro politico della Catalogna*, in *Federalismi.it*, n. 22, 2014, 57 ss.

[27] Cfr. M. Billig, *Banal Nationalism*, London, 1995, trad. italiana *Nazionalismo banale*, Soveria Mannelli, 2018, *passim* (spec. 105).

[28] B. Anderson, *Imagined Communities. Reflection on the Origin and Spread of Nationalism*, London-New York, 1983, trad. italiana *Comunità immaginate. Origini e fortuna dei nazionalismi*, Roma, 1996, 22.

forza di uno Stato – sono *manufatti culturali* frutto della creazione umana[29]; non vi è dunque alcuna pretesa di distinguere i nazionalismi *veri* da quelli *falsi*, le nazioni *autentiche* da quelle *immaginate*[30]. È su questi presupposti analitici che anzi Anderson, nella parte conclusiva del suo lavoro, invita a superare uno dei più radicati *pregiudizi* relativi ai temi indagati: alla rappresentazione delle piccole patrie diffusamente offerta, l'Autore contrappone la denuncia di un *linguaggio della frammentazione* dietro cui «si nasconde sempre un conservatorismo che ama immaginarsi che ogni *status quo* sia graziosamente normale»[31]; un conservatorismo che alimenta l'ideologia dei *grandi paesi* collocati sempre «dalla parte del progresso e della pace, mentre i loro avversari starebbero dalla parte del "meschino" nazionalismo»[32].

Condividendo l'approccio suggerito da Billig e Anderson, ai fini della misurazione delle patrie dovrebbe essere messo da parte il criterio statalista: d'altra parte la storia mostra come le più tragiche degenerazioni nazionalistiche siano il prodotto di pretese egemoniche di soggetti statuali. La valutazione dovrà mantenersi sul piano qualitativo, seguendo però altre strade. Si potrebbe in tal senso valorizzare la distinzione tra nazionalismo *organico* (o *naturalistico*) e nazionalismo *civico* (o *volontaristico*): in relazione ad essa convince l'idea che tutti i nazionalismi siano in realtà connotati elementi tanto del primo tipo (simboli, lingua, tradizioni, cultura, etnia) quanto del secondo; ciò che varia in ogni singola esperienza storica è il dosaggio e il rilievo delle due componenti, ma l'una non annullerà mai del tutto l'altra[33]. È evidente che quanto più un

[29] Ivi, 23 s.

[30] Ivi, 23. Diversamente, F. Abbondante, S. Parisi, S. Prisco, *op. cit.*, VII si richiamano al pensiero dello studioso (e di Hobsbawm) per ascrivere il carattere *immaginato* ai movimenti indipendentisti (che evidentemente reclamano uno Stato): sono essi che, «allo scopo di legittimarsi riscoprono, "inventano", ovvero quantomeno enfatizzano, antiche radici differenziate di ordine linguistico-culturale, funzionalizzate in concreto al sostegno delle dette dinamiche separatiste: le "tradizioni inventate" di un'opera di Hobsbawm, che celebrano in questo caso "comunità immaginate", nel senso di Anderson».

[31] B. Anderson, *op. cit.*, 219.

[32] Ivi, 221.

[33] Cfr. J. Cagiao y Conde, *Micronacionalismos. ¿No seremos todos nacionalistas?*, Madrid, 2018, 19-21; R. Máiz, *Nacionalismo y federalismo. Una aproximación desde la teoría política*, Madrid, 2018, 91 ss.; A. Cirulli, *Etnoregionalismi*, Milano, 2019, 63-66; F. M. De Sanctis, *op. cit.*, 56-57. Diversamente, in alcune analisi il concetto di nazionalismo è interamente schiacciato sulle componenti organiche e, dunque, su una dimensione naturale: così, ad esempio, nella già richiamata ricostruzione di M. Viroli, *op. cit.*, 4 ss., che definisce il nazionalismo attraverso il richiamo, in particolare, alle posizioni di Herder, definendolo in termini di «linguaggio che esalta l'omogeneità culturale o etnica» (78). La figura di Johann Gottfried von Herder è richiamata in senso diverso, valorizzando la matrice illuminista del suo pensiero, da F. Fukuyama, *op. cit.*, 75-77: «Herder condivideva molti punti di vista dell'illuminismo kantiano sull'uguaglianza dell'umanità […]. afferma chiaramente che esiste una sola specie umana, e attacca altri autori

nazionalismo si strutturerà su basi organiche, tanto più si verrà caratterizzando in senso escludente, con il rischio di assumere una portata incompatibile con i principi del costituzionalismo democratico; per converso, la prevalenza delle componenti civico-volontaristiche ne enfatizzerà la portata aperta ed inclusiva.

Volendo lasciare il piano teorico, è possibile prospettare alcuni esempi in cui una *piccola patria senza Stato* sembra incarnare chiaramente una visione di nazione più inclusiva e aperta rispetto alla *grande patria statuale* con cui è in tensione.

Si raffrontino, ad esempio, due diverse concettualizzazioni della idea nazionale nella Spagna della transizione democratica: da una parte, quella del *è catalano chi vive e lavora in Catalogna* (ascrivibile a Jordi Pujol, leader storico della destra conservatrice catalanista)[34]; dall'altra, quella del *sangue nazionale che circola per la Spagna tutta*, prospettata in uno dei primi commenti all'art. 2 della Costituzione spagnola del 1978, in termini polemici rispetto ad una disposizione – qualificata come «singular precepto» dalla «alambicada redacción»[35] – che, dalla prospettiva dei nazionalismi periferici, doveva rappresentare un fondamentale passo verso l'affermazione di una Spagna democratica intesa quale *nazione di nazioni*, di «un nuovo modello di Stato, non più vincolato al concetto di nazione unica»[36]. È sin troppo evidente quale delle due visioni nazionalistiche – *vita e lavoro* versus *sangue* – sia maggiormente permeata di connotazioni di segno organicista e, dunque, potenzialmente reazionarie ed escludenti, in un contesto in cui il catalanismo politico rappresentava peraltro uno dei fronti di resistenza al regime franchista. E, a proposito di grandi patrie, non è forse privo di rilevo ricordare in questa sede come la *Grandeza de España* rappresenti la massima dignità riconosciuta ai titoli nobiliari, che tro-

che hanno cercato di fissare gerarchie tra le parti del mondo. Mostra pietà per le sofferenze degli africani e sostiene che le culture possano essere misurate in base al trattamento che riservano alle donne. […] A differenza di Hegel, che si limita a ignorare l'Africa come irrilevante per la storia umana, Herder sviluppa una visione simpatetica verso le culture extraeuropee. Come un odierno antropologo culturale, è più interessato a descrivere che a valutare i popoli».

[34] Cfr. J. Pujol, *La immigració, problema i esperança de Catalunya*, Barcelona, 1976, 69-70. Sul punto v. G.C. Cattini, *Chi è catalano? Storia di un dibattito sull'integrazione nella società catalana*, in *La nazione catalana. Storia, lingua, politica, costituzione nella prospettiva plurinazionale*, a cura di J. Cagiao y Conde, G. Ferraiuolo, P. Rigobon, Napoli, 2018, 126 ss.

[35] Ó. Alzaga Villaamil, *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1978, 97 ss.

[36] J. Solé Tura, *Nacionalidades y nacionalismos en España. Autonomías, federalismo, autodeterminación*, Madrid, 1985, trad. italiana *Nazionalità e nazionalismo in Spagna. Autonomie, federalismo e autodeterminazione*, Napoli, 2016, 88; in senso analogo F. Rubio Llorente, *Defectos de forma*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 100, 2014, 161-163 (spec. nota 45); nonché A. Romano, *Constituent power and Independence processes: problems and perspectives in the light of the Catalan experience*, in *Revista de estudis autonòmics i federals*, n. 29, 2018, 53 ss.

vano copertura nell'art. 62 della Costituzione spagnola: tra questi vi è (ancora oggi) quello di *Duque de Franco*, istituito nel 1975[37]; il 31 maggio 2018, il ministro della Giustizia ha disposto la «sucesión en el título de Duque de Franco, con Grandeza de España, a favor de doña María del Carmen Martínez-Bordiú Franco»[38].

Nella medesima prospettiva possono ricordarsi le polemiche suscitate nel Regno Unito dalla proposta di costruzione del *muro di Calais*, voluto dal Primo ministro britannico Theresa May per contenere l'arrivo dei migranti: durante i dibattiti alla Camera dei comuni, le più dure critiche al progetto – una frontiera assunta in tutta la sua fisicità – furono mosse dal capogruppo dello *Scottish National Party*, ovvero da un nazionalista-indipendentista senza Stato[39]. Sullo stesso tema, si può richiamare la posizione delle istituzioni catalane (guidate da una maggioranza di forze indipendentiste) in ordine all'accoglienza dei profughi siriani, in contrapposizione al mancato rispetto delle quote da parte del Governo spagnolo[40]. La *Brexit*, infine, dovrebbe aver reso incontestabile come il nazionalismo scozzese (le cui responsabilità, al tempo del referendum indipendentista del 2014, furono paragonate addirittura a quelle che avevano condotto alla Prima guerra mondiale)[41] presenti un'apertura alla prospettiva dell'integrazione europea maggiore di quella del nazionalismo dello Stato da cui aspirerebbe ad emanciparsi[42]: in questa chiave, un referendum indipendentista può divenire strumento teso a sostenere il processo di integrazione europea, uno strumento di resistenza nei confronti delle forze che intendono metterlo in discussione.

6. *Un lessico comune per distinguere*

Se quello di distinguere è uno dei principali compiti del giurista, di fronte a concetti come *patria* e *nazione* (e *patriottismo* e *nazionalismo*) siffatta operazione – come si è cercato di mostrare – può risultare non agevole e meccanica.

Osservando l'ascesa in Italia della rivendicazione leghista, non è mancato tra i costituzionalisti chi abbia ritenuto di evidenziare che se i movimenti cata-

[37] Decreto n. 3028 del 1975, in *Boletín Oficial del Estado*, n. 285 del 27 novembre.

[38] Il provvedimento è pubblicato in *Boletín Oficial del Estado*, n. 161 del 4 luglio 2018 (67519).

[39] Cfr. *U.K.: Work to begin on France wall to stop Channel migrants*, *www.cbsnews.com*, 7 settembre 2016 [http://www.cbsnews.com/news/uk-france-wall-stop-chunnel-migrants/].

[40] Cfr. *Migranti, la lezione della Catalogna*, in *L'Espresso*, 29 giugno 2015.

[41] Si veda l'articolo di Enrico Letta *Se la Scozia ci ricorda l'attentato di Sarajevo*, pubblicato sul *Corriere della sera* del 16 settembre 2014.

[42] In merito, si rinvia alle più ampie considerazioni svolte in G. Ferraiuolo, *I nazionalismi periferici dopo la Brexit*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2016.

lani e baschi hanno «evidenti ragioni storiche, etniche, linguistiche e culturali per rivendicare una nazione catalana o una nazione basca separate, invece i movimenti separatisti della Padania possono basarsi esclusivamente sul malessere economico»[43]; o che «la cosiddetta Padania non ha nulla da spartire con la Scozia o il Québec»[44]. Innanzi ad affermazioni così autorevoli, occorrerebbe forse uno sforzo analitico teso a individuare i criteri mediante i quali distinguere le patrie (e i progetti politici che le sostengono) in *grandi* e *piccole*, definendo – almeno in ambito scientifico – convenzioni stipulativo-lessicali che scongiurino sovrapposizioni fuorvianti e strumentalizzazioni.

Si tratterebbe – per riprendere lo scrittore Foster Wallace – di disattivare quella *modalità predefinita*[45] indotta dal pregiudizio statalista, che porta a considerare ineluttabilmente piccole le nazioni senza Stato (*perché* senza Stato), assumendole spesso quali antagoniste della democrazia e assai di rado quale manifestazione del pluralismo democratico, meritevole di forme adeguate di accomodamento. Sarebbe opportuno, detto in altri termini, raccogliere l'invito di Micheal Billig ad assumere consapevolezza dei pervasivi schemi attraverso cui il *nazionalismo banale* degli Stati consolidati condiziona le analisi condotte nei vari campi delle scienze sociali[46]: indicazione di metodo utile ai fini di un più articolato inquadramento delle nazioni senza Stato (usualmente degradate a piccole patrie), anche nelle intersezioni che si determinano tra le stesse e il processo di integrazione europea.

[43] Si tratta della posizione di Augusto Barbera, espressa in A. Barbera, G. Miglio, *Federalismo e secessione. Un dialogo*, Milano, 1997, 142.

[44] L. Paladin, *I «principi fondamentali» della Costituzione repubblicana: una prospettiva storica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, ora in Id., *Saggi di Storia costituzionale*, Bologna, 2008, 177.

[45] Si veda il discorso tenuto dallo scrittore al Kenyon College il 21 maggio 2005, che può essere letto, nella traduzione italiana, in D. Foster Wallace, *Questa è l'acqua*, Torino, 2017, 140 ss.

[46] Cfr. M. Billig, *Banal Nationalism*, cit., 234-238.

Giuseppe Franco Ferrari[*]

GLI ENTI INTERMEDI NEL DIRITTO DEGLI ENTI LOCALI IN EUROPA: TENDENZE RECENTI[**]

SOMMARIO: 1. L'ordinamento italiano e i trends europei. – 2. Il caso francese. – 3. Il governo locale britannico. – 4. Il caso tedesco. – 5. L'ordinamento spagnolo. – 6. Il caso olandese.

1. *L'ordinamento italiano e i trends europei*

L'ordinamento italiano degli enti locali, almeno in età repubblicana, non ha mai guardato con curiosità emulativa ai sistemi stranieri. La sensibilità con cui la dottrina, in epoca liberale, si accostava alle esperienze di ordinamenti come quelli francese, britannico e tedesco, testimoniata dalla biblioteca Brunialti e confermata da non poche relazioni di accompagnamento a disegni di legge, è in parte venuta meno. Ma soprattutto il legislatore non si è quasi mai mosso in consonanza con indirizzi evolutivi desumibili da altri Paesi europei, vicini per esigenze funzionali e per interessi comunitari.

Negli anni '70, quando il sistema inglese[1] dava un esempio di capacità aggregativa degli enti locali, mettendo fine a ritagli territoriali storici, alla ricerca di dimensioni ottimali per i servizi alla persona e per quelli bisognosi di ambiti spaziali più ampi, e quello francese dava inizio alle politiche di *intercommunalité* per superare la polverizzazione storica[2], l'ordinamento italiano difendeva la frammentazione tradizionale, tutelata dalla copertura costituzionale e solo negli anni '90 perveniva a timidi tentativi di incentivazione delle unioni di Comuni. All'inizio del nuovo millennio, mentre pressoché tutti i sistemi europei cercavano la semplificazione nei rapporti tra i diversi livelli di governo, anche per la necessità di facilitare l'accesso a fondi comunitari, la revisione costituzionale del 2001 introduceva una complicata disciplina delle ricadute sugli enti locali della legislazione statale e di quella regionale, con l'introduzione di meccanismi di tipo ascensionale/descensionale delle funzioni amministrative, non certo destinati a facilitare la chiarezza del riparto di competenze. Nella

[*] Emerito di Diritto Costituzionale presso l'Università Bocconi di Milano.

[**] Questo scritto è stato presentato con il titolo *Gli Enti intermedi nel diritto degli enti locali in Europa: tendenze recenti* al convegno di Milano, Le città metropolitane a 10 anni dalla loro istituzione, 8 aprile 2024.

[1] Con il Local Government Act 1972.

[2] Con la cosiddetta loi Marcellin, No. 1971-588, del 16 luglio 1971 e con il Rapport Guichard del 1975.

seconda decade del millennio, mentre la Spagna attrezzava organizzativamente le Province per rafforzarne la capacità di procurarsi finanziamenti europei e la Francia rafforzava i Dipartimenti, l'Italia depotenziava le Province[3], sottraendo loro la natura direttamente elettiva, in dubbia conformità al dato costituzionale[4] ma in dichiarata conformità ad esigenze finanziarie di matrice europea, e sottraendo loro funzioni, salvo poi, nelle successive discipline dei contratti pubblici[5], qualificarle come centrali di committenza per gli appalti degli enti locali.

Il disallineamento da linee di tendenza europee, quando non globali, rende forse apparentemente poco utile uno sguardo comparato ad esperienze straniere, in particolare con riguardo agli enti di secondo livello. Tuttavia, anche la conferma della eccentricità dell'evoluzione del modello italiano rispetto alle maggiori realtà ordinamentali europee può rivestire una certa importanza, in un contesto in cui le convergenze a livello globale prevalgono sulle divergenze. In tale prospettiva, non viene mai meno la speranza che il legislatore italiano si ravveda, optando per un assetto degli enti locali più vicino agli sviluppi più diffusi nel mondo occidentale.

2. *Il caso francese*

Qualche indicazione può ricavarsi anzi tutto dal sistema francese, che negli ultimi venti anni è stato più volte significativamente ritoccato per adeguarsi alle non poche situazioni di crisi globale manifestatesi in successione[6].

[3] Con la L. 7 aprile 2014, n. 56, detta "Delrio".

[4] Peraltro la Corte costituzionale ha espresso opinione favorevole con sent. n. 50 del 24 marzo 2015, in Giur. cost. 2015, 2, con note di S. Bartole, *Legislatore statale e Corte costituzionale alla ricerca della città metropolitana*, ivi, 456 e ss.; G.C. De Martin e M. Di Folco, *L'emarginazione del principio autonomistico e lo svuotamento delle garanzie costituzionali per le istituzioni provinciali in una sentenza "politica"*, ivi, 463 e ss.; G. Serges, *L'istituzione delle Città metropolitane, le clausole legislative di autoqualificazione e l'elettività "indiretta" degli organi istituzionali (a margine della sent. N. 50 del 2015)*, ivi, 472 e ss.

[5] La disciplina di riferimento è attualmente contenuta agli artt. 62 e 63 del d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36 e al suo Allegato II.4, sulla qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza.

[6] La letteratura sul tema è molto ampia: cfr. ad es. J.-B. Auby, *La riforma dell'amministrazione territoriale in Francia, Amministrare*, 2003, 2, 173 e ss.; L. vandelli, *Le collettività territoriali nella riforma costituzionale francese: verso un superamento dell'uniformità, Amministrare*, 2003, 2, 301 e ss.; y. Gaudemet, O. Gohim (dir.), *La République décrentralisée*, Paris, 2004; M. Calamo Specchia, *Un nuovo "regionalismo" in Europa. Il decentramento territoriale della Repubblica francese*, Milano, 2004; M. Mazza, *Decentramento e riforma delle autonomie territoriali in Francia*, Torino, 2004; G. Pavani, *Gli enti territoriali francesi: dall'accentramento napoleonico alle recenti riforme costituzionali*, in G. Pavani, L. Pegoraro, *Municipi d'Occidente. Il governo locale in Europa e nelle Americhe*, Roma, 2006; B. Poujade, *L'area metropolitana come ulteriore livello*

A partire dalla revisione costituzionale del 2003[7], e forse a ben vedere dagli anni '90, la successione di interventi legislativi e di studi preparatori è stata incessante, coinvolgendo praticamente tutti i livelli di governo locale.

Il Dipartimento è stato in realtà l'autorità locale forse meno incisa da questo infaticabile lavorio. È vero, infatti, che la sua collocazione a livello intermedio tra le comunità comunali e le Regioni, rafforzate a più riprese in termini di rappresentatività e funzioni, ne faceva in certo modo la vittima ideale di disegni semplificatori; ma non si può dimenticare che, pur temperata dagli organi elettivi, l'ingombrante presenza del Prefetto, terminale del potere statale e promotore di ufficio di molte forme di razionalizzazione comunale, fungeva e continua a fungere da scudo protettivo. In effetti la proposta della Commissione Balladur nel 2009, di procedere ad un accorpamento dei Dipartimenti, dopo che si era discusso durante i suoi lavori anche di una loro soppressione, non ebbe alcun seguito.

La legge di riforma delle collettività locali del 2010[8] (loi RCT) ha peraltro introdotto altre rilevanti novità concernenti il livello dipartimentale. Anzi tutto, la modifica del sistema elettorale in senso maggioritario, con doppio turno, suscettibile di semplificare la rappresentanza e di renderla omogenea a quella delle elezioni parlamentari e presidenziali; in secondo luogo, l'abrogazione della clausola di competenza generale dei Dipartimenti (e delle Regioni), mirante a definire con precisione le funzioni di ciascuna istanza di governo locale e ad agevolare deleghe e trasferimenti dal centro e tra livelli diversi di governo locale; infine, l'istituzione delle Métropoles, ulteriori aggregazioni urbane con più di 500.000 abitanti, elemento di crescente complessità in un disegno istituzionale già molto articolato, definite Établissements publics de coopération intercommunale (EPCI). Quest'ultima innovazione subisce un'accelerazione, benché in forma diversa, dopo l'elezione del Presidente Holland nel 2012, con la legge MAPTAM[9]: le Metropoli, costituite talune direttamente per decreto oppure a richiesta di due terzi dei Comuni interessati che rappresentino almeno la metà della relativa popolazione e includano un capoluogo regionale, svolgono le funzioni in precedenza proprie degli EPCI, ma possono ricevere altre attribuzioni per delega correlata di risorse tanto dalle Regioni

di governo, in G.F. Ferrari, P. Galeone, *Città a confronto. Le istituzioni metropolitane nei paesi occidentali*, Bologna, 2010, 101 e ss.; S. Lamouroux, *La réforme des collectivités territoriales et le Conseil constitutionnel: ombres et lumières, RFDC*, 2012, 1 ss.; J.-M. Pontier, *La décentralisation française. Évolution et perspectives, Issy-le Moulineaux*, 2016 e da ultimo G.C. Ricciardi, *Territorio e governo locale. L'esperienza francese tra uniformità e differenziazione*, Torino, 2022.

[7] Loi con. No. 2003-276, del 28 marzo 2003.

[8] Loi No. 2010-1563, del 16 dicembre 2010.

[9] Loi No. 2014-58, del 27 gennaio 2014.

quanto dai Dipartimenti. La loro creazione ha indotto quindi una asimmetria funzionale nei Dipartimenti, oltre che nei nuovi governi metropolitani. Se si aggiunge la asimmetria possibilmente generata dalle autorizzazioni alla deroga di leggi o regolamenti nazionali prevista dall'art. 72, comma 4, della Costituzione nel testo del 2003 e destinate ad essere disciplinate da *loi organique*, è lecita la conclusione che gli enti intermedi stanno venendo progressivamente organizzati in forma disomogenea, con sostanziale abbandono delle rigorose eguaglianza funzionale e omogeneità organizzativa che costituivano l'anima del sistema nella sua struttura prima rivoluzionaria, poi liberale e infine, almeno fino al 1982, costituzionale. D'altronde la revisione del 2003 ha confermato l'indivisibilità della Repubblica ma le ha affiancato la decentralizzazione organizzativa, evidentemente interpretabile come eventualmente asimmetrica.

Il cantiere riorganizzativo è proseguito poi con l'aggregazione delle Regioni, dettata da motivi principalmente di contenimento della spesa e di semplificazione, nel 2015[10]: il nuovo ritaglio, dettato imperativamente senza coinvolgimento delle popolazioni interessate, è stato seguito dal dimensionamento funzionale. È seguito di lì a poco un ulteriore riordino organizzativo con la loi NOTRe[11], elaborata da una commissione paritetica delle due Camere: la sua innovazione più importante è l'eliminazione della clausola di competenza generale di Regioni e Dipartimenti, che pareva invece confermata dalla legge MAPTAM solo due anni prima. Lo scopo di questa misura, decisamente singolare in una prospettiva autonomistica, pare essere stato quello di mettere fine a contenziosi che finivano col dover venire risolti dal giudice amministrativo, insieme ad una esigenza di semplificazione del disegno competenziale. Dal punto di vista dipartimentale, è andata perduta a favore delle Regioni, rafforzate in materia di sviluppo economico del territorio, la materia trasporto pubblico, insieme con la titolarità di parte del demanio stradale ritenuto di interesse regionale. In compenso, è stato rafforzato il ruolo prefettizio di impulso e coordinamento degli Établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), la cui soglia minima è stata elevata da 5.000 a 15.000 abitanti. Per converso, alcune competenze nell'area dei servizi sociali sono state spostate dai Dipartimenti alle Metropoli.

Pressoché in contemporanea, la loi 2015-292[12] ha imposto una forte accelerazione al processo di aggregazione dei Comuni, sempre a guida prefettizia ma con marcato coinvolgimento degli organi politici e delle popolazioni coinvolte,

[10] Loi No. 2015-29 del 16 gennaio 2015.

[11] Loi No. 2015-991 del 7 agosto 2015, intitolata Nouvelle Organisation Territoriale de la République.

[12] Del 16 marzo 2015.

e con salvaguardia di parte delle prerogative delle entità inserite nella fusione mediante forme di delega verso il basso. L'incessante lavorio su questo versante è proseguito con altri interventi legislativi tra 2016 e 2019[13], alla ricerca di un equilibrio stabile tra i Communes nouvelles e quelli soppressi e della disciplina della *intercommunalité*[14].

La Presidenza Macron, anche a seguito delle diffuse contestazioni promosse dal movimento *dei gilets jaunes*, ha promosso un dibattito ampiamente partecipato sul governo locale, suggellato da un dossier del Consiglio di Stato[15]. Il risultato è stato l'approvazione della *loi organique* 2021-467[16], che ha semplificato i procedimenti di sperimentazione nelle collettività territoriali, alleggerendo il controllo governativo e trasformandolo in impugnativa *ex post* avanti il giudice amministrativo, nonché della loi 2022-217[17]. Quest'ultimo testo normativo, di estrema lunghezza e complessità, mira con estrema chiarezza a promuovere un processo di differenziazione, in particolare nel quadro competenziale di Dipartimenti e Regioni, con attribuzione di funzioni facoltative a vari livelli di governo e con movimenti verticali di servizi e funzioni secondo la logica della sussidiarietà. Si parla di progetto 3Ds per identificare simbolicamente gli obiettivi di queste misure legislative in *différénciacion*, *décentralisation*, *déconcentration*. Il sistema della distribuzione di competenze accentua così la sua articolazione, apre massicciamente alla sperimentazione e alla asimmetria, tutte prerogative assai lontane dal suo dato genetico.

È difficile, a valle di una ricca serie di riforme, talune marginali ed altre più incisive, valutare se il profilo del Dipartimento, ente locale intermedio, sia uscito sminuito o rafforzato, tra Metropoli asimmetriche, forme molteplici di cooperazione intercomunale, sviluppo e consolidamento delle Regioni. Il Rapporto Balladur era giunto vicino a pensare ad una abolizione, se non secca almeno diluita nel tempo, dei Dipartimenti. Tuttavia, il loro carattere di presidio statale sul territorio, pur attenuato sin dal 1982, quando la loi Deferre aveva sottratto al Prefetto il visto di esecutività delle delibere, sembra ostacolare questa mossa estrema. Rimane il fatto che gli interventi normativi degli ultimi quindici anni sono stati concepiti e mandati ad effetto essenzialmente nella prospettiva funzionale, nello sforzo incessante di allocare i com-

[13] Cfr. infatti le *lois* No. 2016-1500, dell'8 novembre 2016 e 2019-209, dell'1 agosto 2019.

[14] Su cui in particolare la loi 2019-1461, del 27 dicembre 2019, detta di Engagement et Proximité.

[15] Les experimentations: comment innover dans la conduite des politiques publics, 3 ottobre 2019.

[16] Del 19 aprile 2021, su cui la pronuncia favorevole del Conseil constitutionnel 2021-816 del 15 aprile 2021.

[17] Del 21 febbraio 2022.

piti sempre più complessi dei poteri pubblici in dimensioni ottimali. Sotto questo profilo i Dipartimenti hanno perso solo poche competenze, mentre mantengono una notevole visibilità, radicata per ragioni storiche, da parte dell'opinione pubblica. L'accorpamento delle Regioni, con il quasi dimezzamento del loro numero, gioca inoltre a loro favore, rendendo più utile, e forse necessario, il ruolo dell'ente intermedio.

3. *Il governo locale britannico*

Il governo locale del Regno Unito ha subito alcune importanti modificazioni negli ultimi quindici anni circa, ma tutte si riferiscono in modo sostanzialmente paritetico ad entrambi i livelli della sua articolazione inglese, distretti e contee[18].

La prima e più innovativa misura da menzionare è il Localism Act 2011[19], la cui portata è senza esagerazione rivoluzionaria. Esso infatti pone fine allo storico principio della rigorosa limitazione delle competenze delle autorità locali ai compiti assegnati per legge, tipico del *self-government*, come rilevò già Gneist[20] nella seconda metà dell'800, con l'effetto di vincolare il controllo giudiziale dell'operato delle istanze locali di governo a una rigorosa attenzione verso iniziative *ultra vires*. Ora questo dogma viene rovesciato e alle autorità locali viene riconosciuto un *general power of competence*, ovvero la piena facoltà di porre in essere atti e comportamenti concessi in via normale alla persona fisica o morale, ad inclusione di quelle "*for a commercial purpose*", anche a mezzo di costituzione di società, purché a beneficio della stessa autorità o delle persone residenti o comunque presenti sul suo territorio, implichino esse o meno addebiti in denaro (secs. 1 e 2). Resta tuttavia precluso utilizzare questa clausola per alterare o mettere fine a soluzioni organizzative adottate sulla base dei precedenti Local Government Acts. Al Segretario di Stato (sec. 5) è concesso di apportare modifiche a discipline speciali anteriori per coordinarle con la clausola generale; per converso, gli è data la possibilità di apporre condizioni all'operato delle autorità locali, in via generale o individualmente, con lo strumento dell'*order*, sempre che le disposizioni di quest'ultimo siano proporzionate all'obiettivo di *policy* da garantire, rispettino l'equilibrio tra l'interesse pubblico e gli interessi dei desti-

[18] J. Chandler, *Explaining local government. Local government in Britain since 1800*, Manchester, Press, 2013; C. Copus, M. Roberts, R. Wall, *Local Government in England: Centralisation, Autonomy and Control*, London, Palgrave Macmillan, 2017.

[19] Ch. 20, 15th November 2011.

[20] R. Gneist, *Selbstverwaltung Kommunalverfassung und Verwaltungsgerichte* in England, Berlin, 1871.

natari della misura in questione, non rimuova le necessarie tutele, non limiti l'esercizio di diritti già in corso di fruizione o la ragionevole aspettativa della sua prosecuzione, non abbia rilievo costituzionale (sec. 6). L'intervento ministeriale è comunque subordinato ad appropriate fasi di consultazione (sec. 7). Come sempre, un linguaggio piuttosto fedele alle tradizionali categorie concettuali, come la *legitimate expectation*, viene utilizzato per introdurre o ribadire figure nuove, quali il principio di proporzionalità. Il nucleo della nuova disciplina è comunque rappresentato da una sorta di trasfigurazione del *self-government* in autonomia vera e propria.

Siffatta linea di tendenza pare confermata da numerose altre previsioni del Localism Act. Ad esempio, il Segretario di Stato, previo adeguato contraddittorio, può trasferire una data funzione da un'autorità ad altra, se la devoluzione sia idonea a promuovere sviluppo economico o creazione di ricchezza o ad accrescere la responsabilità verso gli elettori (sec. 15). La modalità dello spostamento di competenza sono autoritative ma lo scopo è certamente quello di avvicinare il servizio o la funzione alla comunità che ne fruisce. Nella stessa logica, qualunque Ministro può delegare ad autorità locali competenze aggiuntive, dopo le consultazioni ritenute opportune (sec. 16). Entrambe queste facoltà ministeriali possono derivare da proposte locali (sec. 18). Anche le asimmetrie entrano in questo modo nel sistema di governo locale.

Altre importanti innovazioni concernenti l'evoluzione del sistema in senso, per così dire, comunitario sono l'introduzione del referendum sugli incrementi di tributi locali (secs. 72 ff.) e la disciplina generale delle manifestazioni di interesse (*expressions of interest*) miranti al miglioramento del benessere sociale, economico o ambientale dell'area avanzate da organismi associativi anche di volontariato, *trusts*, *parish councils*, dipendenti dell'autorità locale interessata o altri soggetti individuati dal Segretario di Stato in appositi regolamenti. Le istanze di autogoverno hanno il dovere di evadere tali proposte, in forme procedimentalizzate nei modi e nei tempi.

Potrebbe leggersi nel senso del rafforzamento del ruolo delle Contee (e in minor misura dell'Area metropolitana di Londra) l'abrogazione di molti vincoli derivanti da programmazioni regionali (secs 109 ff.) con ricadute liberalizzanti sulla pianificazione delle autorità locali, oltre che sulla nuova categoria della pianificazione di vicinato (secs. 116 ff.). Ha invece soltanto inclinazione comunitaristica il rafforzamento dei vincoli di consultazione in diversi contesti di programmazione (secs. 122 ff.). In parallelo sono rimosse molte limitazioni specifiche ai poteri della Greater London Authority (secs. 186 ff.), nell'ottica dello sviluppo sostenibile, perseguito anche mediante l'attribuzione al Mayor della facoltà di individuare aree di sviluppo non solo urbanistico, con rilevanti obblighi di consultazione.

Un altro importante intervento legislativo è stato posto in essere nel 2016 e poi più volte emendato, da ultimo nel 2023[21]. Si tratta del Cities and Local Government Devolution Act[22], pensato essenzialmente per introdurre o rafforzare le aggregazioni di autorità locali esistenti, in specie di quelle di secondo livello, le contee, per accordare anche agli enti del territorio inglese, in aree metropolitane e non solo, qualche misura di *devolution* regionale, di necessità non paragonabile a quella delle altre tre parti costituenti del Regno Unito, ma risultante da "*combined authorities*", concetto peraltro risalente ad un precedente *statute* del 2009[23].

In sostanza, il Segretario di Stato con proprio *order* è autorizzato a creare unioni di autorità locali dei due livelli su proposta di tutti i consigli interessati o di una parte di essi, allo scopo di devolvere al soggetto così costituito funzioni o servizi ulteriori rispetto a quelli spettanti ai soggetti riuniti (sec. 17), insieme con le risorse necessarie a svolgerli. La devoluzione può avvenire col consenso unanime dei soggetti coinvolti ma anche col dissenso di taluno di essi (sec. 9). L'organo di vertice della nuova autorità potrà avvalersi del titolo di Mayor e sarà eletto su base democratica. Il Segretario di stato definisce i *government arrangements* più adeguati, anche ricorrendo ad una varietà di modelli (sec. 15).

Possono dunque rilevarsi numerosi *trends* nella disciplina in questione, che peraltro ha avuto notevole successo nei primi due anni e ha visto poi allentarsi la spinta aggregativa. In primo luogo, sia pure sotto l'attento controllo del centro, si introduce un forte elemento di asimmetria, che ha coinvolto soprattutto, ma non solo, le aree metropolitane, desiderose di avvicinarsi al modello londinese. In secondo luogo, in termini dimensionali, emerge la ricerca di un livello di governo regionale a struttura forte, per il momento distribuito sul territorio a macchia di leopardo, con ulteriore disomogeneità. Infine, la spinta in direzione comunitaria muove il sistema nel senso di una maggiore partecipazione democratica, prefigurando un terzo livello di governo semi-locale a carattere non meramente pianificatorio o burocratico: durante il dibattito nella House of Lords era emersa addirittura la proposta di riduzione dell'età per il suffragio a 16 anni, poi accantonata in vista di una riflessione più ampia. È inoltre previsto il ricorso a referendum decisorio (sec. 20).

In una prospettiva organizzativa e dimensionale diversa, la linea filo-comunitaria viene seguita anche in relazione al governo locale scozzese dal Community Empowerment (Scotland) Act del 2015[24]. Questo intervento legislativo è

[21] Levelling-up and Regeneration Act 2023 (ch. 55).
[22] Ch. 1.
[23] Local Democracy, Economic Development and Construction Act 2009 (ch. 20).
[24] Asp 6.

inteso a rafforzare il ruolo della partecipazione locale nella formulazione di politiche ambientali e in genere dei servizi pubblici. Le autorità locali sono tenute a collaborare in vista di una attività di *community planning* che può strutturarsi in Partnerships (CPP), responsabili della preparazione e approvazione di *local outcomes improvement plans* (LOIPs), contenenti le priorità dello sviluppo per aree territoriali definite con particolare riguardo alla eliminazione delle diseguaglianze; gli enti *partners* devono tenerne conto nell'esercizio delle proprie attribuzioni e provvedere alle necessarie risorse. Gli organismi associativi di base fruiscono anche di agevolazioni per l'acquisto di terreni ad uso agricolo o forestale. Meno rilevante sul piano del governo locale ma fortemente indicativa dello sforzo partecipativo la disciplina in favore dei sostenitori delle squadre di calcio, a cui si riconosce il diritto di influenzare la vita del loro club, di contribuire al governo di esso, di fare offerte di acquisto in caso di cessione di esso e persino di acquistarne la proprietà (secs. 99-101).

4. *Il caso tedesco*

Nell'ordinamento tedesco la ricerca di un livello intermedio tra gli enti locali e i Länder è iniziata al principio del millennio con la Initiativkreis Europäische Metropolregionen in Deutschland (IKM), del 2001[25]. L'dea era quella di promuovere sperimentazioni e progetti con riguardo alle aree più densamente urbanizzate. Nel 2016 è stata aggiornata e nel 2021 ribadita con il Federal Special Planning Report[26], che enfatizza la rilevanza dello sviluppo metropolitano nella logica della competizione internazionale. L'IKM collabora tuttavia con numerosi ministeri federali anche per la promozione degli interessi delle aree rurali.

Nel 2021, poi, ha preso forma più strutturata, grazie ad una misura legislativa federale (GRWG), la *Genossenschaft für Generalentwicklung und Weiterbildung*, una sorta di *Joint Task* tra i Governi federale e regionali per il miglioramento delle strutture economiche, esistente dal 1969 ma ora enormemente potenziata. Il suo obiettivo istituzionale è sempre stato quello, di rilievo costituzionale, di incentivare lo sviluppo dei Länder più deboli e realizzare condizioni di vita comparabili in tutto il territorio nazionale[27]: gli strumenti utilizzati sono sempre stati quelli classici, quali supporto agli investimenti e creazione di

[25] M. Burgi, *Kommunalrecht*, München, 2024; G. Brüning, *Deutsches Kommunalrecht*, Baden-Baden, 2024.

[26] Bundesraumordnungsbericht.

[27] Il riferimento è ovviamente all'art. 72(2) GG. La legge di revisione del 1969 ha inserito l'art. 91a, coinvolgendo la Federazione nella responsabilità delle politiche regionali, prima riservata a Länder, municipalità loro forme associative, con ciò giustificando la creazione della GRW.

posti di lavoro stabili, nei limiti consentiti dalla disciplina europea sugli aiuti di Stato. L'innovazione recente è consistita nella creazione di un *Framework* congiunto per la determinazione di criteri predefiniti e l'individuazione di aree definite assistibili. La nuova struttura si occupa ora anche dei parametri distributivi delle risorse tra *Länder*, delle forme di gestione finanziaria delle risorse, delle valutazioni *ex post* e dei dati statistici. Lo sviluppo organizzativo in questione viene altresì interpretato come uno strumento di inserimento della Federazione nel rapporto tra Länder e enti territoriali locali, alla ricerca di ambiti di riferimento diversi da questi ultimi.

5. *L'ordinamento spagnolo*

Nell'ordinamento spagnolo un punto di svolta è stato segnato dalla riforma degli enti locali del 2013[28], con cui il legislatore, nel quadro di un perdurante dibattito sull'organizzazione territoriale dello Stato, è intervenuto a definire con più precisione le competenze degli enti subregionali, prevedendo strumenti di controlli finanziari e di bilancio più stringenti – a valle della riforma costituzionale sulla c.d. "*estabilidad presupuestaria*" (art. 135 della Costituzione) – e rivedendo in parte la struttura organizzativa delle Amministrazioni locali. L'intervento ha dunque rivisto alcuni punti rilevanti della legge fondamentale in materia, risalente al 1985[29].

Prendendo in considerazione i profili relativi al livello di governo intermedio tra *Municipios* e *Comunidades Autónomas*[30], le Province, sempre a valle di riforme costituzionali incidenti sui profili di bilancio, sono state investite di un ruolo rafforzato anzitutto con riferimento ai piccoli e medio-piccoli Comuni. Facendo riferimento al dato demografico, si è previsto che, nel caso in cui i Comuni abbiano meno di 20 mila abitanti (casistica che copre più del 90% dei Comuni spagnoli), le *Diputaciones provinciales*, organo di governo delle Province, si occupino di una serie di funzioni tra le quali il coordinamento dei seguenti settori: raccolta dei rifiuti; fornitura di acqua e illuminazione pubblica. Il modello originario della riforma prevedeva altresì per le Diputaciones la possibilità di proporre al Ministero delle finanze l'assunzione diretta, a favore degli enti intermedi, di tali servizi, con l'esplicita finalità di ridurre i costi di

[28] Ley 27-2013, de 27 de diciembre "racionalización y sostenibilidad de la Administración Local"; J.L. Rivero Ysern, *Manual de Derecho local*, Madrid, 2015; M. Lora-Tamayo Vallvé (dir.), *Manual de derecho local*, Madrid, 2020; F. Velasco Caballero (dir.), *Tratado de Derecho local*, Madrid, 2021.

[29] Ley 7/1985, de 2 de abril, "Reguladora de las Bases del Régimen Local".

[30] V. M. Salvador Crespo, *Las competencias de las diputaciones provinciales en la Ley 27/2013, de 27 diciembre, de razionalización y sostenibilidad de la Administración Local, Cuadernos de Derecho Local*, 34, 2014, 126 e ss.

prestazione dei servizi. La formula è stata fin da subito oggetto di riserve in dottrina[31], finendo per essere poi oggetto di un'accertata illegittimità da parte del Tribunal Constitucional[32].

Quanto alle competenze attribuite alle Diputaciones provinciales, la riforma ha determinato un ripensamento, in senso estensivo rispetto al quadro precedente, delle c.d. "*competencias proprias*", cioè quelle fissate per legge e non "*delegadas*" dallo Stato o dalle *Comunidades Autónomas*. Tra queste meritano senz'altro un richiamo: la coordinazione dei servizi municipali; l'assistenza, anche tecnica, a favore dei Comuni; l'assistenza in materia di raccolta delle imposte e di svolgimento di servizi di gestione finanziaria per i Comuni con meno di 20 mila abitanti e, sempre per questi Comuni, la prestazione dei servizi di acquisto centralizzato in materia di appalti.

A poco più di dieci anni di distanza, tuttavia, il giudizio di parte della dottrina spagnola risulta critico rispetto al bilancio dell'effettivo potenziamento del livello provinciale, soprattutto sotto il profilo dell'effettivo ruolo di coordinamento svolto dalle *Diputaciones*, con rilievi sulla chiarezza e razionalità del dettato normativo[33]. Al momento la questione, tuttavia, non pare oggetto di ulteriori intenti di riforma.

6. *Il caso olandese*

Di qualche interesse il caso olandese. Il Parlamento ha infatti per anni discusso e sviluppato indagini intorno allo stato delle autonomie locali, messe a dura prova, dopo la crisi finanziaria, dagli eventi pandemici, per poi pervenire ad interventi normativi di notevole rilevanza.

Così ad esempio, nel 2021 il Senato ha rilevato notevoli difficoltà delle municipalità a fare fronte a funzioni decentrate nel 2015, con particolare riguardo ai servizi ai giovani ed all'assistenza alla disoccupazione, in specie dal punto di vista della sostenibilità finanziaria, data la frequente formazione di deficit di bilancio. In secondo luogo, è stata rilevata la tendenza a forme di cooperazione tra enti locali di primo e secondo livello che, a giudizio della maggioranza, sembrano eludere i circuiti democratici.

Nel 2022, poi, la Camera dei rappresentanti ha esaminato una relazione commissionata dal Ministro dell'interno, nota come Rapporto Elzinga

[31] V. J.L. Rivero Ysern, *La provincia en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local de 27 de diciembre de 2013*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, 2014, 36.

[32] Sentencia 111/2016, de 9 de junio de 2016

[33] V. E. Carbonell Porras, *Las competencias locales diez años después de la LRSAL*, in *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 2023, 19, 8 e ss.

"*Towards New Forms of Decentralized Governance*"[34]. Il dato di partenza è ancora rappresentato dalla compresenza di molteplici forme di collaborazione tra autorità locali che abbisognano di essere razionalizzate e coordinate. Le conclusioni sono sintetizzate in sette raccomandazioni, tra le quali le più significative si riferiscono alla necessità di formulare un quadro generale di *policy* relativa alla *governance* delle autonomie, che includa un più forte coordinamento dal centro, maggiore precisione nella individuazione del fabbisogno finanziario per le singole funzioni, nonché l'opportunità di ulteriori studi circa le forme di aggregazione degli enti locali su base regionale.

Nell'ottobre del 2022 parte di queste raccomandazioni sono state distillate nel testo di legge denominato "*Law promoting integrity and functioning of decentralized governance*"[35], entrato in vigore nell'aprile 2023. Questa normativa include numerosi emendamenti alle discipline vigenti: ad esempio, molte previsioni si riferiscono al rispetto della *privacy* nell'accesso agli atti amministrativi ed al rispetto del segreto o della confidenzialità da parte dei titolari di cariche locali. Le disposizioni più interessanti sul piano organizzativo riguardano però la difesa dell'autonomia costituzionale di Municipalità e Province da limiti derivanti dal sottofinanziamento delle funzioni decentrate dal Governo: la risposta è costituita dall'integrazione del Fondo Municipale da un lato e, dall'altro, dalla spinta alla fusione degli enti di primo livello, sotto la guida delle Province, per dare vita ad entità possibilmente superiori alla consistenza di 100.000 abitanti. Il "*nudge*" consiste nel riconoscimento di fondi aggiuntivi a scalare per favorire gestioni associate o fusioni. Il sistema dovrebbe andare a pieno regime entro il 2027, anche se qualche ombra potrebbe essere gettata su di esso dall'esito delle elezioni per il rinnovo della Camera bassa, svoltesi nel novembre 2023.

[34] Beleidsdebat verhouding centrale en decentrale overheden, Erts Kamer der Staten-Generaal, Amsterdam.

[35] Wet bevrderen integriteit en functioneren decentraal bestuur.

Luigi Ferraro[*]

IL DIRITTO ALLA SALUTE DEI MIGRANTI DAVANTI ALLE CORTI EUROPEE[**]

SOMMARIO: 1. Il diritto alla salute dei migranti tra ordinamento interno, sovranazionale e internazionale. – 2. La giurisprudenza della Corte EDU (*segue…*). – 3. (…) e la giurisprudenza della CGUE. – 4. Brevi osservazioni a mo' di conclusione (… ma non troppo!).

1. *Il diritto alla salute dei migranti tra ordinamento interno, sovranazionale e internazionale*

L'Europa è interessata in modo significativo ormai da diversi anni dal fenomeno migratorio, che coinvolge in particolare l'Italia e la Grecia quali paesi di primo approdo, ma che poi si proietta ad altri Stati membri, come Germania e Francia, più ricchi e capaci di offrire maggiori opportunità di lavoro. Le ragioni alla base di questo fenomeno – sempre più consistente nei numeri, oltre che drammatico per le tante tragedie occorse in mare nel disperato tentativo di raggiungere le nostre coste – sono quelle note: l'estrema povertà dei paesi di provenienza, i molti conflitti etnici che riguardano tante zone geografiche del mondo e la perenne deflagrazione di eventi bellici, come da ultimo la guerra in Ucraina e nella striscia di Gaza, per citare i più vicini.

Sotto il profilo sanitario è opportuno evidenziare le buone condizioni di salute in cui arrivano i migranti, di solito migliori rispetto a quelle dei cittadini della Nazione ospitante, dal momento che si verifica una naturale selezione all'origine, nel senso che emigrano solo le persone con un fisico in buona salute, il c.d. «effetto migrante sano»[1], proprio per le prevedibili sofferenze e difficoltà dei viaggi che, non a caso a volte, si trasformano purtroppo in drammatici naufragi nel mare Mediterraneo.

[*] Prof. Associato di Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi delladi Napoli Parthenope, luigi.ferraro@uniparthenope.it

[**] Il presente contributo è stato già pubblicato sulla rivista online BioLaw Journal, n. 2, 2024, 101-113.

[1] Cfr. G. CASELLI, S. LOI, S. STROZZA, *Immigrazione, salute e mortalità degli stranieri in Italia*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2017, 10 ss., i quali evidenziano come le popolazioni immigrate siano «mediamente più sane di quelle native», soprattutto per coloro che sono alla ricerca di opportunità di lavoro. Egualmente v. S. GERACI, B. MAISANO, M. MAZZETTI, *La medicina delle migrazioni in Italia: un percorso di conoscenza e di diritti*, in *Studi Emigrazione*, n. 157, marzo 2005, 6.

È altrettanto vero, però, che lo stato di salute dei migranti, una volta arrivati alla propria mèta, rapidamente peggiora. A ciò contribuiscono, tra l'altro, le condizioni di lavoro disagiate cui molte volte sono costretti, le ristrettezze economiche e l'assimilazione ad uno stile di vita molto diverso rispetto alla propria cultura; si aggiunga, poi, l'evidente trasformazione del fenomeno migratorio negli ultimi anni, poiché stanno diminuendo coloro che arrivano per ragioni di lavoro, mentre tendono ad aumentare i profughi, i richiedenti asilo e quelli desiderosi di un ricongiungimento familiare[2].

Tale stato di cose fa emergere una naturale necessità di assistenza nei riguardi dei migranti, che però scontano nel nostro paese «diseguaglianze di salute e di accesso ai servizi sanitari rispetto alla popolazione italiana»[3], oltre alle ragioni di discriminazione razziale che spesso aumentano i «rischi psicosociali»[4]. In questo contesto risulta a rischio la salute dei migranti, in particolare se considerata nella duplice valenza del significato che le è stato assegnato dall'OMS, per cui l'essere sano, com'è noto, non si esaurisce nell'assenza di malattie, ma richiede il completo benessere psico-fisico della persona. Ciò significa non solo la necessità di prestare cura a coloro che arrivano in precarie condizioni fisiche, ma di predisporre un sistema di adeguato sostegno psicologico nei confronti di chi lascia dietro di sé esperienze di guerra, di stupri e di violenze di genere[5], solo per fare qualche esempio.

In proposito è utile richiamare la «medicina delle migrazioni», il cui obiettivo è quello di prendersi cura delle diverse dimensioni che compongono la persona umana, come il corpo, la psiche, la cultura, le aspettative per il futuro, tutte meritevoli di attenzione in rapporto al contesto che ospita i migranti[6].

[2] In tal senso, sui diversi aspetti, v. ancora G. Caselli, S. Loi, S. Strozza, *op. cit.*, 4, 11.

[3] M. Terraneo, M. Tognetti Bordogna, *É possibile studiare la relazione tra immigrazione e salute in Italia?*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, n. 4, 2018, 790 s., 792, sostengono ad esempio «che le minoranze etniche fanno ricorso in misura minore rispetto agli autoctoni ai programmi di screening, mentre si osserva un sovra-utilizzo del pronto soccorso».

[4] Ancora M. Terraneo, M. Tognetti Bordogna, *op. cit.*, 791.

[5] Cfr. C. Corsi, *Il diritto alla salute alla prova delle migrazioni*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 1, 2019, 74. È opportuno precisare che nelle more della pubblicazione del presente contributo è stato adottato dal Consiglio (14 maggio 2024) il nuovo Patto UE su migrazione e asilo, che consta di 10 atti legislativi «che riformano l'intero quadro europeo per la gestione dell'asilo e della migrazione». Uno dei profili di maggiore interesse è la previsione «di un meccanismo di solidarietà per garantire una più equa ripartizione della responsabilità» relativamente al sistema migratorio; gli Stati membri dovranno attuare nel termine di due anni i suddetti atti legislativi. In *https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2024/05/14/the-council-adopts-the-eu-s-pact-on-migration-and-asylum* (ultima consultazione 15/06/2024).

[6] Così si esprimono S. Geraci, B. Maisano, M. Mazzetti, *op. cit.*, 2, ripresi molto recentemente da F. Meola, *L'accesso ai servizi socio-sanitari da parte dei migranti tra tutela della salute e salvaguardia dell'identità culturale*, in *BioLaw Journal*, n. 4, 2023, 75 s.

Lo straniero può essere considerato titolare di un «diritto culturale a perpetuare le proprie tradizioni, portando la categoria cultura fuori dall'alveo della mera consuetudine […] per darle lo *status* di un vero e proprio diritto inviolabile» nato dalla elaborazione giurisprudenziale[7]. Infatti, quando si esamina il fenomeno migratorio sotto il profilo sanitario bisogna fare i conti anche con la possibilità di un «conflitto tra pratiche culturali/religiose, da un lato, e diritto alla salute, dall'altro», come nel caso delle emotrasfusioni per il gruppo religioso dei testimoni di Geova, oppure quando i genitori vogliono imporre trattamenti curativi previsti dalla propria fede (es.: malocchio), o ancora laddove il minore subisce sul proprio corpo pratiche legate alla cultura religiosa di appartenenza, ma che sono dannose per il suo benessere, come nell'ipotesi della circoncisione maschile e delle mutilazioni genitali femminili[8].

Proprio con riferimento a quest'ultima ipotesi si manifesta il ruolo dei mediatori culturali. Secondo le Linee guida per la prevenzione, assistenza e riabilitazione delle donne che hanno subìto mutilazioni genitali (Decreto Ministero della Salute, 17 dicembre 2007), è necessario che vi sia nei loro riguardi un approccio clinico e psicologico effettuato preferibilmente da operatori sanitari di genere femminile e, comunque, supportati da interpreti e mediatrici culturali, con il compito di agevolare la comunicazione, anche con le istituzioni, e la realizzazione degli obiettivi medico-sanitari. Il fine ultimo è quello di eliminare le barriere socio-culturali e favorire un'assistenza sanitaria idonea alla tutela del diritto alla salute e dell'integrità fisica di queste donne e bambine immigrate[9].

A fronte di tale problematica situazione, va registrato un quadro normativo europeo sulla salute dei migranti piuttosto debole. Partendo dalla CEDU, non sono previste norme a tutela del diritto alla salute e, in generale, dei diritti sociali; non a caso, come si vedrà a breve, l'ancoraggio normativo della Corte EDU in fattispecie di questo tipo è rappresentato dall'art. 3 CEDU, cioè il divieto di trattamenti inumani o degradanti. Tutt'al più è possibile richiamare, godendo di un carattere complementare alla stessa CEDU, la Carta Sociale

[7] Cfr. C. Cavallari, I. Ruggiu, *Antropologia e diritti di fronte alla salute del minore: un approccio integrato*, in *BioLaw Journal*, n. 4, 2023, 31, che si richiamano, in proposito, alla giurisprudenza della Suprema Corte di cassazione.

[8] Cfr. C. Cavallari, I. Ruggiu, *op. cit.*, 36, 32 s.

[9] Ciò ai sensi della legge n. 7/2006, «Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile», che prevede, come poi è avvenuto, l'adozione delle suddette Linee guida. È bene tuttavia precisare l'inesistenza di una specifica disciplina circa il ruolo del mediatore interculturale (pur nelle differenze con il mediatore culturale); si registrano solo norme sparse, tra cui, ad esempio, gli artt. 38 e 42 d.lgs. n. 286/1998, relativi, rispettivamente, all'istruzione degli stranieri e all'educazione interculturale, oltre che alle misure di integrazione sociale, in *https://integrazionemigranti.gov.it/it-it/Altre-info/e/2/o/41///id/81/Mediazione-Quadro-normativo* (ultima consultazione 15/06/2024).

Europea che riconosce ad ogni persona il diritto al «miglior stato di salute» possibile (art. 11)[10], nonché il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, che egualmente sancisce «il diritto di ogni individuo a godere delle migliori condizioni di salute fisica e mentale che sia in grado di conseguire» (art. 12)[11].

Passando poi alla normativa dell'Unione europea, rileva innanzitutto l'art. 35 della Carta di Nizza, secondo cui «ad ogni persona» spetta il diritto ad ottenere cure mediche, tenendo conto che nelle politiche europee è necessario garantire «un livello elevato di protezione della salute umana», indirizzo normativo peraltro ribadito dall'art. 168 TFUE[12], sebbene nel rispetto delle «responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria», il che in parte depotenzia la dichiarazione tutoria di principio. A tali disposizioni si aggiunge quanto previsto specificamente in tema di asilo e di immigrazione, rispettivamente all'art. 78 TFUE, per cui l'UE «sviluppa una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea», e all'art. 79 TFUE, laddove si affida a Bruxelles il compito di «una politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi *regolarmente* (corsivo nostro) soggiornanti» e la prevenzione unita al contrasto verso ogni forma di immigrazione illegale.

Dal punto di vista del diritto interno, la disciplina italiana di rango primario si fonda sul d.lgs. n. 286/1998, cioè il Testo Unico sugli Immigrati (da ora in poi T.U.I.), in cui all'art. 2 si sancisce che «allo straniero […] sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti». Ciò che però rileva maggiormente sul versante sanitario è il relativo Titolo V, con gli artt. 34, 35 e 36, in quanto si prevede che gli stranieri regolarmente soggiornanti «hanno parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti e doveri rispetto ai cittadini italiani» per le prestazioni sanitarie, con l'obbligo di iscrizione al SSN (art. 34), mentre per

[10] Sul punto, cfr. A. Albanese, *La tutela della salute dei migranti nel diritto europeo*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2017, 18 ss.

[11] Secondo C. Gulotta, *Il diritto alla salute dei migranti nel pacchetto di proposte della Commissione sulla riforma del "diritto di asilo europeo" e nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 4, 2017, 749, tale art. 12 è il riferimento normativo «più forte per affermare l'universalità del diritto alla salute».

[12] Infatti, ai sensi dell'art. 168, par. 1, TFUE, «Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana», cui si aggiunge quanto indicato dall'art. 6, par. 1, TUE, a mente del quale «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea […], che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

i migranti irregolari sono previste «cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio e sono estesi i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva» (art. 35, 3° co.); infine, a favore degli stranieri che abbiano la necessaria capienza economica è prevista la possibilità del permesso di soggiorno per cure mediche (art. 36). Tali disposti trovano il loro ancoraggio costituzionale nell'art. 10, 2° e 3° co., Cost., che – oltre al riconoscimento del diritto di asilo – affida alla legge la regolamentazione della condizione giuridica dello straniero secondo le norme internazionali, o ancora nell'art. 3 Cost., il cui principio di eguaglianza è estensibile a ciascuna persona affinché nessuno possa subire discriminazioni, secondo la lettura della Corte costituzionale italiana[13], e nell'art. 2 Cost. che sancisce il principio personalista quale valore di fondo del nostro ordito costituzionale.

Assume un particolare rilievo l'art. 19, 2° co., lett. d-bis, T.U.I. dove è stabilito il divieto di espulsione «degli stranieri […] [affetti] da patologie di particolare gravità», non curabili adeguatamente nel paese d'origine. Tale disposizione permette di entrare nell'esame della giurisprudenza europea, che in molti casi ha deciso proprio sulla possibilità di allontanamento di un migrante che versa in condizioni critiche di salute, così da offrire un'importante prospettiva di indagine sul grado di tutela del diritto alla salute a favore di questo tipo di stranieri.

2. *La giurisprudenza della Corte EDU (segue…)*

La Corte di Strasburgo nella sua giurisprudenza ha focalizzato l'attenzione soprattutto nei riguardi dei migranti irregolari con a carico un provvedimento di espulsione. Come si è visto, anche per l'ordinamento italiano vale la distinzione tra regolari e irregolari, laddove i primi in materia di salute sono pienamente equiparabili ai cittadini italiani (art. 34 T.U.I.), mentre i secondi possono godere più limitatamente delle cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio (art. 35, 3° co., T.U.I.). In questo modo si registra un'evidente differenza tra le due categorie

[13] Secondo la Corte cost., *ex multis*, sent. n. 120/1967, punto 2 del *Considerato in diritto*, «se é vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, é anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare quei diritti fondamentali». Per tale giurisprudenza costituzionale, cfr. E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, *Immigrazione e diritto alla salute*, in a cura di L. Chieffi, *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, Milano-Udine, 2012, 101 s. G. Moschella, *La legislazione sull'immigrazione e le prospettive della tutela dei diritti fondamentali: l'ordinamento europeo e l'esperienza italiana*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, 476, partendo dall'analisi degli indirizzi giurisprudenziali della Corte, ritiene che «la fonte di tutti i diritti fondamentali sia la natura umana e non la cittadinanza».

di stranieri, con palesi restrizioni di tutela sanitaria per gli irregolari in quanto non parificabili attraverso il criterio della cittadinanza. La circolare n. 5, 24 marzo 2000, del Ministero della Salute ha poi precisato il significato sia di *cure urgenti*, cioè quelle non procrastinabili se non a danno della salute o della vita delle persone, sia di *cure essenziali*, le quali riguardano «le prestazioni sanitarie, diagnostiche e terapeutiche relative a patologie non pericolose nell'immediato o nel breve termine, ma che nel tempo potrebbero determinare maggior danno alla salute o rischi per la vita»[14].

Tale indirizzo interpretativo – che collega la necessità di cure tanto ai casi in cui vi sia un pericolo di vita per il migrante, quanto a quelli meno gravi di patologie non esiziali, almeno nell'immediato o nel breve termine – sembra rispondere all'indirizzo della nostra Corte costituzionale, secondo cui deve essere «*in ogni caso assicurato a tutti* (corsivo nostro) […] il "nucleo irriducibile" del diritto alla salute garantito dall'art. 32 Cost.», comprendendo dunque nella tutela anche il migrante irregolare[15].

Tuttavia, la Corte EDU sembra alzare il livello di gravità circa i presupposti necessari per la protezione della salute degli stranieri non regolari. Particolarmente interessante per comprendere gli orientamenti del giudice di Strasburgo è il caso *D. c. Regno Unito* (1997)[16], in cui il ricorrente era gravemente malato di AIDS, con un'aspettativa di vita limitata ad 8-10 mesi; in ragione di ciò, egli si era opposto al decreto di espulsione della Gran Bretagna, poiché nel suo paese d'origine (le isole di S. Kitts) non avrebbe potuto godere delle stesse prestazioni sanitarie garantite dal paese ospitante, il che avrebbe ulteriormente ridotto le sue aspettative di vita, già molto compromesse. Secondo la Corte EDU l'espulsione del ricorrente dal Regno Unito integrava gli estremi di un trattamento inumano o degradante, vietato ai sensi dell'art. 3 CEDU, in forza delle circostanze eccezionali (par. 53) dovute all'avvicinarsi della morte a causa della grave malattia virale, cui si aggiungeva la mancata garanzia nel paese d'origine di una tutela sanitaria pari a quella riconosciuta nel Regno Unito, con il

[14] Cfr. L. Mezzetti, *I sistemi sanitari alla prova dell'immigrazione. L'esperienza italiana*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2018, 7 s.; per un'analisi interpretativa circa «l'ambito di estensione di tali cure», v. E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, *Immigrazione e diritto alla salute*, cit., 110 ss. Sul successivo intervento del d.P.C.M. 12 gennaio 2017, art. 63, v. G. Coletta, *L'accesso alle cure degli immigrati irregolari*, in *BioLaw Journal*, n. 4, 2021, 142; su questi profili sia, comunque, consentito rinviare anche a V. Zambrano, L. Ferraro, *Migrazioni e diritti. La difficile ricerca di una "valle incantata"*, in *BioLaw Journal*, n. 4, 2023, 14.

[15] Corte cost., sent. n. 252/2001, punto 4 del *Considerato in diritto*.

[16] Corte EDU, 2 maggio 1997, ric. n. 30240/96, caso *D. c. Regno Unito*. Per una breve illustrazione di questa sentenza v. il sito *https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Corte-Europea-dei-Diritti-dell-Uomo-D.-v.-UK-stranieri-e-diritto-alla-salute* (ultima consultazione 15/06/2024).

rischio ulteriore di acute sofferenze fisiche e psichiche a danno del migrante, oltre che di una nuova accelerazione dei tempi verso l'esito finale della morte (par. 52)[17].

In questa fattispecie, dunque, il trattamento disumano si basa sul rischio prossimo e reale a carico dello straniero di morire in circostanze dolorose. La medesima valutazione non viene ribadita dalla Corte di Strasburgo nella pronuncia *N. c. Regno Unito* (2008)[18], laddove non si presentavano – pur essendo la ricorrente (cittadina ugandese) seriamente malata di AIDS – gli stessi presupposti di eccezionale gravità della precedente decisione, dal momento che l'interessata non era ancora un malato terminale, per cui gli argomenti di ordine umanitario per sostenere la violazione dell'art. 3 CEDU non si presentavano così «gravi e imperativi»[19]. Ciò che però maggiormente rileva in questa decisione è la riflessione della Corte secondo cui uno Stato non può assumersi l'onere di ridurre o, ancor di più, di annullare le differenze – a volte notevoli – nel livello di trattamento sanitario tra lo stesso Stato contraente e il paese d'origine, dovute, tali disparità, ai progressi della scienza medica, oltre che alle differenze economiche e sociali tra i due paesi: «a finding to the contrary would place too great a burden on the Contracting States» (par. 44). Poiché non sussiste l'obbligo di ridurre la disparità tra i due paesi, facendo fronte alle difficoltà sanitarie dello Stato d'origine, non si può allora rinvenire nel provvedimento di espulsione la violazione dell'art. 3 CEDU (trattamento inumano e degradante), per cui, alla fine, nel bilanciamento gli interessi di finanza pubblica dello Stato ospitante sono prevalsi sulla necessità di salute della richiedente asilo ugandese[20].

[17] Su questa decisione, cfr. F. Biondi Dal Monte, E. Rossi, *Il diritto alla salute come presupposto per l'ingresso dello straniero e come limite al suo allontanamento*, in *BioLaw Journal*, n. 4, 2023, 67, e C. Corsi, *op. cit.*, 60.

[18] Corte EDU, 27 maggio 2008, ric. n. 26565/05, caso *N. c. Regno Unito*. Anche in questa ipotesi per una breve illustrazione della pronuncia, v. L. Busatta, *Corte Europea dei diritti dell'uomo – N. v. Regno Unito: espulsione e diritto a ricevere cure mediche nel Paese ospitante*, 27 maggio 2008, in *https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Corte-Europea-dei-Diritti-dell-Uomo-N.-v.-Regno-Unito-espulsione-e-diritto-a-ricevere-cure-mediche-nel-Paese-ospitante2* (ultima consultazione 15/06/2024). Del medesimo indirizzo anche l'altra sentenza, Corte EDU, 10 maggio 2012, ric. n. 34724/10, caso *E.O. c. Italia*.

[19] Cfr. F. Biondi Dal Monte, E. Rossi, *Il diritto alla salute come presupposto*, cit., 67. Sulla differenza rispetto al precedente caso, cfr. S. Difrancesco, *La detenzione dello straniero irregolare tra disciplina sovranazionale e giurisprudenza europea*, in a cura di A. Massaro, *La tutela della salute nei luoghi di detenzione*, Roma, 2017, 499 s. (nota 87).

[20] Secondo A. Albanese, *op. cit.*, 16, la pronuncia richiamata «ha ridimensionato molto la possibilità di applicazione dell'art. 3» CEDU.

Altro caso interessante è la sentenza *Paposhvili c. Belgio* (2016)[21], in quanto la Corte EDU conferma che vi può essere violazione dell'art. 3 CEDU «nei casi in cui la persona espulsa è prossima alla morte» (par. 181). In questa pronuncia, tuttavia, la Corte individua pure «altri casi molto eccezionali» in cui è possibile configurare il trattamento inumano o degradante, come nell'ipotesi di persona gravemente malata – sebbene non in pericolo di vita – che però a seguito di espulsione «correrebbe un rischio reale […] di essere espost[a] ad un grave, rapido ed irreversibile deterioramento del proprio stato di salute, con conseguente intensa sofferenza» a causa dell'assenza di cure adeguate nel paese d'origine. In questo modo, continua il giudice europeo, valutata anche la significativa riduzione dell'aspettativa di vita, si raggiungerebbe quella «soglia» elevata richiesta ai fini dell'applicazione dell'art. 3 della Convenzione, allo stesso modo della precedente pronuncia *D. c. Regno Unito* (par. 183). Egualmente, ancora nella sentenza *Paposhvili c. Belgio* la Corte ribadisce l'altro suo indirizzo per cui, nel caso delle persone gravemente ammalate ma non in pericolo di vita, «non è la mancanza di infrastrutture mediche nell'ambito dello Stato ricevente» il presupposto utile per il trattamento inumano e degradante, *ex* art. 3 CEDU (par. 192), poiché non sussiste l'obbligo convenzionale di uno Stato ad accollarsi economicamente le carenze sanitarie altrui.

Al riguardo, appare estremamente significativo il parere del giudice Pinto De Albuquerque, secondo cui – in riferimento al caso *N. c. Regno Unito* – un'eventuale imposizione allo Stato ospitante dell'obbligo di fornire assistenza sanitaria verso gli stranieri privi del diritto di soggiorno «avrebbe comportato un onere di bilancio troppo elevato», il che ha sollecitato l'indirizzo della Corte EDU a «non aprire le porte all'immigrazione medica»[22] e, quindi, a non configurare l'obbligo a carico dello Stato ospitante di ridurre le difficoltà sanitarie di un altro paese.

Nel caso *Khachaturov c. Armenia* (2021)[23] il giudice di Strasburgo definisce con ancora maggiore precisione l'intero perimetro normativo di queste

[21] Corte EDU, 13 dicembre 2016, ric. n. 41738/10, caso *Paposhvili c. Belgio*. Per un commento a tale decisione cfr. A. Albanese, *op. cit.*, 17, nonché F. Biondi Dal Monte, E. Rossi, *Il diritto alla salute come presupposto*, cit., 67 s.

[22] Si tratta del *Partly concurring, partly dissenting opinion* del giudice Pinto De Albuquerque, espresso in Corte EDU, 19 dicembre 2017, ric. n. 56080/10, caso *Lopes De Sousa Fernandes c. Portogallo*, par. 43.

[23] Corte EDU, 24 giugno 2021, ric. n. 59687/17, caso *Khachaturov c. Armenia*. Per un breve richiamo a tale pronuncia, cfr. M. Balboni, C. Danisi (a cura di), *Rassegna di giurisprudenza europea*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3, 2021 (in *https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/rassegne/rassegna-di-giurisprudenza-europea/245-rassegne-di-giurisprudenza-europea*, ultima consultazione 15/06/2024). Anche Corte EDU, 16 aprile 2016, ric. n. 17299/12, caso *Aswat c. Regno Unito*, in cui il giudice sottolinea il rischio reale che l'estradizione del ricorrente

fattispecie. Dopo aver stabilito che l'art. 3 CEDU non prevede eccezioni (par. 81), ribadisce che ai fini della sua violazione è necessario raggiungere un certo livello di gravità, che è relativa, nel senso di dover tenere conto delle circostanze del caso, quali la durata del trattamento sanitario, i suoi effetti fisici e mentali, il sesso, l'età e lo stato di salute del ricorrente (par. 82). In riferimento alla specifica fattispecie, poi, la Corte EDU precisa che l'ordine di espulsione di una persona affetta «da una grave malattia» non viola l'art. 3 CEDU, nella misura in cui «l'interessato sia ritenuto idoneo dal punto di vista medico per il trasferimento» (par. 86), e la valutazione sulla soglia di rischio richiesta deve essere comunque compiuta «su una solida base fattuale» (par. 109). In questo modo la Corte EDU – valutando il rischio di trattamenti inumani o degradanti in relazione a viaggi che mettano in pericolo la vita di una persona in precarie condizioni di salute – conferma il suo rigore di giudizio nel valutare il livello di gravità di una patologia[24], eventualmente ostativa ad un provvedimento di allontanamento nei riguardi di uno straniero migrante.

Pertanto, alla luce di questo rapido *excursus* nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo emergono taluni precisi indirizzi, tra cui la severa attenzione nel valutare gli stati di malattia dei migranti, insieme ad un bilanciamento che tende a far prevalere, rispetto alla tutela della salute[25], l'impatto economico di tale protezione sui bilanci statali. Tutto ciò trova, altresì, ulteriore conferma anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE che, come ora si vedrà, sembra muoversi su questo tema in modo sostanzialmente convergente con la Corte EDU.

3. *(…) e la giurisprudenza della CGUE*

In diverse occasioni, infatti, la Corte di Lussemburgo (da ora CGUE), affrontando le questioni relative allo stato patologico dei migranti, si è richiamata alle valutazioni della Corte EDU, favorendo in tal modo non solo il dialogo tra questi due organi di giustizia, ma anche la interazione tra i due modelli ordina-

possa comportare un importante deterioramento del suo stato di salute fisica e mentale, capace di raggiungere la soglia di violazione dell'art. 3 CEDU (par. 57), in quanto le sue condizioni di salute non si sarebbero potute adattare al regime carcerario vigente negli Stati Uniti.

[24] Ad ulteriore conferma, Corte EDU, 14 aprile 2015, ric. n. 65692/12, caso *Tatar c. Suiza*, ribadisce che i motivi umanitari contro la decisione di espellere uno straniero devono essere «convincenti», cfr. P.A. Fernández Sánchez, *Immigrazione irregolare e diritti umani: la prospettiva della Corte EDU e della Corte UE*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 1, 2020, 66 s.

[25] Sul «diritto alla salute come giustificazione della presenza [del migrante] sul territorio», cfr. F.E. Grisostolo, *La tutela del diritto alla salute dello straniero in Italia e Francia*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2018, 19 ss.

mentali dell'UE e della CEDU; del resto, vale al riguardo il disposto dell'art. 52, 3° co., Carta di Nizza, per cui in caso di corrispondenza tra i diritti della Carta UE e quelli garantiti dalla CEDU «il significato e la portata» dei primi «sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione»[26].

Partendo in questa disamina giurisprudenziale dalla causa C-542/13, la CGUE rinvia alla giurisprudenza della Corte EDU nella parte in cui sancisce *solo in casi eccezionali* la violazione dell'art. 3 CEDU se uno straniero gravemente ammalato viene allontanato verso un paese che offre minori garanzie di tutela sanitaria rispetto a quello ospitante (par. 39)[27]. Oltre al rigore nella valutazione sulla malattia del migrante, la CGUE ritiene che il danno grave, ai fini della concessione della protezione sussidiaria[28], non possa consistere nell'assenza nel paese d'origine di un sistema sanitario adeguato a fronteggiare la grave malattia del ricorrente (par. 41)[29]. Invero, ai sensi dell'art. 15, direttiva

[26] Al riguardo la corrispondenza è tra l'art. 3 CEDU e l'art. 4 Carta dei diritti UE, di cui a breve.

[27] CGUE, causa C-542/13, 18 dicembre 2014, par. 39, laddove si precisa ulteriormente che l'eccezionalità di una questione, sempre sotto il profilo dell'art. 3 CEDU, si deve sostanziare – oltre che nella gravità della malattia fisica o mentale – anche nell'assoluta inoppugnabilità delle considerazioni umanitarie che depongono contro l'allontanamento. Nel caso di specie, in particolare, è stata respinta la domanda di un cittadino mauritano tesa ad ottenere assegni sostitutivi dei redditi e di assegni integrativi, dopo che gli era stata riconosciuta dal Belgio, paese ospitante, una riduzione della capacità di guadagno per motivi di salute.

[28] Per i caratteri della protezione sussidiaria, art. 2, par. 1, lett. f) e lett. g), direttiva 2011/95/UE (ora, nell'ambito del nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, v. art. 3, punti 2) e 6) del «Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme sull'attribuzione a cittadini di paesi terzi o apolidi della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria e sul contenuto della protezione riconosciuta, che modifica [solo parzialmente] la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e che abroga la direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio» - Reg. UE 2024/1347); cfr. B. Catallo, *Il diritto alla salute nel contesto delle migrazioni e la protezione sussidiaria: l'orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza c-542/13 del 18 dicembre 2014*, in *DPCE online*, n. 2, 2015, 171.

[29] CGUE, causa C-542/13, 18 dicembre 2014, par. 41, specifica che, tutt'al più, ai fini della configurabilità del danno grave sarebbe necessaria, oltre all'assenza di terapie adeguate, «una privazione di assistenza sanitaria inflitta intenzionalmente» al ricorrente. Secondo B. Catallo, *op. cit.*, 175, il mancato riconoscimento della protezione sussidiaria si è anche giustificato in quanto l'assenza delle «terapie – e la conseguente privazione di assistenza sanitaria – non […] [era] in queste circostanze imputabile ad un'attività volontaria, quindi intenzionale, nei confronti dello straniero da parte del proprio Stato d'origine o di ultima residenza. È l'elemento dell'intenzionalità, secondo la Corte, a differenziare le condizioni per il riconoscimento di una forma di protezione internazionale, quale lo *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria, da quello della protezione nazionale […]».

2004/83/CE[30], il danno grave si realizza soltanto nelle ipotesi di condanna a morte, di tortura o di «minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile». Dunque, se le carenze di un sistema sanitario di un altro Stato non configurano normativamente il danno grave quale presupposto per la protezione sussidiaria, allora ne consegue, in ultima istanza, che le difficoltà sanitarie di un paese non si possono accollare a danno di un altro Stato, per le inevitabili ripercussioni che ciò determinerebbe sulle finanze pubbliche[31].

Con questa pronuncia la CGUE accoglie sostanzialmente i due orientamenti prima emersi nella giurisprudenza della Corte EDU, cioè l'estremo rigore nel giudicare lo stato patologico del migrante, ma soprattutto la indisponibilità a considerare le difficoltà sistemiche sanitarie dei paesi d'origine dei migranti quali ragioni sufficienti per evitare l'espulsione e garantire loro le prestazioni di salute proprie dello Stato ospitante. Del resto, a ben riflettere, l'indirizzo della Corte di Lussemburgo appare organico ad una dimensione prevalentemente economica del processo europeo di integrazione, soprattutto sotto il versante di una politica economica oltremodo attenta all'equilibrio della finanza pubblica; non a caso, la tutela dei diritti sociali a livello UE è molte volte «indiretta e puramente eventuale», oltre che spesso condizionata dalla realizzazione dei principi «della concorrenza e del mercato»[32]. A ciò si aggiunga poi che il diritto europeo[33] richiede ai migranti anche l'assicurazione sanitaria quale presupposto di base per concedere «quasi tutti i tipi di permesso di soggiorno», proprio al fine di evitare che i migranti «possano costituire un peso economico eccessivo», preservando così i sistemi sanitari dei paesi membri dal gravoso «impatto dell'immigrazione»[34].

Ad ulteriore dimostrazione della sostanziale uniformità della giurisprudenza UE a quella della Corte EDU si può richiamare la recente pronuncia C-69/21, dove – relativamente ai trattamenti inumani e degradanti, sanzionati nella UE attraverso la Carta dei diritti, all'art. 4 – si sostiene: «dalla giurisprudenza della Corte [di Giustizia] risulta in modo costante che la soglia di gravità richiesta in materia, ai fini dell'applicazione dell'articolo 4 della Carta, equiva-

[30] Tale direttiva è stata abrogata dalla direttiva 2011/95/UE, la quale, a sua volta, è stata recentemente abrogata dal Reg. (UE) 2024/1347. Tuttavia, questi due ultimi atti normativi hanno confermato i contenuti del sopra citato art. 15, direttiva 2004/83/CE.

[31] In tal senso, cfr. S. Difrancesco, *op. cit.*, 501 s.

[32] Così G. Moschella, *op. cit.*, 478 s.

[33] È il caso della direttiva 2003/109/CE (relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo), art. 5, par. 1, lett. b), laddove tra le «condizioni per acquisire lo status di soggiornante di lungo periodo» si richiede «un'assicurazione malattia contro tutti i rischi solitamente coperti per i propri cittadini nello Stato membro interessato».

[34] Cfr. A. Albanese, *op. cit.*, 21. Interessanti anche CGUE, causa C-558/14, 21 aprile 2016, e CGUE, causa C-310/08, 23 febbraio 2010.

le alla soglia di gravità richiesta, nelle stesse circostanze, in forza dell'articolo 3 della CEDU»[35] secondo quanto determinato dalla Corte di Strasburgo. In questa pronuncia il giudice di Lussemburgo stabilisce che la normativa europea non consente di adottare «un provvedimento di allontanamento nei confronti di un cittadino [irregolare] di un paese terzo» (par. 76), nel caso in cui egli sia un malato grave e se, allo stesso tempo, sussistano, da un lato «un rischio reale di aumento del suo dolore, a causa del divieto, nel paese di destinazione, dell'unica terapia analgesica efficace» (par. 67), e dall'altro «seri e comprovati motivi per ritenere che il suo rimpatrio possa esporlo, a causa dell'indisponibilità di cure adeguate nel paese di destinazione, a un rischio reale di riduzione significativa dell'aspettativa di vita» (par. 66). Anche in questo caso la serietà della patologia è tale per cui l'eventuale espulsione avvicinerebbe il migrante alla morte per l'incapienza sanitaria del paese d'arrivo, configurando così gli estremi del trattamento inumano e degradante.

Nella causa C-562/13 la Corte di Giustizia, sempre in riferimento ad un migrante irregolare in attesa di espulsione, statuisce il rinvio del suo allontanamento, poiché in questo caso si sono realizzate quelle condizioni eccezionali ipotizzate dalla Corte EDU per il trattamento *ex* art. 3 CEDU, giacché «le ragioni umanitarie che depongono contro tale allontanamento sono imperative» (par. 47)[36]. L'eccezionalità, in particolare, è caratterizzata «dalla gravità e dall'irreparabilità del pregiudizio derivante dall'allontanamento di un cittadino di paese terzo verso un paese in cui esiste un serio rischio di […] deterioramento grave e irreversibile delle sue condizioni di salute» (par. 50), in quanto incapace di adottare terapie adeguate a fronteggiare la grave malattia del migrante. Appare allora chiara la valutazione della CGUE, che vede nella irreparabilità del pregiudizio e nel pericolo di irreversibilità dello stato di salute del migrante gli estremi della eccezionalità di questa situazione, in quanto il complesso di tali elementi segnerebbe 'un punto di non ritorno' nelle condizioni fisiche del ricorrente, cui poi si sommerebbe l'incapienza sanitaria del paese di destinazione. In questo contesto l'allontanamento dello straniero lo esporrebbe ad un trattamento inumano e degradante riconosciuto nell'ordinamento UE dall'art. 4, Carta di Nizza.

Allo stesso tempo, sempre nella causa C-562/13 la Corte di Lussemburgo ha stabilito che durante il periodo di rinvio dell'allontanamento il paese ospitante deve farsi carico delle necessità primarie di questo tipo di stranieri, cioè quelli con soggiorno irregolare, per cui, ai sensi dell'art. 14, par. 1, lett. b, direttiva 2008/115/CE, bisogna garantire loro, in attesa del rimpatrio, «le

[35] CGUE, causa C-69/21, 22 novembre 2022, par. 65.
[36] CGUE, causa C-562/13, 18 dicembre 2014.

prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie» (parr. 58-59), il che sembra rappresentare uno standard di tutela sanitaria che a questi ultimi deve essere comunque riconosciuta[37].

Un argomento affine è affrontato nella causa C-578/16, il cui oggetto è il trasferimento di un richiedente asilo con disturbi psichiatrici da un paese membro ad altro Stato membro, perché di primo approdo. Secondo la CGUE tale trasferimento deve essere evitato quando comporta il pericolo di trattamenti inumani o degradanti, *ex* art. 4, Carta dei diritti UE, che si verificherebbero dinanzi ad un «rischio reale e acclarato di un deterioramento significativo e irrimediabile dello stato di salute dell'interessato»[38]. Il problema era rappresentato dall'ipotesi di un trasferimento verso uno Stato membro in cui vi era il serio timore di «carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo» (par. 60). Tale pronuncia sembra, però, rafforzare, com'è stato sottolineato, la protezione sanitaria nei riguardi dei migranti, in quanto ha chiarito per un verso che la salute deve essere garantita anche «durante la fase del trasferimento», per l'altro che la tutela sanitaria deve essere privilegiata – almeno quando ne ricorrono le condizioni – «sull'esigenza di attuazione della procedura» di allontanamento, che non a caso può essere sospesa[39].

È utile altresì sottolineare che la fattispecie della suddetta causa C-578/16 nasce dal differente significato che le legislazioni dei diversi Stati membri assegnano alla locuzione «trattamento essenziale delle malattie», *ex* art. 14, par. 1, lett. b, direttiva 2008/115/CE, con riferimento ai migranti irregolari; ciò naturalmente implementa i c.d. movimenti secondari tra i paesi membri dell'UE, né si è riusciti, al momento, ad adottare soluzioni normative europee in grado di «uniformare le modalità con le quali i migranti potranno avere accesso a tali cure e trattamenti»[40].

4. *Brevi osservazioni a mo' di conclusione (… ma non troppo!)*

L'esaminata giurisprudenza della Corte EDU e della CGUE fa emergere una serie di profili problematici che si proverà ora ad illustrare, seppure bre-

[37] Cfr. C. Gulotta, *op. cit.*, 751. In questa fattispecie, secondo P.A. Fernández Sánchez, *op. cit.*, 60, a seguito di una malattia grave del migrante irregolare «prevale il suo diritto alla dignità, vale a dire cioè che il diritto alla salute ha la precedenza sul diritto dello Stato al rimpatrio degli immigrati irregolari». Sulla causa C-562/13, v. ancora S. Centonze, S. Anastasio, *Protezione dei migranti: Corte EDU e Corte di giustizia a confronto*, in a cura di F. Buffa, M.G. Civinini, *La Corte di Strasburgo*, *Gli Speciali di Questione Giustizia*, aprile 2019, 397.

[38] CGUE, causa C-578/16, 16 febbraio 2017, dispositivo della sentenza.

[39] Così si esprime C. Gulotta, *op. cit.*, 758 s.

[40] Ancora C. Gulotta, *op. cit.*, 743 s.

vemente. Innanzitutto, gli orientamenti della Corte di Strasburgo – a cui poi si uniforma la Corte di Lussemburgo – evidenziano l'eccezionalità della tutela della salute in materia di immigrazione irregolare, tant'è vero che il suo presupposto è quello di una persona vicina alla morte o, tutt'al più, di un soggetto che potrebbe subire un danno grave e non reversibile nell'ipotesi di un ritorno in Patria, tale da rendere imperative le ragioni umanitarie a tutela della persona. In questo contesto il 'semplice', seppure reale, rischio di aggravamento della salute del migrante non integra gli estremi del trattamento inumano e degradante, contrario rispettivamente all'art. 3 CEDU e all'art. 4 della Carta dei diritti di Nizza. D'altronde, come si è già rilevato, tale indirizzo si giustifica, dal lato della Corte EDU, per un debole quadro normativo a tutela della salute dei migranti[41], e dal lato della CGUE, per un ordinamento europeo che privilegia la dimensione economica e solo occasionalmente tutela i diritti sociali. Tutto ciò, però, ci allontana dall'idea di salute suggerita dalla scienza medica come completo benessere psico-fisico della persona, mentre ci avvicina all'idea di salute «come stato o rischio di malattia o infermità»[42].

La naturale conseguenza di quest'orientamento giurisprudenziale, nelle ipotesi di conflitto tra il dato assiologico della salute e i costi della spesa sanitaria a favore dei migranti, è quello di ritenere prevalenti nel bilanciamento gli interessi della finanza pubblica a danno dell'universalità del diritto. Se poi alle esigenze finanziarie si aggiungono quelle della sicurezza[43], nel senso del potere dello Stato di controllare i propri confini nazionali, allora l'istanza umanitaria, quale elemento del rapporto conflittuale, assume quasi sempre un carattere recessivo all'esito della ponderazione[44].

Tuttavia, se è vero che i poteri di confine dello Stato risultano spesso prevalenti, è altrettanto vero, però, che esistono «standard "minimi" dei diritti degli stranieri», tra cui quello alla salute, che «coincidono con il nucleo irriducibile dei diritti umani […] riconosciuti dall'art. 15 della Convenzione europea

[41] Cfr. A. Albanese, *op. cit.*, 14, la quale opportunamente sottolinea che «i diritti sociali sono […] tutelati di riflesso rispetto ai diritti sanciti nella Convenzione».

[42] In tal senso, cfr. F. Biondi Dal Monte, E. Rossi, *Il diritto alla salute come presupposto*, cit., 70.

[43] Le istanze di sicurezza, com'è ovvio, si collegano soprattutto al fenomeno della migrazione irregolare.

[44] Cfr. G. Moschella, *op. cit.*, 474 s., che evidenzia come il problema dell'immigrazione sia divenuto «un problema di ordine pubblico», a causa dell'insicurezza sociale ed economica. Sul tema del bilanciamento, cfr. A. Albanese, *op. cit.*, 21, nonché F. Biondi Dal Monte, E. Rossi, *Il diritto alla salute come presupposto*, cit., 66, i quali richiamano la giurisprudenza della Cassazione sul «bilanciamento tra le esigenze di ordine pubblico e la tutela del diritto alla salute dello straniero».

dei diritti dell'uomo»[45]. Pertanto, anche a livello europeo, pur nella carenza normativa che al riguardo contraddistingue tale ordinamento, è configurabile comunque un contenuto essenziale del diritto alla salute applicabile qualunque sia la condizione del migrante, regolare o irregolare; a ciò si aggiunga l'esistenza della clausola della dignità umana che ancor di più supporta l'esistenza di un nucleo irriducibile dei diritti fondamentali, dal momento che il valore della dignità, com'è noto, non è mai parte del rapporto conflittuale tra diritti (prevalente e recessivo), quanto invece punta ad essere il vero criterio di ponderazione di quel conflitto.

Proprio sul tema del nucleo essenziale del diritto alla salute a livello UE, è interessante quella giurisprudenza della CGUE che impone agli Stati di applicare, ai sensi dell'art. 14, par. 1, lett. b, direttiva 2008/115/CE, «le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie» in favore dei migranti prima del rimpatrio. Ciò sembrerebbe avvicinarsi a quanto stabilito in Italia dall'art. 35, 3° co., T.U.I. quando garantisce le «cure ambulatoriali ed ospedaliere *urgenti o comunque essenziali* (corsivo nostro), ancorché continuative» per gli stranieri irregolari, il che, sotto il profilo del diritto interno, integra gli estremi di quel «nucleo irriducibile» del diritto alla salute riconosciuto dall'art. 32 Cost., come sottolineano i giudici della Consulta. In sede europea, però, non si è ancora precisato il contenuto della formula normativa *prestazioni sanitarie d'urgenza e trattamento essenziale delle malattie*, come al contrario è accaduto nell'ordinamento italiano con la già menzionata Circolare del Ministero della Salute n. 5/2000.

Tuttavia, il costante richiamo, come è emerso in questo contributo, della Corte di Giustizia UE alla giurisprudenza della Corte EDU – particolarmente rigorosa nel riconoscere la tutela della salute a favore dei migranti irregolari – pare in realtà contraddire gli orientamenti della CGUE rispetto agli indirizzi dell'ordinamento italiano e della nostra Corte costituzionale[46]. Difatti, il riferimento delle cure essenziali – da parte della Circolare ministeriale – anche «a patologie non pericolose nell'immediato o nel breve termine» rappresenta sicuramente una soglia più garantista nella tutela della salute rispetto a quanto

[45] Cfr. P.A. Fernández Sánchez, *op. cit.*, 72, mentre sui poteri di confine, per una definizione, cfr. F. Olivieri, *I "poteri di confine" e i loro limiti. Per una genealogia del diritto italiano dell'immigrazione*, in a cura di F. Biondi Dal Monte, E. Rossi, *Diritti oltre frontiera*, Pisa, 2020, 117.

[46] Difatti, secondo C. Corsi, *op. cit.*, 62, rispetto ai giudici della Consulta «la Corte di Strasburgo […] [cui si richiama la CGUE] accede ad una interpretazione più restrittiva […] dei motivi di salute che possono non consentire un'espulsione». Cfr. L. Mezzetti, *op. cit.*, 16, il quale cita anche la giurisprudenza della Corte di cassazione in Italia sul diritto alla salute dello straniero in caso di espulsione.

richiesto dalla Corte EDU, che riconosce la necessità di proteggere la salute del migrante, vicino all'espulsione, soltanto nei casi eccezionali di deterioramento irreversibile dello stato di salute, se non addirittura nei casi di prossimità alla morte del paziente.

Ancora una volta emerge un grado di tutela della salute per nulla conforme all'ampia definizione che di essa dà l'OMS. Ciò vale maggiormente nel fenomeno migratorio, dove, oltre all'aspetto fisico e psicologico, rilevano anche gli aspetti culturali del migrante, come sottolinea la medicina delle migrazioni. È necessario, per rendere effettiva la tutela, superare le barriere linguistiche, come anche le barriere organizzative, nel caso, ad esempio, di donne migranti che vogliono essere visitate solo da medici dello stesso genere[47]. Tutto quest'ambito disegna, allora, una dimensione molto più ampia della salute rispetto a quella, purtroppo, estremamente ristretta e rigorosa che emerge dalla giurisprudenza europea.

[47] Cfr. S. Geraci, I. El Hamad, *Migranti e accessibilità ai servizi sanitari: luci e ombre*, in *Italian Journal of Public Health*, n. 3, 2011, 17, che illustrano le diverse barriere ai fini delle prestazioni socio-sanitarie: «barriere linguistiche; barriere comunicative; barriere interpretative; barriere comportamentali». Opportunamente C. Cavallari, I. Ruggiu, *op. cit.*, 43, sottolineano come in un prossimo futuro le tematiche del multiculturalismo richiederanno un sempre maggiore e «attento bilanciamento tra diritti culturali e diritto alla salute».

Vasco Fronzoni[*]

RIFLESSIONI SU LAICITÀ E LIBERTÀ RELIGIOSA PER UNA DECOSTRUZIONE DEL PARADIGMA SULLE "MOSCHEE ABUSIVE", TRA ESIGENZE DI SICUREZZA E ISTANZE DI INCLUSIONE SOCIALE. IN DIALOGO CON SALVATORE PRISCO

SOMMARIO: 1. L'Islam in Italia: la percezione problematica di una religione che avanza. – 2. Il paradigma sulle "moschee abusive". – 3. Luoghi di culto e sicurezza. – 4. Riflessioni conclusive.

1. *L'Islam in Italia: la percezione problematica di una religione che "avanza"*

Caro Salvatore, approfitto dell'occasione fornitami dalla partecipazione al "*Liber Amicorum*" per darti del "tu", cosa che non ho mai inteso fare prima, nonostante i tuoi numerosi inviti in tal senso, per sentirmi così ancor più vicino a te, proprio come avviene tra Amici, ed a testimonianza degli alti sensi di stima ed affetto che mi legano al Maestro.

Anno dopo anno, corso dopo corso, durante le lezioni di "Istituzioni di diritto pubblico" alle quali mi invitavi per parlare ai tuoi allievi di Islam, ci siamo confrontati molte volte sul tema dell'articolazione dei diritti nelle "democrazie illiberali" e sulle richieste di tutela di libertà e di riconoscimento di diritti avanzate dalle comunità diasporiche musulmane residenti in Italia.

Nel corso del tempo, il confronto tra queste istanze confessionali ed alcuni principi del nostro ordinamento, declinati talvolta nell'accezione indicata dalle corti europee, ha a più riprese investito tribunali e corti nazionali, dando peraltro spunto alla dottrina, ed a te, di ragionare in senso multidisciplinare sulle ricadute del fattore religioso nelle società plurali.

Difatti, tra tante altre questioni, ti sei occupato di alcune vicende specifiche dell'Islam, talvolta discusse assieme, che hai poi condensato in riflessioni condotte con acume e licenziate in scritti poderosi, a tratti positivamente provocatori, che hai regalato ai tuoi studenti ed alla comunità scientifica.

Ricordo l'analisi del principio di laicità e libertà religiosa in senso formale, operata nella ricostruzione di una vicenda giudiziaria inerente l'esposizione dei simboli religiosi nella scuola, una battaglia ideale tra tradizione valoriale per

[*] Associato di Diritto e religione, Università telematica Pegaso, vasco.fronzoni@unipegaso.it.

l'affissione del crocifisso nelle aule scolastiche ed innovazione religiosa per la sua defissione, che ha consentito l'approfondimento del rapporto tra confessioni storicamente dominanti e quelle minoritarie di più recente insediamento, peraltro ancora sprovviste di intesa approvata con legge, quale l'Islam. Tale relazione, ancorata sull'ampio riconoscimento della libertà religiosa in forma singola o associata, nonché sulla riconosciuta facoltà di proselitismo e di esercizio pubblico o privato del culto ex art. 19 Cost., richiede una riflessione sui limiti del relativismo filosofico, etico e religioso, nonché sul grado di apertura o di diffidenza delle istituzioni liberali nei confronti di tradizioni differenti, che potrebbero apparire antagoniste e potenzialmente capaci di minarne i fondamenti[1].

Riflessioni analoghe, sebbene condotte da una prospettiva diversa, hanno riguardato una nuova indagine sul principio di laicità, immaginato come un «atteggiamento mentale» di due diversi gruppi provenienti da sponde opposte di un ponte, che per attraversarlo in sicurezza, potranno non rinunciare ai loro beni se sceglieranno di portare solo quelli strettamente indispensabili, elaborata valorizzando il fattore religioso nella dimensione pubblica in occasione del commento di un'altra sentenza riguardante l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche[2].

Il commento di una sentenza amministrativa sull'insegnamento religioso nella scuola dell'obbligo, ti ha fornito l'occasione per suggerire di aggiornare la materia affetta da "deficit attentivo", in un'Italia oramai plurale, e fornire delle "prime cure", attraverso l'inserimento dell'insegnamento non rifiutabile di storia delle religioni, impartito con opportuno approccio ideale e metodologico da personale qualificato e gestito in modo dialogico[3].

Vi è poi stata l'organizzazione di una tavola rotonda per il commento della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale[4] sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, che ha alimentato una lettura a più voci sui temi dei diritti

[1] Sulla vicenda, Cfr. S. Prisco, *Il valore della laicità e il senso della storia*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino, 2004, 273 ss.; S. Prisco, *Politica, religione, laicità dello Stato. Luci ed ombre del caso italiano*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, settembre 2008, 11 ss.

[2] S. Prisco, *La laicità come apertura al dialogo critico nel rispetto delle identità culturali (riflessioni a partire da Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, n. 24414 del 2021)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 21/2021, 11 ss.

[3] S. Prisco, *Il Tar Lazio e i docenti della religione cattolica. Osservazioni a prima lettura*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, settembre 2009, 12.

[4] Corte costituzionale, sentenza n. 138/2010 del 14/04/2010, depositata il 15/04/2010 (Pres. Amirante – Red. Criscuolo).

delle persone di orientamento omosessuale, dell'idea di famiglia, delle unioni di fatto, di DICO e PACS[5].

In un altro lavoro, hai condotto una rassegna dei diversi modelli attraverso i quali le democrazie occidentali hanno inteso interagire istituzionalmente con i musulmani presenti sul loro territorio, tra l'altro foriera di una prima disamina del *bouleversement* istituzionale che si stava in quel mentre manifestando durante le cosiddette "Primavere arabe", ed hai approntato un icastico elenco delle principali istanze confessionali delle comunità musulmane diasporiche[6].

Ancora, tristi vicende di cronaca legate al terrorismo internazionale ed alla deriva fondamentalista e patologica dell'Islam politico, appalesatesi tragicamente in Francia a inizio 2015 nella redazione del giornale satirico "Charlie Hebdo", ti hanno fatto derogare dalla regola aurea del "*non expedit*" schierarsi, firmando un appello a difesa della libertà di coscienza, di pensiero, di espressione e di religione. Per te, la sottoscrizione di un atto moralmente doveroso in nome della tutela della dignità umana, valore fondamentale e non bilanciabile, prim'ancora che della salvaguardia del diritto di essere, pensarsi e manifestarsi diversi[7].

Partendo da quelle considerazioni, in questo nostro dialogo virtuale, intendo analizzare il tema della libertà religiosa e degli edifici di culto musulmani in Italia oggi, lungo le coordinate ermeneutiche del principio di laicità, articolate nel tuo percorso di riflessione[8]. L'analisi verrà condotta attraverso la lente della sicurezza e dell'inclusione sociale.

La dilagante «paura liquida»[9] causata dall'insorgenza del terrorismo sedicente islamico, unitamente alle conseguenze dei flussi migratori e la connotazione oramai multi-dimensionata della nostra società, ha inscindibilmente unito ogni riflessione sulla libertà religiosa al tema della sicurezza, come si vedrà meglio *infra*, favorendo una lettura securitaria del comparto "sicurezza

[5] Cfr. S. Prisco (a cura di), *Amore che vieni, amore che vai… Unioni omosessuali e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2012.

[6] «*Erezione di luoghi di culto, disciplina di cimiteri e sepolture, istruzione religiosa in sede scolastica, preparazione del cibo in mense e refettori, macellazione rituale degli animali, ingresso negli ordinamenti occidentali di istituti islamici connessi allo statuto personale, assistenza spirituale di ammalati e ristretti, organizzazione del lavoro che tenga conto delle esigenze cultuali giornaliere e delle festività religiose*». S. Prisco, *I modelli istituzionali di integrazione musulmana in Europa e il caso dell'"Islam italiano"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, febbraio 2011, 8.

[7] S. Prisco, *Je suis Charlie, mais il faut réfléchir*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, gennaio 2015.

[8] Cfr. S. Prisco, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2009.

[9] È stata così definita quella sensazione di precarietà dovuta ad una minaccia che si intravede ovunque ma che non si mostra mai chiaramente, qual è appunto quella causata dal terrorismo. Z. Bauman, *Paura liquida*, Bari, 2008.

e ordine pubblico", tale da condizionare anche l'esercizio stesso della libertà religiosa[10].

È stato osservato come l'attuale periodo storico sia caratterizzato, in Italia, da una narrazione del diritto di libertà religiosa molto più attenta ai suoi limiti, espressi o impliciti, che ai suoi contenuti[11], soprattutto in relazione alla legittimità di restrizioni preventive all'esercizio della libertà religiosa. E se in un primo periodo del nostro costituzionalismo il controllo si è rivolto essenzialmente verso il fenomeno delle sette, soprattutto a partire dalle Torri gemelle e successivamente dagli attentati in Francia e Belgio tra il 2015-2016, l'attenzione maggiore si è definitivamente polarizzata sull'Islam.

Difatti, i flussi migratori degli ultimi decenni hanno determinato un radicale cambiamento della composizione religiosa della popolazione residente nella penisola, che ha visto avanzare culti non autoctoni in senso significativo. Infatti, nel corso del tempo si è assistito ad un atteggiamento ambivalente verso il "pluralismo", che è nato negli anni '80 del secolo scorso come un valore, successivamente è diventato un principio ed oggi costituisce un dato di fatto,

[10] Sul punto, *ex multis*, F. Alicino, *Sicurezza, ordine pubblico e libertà religiosa di fronte al terrorismo internazionale*, in *Coscienza e Libertà – Religione e sicurezza integrata*, 67/2024, 173 ss.; N. Marchei, D. Milani, (a cura di), *Places of Worship, Security and the Public Space in the Case Law of the Italian Constitutional Court*, Torino, 2023; A. Negri, *Radicalizzazione religiosa e de-radicalizzazione laica*, Roma, 2023; A. Casiere, *Il jihadismo digitale. Libertà religiosa, sicurezza, democrazia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 7/2023; P. Consorti, *Diritto e religione. Basi e prospettive*, Bari, 2023; G. Tropea, R. Parisi, *Sicurezza sussidiaria e libertà religiosa*, in *Federalismi.it*, 11/2023, 300 ss.; N. Colaianni, *Libertà di religione e sicurezza. Il test del terrorismo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 8/2023; P. Floris, *In tema di libertà religiosa collettiva: nuovi problemi, vecchie norme, possibili soluzioni*, in Aa.Vv., *Università degli studi di Cagliari. Studi economico-giuridici. Annali 2022*, I, Napoli, 2022, 423 ss.; G. Fattori (a cura di), *Libertà religiosa e sicurezza. Con la prima traduzione italiana delle Linee Guida OSCE 2019 su Libertà di religione o convinzione e sicurezza*, Pisa, 2021; N. Colaianni, *Sicurezza e prevenzione del terrorismo cosiddetto islamista: il disagio della libertà*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 32/2019; F. Alicino, *Lo Stato laico costituzionale di diritto di fronte all'emergenza del terrorismo islamista*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2/2018; N. Fiorita, P. Consorti, *La libertà religiosa nell'era della sicurezza*, in *Rivistailmulino.it*, 19/04/2016; P. Consorti, *La libertà religiosa nel terzo millennio: tra crisi di sicurezza e paura*, in F. Dal Canto, P. Consorti, S. Panizza (a cura di), *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e rischi per la sicurezza*, Pisa, 2016; G. B. Varnier, *Libertà, sicurezza e dialogo culturale come coordinate del rapporto tra islam e occidente*, in G. B. Varnier (a cura di), *La coesistenza religiosa: nuova sfida per lo Stato laico*, Soveria Mannelli, 2008; M. C. Folliero, *Libertà religiosa e società multiculturali: la risposta italiana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, giugno 2008; G. Casuscelli, *La libertà religiosa alla prova dell'Islam: la peste dell'intolleranza*, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, luglio 2008; R. Mazzola, *La convivenza delle regole. Diritto, sicurezza e organizzazioni religiose*, Milano, 2005.

[11] N. Marchei, *Ordine pubblico ideale e materiale: quale libertà religiosa?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 15/2024, 1.

dovendosi sul punto prendere atto che l'Islam è la seconda religione più praticata in Italia dopo il cattolicesimo.

Ma quali sono i numeri dei credenti musulmani sul territorio nazionale?

Una tracciabilità statistica dell'elemento confessionale ed una stima demografica della popolazione musulmana in Italia incontra evidenti ed oggettive difficoltà, non solo per ragioni legate alla *privacy*, ed ogni proiezione in ordine alla presenza più o meno stabile di musulmani sul territorio nazionale può risultare pertanto fallace, proprio in considerazione del metodo di indagine utilizzato, che generalmente si basa sul dato "Paese di provenienza/appartenenza confessionale".

Questa metodologia, come detto opinabile, interfacciata con dati raccolti da centri studi e ricerche e con algoritmi elaborati da società interinali[12], porta a fissare la presenza dei musulmani in Italia, tra credenti immigrati e autoctoni convertiti, in 3/4 milioni, dunque tra il 5 e il 6,7% della popolazione[13].

E rispetto a questo numero, presunto, di musulmani, quanti sono i loro luoghi di culto?

In Italia ci sono circa 1.000 luoghi di culto, tra moschee architettonicamente identificabili (meno di 15), sale da preghiera e centri culturali islamici, con riferimenti numerici che possono oscillare, attesa la non ufficialità o anche la clandestinità di molti di questi ambienti[14].

Eppure, nonostante i numeri consistenti, tale religione ancor oggi non è formalmente riconosciuta dallo Stato italiano, che com'è noto regola per legge i rapporti con le confessioni religiose diverse dalla cattolica, sulla base di intese ex art. 8, comma 3, Cost.

Non solo non è intervenuta nessuna regolamentazione delle relazioni tra Stato ed associazionismo religioso musulmano in termini di bilateralità pattizia ma, anzi, per specifici motivi geopolitici riferibili anche al terrorismo e all'immigrazione più che per la tutela di una primazia confessionale (pur essendo

[12] Per approfondimenti, si possono consultare i dati e la metodologia di indagine del Pew Reseach Center (https://www.pewresearch.org/), di Statista (https://www.statista.com).

[13] Sul punto, cfr. anche Centro Studi e Ricerche IDOS, *Dossier statistico Immigrazione 2024*, Roma, 2024; Caritas, Migrantes, *XXXIII Rapporto immigrazione 2024*, Roma, 2024; F. Ciocca, *Musulmani in Italia: una presenza stabile e sempre più italiana*, in *Lenius*, 3/01/2023; F. Ciocca, *L'Islam italiano. Un'indagine tra religione, identità e islamofobia*, 2019, Milano.

[14] Cfr. A. Fabbri, *Il diritto allo spazio di preghiera tra laicità e pluralismo religioso*, Torino, 2024, 128 ss.; A. Cuciniello, *Luoghi di culto islamici in Italia: tipologie e dati, Milano*, 2017. Più risalenti, quindi meno attendibili per i dati numerici indicati ma comunque utili, risultano gli scritti di K. Rhazzali, M. Equizi, *I musulmani e i loro luoghi di culto*, in E. Pace (a cura di), *Le religioni nell'Italia che cambia. Mappe e bussole*, Roma, 2013; M. Bombardieri, *Moschee d'Italia. Il diritto al luogo di culto. Il dibattito sociale e politico*, Bologna, 2011; S. Allievi, *La guerra delle moschee. L'Europa e la sfida del pluralismo religioso*, Venezia, 2011.

evidente e ben presente, ancora, un confessionismo «strisciante»[15] statale), sulla questione religiosa è prevalsa quella della sicurezza.

Infatti, invece di seguire la strada tracciata nella Costituzione, i governi che si sono succeduti hanno preferito attivare iniziative assunte fuori dal canale costituzionale e siglare di volta in volta alcuni accordi su singoli aspetti[16]. Tant'è vero che in dottrina si è sempre più parlato di "eccezione islamica"[17], riferendosi alla tendenza consolidata dai vari governi a gestire le relazioni con l'Islam in modo emergenziale ed in un contesto eccezionale, diverso da quello riservato alle altre confessioni religiose. Una perenne emergenza, decisa per opportunità politica[18].

Intanto, le comunità islamiche in Italia continuano a essere prive sia del riconoscimento come confessioni religiose, sia dello status giuridico di enti di culto in base alla legge sui culti ammessi del 1929[19], eccezion fatta per il Centro culturale d'Italia - Grande Moschea di Roma. Conseguentemente, le loro attività seguono la disciplina prevista dal nostro ordinamento per l'associazionismo e per le cooperative sociali.

Sul punto, l'orientamento della giurisprudenza amministrativa indica che l'unico modo per legittimare un ente a richiedere e ottenere dai governi del

[15] Espressione significativa coniata da M. Tedeschi, *Quale laicità? Fattore religioso e principi costituzionali*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1/1993, 569.

[16] La prima iniziativa fu adottata nel 2005 con l'istituzione della Consulta per l'Islam italiano. Sul punto, tra altri, cfr. G. Macrì, *Immigrazione e presenze islamiche in Italia: la Consulta per l'Islam italiano (un breve commento)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, marzo 2007. A questo primo intervento, nel corso del tempo e dell'avvicendamento governativo, ne sono seguiti altri, ampiamente commentate in dottrina. *Ex multis*, cfr. A. Ferrari, *Il "Governo Giallo-Verde" di fronte all'Islam: l'eredità della XVII legislatura*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2018.

[17] Cfr. A. Ferrari, *Il "Governo Giallo-Verde" di fronte all'Islam: l'eredità della XVII legislatura*, cit., 2; P. Consorti, *Il "Patto nazionale per un Islam italiano"*, in *Diritto e religioni – News*, 06/02/2017; P. Cavana, *Islam e Sistema delle Fonti in Italia*, in C. Cardia, G. Dalla Torre (a cura di) *Comunità Islamiche in Italia. Identità e Forme Giuridiche*, Torino, 2015, 54; N. Fiorita, D. Loprieno, *Islam e Costituzionalismo*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale*, 14/2017, 16; S. Allievi, *Islam bianco rosso verde*, in *Jesus*, 10/2011, 42.

[18] In tal senso si esprime C. Sbailò, *Islam in Italia: una questione politica, non di libertà religiosa. La via degli accordi interstatuali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 luglio 2017.

[19] Legge 1129 del 24/06/1929 rubricata «*Disposizioni sull'esercizio dei culti ammessi nello Stato e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti medesimi*». La dottrina maggioritaria si è più volte espressa sulla necessità di un aggiornamento di tale normativa, emanata in una Italia invero molto diversa da quella attuale, o anche per una rivisitazione organica della materia. Tra altri, cfr. R. Zaccaria, S. Domianello, A. Ferrari, P. Floris, R. Mazzola (a cura di), *La legge che non c'è. Proposta per una legge sulla libertà religiosa in Italia*, Bologna, 2019; A. Ferrari, *Una legge quadro per il diritto di libertà religiosa. La proposta del gruppo di studi Astrid*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2017; V. Tozzi, G. Macrì, M. Parisi (a cura di), *Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulle libertà religiose*, Torino, 2010.

territorio una licenza edilizia o il cambio di destinazione d'uso di un immobile per l'erezione e gestione di un edificio di culto, è proprio la strada del riconoscimento nelle forme previste dalla citata legge sui culti ammessi[20]. Analogamente, il Consiglio di Stato ritiene che un'associazione di promozione sociale non possa svolgere attività di culto e non possa quindi aprire una sala di preghiera, in ragione della presunta incompatibilità di tali attività con i suoi fini istituzionali[21].

L'affermarsi del pluralismo religioso nelle città italiane attribuisce così alle amministrazioni locali, come meglio si vedrà, la gestione di problematiche inedite oltre agli ordinari problemi di integrazione degli immigrati, e ciò influenza nel concreto la vita personale e familiare delle comunità amministrate.

Ricordando sempre le tue riflessioni sulla laicità lungo questo percorso di indagine, e richiamando la tua definizione positiva di "laicità accogliente", l'analisi che segue ruota attorno all'idea di una laicità inclusiva e non escludente. Ma è anche vero che tale principio non è costituzionalizzato, ma è stato elaborato negli anni '90 del secolo scorso in sede tecnica da un giudice, quindi è ben strutturato in chiave giuridica ma è poco permeato in ambito politico ed ancor meno in termini sociali.

Anche da quest'ultimo assunto discendono le difficoltà esaminate di seguito.

2. *Il paradigma sulle "moschee abusive"*

La disponibilità di luoghi formalmente dedicati al culto costituisce una delle principali criticità dell'ordinamento italiano rispetto ad una concreta attuazione del diritto di libertà religiosa, resa in maniera non discriminatoria e senza limiti geografici in tutto il territorio nazionale. Le istanze delle comunità nell'ottenimento di spazi idonei dedicati al culto incontrano notevoli difficoltà, soprattutto in considerazione delle resistenze da parte degli amministratori locali a concedere autorizzazioni per il mutamento di destinazione d'uso di edifici preesistenti da adibire a sale da preghiera, ovvero nel rilascio del permesso per la costruzione di nuove moschee.

Le contrastanti esigenze religiose delle comunità insediate sul territorio rappresentano in molti contesti urbani una fonte di tensione che può sfociare, ed in alcuni casi è realmente sfociata, in vere e proprie problematiche di ordine pubblico. È quanto sta avvenendo in molte città d'Italia, dove si registrano da tempo aspri dibattiti (che spesso hanno alimentato veri e propri conflitti urba-

[20] In tal senso, Cons. Stato, IV, sent. 369 del 25/05/1979; Cons. Stato, VI, sent. 2331 del 17/04/2009.

[21] In tal senso, Cons. Stato, V, sent. 81 del 15/01/2013.

ni) in merito alla richiesta delle comunità islamiche locali di adeguati luoghi di culto e vere e proprie resistenze dei residenti delle aree interessate, che tentano in tutte le maniere di ostacolare la realizzazione di tali progetti edilizi.

Un quadro legislativo e giurisprudenziale nazionale alquanto restrittivo ed un atteggiamento oppositivo a livello locale asseconda un «crescente mimetismo»[22] da parte delle comunità islamiche, che tendono a praticare i loro riti cultuali in clandestinità, allestendo sale di preghiera in sedi che formalmente non potrebbero essere gestite da associazioni, che sostanzialmente risultano insicure ed inidonee all'esercizio in forma collettiva della libertà religiosa.

Eppure, già a partire dal 1958 ed anche tramite pronunce successive la Corte costituzionale[23] ha costantemente ribadito che la disponibilità di un luogo di culto costituisce il presupposto indispensabile per garantire l'esercizio del diritto di libertà religiosa, a tutti, in conformità dell'art. 19 Cost., in modo invero più ampio rispetto alle limitazioni contemplate dall'art. 9 CEDU.

È chiaro che nell'affermazione di un diritto vanno emarginati anche i possibili limiti al suo esercizio, spesso apposti come anticipato dalle istituzioni deputate al governo del territorio, ancorché in chiave urbanistica, nonché la loro eventuale valutazione in sede giurisdizionale, come appunto si vedrà *infra*.

Ebbene, rispetto a tali limiti imposti ai vari livelli (Stato centrale, governo regionale e amministrazioni comunali) il concetto di pluralismo posto a corollario della declinazione del principio di laicità rappresenta per le comunità confessionali prive di intesa un baluardo formale, ma nella sostanza molto fragile.

Il principale ostacolo all'attuazione del diritto per i musulmani di pregare in modo adeguato, viene oggi rappresentato da alcune leggi regionali emesse per la pianificazione del territorioadottate con un richiamo strumentale ad esigenze di sicurezza pubblica, e dall'atteggiamento discriminatorio di certe amministrazioni comunali, veicolato attraverso ostacoli burocratici.

Questo ostruzionismo è stato rafforzato dalla riforma del Titolo V della Costituzione, che ha contribuito non poco ad una attuazione del principio di libertà religiosa "a macchia di leopardo", in modo non solo non uniforme[24], ma addirittura discriminatorio per la confessionalità musulmana. Inoltre, e probabilmente con esiti ancor più nefasti, si devono registrare gli effetti attuativi,

[22] In tal senso, P. Cavana, *Libertà di religione e spazi per il culto tra consolidate tutele e nuove comunità religiose*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 20/2019, 36.

[23] Corte costituzionale, sentenza n. 59/1958 del 18/11/1958, depositata il 24/11/1958 (Pres. Azzariti).

[24] Per un commento sugli effetti della sussidiarietà amministrativa, tra altri, si veda A. Licastro, *Libertà religiosa e competenze amministrative decentrate*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, novembre 2010.

peraltro ancora tutti da scrivere, della legge sull'autonomia differenziata n. 86 del 26 giugno 2024, per ora oggetto di una sentenza anestetizzante della Corte costituzionale[25].

Le difficoltà delle comunità musulmane in termini di edilizia di culto, oltre che attraverso una richiesta formale di intervento per ottenere rispetto e protezione inoltrata al Presidente della Repubblica[26], emergono anche dal nutrito contenzioso che ha investito a più livelli i diversi organi della giurisdizione.

Con sentenze 63/2016 e 67/2017[27] la Corte costituzionale è intervenuta sulle leggi regionali emanate dalla Regione Lombardia e dalla Regione Veneto[28] in tema di edilizia di culto, da alcuni definite leggi "anti-moschea"[29], dichiarandone la parziale illegittimità costituzionale, in quanto subordinavano l'erezione di un nuovo edificio di culto al soddisfacimento di una serie di requisiti alquanto penalizzanti, quale quello di aver stipulato una intesa ex art. 8 Cost. e, comunque, di difficile applicazione pratica. In quelle sedi la Corte ha chiarito che la libertà religiosa, di cui quella di culto costituisce un aspetto essenziale ex artt. 19 e 20 Cost., non può essere subordinata alla stipulazione di intese con lo Stato da parte delle confessioni religiose.

[25] Corte costituzionale, sentenza n. 192/2024 del 14/11/2024, depositata il 3/12/2024 (Pres. Barbera, Red. Pitruzzella).

[26] In occasione del digiuno rituale durante il mese di *Ramadhan* del 2024, ed a valle di una serie di tensioni e polemiche verificatesi nei primi mesi dell'anno, una nutrita e variegata rappresentanza della comunità musulmana italiana ha firmato ed inoltrato un appello al Presidente Mattarella, contenete una richiesta formale di intervento sottolineando la necessità di rispetto e protezione. Nell'appello si legge che i firmatari sono «*consapevoli di quanto la costituzione italiana garantista la nostra libertà di culto e riconosca quanto sia importante il rispetto delle minoranze, e vogliamo rivolgerci al nostro presidente Sergio Mattarella per sottolineare la necessità di una convivenza pacifica e rispettosa di una intera comunità religiosa che è anche italiana, ed è pienamente integrata e partecipe nella crescita dell'Italia. Tale richiesta è motivata dalla volontà di mettere fine alla strumentalizzazione della fede musulmana per fini politici ed elettorali. I firmatari hanno ribadito il loro impegno per una convivenza pacifica e rispettosa in Italia, sottolineando l'importanza della tutela delle minoranze e della crescita educativa dei propri figli*». Cfr. *Appello della comunità islamica a Mattarella*, in *Il Giornale*, 20/03/2024.

[27] Rispettivamente, Corte costituzionale, sentenza n. 63/2016 del 23/02/2016, depositata il 24/03/2016 (Pres. Cartabia, Red. Cartabia); Corte costituzionale, sentenza n. 67/2017 del 07/03/2017, depositata il 07/04/2017 (Pres. Grossi, Red. Cartabia).

[28] Cfr. legge della Regione Lombardia n. 2 del 3 febbraio 2015 e legge della Regione Veneto n. 12 del 12 aprile 2016.

[29] Per i commenti in dottrina, tra altri, cfr. F. Oliosi, *La Corte Costituzionale e la legge regionale lombarda: cronaca di una morte annunciata o di un'opportunità mancata?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 24 ottobre 2016; F. Oliosi, *Libertà di culto, uguaglianza e competenze regionali nuovamente al cospetto della Corte Costituzionale: la sentenza n. 67 del 2017*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 29/2017; M. Croce, *L'edilizia di culto dopo la sentenza n. 63/2016: esigenze di libertà, ragionevoli limitazioni e riparto di competenze fra Stato e Regioni*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 maggio 2016.

Del resto, la Corte costituzionale ha chiaramente evidenziato che il diritto di libertà religiosa si traduce anche nel diritto di disporre di spazi adeguati per poterla concretamente esercitare e, data la sua tutela costituzionale, il governo urbanistico del territorio deve necessariamente prevedere idonei spazi per l'insediamento di luoghi di culto, per tutti[30].

Anche la giurisprudenza amministrativa ha stigmatizzato la particolare politica respingente di alcune amministrazioni locali in tema di governo urbanistico del territorio, adottata attraverso l'emanazione di ostacoli burocratici varati apposta per impedire la realizzazione di edifici di culto alle associazioni islamiche. Si può a tal proposito ricordare la vicenda che ha coinvolto una associazione musulmana, che aveva acquistato un'area per la realizzazione di un complesso edilizio costituito da edificio per il culto e centro culturale, ed era stato anche iniziato l'iter amministrativo per il rilascio dei relativi permessi di costruzione. Tale associazione si è vista poi ostacolare il regolare corso del progetto dall'amministrazione comunale di Pisa, che nelle more aveva adottato delle iniziative di ordine burocratico al fine di inibire la realizzazione dell'edificio di culto. Il ricorso dell'associazione confessionale avverso l'iniziativa comunale ha determinato la sentenza del T.A.R. Toscana n. 633 del 1 giugno 2020, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità della deliberazione del consiglio comunale che aveva adottato una variante finalizzata a mutare la destinazione urbanistica di un'area per la realizzazione di edifici di culto, destinandola a parcheggi e verde pubblico.[31]

Ulteriore esempio viene fornito dal reiterato "braccio di ferro" tra l'amministrazione comunale di Monfalcone ed alcune rappresentanze locali di credenti musulmani, in ordine al culto in locali inidonei e al mutamento di destinazione d'uso di edifici. Da ultimo, ha ottenuto una certa rilevanza mediatica l'ordinanza dirigenziale n. 3 del 15/11/2023 del comune di Monfalcone, che ha imposto la cessazione delle attività cultuali effettuate da alcuni centri culturali islamici della città. L'ordinanza si ancora sull'abusivo mutamento di destinazione d'uso dell'immobile, nominalmente destinato ad iniziative culturali ma di fatto adibito ad attività cultuali. Il provvedimento, oltre alla chiusura, ha imposto anche il ripristino della destinazione d'uso dell'immobile, ovverosia per attività che non

[30] Corte costituzionale, sentenza n. 254/2019 del 22/10/2019, depositata il 05/12/2019 (Pres. Lattanzi, Red. De Pretis). Per un commento della sentenza, tra altri, G. Carobene, *La cosiddetta normativa "anti moschee" tra politiche di governance e tutela della libertà di culto*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 4/2020.

[31] Sulla vicenda, C. Lapi, *Laicità e diritto all'edificio di culto*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 19/2020. 120 ss.; R. Leonardi, *I due piatti della bilancia: la necessità del bilanciamento tra libertà di culto e tutela del territorio (Nota a T.A.R. Toscana, Sez. I, 1 giugno 2020, n. 663)*, in *Giustiziainsieme*, 18 giugno 2020.

siano di culto. Le associazioni musulmane hanno proposto ricorso innanzi al T.A.R. Friuli Venezia Giulia, che è stato accolto con la sentenza del 27 giugno 2024 n. 220, sulla scorta di una carente dimostrazione da parte comunale del carattere di essenzialità del cambiamento di destinazione d'uso. Il Comune ha proposto appello e il Consiglio di Stato , dapprima in data 5 novembre 2024 ha sospeso l'efficacia della sentenza del Tribunale amministrativo, fissando la discussione pubblica del ricorso nel merito, ex art. 55 comma 10 del Cod. proc. amm., salvo poi ritenere legittimo l'operato del Comune, sottolineando con la sentenza n. 2823 del 2/04/2025 la differenza tra agibilità, che riguarda l'idoneità strutturale e la conformità alle normative vigenti, e abitabilità, che si riferisce alle caratteristiche che rendono un edificio idoneo per la residenza umana.

3. *Luoghi di culto e sicurezza*

È indubbio che i temi del terrorismo e dell'immigrazione costituiscano le sfide attuali e future per la libertà religiosa e per la progressiva prevalenza della libera organizzazione delle formazioni sociali in cui si svolge la personalità dei cittadini rispetto all'individuo, in base al dettato dell'art. 2 Cost. La preponderanza di questi nuovi principi, quale espansione delle libertà individuali, fa loro acquistare una propria autorità non solo nello spazio pubblico, in base alla sussidiarietà orizzontale, ma anche nella dimensione privata.

Difatti, il rischio connesso all'apertura o alla chiusura di luoghi di preghiera si sviluppa anche sullo specifico fronte della sicurezza[32].

A dispetto dei processi di secolarizzazione in atto da diverso tempo anche in Italia, la dimensione religiosa costituisce una parte fondamentale dell'identità e della sfera quotidiana dei musulmani e tocca spesso sentimenti profondi di appartenenza comunitaria. Pertanto, la rivendicazione di spazi e diritti da parte di tali comunità, rappresentate nell'immaginario collettivo come "aliene", crea sovente reazioni di forte opposizione e spesso causa vere e proprie tensioni sociali[33].

[32] Tra altri, Cfr. A. Fabbri, *Il diritto allo spazio di preghiera tra laicità e pluralismo religioso*, cit;, N. Marchei, D. Milani, (a cura di), *Places of Worship, Security and the Public Space in the Case Law of the Italian Constitutional Court*, cit.; G. Macrì, *Serve una nuova governance della libertà religiosa in Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 18/2022; P. Cavana, *Libertà di religione e spazi per il culto tra consolidate tutele e nuove comunità religiose*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 20/2019; G. Macrì, *La libertà religiosa, i diritti delle comunità islamiche. Alcune considerazioni critiche su due progetti di legge in materia di moschee e imam*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 5/2018; M. Bombardieri, *Moschee d'Italia. Il diritto al luogo di culto. Il dibattito sociale e politico*, cit.; S. Allievi, *La guerra delle moschee. L'Europa e la sfida del pluralismo religioso*, cit.

[33] Sul punto, tra altri, Cfr. P. Naso, *Visible but unrecognized. The case of italian Islam*, in *De Europa*, 2/2021, 41-42; M. Montanaro, *Il caso fiorentino: dalla "moschea negata" alla "moschea*

Questo tema, invero, è caratterizzato da un basso livello di integrazione degli immigrati nel contesto urbano di riferimento e da una *escalation* dello scontro politico-ideologico in atto. Uno scenario in cui il conflitto si allarga sempre di più, passando da un livello locale ad uno globale, soprattutto grazie a specifici fattori catalizzanti, quali la cassa di risonanza dei mass-media, l'insorgenza di sentimenti anti-musulmani e l'intervento dei movimenti islamofobi, e la risposta di alcuni membri delle comunità musulmane (soprattutto i cosiddetti "*no future generation*"), che improvvidamente adottano derive radicali come forma di reazione, avvicinandosi a tutto ciò che chi li tratta male (secondo loro ingiustamente) mostra di temere e odiare.

In riferimento specificamente ai luoghi di culto, gli errori passati nella comunicazione dei media e nella strategia d'azione politica di alcune esperienze locali, suggeriscono l'importanza di un percorso partecipativo, che deve partire dal basso, dalle comunità stanziate sul territorio e dall'ascolto delle loro esigenze. Occorre una strategia delle decisioni partecipate, che coinvolge le comunità locali in tutte le fasi del processo, dalla valutazione dei bisogni, alla progettazione, alla localizzazione, fino alla realizzazione e gestione della moschea, un piano d'azione che consente di rileggere il conflitto in termini relazionali di confronto e non di scontro.

Risulta indispensabile il passaggio da un momento formalistico di estrema e poco utile burocratizzazione dell'iter amministrativo, ad una gestione dei processi decisionali in modo condiviso, caratterizzato dalla partecipazione di una pluralità di interlocutori pubblici e privati[34].

I pochi esempi di percorsi burocratico-amministrativi positivi sull'edilizia di culto musulmana in Italia sono caratterizzati proprio dal ricorso alla negoziazione bilaterale tra istituzioni locali e comunità islamiche del territorio, anche attraverso la sottoscrizione di Patti di cittadinanza tra Comuni e comunità, siglati soprattutto allo scopo di favorire l'inclusione sociale e di sopperire alla non sempre uniforme attuazione del diritto di libertà religiosa[35].

possibile". Governare i conflitti urbani "glocalizzati" attuando il "Patto Nazionale per un Islam Italiano" ed il "Piano Nazionale d'integrazione dei titolari di protezione internazionale", Roma, 2018.

[34] Cfr. M. Montanaro, *Il caso fiorentino: dalla "moschea negata" alla "moschea possibile". Governare i conflitti urbani "glocalizzati" attuando il "Patto Nazionale per un Islam Italiano" ed il "Piano Nazionale d'integrazione dei titolari di protezione internazionale"*, cit, 3.

[35] Cfr. C. Lapi, *Laicità e diritto all'edificio di culto*, cit., 120 ss.; P. Consorti, *The 'mosque affaire' in European Divided societies. The Florence case: a new participatory model*, in M. Molllica (a cura di), *Bridging Religiously Divided Societies in the Contemporary World*, Pisa, 2015, 149 ss.; B. Imbergamo, M. Fabbri, M. Mugnai, S. Givone, *Perché parlare di moschea in un percorso partecipativo?*, in *Academia.edu*; Aa.Vv., *Islam a Torino*, Torino, 2015, 35-36; P. Portoghesi, *La moschea di Roma*, Milano, 2002.

Come detto, i conflitti in merito all'insediamento di nuove moschee nel tessuto urbano italiano nascono sempre a livello cittadino ma presentano spesso un retroterra ideologico-culturale e motivazioni psico-socio-economiche che trascendono la dimensione locale. Questi contrasti, se non correttamente fronteggiati, finiscono per diventare oggetto di scontro politico-ideologico di livello nazionale.

Non a caso l'attenzione politica degli ultimi anni si è concentrata sulla tematica del minareto, che presenta molte analogie con il campanile della chiesa cristiana e che costituisce una componente architettonica ben visibile e, per certi versi, di notevole impatto urbanistico. Tale conquista materiale e percepibile dello spazio pubblico, talvolta viene poco gradita dalle comunità autoctone locali, ed in alcuni casi tale sentimento contrario viene acuito da un mutamento di destinazione cultuale di un edificio, adibito dapprima al culto cristiano, poi ridotto in riuso profano ed infine indirizzato al culto islamico[36]. Ebbene, in queste dinamiche il minareto può rappresentare anche una conquista dello spazio sonoro, quasi ad ipotizzare una competizione in termini di decibel tra la chiamata alla preghiera del *mu'adhdhin* e il suono delle campane che annunciano la messa.

Nasce anche da queste realtà la tendenza di molte amministrazioni comunali a "mimetizzare" urbanisticamente la presenza dei luoghi di culto islamici, confinandoli nelle periferie meno abitate, magari a ridosso delle zone industriali, imponendo particolari prescrizioni architettoniche in nome della tutela del paesaggio, dell'arredo urbano o del contesto architettonico tradizionale oppure, nelle ipotesi più ottimistiche, preferendo riadattare edifici esistenti piuttosto che autorizzare nuove costruzioni. Più spesso, come visto in precedenza, il (talvolta volutamente) complesso iter amministrativo di rilascio delle autorizzazioni finisce con l'arenarsi e, di fatto, si preferisce tollerare una condizione di effettiva precarietà o clandestinità.

Diversamente, con la realizzazione di una moschea architettonicamente visibile, si assiste al passaggio dell'Islam da una dimensione privata, immaginabile ma non percepibile, ad una entità pubblica, visibile e stabilita. La visibilità comporta una forma di riconoscimento e di legittimazione e rappresenta dunque il passaggio dalla precarietà alla stabilità, segno inequivocabile della volontà della nuova comunità di rendersi presente sul territorio in modo stanziale.

[36] Emblematico in tal senso è il caso della attuale moschea di Palermo, sita tra Via del Celso e Vicolo Gran Cancelliere, che in precedenza era la chiesa di San Paolino dei Giardinieri. Sulla specifica vicenda, nonché sulle possibili conseguenze canonistiche in tema di "compromissione del bene delle anime", cfr. D. Dimodugno, *Gli edifici di culto come beni culturali in Italia. Nuovi scenari per la gestione e il riuso delle chiese cattoliche tra diritto canonico e diritto statale*, Torino, 2023, 120 ss.

La diffidenza nei confronti delle comunità islamiche non è frutto solo della strumentalizzazione politica e del "*tam tam*" mediatico, ma è talvolta anche la conseguenza della chiusura e dell'incapacità ad interagire con la comunità ospitante. Spesso l'Islam ha fornito un'immagine di sé conflittuale, basti pensare alla mancata condanna esplicita degli atti di terrorismo, all'analfabetismo religioso trasversale, all'attaccamento a retaggi culturali ritenuti obbligatori, alla pretesa di mantenere comportamenti che invero confliggono con la legge italiana (si pensi ad esempio a poliginia, circoncisione femminile, matrimoni imposti ecc.) o che turbano l'opinione pubblica (es. obbligo del velo, divieto di matrimoni misti, intolleranza verso l'omosessualità, antagonismo più o meno velato sul piano confessionale ecc.).

Quest'ultimo aspetto, quello della competizione con la religione dominante in Italia ad opera di una parte minoritaria della comunità musulmana presente sul territorio, messo in relazione con il tema della sicurezza e dell'accesso ai luoghi di culto, è un *topos* ancora poco indagato in dottrina, ma che nondimeno esiste e si presenta foriero di significativi spunti di riflessione. Si pensi, in particolare, all'episodio che ha riguardato le commemorazioni dell'assassinio di Padre Jaques Hamel[37], cui hanno aderito esponenti della comunità musulmana francese, a loro volta invitando le comunità musulmane in Europa a unirsi ai cattolici in chiesa per partecipare alle iniziative, mostrare solidarietà e, nel contempo, prendere le distanze da chi, a torto, ha ritenuto di agire in nome dell'Islam. Anche esponenti della comunità musulmana italiana hanno aderito all'appello, inviando rappresentanti nelle chiese e nelle parrocchie di diverse città. Tuttavia, nonostante la rilevanza simbolica dell'iniziativa, il tasso di partecipazione è stato piuttosto basso (circa l'1-2% della comunità musulmana italiana), mostrando come la maggior parte dei musulmani abbia disertato l'evento commemorativo[38].

L'integrazione della comunità musulmana in Italia è un lungo cammino, intessuto da incomprensioni e diffidenze, ma anche da reciproca stima e apertura. La comunità musulmana italiana è stata talvolta criticata per il suo silenzio rispetto a certi eventi e per non aver preso una posizione netta rispetto al terrorismo sedicente islamico, ma in altre occasioni non ha mancato di far sentire

[37] Prete ausiliario nella parrocchia di Saint-Etienne-du-Rouvray, nella diocesi di Rouen, in Francia, assassinato da 2 estremisti dell'I.S. il 26 luglio del 2016 al temine della messa.

[38] Per una disamina delle motivazioni a sostegno o contrarie alla partecipazione dei musulmani a tali commemorazioni in chiesa e ad eventi simili, si rinvia a N. L. Bragazzi, H. Khabbache, E. N. Shenouda, M. Martini, *Should I, as a Muslim, join or not Catholics in Churches? Dilemmas of the Italian Muslim community*, in *Cogent Arts & Humanities*, 6/2019.

la propria voce nella progettazione di politiche inclusive, o di dare il proprio apporto fattivo con iniziative di solidarietà[39].

Invero, come ben sai caro Maestro avendone discusso assieme, un problema nel problema è quello della non compattezza dell'associazionismo musulmano e della stessa sua *governance*, poiché l'originaria frammentazione dell'Islam in Italia, (i tunisini, i pakistani, i bengalesi ecc.) viene ulteriormente divisa dalla presente conflittualità tra organizzazioni grandi e piccole, che si contendono la *leadership* nella rappresentanza istituzionale dell'Islam.

L'atteggiamento diffidente verso l'Islam italiano viene talvolta acuito anche dalle figure di alcuni Imam. Difatti, la scelta o la proposizione anche autoreferenziale di alcuni Imam "fai da te" non ha agevolato il dialogo tra le comunità islamiche, le istituzioni e la popolazione autoctona. Oggi, molti Imam operanti in Italia non possiedono una formazione specifica nelle scienze coraniche e nelle discipline sharaitiche[40] e ignorano i valori e la cultura italiani, talvolta anche la lingua, rendendo di fatto impossibile la costruzione di ponti. Altre volte ancora alcuni Imam sono stati tacciati di non avere avuto comportamenti trasparenti, da una parte in riferimento alla gestione del gettito delle offerte dei credenti e al conseguente flusso finanziario, dall'altra in ragione del fatto che alcuni di essi sono finiti nelle maglie della giustizia italiana o internazionale poiché coinvolti in casi di radicalizzazione e terrorismo (è emblematicamente nota la vicenda "Abu Omar").

Rispetto a questo problema e ai rischi connessi all'esigenza di sicurezza e alla richiesta di comportamenti trasparenti, lo scontro ideologico e l'antagonismo politico hanno portato talvolta a proporre soluzioni inopportune ed anche ingiuste, come quella di installare telecamere in tutti i luoghi di culto musulmani. Da un punto di vista sostanziale, non mi sembra che è in questo senso che debba essere ricercata la trasparenza, ossia nel voler tracciare i momenti di raccoglimento dei fedeli, al di là della formale censura operata dalla Corte costituzionale sul punto, con la richiamata sentenza n. 63 del 2016,

[39] Si pensi, a mero titolo di esempio, all'attivismo solidaristico delle comunità musulmane in occasione del terremoto che ha colpito il centro Italia nel 2016. Cfr. M. Malpica, *Islamici ed ebrei insieme e con il cuore: il terremoto fa crollare anche i pregiudizi*, in *Il Giornale*, 28/08/2016; L. Rosoli, *Bresca. Il denaro affidato alla Chiesa. Colletta dei musulmani per i terremotati*, in Avvenire, 24/09/2016. Si pensi ancora alle iniziative dei musulmani durante la pandemia da Covid-19. Cfr. V. Fronzoni, *From social distance to muslim solidarity proximity at the time of covid-19*, in P. Consorti (a cura di), *Law, Religion and Covid-19 Emergency, DiReSoM Papers*, Pisa, 2020, 261-268.

[40] Si intende non solo la conoscenza del Corano, ma anche dei *tafsir*, degli *ahadith*, nonché delle principali linee ermeneutiche della teologia islamica. Per un commento sulla figura e sul ruolo degli Imam in Italia, si veda F. Alicino, *Imams and other Religious Authorities in Italy*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 12 gennaio 2015.

che ha dichiarato l'incostituzionalità delle disposizioni regionali imponenti la presenza di sistemi di video-sorveglianza nei pressi degli edifici di culto, perché eccedenti la competenza legislativa delle Regioni e ricadenti nell'ambito della potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di sicurezza e ordine pubblico.

Nella stessa direzione, sbagliata, si sono indirizzate alcune proposte legislative. Una iniziativa volta ad istituire un registro pubblico delle moschee in Italia con contestuale controllo da parte del Prefetto ha sin da subito mostrato dubbi di *compliance* costituzionale con l'art. 19 Cost., ed ha destato perplessità anche in riferimento alla invasività del controllo ipotizzato sulle attività compiute nei luoghi di culto, con criticità prontamente sottolineate in dottrina[41]. Si pensi poi alla proposta mirante ad istituire un albo nazionale degli Imam[42] (iniziativa ritenuta personalmente lodevole, sebbene errata nei contenuti attuativi), ma che per i requisiti di accesso per l'iscrizione delle future guide religiose ha mostrato di puntare tutto sulla sicurezza piuttosto che sulla preparazione e sulla formazione, andando così a preferire persone incensurate (cosa opportuna) ma prive di una preparazione specifica, generalmente conseguita al netto di anni di studio.

Sull'altro piatto della bilancia vanno segnalate le iniziative positive, come ad esempio il progetto "Spirit"[43], finanziato dal Fondo per la Sicurezza Interna dell'Unione Europea, volto a proteggere i luoghi di culto e le manifestazioni religiose da minacce legate al terrorismo e all'estremismo violento, ed il recente *workshop* "Credo, Dialogo e Sicurezza" che ha visto partecipare, in sinergia, le istituzioni italiane, centrali e locali e l'associazionismo musulmano[44].

[41] XVII Legislatura, proposte di legge n. 2976 "Istituzione del Registro pubblico delle moschee e dell'Albo nazionale degli imam", iniziativa on. Garnero Santanchè ed altri e n. 3421 "Istituzione dell'Albo nazionale degli imam", iniziativa on. Palmizio. Su tali proposte, cfr. A. De Oto, *Le proposte di legge Santanchè-Palmizio sul registro del-le moschee e l'albo degli imam: un tentativo di refurbishment della legge n. 1159/1929?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 4/2018; G. Macrì, *La libertà religiosa, i diritti delle comunità islamiche. Alcune con-siderazioni critiche su due progetti di legge in materia di moschee e imam*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 5/2018.

[42] XVIII Legislatura, proposta di legge n. 554 "Istituzione dell'Albo nazionale degli imam", presentata il 23 aprile 2018, iniziativa on. Bignami.

[43] Cfr. *Spirit project, Synergies to protect places of worship and religious gatherings*, https://spirit-isf.eu/.

[44] Mi riferisco al *Workshop* "*Credo, Dialogo e Sicurezza: Uniti per la Protezione dei Luoghi di Culto*", tenutosi a Roma l'11/12/2024 e moderato da Massimo Abdallah Cozzolino. Cfr. https://www.euroislam.eu/spirit-project/workshop-credo-dialogo-e-sicurezza-uniti-per-la-protezione-dei-luoghi-di-culto/

4. *Riflessioni conclusive*

Il percorso di riflessione attorno al tema della laicità e della libertà religiosa nelle società plurali, nonostante sia stato ben articolato in dottrina, risulta un tema ancora dibattuto e dai confini dinamici.

La strada per l'accesso dei musulmani ai luoghi di culto, ben tracciata in termini giuridici sia dall'art. 19 Cost. che dalla Corte costituzionale con le sentenze 63/2016, 67/2017 e 254/2019, risulta tuttavia ancora in costruzione, poiché deve probabilmente essere meglio permeata in ambito sociale e collaudata in sede politica.

Quanto al fronte della sicurezza, che invero costituisce l'altra faccia della medaglia rispetto all'inclusione sociale, è evidente che anche in quest'ambito c'è ancora da lavorare.

Difatti, si deve puntare sul confronto e sulla conoscenza dell'altro, per comprendere che non c'è nessun "nemico alle porte". L'inclusione sociale deve essere favorita, ma va anche pretesa dalle comunità musulmane, talvolta troppo legate ai valori culturali di provenienza e poco inclini al confronto. Inoltre, lo spazio pubblico va reso più attrattivo, invitando i credenti residenti a partecipare alla vita nazionale, interagendo con il territorio dove vivono, e comportandosi come cittadini, non come stranieri. Bisogna far comprendere che non c'è antinomia tra vivere in Occidente ed essere musulmani e che ciò deve essere fatto con una condivisione in senso identitario, con l'istruzione e con il rispetto delle regole. Chi è educato ed istruito accetta gli altri, malgrado le differenze.

Soprattutto di questi tempi, ritengo che la diffusione ortodossa e certificata dell'Islam sia quanto mai opportuna rispetto ai rischi del fondamentalismo e di pratiche di un Islam irreale, reattivo e "tagliatore di teste". Oggi più che mai serve distinguere ciò che è Islam da ciò che non lo è, ed è opportuno de-costruire e ricostruire la vulgata eretta attorno all'Islam radicale, che invero attiene a temi politici e demagogici, ritornando sulla religione e sull'ortodossia.

Queste e altre questioni dell'Islam, non solo in Italia ma anche negli altri Paesi europei, dovrebbero essere regolamentate istituzionalmente, sia per la salvaguardia del valore "sicurezza" che per il raggiungimento dell'obbiettivo "inclusione sociale", in netta ed aperta opposizione verso ogni forma di estremismo religioso violento.

La presente riflessione è stata incentrata sui luoghi di culto, ma lo stesso discorso può essere rivolto all'edilizia cimiteriale ed ai connessi riti funebri, oltre ad altri diritti emergenti dalla declinazione plurale delle nostre società occidentali.

La sicurezza non si raggiunge soltanto in termini militari, né si può ridurre ad operazioni di *intelligence* o ad interventi di polizia, ma si deve conseguire

anche attraverso la strada del diritto. Se infatti, in tempo di guerra, la pace o si compra o si impone, in tempo di pace la sicurezza si ottiene, prim'ancora che con la prevenzione e repressione dei crimini, garantendo libertà uguali per tutti. E una piena realizzazione della laicità dello Stato la si può raggiungere soltanto attraverso la tutela di una libertà religiosa che sia veramente eguale per tutti.

Caro Salvatore, concludendo questa riflessione in tema di diritti fondamentali e multiculturalismo, ti lascio con una domanda, anticipandoti la mia risposta.

Quanto può premiare, in termini di sicurezza, l'atteggiamento dello Stato centrale o dei governi locali nell'ostacolare l'edilizia e la pratica confessionale ai musulmani attraverso il contingentamento dei luoghi di culto?

A mio parere poco, poiché tale condotta non risolve la questione ma costringe soltanto le comunità a praticare la religione in una condizione irregolare, ma anche degradante ed insicura. L'indifferenza istituzionale o il boicottaggio delle istanze di esercizio del culto in luoghi appropriati è miope perché non fa migliorare la sicurezza, anzi la peggiora.

Ritengo sia preferibile poter trovare i musulmani in Italia visibili e udibili sul pavimento di una moschea o di una sala da preghiera, piuttosto che relegarli in clandestinità, invisibili e inudibili.

Tommaso Edoardo Frosini[*]

SUGGESTIONI COMPARATISTICHE SULLA FORMA DI GOVERNO DEL PREMIERATO (ELETTIVO)

SOMMARIO: 1. Sulla (naturale) originalità delle forme di governo. – 2. Il premierato nella cultura costituzionalistica. – 3. Il premierato tra consenso e dissenso (sine ira ac studio)

1. *Sulla (naturale) originalità delle forme di governo*

Voglio iniziare con un'affermazione che, credo, possa essere largamente condivisa: e cioè che non esiste una forma di governo perfetta ed efficiente e come tale riproducibile in ogni dove. Già il concetto stesso di "forma di governo" è una intuizione della dottrina costituzionalistica, che si è diffuso in giro per il mondo (in inglese, però, non è traducibile). Siamo stati noi costituzionalisti che ci siamo a lungo impegnati nel trovare una definizione per spiegare cosa è una forma di governo[1]. Per poi concludere che è la dinamica dei rapporti che si instaurano fra i poteri dello stato, in particolare legislativo ed esecutivo. Da questa qualificazione è poi emersa la smania di classificazione delle forme di governo, che si è notevolmente ampliata rispetto alla originaria distinzione fra parlamentarismo e presidenzialismo. Così come si è ragionato intorno a quegli elementi che concorrono all'effettivo funzionamento della forma di governo: soprattutto i partiti politici e il sistema elettorale. Quest'ultimo, in particolare, può risultare decisivo ai fini di una maggiore razionalizzazione del sistema politico-istituzionale, con ricadute in punto di assestamento della forma di governo.

Il tema "forme di governo" è stato tra i più frequentati dagli studiosi del diritto costituzionale italiano e comparato. Questo ha prodotto un eccessivo interesse, che ha dovuto confrontarsi e scontrarsi anche con l'effettività della politica. Infatti, non si può capire né spiegare il funzionamento di una forma di governo se non la si contestualizza nello scenario di un sistema politico. Il

[*] Ordinario di Diritto pubblico comparato e di Diritto costituzionale nell'Università suor Orsola Benincasa di Napoli.

[1] T.E. FROSINI, *Il discreto fascino delle forme di governo*, in *Rass. parl.*, 3, 2021 (ora in ID., *Diritto senza confini*, Napoli 2022, 113 ss.); ID., *Rappresentare senza governare? Il dilemma delle forme di governo*, in *Lo Stato*, 21, 2023. Vale la pena evidenziare come la formula dottrinale "forma di governo" ha trovato codificazione costituzionale all'art. 123, con riferimento allo statuto regionale, "che, in armonia con la Costituzione, determina la *forma di governo* e i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento"

tasso di politicità della forma di governo è molto elevato, al punto che condiziona, inevitabilmente, il dibattito sul modello di quale forma di governo ognuno vorrebbe per il proprio sistema costituzionale. Ormai il catalogo è ampio, caratterizzato non più soltanto da quella parlamentare e quella presidenziale, piuttosto da diverse e complesse ibridazioni delle due, a partire dal semipresidenzialismo. Le forme di governo nascono, si sviluppano e si trasformano sulla base di esigenze politico-istituzionali. L'esempio migliore che si può fare, in questo caso, è il semipresidenzialismo, che si è modificato per diventare nel tempo, a seconda delle diversificazioni politiche, prima semi-parlamentare poi iper-presidenziale, sempre a costituzione invariata.

L'elaborazione costituzionale di una nuova forma di governo, come quella del premierato recentemente proposta in Italia, non può che essere accolta con interesse dallo studioso delle istituzioni costituzionali. Così come fu in Francia nel 1958, e a maggior ragione nel 1962, quando De Gaulle volle creare la quinta Repubblica caratterizzata da un nuovo sistema di governo, per allora assolutamente inedito e originale. Che non si sapeva nemmeno come definire e classificare. Ci pensò, nel 1970, Maurice Duverger quando scrisse che la nuova forma di governo era "semipresidenziale"[2]. Da intendersi non tanto come ibridazione fra parlamentarismo e presidenzialismo, piuttosto come una nuova declinazione costituzionale, in larga parte affidata all'effettività, che riguardava prevalentemente i rapporti fra presidente della repubblica eletto dal popolo con il governo e il parlamento sorretti da un rapporto fiduciario. Prevedeva altresì anche un nuovo controllo (preventivo) di costituzionalità e un sistema delle fonti basato sul criterio della competenza piuttosto che su quello della gerarchia. E tante altre cose ancora, all'epoca non immaginabili. Come la "coabitazione" fra capo dello stato e capo del governo, nel caso in cui l'uno fosse appartenuto a uno schieramento politico contrapposto e avverso a quello dell'altro. Esperienza, peraltro, che si è manifestata per ben tre volte nella più recente storia costituzionale francese.

Il semipresidenzialismo, quale nuova formulazione di governo, è entrato in tutti i manuali di diritto costituzionale e non solo. È diventato a tutti gli effetti una forma di governo, che si è affiancata a quelle storiche e tradizionali del parlamentarismo di derivazione britannica e del presidenzialismo di origine statunitense. Il semipresidenzialismo, poi, è circolato come modello da riprodurre in diverse costituzioni specialmente di paesi europei[3]. Ancora oggi continua a

[2] M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 11a ed., Presses Universitaires de France, Paris 1970

[3] A. Rinella, *La forma di governo semi-presidenziale: profili metodologici e circolazione del modello francese in Europa centro-orientale*, Torino 1997

esercitare il suo fascino, sia dal punto di vista dell'esegesi dottrinale sia da quello della eventuale proposizione applicativa negli ordinamenti costituzionali.

Il semipresidenzialismo non esisteva in nessuna parte del mondo. Certo, c'era il precedente della Repubblica di Weimar, con l'elezione diretta del presidente del Reich contestuale alla fiducia del parlamento al governo, ma nessuno ha mai attribuito a quell'esperienza la primazia del sistema semipresidenziale. Né tantomeno i costituenti francesi del 1958 si richiamarono a un presunto modello weimariano. Di certo si guardarono bene dall'assumere da quel modello la legge elettorale proporzionale, per giunta costituzionalizzata. Elaborarono, piuttosto, una formula elettorale maggioritaria a doppio turno; salvo una breve e infelice parentesi del proporzionale, durante la presidenza Mitterand nel 1985. Che durò *l'espace d'un matin*, perché l'anno dopo tornò e si stabilizzò il sistema maggioritario precedentemente in vigore.

Assai puntute furono le critiche, in Francia e altrove, che vennero mosse da subito al sistema francese, ancor prima che venisse qualificato e soprattutto sperimentato come semipresidenziale. Anche la dottrina italiana non fece sconti. Uno studioso come Serio Galeotti, di cui dirò più avanti, in un libretto del 1960, sostenne che si era manifestata, nella Quinta Repubblica, una recessione del principio democratico[4]. Mauro Volpi, in un volume del 1979, scrisse della Francia come di una "democrazia autoritaria" perché sorretta da una forma di governo bonapartista[5]. Successivamente, il semipresidenzialismo *à la française* venne visto con favorevole attenzione da larga parte di costituzionalisti italiani e soprattutto dalla classe politica *bipartisan*, che provò più volte a introdurlo nel nostro sistema costituzionale senza successo. Come avvenne, per esempio, nella Commissione bicamerale per le riforme istituzionali presieduta dall'on. Massimo D'Alema (1997).

2. *Il premierato nella cultura costituzionalistica*

E veniamo al premierato, che è nell'agenda costituzionale italiana. Corsi e ricorsi storici, verrebbe da dire. Infatti, anche oggi, con la proposta di introdurre in Italia la forma di governo del premierato, si viene a replicare uno scenario critico molto simile a quello che ho finora rappresentato con riferimento alla vicenda costituzionale francese. Certo, il premierato può non piacere: però il costituzionalista, specialmente se è anche comparatista, in quanto studioso deve ragionare e discutere *sine ira ac studio*. Altrimenti se eccede nelle critiche

[4] S. Galeotti, *La nuova Costituzione francese (Appunti sulla recessione del principio democratico nella V Repubblica)*, Milano 1960

[5] M. Volpi, *La democrazia autoritaria: forma di governo bonapartista e V Repubblica francese*, Bologna 1979

miopi rischia di tracimare nella polemica politica. Che in sede scientifica è sempre meglio evitare. Così come, almeno dal mio punto di vista, sarebbe meglio evitare appelli "al cielo" e all'opinione pubblica, da parte di costituzionalisti, contro il premierato. Distruggere piuttosto che costruire, attraverso il ragionamento critico, non dovrebbe essere un virtuoso esercizio intellettuale di uno studioso.

Voglio spendere appena due parole sulla forma di governo del premierato[6]. Che sarebbe tale in quanto ispirata, fin dalla stessa denominazione, alla *premiership* britannica. E quindi un rafforzamento del ruolo del primo ministro, legittimato dal voto dei cittadini. Sulla base della designazione con riferimento all'esito elettorale e alle convenzioni costituzionali in Gran Bretagna; sulla base di un'elezione a suffragio universale e alla codificazione costituzionale nella proposta italiana. Entrambe le soluzioni devono però avere un sistema elettorale che favorisca il formarsi di una maggioranza parlamentare a sostegno del primo ministro. Il maggioritario uninominale *first past the post* nella esperienza britannica, ancora di recente sperimentato nelle elezioni per la *House of Commons* del 2024, e confermato nella sua validità applicativa, con la netta vittoria dei laburisti (420 seggi su 650 con il 33% di voti) e l'immediata nomina a *premier* del suo *leader* Keir Starmer. Anche questa tornata elettorale britannica ha dato piena attuazione e applicazione del noto detto diffuso in Gran Bretagna, "un sistema elettorale serve a fare una maggioranza e un governo". Mentre per l'Italia, laddove si dovesse varare il premierato, ci vorrebbe un sistema elettorale auspicabilmente maggioritario con un premio di maggioranza. Una tecnicalità elettorale, quella del premio, necessitata in larga parte dalla presenza del bicameralismo paritario. A tale proposito, voglio qui accennare a una proposta di legge elettorale che ho più volte avanzato[7]. Si tratta di un ritorno al cd. "mattarellum" (leggi n. 276 e 277 del 1993) riveduto e aggiornato. E quindi il metodo maggioritario con i collegi uninominali per il 75% dei seggi, mentre per il restante 25% quale "serbatoio" da cui attingere per un eventuale premio alla coalizione politica che sostiene il primo ministro eletto. In modo tale da garantirgli il 55%, ovvero la maggioranza assoluta. Sarebbe comunque un premio mobile ed eventuale, per così dire. Che potrebbe non essere nem-

[6] Per una maggiore rappresentazione, rinvio, da ultimo, a T.E. Frosini, *Sulla forma di governo del premierato (elettivo)*, in *Rass. parl.,* n. 1, 2023; Id., *Le ragioni del premierato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2024 V. ora anche i vol. di A. Poggi, *Le "virtù" del premierato. Sistema politico e forma di governo in Italia*, Torino 2024; A. Sterpa, *Premierato all'italiana*, Torino 2024; T.E. Frosini, *Il trono dei Cesari. La sfida costituzionale del premierato*, Modena 2024

[7] Da ultimo T.E. Frosini, *Una legge elettorale per il premierato*, in *Federalismi* del 15 maggio 2024

meno utilizzato, qualora la maggioranza fosse già autosufficiente nei collegi uninominali, oppure utilizzato in minima parte, tanto quanto basta a ottenere la maggioranza del 55%. Quindi: 300 deputati su 400 verrebbero eletti con il maggioritario nei collegi uninominali, e così 150 senatori su 200. Il restante dei parlamentari (100 alla Camera e 50 al Senato) verrebbero assegnati, in maniera proporzionale, alle sole liste collegate al candidato *premier* eletto direttamente. Fino a raggiungere il 55% dei seggi parlamentari. Se questa soglia venisse comunque raggiunta con il solo metodo maggioritario allora il residuo 25 % verrebbe distribuito proporzionalmente, in parte o tutto, tra le forze politiche che hanno eletto i propri rappresentanti in uno o più collegi uninominali. Infine, si tratta di un sistema elettorale che ben si adatterebbe sia con l'elezione a turno unico del *premier* sia con il ballottaggio. Nel primo caso, il "premio" del 25% (o meno) verrebbe assegnato subito alle forze politiche che appoggiano il *premier* eletto; nel secondo caso, invece, al secondo turno, cioè dopo l'esito finale delle votazioni di ballottaggio. Ho buoni motivi (giuridici) per ritenere che una simile legge potrebbe passare indenne lo scrutinio di costituzionalità, qualora mai ci fosse nuovamente come è stato in passato (Corte cost., sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017). Tenuto conto che il "premio" non è fisso, piuttosto mobile, suscettibile di essere usato in tutto o in parte o, addirittura, per nulla.

Non entro nel merito del disegno di legge costituzionale del governo (AS n. 935), il cui destino finale non è dato saperlo. Mi limito solo a rilevare che il progetto di riforma è finalizzato a rafforzare la figura e il ruolo del presidente del consiglio attraverso l'elezione a suffragio universale. Declinando in tal modo un nuovo modo attraverso il quale il popolo verrebbe a esercitare la sovranità che costituzionalmente gli appartiene. Infatti, alla base di questo sistema c'è un processo di valorizzazione della sovranità popolare, che va intesa come principio non solo fondante la democrazia e la Costituzione (che la prevede all'art. 1) ma anche come regola attraverso la quale i cittadini elettori sono messi in condizione di potere scegliere con il voto da chi farsi governare e da chi farsi rappresentare. È questa anche una nuova forma di libertà, riconducibile al principio della sovranità popolare: ovvero la libertà di essere associati nell'elaborazione delle decisioni; la libertà di partecipare direttamente e attivamente al formarsi della politica nazionale, attraverso la scelta elettiva del titolare dell'indirizzo politico e, parimenti, la libertà di cambiare, con il voto, i governanti qualora abbiano demeritato[8]. Ancora: nelle intenzioni dei proponenti, l'obiettivo della riforma costituzionale del premierato è quello di fare fronte all'innegabile e cronico problema italiano della ingovernabilità. Dimostrabile

[8] Per questa interpretazione del principio di sovranità popolare, rinvio a T.E. Frosini, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano 1997

attraverso la neutralità dei numeri: 68 governi in 76 anni di storia repubblicana italiana. E che un politologo americano, diversi anni fa, sintetizzò affermando che l'Italia è un paese che "sopravvive senza governare"[9]. Affermazione ancora attuale, se si pensa che nella XVIII legislatura, dal 2018 al 2022, si sono alternati tre governi (Conte I, Conte II, Draghi) ognuno dei quali sostenuto dalla fiducia di tre maggioranze diverse.

Una critica che viene mossa al premierato è che non ha né babbo né mamma. Non è così. L'elezione diretta del primo ministro era stata pensata e proposta già nella Francia della metà degli anni Cinquanta dal club Jean Moulin (che era stato un eroe della resistenza francese). Il club era un cenacolo di intellettuali ("*technocrates*") esponenti della sinistra democratica e socialista, di cui facevano parte anche costituzionalisti come Maurice Duverger, Georges Lavau e Georges Vedel: quell'esperienza è testimoniata in un libro[10]. La Francia dell'epoca, sotto la quarta Repubblica, era caratterizzata da partiti deboli e indisciplinati che favorivano l'assemblearismo e l'ingovernabilità. Secondo il club Jean Moulin, sarebbe stato necessario intervenire attraverso un neo-parlamentarismo rinnovato e rafforzato, con una legittimazione diretta popolare del primo ministro e della sua maggioranza parlamentare. In tal senso, il club Jean Moulin si fece promotore, su impulso di Duverger, di un sistema di votazione con due schede: una per il primo ministro e l'altra per i deputati. Entrambi eletti con lo stesso metodo: uninominale a doppio turno. Così da ottenere un governo con la maggioranza. E con la clausola del *simul stabunt simul cadent*, per assicurare stabilità al governo e al suo primo ministro per l'intero mandato di legislatura.

Questa impostazione di Duverger, che non ebbe successo in Francia, ha ispirato in Italia diversi studiosi, che l'hanno ripresa e ampliata. C'è stato chi, come Leopoldo Elia, nella voce *Governo (forme di)*[11], ha sostenuto l'investitura del primo ministro, anziché l'elezione diretta, sulla base di un sistema elettorale che potesse premiare la maggioranza e il suo *leader*. Così pure altri studiosi, come Enzo Cheli e Stefano Ceccanti, anche negli scritti nel volume da me curato su *Il premierato nei governi parlamentari*[12]. Mentre Costantino Mortati e Antonio La Pergola insieme ad altri insigni studiosi, nel dibattito che ospitò la rivista *Gli Stati* nel 1973, si pronunciarono favorevolmente all'elezio-

[9] G. Di Palma, *Sopravvivere senza governare. I partiti nel parlamento italiano*, Bologna 1978

[10] Club Jean Moulin, *L'État e le citoyen*, Seuil, Paris 1961

[11] L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano 1970

[12] E. Cheli, *Il governo del Primo ministro* e S. Ceccanti, *Il premierato. Matrici ideali e traduzioni nell'oggi*, entrambi nel vol. *Il premierato nei governi parlamentari*, a cura di T.E. Frosini, Torino 2004

ne diretta del primo ministro[13]. Poi fu soprattutto Serio Galeotti che propose in maniera compiuta *un governo scelto dal popolo: il governo di legislatura*[14], in varie occasioni, fra cui all'interno del Gruppo di Milano diretto da Gianfranco Miglio (1983) e del Comitato ministeriale Speroni (1994). L'elezione diretta venne altresì sostenuta da Augusto Barbera quale *alternativa neoparlamentare al presidenzialismo*, poi da Giovanni Pitruzzella e anche da chi scrive[15]. Il proposito di eleggere direttamente il vertice dell'esecutivo non è rimasto confinato solo quale *law in book* ma è divenuto anche *law in action*. Vanno quindi ricordate la legge n. 81 del 1993 sull'elezione diretta del sindaco nei comuni italiani con oltre 15.00 abitanti e la legge cost. n. 1 del 1999, che ha disciplinato l'elezione diretta dei presidenti delle regioni, poi accolta in tutti gli statuti regionali (fatta eccezione per quello della Valle d'Aosta). In entrambe le innovazioni locali e territoriali il sistema funziona con il *simul stabunt simul cadent,* mentre il meccanismo elettorale è fondato sul premio di maggioranza. Dall'esperienza comunale e regionale sorge spontanea la domanda: perché nei governi decentrati c'è elezione diretta del vertice dell'esecutivo e a livello nazionale no? Si tratta di uno strabismo istituzionale, che andrebbe corretto con delle nuove lenti costituzionali. Anche perché appare paradossale attribuire agli elettori il voto per il governo a livello periferico e sottrarglielo, a quegli stessi elettori, a livello centrale. Non è un automatismo, visto che c'è lì ci deve essere qui, è piuttosto un pieno riconoscimento del ruolo del corpo elettorale, al quale appartiene ed esercita la sovranità popolare, come soggetto responsabile della scelta della rappresentanza politica e di governo.

Infine, l'elezione diretta del primo ministro è stata adottata in Israele nel 1992 e sperimentata per tre elezioni (1996, 1999 e 2001) per poi essere soppressa[16]. Salvo che lì fu previsto un sistema elettorale proporzionale puro per la composizione della *Knesset* (il parlamento israeliano), rendendo difficilissimo il formarsi di una maggioranza a sostegno del primo ministro. Pertanto, non è corretto, in punto di comparazione costituzionale, citare l'esperienza

[13] *La Costituzione e la crisi*, in *Gli Stati* 1973, con la partecipazione al dibattito di: V. Crisafulli, G. Ferrari, S. Galeotti, A. La Pergola, C. Mortati e A.M. Sandulli

[14] S. Galeotti, *Un governo scelto dal popolo: il "governo di legislatura"*, Milano 1984; ma v. già Id., *Dalla disfunzione dei partiti alla riforma del sistema di governo*, in *La funzionalità dei partiti nello Stato democratico.* Atti del 1° congresso nazionale di dottrina dello stato, a cura di P.L. Zampetti, La Nuova Europa, Milano 1967

[15] A. Barbera, *Un'alternativa neoparlamentare al presidenzialismo* [1990], in Id. *Una riforma per la Repubblica*, Roma 1991, 181 ss.; G. Pitruzzella, *Forme di governo e trasformazioni della politica*, Roma-Bari 1997; T.E. Frosini, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, cit.

[16] E. Ottolenghi. *Sopravvivere senza governare: l'elezione diretta del primo ministro in Israele*, in *Riv. it. sc. pol.*, 2, 2002; F. Clementi, *L'elezione diretta del Primo ministro: l'origine francese, il caso israeliano, il dibattito in Italia*, in *Quad. cost.*, 3, 2000

israeliana come esperimento fallimentare dell'elezione diretta del primo ministro. Citare *a contrario* l'esperienza israeliana non è un esercizio corretto, specialmente sotto l'angolatura della comparazione costituzionale. Primo, perché, come già detto, la *Knesset* era eletta, e non poteva essere altrimenti, con un sistema elettorale proporzionale puro, che rendeva improbabile un coerente rapporto fiduciario con il capo del governo; secondo, perché la realtà politico-istituzionale, sociale e, soprattutto, religiosa israeliana ha delle particolarità tali che non possono essere minimamente comparate con quelle italiane. Vale qui quello che si diceva all'inizio a proposito della comparazione per differenze fra il semipresidenzialismo francese con quello di Weimar. Dove quest'ultimo aveva prescritto in costituzione la legge elettorale proporzionale, mentre quello francese ha adottato con legge un sistema maggioritario uninominale a doppio turno. Una differenza determinante, soprattutto ai fini dell'effettività della forma di governo in termini di governabilità.

3. *Il premierato tra consenso e dissenso (sine ira ac studio)*

Un altro tema è quello dell'effettivo funzionamento della forma di governo del premierato. Che è di assai difficile interpretazione, a meno di non avere la palla di vetro attraverso cui riuscire a leggere il futuro. Meraviglia come taluni mostrino una granitica certezza nel rappresentare i rischi e i pericoli che ne deriverebbero dall'introduzione del premierato nel nostro paese[17]. Si parla di derive autoritarie, minacce alla democrazia. Dimenticando altresì il monito di Piero Calamandrei: «*Le dittature sorgono non dai governi che durano, ma dalla impossibilità di governare dei governi democratici*». Addirittura, si è evocato il *führerprinzip*![18] Nel timore (e vorrei dire terrore) che ci sia un capo assoluto, che tracimi nell'esercizio del potere comprimendo le minoranze e i ridimensionando i diritti[19]. Eppure, in tutte le forme di governo ci deve essere un capo. Anzi, come sosteneva molti anni fa George Vedel: «esiste un certo numero di leggi – brutali – della democrazia moderna. La prima è che l'esecutivo ha un capo che emana dal suffragio universale […]»; e che questo vale per ogni tipo di forma di governo parlamentare o presidenziale, perché «quale che sia, ogni

[17] Cfr. il vol. di Astrid, *Costituzione: quale riforma? La proposta del governo e le possibili alternative*, Firenze 2024 (*ivi*, S. Prisco, *Un uomo solo al comando. La forma di governo a-parlamentare nel disegno di legge di revisione costituzionale della parte II della Costituzione*)

[18] Cfr. Il Fürherprinzip. *La scelta del capo*, a cura di G. Azzariti e M. Della Morte, Napoli 2024

[19] M. Ainis, *Capocrazia. Se il presidenzialismo ci manderà all'inferno*, Milano 2024

democrazia moderna avrà un capo eletto dal popolo. La seconda legge è che la vera responsabilità è davanti al popolo»[20].

Certo, il costituzionalista, specie se è comparatista, sa bene che le norme sulla forma di governo sono "a fattispecie aperta", e quindi suscettibili di essere qualificate dal sistema dei partiti e integrate dalle regole convenzionali che a esso fanno capo[21]. Pertanto, lo studioso che vuole ritrarre la forma di governo esistente, che sia operativa e vigente, deve affrontare una difficoltà: il fatto che il soggetto del ritratto cambia continuamente.

Bisogna vedere, piuttosto, in quale forma di stato si viene a collocare la forma di governo. Anche laddove quest'ultima diventasse, per via della prassi e delle convenzioni, iper-presidenziale come succede in Francia. Nella forma di stato di democrazia liberale (e non illiberale!) ci sono una serie di robusti anticorpi che impediscono il manifestarsi di forme più o meno autoritarie dell'ordine costituzionale. Innanzitutto, ci sarà sempre un giudice a Berlino! Quindi un controllo da parte della magistratura e soprattutto della Corte costituzionale. Poi c'è la vigilanza dei *mass media* e dell'informazione in generale, oggi resa più occhiuta grazie a internet e i suoi derivati. E poi, soprattutto, c'è l'Unione europea che ammonisce e sanziona (economicamente) quegli stati che non rispettano i principi di democrazia liberale sui quali si fonda la stessa Unione. Immaginare che con l'elezione diretta del primo ministro si possa sbandare verso un autoritarismo francamente mi sembra troppo. E non è valutazione meritevole di pregio scientifico.

In conclusione: il premierato elettivo non è presidenzialismo ma neo-parlamentarismo. Ovvero un'evoluzione del sistema parlamentare, di cui conserva il rapporto fiduciario, che si sviluppa nel senso di garantire stabilità e restituire centralità alla sovranità popolare. Per avere governabilità senza comprimere la rappresentanza. A differenza del presidenzialismo e del semipresidenzialismo, il premierato elettivo non comporterebbe una estesa e profonda modifica della costituzione, ma sostanzialmente poche norme da cesellare con il bisturi dell'art. 138 cost.: l'elezione a suffragio popolare del primo ministro e il potere, in capo allo stesso, di scioglimento anticipato delle Camere e di revoca dei singoli ministri. E poi, aspetto di assoluta rilevanza, lascerebbe il Presidente della Repubblica nelle sue originarie prerogative costituzionali, che non verrebbero modificate né ridotte ma lasciate così come sono. Salvo prevedere che il Presidente della Repubblica può, *sentito il Presidente del Consiglio*, sciogliere le Camere o una sola di esse. Il ruolo che è chiamato a svolgere il Presidente del-

[20] G. Vedel, *La revision de la Constitution*, in *Les Séminaires de la Fondation J. Jaurés*, 1, 1994, 99

[21] Sul punto L. Elia, *Governo (forme di)*, 640

la Repubblica in Italia è scolpito nelle norme della costituzione e stabilizzato nella prassi degli "uomini del Quirinale"[22]; ed è sintetizzabile nella formula di garante e potere neutro, desumibile dalla funzione costituzionale di capo dello Stato e rappresentante dell'unità nazionale.

Concludo: piaccia oppure no, le riforme istituzionali servono. Per provare a fare crescere, sviluppare e progredire un Paese e la sua Costituzione; servono anche per esigenze di rinnovamento e di adeguamento ai tempi e alle trasformazioni sociali e politiche. Se così non fosse non si spiegherebbe il perché vengono proposte, in sede politica e scientifica, da più di quarant'anni. Non si può rimanere immobili e fare finta che non serva cambiare e riformare, anche osando e rischiando. Non bisogna avere paura di avere coraggio.

Vediamo che sorte politica avrà il premierato elettivo. Certo, anche nel caso in cui non dovesse essere approvato (in particolare per via di un voto contrario al *referendum*) e non entrare così nella codificazione costituzionale italiana, rimane comunque il modello di forma di governo. Da studiare e classificare. *Sine ira ac studio*.

[22] A. Baldassarre e C. Mezzanotte, *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, Roma-Bari 1985

Carlo Fusaro[*]

SCIOGLIMENTO DELLE CAMERE E PREMIERATO A LEGITTIMAZIONE DIRETTA

Il potere di sciogliere il Parlamento nasce come parte integrante del potere di convocarlo: in Inghilterra spettava alla Corona di convocare e congedare i rappresentanti dei Comuni[1].

Mano a mano l'equilibrio si spostò verso il primo ministro e il Parlamento, in parallelo con la nascita del regime parlamentare. Dalla riforma elettorale del 1832 in avanti, fu il capo della frazione o partito che aveva vinte le elezioni a diventare primo ministro e assumere i poteri della Corona, a partire dal potere di indire le elezioni: all'epoca, oltretutto, non c'erano regole precise sulla durata dei Comuni (anzi: non ci sono state fino al 2011). Questo potere (che attenzione: era un potere di scegliere il momento più opportuno per votare, dunque esercitato nell'interesse comune del primo ministro e della sua maggioranza, per puntare alla vittoria o per minimizzare una temuta sconfitta, salvando il maggior numero di seggi possibile) è sempre stato saldamente nelle mani del primo ministro, tranne una breve parentesi dal 2011 al 2022: della riforma di 13 anni fa, oggi è restata solo la durata quinquennale dei Comuni. Naturalmente il potere di scioglimento si prestava e si presta ad essere usato anche per ricondurre alla ragione componenti riottose della maggioranza (con tanta maggiore efficacia quanto più lontani si è, nel tempo, alla scadenza della legislatura).

Sul continente europeo, l'evoluzione è stata diversa: sia perché, non esistendo nel Regno Unito una costituzione scritta, riprodurne le modalità di funzionamento è sempre stato difficile (l'ingegneria costituzionale incontra comunque limiti strutturali e dipende prima di tutto dalla capacità di comprendere veramente il modello che si cerca di riprodurre o emulare: il che non è sempre facile, si pensi al caso USA[2]) sia perché ovviamente i contesti politici, sociali, culturali variano da ordinamento a ordinamento.

[*] Professore ordinario a riposto di Diritto pubblico comparato, Dipartimento di scienze giuridiche, Università degli studi di Firenze.

[1] Una prima versione, diversa in molti punti, di questo articolo è stata pubblicata col titolo *Premierato a legittimazione diretta e scioglimento delle Camere*, in "Federalismi.it - Paper" (4 marzo 2024).

[2] I *founding fathers* avevano in mente, almeno in parte, di riprodurre quello che credevano essere il modello inglese: e crearono l'alternativa per eccellenza al parlamentarismo.

Una prima discriminante si rivelò quella fra ordinamenti a capo dello stato ereditario (tutti tranne Francia e Svizzera, alla fine dell'Ottocento[3]) e ordinamenti (via via prevalenti) a capo dello stato indirettamente (e poi direttamente) rappresentativo: fermo restando che praticamente dappertutto (fino alla Quinta Repubblica francese) – viste le origini – la titolarità formale del potere di scioglimento del Parlamento (e/o di indizione delle elezioni) fu attribuita, nelle diverse carte costituzionali, alla figura del presidente della Repubblica (o alla Corona, va da sé). Ma solo in alcuni casi alla *titolarità formale* ha coinciso la *titolarità sostanziale*: e ciò proprio per l'affermarsi di regimi parlamentari fondati sulla rappresentatività di esecutivi e assemblee.

Il primo caso storico rilevante fu quello della Terza Repubblica francese, nella quale dopo la forzatura del generale presidente Mac Mahon (che sciolse l'Assemblea in polemica contro la maggioranza: il suo partito fu duramente sconfitto alle successive elezioni, e finì col dimettersi[4]), la c.d. *Constitution Grévy* si caratterizzò esattamente per la proclamata rinuncia da parte del nuovo presidente (Grévy, appunto) ad esercitare il potere di scioglimento, se non col consenso dell'Assemblea nazionale. Ciò dette vita a una prassi che si consolidò nei decenni: ne derivò il modello per eccellenza dei regimi parlamentari assembleari (in mano ai partiti e anzi alle fazioni in Parlamento). Tale prassi divenne, non a caso, oggetto di dispute e di proposte riformiste, di fronte al cattivo funzionamento del regime e alla eccezionale instabilità dei suoi governi in balia di quelle fazioni. Molte di queste proposte, fra le due guerre mondiali, riguardarono proprio l'attribuzione del potere di scioglimento *sostanziale* che i riformisti volevano attribuire al presidente della Repubblica o al primo ministro (sottraendolo all'Assemblea nazionale): proprio alla ricerca di più stabilità e più efficace governabilità[5].

La nostra Costituente fu fortemente influenzata dai precedenti francesi (sia della Terza sia della Quarta repubblica che, nonostante alcune buone intenzioni e alcuni inadeguati correttivi, ne avrebbe riprodotto le caratteristiche di funzionamento a tendenza assembleare). Del resto, a scanso di equivoci, si deve ricordare che le ben più incisive razionalizzazioni della *Grundgesetz* (1949) erano allora (1946-1947), di là da venire: tanto più quelle successive svedesi (1974), greche (1975), spagnole (1978). Come sappiamo l'esito della Co-

[3] A parte la Serenissima Repubblica di San Marino.

[4] Come aveva preannunciato il leader repubblicano Léon Gambetta («Quand la France aura fait entendre sa voix souveraine, croyez-le bien, Messieurs, il faudra se soumettre ou se démettre»).

[5] In italiano si può leggere, volendo, C. FUSARO, *Le radici del semi-presidenzialismo*, Soveria Mannelli, 1998.

stituente vide delinearsi un regime parlamentare pressoché "puro" o classico[6] (cioè privo di razionalizzazioni significative: il cui funzionamento si voleva dai più tutto in mano alle dirigenze dei partiti politici), coniugato con una figura presidenziale di rara ambiguità (come avrebbe segnalato tutta la dottrina: da Cheli a Paladin), in quanto dotata di rilevanti poteri formali (anche in materia di indirizzo politico), fra cui ovviamente lo scioglimento: anch'esso però, come gli altri atti presidenziali, con atto da adottarsi solo ed esclusivamente previa *controfirma ministeriale* (da parte "dei ministri proponenti", art. 89.1 Cost.: espressione da quasi tutta la manualistica letta come fosse stato scritto "competenti", secondo la prassi di almeno tutta la prima fase repubblicana; col che si toccava con mano l'ambiguità di cui dicevo).

In effetti, guardando all'esercizio del potere di scioglimento, la prassi dal 1948 ad oggi permette di individuare due fasi: (A) una *prima*, affermatasi con gli scioglimenti del 1972, 1976, 1979, 1983, 1987, nella quale l'istituto si delineò come potere sostanziale saldamente in mano ai partiti politici del c.d. *arco costituzionale*, in diretta coerenza con le propensioni assembleari del regime parlamentare italiano; (B) una *seconda*, assecondata dal crollo del primo sistema dei partiti, quello sorto nell'aprile 1948, a partire dalla presidenza Scalfaro (cioè dal 1992), nella quale si è delineato, invece, come un potere via via sempre più sostanzialmente presidenziale (esercitato: esempio, Scalfaro gennaio 1994; o *non* esercitato: esempio, Scalfaro fine 1994, talora anche in modo da condizionare il funzionamento del sistema politico, in nome di un sorta di alto indirizzo politico presidenziale di ultima istanza; clamoroso il caso del 2011 quando il presidente Napolitano promosse la nascita del governo Monti, pur di non ricorrere allo scioglimento, considerato inopportuno viste le condizioni della finanza pubblica). Diventa così popolare, perfino fra gli studiosi, un'interpetrazione della Costituzione in base alla quale il presidente può costruire governi anche forzando la mano ai partiti (ai gruppi in Parlamento): è l'epopea dei "governi del Presidente".

Si badi bene: queste assai diverse interpretazioni (assembleare, governativa, presidenziale), sono, nell'ambiguità della Costituzione, giuridicamente tutte legittime: ma l'ultima si è affermata in stridente contrasto sia con la prassi della c.d prima repubblica sia con la logica delle riforme a tendenza maggioritaria degli anni Novanta e successivi. Uno degli aspetti centrali del tentativo di riforma attualmente in corso consiste precisamente nel mettere in sintonia l'e-

[6] Non è necessario rifare per la centesima volta la storia del ordine del giorno Perassi e di come questo fu tradito non facendo seguire i fatti alle intenzioni, né le ragioni per cui ciò avvenne (fa scuola la testimonianza di Dossetti resa a Leopoldo Elia nel 1984, pubblicata in *A colloquio con Dossetti e Lazzati: intervista di Leopoldo Elia e Pietro Scoppola*, Bologna, 2003).

sercizio di alcuni poteri presidenziali (prima di tutto proprio quello di scioglimento, di cui parliamo) con l'investitura elettorale del presidente del consiglio, allo scopo di completare l'incompiuta svolta maggioritaria (nella convinzione o speranza di poter così rafforzare stabilità di governo e governabilità).

In effetti, nella maggior parte dei regimi parlamentari contemporanei, il potere di scioglimento, anche se da nessuna parte così saldamente come nel Regno Unito (salva la parentesi di cui s'è detto), si è spostato di fatto e/o di diritto, dal punto di vista dell'esercizio sostanziale, verso il primo ministro: con un ruolo di controllo affidato al capo dello Stato e/o al consiglio dei ministri e/o alla maggioranza in Parlamento. Si vedano gli esempi di diversi ordinamenti: quelli sempre citati di Germania, Svezia, Spagna, ma anche Irlanda, per esempio.

Non c'è dubbio che, a seconda delle figure e dei ruoli rispettivamente di capo dello Stato e di primo ministro che si abbiano in mente (1), a seconda delle esigenze funzionali reali che presenta ciascun specifico sistema partitico (2), a seconda degli obiettivi che ci si prometta di conseguire e del regime di incentivi che ad essi paia funzionale (3), possono derivare discipline diverse dell'esercizio del potere di scioglimento ovvero (per dire la stessa cosa in altro modo) del potere di indire nuove elezioni tornando al corpo elettorale (il "sovrano").

Nel caso italiano, fermo restando che il potere *formale* di scioglimento è e resterà nelle mani del capo dello Stato (elemento di garanzia in forma di controllo), occorre avere chiaro a chi si pensa debba essere attribuito il potere *sostanziale* di scioglimento ed eventualmente con quali limiti, avendo presente:

a) quali obiettivi il tentativo riformista intende perseguire;
b) quale modello si intende provare a costruire (o piuttosto modificare);
c) quale organo debba conseguentemente essere rafforzato (fra presidente della Repubblica, maggioranza parlamentare: partiti, gruppi parlamentari, primo ministro).

Applicando questo schema all'attuale tentativo di riforma costituzionale (v. gli AS 830 e AS 935, rispettivamente di *Italia Viva* e del *governo*), sfociato nell'approvazione da parte del Senato in prima lettura[7]:

a) gli obiettivi sono: la ricerca di maggiore stabilità e continuità nell'azione di governo; un più saldo rapporto fra esecutivo e sua maggioranza sapendo che, comunque, difficilmente si potranno evitare maggioranze di coalizione; la liberazione del presidente del Consiglio dalla necessità di preoccuparsi quotidianamente di costruire il sostegno dei gruppi parlamentari della propria maggioranza; l'evitare il ricorso ad esecutivi che non siano espressione della scelta degli elettori ma il frutto di mere

[7] Il 18 giugno 2024 con 109 sì, 77 no e 1 astenuto (187 presenti su 200 più senatori a vita).

combinazioni parlamentari successive, costruite magari grazie ad alte tutele presidenziali;

b) il modello prescelto è quello detto sbrigativamente del *premierato* ovvero del *governo di legislatura a premier direttamente legittimato* ovvero *elettivo*, ovvero anche *neoparlamentare*;

c) la convinzione che la figura da dotare di maggiore forza politica e giuridica, ovvero di legittimazione popolare da una parte e di poteri giuridici che le siano costituzionalmente attribuiti dall'altra, sia il presidente del Consiglio dei ministri, che i più coerenti propongono di denominare *primo ministro* (nel testo trasmesso dal Senato alla Camera si continua a parlare di presidente del Consiglio dei ministri).

L'esperienza e la prassi dei regimi parlamentari insegna che accanto a forme di investitura individuale del primo ministro o cancelliere (1), accanto all'espresso potere di determinare l'indirizzo politico dell'esecutivo (2), accanto al potere politicamente discrezionale di nomina e revoca dei ministri (3), accanto ad altre prerogative (per es. quella di attivare i poteri temporanei legati a situazioni di emergenza: v. Germania e Spagna; non in Francia, significativamente) (4), i primi ministri concorrono in forme giuridicamente (non solo politicamente) decisive alla convocazione di elezioni anticipate ovvero allo scioglimento della camera politica (che dappertutto, tranne che in Italia, è, ovviamente, una sola).

Anche laddove esiste la c.d. *sfiducia costruttiva*, le rarissime volte in cui essa è stata praticata, si è fatto in modo di ricorrere comunque ad elezioni anticipate determinandone "artificialmente" le condizioni: tale essendo, anche nei regimi parlamentare più "miti" e marcatamente rappresentativi (v. sempre Germania), la consapevolezza dell'importanza della legittimazione elettorale.

Il modello cui gli attuali aspiranti riformatori italiani guardano è quello che si ispira più o meno direttamente alla proposta di Maurice Duverger di 70 anni fa e a quelle di chi ha cercato di proporla in Italia come la più congruente rispetto alle tradizioni parlamentaristiche della forma di governo italiana: da Serio Galeotti ad Augusto Barbera passando per Costantino Mortati e culminando con l'ipotesi formulata da Cesare Salvi relatore sulla forma di governo alla terza ed ultima bicamerale, quella presieduta da Massimo D'Alema negli anni 1997-1998[8].

Questo modello, tuttavia, ha conosciuto nel nostro paese una declinazione concreta assolutamente originale, quella introdotta con esiti larga-

[8] https://leg13.camera.it/_dati/leg13/lavori/rifcost/comitati/fgframe.htm: è la seduta del 5 maggio 1997, ma si vedano anche le due sedute del 13 e 22 maggio 1997 (in particolare gli allegati).

mente positivi dal 1993 a livello comunale e dal 1995-1999 a livello regionale[9].

L'assoluta originalità sta nel fatto di aver coniugato l'elezione diretta e contestuale del vertice degli esecutivi (sindaci, presidenti) e delle assemblee (consigli) con la garanzia giuridica, a vantaggio dei primi, di una almeno inizialmente nitida maggioranza consiliare (pur ripartita, come da tradizione, fra più gruppi: con la sola eccezione, non a caso indirettamente censurata dalla Corte costituzionale, dell'*Italicum*[10]). In questo l'esperienza subnazionale italiana è stata e resta radicalmente diversa dalla breve esperienza israeliana (a torto sempre richiamata): in Israele l'elezione diretta del primo ministro fu introdotta sulla base di un compromesso che lasciava pressoché integralmente proporzionale (su base nazionale per giunta) l'elezione della *Knesset*.

Senza addentrarsi in un'analisi specifica, questa scelta della compenetrazione fra elezione del vertice dell'esecutivo e composizione dell'assemblea rappresentativa (compenetrazione ai fini della quale, indubbiamente, la scelta del primo fa da traino rispetto alla seconda), spiega ed avvalora la rigida applicazione della regola *simul simul*: perché la composizione dell'assemblea (e i relativi premi in seggi a vantaggio dei gruppi collegati sulla scheda al sindaco o presidente eletto) derivano dall'elezione di *quel* sindaco o presidente (oltretutto con voto, volendo, *disgiunto*). Venendo l'eletto per qualsiasi ragione a mancare, cessa la legittimazione stessa del consiglio, o quantomeno dei suoi componenti eletti a seguito della vittoria elettorale personale del sindaco o presidente.

I due originari progetti AS830 e AS935 si distinguevano in questo, per l'appunto. Entrambi prevedevano infatti l'elezione diretta: ma mentre il primo (nonostante i suoi presentatori parlassero e parlino di *sindaco d'Italia*) prevede separazione (pur nella contestualità) fra elezione del primo ministro ed elezione delle assemblee parlamentari, affidando la omogeneità delle due maggioranze solo all'aspettativa che l'elettore scelga in coerenza candidato presidente e candidati parlamentari, il secondo, invece, prevede (pur lasciando molti aspetti impregiudicati e affidati al legislatore ordinario: se ne continua a discutere dato che il testo varato dal Senato non risolve il punto) un sistema analogo a quello degli enti subnazionali per cui l'elezione del presidente del Consiglio determinerebbe l'attribuzione di una maggioranza in seggi inizialmente garantita ai partiti ad esso collegati.

A differenza dall'AS830, l'AS935, invece, sia nella versione iniziale sia in quella che sortita dagli emendamenti poi presentati dalla maggioranza, preve-

[9] L. 25 marzo 1993, n. 81, L. 23 ebbraio 1995, n. 45 e L. cost. 22 novembre 1999, n. 1 (come si vede, prima e dopo la Commissione D'Alema).

[10] V. sent. 35/2017.

de una qualche attenuazione rispetto alla rigidità del *simul simul*. Ciò appare concettualmente ragionevole: ed è qui che entra in discussione la questione del potere sostanziale di determinare l'indizione di nuove elezioni ovvero lo scioglimento delle Camere.

La questione è questa: quale disciplina del potere di scioglimento è suscettibile di determinare un utile equilibrio fra rafforzamento del presidente del Consiglio (a partire naturalmente dalla sua capacità sostanziale di tenere compatta la propria maggioranza multipartitica), mantenimento di una funzione di controllo del capo dello Stato, limitate deroghe alla rigidità della clausola *simul simul*? Si tratta in altre parole di ragionare su (1) presupposti, (2) condizioni, (3) eventuali limiti all'esercizio del potere sostanziale di scioglimento.

Il progetto approvato al Senato (qualcuno ha osservato: singolarmente) prevede che ove il presidente del Consiglio si dimetta possa chiedere e ottenere lo scioglimento delle Camere: mentre in alcuni ordinamenti il potere di scioglimento è riconosciuto al primo ministro sulla base della fiducia di cui gode (del Parlamento, del suo partito: ciò vale classicamente per il Regno Unito), nel nostro caso lo scioglimento lo si propone automatico in caso di sfiducia "mediante mozione motivata" al presidente del Consiglio ovvero su iniziativa del presidente del Consiglio in caso di sue dimissioni "volontarie". Questa formulazione dovrebbe permettere al presidente del Consiglio di tenere a bada la propria maggioranza in Parlamento: nel testo iniziale veniva fatto salvo, paradossalmente come è stato osservato, anche il caso di ribellione di (parte della) maggioranza in occasione del voto su una *questione di fiducia* posta dal governo stesso su una votazione qualsiasi, ma poi – opportunamente – questa eventualità è stata chiaramente esclusa.

La formula del (potenzialmente) nuovo art. 94 Cost. emersa dal Senato prevede in sintesi quanto segue: a) se una Camera approva la revoca della fiducia, il presidente del Consiglio si dimette e il presidente della Repubblica scioglie entrambe le Camere; b) in tutti gli altri casi in cui il presidente del Consiglio si dimetta (eventualmente anche per aver una delle Camere respinto la questione di fiducia posta dal suo governo), sta al presidente del Consiglio entro sette giorni stabilire se permettere la formazione di un altro governo oppure chiedere e ottenere lo scioglimento delle Camere. Il secondo governo (e per espressa previsione costituzionale ultimo governo della legislatura), in ogni caso, sarebbe (sempre per espressa previsione costituzionale) affidato allo stesso dimissionario oppure a un parlamentare eletto a suo tempo in collegamento con il dimissionario (quindi mai a un "tecnico" di estrazione extraparlamentare).

In altre parole, il nuovo art. 94 Cost. assicurerebbe al presidente del Consiglio investito della carica in via diretta per il tramite delle elezioni contestuali

sue e delle due Camere, il pieno controllo della durata della legislatura (similmente al modello Westminster).

Così anche il no sulla fiducia posta dal Governo diventerebbe equivalente a una revoca di fiducia mediante mozione motivata (la motivazione potendo del resto considerarsi implicita nell'oggetto su cui si vota). Con tale formulazione il sistema vanterebbe una sua razionalità. Ne deriverebbe infatti che il presidente del Consiglio eletto (o direttamente legittimato come continuo a ritenere preferibile) avrebbe il potere di determinare lo scioglimento anticipato oppure di lasciare che le Camere esprimano per il tramite della designazione del presidente della Repubblica un altro presidente della sua stessa maggioranza che lo sostituisca per il resto della legislatura. La sostituzione non potrebbe avvenire a seguito di un'imboscata o di una forzatura da parte di altra componente della maggioranza. Al riguardo, aggiungo, si potrebbe valutare se introdurre una deroga a questo *quasi simul simul*: per esempio, l'investitura parlamentare a maggioranza qualificata (2/3 ad esempio) di *governi di unità nazionale* in casi di vera emergenza (una disciplina della quale, forse sarebbe necessaria: il nostro ordinamento costituzionale ne è sostanzialmente privo).

Un sistema così corretto (salvo si introducesse la deroga di cui ho appena detto) non permetterebbe in alcun caso di sostituire il presidente del Consiglio contro la sua volontà *senza* ricorso ad elezioni. I critici continuerebbero a poter dire che, invece, seppur eccezionalmente, anche nel Regno Unito il premier può perdere il controllo del proprio gruppo parlamentare (e/o del proprio partito) e da questo essere sostituito in corso di mandato. Tuttavia a questi critici si potrebbe rispondere che il sistema sarebbe così congegnato (1) perché in Italia non esiste la prospettiva ragionevole di maggioranze di un partito solo (sicché qualsiasi succedaneo non potrebbe che costituire *strutturalmente* una mina vagante a danno della compattezza della maggioranza: rischio che nel modello Westminster non c'è o è ridotto al minimo); (2) perché il testo attuale della riforma continua a prevedere una vera e propria elezione o legittimazione diretta.

Naturalmente la riforma di cui parliamo inciderebbe significativamente sulla figura presidenziale: per di più un benemerito emendamento proposto dal senatore Marcello Pera sarebbe suscettibile di ridurre drasticamente, al di là dello stesso intervento sulla forma di governo, le lamentate ambiguità lasciate dai padri costituenti. La tesi, sostenuta per molto tempo dal governo e dalla maggioranza, secondo la quale la riforma "non toccherebbe i poteri presidenziali" è una balla propagandistica alla pari della tesi di quegli oppositori i quali sostengono che la riforma ridurrebbe il capo dello Stato, in Italia, ha una figura meramente cerimoniale. Hanno torto entrambi, accecati dalle autoimposte esigenze di combattersi a colpi di propaganda.

Il vero è che, se appena appena la riforma conseguisse gli obiettivi che i proponenti si sono posti e mostrasse di funzionare, si ridurrebbe fino a scomparire l'esigenza di ricorrere alle alte tutele presidenziali, più o meno intraprendenti e attive, per assicurare al paese una adeguata continuità e stabilità di governo (in supplenza di un circuito elezioni – formazione delle Camere-governo che finora ha mostrato di funzionare in maniera largamente insoddisfacente): ciò sarebbe in linea, io credo, con le aspettative della gran parte (non tutti) degli stessi costituenti. Non sarebbe in linea, beninteso, con la torsione della figura presidenziale registratesi da trent'anni in qua. Non per questo però il presidente sarebbe ridotto al *roi fainéant* temuto da Vittorio Emanuele Orlando alla Costituente: tanto più grazie all'emendamento Pera, infatti, manterrebbe – e per la prima volta indiscutibilmente come poteri suoi propri per espressa volontà costituzionale – una serie di decisive attribuzioni: in particolare, a parte la nomina del presidente del Consiglio (salvo eccezioni dettata dal corpo elettorale), la nomina di un terzo dei giudici della Corte costituzionale, la concessione della grazia e la commutazione delle pene, il decreto di indizione delle elezioni e dei referendum e il rinvio delle leggi. Sarebbero questi poteri a prova assoluta di interferenza governativa o partitica. Il presidente resterebbe poi quello che è sempre stato ed è bene continui ad essere: il rappresentante dell'unità nazionale, nulla di meno, nulla di più (al di là di infinite fantasiose e interessate ricostruzioni).

A cavallo della prima lettura della riforma Meloni-Casellati in Senato, eventi costituzionalmente significativi (con riferimento a quanto qui discusso) si sono registrati nel Regno Unito e in Francia. Nel Regno Unito il primo ministro conservatore Rishi Sunak il 22 maggio ha sciolto i Comuni; le successive elezioni del 4 luglio, hanno registrato l'atteso successo dei laboristi guidati da Keir Starmer, ampliato in seggi (non in voti) dal tracollo conservatore, determinato oltre che da diversi anni di caos politico post Brexit dal successo relativo del partito sovranista *Reform UK* guidato da Nigel Farage: il sistema elettorale *plurality* ha permesso al *Labour* di ottenere 412 seggi (oltre il 63%) con il 33.7% dei voti (quasi il doppio!). Sembra sia un ritorno vero e proprio a un funzionamento classico del modello parlamentare tipo Westminster; in ogni caso va registrato che ancora una volta le elezioni sono state decise con piena discrezionalità dal primo ministro.

In Francia la sera del risultato delle elezioni europee del 9 giugno, il presidente Macron ha annunciato, dopo il successo del *Rassemblement National* e la sconfitta dei partiti a lui vicini, lo scioglimento dell'Assemblea nazionale e il primo turno di votazioni per il 30 giugno (21 giorni dopo), con secondo turno il 7 luglio. Al di là dell'esito elettorale che – anche qui grazie alle caratteristiche del sistema elettorale – ha determinato la sconfitta bruciante del *RN* di Marine

Le Pen e Jordan Bardella (arrivato terzo in seggi dopo il Nuovo Fronte Popolare e dopo *Ensemble*, la ex maggioranza presidenziale, pur essendo risultato primo in voti sia al primo sia al secondo turno), si è pure qui confermato, direi clamorosamente date le attese e le successive reazioni, il discrezionale potere di scioglimento del presidente (del resto nel rispetto della Costituzione, art. 19, senza necessità di controfirma): uno degli elementi decisivi che possono giustificare, per chi ci tiene, la discussa tipologia del semi-presidenzialismo.

Concludo. Tornando alla riforma del premierato, e in particolare alla questione dello scioglimento, non bisogna dimenticare qual è il presupposto di questo genere di esercizi di ingegneria costituzionale (sui quali ci si affatica, in contesti diversi, da oltre 100 anni): cercare di individuare le razionalizzazioni (cioè gli incentivi giuridici) utili, sulla carta, a favorire un determinato funzionamento della forma di governo, e segnatamente di un regime, quello parlamentare, affermatosi originariamente in un contesto privo di costituzione scritta. Ciò comporta, quale elemento strutturale, un maggior grado di rigidità: si tratta di valutare qual è, nel contesto presente, l'equilibrio ottimale fra la rigidità indispensabile in vista degli esiti perseguiti e la dose residua di flessibilità cui può esser saggio non rinunciare. Sapendo che *chez nous* tutto milita per suggerire più, non meno rigidità. Su questa conclusione so di non poter contare sul consenso dell'amico Salvatore Prisco che vogliamo onorare: ma mi conforta la certezza che non mi perdonerebbe opinioni edulcorate.

Francesco Gabriele[*]

SULLA AUTONOMIA *ULTERIORE* NELLE REGIONI A STATUTO ORDINARIO (O DEL REGIONALISMO *DIFFERENZIATO* VOLUTAMENTE "FRAINTESO")

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. La Politica, l'Autonomia, l'Unità: un groviglio inestricabile, tuttora precario. – 2.1. La Politica. – 2.2. L'Autonomia e l'Unità. – 3. Sul (presunto) regionalismo "differenziato": un dialogo "a briglie sciolte" senza oggetto e senza (veri) dialoganti. – 4. La portata "reale", non competitiva, della differenziabilità nella Costituzione (oppure: differenziabilità e Costituzione). – 5. Esperienze in corso: senza ostacoli verso una "differenziazione" senza differenze? – 6. La legge "Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario". Qualche osservazione "a prima lettura". Rassicurazioni poco rassicuranti? – 6.1. Il ruolo del Governo. – 6.2. I LEP: un'occasione importante, ma già perduta?

1. *Note introduttive*

La recente approvazione al Senato (ma l'atto, S 615, divenuto C 1665 e "licenziato" dalla Commissione affari costituzionali della Camera è già in Aula)[1] del disegno di legge testualmente specificato in nota[2], a prescindere dalla necessità, o dalla "strumentalità", o dalla stessa "utilità" strettamente giuridica, e da ogni altra considerazione, anche sotto il profilo delle fonti, su una tale legge[3], che, se ordinaria, potrebbe essere considerata, almeno in gran parte, giu-

[*] Già Professore Ordinario di Diritto pubblico nell'Università di Bari "A. Moro".

[1] Dove, si prevede, sarà approvato così com'è "per effetto dell'ormai vigente monocameralismo di fatto": N. COLAIANNI, *Autonomia differenziata: ovvero "privilegiata"*, in *Questione giustizia*, 2024.

[2] Disegno di legge recante "Disposizioni per l'attuazione della autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione, ormai divenuto, con una rapida promulgazione, senza rinvio e senza alcuna osservazione, come non di rado è avvenuto, la Legge 26 giugno 2024, n. 86.

[3] Basti solo rilevare, almeno per il momento, che, all'opinione per cui il terzo comma dell'art. 116 della Costituzione non richiede una legge-quadro attuativa, né sarebbe lacunoso, e che, quando si vuole rinviare un adempimento alle calende greche, si fa una legge-quadro (M. BERTOLISSI, *Testi normativi e contesti costituzionali. Cose vere e meno vere a proposito della autonomia finanziaria*, in *www.consultaonline.it*, II/2023, 495 ss.) si oppone quella secondo la quale una legge-quadro sarebbe, invece, molto opportuna, se non proprio necessaria, sia per disciplinare alcuni vuoti, sia per una disciplina comune che metta nei giusti binari procedure e contenuti, ivi compresa, "questione delle questioni", l'indicazione dell'ambito materiale delle richieste (A. POGGI, *Risposta alla IV domanda nel Forum intitolato "Riaprire il discorso sul regionalismo italiano tra istanze cooperative e prospettive di differenziazione*". Introduzione di Maria-

ridicamente inutile, o scarsamente significativa[4], costituisce un passo comunque importante ai fini della possibile, concreta realizzazione, invero da alcuni attesa e perseguita, da altri temuta ed avversata, del non ancora meglio, anche se prevalentemente definito, "regionalismo differenziato" o "asimmetrico"[5] (anche perché, magari, non è proprio identico l'oggetto cui si intende dare il nome[6]). Anche se previsto, ma non nominalmente, dall'art. 116, terzo comma, della Costituzione, questo nuovo "ramo" del nostro regionalismo non lo è, infatti, né obbligatoriamente, né necessariamente e/o contemporaneamente per tutte o, in ipotesi, almeno per un numero minimo di regioni ordinarie, ma solo come possibilità e, per l'appunto, caso per caso, e regione per regione. Potrebbe avvenire, pertanto, che il regionalismo "de quo" rimanga previsto, ma presente, nel nostro ordinamento, solo in astratto, o "sulla c(C)arta", per così dire, così da essere meglio definito, *pro tempore,* solo differenziabile, o, se anche realizzato, e nella misura in cui lo sia, integrale, o parziale in quanto semplicemente "incrementabile"[7], nonché, eventualmente, con altre specificazioni

lisa d'Amico, in La Rivista "Gruppo di Pisa", 2/2022, 142; v. anche, tra gli altri, M. Podetta, *Il tentativo di attuazione dell'autonomia differenziata: dal disegno dii legge Calderoli alla legge di bilancio per il 2023*, in *www.consultaonline.it.* II/2023, 353 ss., nonché, più di recente, e per le ulteriori indicazioni bibliografiche, G. Starrantino, *Prime considerazioni a margine della legge Calderoli: un'occasione di riforma perduta*, in *www.onsultaonline.it,* 2024, II, 862 ss.

[4] V., sul punto, F. Pallante, *Il ddl Calderoli in tema di regionalismo differenziato. Una lettura critica*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2/32023, 31 ss.

[5] Non è facile, in effetti, e non lo è stato sinora, trovare, senza dubbi e contrasti, un termine, o un'espressione per indicare ciò che si intende rappresentare. E si confermerebbe, così, ancora una volta, che "lo spirito umano inventa più facilmente le cose che le parole: da ciò deriva l'uso di tanti termini impropri e di espressioni incomplete"(A. de Tocqueville come ricordato da M. Benvenuti, *La dimensione finanziaria delle differenziazioni territoriali*, in *www.rivistagruppodipisa*, 1/2021, 125). Sembra interessante, peraltro, anche l'osservazione secondo la quale, con riferimento al nostro ordinamento, e al caso che ci riguarda, si dovrebbe, in realtà, dire il contrario. Da noi, infatti, non sarebbe tanto la parola a far sentire la sua mancanza quanto la "cosa", cioè la regione, che avrebbe ancora un contenuto notevolmente indeterminato (A. D'Atena, *Le Regioni fra crisi e riforma, 1997*, come richiamato da V. Tondi della Mura, *La strumentalità delle Regioni dall'unità in poi,* in *Scritti in onore di A. D'Atena*, *IV,* Milano, 2015, 3094). Per un gran numero di qualificazioni, variamente proposte anche perché ciascuna rivolta ad accentuare, o evidenziare, questo o quell'aspetto, v., per es., M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato alla prova parlamentare*, in *Federalismi,* 6/2019, 3-4.

[6] Con riferimento alle due considerazioni sopra riportate, per es., si potrebbe trovare un buon terreno di incontro ove si pensi, come anche si dirà meglio in seguito, che, spesso, da noi, si è parlato, e, magari, ancora si parla, per es., e non immotivatamente, tra l'altro, di "regioni senza regionalismo" e di "regionalismo senza modello" (G. Pastori e M. Luciani), come è noto e come è ricordato, per es., da A. Morelli, La differenziazione di un regionalismo senza identità, in Diritti regionali, 3/2023, 704-705.

[7] V. al riguardo, già dal titolo, R. Toniatti, *L'autonomia regionale ponderata, aspettative ed incognite dell'incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione*

(per es., se condizionato da alcunché, se diverso regione per regione o per gruppi, ecc.)[8] La previa approvazione di una legge del tipo di quella predetta, deve dirsi, non ha condizionato, peraltro, né alcune Regioni, né il Parlamento, né il Governo. In sua assenza, e, per così dire, *medio tempore,* alcune delle prime, infatti, non hanno mancato, singolarmente, di assumere una iniziativa rivolta a conseguire "forme e condizioni particolari di autonomia" (o, come vedremo, comunque presunte tali), né il legislatore (*rectius,* la legge) di disporre, sia pure in misura minima, in qualche aspetto di esse, né il Governo (e/o sue articolazioni) ad operare di conseguenza. Non mancano, insomma, come può notarsi, già comportamenti ed atti, e quindi anche prime, ma concrete "esperienze" in corso ed in fase magari più o meno "avanzata", che, sia pure in ritardo rispetto ad un avvio possibile già dal 2001, con intensità varia, ma notevole e crescente a partire da un certo momento in poi, pur se varie e di varia provenienza (regionale, parlamentare e governativa), sono comunque molto importanti, ed interessanti, perché, con le sembianze ed i tratti, cominciano a delineare, ed anticipare anche la pluralità e la complessità dei non pochi problemi che l'attuazione del regionalismo in questione nella viva realtà inesorabilmente pone squarciando veli ed intenti, che pure la fantasia istituzionale più attenta non sempre riuscirebbe ad immaginare. Sembrano ancora più attuali ed interessanti, pertanto, anziché stanche e ripetitive, alcune riflessioni, di carattere anche

costituzionale del regionalismo italiano, in *Le regioni,* 2017, n. 4, 635 ss. C'è anche chi sembra preferisca parlare di "clausola di asimmetria": v., per es., A. D'Atena, *A proposito della "clausola di asimmetria*" (art. 116, u. c., Cost.), in *Rivista A*iC, 4/2020, 313 ss.

[8] Tra le condizioni, una, espressa, indicata dallo stesso articolo 116, terzo comma, della Costituzione, è il procedimento ivi stabilito (in sintesi: iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti, intesa, legge ordinaria variamente *rinforzata*); un'altra, già prevista dalla legge di bilancio per il 2023 (legge 29 dic. 2022, n. 197, art. 1, commi 791-798) e, ora, anche da quella approvata, per ora, solo al Senato, di cui si diceva poc'anzi, che stabilisce la necessità della previa determinazione, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti *i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale* (art. 117, secondo comma, lett. *m)* Cost), ai fini della individuazione dei quali un Comitato tecnico-scientifico con funzioni istruttorie appositamente istituito ha già svolto i suoi lavori presentandone i risultati in un ampio Rapporto finale (30 ottobre 2023). Tale Comitato, istituito con DPCM 23 marzo 2023 su proposta del Ministro per gli Affari regionali, presieduto dal prof. Sabino Cassese e composto di 61 membri tra "le massime autorità del campo amministrativo e economico, del diritto costituzionale, europeo ed internazionale, dell'economia e della matematica", come si legge nell'annuncio del Ministro riportato dall'Ansa, era incaricato di fornire supporto alla "Cabina di regia", prevista e disciplinata dall'art. 1 della predetta legge di bilancio per il 2023, presieduta dal Presidente del Consiglio, che può delegare il Ministro per gli Affari regionali. Può solo aggiungersi, "per la cronaca", che del Comitato appena 8 erano donne e che, sotto altro profilo, nel corso dei suoi lavori hanno presentato le loro dimissioni 11 componenti (tra i quali, cofirmatari della stessa lettera, G. Amato, F. Bassanini, F. Gallo e A. Pajno) e sono stati nominati 6 nuovi componenti.

generale, che il tema comunque già poneva e che ora, magari, più chiaramente svela. E ciò, naturalmente, non senza considerare né la quantità e la qualità dei numerosi contributi scientifici via via apparsi, anche del nostro "onorato" odierno[9], ed i pareri espressi in audizioni parlamentari o in analoghe sedi istituzionali da "invitati" variamente "di fiducia", per così dire (ma i criteri?), né, e per certi versi soprattutto, per ovvi motivi, il sistema politico, e comunque il contesto socio-politico-parlamentare nel quale maggioranza ed opposizione, con i rispettivi argomenti, già in generale si fronteggiano anche aspramente e, per così dire, non senza spirito e/o interesse "di parte", mai trascurati, se non, spesso, anteposti, ma condizionando, pesantemente ed imprevedibilmente, ma strumentalmente, gli esiti di vicende già di per sé complesse e problematiche. Non potrebbe esserne immune, ovviamente, il nostro regionalismo, che, con le "sue" vicende, ne appare, anzi, "emblematico" ed induce, anzi, quasi a mo' di necessaria premessa, ed intanto, a qualche osservazione di ordine generale.

2. *La Politica, l'Autonomia, l'Unità: un groviglio inestricabile, tuttora precario*

2.1. *La Politica*

Una prima considerazione non può non riguardare il fatto che, anche per, e nei confronti di quello "differenziato", e per lo stesso Titolo V nel 2001 pressoché interamente riscritto, non sembra possa dirsi venuto meno, almeno nella sostanza, quella sorta di "irriducibile centralismo", di "centralismo ed improvvisazione", di "malcelata insofferenza nei confronti del sistema delle autonomie locali", della cultura politica italiana[10] a causa del prevalere, peraltro diffuso nella stessa società nel suo complesso, di importanti e quasi istintive, molto risalenti, radicate "preoccupazioni" per i gravi e diffusi divari socio-economici, interpersonali e territoriali, e per l'unità nazionale sotto il profilo politico-istituzionale, da salvaguardare, ed economico-sociale, da promuovere e consolidare mediante la rimozione delle forti sperequazioni, o diseguaglianze, territoriali e sociali, che, magari, ne accentuano la percezione, ne abbassano la soglia della "tollerabilità" e ne rendono più alta ed avvertita la "pretesa" alla eliminazione. Non sembra, così, fuori luogo poter parlare ancora, con V. Crisafulli, più di "una" che "della" questione regionale ("per sottolinearne, ap-

[9] F. Abbondante-S. Prisco, *I nodi problematici nel processo di attuazione dell'autonomia regionale differenziata, tra questioni giuridiche e obiettivi politico-economici,* in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, www.consultaonline.it, 19 dicembre 2019; v., anche, S. Prisco, F. Abbondante, S. Parisi (a cura di), *Ritornano le piccole patrie? Autodeterminazione territoriale, secessione, referendum*, Ed. Sc., Napoli, 2020.

[10] V., al riguardo, compreso il virgolettato, anche di recente, A. D'Atena, Dove vanno le Regioni*?,* in *Rivista AiC*.it, 4/2022, 197 ss.

punto, l'indeterminatezza, che si estende addirittura al suo termine di riferimento")[11]. Né sarebbe da trascurare, in aggiunta, ed in linea generale, una sorta di uso "tattico-strategico", ma più tattico, congiunturale e strumentale, delle Regioni e delle altre autonomie, da parte delle forze politiche anche in contrasto con le rispettive concezioni politico-programmatiche, se non ideologiche, di fondo. Appaiono per lo più viste, infatti, mai disgiuntamente, per così dire, anche, se non sempre, dalla loro convenienza politica, la quale, per giunta, per sua natura non è sempre la stessa, ma varia con il variare delle situazioni. Più precisamente, ed entro certi, ma non trascurabili limiti, e nella sostanza, più o meno abilmente "mascherata", alle autonomie territoriali finirebbero inevitabilmente per essere favorevoli, di volta in volta e caso per caso, le forze politiche non di maggioranza, o, meglio, non al governo, e viceversa, e senza trascurare gli atteggiamenti "tattici" all'interno di una stessa coalizione, al di là dei propri convincimenti oggettivi, evidentemente "sacrificati" ad interessi ritenuti "superiori", o "prioritari" per l'occasione. Solo per esemplificare, e limitatamente agli aspetti più macroscopici ed evidenti, ne sarebbero in qualche misura prova, innanzitutto, il compromesso realizzatosi in Assemblea costituente, dove solo ad un certo punto avvenne, dopo quella sulle dichiarazioni programmatiche, "la seconda svolta dell'atteggiamento del PCI" e non mancavano anche "forti perplessità" tra i democristiani più giovani[12] (né sottovalutando, a nostro avviso, l'andamento dei rapporti tra i partiti rispetto alle questioni di, o, meglio, del Governo e ad alcune scelte fondamentali che si andavano prospettando: in particolare, l'uscita delle sinistre dai primi Governi di unità nazionale da un lato e, dall'altro, il fatto che le istituende regioni comunque assicuravano ai "perdenti" a livello centrale forme di "sopravvivenza", e presenza anche istituzionale con i "nuovi" governi, sia pure "minori", quali quelli regionali oltreché, naturalmente, con quelli locali, già esistenti, ma da potenziare, se non trasformare, nel senso di autentiche autonomie, ecc.). Le Regioni ordinarie, come è noto, sono state concretamente istituite con un ritardo di più di venti anni rispetto alla statuizione costituzionale pur essendo parte importante e costante delle maggioranze che via via e frequentemente[13] si suc-

[11] V., in tal senso, V. Crisafulli, Vicende della "questione regionale", in *Scritti in onore di E. Tosato*, Vol. III, Milano, 1984, 521 ss.

[12] Così, compreso il virgolettato, L. Elia, *Cultura e partiti alla Costituente: le basi della democrazia repubblicana*, in Aa.Vv., I*L sistema delle autonomie: rapporti fra Stato e società civile,* Atti del Convegno sulla ricerca promossa dal Consiglio regionale della Toscana in occasione del XXX della Repubblica e della Costituzione, Bologna, 1981, 47-63, e. poi, anche in L. Elia, *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, 2009, 309.

[13] Sulla instabilità, e la scarsa durata in carica dei Governi non v'è alcun bisogno di soffermarsi. Può solo dirsi che, com'è noto, per non poco tempo a quella instabilità si opponeva, per

cedevano in Parlamento ed al Governo lo stesso partito (la DC) che fin dall'origine le aveva volute con più decisione vedendo nell'istituto un forte elemento di pluralismo e di partecipazione non disgiunto dalla versione verticale, per così dire, del principio della divisione dei poteri e, in tal senso, "garantista" (il tutto molto e diffusamente sentito dopo l'esperienza del ventennio precedente). Evidentemente, era mutato, se non proprio capovolto, l'interesse "politico" alla concreta attuazione dei nuovi enti territoriali, e con essi, della Costituzione la visione dei probabili Governi regionali avvenendo, a quel punto, da luoghi opposti del Governo nazionale, cioè dalla maggioranza e dall'opposizione. Avviato con l'approvazione della legge (statale) per la elezione dei primi Consigli regionali (nel 1968, ma l'elezione dei primi Consigli regionali avvenne, dopo un rinvio, nella primavera del 1970) il processo attuativo, peraltro, fu lungo e non senza contrasti ed incertezze, e "resistenze", per così dire, soprattutto nel c.d. "primo tempo" di quello che doveva essere, giuridicamente, un semplice "passaggio", non un "trasferimento", come ripetutamente rilevato da M. S. Giannini, delle funzioni già statali (VIII Disp Trans. Fin.). Prevalse, infatti, un indirizzo notevolmente "restrittivo" dell'autonomia regionale mediante, tra l'altro, il c. d. "ritaglio" delle materie[14] sia in senso orizzontale (per es., l'urbanistica era sostanzialmente "solo" l'edilizia o il governo del territorio?) sia in senso verticale (andava considerata l'intera materia o solo la parte di essa di interesse regionale, che la Costituzione prevedeva espressamente solo per poche, come, per es., *viabilità, acquedotti e lavori pubblici di interesse regionale,* delle materie e non per tutte quelle indicate nell'originario art. 117, come sempre ricordato, per es., dal già "costituente" prof. E. Tosato). Ciononostante, fu "inventata", ed aggiunta alle limitazioni predette, la funzione di indirizzo e coordinamento delle attività regionali attinenti ad esigenze di carattere unitario che, diceva l'art. 17 dell'allora legge "finanziaria" (n. 281 del 1970 e, poi, n. 382 del 1975), che la prevedeva, "resta riservata allo Stato" (nominandola, anzi "richiamandola" come se espressamente e formalmente già esistente e "nota")

così dire, una sostanziale stabilità dei partiti che, di volta in volta, entravano a far parte delle coalizioni e, soprattutto, di quello numericamente più forte, cioè della DC.

[14] Sulla centralità della individuazione e delimitazione delle materie non vi è alcuna necessità di soffermarsi, Può essere interessante ricordare, tuttavia, l'osservazione di A. Ruggeri (Il Valore di "unità-autonomia" quale fondamento e limite dei giudizi in via d'azione e della "specializzazione" dell'autonomia regionale" (prime annotazioni), Intervento al Convegno del Gruppo di Pisa su Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni, Trento, 18-19 settembre 2020, 430 ss.) secondo la quale "la ricognizione dei confini delle sfere di competenza proprie degli enti in parola e la individuazione di ciò che è in esse contenuto". rimanderebbe, in definitiva, alla "natura e alla dimensione degli interessi di cui gli enti sono chiamati a farsi cura" e sarebbero "questi ultimi, nella proiezione ora nazionale ora regionale, a fare la competenza e a sollecitare questo o quell'ente ad attivarsi ai fini della loro salvaguardia".

e sulla cui non sopravvivenza, benché formalmente non prevista, e non confermata con o dopo la riforma del 2001, non manca qualche interessante studio con qualche dubbio al riguardo. La Corte, d'altra parte, ne aveva ripetutamente ammesso la legittimità a prescindere da una sua esplicita previsione con l'espressione, dovuta alla penna del giudice relatore Vezio Crisafulli, che si trattava, in realtà, di nient'altro che del "risvolto positivo" del limite dell'interesse nazionale, allora esplicitamente previsto in Costituzione[15] e, in realtà, sostanzialmente sopravvissuto, o, meglio, mai venuto meno, essendo ritenuto implicito nel sistema generale, anche dopo la riforma del 2001, pur se questa ne ha eliminato ogni riferimento esplicito, magari ricollegandolo, per es., anche alla previsione del peraltro di non facile, univoca identificazione, specie nei suoi rapporti con l'autonomia territoriale, principio di sussidiarietà. Vi fu un "secondo tempo" dell'attuazione, che avvenne con il famoso D.P.R. n. 616 del 1977, che avrebbe dovuto "completare" (secondo la stessa espressione de legislatore) il primo trasferimento avvenuto con i Decreti del 1972, e che lo fece in modo tale che Massimo Severo Giannini, nella prefazione ad un commento articolo per articolo del predetto decreto n. 616[16], si esprimeva, riferendosi a tutti i protagonisti del nuovo trasferimento, non escluse le stesse Regioni, con le parole "del lavar la testa all'asino". Per quanto riguarda il regionalismo "differenziato", infine, sembra potersi dire, se possibile, ancora di più. Intanto, ed in linea generale, il solito rovesciamento delle posizioni. Ne avversano l'attuazione coloro che lo hanno previsto approvando l'articolo 116, terzo comma, all'interno di un Titolo V già profondamente novellato. Decisamente favorevoli, invece, coloro che si opposero (semplificando: "Centrosinistra" con il Governo G. Amato 2 e "Centrodestra") e, bisogna dirlo, gli uni e gli altri con molta "decisione", e, per così dire, abbondanza di argomenti, non sempre per-

[15] Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte, nota ed importante, se non "famosa", fu la sentenza, la prima al riguardo, n, 39 del 1971, cui altre ne seguirono su aspetti diversi quali, ad es., i modi di esercizio, alcuni limiti, l'oggetto, ecc. Si interrogano sulla sua sopravvivenza dopo la riforma costituzionale del 2001, tra gli altri, e solo per esempio, P. Caretti, *Rapporti tra Stato e Regioni: funzione di indirizzo coordinamento e potere sostitutivo*, in le Regioni, 2002, 1325 ss.; Q. Camerlengo, *La controversa sorte dell'indirizzo e coordinamento*, in E. Bettinelli, F. Rigano (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza della Corte costituzionale. Atti del Seminario (Pavia, 6-7 giugno 2003)*, Torino, 2004. Sulla funzione "de qua", volendo può vedersi, tra i vari contributi dedicatole dallo scrivente, F. Gabriele, *L'esercizio in via amministrativa della funzione statale di indirizzo e coordinamento: la Corte scioglie l'"enigma". Le Regioni vincono una "battaglia" ma perdono la "guerra"?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1983, 620 ss.; F. Gabriele, *La funzione statale di indirizzo e coordinamento alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale e la sua incidenza sull'autonomia delle Regioni e delle Province autonome*, Bari, 1992.

[16] A. Barbera, F. Bassanini (a cura di), *I nuovi poteri delle Regioni e degli enti locali*, Bologna, 1979.

tinenti rispetto all'oggetto specifico e non senza l'uso di termini ed espressioni molto forti ed evocativi come, per es., "secessione dei ricchi", o "spaccatura del Paese" o "divisione dell'Italia"[17] nel contesto di un dibattito molto ampio e partecipato, sempre più "politico" generale, con interventi e dichiarazioni di tecnici e di non-tecnici, perfino, per es., di dirigenti della Conferenza episcopale italiana essendo divenuta una questione nazionale e di principio, magari con risvolti anche "etico-sociali", del tipo "asimmetria si-asimmetria no", pur se, peraltro, non senza anche "visioni" e "toni" più moderati, in termini di regionalismo "ponderato"[18], "responsabile"[19], o di invito ad atteggiamenti meno prevenuti e più collaborativi[20] e anche più democratici secondo una visione, magari ingenua, di una democrazia sostanziale[21], ecc. Colpisce, insomma, e, forse, per certi aspetti ancora di più, il fatto che, da subito dopo l'entrata in vigore della riforma del 2001, si sia assistito, nel corso del tempo e delle vicende politico-istituzionali, ad una continua variazione di atteggiamenti da parte degli uni e degli altri, a seconda dell'andamento delle coalizioni di governo, talora "improbabili", e perfino, all'interno di esse, dell'interesse specifico, contingente ed egoisticamente solo "tattico" di ciascun gruppo rispetto anche agli stessi "alleati", in assoluto disprezzo, più che in assenza, di qualsiasi preoccupazione di un minimo di coerenza, e di aderenza, con le rispettive posizioni di fondo, e, quindi, di "strategia", precedentemente manifestate e, magari, sempre "rivendicate" ed "evocate" come vincoli-impegni da onorare verso gli elettori "sovrani" (del resto, la stessa approvazione dell'art. 116, terzo comma, è

[17] V., per es., G. Viesti, *Verso la secessione dei ricchi. Autonomie regionali e Unità nazionale,* Bari, 2019; Id., *Contro la secessione dei ricchi*, Bari, 2023; B. Deidda, *L'autonomia regionale spacca il Paese*, in "*Questione giustizia*", 2/2023; M. Villone, *Italia, divisa e diseguale. Regionalismo differenziato o secessione occulta*?, Napoli, 2023; F. Pallante, *Spezzare l'Italia. Le regioni come minaccia all'unità del Paese*, Torino, 2024.

[18] R. Toniatti, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione del regionalismo italiano*, in "*le Regioni*", 2017, n. 4, 635 ss.

[19] S. Aru, *Il procedimento di determinazione dei "livelli essenziali delle prestazioni" nell'ambito del regionalismo differenziato*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, 1/2024, 108 ss. che è, come precisato dall'A., la versione rivista, aggiornata ed ampliata della relazione svolta al Seminario del "Gruppo di Pisa" di Bari del 1° dicembre 2023 sul tema *Il regionalismo differenziato, tra attuazione e resistenze*.

[20] V., di recente, per es., A. D'Andrea (Paper a cura di), *Attenzione a non demonizzare l'autonomia regionale, inclusa quella "differenziata"*. In *Federalismi.it*, Paper 24 luglio 2024; per una visione più concreta, o realistica, della questione, senza toni inutilmente e polemicamente esasperati, v., volendo, semplificata e, per così dire, pacificatrice, R. Bin, *La "secessione dei ricchi" è una fake news*, in www.lacostituzione.info, 16 febbraio 2019.

[21] Per qualche considerazione in più al riguardo v., volendo, F. Gabriele, *Spigolature*, cit., specie 18 ss.

stato osservato, non sembra possa dirsi preceduta da una riflessione di carattere sistematico a causa del prevalere di esigenze momentanee e specifiche cui si sarebbe finito, magari, per attribuire, o ragionare quasi come se si attribuisse, di volta in volta, portata generale con grave incidenza sulla rinvenibilità di una "*ratio*", se non univoca, almeno ragionevolmente attendibile[22], e non senza incidenza, peraltro, sulla corretta interpretazione e sul significato della disposizione[23], la quale, politicamente, come spesso avviene, risolveva un problema nel senso che lo rinviava[24]). In effetti, lo stesso atteggiamento formalmente assunto con il voto può prestarsi, al di là del pur fondamentale significato oggettivo, a qualche approfondimento, per così dire, più ampio in senso "politico": il voto favorevole, infatti, può spiegarsi anche con una accettazione "controvoglia", tattica e di mera convenienza, solo per evitare, o prevenire, il peggio e quello contrario, come nel caso "de quo", nel senso di meglio poco, o non il

[22] Per interessanti osservazioni al riguardo v., tra gli altri, S. Mangiameli, *L'attuazione dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione, con particolare riferimento alle recenti iniziative delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna* (nov. 2017). Indagine conoscitiva della Commissione parlamentare per le questioni regionali. Audizione del 29 novembre 2017, anche in ISSIRFA e M. Bertolissi, *Testi normativi e contesti costituzionali. Cose vere e meno vere a proposito dell'autonomia differenziata*, in *www.consultaonline.it*, II/2023, 495 ss., secondo il quale, tra l'altro, la *ragione vera* del dettato dell'art. 116, terzo comma, che lo ha determinato, sarebbe l'autonomia speciale chiesta per sé dal Veneto.

[23] Non sembra lontana dalla realtà, in particolare, ma merita riflessione, l'osservazione di M. Bertolissi (v. la nota precedente), secondo la quale alla predetta riforma era interessata, se non esclusivamente, la regione Veneto e, magari, anche la Lombardia e che per ciò "si dovesse procedere nella logica dell'intesa evitando procedure complicate di ostacolo a qualsiasi risultato". Anche se si trattasse del realmente accaduto, rimarrebbe pur sempre, però, che la disposizione alfine approvata non sembra recarne una qualche traccia significativa. Ha, infatti, una portata chiaramente generale e sarebbe davvero difficile, se non impossibile, limitarne il riferimento solo al Veneto, e, magari, anche alla Lombardia, senza nulla di testuale in una fonte di rango costituzionale per il riconoscimento della aspirazione alla "specialità", peraltro tutta da dimostrare al di là di affermazioni una *fake news* autoreferenziali. Rimane, invece, per le Regioni in questione, come per tutte le altre, ma specificamente per ciascuna, la porta aperta alla attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, che, peraltro, potrebbe, e dovrebbe avvenire, come rileveremo, alla luce di una lettura corretta dell'articolo 116, terzo comma, e non di quella, non senza seguito anche consistente, che ne appare del tutto al di fuori.

[24] È condivisibile, infatti, l'osservazione di A. Ruggeri, *L'autonomia regionale oggi, dal punto di vista della teoria della Costituzione*, in *Diritti regionali*, 1/2024, secondo la quale il terzo comma dell'art. 116 "parrebbe essere stato pensato unicamente per alcune Regioni e, comunque, limitatamente ad alcune materie o loro porzioni, di certo non tutte, come invece si vorrebbe secondo una distorsiva ricostruzione delle finalità dell'istituto in parola". Il fatto è che, al di là della sua genesi, conta anche per quello che obiettivamente dice, che corrisponde, oltretutto, all'esito del dibattito tra le diverse posizioni in campo e, come tale, va tenuto nella dovuta considerazione anche se il tutto induce a riflettere sulle vicende della formazione delle disposizioni normative e, poi, sui problemi che può porre l'interpretazione nel tentativo di ricostruirne il più correttamente possibile il significato nel contesto del sistema.

massimo, che niente (come è concretamente avvenuto, del resto, in molti casi). Si può anche ricordare che una prima intesa, o pre-intesa con le regioni Veneto, Lombardia ed Emilia-Romagna, nell'immediata vigilia (solo alcuni giorni prima) delle elezioni politiche (febbraio 2018), fu firmata non da un Governo di centro-destra, ma dal Governo Gentiloni (politicamente di certo diverso; sottoscrittore il Sottosegretario con delega alle autonomie il veneto G. Bressa) e che intese separate con ciascuna delle predette Regioni seguirono, un anno dopo, da parte del Governo Conte 1 e integrazioni con nuove materie durante, nel 2020, il Conte 2[25] e senza "sconfessioni", per così dire, durante il successivo Governo Draghi. Sembra doversi prendere atto, insomma, di una sorta di ineluttabilità di un fenomeno che non si arresta neanche di fronte ad un aspetto certamente centrale delle istituzioni, quale è quello della distribuzione territoriale delle funzioni pubbliche, o, se si vuole, ed in sintesi, del regionalismo, e non ha "rispetto", potrebbe dirsi, per l'importanza e la gravità dei problemi, di varia natura, che non risolve, o ulteriormente pone[26] sia pure considerando le caratteristiche specifiche e le profonde diversità dei contesti che via via si succedono e che, magari, possono spiegare, ma non, almeno in parte, giustificare comportamenti quali quelli, per esempio, della inversione dei favorevoli e dei contrari nell'attuazione di disposizioni costituzionali rispetto a quanto avvenuto nella adozione di queste ultime. E ciò senza trascurare, peraltro, una certa difficoltà di identificazione dei veri favorevoli e dei veri contrari nella fluidità, o "liquidità", e nella confusione di un "sistema" politico che da anni fatica ad assumere una qualche stabilità ed elementi di fondo in qualche misura favorenti anche una unità nazionale, si direbbe quasi una maturità "politica"[27], che

[25] Il presunto, temuto "scempio dell'unità nazionale", che si riteneva si preparasse con l'autonomia differenziata (per es., B. Deidda, *L'autonomia differenziata spacca il Paese,* in *Questione giustizia*, 3/2023), aveva, quindi, almeno fino ad un certo punto, diversi "padri". Sulla discontinuità degli atteggiamenti sulla base della varietà della composizione delle coalizioni di maggioranza e dei/nei rispettivi equilibri interni v., tra gli altri, L. Gori, *L'autonomia regionale differenziata a partire dai lavori preparatori della riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, 1/2023, 60-61 ss. cui si rinvia anche, come, del resto, dal titolo, per quanto riguarda i lavori preparatori relativi al terzo comma dell'art. 116 Cost.

[26] Sul ruolo, per così dire, della "politica" nei confronti dell'istituto regionale non vi è bisogno di citazioni. Solo indicativamente, può vedersi, per es., V. Tondi della Mura, *La strumentalità delle Regioni*, cit., 3093 ss.; di uso "congiunturale e politico del tema" parla M. Gorlani, Risposta alla IV domanda, in Riaprire il discorso sul regionalismo italiano tra istanze cooperative e prospettive di differenziazione. *Introduzione* di Marilisa D'Amico, in La Rivista "Gruppo di Pisa", 2/2022, 141; più severamente, anche se motivando variamente, A. Cariola, *Il regionalismo differenziato*, in *Diritti regionali*, 3/2023, 796, parla di uso congiunturale delle istituzioni.

[27] Parla di "degrado culturale del ceto politico", con conseguente pessimismo, sotto un profilo istituzionale, per così dire, per come potrà essere il prossimo futuro del nostro regionali-

appare sempre instabile e precaria ancorché necessaria e della quale, in verità, dovrebbero già essere consapevole espressione[28].

2.2. *L'Autonomia e l'Unità*

Probabilmente, manca ancora, in Italia, una diffusa acquisizione, prima ancora che tecnicamente, di almeno quella sensazione, e di quella consapevolezza, che di fatto si originano e, magari, vanno via via consolidandosi nel corso di non pochi anni, di ciò che significa e comporta, o può significare e comportare, soprattutto nella misura e nella qualità, un ordinamento autonomistico, o, se si preferisce, un ordinamento nel quale non siano antagoniste, ma coesistano vantaggiosamente per tutti, e siano intese in tal senso, pur in presenza di una certa elasticità dei due concetti, eguaglianza e diversità, unità nazionale ed autonomia, e, se si vuole, e più specificamente, di cosa può significare e comportare l'eguaglianza dei cittadini nel regionalismo, ossia la condizione giuridica delle persone applicata alle Regioni[29]. Sarebbe assurdo, d'altra parte, perché ne basta la semplice lettura, pensare anche solo per un momento che la Costituzione, nel prevedere il principio del riconoscimento e della promozione delle autonomie locali (art. 5), non abbia considerato, avendola, invece, ripetutamente e fortemente proclamata, se non proprio prescritta, l'eguaglianza, non solo formale ma anche sostanziale (art. 3), nonché altri valori e principi più o meno strettamente connessi ed aventi, per così dire, una natura, o una radice comune, come, ad es., la solidarietà, la coesione sociale, la dignità della "persona", ecc. Essa, così, ha anche preso posizione, per così dire, in ordine alla questione della compatibilità, al di là della elasticità dei concetti, tra federalismo-decentramento e unità-eguaglianza o, se si vuole, tra libertà ed egualitarismo non solo risolvendola positivamente, ma anche indicandone le condizioni e, in particolare, non senza il riconoscimento della giurisprudenza costituzionale, quella per cui, in sintesi ed in sostanza, un sacrificio dell'eguaglianza e, quindi, dei diritti sociali, a vantaggio, e tramite un potenziamento, per così dire, delle autonomie territoriali, potrebbe costituirne, in realtà, neanche una revisione, in quanto tale e di per sé, legittima, ma una vera e propria "rottura". Non andrebbe trascurata, infatti, la eventuale violazione non solo di diritti inviolabili dell'uomo, ma anche quella, spesso dimenticata, dei doveri inderogabili di so-

smo, A. Ruggeri, *L'autonomia regionale oggi, dal punto di vista della teoria della Costituzione*, in *Diritti regionali*, 1/2024, 216.

[28] Volendo, per più ampi svolgimenti, v. F. Gabriele, *Spigolature sull'unità nazionale*, cit.

[29] Si veda, al riguardo, *inter alios,* per le interessanti considerazioni svolte, S. Mangiameli, *Regionalismo ed eguaglianza*, in *Italian Papers on Federalism,* 1/2019, nonché, *ex aliis,* per es., L. Chieffi, *L'effettività del principio di uguaglianza negli ordinamenti policentrici: il sistema italiano*, in *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, Vol. I, Torino, 2005, 709 ss.

lidarietà politica, economica e sociale così come mirabilmente prescritto nell'art. 2, che si rivolge alla Repubblica e, quindi, a tutte le sue componenti secondo le rispettive funzioni. E, naturalmente, l'esercizio della parte di libertà comunque rinvenibile, non può essere spinta fino alla lesione della libertà, che deve essere libertà "uguale" anche in senso sostanziale fra tutti i cittadini sull'intero territorio nazionale, il quale, potrebbe dirsi, non può costituire di per sé una causa giustificatrice, direttamente o indirettamente, di diversità-discriminazioni[30]. Con le autonomie territoriali, in fondo, volendo semplificare, il, cioè ogni cittadino (italiano) rimane (o dovrebbe rimanere) tale e uguale a tutti gli altri (cittadini italiani) a prescindere dal territorio di appartenenza, per quanto riguarda una pluralità di condizioni, formali e, nei limiti del possibile, sostanziali, e calabrese, pugliese, laziale, piemontese, lombardo ecc. per quanto riguarda altre, più specifiche, non essenziali ma ugualmente molto importanti in quanto non indeboliscono, ma contribuiscono ad arricchire e completare, nell'ambito e per effetto delle scelte in autonomia di ciascun ente, sempre di più le prime e, con esse, una unità nazionale di base già forte e coesa. E ciò anche se formule ed espressioni di per sé felici, anche letterariamente eleganti e perfino ammirevoli ed affascinanti, nelle quali convivono armoniosamente i diversi, se non anche gli opposti, che poi devono, però, continuare a convivere nella costante ricerca di un equilibrio precario nella sua dinamicità, "spiegano", e consentono, in un certo senso ed in qualche modo, i contrasti e le difficoltà nell'opera di concreta configurazione dei profondi ed inestricabili rapporti tra distribuzione territoriale delle funzioni pubbliche e s*tatus civitatis* in senso lato, o, meglio, cittadinanza *sociale* o *attiva* (in particolare, *ex* art. 3, II comma) e, in definitiva, diritti civili e sociali sull'intero territorio nazionale (si parlò anche, per es., da parte di M.S. Giannini, della Regione come di un "vaso vuoto" con l'etichetta Regione, tutto da riempire successivamente, e, nella fase della concreta attuazione, anche di Regioni per la salvezza dello Stato, ormai lento e pachidermico, di Regioni per la programmazione (a sua volta, dopo un periodo di centralità, ex art. 41 Cost., con non pochi aspetti attuativi problematici) e le sue successive versioni, o distinzioni (programmazione negoziata, programmazione di settore, contratti o accordi di programma ecc.) e di altro ancora sulla base delle esigenze del momento oltreché delle originarie ragioni istitutive, alle quali si "aggiungevano", senza contraddirle, le nuove). Il tutto

[30] In tema si veda, per es., di certo sostanzialmente condivisibili, i contributi già contenuti, ampiamente, in M. Luciani, *A mo' di conclusione: le prospettive del federalismo in Italia*, in A. Pace (a cura di), *Quale, dei tanti federalismi*?, Padova, 1997, 215 ss. e in Id. (M. Luciani), *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m della Costituzione,* in "*Politica del diritto*", 2002, fasc. 3, 345 ss.

nel mentre poco[31] si faceva, o si riusciva a fare (neanche con la "programmazione") nella linea della rimozione degli ostacoli di cui al secondo comma dell'art. 3, cioè agendo, come sarebbe stato necessario, più decisamente ed autonomamente per realizzare condizioni economico-sociali-territoriali diverse, con minori divari, che, fondamentali di per sé, avrebbero potuto rendere anche più agevole, e magari meno problematica, l'attuazione di una effettiva e condivisa autonomia regionale, temuta se non attenta alle regioni più deboli. Per limitarci al profondamente riscritto e riformato Titolo V[32], per es., da un lato, è innegabile, in esso, con le numerose, puntuali modifiche introdotte, una visione di fondo più "autonomista", anche "qualitativamente" innovativa, per così dire (per es.: inversione del criterio nella enumerazione delle materie di competenza statale e/o regionale e "nuova", anche se, per diffuso riconoscimento, discutibile, distribuzione di esse; eliminazione dei controlli preventivi e di altri limiti come, per es., l'interesse nazionale[33], principio di sussidiarietà[34], proporzionalità ed adeguatezza, ecc.), oscillante tra modello spagnolo, asimmetrico, come noto, per eccellenza[35] e modello tedesco, ancorché, in ogni caso, non "federalista" (nei limiti della nota elasticità concettuale), rispetto al testo originario della Costituzione[36] (è superfluo richiamare l'attenzione sulla non automatica "esportabilità" dei modelli: le "Comunità" spagnole, per es., hanno, spesso, una identità e radici molto profonde sotto vari e noti profili e specifiche diversità possono riscontrarsi, rispetto all'Italia, anche in Germania). È, dall'altro, forte e diffuso, ed anche "rafforzato" per via di quella preoccupazione-esigenza istintiva storicamente e fortemente, se non ossessivamente[37], sentita, il richiamo, in esso, anche ripetuto, all'unità (esplicitamente giuridica ed economi-

[31] Non bisogna trascurare, infatti, prima della istituzione delle regioni, ed in sua assenza, il contributo comunque importante derivante dalla istituzione e dalla attività della Cassa per il Mezzogiorno, cui furono affidati anche compiti che, magari, sarebbero spettati alle, o "anche" alle Regioni.

[32] Con la legge costituzionale n. 3 del 2001 si sarebbe avuto, comunque, "il primo processo di revisione organica subito in oltre cinquantacinque anni di vita dalla Carta costituzionale": così P. Carnevale e F. Modugno, *Premessa*, in F. Modugno e P. Carnevale (a cura di*), Nuovi rapporti Stata-Regioni dopo la legge costituzionale* n. 3 del 2001, I, Milano, 2003, IX.

[33] Esplicitamente previsto negli art. 117, I comma, e 127, ult. comma, originari.

[34] Sarebbe, per es., il "portato più rilevante della riforma costituzionale del 2001": A. D'Atena, *Dove vanno le Regioni*?, in *Rivista AiC*, 4/2022, 201.

[35] Sul quale può vedersi, in particolare, tra gli altri, Gonzalez Encimar, *Lo stato federale "asimmetrico": il caso spagnolo*, in A. Pace (a cura di), *Quale, dei tanti federalismi?*, cit., 49 ss.

[36] Sul regionalismo differenziato in Europa, tra gli altri, v. S.Tabellini, *Il regionalismo differenziato: un pericolo per l'unità dello Stato? Profili teoretici e di diritto positivo*, in *Italian Papers on Regionalism*, 1/2018.

[37] Di una preoccupazione per l'unità, fin dalla unificazione, cioè da sempre, "ossessivamente" (corsivo nostro) sentita parla U. Allegretti, *Autonomia regionale e tutela delle istanze*

ca), alla coesione nelle sue varie declinazioni e alle relative garanzie, che incidono sulla considerazione di altri principi variamente limitandone, o indirizzandone la portata (interessante, sotto questo profilo, l'elenco *omnibus* di cui al comma 1 dell'art. 1 della legge n. 86 del 2024), tanto che si discute, non senza una certa diversità di posizioni, sul se il nuovo Titolo V (mai privo di osservazioni critiche e di proposte di ripensamento[38]) abbia, per così dire, reso la II Parte della Costituzione più in linea con la Prima (art. 5) o, invece, abbia, di questa, imposto una nuova lettura (in questa sede si può richiamare la stessa previsione del regionalismo differenziato, che, non immune, a sua volta, da tentativi vari rivolti a metterla in discussione[39], ma anche a valorizzarla forse eccessivamente[40], sembra non potere avere, come vedremo, la "portata" spesso

unitarie, in G. Rolla*, La riforma delle autonomie regionali: esperienze e prospettive in Italia e Spagna*, Torino, 1995, 69 ss.

[38] Si veda, ma solo a titolo di esempio, *l'Editoriale*, di B. Caravita e G. M. Salerno, perché ripensare il Titolo V a vent'anni dalla riforma, in Federalismi, 15/2021 ed Convegno, già ivi preannunciato, di Roma del 13 e 14 ottobre 2021, in collaborazione tra la Rivista "Federalismi" e l'ISSIRFA, dedicato all'approfondimento del tema, per i cui interessanti Atti, pubblicati cura di F. Fabrizzi-A. Poggi e G. M. Salerno, v. il n. 20/2022 della Rivista.

[39] Dal terzo comma dell'art. 116, come è noto, si proponeva l'abrogazione con l'art. 50 della legge costituzionale approvata a maggioranza assoluta, ma non dei due terzi, dei componenti, nella seconda votazione, e che, curiosamente (miracoli della politica!) sottoposta a referendum su domanda fatta di tutti coloro che avrebbero potuto farla(art. 138: un quinto dei componenti di una Camera, cinquecentomila elettori, cinque Consigli regionali), non fu approvata dalla maggioranza dei voti validi (61,29%; votanti 52,46%) non è stata, ovviamente, promulgata (art. 138). Tale legge, come noto, su iniziativa del centro-destra, recava "Modifiche alla Parte II della Costituzione" e, nel suo ambito, anche al Titolo V, da poco (2001) novellato tanto che si è parlato di "riforma della riforma". Può altresì ricordarsi, inoltre, che la disposizione richiamata era recuperata, invece, sia pure con varie modifiche, e, comunque, riducendo le materie attribuibili alle Regioni escludendo, per es., salute, istruzione, ambiente, dall'altra, successiva riforma costituzionale, la c. d. "Renzi-Boschi", che, non avendo conseguito la maggioranza dei due terzi, e sottoposta a referendum, fu a sua volta anch'essa "bocciata" dal corpo elettorale.

[40] Ci riferiamo all'ipotesi che, prospettandone un significato rafforzativo del principio autonomistico già contenuto nell'art. 5 della Costituzione, assunto come "fondamentale", ne esclude, per tale motivo, l'abrogabilità anche con legge (di revisione) costituzionale (si veda, al riguardo, anche *amplius,* D. Mone, *Autonomia, uguaglianza, livelli essenziali (versione provvisoria)*, Relazione al citato Convegno del Gruppo di Pisa di Trento del 2020, 2 ss.). Sembra doversi considerare, peraltro, che l'art. 5 Cost., nel prevedere il principio del riconoscimento e della promozione delle autonomie locali, non pospone a questo l'altro principio, in esso contenuto, dell'unità ed indivisibilità della Repubblica, che potrebbe ritenersi rafforzato anch'esso dal terzo comma dell'art. 116 proprio perché il riconoscimento e la promozione delle autonomie locali non deve contrastare, ma deve essere tale da cospirare contemporaneamente al rafforzamento dell'unità e dell'indivisibilità della Repubblica (ovviamente tutto da dimostrare). Del resto, il principio fondamentale del riconoscimento e della promozione delle autonomie locali, così come integrato, nella sua immodificabilità, *ex post,* da una per così dire semplice legge costituzionale, ugualmente potrebbe esserlo in senso contrario da un'altra, "semplice" legge costituzionale successiva in

attribuitale ad una prima, non sistematica lettura, ed è comunque sostanzialmente subordinato, quanto alla sua concreta attuazione, o operatività, dallo stesso legislatore ordinario, ai LEP). Persiste, insomma, invincibile, una conseguente, costante tensione al mantenimento-perseguimento di un equilibrio dinamico, mai definitivo, fra tendenze che, anche potenzialmente opposte, devono, o dovrebbero cercare di convivere e convergere verso un obiettivo superiore in un contesto di disposizioni che non escludono, se proprio non alimentano, però, una lettura normativa incerta prestandosi, peraltro, a dare fondamento legittimante, e, comunque "argomenti", entro certi limiti, ad una varietà di possibili attuazioni. Fa temere per l'unità, per es., anche il fatto, innegabile, che esso possa comportare una deviazione dal regionalismo cooperativo ove non siano opportunamente frenate, per così dire, le potenzialità "competitive" insite nella differenziazione.

L'ordinamento regionale, in definitiva, sembra continuare ad essere utilizzato. quanto meno "anche", ma in notevole misura, come strumento di una lotta politica nella quale i contendenti sembrano non riconoscersi reciprocamente, o reciprocamente delegittimarsi, con riflessi, però, sulla fisiologia, per così dire, dell'unità ed indivisibilità[41] della Repubblica proprio specie ora che, con il nuovo articolo 114, i vari livelli territoriali di governo non sono (considerati) più, di questa, "articolazioni", ma parti "costitutive". Con ciò, infatti, in quanto costitutive dell'intero, non possono, o non dovrebbero fisiologicamente essere rivolte, né, a maggior ragione, poter cospirare alla sua frantumazione. A maggior titolo di prima devono poter partecipare, con pari dignità, e nell'esercizio del proprio ruolo, alla determinazione, si direbbe cristianamente, del "bene comune", o dell'interesse e dell'unità nazionale effettivi. Proprio il nuovo *status,* tuttavia, e una male intesa "libertà", per così dire, in esso risulta compresa, potrebbe essere all'origine di comportamenti contrari o pericolosi per l'integrità e la permanenza, se non il rafforzamento, dell'intero. Non deve essere trascurata, insomma, neanche la peculiare posizione da riconoscere allo Stato quasi *naturaliter* rispetto agli altri soggetti richiamati nell'art. 114 specialmente in riferimento all'unità della Repubblica e a quella nazionale sulla base di numerose disposizioni costituzionali e, comunque, della Costituzione nel suo complesso. Esso, infatti, come è stato detto, è pur sempre, in ogni caso, l'u-

nulla essendo superiore a questa non potendo essere intesa come saldamente ed irrevocabilmente saldata, una volta per tutte, al principio "de quo" non potendo non avere entrambe la stessa attitudine normativa.

[41] In quest'ordine di idee v., per es., C. Buzzacchi, *Le Regioni e le politiche per i diritti economici e sociali al tempo della pandemia*, in *Ass. It. dei Cost.,* Annuario 2020, *Emergenza, Costituzionalismo e Diritti fondamentali*, Atti del XXXV convegno annuale, 4 dic. 2020, Napoli, 2021, ed, ivi, i richiami ad A. Amorth per osservazioni già nel 1961.

nico ente che, tra l'altro, può parlare per la Repubblica tutta intera[42]. La stessa elezione diretta, e, quindi, "più democratica", per così dire, dei Sindaci prima e, soprattutto, dei Presidenti di Regione (subito ribattezzati "Governatori" dai e nei *mass media* e nei *social*), poi, pur nella innegabile torsione variamente presidenzialista della forma di governo regionale dovuta a diverse disposizioni costituzionali e statutarie (mai legittimanti, comunque, monarchie assolute e/o legislativi, o consigli, svuotati e prigionieri, come talora si ha l'impressione che accada), ma sempre lasciando inalterato il nome, è, però, spesso utilizzata, non solo in sede non tecnica, per così dire, cioè nei e dai *mass media* e nei *social* (l'importanza del cui ruolo non andrebbe mai sottovalutato), per affermarne una sorta di "superiorità" democratica di questi nei confronti del Presidente del Consiglio e meccanicamente estesa ai ruoli dei rispettivi enti, che, però, è del tutto ingiustificata ed erronea nel complesso dell'ordinamento costituzionale vigente e può avere riflessi non indifferenti sui rapporti Stato-Autonomie e sulla unità nazionale correttamente intesa[43]. D'altra parte, proprio l'elezione diretta può, talora, per eccesso di protagonismo, o per altri motivi, portarli a volersi distinguere perfino dall'indirizzo nazionale quando espresso dalla stessa appartenenza politica[44] (si tralascia ogni considerazione sia sul fatto che ciò potrebbe essere valutato positivamente in quanto arricchimento della democrazia, che è una democrazia pluralistica, sia sul fatto che, valutandosi, ma il discorso meriterebbe ben altro approfondimento, con favore la nuova forma di governo comunale e, poi, quella regionale, se ne auspichi una estensione a livello statale parlandosi di "Sindaco" d'Italia come se i modelli siano dei vestiti estensibili meccanicamente e prescindendo dalle varie caratteristiche di chi li dovrebbe indossare). Né si può sottovalutare, riteniamo, il sistema politico generale, se di "sistema" si può parlare almeno da un certo momento in poi, specialmente in riferimento ai partiti, pur di per sé portatori di pluralismo, di certo da sempre oggettivamente non proprio favorevoli, per struttura e funzionamento, a base nazionale o centralistici, sia pure nella diversità delle ragioni, allo sviluppo di autentiche autonomie. Già i "vecchi" partiti, quelli "ideologici", ai quali la Costituzione riconosce (in particolare, art. 49) un ruolo di grande rilievo per la realizzazione della democrazia repubblicana, ed in realtà

[42] A. D'Atena, *Tutela ambientale e autonomia differenziata*, in *www.consultaonline.it,* 1/2024, 62.

[43] Per più ampi svolgimenti sul tema v., volendo, F. Gabriele, *Spigolature sull'unità nazionale* (anche "temuta" e/o "rifiutata") e il suo spirito nelle istituzioni, nelle forze politiche, nella società civile, nei media e nei social durante la pandemia (con seguito di lampi e tamburi di guerra, crisi climatica ed energetica ed inflazione verso le due cifre o della "tempesta perfetta"), in www.nomosleattualitàneldiritto, n. 3/2022, 1 ss.

[44] Ne parla, per es., A. D'Atena, *Dove vanno le Regioni*, cit., 201.

artefici della stessa, non avevano, come si diceva, una struttura ed una fisiologia di fatto particolarmente predisposte, perfino "a dispetto" della loro ideologia, se non a favorire, o incentivare, quanto meno a non ostacolare il formarsi di un ambiente non ostile al predetto sviluppo. Quanto a quelli che ne hanno preso il posto, ed il ruolo, via via sorti, formatisi e, talora, perfino subito scomparsi, non può dirsi che abbiano, sotto il profilo che qui interessa (cioè rispetto alle autonomie), migliorato la situazione. Volendo, si può anche prescindere, tralasciando ogni altro aspetto, da come sono stati e da come si sono comportati più in generale nel corso del tempo, anche per e nella comprensibile assenza di vincoli discendenti da un proprio sistema, o bagaglio, di idee-base, o, se si vuole, di valori, o da una ideologia, o da una "storia", che li condizionasse e ne limitasse, all'interno, la fluidità e i movimenti (basti pensare al c. d. "turismo parlamentare")[45], e che non avevano e non avrebbero potuto avere, del resto, in poco tempo non avendola alla nascita. Essi, però, pur, magari, evolvendosi e trasformandosi, costituendosi e ricostituendosi sotto altre spoglie, non hanno mai perso, ma costantemente conservato ed usato una innata tendenza, d'altra parte, come si diceva, non del tutto nuova, anzi comune, ad interessarsi di tutto dal centro, dalle candidature anche nei Comuni più piccoli a quelle di Presidente regionale (da distribuire secondo criteri nazionali). Hanno reso e rendono tutto "nazionale", anche la specifica autonomia, o diversità, di ogni singolo territorio e il pluralismo di cui è, o sarebbe portatore, snaturando, o facendo divenire di secondaria importanza i problemi specifici di ciascun ente con campagne elettorali durante le quali si parla, non "anche", ma quasi "solo" di questioni e problemi che nulla hanno a che fare direttamente con le specifiche realtà locali[46]. Non sembra esagerato ritenere, in definitiva, che siano, in buona misura, i partiti, il "sistema" dei partiti e le trasformazioni che li e lo attraversano, a determinare "l'andamento del regionalismo così che, a vicende alterne, ci si trova di fronte, a volte, all'esaltazione dell'autonomia fino agli eccessi dei fautori della dissoluzione dell'unità della Repubblica, e, altre volte, invece, di fronte a negazioni altrettanto radicali"[47]. Lascia molto a desiderare,

[45] Naturalmente diverso da un altro turismo, quello "sanitario", che evoca, invece, più direttamente proprio il problema della armonizzazione del regionalismo, specie se "differenziato", con gli obiettivi, le garanzie e le tutele di fondo del sistema "Repubblica" nel suo significato più ampio, e più "resistente" anche alla revisione costituzionale secondo l'art. 139.

[46] Una interessante spiegazione alla non soddisfacente, anzi "cattiva" attuazione del regionalismo è rinvenuta nella diversità delle classi politiche statali e regionale e locale da S. Mangiameli, R*egionalismo differenziato, divario territoriale ed eguaglianza*, in *Diritti regionali*, 1/2024, 122.

[47] S. Staiano, *Sul regionalismo differenziato. Distorsioni concettuali, dinamiche partitiche, conseguenze della pandemia*, in D. Coduti (a cura di), *La differenziazione nella Repubblica delle autonomie,* Torino, 2022, 6.

in verità, anche il modo in cui la "politica", nella società civile (innanzitutto, *media* e *social*) e nelle istituzioni, ha affrontato, se non "creato", e comunque "presentato", a nostro avviso, consapevolmente o meno, il regionalismo differenziato. Sembra possano dirsi falsati, infatti, almeno in parte, i termini e la sostanza e reso la "questione" di portata più ampia della sua oggettiva consistenza rispetto alle statuizioni costituzionali, che la stessa dottrina non sempre, come vedremo, si premura di adeguatamente sottolineare anche se, magari, neanche esclude, o nega.

3. *Sul (presunto) regionalismo "differenziato": un dialogo "a briglie sciolte" senza oggetto e senza (veri) dialoganti*

Ai sensi del nuovo articolo 116 della Costituzione, "il Friuli Venezia Giulia, la Sardegna, la Sicilia, il Trentino-Alto Adige e la Valle d'Aosta dispongono di forme e condizioni particolari di autonomia secondo statuti speciali adottati con legge costituzionale" (primo comma) e "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia… possono essere attribuite ad altre Regioni…" (terzo comma). Tralasciando, almeno per il momento, le numerose e diffuse critiche, anche meritate, rivolte, sotto vari profili (formulazione incompleta ed approssimativa, non priva di contraddittorietà, basso indice di interpretabilità, ecc.) a quest'ultimo comma, non può non notarsi che la possibilità, in esso prevista, della attribuzione di nuove forme e condizioni particolari di autonomia", è riferita *ad altre,* non *alle,* cioè a tutte le "altre" Regioni ordinarie, come si legge, invece, nell'articolo 1, primo comma, della legge (ordinaria) n. 86 del 2024. Il rilievo, in effetti, non sembra possa significare di pe sé un contrasto netto della legge ordinaria con la disposizione costituzionale anche perché non sarebbe possibile, poi, stabilire a quante, e magari, a quali regioni ordinarie possano attribuirsi ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia anche se qualche indicazione, volendo, potrebbe, come vedremo, rinvenirsi nella disposizione sovraordinata. Non per questo il rilievo è, peraltro, inutile, poiché, a parte il suo fondamento nel confronto richiamato, anche a considerarlo un *lapsus calami,* è comunque indicativo dell'atteggiamento del legislatore, non limitato a questo caso, tendente a considerare generale, o generalizzabile senza particolari approfondimenti, a tutte le regioni ordinarie, ovviamente se richiesta, l'attribuzione, o l'attribuibilità, di una *ulteriore* autonomia. Esso sembra anche da tenere presente come esempio del possibile distacco di una legge ordinaria da quella costituzionale di riferimento con piccoli passi, che, se seguiti da altri simili, possono costituire espressione di un orientamento, se non di un vero e proprio interpretativo-attuativo di disposizioni costituzionali e, magari, talora, anche un graduale, ma quasi impercettibile allontanamento dalla corretta at-

tuazione di esse. Può essere interessante notare, inoltre, come, sempre ai sensi del terzo comma in esame, l'autonomia di queste ultime, o di alcune di esse, e sempre singolarmente, al momento identica, possa essere aumentata, o, se si vuole, incrementata, ma non diminuita, o ridotta evidentemente perché già ritenuto che sia, o possa dimostrarsi, al più, insufficiente, non eccessiva, o troppa. Il legislatore costituzionale del 2001, insomma, conferma, potrebbe dirsi, la scelta "autonomista" del Costituente originario, ma solo nel minimo. L'ha resa modificabile, infatti, in un contesto già da esso direttamente e profondamente modificato sotto altri, non pochi aspetti (il "nuovo" Titolo V), solo "per addizione" e liberandosi, per così dire, della competenza, che ha affidato al procedimento e ai protagonisti di cui ci stiamo occupando.

Ciò chiarito, sembra di poter dire che, nel dibattito che si è sviluppato, dopo una fase quasi silente, per così dire, con le prime iniziative, di questa o quella regione ordinaria, rivolte al conseguimento di un nuovo *status,* specialmente, ma non solo, in sede politico-parlamentare, ma anche in altre sedi, non esclusa, almeno in parte, la stessa dottrina, sono portati argomenti, pro e contro, anche, pur se non sempre, di notevole spessore, che non si limitano, o solo sfiorano, però, il contenuto, o il merito della singola iniziativa, e, magari, da questa prendendo lo spunto, se non "incoraggiati", finiscono con il coinvolgere "il", o "un" regionalismo differenziato di per sé, o astrattamente, considerato e, comunque, quasi a prescindere da riferimenti specifici giuridicamente concreti e, naturalmente, da osservare. Sembra discutersi, cioè, un regionalismo differenziato ipotetico, prescelto da un interlocutore e al quale gli altri talora accedono per calcolo o convenienza e talora aggiungendo altri elementi in una tenzone che finisce per risultare incomprensibile a chi, invece, vorrebbe capire per poi, magari, poter votare consapevolmente. Com'è naturale, che ciò possa avvenire, si potrebbe dire, *de iure condendo*, è fuori di ogni dubbio. Non lo è, invece, sotto il profilo poc'anzi evocato, cioè *de iure condito,* proprio perché almeno una norma costituzionale lo prevede e lo consente e da essa e dal sistema di cui è parte bisogna partire e al suo interno rimanere. E la sua negazione, o la contrarietà ad esso "a prescindere", sembra da attribuire proprio ad una certa politica, cioè a quella politica di cui si è già detto, che strumentalizza ogni argomento chiedendosi sempre, e magari perfino sbagliandosi, se e a chi giovi o non giovi ricorrendo quasi sempre a ogni tipo di argomento ritenuto utile nella circostanza, ma recando grave danno, e discredito anche alla vera funzione della "Politica". Sembra, nella circostanza, che i due fronti politici principali del dibattito (semplificando: maggioranza ed opposizione o, meglio, opposizioni) abbiano, e perseguano, in un certo senso, lo stesso interesse, anche se uguale e contrario. Più precisamente, la generalizzazione, e l'accettazione, del tema e del dibattito sembrano ritenuti utili al tentativo, neanche, poi, tanto difficile da

intuire, degli uni tendente ad ottenere più di quanto la circostanza (di diritto positivo) potrebbe consentire e degli altri, a loro volta, ad impedire la realizzazione di ogni forma di regionalismo differenziato, cioè a non attuare l'art. 116, terzo comma, che pure non avevano mancato di introdurre, a suo tempo (nel 2001), ma solo, magari, per mera convenienza, o calcolo politico (si era, allora, alla scadenza della legislatura, nell'imminenza di nuove elezioni politiche e si parlava molto, e non senza almeno apparente consenso, di *devolution,* regionalismo "forte", ecc.[48]) o, per così dire, semplicemente *re melius perpensa.*

Quanto all'espressione "forme e condizioni particolari di autonomia", pur brillante e felicemente riassuntiva ed evocativa, per così dire, al completo dell'autonomia di questo o quel soggetto (usata dalla Costituzione per le Regioni speciali già nell'art. 116 nella sua versione originaria ed in quella attuale)[49], andrebbe, intanto, comunque specificata nella varietà dei suoi possibili contenuti perché così individua, o nomina, riassumendolo, per l'appunto, un modo di essere, o uno *status* complessivo, ma nessuna delle sue possibili componenti nelle quali si articola, che possono essere le più diverse (legislativa, amministrativa, ecc.) e che tutte insieme lo costituiscono (potrebbe osservarsi, volendo, che, fermo restando il riferimento dell'aggettivo "altre" all'autonomia delle regioni ordinarie, che, così, rimangono "il modello", la particolarità di ciascuna regione speciale è affidata ad una legge costituzionale e quella, solo possibile, di ciascuna regione ordinaria al congegno, diverso, di cui al terzo comma dell'art. 116 e nei limiti di cui alle numerose altre disposizioni costituzionali comunque rilevanti). Di certo comprende, e non potrebbe non comprendere, innanzitutto, la potestà legislativa sia perché costituisce di per sé una forma e una condizione di autonomia comunque tra le più importanti, se non la più importante, se non altro perché è con essa che la regione acquista l'ampiezza e la profondità degli spazi che potrà utilizzare successivamente dando una "propria" copertura, con il principio di legalità, alla "sua" attività amministrativa, che a sua volta dà concretezza e visibilità, come suol dirsi, alla autonomia della regione. I commi dell'art. 117 richiamati dal terzo comma dell'art. 116, del resto, disciplinano proprio la potestà legislativa (statale e regionale) nelle sue

[48] Volendo, v., anche, F. GABRIELE, Il regionalismo tra crisi e riforme costituzionali, in Rivista AiC.it, 4/2014.

[49] È interessante notare come la Costituzione, nel testo originario, per le Regioni ordinarie parlasse di enti autonomi con propri "poteri e funzioni" (art. 115) e per quelle speciali di "forme e condizioni particolari di autonomia" attribuite secondo statuti speciali adottati con leggi costituzionali ecc. (art. 116). Ora, invece, l'art. 116, riferendosi alle cinque Regioni, dice che "dispongono" di forme e condizioni particolari e usa il verbo "attribuire" nel terzo comma per quanto riguarda le ulteriori forme e condizioni alle Regioni ordinarie con la legge ordinaria p rinforzata di cui ci stiamo occupando.

declinazioni e, divenendo modificabili sulla base di quest'ultimo, consentono di dire che, in definitiva, in questo caso il Parlamento è il primo a poter perdere "potere". Altre forme e condizioni di autonomia, diverse dalla potestà legislativa (*in primis,* naturalmente, quella regolamentare e quella amministrativa, ma anche l'ampia varietà, per così, di "prerogative", magari non agevolmente "inquadrabili" in questa o quella materia), infatti, sono certamente previste, e comunque desumibili da altre disposizioni costituzionali e tutte insieme, nel loro complesso, concorrono a costituire il "patrimonio" ed il riferimento rispetto al quale eventualmente attribuire le "ulteriori" di cui trattasi, cioè l'incremento differenziatore, o differenziante, che può consistere nell'aggiunta di questa e/o quella, anche da sole, ma nessuna potenzialmente esclusa. Dallo stesso art. 116, comma terzo, invece, deriva con chiarezza un limite, cioè quello per cui le ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia devono comunque "concernere" (non consistere nelle, o essere) le materie da esso chiaramente indicate. Ogni altra materia deve ritenersi, pertanto, in tal senso esclusa. Quanto all'osservazione, e all'incidenza del fatto che, secondo l'art. 118 della Costituzione, le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni ecc. sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, l'esclusione di tali funzioni dalla attribuibilità alle Regioni ex art. 116, III comma Cost. non sembra poterne discendere automaticamente e, tuttavia, il relativo "problema" non andrebbe trascurato dovendosi comunque considerare il rischio di un "centralismo" regionale di ritorno non compatibile con i richiamati principi[50]. Non ci sfugge, come si diceva, che il problema della individuazione e delimitazione delle materie ha da sempre costituito se non "il", certamente "uno" dei problemi più importanti nel contesto della concreta definizione dei rapporti Stato-Regioni e che la distinzione del riferimento alle funzioni o alle materie possa sembrare formalistico mentre non lo è proprio per salvaguardare la sostanza. La storia del primo e del secondo "passaggio" (quale meramente avrebbe dovuto essere, non un trasferimento, cioè un passaggio notevolmente "creativo", quale realmente è stato) delle funzioni, quelli degli anni '70, sarebbe, e può esserlo ancora, molto interessante ed anche "istruttivo", come abbiamo già detto. La stessa Corte costituzionale non ha mai mancato di svolgere, e continua svolgere, un importante ruolo, quasi razionalizzatore, se non correttivo, al riguardo[51] (basterebbe pensare, oltre agli interventi sulla ampiezza degli ambiti materiali, alle materie "non-materie", a quelle "trasversali", ecc.). Tutto

[50] Per spunti interessanti in generale sul tema v., per es., A. Piraino, *Regionalismo differenziato e principio di sussidiarietà nel disegno istituzionale del Ministro Boccia*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2021, n. 2-3, 739 ss.

[51] Solo come esempio si può ricordare, tra gli altri, R. Bifulco, A. Celotto, *Corte costituzionale e materie*, in Id. (a cura di), *Le materie dell'art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo*

ciò nulla toglie, però, alla correttezza di ciò che si è poc'anzi affermato e alla sua importanza, anche pratica. E ciò, ovviamente, a prescindere dall'opinione, ampiamente diffusa e condivisibile, secondo la quale nel contesto della clausola di "asimmetria"[52] ivi prevista una delle parti meno riuscite sarebbe proprio quella relativa alle materie di competenza statale trasferibili alle Regioni[53] o, meglio, "ulteriormente" regionalizzabili, come, per es., l'ambiente, che consisterebbe, o consiste, naturalmente in un limite di per sé, quasi naturale, alla differenziabilità e in una buona obiezione a quelle opinioni che spesso parlano di "nuove" materie attribuibili salvo che vogliano riferirsi, ma impropriamente, a parti di quelle materie magari "reinterpretate" (avviene, poi, peraltro curiosamente, che, talora, nella consapevolezza di aver qualificato l'effetto della reinterpretazione come attribuzione di nuove materie, il che, di per sé, non sarebbe poi privo di una sua verità in concreto, non manca la "premura" di precisare, magari tra parentesi, *rectius, parti di materie).* Il fatto, in definitiva, che le ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia possano essere attribuite "solo" ed esclusivamente nelle materie di cui al terzo comma ed al secondo comma dell'art. 117 della Costituzione[54] o, se si preferisce, che, più in

il 2001. Analisi sistematica della giurisprudenza costituzionale nel riparto di competenza fra Stato e Regioni 2001-2014, Napoli, 2015.

[52] Sulla quale, oggetto di ampia e costante attenzione della dottrina, a titolo meramente esemplificativo, v. in particolare, oltre a A. D'Atena citato nella nota successiva, la "Giornata di studio sul tema della clausola asimmetrica nel regionalismo" italiano, svoltasi a Roma il 29 maggio 2019, i cui Atti, a cura di A. G. Arabia, A. Iacovello, G. M. Napolitano, sono pubblicati, con il titolo "*Differenziazione e asimmetria nel regionalismo italiano*", da ISSIRFA-CNR, Roma, 2020,

[53] V. A. D'Atena, Tutela ambientale e autonomia differenziata, cit., 57, dove si prospetta l'opinione per cui l'ambiente non potrebbe mai divenire materia di competenza regionale esclusiva; si può ricordare, inoltre, e per es., che, secondo A. Poggi, *L'istruzione come fattore di partecipazione: le nuove sfide della complessità*, in *Rivista AiC*, 1/2024, 423, "l'unica differenziazione possibile in materia di istruzione attiene alla possibilità per le regioni, tolte le materie di propria competenza esclusiva (formazione professionale), di adattare, secondo formule organizzatorie diverse, le normative nazionali alla propria realtà. E, quando e se saranno definiti, di garantire sul proprio territorio i livelli essenziali delle prestazioni…" per cui "sarebbe maggiormente compatibile con le caratteristiche dell'istruzione una legge statale di attuazione del titolo V che chiarisse i confini e i contorni dei poteri e delle funzioni regionali…"; si veda anche M. Gorlani, Regionalismo differenziato e materie oggetto di trasferimento: valutazioni politiche e criticità tecniche, organizzative e finanziarie, in *Italian Papers on Federalism* (www.ipofit) 1/2023, il quale, tra l'altro, mette bene in evidenza la difficoltà tecnica e l'errore di impostazione di trasferimenti generalizzati per materie e non mirati e specifici per funzioni. Specificamente per l'ambiente v., anche, L'autonomia differenziata in materia ambientale: confini e limiti dell'art. 116, comma 3, Cost., in www.consultaonline.it, 2024/II.

[54] V., al riguardo, per esempio, la sentenza della Corte costituzionale n. 118 del 2015, netta e perentoria in tal senso (limiti di materia "indicati tassativamente" dall'art. 116, terzo comma, Cost.

generale, gli ambiti di ampliamento dell'autonomia possano avvenire solo ed esclusivamente all'interno delle predette materie (altro e logicamente anteriore essendo il problema della di esse individuazione e delimitazione) può voler significare anche la necessità che non si ecceda nella reinterpretazione estensiva delle materie e non la si usi come grimaldello per alterare confini già di per sé piuttosto labili. E non senza sempre considerare e ribadire, che oggetto del possibile "trasferimento" non sono materie, né "ambiti" (spesso nominati distintamente dalle materie, ma piuttosto incomprensibilmente, per es., anche dalla recente legge sulle procedure) di esse, ma forme e condizioni di autonomia "concernenti" le materie, ossia, in definitiva, funzioni. È la funzione che deve riguardare specificamente la regione. Per quanto riguarda la materia, invece, è irrilevante se essa sia di interessa unitario o regionale perché così, a parte il fatto che si andrebbe su una valutazione già fatta dall'art. 117, e sulla quale l'art. 116 non abilita la legge ordinaria a contraddirlo, l'effetto dovrebbe essere di attribuire quella determinata materia, o parte di essa, a tutte le regioni ordinarie, e, quindi, di nessuna differenziazione. La coerenza della riflessione che così si propone è in qualche misura confortata dalla presenza, nella disposizione "de qua", dell'aggettivo "particolari" (ulteriori forme e condizioni "particolari" di autonomia). Si deve trattare, cioè, come abbiamo detto, di forme e condizioni di autonomia non "normali", o "comuni", ma (volutamente abbondando in base ai vocabolari) "specifiche", "peculiari", "caratteristiche", "distintive", "esclusive", "individuali", "proprie", "singolari", "originali" ecc. della Regione caso per caso richiedente rispetto a tutte le altre dello stesso tipo, per così dire, cioè le Regioni ordinarie, proprio ciò giustificando, del resto, l'aspirazione alla differenziazione e, al contempo, la previsione della possibilità del riconoscimento anche giuridico. Ritenendo che possa trattarsi, invece, di forme e condizioni "ulteriori", bensì, ma "comuni", non peculiari, significherebbe ammettere una evidente contraddittorietà della Costituzione laddove essa finirebbe con il consentire alla legge ordinaria rinforzata di modificare la "sua" ripartizione delle competenze sostanzialmente senza alcun vincolo ma curiosamente, sul punto, elevandone il rango o abbassando il suo (*rectius,* decostituzionalizzandosi)[55]. E ciò senza considerare che, estendendo in un tal

[55] Sembra interessante ricordare i dubbi di costituzionalità, se così intesa, sollevati da U. De Siervo nell'Audizione alla Prima Commissione del Senato, critico verso un'attuazione dell'art. 116, terzo comma, come interpretato da alcuni anni da diversi Governi e anche da quello in carica. Egli si ricollegava, ricordandolo, a quanto obiettato da L. Elia, che pure era favorevole alla grande revisione del Titolo V, già nel 2001 al Senato prospettando l'ipotesi, e, soprattutto, il rischio, che potesse trattarsi, in definitiva, della attribuzione della funzione legislativa esclusiva con legge ordinaria. Sul pensiero di L. Elia può vedersi anche, *amplius,* L. MICHELOTTI, *La differenziazione regionale nel Titolo V della Costituzione nel pensiero e nell'attività parlamentare di*

modo l'ambito di autonomia a questa o a quella regione, sarebbe difficile, poi, negarlo ad altre e, tendenzialmente, a tutte le altre finendo, però, con il renderle tutte "speciali" (ancorché ancora tutte uguali, o simili, cioè solo tutte "promosse") mentre, come detto chiaramente dalla Corte, una regione "differenziata" deve comunque rimanere nell'ambito delle regioni a statuto ordinario"[56] E si risponde, così, anche ad una domanda spesso sollevata, cioè se sarebbe in linea con l'art. 116 una identica attribuzione di ulteriori forme e condizioni ("particolari") di autonomia a tutte le Regioni (ordinarie) e, al limite, l'attribuzione a tutte di tutte le materie possibili. La risposta negativa, al di là di ogni ipotesi, peraltro solo astrattamente immaginabile, è motivata con l'osservazione per cui si avrebbe, in definitiva, ed in realtà, comunque una nuova e generale attribuzione con un conseguente regionalismo, aggiungiamo noi, "ulteriormente" autonomo, bensì, ma ancora omogeneo, o uniforme, non differenziato e, per giunta, una modifica delle disposizioni costituzionali con legge ordinaria. Il tutto non senza considerare la contraddittorietà logica, prima che giuridica, per cui si avrebbe una attribuzione "specifica" ad una Regione che sarebbe tale anche per tutte le altre, cioè comune e, quindi, "specifica", o "particolare" per nessuna. È pienamente condivisibile, in questa ottica, l'osservazione per cui "ogni intesa volta alla specializzazione fa storia a sé, e richiede, pertanto, di essere vagliata in sé e per sé, senza improponibili confronti con altre, pure analoghe (e persino identiche), ma riferite a territori diversi"[57]. Sembra interessante, in questo contesto, e, naturalmente, per quello che può valere, quanto fatto presente nella ricordata lettera al Ministro per gli Affari regionali[58]. Si potrebbe

Leopoldo Elia, in M. Dogliani (a cura di), *La lezione di L. Elia*, Ed. Sc. Italiane, Napoli, 2011, 337 ss. In tema può vedersi, di recente, anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche, P. Piluso, *L'art. 116, comma 3: una dubbia "rottura facoltizzata" della Costituzione?*, in www.consultaonline.it, 2024/II.

[56] Sentenza n. 118 del 2015.

[57] A. Ruggeri, *Il valore di "unità-anatomia"* cit., 440. L'A., come è noto, in questo, ma anche in altri contributi, ritiene che con l'art. 116 sia stato introdotto l'istituto della "specializzazione" e che, quindi, nel contesto della conseguente specialità "diffusa", possa parlarsi di regioni "specializzate", o, per l'appunto, e nel senso predetto, "speciali" ancorché diverse, sotto vari profili, da quelle (5)che abbiamo chiamato "speciali" fin dall'inizio per distinguerle dalle ordinarie. Riteniamo sia importante considerare che la specializzazione di cui è parola sarebbe, e dovrebbe essere conseguita non come una sorta di titolo raggiunto dopo avere "studiato", ma per il "riconoscimento" di specifiche caratteristiche e qualità per così dire naturali, che la precedente disciplina comune sveva in qualche modo soffocato o limitato questa essendo, e non potendo non essere, la logica della differenziazione (anche) giuridica.

[58] Il riferimento è alla lettera di Amato, Bassanini, Gallo e Pajno. In essa (Caro Ministro ecc.) si legge anche che avevano apprezzato "alcune tue importanti affermazioni sull'oggetto dell'autonomia differenziata, in particolare allorché hai condiviso, durante il seminario di Astrid, l'interpretazione per la quale le "forme e condizioni particolari di autonomia" da attribuire alle

solo aggiungere, volendo, che, nella "*ratio*" della disposizione è compresa anche un'altra limitazione alla legge (ordinaria) da adottare per l'eventuale, "ulteriore" attribuzione, che consisterebbe nel divieto di farlo, cioè di incidere, per così dire, o di alterare l'art. 117 nei casi comuni poiché questi rimangono riservati alla legge costituzionale.

4. *La portata "reale", non competitiva, della differenziabilità nella Costituzione (oppure: differenziabilità e Costituzione)*

La riflessione sinora proposta sembra condurre alla conseguenza per cui la portata del regionalismo differenziato previsto dall'art. 116, terzo comma, sia, in realtà, e non possa non essere, molto più modesta di quanto, spesso, la si suole ritenere consentita e, soprattutto, la si voglia perseguire, ove intesa, per l'appunto, correttamente. Ciò conferma *aliunde*, e comunque vale anche ad integrare l'ipotesi, pure formulata e avanzata in dottrina, secondo la quale l'art. 116, terzo comma, sarebbe incostituzionale (solo) ove inteso come rivolto ad incidere, o a consentire, nella sostanza, di incidere negativamente sull'obbligo dei pubblici poteri di farsi carico delle diseguaglianze di ordine economico e sociale presenti sul territorio nazionale[59], ossia su un principio che, in quanto pricipio fondamentale, non sarebbe modificabile neanche con una legge (di revisione) costituzionale, come da tempo affermato anche dalla Corte costituzionale (esplicitamente a partire dalla sentenza n. 1146 del 1988) così dovendosi, o potendosi ritenere intangibile, in taluni casi, ed in definitiva, se non, magari, solo rafforzandolo, il disposto del potere costituente originario. Altro sarebbe, poi, l'aspetto legato al fatto che consente alla legge ordinaria, sia pure come da esso "rinforzata", di incidere sulla ripartizione costituzionale delle competenze Stato-Regione ordinaria riservata, invece, in ipotesi, in via assoluta alla legge costituzionale così da non potersene "liberare" o, potendolo, magari, solo a certe condizioni (quasi una riserva di legge costituzionale relativa). A qualche riflessione si presta, a questo punto, l'introduzione, con la profonda revisione del Titolo V del 2001, anche del regionalismo differenziato, che, può dirsi, già esisteva nella Costituzione nel senso della diversità della "*ratio*", cioè della logica, "traslativa" o "derogatoria", tra

Regioni ex art. 116 riguardano specifici compiti e funzioni e non intere materie, e hai escluso trasferimenti di competenze in materia di norme generali sull'istruzione".

[59] V., al riguardo, già P. Caretti, *Proposte di riforma dell'autonomia regionale e limiti alla revisione costituzionale*, in *Reg. gov. Loc.*, 1994, 579, nonché M. Luciani, *A mo' di conclusione: le prospettive del federalismo in Italia*, cit.

Regioni ordinarie e Regioni a Statuto e speciale[60] e, volendo, anche all'interno tra queste ultime ciascuna essendo dotata di un proprio Statuto variamente approvato con legge costituzionale[61] e, comunque, con diversi contenuti, proprio perché si trattava di una risposta, per così dire, caso per caso, ad esigenze contingenti e particolaristiche[62], cioè specifiche di ciascuna di esse non solo rispetto alle Regioni ordinarie, ma anche a ciascuna delle altre speciali. Per le prime, invece, la disciplina era, e, per il momento, è ancora assolutamente identica nel senso che erano "costituite in enti autonomi con propri poteri e funzioni secondo i principi fissati nella Costituzione" (art. 115 originario)[63] per tutte indistintamente non avendo avuto esito una ipotesi di differenziazione prospettata da Ambrosini anche all'interno delle regioni ordinarie sia pure con una procedura diversa e, comunque, con legge costituzionale[64]. È appena il

[60] V. al riguardo, tra gli altri, A. D'Atena, *Costituzione e Regioni,* 1991, 188 ss., ma anche, più di recente, Id., Dove vanno le Regioni?, in Rivista AiC.it, 4/2022, 192 ss., nel quale l'A., sottolineata la diversità dei due "circuiti" di autonomia regionale, ispirati a logiche profondamente diverse, se non " addirittura antagonistiche", rileva, poi, come le rispettive "declinazioni", mentre non hanno avuto, fino alla riforma costituzionale del 2001, significativi punti di contatto, dopo "non solo hanno registrato l'accentuazione dei loro connotati distintivi, ma, tracimando dagli ambiti di loro originaria pertinenza, sono diventate uno dei più rilevanti elementi propulsivi dell'evoluzione del nostro regionalismo" dato che la riforma non "si è limitata a irrobustire gli originari caratteri distintivi", ma ha "rotto la separatezza, che anteriormente ne caratterizzava le condizione, realizzando delle contaminazioni che hanno messo in moto un intenso rapporto dialettico tra essi".

[61] È appena il caso di ricordare che, al di là della diversità di contenuto, i cinque Statuti hanno avuto, per così dire, una vicenda diversa. Più specificamente, quello della Sicilia è stato approvato con Regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n, 455, prevedeva che sarebbe stato sottoposto all'Assemblea Costituente per essere coordinato con la nuova costituzione dello Stato ed è stato convertito in legge costituzionale dalla Legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2; quello della Sardegna con la legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3 (approvata dall'Assemblea costituente il 31 gennaio 1948); quello del Trentino-Alto Adige con la legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 5, redatto anche sulla base degli Accordi De Gasperi-Gruber ed allegati (ma importante è il D. P. R. 31 agosto 1972, n. 670, recante "Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige" emanato in base alla delega di cui all'art. 66 della legge costituzionale n. 1 del 1971); quello per la Valle d'Aosta con la legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 4, approvata dalla Assemblea costituente il 31 gennaio 1948 e quello del Friuli-Venezia Giulia con la legge costituzionale 31gennaio 1963, n. 1.

[62] C. Buzzacchi, *L'autonomia asimmetrica come valorizzazione di peculiarità localizzate in un quadro di unità e solidarietà*, in D. Coduti (a cura di), La *differenziazione* cit., 83 ss.

[63] Come è noto, l'espressione si ritrova, ora, a seguito della riforma del 2001, nel secondo comma dell'art. 114, ma insieme ai Comuni, alle Province e alle Città metropolitane. In riferimento alle Province e ai Comuni, invece, secondo l'originario art. 128 essi erano, bensì, enti autonomi, ma "nell'ambito dei principi fissati da leggi generali della Repubblica, che ne determinano le funzioni".

[64] Sul punto v., ampiamente, anche per le indicazioni bibliografiche, C. Negri, *Le origini del regionalismo differenziato di cui al 3° comma dell'art. 116 della Costituzione, rileggendo le*

caso di ribadire che il discorso è a livello formale, per così dire, cioè che si tratta di diversità e di uniformità nel senso della disciplina costituzionale positiva e, quindi, delle potestà, o, se si preferisce, delle competenze esplicitamente attribuite. Di fatto, com'è ovvio, le differenze possono essere le più diverse potendo dirsi che ogni regione è diversa dall'altra sotto i più svariati profili (storia, tradizioni, economia, geografia, popolazione, ecc.) a quelli iniziali dovendosi aggiungere, e considerare, anzi, anche la diversità che può, e, anzi, dovrebbe derivare a ciascuna di esse dall'esercizio in autonomia, innanzitutto della potestà legislativa, e, poi, di ogni altra attività non di mera esecuzione, entro gli identici limiti (giuridici) stabiliti per tutte (e, magari, sottrarre, poi, del tutto o in parte, quelle che, proprio anche con l'autonomia, nel contesto degli obiettivi sociali, della Repubblica, limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini e impediscono ecc.: *in primis,* art. 3, II comma, Cost.; per altro verso potrebbe rilevarsi che sono proprio le diversità, o, meglio, alcune diversità, o specificità, che possono indurre ad una disciplina giuridica in qualche modo e misura "differenziata"). Il rilievo, in realtà ovvio, è comunque di grande, anche se spesso trascurata importanza, perché significa che l'uniformità di disciplina di cui non si manca di sottolineare l'aspetto negativo è comunque una uniformità relativa, cioè a maglie larghe quali dovrebbero essere i principi fondamentali, in quanto concepiti proprio per consentire a ciascuna regione di conservare e valorizzare, entro un tetto comune, cioè unitario, caratteri e capacità suoi propri e specifici. Sembra potersi dire, insomma, che la Costituzione, nel testo originario, non aveva escluso una differenziazione neanche tra le regioni ordinarie. Si trattava, tuttavia, di una differenziazione all'interno di principi fondamentali stabiliti da leggi dello Stato, che avrebbero consentito a ciascuna di differenziarsi da ciascun'altra anche esercitando tutte le stesse competenze, cioè all'interno di queste e non con competenze diverse. Sul perché ciò non sia avvenuto, o non sia avvenuto nella misura ritenuta sufficiente, il discorso sarebbe troppo lungo e, come è noto, è stato già approfondito in lungo ed in largo (apposite leggi "cornice" per lo più non adottate, e, quando adottate, non contenenti veri principi fondamentali, ma, spesso, disposizioni notevolmente analitiche e dettagliate; progressiva perdita della legge dei caratteri della generalità e dell'astrattezza, ecc.). Le responsabilità dello Stato, se così si può dire, sono varie, magari, soggettivamente valutabili in modo diverso e, comunque, anche se, forse, in misura notevolmente minore, ad esse non sfuggirebbero neanche le stesse Regioni. Specialmente nei primi tempi, a differenza di altre (che hanno

carte di Gaspare Ambrosini, in M. Cosulich (a cura di), *Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni*. Atti del Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Trento, 18-19 settembre 2020, Ed. Sc., Napoli, 2021, 519 ss.

finito con l'operare da battistrada, se non da vero e proprio modello), non poche di esse non hanno fatto, o non hanno potuto o saputo fare un uso pieno degli spazi di autonomia di cui erano comunque dotate legiferando, invece, spesso sulla scia di altre perfino nell'*an* e nel *quando,* cioè *a ruota* e, comunque, nei contenuti, come è avvenuto anche, almeno in parte, per i primi Statuti, quelli detti di prima generazione. Può anche dirsi che nell'Assemblea costituente non sfuggiva, una volta assunta l'idea della istituzione delle regioni, il problema della individuazione delle comunità da entificare mancando un criterio certo sulla base del quale stabilire quante e quali fossero, o potessero essere anche perché non erano tante le identità chiare e nette sotto il profilo territoriale, storico-culturale, economico-sociale ecc. Non sfuggiva neanche il rischio di una disciplina comune ed indistinta legato alla diversità una dall'altra delle regioni delle quali appariva delinearsi con tratti più probabili, per così dire, una identità, o individualità, più marcata per alcune e meno per altre in un contesto nel quale il legame tra le comunità e il nuovo ente esponenziale cui si intendeva dar vita, ossia la giuridica personificazione, non sempre era molto evidente non mancando, talora, di sembrare quasi artificiale. Grazie alla entificazione, le Regioni hanno assunto ormai, però, una identità ed un ruolo e, con essi, una sostanziale legittimazione, sia pure *ex post*, e comunque una ragione di vita insostituibile nella società e nell'ordinamento come, tra l'altro, ad un certo punto, quella, magari non prevista ma "conquistata" sul campo, di essenziale fattore di *welfare*[65]*,* nonché, come abbiamo detto, di passaggio necessario per la riforma e la "salvezza", si disse, dello Stato, di anello indispensabile per la programmazione economica anche nelle sue varie versioni dopo il sostanziale fallimento di quella generale, che sono andate via via ad aggiungersi, come abbiamo visto, senza perderla, alla originaria "*ratio*" politica del superamento del centralismo liberale e, poi, fascista, e di altro modo di attuazione della divisione dei poteri, quello in senso verticale. Il tutto non disgiunto, naturalmente, da una indubbia valenza garantistica perché in grado di dar voce alle specifiche esigenze delle comunità sottostanti, in quanto rette da organi democraticamente eletti, e dalla presa d'atto che esse costituiscono, ormai, un elemento essenziale nell'equilibrio istituzionale complessivo[66]. Alcune essendo grandi per territorio e popolazione, economicamente sviluppate e relativamente omogenee al loro interno, altre meno grandi o proprio più piccole, meno sviluppate e,

[65] Si veda, al riguardo, per es., S. Bartole, *Le Regioni alla ricerca della loro identità culturale e storica: tentativi più o meno convinti di trovare una legittimazione etnica*, in Id. (a cura di), *Le regioni alla ricerca della loro identità culturale e storica*, Milano, 1999, 2 ss.

[66] Al riguardo v., fra gli altri, A. Desideri, *Se le Regioni italiane abbiano un fondamento territoriale e quale sia*, in *Scritti in onore di A. D'Atena*, vol. II, Milano, 2015, 853 ss., ma anche A. D'Atena*, Dove vanno le Regioni*?, cit., 200 ss.

magari, variamente eterogenee, non mancò quanto meno la consapevolezza della necessità, astrattamente, di almeno delineare, prima della istituzione, delle entità in qualche modo meno diverse, più autentiche e anche più "governabili", e, magari, non senza un qualche parere preventivo da parte delle popolazioni interessate. Il tempo a disposizione era però poco e le difficoltà ed e problemi "altri" che sarebbero potuti sorgere, non escluso un pericoloso, possibile, già latente "campanilismo", pressoché insormontabili. Si preferì, così, utilizzare, già esistente e con una sua funzionalità, quello che era un annuario statistico, che consentì di tagliar corto con le polemiche e con gli scontenti che altre possibili scelte avrebbero sicuramente alimentato[67]. Poiché, però, quella di una disciplina non identica, attese le notevoli diversità tra le varie regioni previste, non sarebbe stata una opzione senza qualche sua buona ragione, potrebbe dirsi che la previsione, tanti anni dopo, del regionalismo differenziabile, a prescindere dalla vicenda che ha portato alla disposizione che lo prevede, e dai suoi lavori preparatori, appare in grado di contribuire a soddisfare almeno alcune delle istanze che la disciplina costituzionale uniforme non aveva potuto, per varie ragioni, considerare. E ciò anche se un barlume in tal senso si sarebbe potuto scorgere nell'ultimo comma dell'art. 117 e nel secondo comma dell'art. 118 della Costituzione prima della riforma del 2001 ove opportunamente ed adeguatamente interpretati ed attuati, e, volendo, valorizzati nel senso della differenziabilità[68]. Da noi, tuttavia, la tendenza non è, per lo più, a cercare di attuare le normative, ma di cambiarle, e poi di cambiarle ancora nella convinzione (che, magari, è anche un alibi), che la non osservanza, o il cattivo funzionamento, dipenda sempre dalle leggi (come, in realtà, può anche essere) e che

[67] Può essere interessante ricordare che in Assemblea non pervenne un testo contenente, per es., la regione Salento, e che alla proposta di ripristinarlo fu contrario anche il salentino onorevole Aldo Moro, che così si espresse: "Noi non intendiamo, con questa votazione, precludere la possibilità che in avvenire, ad opera delle Assemblee legislative, dopo studi seri ed attenti alla realtà economica, politica, geografica, sociale delle regioni interessate, dopo più attenta e più seria consultazione delle popolazioni interessate, si giunga ad n diverso assetto delle circoscrizioni regionali. Ma se volessimo anticipare questo momento, mentre siamo sollecitati dall'urgenza di terminare i nostri lavori, noi correremmo il rischio di non creare un serio assetto regionale in Italia, determinando piuttosto delle circoscrizioni le quali obbediscano a criteri di opportunità contingente": sul punto v., *amplius,* F. Gabriele, *Il percorso statutario della regione Puglia. 1. Profili storico-istituzionali*, in G. Campanelli, M. Carducci, I. Loiodice, V. Tondi Della Mura (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della regione Puglia*, Torino, 2016, 1 ss.

[68] Art. 117, ult. comma: "Le leggi della Repubblica possono demandare alla Regione il potere di emanare norme per la loro attuazione"; art. 118, secondo comma: "Lo Stato può con legge delegare alla Regione l'esercizio di altre funzioni amministrative". Può notarsi che in entrambe le disposizioni non si dice "alle Regioni", ma "alla Regione" così potendosi intendere, magari con una interpretazione da ben motivare, non a tutte necessariamente ma anche ad una o più, cioè a quelle per le quali si fosse ritenuto esservi una peculiarità.

la soluzione consista sempre, per l'appunto, nel cambiarle facendone sempre delle nuove (e originando non pochi, altri e ben noti problemi). E, comunque, la differenziabilità è stata poi prevista in un contesto certamente diverso, quale è quello di cui alla riforma del 2001, avendo sempre avuto, peraltro, un suo richiamo, sia pure di volta in volta variamente congegnato, sin da quando si cominciò a parlare di modifiche al Titolo V originario[69].

Ai fini della corretta configurazione (verrebbe da dire: individuazione e delimitazione) del regionalismo differenziato previsto dal terzo comma dell'art. 116, occorre considerare, naturalmente, il contesto costituzionale che lo riguarda ed entro il quale esso deve svolgersi onde evitarne una realizzazione distorsiva rispetto all'intero quadro di riferimento[70]. Tale contesto, a ben vedere, è, per così dire, duplice, o a due cerchi concentrici anche se al primo si tende quasi a non dare importanza o, forse meglio, a darla per scontata. Si tratta, a nostro avviso, innanzitutto dell'intera riforma del Titolo V, della quale fa ovviamente parte e nell'ambito della quale ha avuto al fine origine pur nella varietà delle provenienze sue e, in particolare, di questa. Ora, tralasciando le discussioni che ne precedettero l'approvazione (*devolution, federalismo, ecc.* e/o, "paura" di essi*),* già il Titolo V, anche senza il terzo comma dell'art. 116, costituisce una sorta di forte dose, magari con varie criticità, di nuovo e più "spinto" regionalismo, che, in quanto tale, non avrebbe potuto non avere comunque, come in realtà ha subito cominciato, e continuerà, ad avere, un effetto di ulteriore differenziazione rispetto a quella già verificatasi vigente l'originaria disciplina costituzionale, e alla quale va ovviamente ad aggiungersi vigente la nuova (entrambe uniformi fino alla inattuazione del terzo comma dell'art. 116). Quella di cui al terzo comma in questione è una differenziazione diversa, fondata non sull'esercizio delle stesse competenze, ma sulla attribuzione di "ulteriori" forme e condizioni particolari di autonomia, può dirsi di altre e nuove funzioni, che, andando ad aggiungersi a quelle già attribuite in generale, non possono essere individuate senza tenerne conto sotto ogni profilo e, soprattutto, con la stessa "*ratio*", cioè prescindendo da una peculiarità, o specificità di una Regione, che le supporti e le giustifichi. Ciò, tra l'altro, non contrasta, ma si inserisce, anzi, agevolmente nell'ottica, se non proprio nella prescrizione, costituzionale del migliore perseguimento dei suoi obiettivi di fondo (artt. 3, II c., oltreché 2 ecc.) con una Repubblica una ed indivisibile, bensì, ma che, al contempo, riconosce e promuove le autonomie locali ecc. (art. 5) e dove i rapporti tra gli enti da cui è costituita (art. 114) siano ispirati ad uno spirito di solidarietà, non competi-

[69] V., al riguardo, tra gli altri, L. Gori, *L'autonomia regionale differenziata* cit., 64 ss.

[70] V., per es., S. Staiano, *op. cit.*, 5 ss. e specialmente le osservazioni, condivisibili, relative al c.d. "residuo fiscale".

tivo, ma di virtuosa e fruttuosa cooperazione in funzione e nell'interesse della dignità e del bene delle (di tutte le) persone che ne fanno parte. Naturalmente, rimane in tutta la sua importanza l'altro e più generale contesto, cioè il richiamo non solo al rispetto dei principi di cui all'art. 119, imposto testualmente dallo stesso terzo comma dell'art. 116, al principio di sussidiarietà, sia pure con la sua problematicità operativa[71] proprio nei suoi rapporti con il regionalismo e con i fini sociali[72], contenuto nel primo comma dell'art. 118 e nel secondo dell'art. 120 (importante anche per il potere di sostituzione, attribuito al Governo nelle numerose ipotesi ivi previste, tra cui, per es., la tutela dell'unità giuridica ed economica, che è chiaramente un limite, ecc.), ai principi di differenziazione ed adeguatezza contenuto sempre nel primo comma dell'art. 118, ma anche ad altri, quali, ad es., quelli di uguaglianza, solidarietà ecc. contenuti in altre disposizioni costituzionali (in particolare, artt. 3 e 2), al cui rispetto e nel cui ambito, anche per quanto riguarda gli obiettivi, la Repubblica stessa, con tutte le sue "articolazioni" (prima), anzi (ora) con tutte le sue componenti (da cui è "costituita"), deve inserirsi ed operare.

Quanto al rispetto dei principi di cui all'art. 119, il discorso sarebbe complesso e delicato e non può essere affrontato in questa sede meritando una trattazione apposita, come spesso, del resto, è avvenuto coinvolgendo esso, inevitabilmente, ed in misura decisiva, il c.d. "federalismo fiscale", le "sue" complesse problematiche, a partire dai termini, ed i suoi possibili rapporti-effetti, oltreché sullo stesso regionalismo[73], anche sui diritti civili e sociali, così come desumibile dalla Costituzione a prescindere, in questa sede, dalla proble-

[71] V., per es., F. Leotta, *Possiamo fare a meno della sussidiarietà "verticale" nel riparto di competenze legislative delineato nel Titolo V della seconda parte della Costituzione? Osservazioni a margine del D.D.L. cost. S. 1429* - D, in *Rivista AiC* 3/2016.

[72] V., al riguardo, in particolare, P. Ridola, Inter*vento*, in A. Pace (a cura di), *Quale, dei tanti federalismi,* cit., 367 ss., con interessanti spunti su un regionalismo integrato ed improntato alla sussidiarietà per superare la separazione fra la "costituzione delle autonomie" e la "costituzione economica", sul legame fra protezione delle identità regionali e rimozione degli squilibri economici, su "un assetto fondato sull'integrazione fra differenti livelli di governo e su "procedure" di sussidiarietà" per contribuire al "raccordo fra la "costituzione delle autonomie" ed il perseguimento di obiettivi di fondo, che sono comuni a stato e regioni, poiché affondano le radici – il richiamo al nesso fra gli artt. 2 e 3, 2° comma, Cost. dovrebbe risultare superfluo – nelle basi stesse della nostra forma di stato", ecc. V. anche, *ex aliis,* F. Bassanini, *La Repubblica della sussidiarietà. Riflessioni sugli artt. 114 e 118 della Costituzione*, *in Astrid Rassegna*, 53/2007 e O. Chessa, *Sussidiarietà e esigenze unitarie*, in *Le Regioni*, 2004, 941 ss.

[73] In tema v., per es., M. Benvenuti, *La dimensione finanziaria delle differenziazioni territoriali*, cit., 218 ss., ss., il quale, tra l'altro, in riferimento al rispetto dei principi di cui all'art. 119 richiamati dal terzo comma dell'art. 116 da parte del regionalismo differenziato, ne indica, sia pure solo esemplificativamente, già un lungo, possibile elenco.

maticità legata alla loro garanzia e alla loro tutela[74]. Si può solo dire, almeno per il momento, che la subordinazione di cui si è già detto alla determinazione dei LEP appare di per sé, salvo problemi in sede di concreta applicazione, una scelta in linea con l'obiettivo di rendere il regionalismo differenziato non tanto non incompatibile, quanto, possibilmente, più funzionale alle finalità sociali e ai doveri di solidarietà cui l'ordinamento, anche con esso, deve tendere. Lo è, in particolare, con una corretta lettura dell'art. 117, II comma, lett. *m*), la cui previsione della "materia" LEP in termini di "determinazione" ma anche di "garanzia" (delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali) su tutto il territorio nazionale non potendo significare una mera competenza ma anche, in qualche misura, l'obbligo del suo esercizio da parte dello Stato (né può trascurarsi, quanto all'attuazione, neanche il potere di sostituzione del Governo di cui all'art. 120, II comma, Cost.). Può dirsi, così, che il più spinto regionalismo introdotto con il novellato Titolo V, e, per quanto qui ci riguarda, il regionalismo "differenziato" di cui all'art. 116, III comma, in una con la richiamata subordinazione esplicitamente stabilita (o confermata) con legge ordinaria finiscono, o, meglio, finirebbero con il costituire l'occasione, auspicabilmente da non perdere, per porre finalmente mano come sembra non sia mai avvenuto con decisione e avrebbe potuto, e dovuto avvenire anche senza regionalismo differenziato (dal 2001) e, al limite, anche senza regioni, cioè in modo nuovo, generale e non più programmatico, ma precettivo e quasi visibile, alla realizzazione dell'obiettivo, indicato dalla Costituzione, della rimozione di almeno parte, certamente tra le più significative, di quegli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini impediscono ecc. Su ciò, peraltro, ci soffermeremo, sia pure rapidamente, tra poco.

5. *Esperienze in corso: senza ostacoli verso una "differenziazione" senza differenze?*

Interessante è anche soffermarsi su come sembra sia stata intesa la differenziazione nei casi concreti in cui vi sono state delle iniziative regionali, cui comunque è stato dato corso, ancorché non (ancora) disciplinate da una previa legge in generale, che la Costituzione non impone e che Governo e Parlamento hanno, però, ad un certo punto, ritenuto opportuna, se non necessaria e che da poco, comunque, come s'è detto, è stata approvata e promulgata senza alcun tipo di osservazione, come talora è avvenuto, da parte del Presidente della Repubblica (art. 74). E ciò pur non potendosi non osservare che trattasi di una

[74] Su una interessante prospettazione della tutela effettiva in sede giurisdizionale (ma non solo) v. M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AiC*, 3/2016.

legge ordinaria, che, in quanto tale, è esposta, per cosi dire, alla varietà delle possibili "inosservanze" che leggi ordinarie successive possono legittimamente porre in essere fino a renderla, al limite, *inutiliter data* trattandosi, ovviamente, di fonti equiordinate e senza nulla togliere, tuttavia, al fatto che il suo contenuto consenta di intravvedere, in qualche modo, anche come e quale regionalismo differenziato sia nella mente, sotto il profilo dell'indirizzo politico perseguito, del legislatore, del Governo e delle forze politico-parlamentari che li sostengono. Deve osservarsi, comunque, che l'eventuale abrogazione in via referendaria, ex art. 75 Cost., della legge-quadro di disciplina delle procedure a prescindere dalle questioni di ammissibilità della richiesta, e, superate le quali, di validità del referendum per quanto riguarda, per es., il raggiungimento del *quorum* di partecipazione, non avrebbe, e non potrebbe avere l'effetto di bloccare un percorso di possibile conseguimento, e comunque di realizzazione, di attribuzione a questa o a quella regione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia perché, ai sensi del terzo comma dell'art. 116 Cost. per la richiesta regionale e tutto il resto, fino all'eventuale legge statale sulla base di intesa, non occorre un procedimento tipizzato obbligatorio, come è dimostrato, del resto, proprio dall'avvio dell'esame di varie iniziative regionali, anche in corso, in assenza di una legge statale predetta e, ora ed ulteriormente, dal fatto che proprio la legge appena approvata, in verità non con grande chiarezza, ne dispone l'esame "secondo quanto previsto dalle pertinenti disposizioni della presente legge" (art. 11, primo comma). Può aggiungersi che qualcosa del genere può prospettarsi anche per l'ipotesi di una caducazione non mediante referendum abrogativo, ma dichiarazione di illegittimità costituzionale salvo l'osservanza, ovviamente, di eventuali "disposti", diretti o indiretti, della Corte e della decisione nel suo complesso. Tralasciando, per un momento, il contenuto dell'ormai legge "per l'attuazione dell'autonomia differenziata" (n. 86 del 2024), su alcuni aspetti della quale comunque occorrerà soffermarsi, non può non notarsi, intanto, come quanto sinora avvenuto in sua assenza non appaia, per lo più, coerente con il regionalismo differenziato che un'attenta lettura della Costituzione consente e del quale siamo venuti prospettando, a nostro avviso, le caratteristiche essenziali. Sembra, anzi, che costituisca le premesse di quanto continua ad avvenire, anche, tra l'altro, con la legge predetta evidentemente secondo un indirizzo politico in generale preesistente almeno nella mente e nelle intenzioni della maggioranza parlamentare (e ciò, naturalmente, senza in nulla escludere di simile, *mutatis mutandis,* per quanto possa ritenersi riguardare anche la, o le opposizioni)[75]. Bisogna dire che iniziative regionali

[75] Sulla utilità di poter partire, senza alcuna pretesa condizionatrice, da bozze, dibattito ecc. per "guardare non tanto agli effetti immediati di un passaggio al federalismo differenziato, ma

rivolte al conseguimento delle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia non sono sorte subito dopo la riforma costituzionale del 2001 la prima, a quanto sembra, essendo una della Toscana, del 2003, che poi non ha avuto seguito, ma che era impostata in un modo che almeno in linea generale non sembrava in contrasto evidente con un lettura corretta dell'art. 116, terzo comma[76]. Le iniziative più decise, per così dire, sono, comunque, quelle di tre Regioni, cioè del Veneto, della Lombardia e dell'Emilia-Romagna, due delle quali (Veneto e Lombardia) sono precedute, prima di essere presentate al Governo, da una, sia pure diversa, consultazione popolare (le leggi della regione Veneto sono state impugnate dal Governo e decise con la nota sentenza della Corte n. 118 del 2015; Lombardia e Emilia-Romagna non avevano alla base una legge regionale). Alle consultazioni hanno partecipato rispettivamente il 60 e il 40 per cento degli aventi diritto (in Lombardia si votò con scheda elettronica) e le risposte sono state pressoché plebiscitarie, come, d'altra parte, appare del tutto comprensibile. Interessanti, però, sono i quesiti rivolti agli elettori, a prescindere da molti dei profili giuridici che coinvolgono e dai problemi giuridici che hanno sollevato, e, magari, ancora sollevano (specie quelli del Veneto). Appaiono, infatti, molto indicativi dell'atteggiamento degli organi di vertice regionali nei riguardi del regionalismo differenziato e, in sostanza, di come lo hanno da subito concepito, considerato e perseguito. Quello lombardo, intanto, pur apparentemente, ma solo da un punto di vista prudenziale, per così dire, magari nel tentativo, peraltro vano, di non "esporsi" a facili osservazioni, chiedeva agli elettori se volevano che la Regione, "in considerazione della sua *specialità* (corsivo nostro), nel quadro dell'unità nazionale", intraprendesse "le iniziative istituzionali necessarie per richiedere allo Stato l'attribuzione di ulteriori forme e condizioni di autonomia, con le relative risorse, ai sensi e per gli effetti dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione e con riferimento ad ogni materia legislativa per cui tale procedimento sia ammesso in base all'articolo richiamato".

alla evoluzione dei rapporti tra Stato e Regioni tra Regioni", e, a nostro avviso, più in generale, nella ricostruzione di esiti politico-normativi, v., per es., N. SALERNO, *Brevi commenti su sanità e federalismo, a margine del seminario di Astrid,* in *Astrid Rassegna*, 22/03/2019, N. 297 (Numero 5/2019).

[76] Riguardava, infatti, solo la gestione dei beni culturali, cioè funzioni concernenti una materia particolare per la Regione. In quanto tale, la richiesta resterebbe "a testimoniare lo spirito primigenio del regionalismo differenziato, che, diversamente dai successivi passaggi che si tingono di sfumature, modalità e finalità più marcatamente politiche, si caratterizza per uno spiccato pragmatismo" perché "si innesta, infatti, sulla considerazione di quanto è concretamente necessario alla Regione, valutando le sue peculiarità, e non risulta essere espressione di una volontà di rivendicare spazi a scapito del potere centrale": così, condivisibilmente, L. VIOLINI, *I procedimenti per l'attuazione del regionalismo differenziato: luci e ombre dell'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Italian Papers On Federalism*, n. 1/2019, 2.

Come può notarsi, una sorta di autorizzazione in bianco (sulla quale il cittadino "medio" è difficilmente in grado di pronunciarsi con piena consapevolezza), formalmente corretta nel suo richiamo all'art. 116 della Costituzione, ma estesa a tutte le materie da tale articolo indicate, motivata esclusivamente con la (o "una" presunta) "specialità" della Regione, come aveva affermato in varie dichiarazioni il Presidente sostenendo, per l'appunto, che la Lombardia è speciale non nel senso giuridico, altre essendo, in tal senso, le 5 Regioni a statuto speciale (e le due Province autonome), ma speciale in sé e, magari, tanto evidentemente da non avere bisogno di dimostrazione né di motivazione (naturalmente: "senza falsa modestia"!). Ora, sorvolando su altri aspetti, è l'approccio che di per sé merita riflessione perché appare fondata su una idea di fondo per cui l'art. 116, III comma, aprirebbe a tutte le materie non nel senso che l'iniziativa regionale possa rinvenire in ciascuna di esse (solo) ulteriori forme e condizioni di autonomia specifiche per la singola regione, e, come tali, irragionevolmente permanenti allo Stato, ma per altre e diverse Regioni (non previste e, quindi, nella sostanziale discrezionalità dei "negoziatori"), cioè nel senso che in tutte le materie possano, a richiesta, e senza alcuna specificità, solo perché la Regione è (ritenuta) più "brava", o, meglio, "speciale", essere attribuite ulteriori, se non tutte le funzioni precedentemente riservate allo Stato. Una regione ordinaria, così (ma anche più di una, e, al limite, tutte le Regioni ordinarie), senza alcuna ragione legata alla sue specifiche caratteristiche, può, per così dire, ritrovarsi, per es., con una potestà legislativa da concorrente a esclusiva e/o residuale con la conseguente trasformazione del terzo comma dell'art. 117, e le richiamate lettere del secondo comma, in un comma di fatto equivalente al secondo e/o al quarto comma dell'art. 117, ma in via legislativa ordinaria (sia pure rinforzata con l'intesa e con la maggioranza assoluta dei componenti ciascuna Camera), non costituzionale. Insomma: *todos caballeros* con legge ordinaria. Ma non solo. E, tuttavia, non solo. Verrebbe meno, infatti, fra le Regioni ordinarie, proprio la tanto "agognata", o "temuta", differenziazione perché, come già detto, tutte promosse al grado superiore e con la quasi probabile scomparsa della potestà legislativa concorrente. Il tutto, peraltro, contro la "ratio" del terzo comma dell'art. 116, che parla di forme e condizioni "particolari" di autonomia, ossia di valorizzazione di talune specificità proprie di questa o quella regione, che l'attuale disciplina identica e comune, cioè "indifferenziata" (da ciò il regionalismo "differenziato") per tutte non consente adeguatamente. Può dirsi ancora di più, se possibile, se guardiamo il Veneto, il quale, partendo, come la Lombardia, dal (l'auto)riconoscimento della Regione come regione di per sé "speciale", a differenza di questa (indizione del referendum con voto elettronico da parte del Presidente della Giunta), approva due leggi (n. 15 e n. 16 del 19 giugno 2014, impugnate dal Governo con seguito della già

richiamata sentenza della Corte n. 118 del 2015) con le quali, in particolare, si intendeva indire un referendum consultivo per sapere dagli elettori addirittura se volevano che il Veneto diventasse una regione indipendente e sovrana e, quanto alle particolari forme e condizioni particolari di autonomia, un nuovo assetto finanziario tendente, in sostanza, a fare in modo che i tributi riscossi sul territorio regionale, o versati dai cittadini veneti, fossero trattenuti almeno per l'80% dalla Regione e che, nella parte incamerata dalla Amministrazione centrale, sempre almeno l'80% fosse utilizzata nel territorio regionale in beni e servizi. Il tutto, è quasi inutile rimarcarlo, nella dichiarata prospettiva, da parte delle Regioni, del conseguimento, immediato o in pochissime fasi, non di in alcune, ma di tutte, o pressoché tutte le materie indicate dall'articolo 116, terzo comma, benché spesso ridefinite in modo tale da comprendere poi, in realtà, non solo questa o quella parte, o ambito, di tali materie, ma vere e proprie "nuove materie", in qualche modo andando fuori non solo dall'art 116, ma dell'intero titolo V. È interessante, per es., il preannuncio, già nella richiesta iniziale, non di alcune delle materie nominate nella richiamata disposizione costituzionale, ma di aree ampie denominate con l'uso di sintagmi che non solo le comprendevano, per l'appunto, ma andando oltre, anche di nuovi elenchi di materie in vista della definizione delle intese secondo una discutibile metodologia di per sé non contestata dalle competenti strutture governativo-ministeriali nel corso delle varie fasi delle "trattative" mentre si succedevano Governi anche politicamente diversi. Quanto all'Emilia Romagna, la Giunta ha presentato un "Documento di indirizzi" al Consiglio, che, previo esame, con una risoluzione contenente l'indicazione di settori prioritari, abilitava il Presidente della Giunta ad iniziare il negoziato con il Governo con il quale poteva sottoscrivere lo schema di intesa dopo averne avuto l'assenso dal Consiglio non senza il parere del Consiglio delle autonomie locali. Il tutto senza alcuna informazione ufficiale, per così dire, sull'atteggiamento almeno dei predetti organi dello Stato via via assunto nel corso delle "trattative", anche da tempo avviate, con i rappresentanti della singola Regione e, magari, pervenute anche, per l'approvazione, al Consiglio dei Ministri[77] anche se non ancora giunte in Parlamento e, comunque, con taluni profili, come quello finanziario, non ancora definiti. Non mancava di farsi strada, nel contempo, la proposta della necessità di

[77] Riferendosi alle tre Preintese, ne rileva un interesse soprattutto "politico", di entrambe le parti, per così dire, del negoziato, una sostanziale identità quanto ai contenuti e al procedimento ("con ciò ponendo nel nulla ogni tentativo di diversificare, e motivare, sulla base di specifiche esigenze delle Regioni coinvolte, le richieste avanzate") e la loro sottoscrizione non dal Presidente del Consiglio, "come sarebbe stato naturale, ma dal Ministro per gli Affari Regionali, quasi a sottolineare lo scarso, quasi inesistente, valore dell'atto", L. VIOLINI, *I procedimenti per l'attuazione del regionalismo differenziato: luci ed ombre*, cit. 4.

una sorta di legge-quadro che disciplinasse, generalizzandole, procedure e quant'altro fosse apparso meritevole di una previa regolamentazione nel vuoto, o presunto vuoto, dell'art. 116, terzo comma, alla cui questione abbiamo già accennato (per es.: legge o altra forma della iniziativa regionale, ruolo del Governo e ruolo del Parlamento, come e quando "sentire" gli enti locali, ecc.). Si tratta di quanto avvenuto con la richiamata legge da poco approvata e salutata da una parte della politica come "storica" e, da un'altra, da "eliminare" il più presto possibile ricorrendo ad ogni mezzo consentito dall'ordinamento (in particolare: referendum abrogativo, impugnazione davanti alla Corte costituzionale). Né va dimenticato che, sia pure in forme in parte diverse, altre Regioni (Piemonte[78], Liguria, Toscana, Umbria, Marche e Campania) non hanno mancato di preannunciare ufficialmente iniziative sia pure non dando un seguito del tipo di quelle richiamate. Tralasciando i molti aspetti, e i molti problemi che pure meriterebbero di essere affrontati, sui quali non si può non rimandare alla ricca ed approfondita attenzione dedicata dalla dottrina, si vuole solo dire, in questa sede, che il modo in cui il tema del regionalismo indicato, o, meglio, sottinteso, o implicito, nell'art. 116, terzo comma, e per lo più definito, come detto, "differenziato", sembra un modo in realtà "sganciato", per così dire, proprio dal comma dell'articolo che ne parla, nonché, ovviamente, dalle altre disposizioni costituzionali di cui è parte integrante e con le quali deve armonizzarsi e fare sistema per il miglior conseguimento delle finalità o, sarebbe da dire, delle prescrizioni di fondo di questo. Senza alcuna esagerazione, si ha spesso l'impressione di una discussione, e di un dibattito, nel quale si parla, in realtà, di altro e tra sordi, non tra "dialoganti" pur evocando sempre, ma senza alcun fondamento e più o meno consapevolmente, o, forse, fin troppo consapevolmente, il regionalismo differenziato, con dotti discorsi sugli stati unitari e su quelli composti, sulle forme di stato e di governo, sull'eguaglianza, la solidarietà, la sussidiarietà e l'autonomia, ecc. e con sfoggio di concetti, formule e termini, spesso "inventati", ma tanto efficaci quanto vuoti, che da soli innescano altri fiumi di parole, anche ricercate, che sono una grande dimostrazione del fatto che il diritto non solo confina, ma spesso si compiace e si confonde con la letteratura quasi rinunciando alla sua funzione e divenendo fine a stesso, o autoreferenziale, se non evasivo, o elusivo, di questioni più semplici nella loro concretezza e, per altro verso, del grado di unità nazionale come (non)sentita dalla politica. Non si può non osservare, sia pure solo *en passant,* come le richieste più decise e, per così dire, anche più consistenti, ancorché non proprio

[78] Riferendosi al Piemonte, rileva "scarsi progressi compiuti nella elaborazione di una credibile proposta di attuazione dell'art. 116, III comma", M. Cavino nell'Editoriale dal titolo *L'XI legislatura: una preoccupante continuità*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2024/II.

identiche, siano partite solo da alcune Regioni, e, per giunta, da quelle che, in un certo senso, hanno utilizzato meglio e di più l'autonomia in regime di uniformità normativa anche così di fatto continuando a "differenziarsi", però, ulteriormente e notevolmente (e, magari, proprio così consentendo di rilevare che la richiesta così ampia e quasi generalizzata di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia pressoché in tutte le materie consentite sia rinvenibile quanto meno "anche" in motivazioni, o aspirazioni, più numerose ed "altre" rispetto a quelle proprie della differenziazione di cui al terzo comma dell'art. 116[79]). Le altre richieste sono meno decise e "chiedono" di meno. Di diverse Regioni, non difficilmente identificabili, non si ha, per il momento, notizia di iniziative rivolte al conseguimento di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia. Una domanda non sembra del tutto fuori luogo. Le risposte possono essere varie e anche almeno parzialmente diverse da una regione ad un'altra, e tuttavia, una attenta riflessione non sarebbe, forse, del tutto priva di interesse tra l'altro non sembrando impossibile, dall'esterno, immaginare qualche specifica particolarità proprio in linea con l'interpretazione corretta del terzo comma dell'articolo 116.

6. *La legge "Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario". Qualche osservazione "a prima lettura". Rassicurazioni poco rassicuranti?*

Quanto alla tanto attesa, e da altri senza successo tanto contrastata legge richiamata, nonostante varie modifiche ed "aperture" apportate nel corso del suo "iter" parlamentare rispetto al testo del disegno di legge inizialmente presentato dal Governo, non sembra, sia pure ad un necessariamente primo esame, tale da poter indurre a ritenere che il regionalismo differenziato da essa prefigurato, o sulla base di essa prefigurabile, sia molto diverso da quello di cui siamo venuti dicendo e che, soprattutto, non sia, nella sostanza, quello consentito dal terzo comma dell'articolo 116 e, comunque, dall'intero, imprescindibile contesto costituzionale di riferimento. Non può non rilevarsi, prima di soffermarsi su qualche aspetto generale di essa[80], la sua struttura complessa, se non complicata, ed una elaborazione quasi a strati, o per aggiunte successive, man mano che emergevano lacune o altre questioni, magari inizialmente non previste, o considerate, che non giovano alla organicità del discorso renden-

[79] Sullo "svantaggio" per essere contigui ad una regione a statuto speciale su tale situazione anche più in generale si vedano, per es., le interessanti considerazioni di M. Benvenuti, *La dimensione finanziaria delle differenziazioni*, cit.

[80] Sui "nodi" pendenti che avrebbe dovuto risolvere v., tra gli altri, L. Castelli, *I nodi pendenti dell'attuazione dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione*, in *Diritti regionali*, 3/2023.

dolo, talora, anche inutilmente lungo e minuzioso e, comunque, di faticosa dispersiva la lettura. E ciò anche se, entro certi limiti, si tratta di un fenomeno che può accadere quando la discussione lungo l'*iter* è aperta e, per così dire, democratica e vi è disponibilità ad accogliere critiche ed osservazioni non senza un qualche effetto, però, sulle enunciazioni iniziali, integrandole, completandole, ma anche, come si diceva, non senza il rischio di complicarne e distorcene l'ispirazione di partenza. Non può non notarsi, comunque, diffusa nel testo, una sorta di costante preoccupazione di "rispondere" *ex ante* (quasi, però, una sorta di *excusatio non petita…*) a critiche ed obiezioni, evidentemente ritenute in qualche modo non prive di fondamento, e a timori per i possibili effetti, se non proprio rischi, con un denso e reiterato, talora ovvio e superfluo richiamo a tutti i principi e a tutti gli articoli della Costituzione, magari confusamente riassunti, che la normativa approvata sarebbe rivolta non solo a rispettare, ma anche ad attuare (v., per es., il lungo elenco nel primo comma dell'art. 1). Il fatto è, naturalmente, che non bastano simili dichiarazioni a fondarne le legittimità costituzionale anche se, magari, possono avere qualche rilievo in sede di interpretazione. Ed è, però, proprio una tale coerenza che non sempre appare riscontrabile. Per es., mentre nell'art. 117, II comma della Costituzione, si parla di livelli essenziali delle prestazioni che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, nel secondo comma dell'art. 1 della legge, pur richiamandolo, si parla di livelli ecc. che devono essere garantiti "equamente", cioè non potendosi, così almeno escludere, tra i vari possibili significati, uno limitativo dell'"altezza" dei livelli come qualificata dall'aggettivo "essenziali".

6.1. *Il ruolo del Governo*

Si può notare, in linea generale, ed intanto, l'attribuzione di un notevole ruolo al Governo e, volendo, agli Esecutivi, cioè al Governo ed anche, quasi per simmetria, alla Giunta regionale. Non che sia trascurato del tutto quello del Parlamento, ma nel senso che il ruolo di questo, pur decisivo in ordine non tanto all'avvio e nel corso della procedura dell'intesa, quanto alla sua approvazione finale, potendola comunque approvare o rifiutare, appare poco considerato in ordine alla sua formazione, e quindi alla determinazione del contenuto, che è la fase chiaramente più importante, nel corso della quale il suo intervento è comunque limitato il negoziato essendo anche nella sostanza affidato, per l'appunto, al Governo ed ai Ministri, quando non anche agli Uffici, di volta in volta "competenti" in base all'oggetto del "negoziato". Spicca, peraltro, il ruolo attribuito al Ministro per gli Affari regionali e le autonomie, che appare quasi un "alter ego" del Presidente del Consiglio, che può quasi sempre sostituire. L'art. 116, terzo comma non sembra, invece, nella lettera, nel tono e nella sostanza, relegare il Parlamento ad un ruolo quasi

esterno, e magari solo di arbitro, rispetto alla formazione dell'intesa, né appare assimilabile, sotto vari profili, a quello di cui all'art. 8 della Costituzione, come sottolineato, sia pure non unanimemente, da non pochi in dottrina. Tra l'altro, la stessa maggioranza qualificata richiesta (assoluta dei componenti)[81] per l'approvazione della legge concernente l'intesa (e non per quella di cui al predetto art. 8) è motivata anche dall'intento di assicurare una "presenza" importante alle minoranze (e alle stesse Camere), che può divenire decisiva nel caso di non compattezza e, comunque, di insufficienza della normale maggioranza del momento, la quale, invece, se non addirittura solo buona parte di essa, potrebbe ritenersi comunque soddisfatta dal particolare rapporto che ha con il Governo e dalle scelte da esso compiute e, quindi, non interessata da problemi di "debolezza", o scarsa considerazione, in certe situazioni, del Parlamento in quanto tale (è superfluo ricordare, d'altra parte, che i rapporti Parlamento-Governo sono, in realtà, spesso, se non quasi sempre, nella sostanza, rapporti maggioranza-minoranze). Il ruolo "forte" del Governo (e delle sue articolazioni, compresa la Cabina di regia), che può vedersi anche nei termini, di solito brevi, entro i quali gli devono essere espressi i pareri delle Commissioni parlamentari competenti e della Conferenza unificata, e decorsi i quali può procedere anche senza), d'altra parte, è una costante nei rapporti Stato-Regioni. Basti ricordare che il primo ed il secondo passaggio delle funzioni, del 1972 e del 1977, sono avvenuti, l'uno e l'altro, mediante il ricorso alla delega legislativa, cioè con decreti legislativi delegati (11 nel primo; 1, il famoso 616, nel secondo) anche se la Costituzione prevedeva, al riguardo, "leggi della Repubblica" (naturalmente, anche se non senza critiche, si giocò sulla parità di rango di questi con la legge ordinaria e sulla legittimità costituzionale del ricorso agli stessi). Non si può trascurare, d'altra parte, che, per la sua posizione e per la sua composizione politica, il Governo o è favorevole o è contrario alle regioni in generale (*rectius*, all'autonomia), ma anche, e caso per caso, a ogni singola Regione, e al suo "colore" politico e, quindi, non è mai nelle condizioni di obiettività nell'esercizio delle sue funzioni nei riguardi di questa, o di quella, o di tutte. Da una attenta lettura del testo della legge, inoltre, per l'iniziativa della regione non risulta prescritta alcuna indicazione in ordine ad una sorta di motivazione a supporto della richiesta, né, per altro verso, in ordine a dei criteri cui il Governo debba attenersi nel corso del negoziato. Ciò non può non favorire il rischio di attuazione di un regionalismo non

[81] La cui portata "garantistica", che si attenua fino a divenire insufficiente a seconda del sistema maggioritario eventualmente adottato, non dovrebbe, tuttavia, poter perdere, o essere svuotata, nel suo significato e nella sua finalità insiti nella disposizione costituzionale che la prevede: con riferimento specifico al caso di cui trattasi, v. il rilievo di L. Elia come richiamato da L. MICHELOTTI, *La differenziazione regionale* cit., 351.

"differenziato", come anche siamo venuti dicendo, ma "indifferenziato", o differenziato secondo criteri discutibili di per sé e comunque non in linea con i disposti costituzionali a cominciare, naturalmente, dal terzo comma dell'art. 116. Nella stessa linea sembra potersi leggere anche il primo comma dell'articolo 11 ("Disposizioni transitorie e finali"), concernente la "sorte", per così dire, degli atti di iniziativa delle Regioni già presentati al Governo, di cui sia stato avviato il confronto congiunto tra il Governo e la Regione interessata prima della entrata in vigore della legge. Si tratta di iniziative cui abbiamo già accennato e delle quali, in realtà, non è noto granché. Che di esse si disponga l'esame "secondo quanto previsto dalle pertinenti disposizioni della presente legge" può significare tutto e niente, tutto e il contrario di tutto, e, comunque, rimane il fatto che sinora, probabilmente, il Parlamento è rimasto almeno formalmente sostanzialmente estraneo, con il più già avvenuto, e che molto di quanto potrà avvenire dipenderà, in definitiva, dal Governo. D'altra parte, sia pure per quel che può valere, in tale linea non può non leggersi anche il fatto che, mentre l'art. 116, III comma, parla di possibile attribuzione "ad altre" Regioni, nel primo comma dell'art. 1 della legge si dice "alle" Regioni ordinarie. Si ripete anche, nella legge, l'espressione "una o più materie o ambiti di materie e le relative funzioni" con il grave rischio, già segnalato, che si proceda ad un trasferimento di materie, non di funzioni "concernenti" (tra l'altro, secondo il terzo comma dell'art. 116, le "materie" e non anche "ambiti" di materie, cioè con una aggiunta la cui presenza appare inutile, se non fonte di possibili dubbi, o di "sospetti", per così dire),

Nella legge "de qua", inoltre, nulla sembra dirsi in ordine ad un altro aspetto della iniziativa della Regione, la quale, infatti, si è detto in dottrina, sulla base del terzo comma dell'art. 116, potrebbe consistere anche, se non solo, o preferibilmente, in una iniziativa legislativa (evidentemente da presentare, in tal caso, dal Consiglio alle Camere anche se l'art. 121 parla, testualmente, di "proposte" di legge)[82]. Il primo comma dell'art. 2, invece, riteniamo non consenta tale ipotesi perché così, testualmente, recita: "L'atto di iniziativa relativo alla richiesta di attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, ai sensi dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione, è deliberato dalla Regione, sentiti gli enti locali, secondo le modalità e le forme stabilite nell'ambito della propria autonomia statutaria. L'atto è trasmesso al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro… ecc.". Si parla, quindi, di "atto di iniziativa relativo alla richiesta" (non, ad evitare dubbi, di iniziativa, o proposta), che è deliberato "dalla Regione", non da questo o quell'organo di essa e, per quanto

[82] Per la questione v., ben presentata, tra gli altri, O. Chessa, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, *in Diritto@Storia*, 15/2017, specie 8 ss.

riguarda l'autonomia statutaria, questa sembra da riferire non, per l'appunto, alla natura dell'atto di iniziativa, ma alle modalità e alle forme per sentire gli enti locali. Il Consiglio, insomma, non è escluso, ma non potrebbe agire con una sua iniziativa legislativa perché innescherebbe un meccanismo, a livello nazionale, con l'intervento sin dall'inizio del Parlamento, che escluderebbe, e comunque ridurrebbe il ruolo del Governo e che, chiaramente, si è voluto evitare sia pure, magari, considerando il contesto nel quale anche il Presidente della Regione, o, come impropriamente chiamato rispetto alla Costituzione, il "Governatore", è eletto direttamente dal corpo elettorale.

Nulla dicendosi, inoltre, in ordine al "sentiti gli enti locali" se non, come già detto, con il rinvio "alle modalità e alle forme stabilite nell'ambito della propria autonomia statutaria", si potrà trascurare, così, sia pure indirettamente, il principio di sussidiarietà nella parte in cui gli enti locali andrebbero protetti, per così dire, anche nei confronti di un possibile "centralismo" regionale, che può manifestarsi anche non "sentendoli" adeguatamente per quanto riguarda l'acquisizione da parte della Regione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia. Una sorta di "risposta" alle suddette preoccupazioni potrebbe vedersi, peraltro, nell'art. 6 della legge, nel quale si "obbliga" (evidentemente quando si vuole!) la Regione ad attribuire ai Comuni le funzioni amministrative, contestualmente alle relative risorse umane ad essa trasferite in attuazione del terzo comma dell'art. 116 sia pure affidando ad essa, così sembra, l'osservanza, nella circostanza, dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza per l'eventuale conferimento, per assicurarne l'esercizio unitario, a province, città metropolitane e Regione.

6.2. *I LEP: un'occasione importante, ma già perduta?*

Non è possibile, in questa sede, un'esame analitico e puntuale della legge. Non si può, tuttavia, almeno formulare qualche altra osservazione, apparentemente riguardante solo i LEP, ma, in realtà, tutto il regionalismo differenziato non senza coinvolgimenti del regionalismo "tout court" con sullo sfondo, ancora almeno in buona parte irrisolto, il tema, ed il problema, dei rapporti autonomia-diritti fondamentali, o, se si vuole, eguaglianza e solidarietà, o unità nazionale a seconda della faccia che si voglia rimarcare dello stesso secondo termine del rapporto. Fermo restando che i problemi della rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale (art. 3, II comma) riguarda la Repubblica una e indivisibile che riconosce e promuove le autonomie locali ecc. (ma si potrebbe dire anche che la Repubblica una e indivisibile, che riconosce e promuove ha, come compagine nell'assetto costituzionale indicato, il compito di rimuovere gli ostacoli quella dei LEP, previsti, garantiti e tutelati dagli artt. 117 e 120 della Costituzione perfino quanto agli eventuali, necessari rimedi ripara-

tori[83], avrebbe potuto costituire, a nostro avviso, e, tutto sommato, può ancora costituire una occasione, se non una svolta[84], sulla via di una più decisa e consistente rimozione di almeno alcune delle più gravi disparità, o diseguaglianze, economico-sociali-territoriali senza rinunciare alla possibilità di valorizzare senza conseguenze negative le specificità di questa o quella regione ordinaria secondo un regionalismo differenziato correttamente inteso e con ricadute positive sullo stato del regionalismo in generale. Non sembra emergano, invece, proprio da una prima lettura del lungo e complesso articolo 3, scelte decise e nette in tal senso. Da un lato, infatti, sembra prevalere più la "determinazione" che la concreta "attuazione" dei LEP in un contesto in cui la possibilità di incidenza degli stessi, per quantità e qualità, ed altre condizioni, sulla riduzione delle diseguaglianze non appare, per così dire, giuridicamente "blindata", e neanche adeguatamente protetta, ma comunque notevolmente modesta perché aperta, se non affidata, all'andamento di alcune incerte, ma importanti variabili e alle di esse valutazioni "politiche" (aggiornamenti, risorse disponibili, contesto socio-economico, ecc.). Dall'altro, il trasferimento di funzioni, così come concepito, e comunque reso possibile dalla stessa legge, quasi indiscriminato per quantità e qualità (e quindi comunque consistente in termini di corrispondenti risorse umane, strumentali e finanziarie), oltreché di per sé scarsamente, se non in nulla motivato in punta di diritto (costituzionale) positivo, corre il rischio, praticamente inevitabile nonostante le cautele e le condizioni previste, di avere effetti economico-finanziari comunque dirompenti e difficilmente sopportabili, in una parola, dal sistema nel suo complesso, che già risente di per sé, anche se il trasferimento è correttamente contenuto, per ragioni facilmente

[83] Nonché, poi, dal comma 791 dell'art. 1 della legge n. 197 del 2022, relativa al bilancio di previsione per il 2023 ("ai fini della completa attuazione dell'art. 116, terzo comma della Costituzione e del pieno superamento dei divari territoriali" ecc.) e dall'art. 3 della più volte richiamata legge n. 86 del 2024, che se ne occupa ampiamente ("ai fini dell'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione" ecc.). Quanto ai rimedi, il riferimento è, chiaramente, al potere di sostituzione del Governo nell'ampia gamma di ipotesi, tra le quali l'unità giuridica ed economica, di cui al secondo comma dell'art. 120, dove il "può sostituirsi" andrebbe letto nel senso che "deve sostituirsi" anche se, ove si tratti, come è facile che sia, di inerzia degli enti "responsabili", potrebbero non mancare delicati profili economico-finanziari, che, comunque, non dovrebbero prevalere automaticamente sulle esigenze di rispetto dei diritti fondamentali, che appaiono considerati senza distinzione fra civili e sociali (potrebbe dirsi formali e sostanziali) ai fini della considerazione dell'unità nazionale.

[84] Solo per es. v., fra gli altri, A. D'Aloia, I *livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali: uno snodo decisivo nella configurazione del nuovo disegno autonomistico,* Relazione al Conv. Ass. "Gruppo di Pisa" sul tema della "Riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza della Corte costituzionale", Pavia, 6-7 giugno 2003 [a cura di E. Bettinelli-F. Rigano], Torino, 2004, 120 ss. nonché, in parte anche sotto un profilo propositivo, M. Luciani, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni* cit., 348 ss., 354.

intuibili e ben spiegate in sede di scienza economica e da autorevoli istituti economici (a cominciare dall'economia di scala e dalla rigidità della struttura burocratica dello Stato, ecc.) quali, ad es., lo Banca d'Italia e la Svimez. Dall'uno e dall'altro lato, insomma, sembra profilarsi una convergenza, e, quindi, anche un potenziamento delle più volte prospettate, possibili conseguenze negative. Anche in questo caso, comunque, si palesa significativo il ruolo del Governo, che è delegato ad adottare entro ventiquattro mesi dall'entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi sulla base dei principi e criteri direttivi, in realtà non proprio stringenti (di cui all'art. 1, commi da 791 a 801*bis* della legge n. 197 del 2022, che, com'è chiaro, non è la legge stessa, ma una precedente), e che conserva un suo ruolo significativo sia nel corso della procedura stabilita per l'adozione dei decreti predetti, sia, successivamente, per quanto riguarda il monitoraggio e gli eventuali adeguamenti richiesti dai contesti generali di volta in volta da considerare. Si inserisce agevolmente in tale linea, magari rafforzandola trattandosi del Presidente del Consiglio da solo, anche il ruolo affidato, poi, in tale contesto, ai già tanto vituperati D. P. C. M. (durante la pandemia e anche dopo, ma non, almeno radicalmente, per es., dalla Corte costituzionale).

Una notevole incertezza, ed un possibile, eventuale limite, può derivare anche dallo stretto collegamento, tipico nei conflitti finanziari fra Stato e Regioni, con la disponibilità delle risorse di volta in volta disponibili, che, invece, dovrebbero essere garantite in funzione del godimento dei diritti fondamentali della persona umana e non condizionare questi ultimi, nel numero e nella qualità, quasi "a prescindere", come desumibile, peraltro non senza cautela quando le fattispecie non coincidano pienamente, da quanto affermato e precisato più volte anche dalla Corte costituzionale e fermo restando che almeno il nucleo invalicabile di garanzie minime per i diritti fondamentali non dovrebbe essere finanziariamente condizionabile[85] (non va trascurata, o sottovalutata, neanche la tendenza, del legislatore ordinario, allo scambio tra "essenziali" e "minimi", non del tutto fungibili e foriera, magari, della attenuazione della garanzia e della tutela prescritta nelle disposizioni costituzionali). Né appare indiscutibile la limitazione della determinazione dei LEP ad alcune materie, e la conseguente non subordinazione ai LEP stessi nelle altre e la distinzione così operata all'interno dei diritti civili e sociali e, quindi, della considerazione della incidenza sull'ampiezza e sul livello (così ridotti) dell'unità giuridica ed economica, che già così appare, se non già compromessa, di certo messa in discussio-

[85] Si veda, per es., in tema di LEA e di diritto alla salute, la sentenza n. 142 del 2021, nella quale la Corte, richiamando altra sua decisione, afferma che "è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione" con anche altri interessanti riferimenti alla centralità della persona umana nella tutela costituzionale.

ne. E ciò a prescindere dal fatto che, per la parte non esclusa, la salvaguardia, in sostanza, ed in definitiva, è tutta nel se e nel come della attuazione dei LEP nel corso del tempo e nelle continue "trattative" che si svolgeranno a vari livelli e tra i vari organismi statali-regionali[86]. Il tutto, infatti (ma proprio per questo sarebbe necessaria una partenza con maggiori garanzie, se non proprio certezze), non può non giocarsi, per così dire, sui tempi lunghi, con la costanza e/o la variabilità degli indirizzi politici e, forse ancora di più, delle situazioni generali, nazionali ed internazionali, il regionalismo italiano non potendo non essere, almeno entro certi limiti, una variabile "dipendente". Perdere l'occasione del regionalismo differenziato, cioè l'occasione della previa necessità dei LEP, che è tale anche quando di questi prevalga una attuazione incerta e minimale sotto i vari profili in cui ciò avvenire, significa rinviare a data da destinarsi una possibilità che difficilmente potrà ripresentarsi. Il tutto mentre è chiaro che un regionalismo differenziato, ma anche un regionalismo senza differenziazione non è fonte di ulteriore divario sociale e territoriale solo se le regioni sono rese previamente omogenee, cioè solo se partecipano in condizioni di parità di base, come, in definitiva, riconosciuto, come abbiamo visto, ma non adeguatamente organizzato, negli atti e nelle dichiarazioni di chi procede, poi, anche senza determinare le condizioni conseguenti.

[86] Sulla definizione e la formazione, sulla delicatezza e l'importanza dei LEP, v, *ex aliis,* ma solo a titolo di esempio, V. Tondi della Mura, *Non è Voltaire: le pagine bianche (e quelle grigie) del "Rapporto finale" del Comitato per l'individuazione dei LEP*, in *Federalismi*, n. 15/2024; A. Pitino, *Il regionalismo differenziato e il conseguimento di "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" nella materia "tutela della salute",* in *Corti supreme e salute*, Saggi, 2024/2, 9 ss.

Maria Elena Gennusa[*] *– Stefania Ninatti*[**]

CORTE DI GIUSTIZIA E VELO ISLAMICO: VECCHI DILEMMI E NUOVE QUESTIONI

SOMMARIO: 1. Premessa: Corte di giustizia e libertà religiosa nel sistema dell'Unione europea – 2. La saga sul velo islamico. – 2.1. Le ragioni di una scelta. – 2.2. I tratti essenziali delle sentenze sul velo. La prima fase: le sentenze Achbita e Bougnaoui. – 2.3. La seconda fase: Wabe e LF. – 2.4. Le novità dell'ultima fase: la sentenza OP. – 3. Vecchi dilemmi e nuove questioni: qualche osservazione sulla neutralità religiosa nell'Unione europea

1. *Premessa: Corte di giustizia e libertà religiosa nel sistema dell'Unione europea*

Mentre la Corte di Strasburgo può annoverare una oramai amplissima giurisprudenza in materia di libertà religiosa, diverso – e meno lineare, se vogliamo – risulta ancora oggi il contesto dell'Unione europea, innanzitutto perché, principalmente per il ben noto problema delle sue competenze in quest'ambito, pochi e limitati sono stati gli interventi della Corte di giustizia fino all'approvazione della Carta di Nizza. Anche se si può ricordare, ad esempio, la prima decisione al riguardo (*Prais* del 1976[1]), sui concorsi banditi dalle istituzioni comunitarie in giorni di festività religiose, o anche il caso *Bundesrepublik Deutschland c. Y e Z*[2] sulla definizione di atto di persecuzione religiosa al fine di concedere lo status di rifugiato non si può dire, a parte alcune eccezioni, che esista una vera giurisprudenza comunitaria sulla libertà religiosa, almeno fino all'ultima decade.

A livello normativo, la Carta dei diritti avrebbe dovuto segnare un punto di svolta, soprattutto se si guarda esemplarmente all'acceso dibattito emerso durante la sua redazione su un possibile richiamo, da inserire al suo interno, alle radici cristiane dell'Europa. Esso si è poi concretizzato, più laconicamente, in uno stringato cenno nel Preambolo a un generico «patrimonio spirituale e

[*] Associato di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Pavia, mariaelena.gennusa@unipv.it.

[**] Ordinario di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Milano, stefania.ninatti@unimib.it

[1] Corte di giustizia, 27 ottobre 1976, causa C-130/75, *Vivien Prais c. Consiglio delle Comunità europee*.

[2] Corte di giustizia, 5 settembre 2012, cause riunite C-71/11 e C-99/11, *Bundesrepublik Deutschland c. Y e Z*.

morale» dell'Unione, tanto che più specifico, in questo senso, appare il Preambolo del TUE, in cui si rievocano le «eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa»; e ad esso, volendo, si può affiancare l'art. 2 TUE che, fra i valori dell'UE, menziona la protezione dei diritti umani, inclusi quelli delle minoranze, fra cui sono da annoverare le minoranze religiose.

Ma, certo, in quella Carta vi sono almeno tre disposizioni che sono fondamentali per chiarire il quadro giuridico comunitario in materia di libertà religiosa: l'art. 10 sulla libertà di coscienza e religione (che riprende quasi letteralmente il primo paragrafo dell'art. 9 della CEDU), l'art. 21 che vieta qualsiasi discriminazione fondata, tra l'altro, sulle religioni o convinzioni personali, e l'art. 22, secondo cui l'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica.

Se a queste disposizioni si affianca l'art. 17 TFUE, in cui si richiede all'UE di condurre (in posizione neutrale) un dialogo aperto, trasparente e regolare con le chiese, le associazioni religiose e le organizzazioni filosofiche e non confessionali, ne emerge un quadro multiforme, basato – innanzitutto – su una laicità che non esclude la dimensione religiosa, ma che, anzi, la valorizza in senso pluralistico. Questa matrice pluralista, inoltre, deve svolgersi in condizioni di parità tra le diverse confessioni religiose: una tale parità è ribadita non solo dalle citate norme della Carta, ma anche – grazie all'art. 19 TFUE (già art. 13 TCE) che ha confermato il potere delle istituzioni comunitarie di intraprendere azioni volte a combattere le discriminazioni – da una serie di direttive, fra cui la ben nota direttiva 2000/78 che, in quanto diretta a colpire le discriminazioni sui luoghi di lavoro, si collocherà al centro di molti dei casi affrontati dalla Corte di Giustizia.

Si impone a questo punto una osservazione di carattere generale: come noto, l'Unione Europea non ha una competenza diretta in materia religiosa, ma come spesso accade nel contesto sovranazionale, fonda la sua possibilità di intervento all'interno di aree di competenza comunitaria in cui, però, può nel contempo svolgersi il fenomeno religioso[3]. L'esempio classico di questa possibile competenza trasversale è proprio la citata direttiva 2000/78, che colpisce le discriminazioni in ambito lavorativo (classica attribuzione comunitaria) e, fra quest'ultime, anche quelle di natura religiosa.

Il principio pluralista e il principio di non discriminazione sembrano, così, costituire i due argini dell'esercizio della libertà religiosa all'interno dell'Unione Europea; argini che – è importante ricordarlo – costituiscono, pertanto, anche i parametri per giudicare della legittimità dell'azione dell'UE e degli Stati

[3] Più ampiamente si veda, in via esemplare, M. VENTURA, *La laicità dell'Unione Europea. Diritti, mercato, religione*, Torino, 121-133.

membri nell'implementazione del diritto di questa, da verificare rigorosamente all'interno delle materie di competenza comunitaria.

2. *La saga sul velo islamico*

2.1. *Le ragioni di una scelta*

Se, dunque, come anticipato più sopra, i casi in materia di libertà religiosa presentati dinanzi alla Corte di giustizia erano stati in passato del tutto sporadici, è nel 2017 che si può collocare un vero e proprio punto di svolta, quando la Corte – a partire dalla ben nota vicenda *Achbita*[4] – incomincia a trovarsi sempre più frequentemente investita di delicate questioni che vanno dritto al cuore dell'essenza del pluralismo religioso nei suoi rapporti col divieto di discriminazione per ragioni di religione.

Sebbene in questa, ormai abbastanza nutrita, giurisprudenza si annoverino anche le decisioni di capitale importanza che riconoscono effetto diretto nei rapporti orizzontali al divieto di discriminazioni religiose di cui all'art. 21 della Carta – si pensi alla sent. *Egenberger*[5] e alla di poco successiva sent. *Cresco*[6] – abbiamo scelto in questa sede di soffermarci, in particolar modo, sul filone di casi, inaugurato dalla già citata sent. *Achbita*, relativo alle problematiche sollevate dai simboli religiosi indossati da soggetti privati sul luogo di lavoro – con esclusivo riferimento al velo islamico – che costituiscono il motivo comune di tutte le questioni poste alla Corte di giustizia.

Questa scelta non è casuale.

Da un lato, sono tutti casi di discriminazione – o presunta tale – legati non all'appartenenza, in sé, a una specifica confessione religiosa, ma al libero esercizio di *manifestare in pubblico* – o di praticare in pubblico – una certa religione. Tutte le donne ricorrenti nelle cause principali, infatti, erano state licenziate non in quanto musulmane, ma perché non disponibili a rinunciare al velo – tipica, anche se non del tutto generalizzata, manifestazione dell'appartenenza alla religione islamica – come richiesto dalle politiche di neutralità religiosa sul luogo di lavoro. Questa circostanza rende assolutamente evidente non solo il ruolo che svolge lo specifico diritto della libertà di religione, a sua volta espressamente garantito dalla Carta nell'art. 10, nell'integrare le fattispecie di discriminazione religiosa possibili, ma anche la peculiarità della religione come

[4] Corte di giustizia, 14 marzo 2017, causa C-157/15, *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*.

[5] Corte di giustizia, 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*

[6] Corte di giustizia, 22 gennaio 2019, causa C-193/17, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*.

fattore di discriminazione rispetto ad altre ipotesi – si pensi al sesso, alla razza, alla disabilità, alla nazionalità – dove una simile distinzione tra appartenenza e manifestazione non ha nemmeno ragione di porsi.

In secondo luogo, sono ipotesi di potenziali discriminazioni particolarmente complesse, in quanto in grado di coinvolgere molteplici fattori – visto che la discriminazione religiosa facilmente sfuma in quella razziale e anche in quella di genere, essendo gli obblighi di *dress code* religioso destinati quasi esclusivamente alle donne – così da dar luogo a discriminazioni multiple, le c.d. *intersectional discriminations*, che pongono ulteriori e delicati problemi, anche in termini di adeguatezza del principio di non discriminazione di realizzare quegli obiettivi di promozione sociale, miglioramento del tenore di vita e solidarietà che tutte le direttive in materia primariamente si pongono[7].

Infine, si tratta di casi che meglio di altri chiamano in gioco proprio il principio di laicità – o neutralità religiosa, senza voler qui voler insistere troppo sull'adeguatezza o specificità dei termini usati – nel suo rapporto con il pluralismo: un rapporto che – come tali sentenze contribuiranno in parte a mettere in luce – si snoda lungo percorsi problematici, tanto più quando coinvolgono il livello sovranazionale europeo.

2.2. *I tratti essenziali delle sentenze sul velo. La prima fase: le sentenze Achbita e Bougnaoui*

Quella che potremmo chiamare la «saga del velo islamico», dunque, si apre nel 2017, con due decisioni adottate dalla Corte di giustizia lo stesso giorno, il 14 marzo: la già citata sent. *Achbita* e la sent. *Bougnaoui*[8]. Prosegue poi nel 2021 con la sent. *Wabe* e *MJ*[9] e nel 2022 con la sent. *LF*[10]; e vede – almeno per ora – il suo ultimo episodio nella sent. *OP* del 2023[11].

Si tratta di fattispecie – oltre che simili, come già accennato – anche molto note e che, pertanto, saranno qui riassunte soltanto nei loro elementi essenziali. Vale però la pena di sottolineare sin da ora che in esse si mette alla prova – e nelle sentenze *Achbita* e *Bougnaoui* per la prima volta – la tenuta della direttiva 2000/78 in ambito di discriminazione religiosa e che, con l'unica eccezione

[7] Cfr. il Preambolo già della prima direttiva, la 1976/207, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l ' accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, oltre che i Preamboli delle più recenti direttive 2000/78 e 2000/43.

[8] Corte di giustizia, 14 marzo 2017, causa C-188/15, *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) c. Micropole SA.*

[9] Corte di giustizia, 15 luglio 2021, cause riunite C-804/18 e C-341/19, *IX c. WABE eV* e *MH Müller Handels GmbH c. MJ*.

[10] Corte di giustizia, 13 ottobre 2022, causa C-344/20*, L.F. c. S.C.R.L.*

[11] Corte di giustizia, 28 novembre 2023, causa C-148/22, *OP c. Commune d'Ans*.

rappresentata dalla sent. *OP* che riguarda il diverso settore dell'impiego pubblico – nello specifico, presso un'amministrazione comunale –, le altre riguardano ipotesi di divieto di indossare abbigliamento religiosamente connotato in ambienti di lavoro privato, su cui sussistono notevoli diversificazioni anche all'interno dei singoli Stati e su cui esiste un solo precedente della Corte di Strasburgo, il noto caso *Eweida*[12], che peraltro si caratterizza per differenze non trascurabili rispetto a quelli sottoposti alla Corte di giustizia.

Le prime due decisioni – *Achbita*, relativa al licenziamento di una receptionist di un'impresa belga a seguito della sua inottemperanza a regole di politica aziendale che vietavano ai dipendenti di indossare sul luogo di lavoro segni visibili delle loro convinzioni politiche, filosofiche e religiose; *Bougnaoui*, relativa al licenziamento di un'ingegnera progettista in Francia a seguito del suo rifiuto di togliere il velo quando a contatto col pubblico su richiesta del suo datore di lavoro, dopo le lamentele sollevate da alcuni clienti – rivelano molti tratti comuni, pur in presenza delle diverse questioni pregiudiziali proposte.

In estrema sintesi, in esse la Corte, rilevando la sostanziale identità tra l'art. 10, par. 1 della Carta e l'art. 9 della CEDU, attinge – in virtù della clausola di omogeneità ex art. 52, par. 3 della Carta – alla giurisprudenza di Strasburgo per l'identificazione della nozione di «religione», ritenuta quindi passibile di ricomprendere tanto il *forum internum* quanto quello *externum*; ed esclude che l'eventuale limitazione della libertà religiosa cui le due dipendenti erano state assoggettate possa costituire un'ipotesi di discriminazione diretta, affidando al giudice remittente il compito di verificare se essa concreti, invece, una discriminazione indiretta, tenendo conto della finalità perseguita e dell'appropriatezza e necessità dei mezzi utilizzati. Più nello specifico, poi, nella sent. *Achbita* il giudice di Lussemburgo afferma che «la volontà di un datore di lavoro di dare ai clienti un'immagine di neutralità rientra nella libertà d'impresa, riconosciuta dall'articolo 16 della Carta, ed ha, in linea di principio, carattere legittimo, in particolare qualora il datore di lavoro coinvolga nel perseguimento di tale obiettivo soltanto i dipendenti che si suppone entrino in contatto con i clienti del medesimo»[13]; e pertanto suggerisce di valutare se, al posto del licenziamento, non possa essere adeguato uno spostamento della ricorrente a mansioni prive di contatti col pubblico. Nella sent. *Bougnaoui*, invece, la Corte chiarisce – poiché questo era l'oggetto della questione pregiudiziale sollevata – che «la volontà di un datore di lavoro di tener conto del desiderio di un cliente che i servizi di tale datore di lavoro non siano più assicurati da una dipendente

[12] Corte EDU, 15 gennaio 2013, ric. nn. 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10, *Eweida e altri c. Regno Unito*.

[13] Sent. *Achbita*, cit., par. 38.

che indossa un velo islamico non può essere considerata come un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa»[14] tale da escludere il ricorrere di una discriminazione ai sensi dell'art. 4 della direttiva 2000/78.

Entrambe le decisioni, *Achbita* e *Bougnaoui*, sono state, come è noto, sommerse da valanghe di critiche: in particolare per aver frettolosamente escluso l'ipotesi di una discriminazione diretta e aver altrettanto frettolosamente disposto in favore di una possibile discriminazione indiretta – che comporta una tutela decisamente inferiore, essendo sufficienti una finalità legittima e mezzi adeguati per escludere che siffatta discriminazione ricorra – e, nella sent. *Achbita*, per aver ammesso pacificamente la legittimità di politiche aziendali di neutralità religiosa – purché perseguite in modo coerente e sistematico – in quanto espressione della libertà di impresa, garantita dall'art. 16 della Carta. Sotto il primo profilo si è osservato che, poiché le misure che impongono l'assenza di simboli religiosi sono indirizzate pur sempre alla categoria protetta della «religione», la comparazione più corretta sarebbe tra religiosi e non religiosi, invece che tra fedeli di diverse religioni sui quali la stessa politica potrebbe produrre un impatto diverso[15]. Sotto il secondo, si è rilevato che la Corte di giustizia, invece che bilanciare la libertà religiosa e quella di impresa, ha decretato, in sostanza, la netta prevalenza di quest'ultima – ritenendo, a certe condizioni, le misure restrittive legittimate semplicemente perché esercizio della libertà di impresa – senza fornire giustificazioni della prevalenza di un valore sull'altro e quindi senza svolgere appieno il dovuto test di proporzionalità dei limiti alla libertà religiosa, come viceversa aveva fatto la Corte EDU nella già citata sent. *Eweida*[16], pur a fronte di alcune differenze nella fattispecie concreta che ne stava alla base.

Può essere interessante, anche ai fini della successiva giurisprudenza, rilevare come un punto dirimente per la decisione dei due casi sia stata la presenza o l'assenza di statuti aziendali che disciplinassero la politica di neutralità. Secondo questa prima giurisprudenza, infatti, l'impresa può legittimamente disporre di regolamenti interni che impongano un abbigliamento neutrale, e con essi adottare politiche ispirate ad una rigorosa neutralità, in forza dell'art. 16 della Carta sulla libertà: l'unica condizione richiesta è che essi siano applicati in maniera generalizzata e imparziale (appropriatezza della misura) e coinvolgano solo lavori di contatto con il pubblico (strettamente necessari); in tal modo

[14] Sent. *Bougnaoui*, cit., par. 41.

[15] Cfr. ad es. J.H. Weiler, *Je Suis Achbita!*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2017, 894-896; E. Howard, *Islamic headscarves and the CJEU: Achbita and Bougnaoui*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, 351-354.

[16] Cfr. ancora J.H. Weiler, *op. cit*., 885-892.

anche la possibile discriminazione indiretta che si viene a istituire troverebbe comunque una giustificazione. In un certo senso, il bilanciamento fra art. 10 e art. 16 della Carta viene così occultato dalla libertà dell'impresa di seguire la politica che ritiene più adeguata alla sua attività aziendale, opportunamente dichiarata all'interno dei relativi statuti. Inutile aggiungere che anche sulla legittimità di questi statuti rispetto a eventuali profili discriminatori è stato prospettato qualche interrogativo: non si vuole in questa sede approfondire questo tema, basti ricordare però che l'intervento della Corte di giustizia richiede per giudicare di una politica di neutralità l'esistenza di uno statuto interno all'azienda che formalizzi tale politica. Il «posto di primissimo piano» che viene riservato – quasi scontatamente – alla libertà di impresa, infatti, è stato «di volta in volta, variamente declinato sulla base delle caratteristiche specifiche delle misure concretamente adottate dall'imprenditore», così come espresse di corrispettivi statuti aziendali.[17]

2.3. *La seconda fase: Wabe e LF*

Alla luce di queste critiche, è dunque evidente che la risoluzione dei successivi casi in materia fosse molto attesa e circondata da grandi aspettative, nella speranza che la Corte sarebbe riuscita definitivamente a sciogliere i nodi che *Achbita* e *Bougnaoui* avevano lasciato irrisolti.

Conviene anticipare da subito che molti degli auspici riposti sono andati delusi, sia pur a fronte di un più attento – e generalmente ritenuto migliore – tenore argomentativo delle successive sentenze: molte delle questioni restano aperte e ad esse se ne sono aggiunte di nuove.

Più nel dettaglio, la successiva sent. *Wabe* e *MJ* riunisce due fattispecie abbastanza diverse pur a fronte dello stesso problema di fondo: il rifiuto di rinunciare al velo islamico sul posto di lavoro. Il caso *Wabe*, infatti, riguarda un'educatrice specializzata presso un asilo nido privato, nel quale vigono regole di neutralità politica, ideologica e religiosa, e quindi di divieto di indossare simboli che manifestino convinzioni personali al riguardo, ma solo nell'esercizio delle funzioni pedagogiche. *MJ*, invece, riguarda l'ipotesi di una cassiera e consulente di vendite in un negozio di alimentari in cui è stata approvata una direttiva interna che vieta l'uso «di segni vistosi e di grandi dimensioni di natura religiosa, politica o filosofica». Come si vede, assai diverse sono le funzioni lavorative che le due dipendenti devono assolvere: l'una è preposta alla delicata funzione educativa nella fase della prima infanzia, l'altra alla vendita di prodotti in una catena alimentare. Inoltre, nel primo caso il divieto di simboli

[17] A. Licastro, *Principio europeo di non discriminazione religiosa e approcci nazionali alla "neutralità" del pubblico dipendente*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, 2023, 28 ss.

è generale quanto al tipo di segni, ma rivolto unicamente a educatrici o educatori; nel secondo, viceversa, si rivolge ai soli segni «vistosi», ma è applicabile a tutti i dipendenti a prescindere dalle mansioni che svolgono.

In estrema sintesi, partendo dal presupposto secondo cui «i termini "religione" e "convinzioni personali" vanno trattati come due facce dello stesso e unico motivo di discriminazione»[18], la Corte conferma il carattere indiretto della potenziale discriminazione nel caso *Wabe* – poiché «ogni persona può avere una religione o convinzioni personali»[19] – ma è incline a considerare le regole vigenti nel caso *MJ* come direttamente discriminatorie – e quindi illegittime –, in quanto volte a vietare solo i simboli maggiormente evidenti, che sono propri di religioni specifiche, ponendo i relativi fedeli in una posizione di espresso svantaggio. È interessante rilevare che, al riguardo, la Corte si distacca sia dalle Conclusioni dell'A.G. Rantos – che ritiene «che una politica di neutralità politica, ideologica o religiosa da parte di un datore di lavoro, nei rapporti con la clientela, non sia incompatibile con l'uso, da parte dei suoi dipendenti, di segni, visibili o meno, ma di piccole dimensioni, in altre parole discreti, di convinzioni politiche, ideologiche o religiose sul luogo di lavoro, che non si notino a prima vista»[20] e che, dunque, considera giustificato anche il solo divieto di simboli particolarmente evidenti – sia da quelle dell'A.G. Sharpston, prima assegnataria del caso, ma cessata anzitempo dalle funzioni causa Brexit, e che sono comunque disponibili online come *Shadow Opinion*[21]. L'(ex) A.G. Sharpston, infatti, ritiene che anche un divieto generalizzato di simboli costituisca un'ipotesi di discriminazione diretta, dato che l'imposizione di un simile divieto inevitabilmente pone un lavoratore in una posizione meno favorevole degli altri a causa della sua religione[22], e che sia, pertanto, illegittima ai sensi

[18] Sent. *Wabe*, cit., par. 47.

[19] Sent. *Wabe*, cit., par. 52.

[20] Conclusioni A.G. Rantos, 25 febbraio 2021, cause riunite C-804/18 e C-341/19, *IX c. WABE eV e MH Müller Handels GmbH c. MJ*, par. 74.

[21] La *Shadow Opinion* è reperibile al sito https://eulawanalysis.blogspot.com/2021/03/shadow-opinion-of-former-advocate.html

[22] *Shadow Opinion*, cit., par. 263. Eleanor Sharpston, in particolare, al par. 183, fa leva sulla sentenza della Corte di giustizia 16 luglio 2015, causa C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD contro Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, in cui veniva qualificata discriminazione diretta per ragioni razziali la pratica adottata in un quartiere di una città bulgara abitata quasi esclusivamente da rom di installare i contatori dell'elettricità a un'altezza di circa 6 metri invece che all'abituale altezza di 1 metro e 70, per evitare allacciamenti illegali. Nello specifico la Corte rileva che elementi utili per far ritenere sussistente una discriminazione diretta sono ad esempio il fatto che tale pratica sia adottata anche in altri quartieri, tutti a predominanza rom e, soprattutto, il fatto che «la prassi controversa si fondi su stereotipi o pregiudizi di ordine etnico» (par. 82).

della direttiva, a meno che non ricada nelle deroghe alla parità di trattamento specificamente previste.

D'altra parte, la Corte riconosce più apertamente l'interdipendenza tra art. 10 e art. 21 della Carta – quasi riecheggiando l'affermazione di Sharpston secondo cui «*the former could be said to generate the latter. The latter exists to give meaningful effect to the former*»[23] – e, dunque, che l'art. 10 «costituisce parte integrante del contesto rilevante ai fini dell'interpretazione della direttiva 2000/78»[24]: questo parrebbe aprire le porte a un bilanciamento tra libertà religiosa e libertà di impresa, tenendo conto anche, nel caso *Wabe*, del diritto dei genitori di provvedere all'educazione e all'istruzione dei loro figli secondo le loro convinzioni religiose, filosofiche e pedagogiche riconosciuto all'articolo 14 della Carta[25]. Tuttavia, poi, a prevalere è in sostanza ancora la libera determinazione del datore di lavoro, così come espressa dai regolamenti interni, sebbene la Corte si premuri di specificare che le nozioni di finalità legittima e di carattere appropriato e necessario dei mezzi impiegati per il suo conseguimento «devono essere interpretate restrittivamente»[26] e che «la semplice volontà di un datore di lavoro di condurre una politica di neutralità […] non è di per sé sufficiente a giustificare in modo oggettivo una differenza di trattamento indirettamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, dato che il carattere oggettivo di una siffatta giustificazione può ravvisarsi solo a fronte di un'esigenza reale di tale datore di lavoro»[27], il quale deve dimostrare le conseguenze sfavorevoli cui sarebbe sottoposto in assenza di una rigorosa *neutrality policy*.

È interessante rilevare che, nel caso *Wabe*, la Corte è anche investita per la prima volta espressamente del problema riguardante la possibile natura intersettoriale della discriminazione eventualmente prodotta, dato che tali regole di neutralità finiscono per colpire soprattutto le donne e quindi sono potenzialmente idonee a configurare anche una discriminazione dissimulata fondata sul genere: un problema che, poi, diverrà una costante – esplicita o implicita – anche delle successive puntate della saga del velo, senza peraltro dar luogo ad evoluzioni di sorta. La Corte, nella sent. *Wabe*, in qualche modo concede che siano le donne le principali destinatarie di codici di abbigliamento religiosamente orientati[28]; e tuttavia evita di rispondere, limitandosi ad osservare che il divieto di discriminazione per sesso costituisce l'obiettivo non già della di-

[23] *Shadow Opinion*, cit., par. 69.
[24] Sent. *Wabe*, cit., par. 48.
[25] Sent. *Wabe*, cit., par. 65.
[26] Sent. *Wabe*, cit., par. 61.
[27] Sent. *Wabe*, cit., par. 64.
[28] Sent. *Wabe*, cit., par. 57.

rettiva 2000/78, bensì della diversa direttiva 2006/54, che non è neppure stata menzionata nel rinvio pregiudiziale che le è pervenuto[29]. Ovviamente questo aspetto della decisione è stato da più parti assai criticato: in particolare – si è detto – la Corte qui «*appears to miss the wood for the trees*» perché, nonostante l'impegno della legislazione dell'Unione europea nel combattere tanto le diseguaglianze religiose quanto quelle di genere, essa si rifiuta di interpretare la direttiva relativa alle prime alla luce della direttiva che riguarda le seconde[30].

Ad esiti abbastanza simili, in via generale, giunge anche la successiva sent. *LF* (decisa da una Grande Camera inseguito ad un rinvio della Corte di Cassazione belga), relativa al caso di un'aspirante tirocinante presso una società che gestisce l'*housing* popolare in Belgio: pur ottenendo un giudizio positivo al colloquio, la candidata non viene ammessa al tirocinio a causa del suo rifiuto di togliere il velo in ottemperanza alla policy di neutralità manifestata all'interno del corrispettivo statuto aziendale, che richiedeva espressamente ai dipendenti di "non dover manifestare in alcun modo, né verbalmente né con particolare abbigliamento o in altro modo, le proprie convinzioni religiose, filosofiche, politiche o di qualsiasi altro tipo"[31]. Forse, questa decisione si segnala per una più espressa apertura – a prescindere dalla conferma che la religione e le convinzioni personali costituiscono un unico motivo di discriminazione – verso la possibilità di una comparazione anche tra individui appartenenti allo stesso

[29] Sent. *Wabe*, cit., par. 58.

[30] E. Frantziou, *Joined cases C-804/18 and C-341/19, IX v WABE eV and MH Muller Handels GmbH v MJ: religious neutrality in a private workplace? Employer friendly and far from neutral*, in *European Law Review*, 2021, 682.

[31] Può essere interessante sottolineare al riguardo che nella vicenda – piuttosto articolata – si può ravvisare anche un tentativo di conciliazione della ragazza (quasi una sorta di richiesta di *reasonable accommodation*) che si offre anche di sostituire il velo con un diverso tipo di copricapo. La società, però, oppone un divieto assoluto di qualsivoglia copricapo.

Inoltre, qui il problema della discriminazione multipla, contemporaneamente per genere e per religione, è soltanto adombrato: il giudice remittente, proponendo diverse forme di comparazione per accertare l'eventuale discriminazione, aveva chiesto se potesse ravvisarsi una forma di discriminazione diretta quando «la lavoratrice che intende esercitare la propria libertà di religione indossando in modo visibile un segno (che reca un significato ulteriore), nella fattispecie un velo, sia trattata meno favorevolmente rispetto a un altro lavoratore che appartiene alla stessa convinzione che scelga di manifestarlo portando la barba (ipotesi non specificamente vietata dalla regola interna, a differenza di una manifestazione mediante l'abbigliamento)». Nonostante queste affermazioni, nulla di esplicito era poi stato chiesto dal giudice e nulla in proposito era stato detto dalla Corte di giustizia al riguardo, contrariamente a quanto fatto dall'A.G. Medina nelle relative Conclusioni, adottate il 28 aprile 2022. Questo atteggiamento era già stato molto criticato in dottrina. Cfr. ad es., a proposito della sent. LF, N. Dube, *LF v SCRL and the Court of Justice of the European Union's intersectionality problem*, in *European Law Review*, 2024, 200 e ss.; E. Howard, *LF v SCRL and the CJEU's Failure to Engage with the Reality of Muslim Women in the Labour Market*, in *Industrial Law Journal*, 2023, 997 e ss.

macro-gruppo al fine di verificare la sussistenza di un trattamento discriminatorio. Pur ribadendo che debba escludersi nella fattispecie l'esistenza di una discriminazione diretta, la Corte, infatti, afferma – sulla scorta di quanto aveva già fatto nella sent. *VL*[32] in materia di disabilità – che «l'esistenza di un criterio unico, che comprenda la religione e le convinzioni personali, non osta ai raffronti tra i dipendenti animati da convinzioni religiose e quelli animati da altre convinzioni personali, né a quelli tra i dipendenti animati di convinzioni religiose diverse»[33]. Per il resto, al contrario, non sembrano rilevabili novità di particolare rilievo.

2.4. *Le novità dell'ultima fase: la sentenza OP*

L'ultima tappa – per ora – di questo filone tutto sommato omogeneo è rappresentata, come già detto, dalla sent. *OP*, che, però, deve tener conto di una specificità di non poco rilievo quanto alla fattispecie concreta, che si ripercuote sui parametri che la Corte può usare. Qui, infatti, cambia radicalmente il contesto da cui la controversia prende le mosse: non più un'impresa privata, bensì un'amministrazione pubblica. Quello che viene contestato è, infatti, il rifiuto, da parte di una dipendente, di togliere il velo in presenza di una *policy* comunale di neutralità detta «esclusiva»[34], comportante un divieto assoluto di indossare simboli religiosi, filosofici, politici o ideologici rivolto a tutti i dipendenti, anche a quelli che, per le loro mansioni, sono privi di contatto col pubblico[35].

[32] Corte di giustizia, 26 gennaio 2021, causa C-16/19, *VL c. Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie*, parr. 29, 30 e 35. In essa la Corte aveva pacificamente ammesso che il divieto di discriminazione in base alla disabilità non possa essere limitato alle sole differenze di trattamento esistenti tra persone disabili e persone abili, ma debba concentrarsi, anche, sull'esistenza di differenze di trattamento tra persone parimenti disabili.

[33] Sent. *LF*, cit. par. 59.

[34] Tale tipo di neutralità si distingue da quella detta, invece, «inclusiva» per importanti caratteristiche. Come bene esprime l'A.G. Collins nelle sue Conclusioni nell'omonima causa adottate il 4 maggio 2023, mentre la neutralità «esclusiva» «si basa sul presupposto che tanto gli atti compiuti dal dipendente pubblico quanto l'aspetto di quest'ultimo debbano essere rigorosamente neutri», quella detta «inclusiva» «si basa sull'idea che l'aspetto del dipendente pubblico debba essere dissociato dal modo in cui fornisce il servizio pubblico. Secondo tale concezione, ciò che importa è la neutralità degli atti compiuti dal dipendente, e non il suo aspetto, cosicché non gli si può vietare di indossare segni di convinzioni segnatamente filosofiche o religiose» (par. 66).

[35] Invero, un altro punto controverso del caso riguarda il momento in cui tale politica di neutralità è stata adottata. Se, infatti, sembra che inizialmente un simile *dress code* vigesse solo in via di prassi, è stato solo dopo che la ricorrente nella causa principale ha manifestato la sua volontà di iniziare a indossare il velo che un regolamento specifico al riguardo è stato adottato. Come si è già anticipato, sebbene questo argomento sia rilevante ai fini del giudizio della Corte, si è deciso di non approfondirlo in questa sede.

Si noti inoltre che tale regola è vincolante non solo nei contatti con il pubblico, ma anche nei rapporti con i superiori e i colleghi. Sparisce quindi la rilevanza dell'art. 16 della Carta a giustificazione della politica scelta.

Eppure, i termini della questione restano in sostanza esattamente gli stessi: la Corte, infatti, dopo aver confermato il carattere tendenzialmente indiretto della discriminazione in oggetto e l'irricevibilità della questione relativa alla potenziale discriminazione di genere per le stesse ragioni già esplicitate nel caso *Wabe*, conferma anche la presumibile legittimità del fine della politica di neutralità[36]. Solo che, ovviamente, non lo fa appoggiandosi alla libertà d'impresa, qui, per definizione, priva di qualsivoglia rilievo, bensì al «principio di neutralità del servizio pubblico, il quale troverebbe il suo fondamento giuridico negli articoli 10 e 11 della Costituzione belga, nel principio di imparzialità e nel principio di neutralità dello Stato»[37].

Ed è qui che si apre la parte più interessante – e più controversa, come si cercherà di mettere in luce – della decisione in oggetto. La Corte, infatti, giustifica questa affermazione non considerando la neutralità del servizio pubblico come un elemento dell'«identità costituzionale» (o «identità nazionale») dello Stato belga che, ai sensi dell'art. 4, par. 2 TUE, avrebbe potuto giustificare il ritrarsi del sindacato della Corte di giustizia in materia[38], bensì con l'ampio «margine di discrezionalità» che va garantito agli Stati – anche nella persona degli enti infrastatali – nella concezione di una siffatta neutralità: un concetto, questo, che evidentemente riecheggia il ben noto linguaggio del «margine di apprezzamento» di matrice convenzionale, cui la Corte EDU attinge a piene mani quando in questione sono temi sensibili, su cui non esiste consenso diffuso tra gli Stati parte della Convenzione europea.[39]

[36] Su questi punti, cfr. ad es. N. Dube, *OP v. Commune d'Ans: When equality, intersectionality and state neutrality collide*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2024, 1 ss.; E. Howard, *OP v Commune d'Ans: Another Step in the Wrong Direction for Headscarf-Wearing Women*, in *Industrial Law Journal*, 2024, 1 ss.

[37] Sent. *OP*, cit. par. 32.

[38] Si noti che al concetto di «identità nazionale» fa invece un richiamo l'A.G. Collins nelle sue Conclusioni, cit., par. 45, peraltro per sottolineare che, non solo nell'invocarla gli Stati hanno un potere discrezionale ampio, ma non assoluto, ma che comunque «la concezione dell'identità nazionale invocata da uno Stato membro deve essere conforme, in particolare, ai valori fondamentali dell'Unione».

[39] Non è possibile in questa sede ripercorrere l'amplissima e consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di margine di apprezzamento ex art. 9 Cedu. Ai fini dell'analisi della giurisprudenza comunitaria, può essere forse utile richiamare come l'utilizzo di questo criterio interpretativo corrisponda non solo ad un voluto rispetto della Corte Edu nei confronti di scelte nazionali particolarmente sensibili e centrali per gli ordinamenti interni, ma anche alla riconosciuta difficoltà di una Corte internazionale a entrare nel merito di una materia su cui si può misurare una notevole differenza che la regolamentazione del fattore religioso

Invero, il rinvio al margine di discrezionalità in capo agli Stati era presente anche in alcune delle precedenti pronunce[40], sebbene la lettera della direttiva 2000/78 – che per questo è solitamente ritenuta come finalizzata a una mera armonizzazione minima – stabilisca all'art. 8 che «1. Gli Stati membri possono introdurre o mantenere, per quanto riguarda il principio della parità di trattamento, disposizioni più favorevoli di quelle previste nella presente direttiva. 2. L'attuazione della presente direttiva non può in alcun caso costituire motivo di riduzione del livello di protezione contro la discriminazione già predisposto dagli Stati membri nei settori di applicazione della presente direttiva». Tuttavia, mai esso aveva assunto una siffatta portata: non soltanto perché assegnato anche agli enti substatali – il cui panorama è assai diversificato anche all'interno dello stesso territorio statale, come ben mette in luce l'A.G. nelle sue Conclusioni[41] – ma soprattutto perché la Corte ammette che il suo esercizio possa tradursi tanto in un divieto assoluto e generalizzato di simboli, quanto in un'autorizzazione generale e indiscriminata a portarli, quanto, ancora, in un divieto limitato alle sole mansioni a contatto col pubblico[42].

Una simile ampiezza, però, si traduce in un ulteriore problema giuridico, per la sua incongruenza rispetto ai dettami di una giurisprudenza della Corte comunitaria talmente consolidata da essere storica.

È certamente vero che, formalmente, un tale margine di discrezionalità è garantito agli Stati – e agli enti infrastatali – nel forgiare il tipo di neutralità che essi ritengono congruo per dare attuazione ai propri principi costituzionali e agli specifici rapporti con le chiese e le altre organizzazioni religiose come si sono evoluti nel proprio contesto, tenendo conto, ciascuno, della propria storia e delle proprie singolarità. Ed è ben noto che, in Europa, lo scenario al riguardo è assai variegato, sebbene taluni rilevino che una neutralità «assoluta» come quella che è oggetto del caso in questione sia piuttosto rara a trovarsi, potendo rinvenirsi al massimo in tre Stati europei, mentre si possa registrare un certo consenso sull'opposta pratica di ammettere simboli religiosi sul posto di lavoro, soprattutto se indossati da lavoratori adibiti a mansioni di *back-office*[43].

riveste all'interno delle singole scelte costituzionali domestiche. Per approfondimenti, volendo, si veda S. Ninatti, *Uno, nessuno e centomila: gli standard di tutela della libertà religiosa a livello europeo*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 2024, 133 ss.

[40] Cfr. in particolare, sent. *Wabe*, cit, par. 86 e ss. e sent. *LF*, cit., par. 46 e ss.

[41] Conclusioni *Op*., cit. par. 73.

[42] Sent. *OP*, cit. par. 33.

[43] L. Vickers, *Religious Discrimination, Headscarves and "exclusive neutrality": backsliding by the CJEU*, in *Oxford Human Rights Hub*, 18 December 2023, accessibile al link https://ohrh.law.ox.ac.uk/religious-discrimination-headscarves-and-exclusive-neutrality-backsliding-by-the-cjeu/

Tuttavia, pur riguardando in prima battuta i rapporti tra Stato e chiese e, quindi, in qualche modo la sfera della libertà religiosa, stante lo stretto legame già ravvisato tra art. 10 e art. 21 della Carta tale margine si riverbera, in sostanza, sull'applicazione del principio di non discriminazione: un principio storico per l'Unione europea – anche se in origine la sua portata era limitata a poche categorie – e che la giurisprudenza della Corte di giustizia ha contribuito a rafforzare anche nelle proprie pronunce, rilevandone, tra l'altro, la fondamentale funzione sociale, di mezzo per contribuire all'integrazione dei deboli[44]: pronunce che, infatti, già prima dell'entrata in vigore della Carta, lo hanno qualificato, nella sua variante del divieto di discriminazione per ragioni di età, come un principio generale del diritto europeo, dotato di efficacia diretta, anche nei rapporti tra soggetti privati[45].

Non è certo questa la sede per esaminare un tale problema in dettaglio. Basta fare però un veloce rinvio proprio alle sue decisioni – già citate all'inizio di questo paragrafo – che hanno qualificato l'art. 21, e precisamente in relazione al divieto di discriminazioni religiose che esso contiene, come norma dotata di effetti orizzontali diretti, per coglierne gli aspetti più critici. Come è giustificato, infatti, il riconoscimento di siffatti effetti diretti nelle sentenze *Egenberger* e *Cresco*? Con il rilievo che «il divieto di ogni discriminazione fondata sulla religione o le convinzioni personali riveste carattere imperativo in quanto principio generale del diritto dell'Unione. Sancito all'articolo 21, paragrafo 1, della Carta, tale divieto è di per sé sufficiente a conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale nell'ambito di una controversia che li vede opposti in un settore disciplinato dal diritto dell'Unione»[46]. In altre parole, secondo la Corte, l'art. 21 ha effetto diretto in quanto norma autosufficiente, norma, cioè, che non necessita di integrazioni ad opera del diritto europeo o del diritto statale per garantire un diritto «invocabile in quanto tale». Se questa affermazione della Corte suscita già problemi di coerenza in via generale[47], come si concilia con un così ampio margine di discrezionalità concesso agli Stati in materia di religione che si riverbera inevitabilmente sul concetto stesso di discriminazione vietata? Come si può sostenere che il principio di non discriminazione come

[44] Cfr. esemplarmente Corte di giustizia, 8 aprile 1976, causa 43/75, *Gabrielle Defrenne c. Sabena*.

[45] Cfr. Corte di giustizia, 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold c. Rüdiger Helm*, Corte di giustizia, 19 gennaio 2010, C-555/07, *Seda Kücükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG* e Corte di giustizia, 19 aprile 2016, C-441/14, *Dansk Industri (DI), per conto della Ajos A/S, c. Successione Karsten Eigil Rasmussen.*

[46] Sent. *Egenberger*, cit., par. 76 (corsivo delle AA.).

[47] Cfr., volendo, per una più ampia analisi di questa questione M.E. Gennusa, *Dietro l'effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta*, in *Diritti Comparati*, 2023, 152 ss.

garantito dall'art. 21 della Carta è imperativo, autosufficiente ed autoapplicativo, se il concetto stesso di discriminazione poi varia talmente da Stato a Stato che ciò che in uno concreta una discriminazione in un altro costituisce un trattamento legittimo?

Come si vede, da questa carrellata delle decisioni della Corte di giustizia sul velo emerge abbastanza chiaramente, da un lato, che le principali critiche mosse dalla dottrina non hanno ancora trovato una risposta adeguata: la classificazione del tipo di discriminazione continua a non essere supportata da sufficienti ragioni, quello dell'eventuale discriminazione di genere continua ad essere un problema negletto, l'adeguatezza del diritto antidiscriminatorio dell'Unione europea a perseguire gli obiettivi che il divieto di discriminazione si pone continua a non essere certa e l'aspetto della legittimità delle *neutrality policies* continua ad essere assunto come un dato di fatto, sia pur a condizioni specifiche. Dall'altro, emerge anche che – soprattutto alla luce della più recente sent. *OP* – un utilizzo di un così ampio margine di discrezionalità può rappresentare certamente un problema. Tuttavia, dietro questi vecchi dilemmi, è un'altra la nuova questione che viene prepotentemente alla luce: qual è l'immagine di neutralità religiosa dell'Unione europea (o della sua Corte) che sembra affiorare da queste sentenze?

3. *Vecchi dilemmi e nuove questioni: qualche osservazione sulla neutralità religiosa nell'Unione europea*

Come ben ci ricorda l'autore cui è dedicato questo volume nei suoi numerosi scritti in materia, non è possibile declinare un concetto di laicità unitario, ma esso si riverbera in molteplici modelli che coprono il variegato spazio pubblico europeo[48].

Si è ricordato nel primo paragrafo che il quadro normativo tratteggiato dai Trattati e dalla Carta sembra delineare, per l'Unione europea, un tipo di laicità – o di neutralità religiosa – aperta al pluralismo, all'interno della quale anche il principio di non discriminazione svolge un ruolo portante. Le sentenze della Corte di giustizia esaminate qui sopra avvalorano questa impressione?

Bisogna innanzi tutto premettere che quando si ragiona di neutralità religiosa *dell'*Unione europea, si deve tener conto che la natura complessa di tale sistema si riverbera anche su questo profilo, poiché la neutralità cui essa è tenuta deve possedere al contempo ben due dimensioni – si potrebbe dire, una

[48] Per una prima lettura, S. Prisco, *La laicità e i suoi contesti storici. Modelli socio-culturali e realtà istituzionali a confronto*, in *Diritto e religioni,* 2006, 301 ss., S. Prisco, *Laicità, voce*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, 335 ss. Più ampiamente si rinvia a S. Prisco, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2009.

di stampo «orizzontale» e l'altra di stampo «verticale» – che emergono chiaramente dal già citato art. 17, par. 1 TFUE, in combinato disposto col principio di non discriminazione che per l'UE costituisce un asse portante.

Da un lato, il principio di non discriminazione implica, infatti, che l'Unione europea si atteggi in modo imparziale nei confronti di tutte le religioni che danno vita al suo substrato sociale e, quindi, nei confronti di tutti gli individui che popolano siffatto sistema, a prescindere dalla fede cui essi aderiscono: la neutralità, in questo senso, sembrerebbe equivalere a una sorta di «non preferenza» verso specifiche fedi. Dall'altro, però, il fatto che l'art. 17, par. 1 TFUE richieda che «L'Unione rispett[i] e non pregiudic[hi] lo status di cui le chiese e le associazioni o comunità religiose godono negli Stati membri in virtù del diritto nazionale» esige anche che l'Unione europea resti imparziale nei confronti delle – differenti – tradizioni nazionali relative ai rapporti tra lo Stato e le chiese e dei conseguenti arrangiamenti costituzionali al riguardo, che sono anch'essi, di regola, assai variegati: anche in questo caso neutralità può significare «non preferenza». Però – e questo si rivela essere un aspetto cruciale – non si tratta di «non preferenza» – nella sua dimensione orizzontale – nei confronti delle singole fedi, bensì – nella sua dimensione verticale – nei confronti delle diverse scelte statali relative ai rapporti con le singole fedi.

Emerge allora già subito la problematicità del concetto stesso di neutralità dell'Unione europea, frutto com'è dell'interferenza e sovrapposizione parziale di due dimensioni che non sempre sono coerenti tra loro: ad esempio, come agisce e quale contenuto assume il divieto di discriminazione europeo quando si rapporta a un sistema statale in cui le relazioni tra lo Stato e le singole chiese si atteggiano in modo diverso e tale status diverso deve essere rispettato dall'Unione medesima? Non a caso si è parlato anche di «*neutrality by ricochet*» per definire questa speciale neutralità dell'Unione europea perché, attraverso la metafora del diverso grado di incidenza – e quindi della diversa direzione – che il rimbalzo di un proiettile può assumere a seconda del suo impatto con la superficie con cui viene a contatto, ben si rende l'idea dei molteplici contenuti che essa assume alla luce dei diversi effetti e dei diversi riflessi cui può dar luogo l'interazione delle due dimensioni[49].

In effetti, proprio dalla dimensione verticale della neutralità potrebbe trarre origine l'ampio ricorso sopra sottolineato al margine di apprezzamento statale nella scelta di come maneggiare la libertà religiosa, con conseguente affievolimento del controllo giurisdizionale europeo nei casi qui analizzati: il massiccio *judicial restraint* che ne è derivato, cioè, potrebbe essere letto come

[49] M. Hunter-Henin, *Religious Neutrality at Europe's Highest Courts: Shifting Strategies*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2022, 23 ss.

un atto di deferenza rispetto alle soluzioni raggiunte a livello statale. Ma questa dimensione verticale, in virtù della teoria del rimbalzo – *ricochet* – non può che interagire con quella orizzontale della neutralità, riproducendo a livello di Unione quelle che sono le caratteristiche tipiche degli ordinamenti da cui il rinvio pregiudiziale è partito. Di qui una neutralità europea che si traduce in quella che è stata anche chiamata *religious-blind neutrality* che cerca di assicurare, cioè, che gli individui non siano sottoposti a un trattamento diverso a seconda del loro credo attraverso la scomparsa stessa delle categorie religiose[50], con la conseguenza di imporre un divieto assoluto di visibilità della religione, ritenendolo una componente essenziale della neutralità medesima: in pratica, uno spazio può essere religiosamente neutrale solo se la religione sparisce al suo interno. Ma di qui, anche, una neutralità che in qualche modo slitta dalla componente pubblica a quella privata: non solo il potere pubblico, ma anche gli individui devono mostrarsi neutrali, non esibendo simboli che potrebbero dire della loro «non neutralità» religiosa.

E tuttavia, in questa ricostruzione qualcosa non convince del tutto. Questa configurazione della neutralità religiosa a livello di UE è davvero solo il risultato di un atteggiamento di deferenza nei confronti delle scelte statali?

Come è stato osservato, sembra invece, in particolare con riguardo ai casi relativi al settore privato, che «*by constraining judicial review to a minimum and conferring a presumption of legitimacy on company policies, the Court […] is* […] *taking a stance*»[51]: la posizione di un ordinamento tradizionalmente incardinato sulla garanzia delle libertà di stampo economico e che solo in tempi recenti si evoluto verso una dimensione che contempla più seriamente anche altri diritti. E sembra altresì che, nell'unico caso nato nel pubblico impiego, analogamente la Corte assuma una posizione precisa, facendosi portavoce di un'istanza che – pur formalmente ammettendo soluzioni diverse, dato l'ampio margine di discrezionalità in capo agli Stati – recepisce come ammissibile anche a livello europeo una scelta nazionale che fa coincidere la neutralità come divieto di visibilità. In tal senso una tale declinazione di neutralità religiosa nell'Unione europea potrebbe anche essere il risultato di una scelta dell'Unione medesima, o – almeno – della Corte dell'Unione medesima.

È vero che, in tal modo, la neutralità finisce per diventare un fattore di esclusione – della religione dalla sfera dei rapporti con gli altri – invece che di

[50] Instaura una sorta di parallelismo tra questa esperienza europea e quella americana della *color-blindness* e dell'abolizione delle categorie razziali per sconfiggere le discriminazioni a danno della razza nera – peraltro denunciandone anche le maggiori criticità nel raggiungere appieno un siffatto obiettivo – S. Hennette-Vauchez, *Religious Neutrality, Laïcité and Colorblindness: A Comparative Analysis*, in *Cardozo Law Review*, 2021, 539 ss.

[51] M. Hunter-Henin, *op. cit.*, 32.

integrazione. E, in questo senso, potrebbero essere anche lette le Conclusioni dell'A.G. Sharpston nel caso *Bougnaoui*, secondo cui – pur partendo dalla premessa secondo cui proibire discriminazioni basate sulla religione e promuovere la libertà religiosa sono due cose diverse – davanti a questi casi l'art. 10 della Carta non può non illuminare la lettura della direttiva 2000/78: in altre parole, il diritto a non essere discriminati in base alla religione è parte integrante del diritto ad avere e manifestare un credo religioso. Così l'A.G. Sharpston può concludere ritenendo «che il punto di partenza di qualsiasi analisi debba essere il fatto che un lavoratore, in linea di principio, ha il diritto di indossare indumenti o simboli religiosi, ma il datore di lavoro ha o può avere a sua volta il diritto di imporre restrizioni».[52]

La scelta operata dalla Corte, viceversa, apre molteplici interrogativi e dubbi sullo speciale statuto cui le discriminazioni di natura religiosa danno forma rispetto ad altri tipi di discriminazione – come, ad esempio, le discriminazioni per razza o per sesso – che la medesima direttiva, e la Carta dei diritti più in generale, prevede. Si arriva così a chiedersi se in realtà dietro a questa scelta neutrale – ma al contempo "non neutrale" – non si nasconda in ultimo che «*the hate that dares not speak its name in this case, the Elephant in the Room, is European Islamophobia*»[53].

In effetti, la domanda che inevitabilmente sorge, a seguito di una riflessione su queste decisioni della Corte di giustizia, è se sull'analisi delle discriminazioni di natura religiosa non giochi, alla fine, anche la sentita necessità di tutelare la forma di stato così come declinata dalla specifica costituzione nazionale: una costituzione inevitabilmente espressiva di principi e valori fondamentali che andrebbero protetti davanti alla possibile integrazione di modelli sociali e religiosi giudicati troppo distanti da quest'ultimi. Si è perciò osservato che vestire un *niqāb* o *hijabs* potrebbe essere considerato nemico della democrazia, così

[52] Conclusioni A.G. Sharpston, 13 luglio 2016, causa C188/15, *Asma Bougnaoui e Association de défense des droits de l'homme (ADDH) Contro Micropole SA,* par. 122. Ancora più dettagliate appaiono le argomentazioni espresse nel par. 118. "A tal riguardo, sottolineo che, per i membri osservanti di una religione, l'identità religiosa forma parte integrante della loro stessa persona. I precetti di una religione – la sua disciplina e le norme di comportamento da essa previste – non sono elementi da applicare quando si è al di fuori del posto di lavoro (ad esempio, alla sera e nei fine settimana per coloro che svolgono un lavoro d'ufficio), ma che possono essere garbatamente accantonati durante l'orario di lavoro. Ovviamente, a seconda delle specifiche norme della religione di cui trattasi e dello specifico livello di osservanza della persona considerata, taluni elementi possono non essere obbligatori per l'interessato e quindi negoziabili. Ma sarebbe del tutto errato presumere che, mentre il sesso o il colore della pelle accompagnano sempre una persona, ciò non valga per la religione".

[53] J.H.H. Weiler, *In Iran They Force Women to Wear the Hijab – Are We to Prohibit It? A Brief Comment on the Hijab Cases before the CJEU*, in *Quaderni costituzionali*, 2023, 188.

come conosciuta nell'esperienza europea, o comunque lesivo dell'ordinario "*Vivre ensemble*" delle società europee[54]. Non è possibile in questa sede ripercorrere la declinazione di tale osservazione a partire dall'ampia giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo,[55] e tuttavia è stato notato come la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo sembri assecondare il filone giurisprudenziale dipanato a Strasburgo all'interno della complessa trama della politica di neutralità. Così facendo, tuttavia, si corre il rischio che «*a big loser in the European Islamic veil jurisprudence is democracy itself*».[56]

[54] Cfr. esemplamente la celeberrima sent. Corte Edu, *S.A.S. c. Francia*, 14 luglio 2014, ricorso No. 43835/11, su cui recentemente M. Pearson, *What happened to 'Vivre Ensemble'? Devolopments after SAS v. France*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2021, 185 ss.

[55] Più in generale, per un'analisi approfondita del tema, cui qui solo si rimanda, si rinvia a T. Ginsburg, A. Huq, *How to Save a Constitutional Democracy,* Chicago, University Chicago Press, 2018.

[56] V. Beširević, *Militant democracy: a friend or a enemy of democratic backsliding?* In M. Tushnet, D. Kochenov, *Research Handbook on the Politics of Constitutional Law,* Elgar Publishing, 2023, 666.

Maria Chiara Girardi[*]

DALL'EUROPA DELLE REGIONI ALLE PICCOLE PATRIE

SOMMARIO: 1. Premessa. Il pluralismo territoriale comunitario. – 2. Il progetto dell'Europa delle Regioni. – 3. Il ruolo del Comitato delle Regioni. 4. – L'Europa delle piccole patrie. – 5. Conclusioni. Un «regionalismo differenziato» comunitario e qualche proposta di soluzione.

1. *Premessa. Il pluralismo territoriale comunitario*

Il presente contributo analizza la tematica della c.d. Europa delle Regioni[1], ossia del peso crescente delle autonomie territoriali sub-statali nella evoluzione dell'ordinamento sovranazionale. In particolare, si ricostruisce il ruolo svolto dalle autonomie nel processo di integrazione europea e nello sviluppo del c.d. *multilevel constitutionalism*[2], per comprendere quale sia l'andamento di tale fenomeno, diffusosi a partire dagli anni Ottanta.

La tematica consente di esaminare, specificamente, il ruolo funzionale e istituzionale svolto dalle Regioni, soprattutto in relazione alle modalità di partecipazione delle stesse allo sviluppo delle politiche comunitarie, specie di coesione territoriale, e del processo decisionale unionale. A questo riguardo, si ricostruiscono le fasi e le sedi attraverso cui si è prodotto l'articolato processo, anche nel tentativo di stabilire se e in che misura la posizione delle Regioni a livello europeo sia collocabile in una linea di continuità o di discontinuità con le tendenze del modello a livello interno[3].

[*] Ricercatrice t.d., *b)*, di Diritto costituzionale e pubblico – Università degli Studi di Napoli Federico II. Il contributo è già apparso nella Rivista *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, 1, 2024.

[1] Espressione sorta in Germania alla fine degli anni Ottanta, in occasione della richiesta dei Länder di una revisione del processo di integrazione europea su base regionale. Sul tema, si rinvia a L. SENN, *Verso un'Europa delle Regioni. La cooperazione economica transfrontaliera come opportunità e sfida*, in A. Bramanti, R. Ratti (a cura di), *Verso un'Europa delle Regioni. La cooperazione economica transfrontaliera come opportunità e come sfida*, Milano, 1993, 13 ss.; L. HOOGHE, G. MARKS, *'Europe with the regions'. Channels of interest representation in the European Union*, in *The Journal of Federalism*, I, 16, 1996, 73 ss.; S. BORRÀS-ALOMAR, T. CRISTIANEN, A. RODRIGUEZ-POSE, *Towards a 'Europe of the Regions'? Visions and Reality from a Critical Perspective*, in *Regional Politics and Policy*, II, 4, 1994, 1 ss.; S. BARONCELLI, *L'Europa delle Regioni 20 anni dopo: costituzionalismo multilivello e Regioni a statuto speciale*, in *federalismi.it*, 7, 2020, IV ss.

[2] Nozione di I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisted*, in *Common Market Law Review*, 36, 1999, 703 ss.

[3] In questo senso, C. DE FIORES, *"Remettre les Régions à leur place". Dall'Europa delle Regioni alle Regioni senza Europa?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 1, 2013, 57 ss.

L'allargamento dell'Unione europea ha indotto a interrogarsi sull'opportunità di creare un'Unione di Stati non solo economica, ma anche politico-normativa, che potesse, tra l'altro, favorire il superamento delle diseguaglianze territoriali[4]. Al contempo, si è diffusa «l'idea che le Regioni, specie quelle più depresse o isolate per motivi economici, geografici o strutturali, potevano essere svantaggiate da un'integrazione europea sempre più avanzata, in mancanza di un intervento attivo della Comunità con programmi di lungo periodo»[5] e che, per questo motivo, si dovessero coinvolgere maggiormente gli enti territoriali nei processi decisionali unionali, così da scongiurare uno sviluppo asimmetrico dell'Unione.

Alla fine degli anni Ottanta, il progetto di coinvolgimento delle Regioni nelle politiche comunitarie è parsa una occasione propizia per valorizzare le istanze locali e coinvolgere maggiormente i cittadini nei processi decisionali, con l'obiettivo di garantire una democrazia di prossimità[6].

Tuttavia, la tematica del regionalismo comunitario si scontra con gli aspetti negativi del pluralismo territoriale, atteso «il contesto di importanti asimmetrie esistenti tra gli Stati membri, che variano da una dimensione esclusivamente geografica e demografica alla considerazione dei diversi sistemi costituzionali e di governo, ivi compreso il profilo della distribuzione territoriale del potere. Gli ordinamenti regionali, infatti, hanno minore giustificazione in ordinamenti statali che, per dimensioni territoriali e demografiche, non raggiungono alcune Regioni, Comunità autonome o Länder; in ogni caso, l'articolazione territoriale

[4] Analogamente, A. Lucarelli, *Le radici dell'Unione Europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Dir. pubb. eur. Rassegna* online, 1, 2019, 18, secondo cui «Sostenere e dimostrare che nel diritto europeo sia possibile individuare spazi e basi giuridiche per un ruolo attivo di soggetti pubblici, che abbiano quali priorità il soddisfacimento dei diritti fondamentali dei cittadini a prescindere da esigenze di mercato e di stabilità dei prezzi. L'idea di fondo è verificare l'esistenza, accanto al diritto della concorrenza (*Competition Law*), che si basa in prevalenza su regole di natura privatistica, tese a soddisfare le libertà economiche di imprese e cittadini all'interno del mercato, di un complesso di principi e regole finalizzate alla tutela ed alla garanzia dei diritti sociali, secondo logiche di equità e solidarietà, tipiche dello Stato sociale».

[5] Così S. Baroncelli, *L'Europa delle Regioni 20 anni dopo: costituzionalismo multilivello e Regioni a statuto speciale*, cit., VIII.

[6] Sul tema, si rinvia a P. Rosanvallon, *La Légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, 2010. D'altra parte, già nel rapporto Delors sull'Unione economica e monetaria del 1989 veniva evidenziato come «in assenza di politiche equilibrate l'impatto complessivo sulle regioni periferiche potrebbe essere negativo. I costi di trasporto e la presenza di economie di scala potrebbero favorire uno spostamento dell'attività economica dalle Regioni meno sviluppate, specialmente se periferiche, verso le aree più sviluppate del centro. L'Unione economica e monetaria dovrebbe incoraggiare e guidare gli aggiustamenti strutturali che potrebbero aiutare le Regioni più povere a raggiungere quelle più ricche».

del potere è del tutto assente in numerosi Stati membri […] che non sono articolati in enti substatali con proprie assemblee legislative»[7].

Pertanto, lo studio del fenomeno consente di riflettere sull'identità costituzionale dell'Unione europea, sul presupposto che il dibattito sul regionalismo comunitario muova dall'assunto per cui l'Unione non sia un'organizzazione internazionale in senso stretto, bensì abbia una «radice» costituzionale[8].

In tal senso, possono venire in rilievo tematiche di particolare interesse, su cui si compirà qualche ulteriore tentativo di indagine, a partire dal tema della forma di stato dell'Unione europea[9] e della contrapposizione tra modello intergovernativo e modello federativo[10]. Infatti, «questioni come federalismo, regionalismo e tutela delle minoranze costituiscono nella contemporaneità oggetto di studi e analisi che collegano la diffusione e il consolidamento di tale diffuso livello substatale di governo alla più ampia realtà europea, mettendo in evidenza le intersezioni fra i poteri locali, l'amministrazione nazionale e quella comunitaria»[11].

Si tratta di interrogativi complessi, che, tuttavia, trovano rinnovata ragione di interesse alla luce del fenomeno dilagante dell'Europa delle «piccole patrie»[12]. I movimenti indipendentisti e secessionisti, nonché i localismi, che han-

[7] Così F. Balaguer Callejòn, *I Parlamenti substatali e la costruzione di una democrazia pluralistica a livello europeo*, in *Nomos*, 4, 2016, 3-4.

[8] Sul punto, *ex pluribus*, A. Lucarelli, *Il modello sociale ed economico europeo*, in Id., A. Patroni Griffi (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, in *Quad. Rass. Dir. pubbl. eur*, 5, 2009, 279 ss.; A. Lucarelli, A. Patroni Griffi (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, in *Quad. Rass. Dir. pubblico eur.*, 1, 2003, *passim*; A. Lucarelli, *Diritti sociali e principi "costituzionali" europei. Dalla Carta europea dei diritti fondamentali al Progetto di Trattato costituzionale*, in *Democrazia e diritto*, 3, 2003, 179 ss.; A. Ruggeri, *Quale Costituzione per L'Europa?*, in *Annuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 8, 2004, 455 ss.; P. Häberle, *Per una dottrina della Costituzione europea, in Quad. costituzionali*, XIX, 1, 1999, 3 ss. Nonché, più di recente, A. Ciancio, *C'è ancora bisogno di una Costituzione europea*, in *DPCE online*, 1, 2021, 117 ss.

[9] Sul tema, di recente, A. Lucarelli, *Prefazione*, in Id. (a cura di), *Nuovi scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2023, VIII ss.

[10] Cfr. Id., *Le radici dell'Unione Europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., spec. 12 ss.

[11] Cfr. G. Motta, *Le piccole patrie d'Europa. Tra Stati, Regioni e minoranze*, in Aa.Vv, *European Integration. Between Tradition and Modernity*, Targu Mures, 5, 2013, 1117.

[12] Sulla nozione di piccole patrie, criticamente, S. Parisi, *Indipendenza, specialità e asimmetria:* requiem *per il regionalismo collaborativo?*, in F. Abbondante, S. Parisi, S. Prisco (a cura di), *Ritornano le piccole patrie? Autodeterminazione territoriale. Secessione. Referendum*, Napoli, 2020, 270, secondo cui, «pur non volendo cedere al fascino retorico di queste parole, che peraltro hanno trovato un certo accordo tra i Costituenti, è chiaro che il concetto di Patria evochi qualcosa che per definizione non è 'piccolo', che va difeso strenuamente in ogni forma e che ambisce al superamento finanche dei confini territoriali».

no riguardato, con diversa intensità, numerosi Stati europei[13], si ripercuotono anche sull'assetto dell'Unione[14].

Contestualmente, le crisi che coinvolgono gli Stati membri sono state spesso «funzionali a giustificare l'adozione di provvedimenti diretti a contenere la spesa, incidenti sullo Stato sociale e sulle autonomie territoriali, o a riformare il diritto del lavoro, nonché a giustificare la compressione del ruolo del Parlamento nella loro approvazione»[15].

In quest'ottica, sembrano affermarsi ancor di più, specie in contesti emergenziali come quelli attuali, i temi della solidarietà, dell'eguaglianza e della coesione territoriale, che restano il comune denominatore per poter affrontare – mediante interventi comuni ed unitari, che rafforzino i legami tra i governi, ma anche tra i vari livelli di governo – le sfide che coinvolgono tutti i Paesi membri[16]. Il rischio, altrimenti, è che il tentativo di costruire un'Europa delle Regioni si tramuti nell'insorgere di «Regioni senza Europa»[17].

2. *Il progetto dell'Europa delle Regioni*

L'espressione «Europa delle Regioni» nasce in Germania alla fine degli anni Ottanta, quando i *Länders* propongono una riforma del processo di inte-

[13] Sul tema, si rinvia a F. Abbondante, S. Parisi, S. Prisco, *Ritornano le piccole patrie?*, cit., *passim*.

[14] Cfr. S. Staiano, *Diritti e confini nell'Europa della crisi*, in *Federalismi.it*, 22, 2015, 2, secondo cui «La fase cui è pervenuto il processo di integrazione in Europa viene di frequente ricostruita – come sembra legittimo alla luce delle vicende che è dato osservare – secondo la linea di perdurante tensione tra 'unità' e 'frammentazione'. Ove alla 'frammentazione' è attribuita un'accezione negativa, percependosi in essa una sorta di forma degenerativa della pluralità, che viene riconosciuta nella forza di resistenza degli Stati-Nazione in quanto fattore di stagnazione politica nello sviluppo del processo costituente europeo; ma anche – per altro connesso riguardo – nel prodursi di nuovi fenomeni di disgregazione sociale e politica all'interno degli Stati nazionali, in una crisi economica, inedita per dimensione e per durata, che minaccia la coesione sociale nei singoli ordinamenti statali».

[15] P. Masala, *Crisi della democrazia parlamentare e regresso dello Stato sociale: note sul caso italiano nel contesto europeo*, in *Rivista AIC*, 4, 2016, 5.

[16] In questo senso, S. Prisco, M. Tuozzo, *Dalle crisi nuove opportunità per l'Unione europea. Programmazione economica, solidarietà sociale, coesione territoriale*, in *Italian Papers On Federalism*, 2, 2022; A. Lucarelli, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in *Consulta* online, Liber amicorum *per Pasquale Costanzo*, 7 luglio 2020, 1 ss.

[17] Espressione di R. Dahrendorf, *Il futuro dello Stato nazionale*, in *Micromega*, 1994, 61. Non a caso, in Italia, il ruolo assegnato alle Regioni nel processo di integrazione europea era teso precipuamente ad evitare l'insorgere delle piccole patrie, ma, contestualmente, a riconoscere l'importanza e le peculiarità dei diversi territori. In questo senso, cfr. A. Lucarelli, *Regioni e Unione europea nel nuovo assetto costituzionale: un difficile equilibrio tra sviluppo economico ed unità della dimensione sociale*, in L. Chieffi, G. Clemente di San Luca (a cura di), *Il nuovo assetto dei poteri dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2003, 151 ss.

grazione europea fondata sulle autonomie regionali[18]. Tale progetto sorge sul presupposto dell'«invecchiato principio di sovranità, quale principio dei rapporti fra gli Stati» [19] e mira a superare «le vecchie rappresentazioni dello Stato» considerate «non più capaci di consentire un'adeguata cognizione del sistema politico»[20], nonché a riconsiderare il progetto europeo nell'ottica della creazione di «strutture politiche capaci di rovesciare e scompaginare le tante frontiere geografiche e mentali ereditate dallo Stato-nazione e in grado di rispondere ad un mondo complesso e articolato»[21]. Nasce, dunque, da uno Stato tendenzialmente federale, ancorché decisamente cooperativo, e prima che sorgessero i problemi legati all'unificazione.

Tale fenomeno rimanda al concetto più generale di *multilevel constitutionalism*[22] che, in ambito comunitario, fa riferimento all'intreccio di rapporti – orizzontali – tra le istituzioni, e – verticali – tra esse e gli enti decentrati. Il *multilevel constitutionalism* si dipana tra i numerosi e complessi rapporti che si instaurano tra livelli di governo, sovranazionale, nazionale e sub-statale. Tale concezione «non mira a delimitare i diversi livelli l'uno dall'altro nel modo più assoluto per evitare potenziali conflitti, […] bensì a migliorare l'integrazione e l'efficienza dei vari scenari politici e livelli attraverso un'azione congiunta e cooperativa»[23]. In questo contesto, «i cittadini sono al contempo la fonte di legittimità dell'autorità pubblica (europea, nazionale, subnazionale), ma sono anche ad essa soggetti»[24].

Tramite i rapporti tra diversi livelli di governo si delineano le scelte politiche europee; ed è per tale ragione che il concetto di *governance* è correlato, spesso, a quello, ben noto, di «*deficit* democratico». Il «*deficit* democratico»,

[18] In merito, si rinvia *supra* alla nota 1 del presente contributo.

[19] Cfr. A. Manzella, *Il nuovo costituzionalismo europeo: Regioni e cittadinanza*, 1994, 39.

[20] C. Engels, *Regionen in der EG. Rechtliche Vielfalt und integrationspolitische Rollensuche*, Bonn, 1993, 180.

[21] Così G. Jauregui, *Los nacionalismos minoritarios y la Union Europea*, Barcellona, 1997, 184.

[22] Sul punto, cfr. *ex multis*, I. Pernice, *Multilivel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, in *European Constitutional Law Review*, 3, 11, 2015, 547 ss.; Id., *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, WHI -Paper 5, 02, 2001; M. Brunazzo, *Costituzionalismo multilivello e integrazione differenziata*, in *federalismi.it*, 7, 2020, 2 ss.; S. Piattoni, *The Theory of Multi-level Governance: Conceptual, Empirical, and Normative Challenges*, Oxford, 2010; I. Bache, M. Flinders, *Themes and Issues in Multi-level Governance*, in I. Bache, M. Flinders, *Multi-level Governance*, Oxford, 2004, 1 ss.; L. Hooghe G. Marks, *Multi-Level Governance and European Integration*, London, 2001.

[23] Così C. Perathoner, *Le "Regioni" nel diritto dell'Unione europea: limiti, potenzialità e visioni*, in *Federalismi.it*, 7, 2020, 79.

[24] M. Brunazzo, *Costituzionalismo multilivello e integrazione differenziata*, cit., 4.

meglio interpretato da parte della dottrina quale *democratic disconnet*[25], ossia quale distanza esistente tra rappresentanti e rappresentati, quale assenza di legame tra delega e responsabilità, «ha contribuito negli anni ad un crescente divario tra cittadini e istituzioni, divario che si è manifestato con sempre maggiore disaffezione […] e con l'avanzata delle forze c.d. "euroscettiche" o nazionaliste in diversi Stati membri»[26].

In questo scenario, una delle risposte messe in campo dall'Unione europea, al fine di colmare tali divari, si è prodotta a livello sub-statale, tentando di coinvolgere le collettività territoriali nei processi decisionali e istituzionali europei.

La Carta delle Autonomie del 1985 e l'Atto Unico europeo del 1986 hanno segnato il primo passo verso l'acquisizione di una «diretta rilevanza giuridica comunitaria»[27] delle Regioni. L'innestarsi di un rapporto diretto con gli ordinamenti regionali significava, per le istituzioni europee, «provare a rafforzare la propria legittimazione politica all'interno del sistema, indebolendo progressivamente il ruolo degli Stati nazionali»[28].

Il coinvolgimento delle Regioni è stato, poi, significativamente implementato dal Trattato di Maastricht, mediante l'istituzione del Comitato delle Regioni e l'introduzione del Fondo di coesione, per poi culminare, con il Trattato di Lisbona, nel riconoscimento esplicito del ruolo delle Regioni all'interno dell'Unione europea e nel loro coinvolgimento nei processi decisionali e istituzionali[29]. Tale riconoscimento traeva origine dal Libro Bianco sulla *Governance* della Commissione europea del 2001[30], che evidenziava la necessità di coinvolgere le collettività territoriali nel processo decisionale europeo[31], al fine di garantire

[25] Espressione di P.L. Lindseth, *Power and Legitimacy: Reconciling Europe and the Nation-State*, Oxford, 2010, 234. Analogamente, N. Lupo, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali nella costituzione "composita" nell'Ue: le diverse letture possibili*, in *Rivista AIC*, 3, 2014, 1 ss.; S. Benvenuti, *L'europeizzazione dei parlamenti nazionali. Prospettive dall'Europa centro-orientale (Slovenia, Ungheria, Croazia)*, Padova, 2017, 29 ss.

[26] Cfr. P. Bilancia, *Il modello europeo di* multilevel governance, in A. Papa (a cura di), *Le Regioni nella* multilivel governance *europea*. *Sussidiarietà, partecipazione, prossimità*, Torino, 2018, 3.

[27] M.P. Chiti*, Regionalismo comunitario e regionalismo interno: due modelli da ricomporre, in Riv*. *It. dir. pubbl. com*., 1992, 34.

[28] Così C. De Fiores, *"Remettre les Régions à leur place", Dall'Europa delle Regioni alle Regioni senza Europa?*, cit., 67.

[29] Sul tema, cfr. L. Chieffi, *La partecipaciòn de las autonomìas regionales en la elaboraciòn de las decisiones comunitarias: de la gestiòn de fondos estructurales a la reciente reforma introducida por el tratado de Lisboa*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, 9, 2008.

[30] European Commission, *European Governance. A White Paper*, COM (2001) 428 final (2001/C 287/01), disponibile qui: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0428.

[31] Sul tema, *ex multis*, cfr. R. Mastroianni, *Il contributo delle Regioni italiane all'elaborazione del diritto dell'Unione europea*, in L. Daniele (a cura di), *Regioni ed autonomie territo-*

maggiore effettività alla *governance* comunitaria mediante una maggiore partecipazione[32].

Tra le misure messe in campo dall'Unione per valorizzare le autonomie, spicca, innanzitutto, il Fondo di coesione, che mira a incrementare la crescita economica delle Regioni in ottica sostenibile, favorendo la competitività e le politiche di occupazione, garantendo servizi maggiormente efficaci ai cittadini. Il Trattato di Lisbona ne ha incrementato gli aspetti territoriali, promuovendo politiche di leale collaborazione tra le autonomie e azioni comuni.

Ai sensi dell'art. 175 TFUE, la politica di coesione mira «a ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni ed il ritardo delle regioni meno favorite». Specifiche azioni vanno indirizzate «alle zone rurali, alle zone interessate da transizione industriale e alle Regioni che presentano gravi e permanenti svantaggi naturali o demografici, quali le Regioni più settentrionali con bassissima densità demografica e le Regioni insulari, transfrontaliere e di montagna» (art. 175, par. 3, TFUE).

L'art. 10, c. 3, TUE sancisce, invece, un principio di prossimità in forza del quale le decisioni devono essere assunte «nella maniera il più possibile aperta e vicina ai cittadini»; mentre l'art. 5, c. 3, TUE sancisce il principio di sussidiarietà, secondo cui, «nei settori che non sono di sua competenza esclusiva, l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione».

Tali principi sembrano, *prima facie*, garantire il coinvolgimento delle Regioni nelle politiche europee. Tuttavia, l'osservazione della prassi restituisce uno scenario differente, in cui l'effettiva partecipazione delle Regioni è tuttora mediata dagli Stati di appartenenza e dipende integralmente dallo spazio dato loro da questi ultimi[33], nonché differisce a seconda dei tipi di Stato.

Non è un caso che il Protocollo sull'attuazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità – benché richieda un coinvolgimento degli enti territoriali nelle politiche europee, prevedendo la consultazione degli stessi nelle fasi attuative, ogniqualvolta le proposte li coinvolgano direttamente – lasci gli Stati

riali nel dibattito internazionale ed europeo, Napoli, 2006, 170 ss.; G. Falcon, D. De Pretis, *'Loyal Cooperation': Italian Regions and the Creation and Implementation of European Law*, in R. Scully, R. Wyn Jones (a cura di), *Europe, regions and European Regionalism*, Basingstoke, 2010.

[32] In questo senso, L. Cassetti, *Il regionalismo italiano e la multilevel governance dopo le recenti riforme costituzionali*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 1, 2004, 111 ss.

[33] Così O. Chessa, *L'"Europa delle Regioni": illusioni e delusioni*, in *Federalismi.it*, 7, 2020, 47 ss.

membri e, in particolare, i Parlamenti nazionali liberi di decidere se e in che misura coinvolgere gli enti territoriali.

L'art. 6 del medesimo Protocollo stabilisce che ciascun Parlamento possa consultare gli enti territoriali dotati di poteri legislativi. D'altra parte, i pareri richiesti agli enti sub-statali non sono indirizzati direttamente alle istituzioni europee, bensì ai Parlamenti nazionali, che possono valutare se tenerne conto o meno.

Pertanto, la partecipazione degli enti substatali è del tutto assorbita nelle scelte dei rispettivi Stati di appartenenza e differisce, notevolmente, da un Paese all'altro.

Sulla base di tali disfunzioni del modello, si è variamente tentato di rafforzare il ruolo delle collettività territoriali nei processi decisionali sovranazionali. Ciononostante, permane una spiccata disomogeneità nel maggiore o minore ruolo svolto dalle Regioni a livello europeo, che dipende, largamente, dagli assetti interni a ogni Stato membro. La Germania, per esempio, favorisce l'ampia partecipazione dei *Länder* ai processi decisionali europei, sia nella fase elaborativa, che attuativa, e parte della dottrina ha tentato di dimostrare come gli stessi abbiano svolto un ruolo centrale anche nella elaborazione dello stesso principio di sussidiarietà, confluito nei Trattato di Maastricht e nel Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, di cui al Trattato di Amsterdam[34].

Diversamente, in Paesi come l'Italia, le Regioni hanno tuttora, in Europa, un ruolo marginale. Infatti, la l. n. 234/2012[35] disciplina la partecipazione degli enti territoriali al processo di formazione degli atti comunitari, conferendo loro un ruolo meramente consultivo, che si sostanzia nel sistema delle Conferenze[36]. In particolare, la citata normativa consente una partecipazione diretta degli enti substatali al processo di formazione degli atti normativi europei, nelle materie di propria competenza, che si declina mediante il coinvolgimento di due Presidenti di Giunta (o loro delegati) nel Consiglio europeo; e una parteci-

[34] Cfr. V. Götz, *La partecipazione dei Länder tedeschi alle procedure decisionali dell'Unione europea*, in R. Scarciglia (a cura di), *Unione europea e autonomie regionali. Prospettive per una Costituzione europea*, Torino, 2003, 57 ss.

[35] Legge rubricata *Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*.

[36] Sul punto, *ex multis*, P. Caretti, *La legge n. 234 del 2012 sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea: un traguardo o ancora una tappa intermedia?*, in *Le Regioni*, 2012, 834 ss.; P. Bilancia, *Il modello europeo di* multilevel governance, cit., 8 ss.; F. Paterniti, *La partecipazione delle Regioni alla formazione delle norme e delle procedure dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea nel guado tra la riforma legislativa del 2012 e la auspicabile revisione dell'architettura istituzionale italiana*, in *Federalismi.it*, 8, 2015, 2 ss.

pazione indiretta delle collettività territoriali, mediante il coinvolgimento nel controllo di sussidiarietà.

Tuttavia, i Parlamenti nazionali, in queste sedi, non sono vincolati ai pareri forniti dagli enti substatali: «nulla è previsto in merito alla possibilità che di queste osservazioni si tenga conto, o anche solo che vengano prese in considerazione, qualora le proposte normative della Commissione ricadano nelle competenze concorrenti o residuali regionali. Su questo aspetto il dibattito parlamentare in sede di approvazione della l. n. 234/2012 dà conto che la questione è stata posta e ritenuta rilevante ma si è deciso di non introdurre alcuna disposizione al riguardo per non ledere la riserva regolamentare che la Costituzione riconosce a ciascuna Camera»[37].

Per altro verso, le Regioni italiane hanno difficilmente usufruito delle risorse europee messe a disposizione dal *Fondo di coesione*, a causa della «farraginosità delle procedure interne ed esterne», della «scarsa volontà politica» e della «mancanza di preparazione»[38] dell'amministrazione locale.

Tuttavia, tali asimmetrie, dovute alla disomogenea attuazione dei meccanismi di «regionalizzazione» a livello comunitario[39], appaiono difficilmente colmabili in un assetto istituzionale come quello dell'Unione europea, di cui fanno parte Stati membri con forme di stato differenti e, dunque, con diversi livelli di decentramento interno, che, inevitabilmente, condizionano il ruolo delle collettività territoriali all'esterno[40].

[37] Così A. Papa, *Le regioni italiane nella* multilevel governance *europea*, in Id. (a cura di), *Le Regioni nella* multilevel governance *europea*, cit., 48; C. Fasone, *La procedura sperimentale per la partecipazione della Camera dei deputati alla "fase ascendente": quali margini di intervento per le Assemblee legislative regionali?*, in *Amministrazione in cammino*, 2009; N. Lupo, *I Parlamenti nazionali nell'Unione europea e il principio di sussidiarietà: qualche suggestione per la Camera dei deputati*, in *Amministrazione in cammino*, 2014.

[38] Tutti i virgolettati del periodo sono tratti da S. Baroncelli, *L'Europa delle Regioni 20 anni dopo*, cit., IX-X.

[39] Cfr. già L. Chieffi, *La dimensione statale tra integrazione europea e disarticolazione del sistema delle autonomie*, in Id. (a cura di), *Regioni e dinamiche di integrazione europea*, Torino, 2003, 13-14, secondo cui appare «almeno per il momento irrealizzabile l'idea […] di procedere […] ad una eccessiva polverizzazione delle società; l'Europa delle Regioni viene infatti considerata l'anticamera di una involuzione delle comunità locali […] tale da disincentivare, quando non addirittura impedire, la costruzione dell'edificio sopranazionale. D'altra parte, ad un'eventuale disarticolazione autonomistica così accentuata, tale da sbiadire il ruolo dello Stato, sembra attualmente opporsi anche l'evidente disomogeneità dei livelli istituzionali interni, in considerazione della presenza (destinata ad aumentare con l'allargamento dell'Europa) di Paesi con Regioni assai deboli quando non addirittura fortemente accentrati, per non conoscere affatto questo livello intermedio del governo locale».

[40] In questo senso, già S. Staiano, *La Costituzione e il suo contesto: dimensione nazionale e dimensione europea*, in *Federalismi.it*, 1, 2012, 4, secondo cui «chi ritenesse, nell'ambito di tale costruzione, che ogni "livello" costituzionale sia provvisto di una legittimazione, e che tutte tali

Peraltro, il maggiore o minore coinvolgimento degli enti substatali varia anche in base al peso delle singole collettività territoriali all'interno degli Stati membri. In Italia, per esempio, solo alcune Regioni aspirano a divenire «il terzo livello della *governance* europea»[41], mentre altre appaiono del tutto «inattive» da questo punto di vista, per via delle inefficienze organizzative e dello scarso ruolo istituzionale da esse rivestito[42].

Ne deriva che il tentativo di colmare il *deficit* democratico dell'Unione mediante il rafforzamento del ruolo delle Regioni risulta fallimentare e l'utilizzo dei *Fondi di coesione*, quale strumento di crescita, non appare sostenibile in assenza di politiche comuni basate su processi democratici effettivi[43].

3. *Il ruolo del Comitato delle Regioni*

Il processo di valorizzazione delle collettività territoriali nell'attività istituzionale e normativa europea ha trovato un punto di caduta nell'istituzione del Comitato delle Regioni, che consente ai rappresentanti delle collettività regionali e locali di partecipare, in sede consultiva, all'elaborazione delle politiche comunitarie (art. 300 TUE)[44]. L'istituzione del Comitato mira a consentire alle «autorità regionali e locali di contribuire al processo politico europeo indipendentemente dal grado della loro autonomia negli ordinamenti nazionali»[45].

Benché, in un primo momento, il Comitato abbia svolto un ruolo del tutto marginale, le sue funzioni si sono progressivamente ampliate[46], sino al Trattato

legittimazioni si compongano in un assetto armonico e tendenzialmente pacificato, negherebbe la realtà».

[41] Cfr. A Simonato, Multilevel governance. *Profili costituzionali*, Padova, 2016, 34 ss.; A. Lucarelli, *Le Macroregioni "per funzioni" nell'intreccio multilivello del nuovo tipo di Stato*, in *Federalismi.it*, 6, 2015, 2 ss.

[42] Sul tema delle fratture territoriali a livello interno, si rinvia, *ex multis*, a S. Staiano, *Dinamiche della frattura Nord-Sud. Il perdurare dell'asimmetria territoriale come questione democratica*, in *RPS. La Rivista delle Politiche Sociali*, 4, 2020, 31 ss.; Id., *La frattura Nord-Sud. L'asimmetria territoriale come questione democratica*, in *Il Politico*, 2, 2019, 268 ss.

[43] In questo senso, si v. F. Grillo, R.Y. Nanetti, *Innovation, Democracy and Efficiency: Exploring the Innovation Puzzle within the European Unions's Regional Development Policies*, Houndmills, 2016, 192 ss.

[44] Sul tema, cfr. M. Mascia, *Il Comitato delle regioni nel sistema dell'Unione europea*, Padova, 1996; S. Piazza, *Il ruolo del Comitato delle Regioni nella costruzione del regionalismo*, Padova, 1998; E. Domorenok, *Regioni in Europa. Il ruolo del Comitato delle Regioni nella governance europea*, Roma, 2010; D. Messina, *Il ruolo del Comitato delle Regioni nella* multilevel governance *europea*, in A. Papa (a cura di), *Le Regioni nella* multilevel governance *europea*, cit., 59 ss.

[45] Così E. Domorenok, *Regioni in Europa. Il ruolo del Comitato delle Regioni nella governance europea*, cit., 194.

[46] Per una ricostruzione analitica delle funzioni del Comitato delle Regioni prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si v. A.M. Cecere, *La "dimensione" regionale della comuni-*

di Lisbona, che ha espressamente riconosciuto il ruolo istituzionale delle Regioni nella fase propositiva, attuativa e di controllo del diritto europeo. In tale contesto, al Comitato delle Regioni è stato, innanzitutto, conferito il diritto di adire la Corte di giustizia dell'Unione europea per tutelare le proprie prerogative e la corretta attuazione del principio di sussidiarietà[47] (art. 263 TFUE). In particolare, il Comitato può proporre ricorso per annullamento, ogniqualvolta ritenga vi sia una lesione del processo decisionale, a causa del mancato esperimento della richiesta del proprio parere preventivo[48].

È stata, inoltre, introdotta la facoltà per il Parlamento, il Consiglio e la Commissione di chiedere pareri al Comitato.

Più nel merito, il Comitato è obbligatoriamente consultato nella fase ascendente del processo decisionale europeo[49]. Ai sensi dell'art. 307 TFUE, la Commissione e il Consiglio devono obbligatoriamente chiedere il parere del Comitato per l'adozione di taluni atti normativi, in materie specificamente indicate, come l'istruzione o la sanità pubblica. Ogni anno, il Comitato è, inoltre, tenuto a emettere una risoluzione con cui informa tutti gli enti substatali delle politiche che intende mettere in campo.

Il Comitato può, altresì, essere consultato dal Parlamento europeo, dal Consiglio o dalla Commissione, ogniqualvolta essi lo ritengano necessario, in ispecie nelle ipotesi di cooperazione transfrontaliera.

La Commissione deve inoltrare al Comitato le proposte su cui è richiesta la sua consultazione, obbligatoria o facoltativa. In questo modo il Comitato, qualora lo ritenga opportuno, può esprimere la propria posizione, in ogni caso, su argomenti che coinvolgono direttamente le collettività territoriali.

Al Comitato è assegnato, altresì, un ruolo propositivo, potendo lo stesso produrre i c.d. pareri di prospettiva, con cui proporre linee d'azione alla Commissione.

La Commissione consulta, poi, il Comitato e le associazioni rappresentative degli enti territoriali, laddove debba presentare un atto legislativo, al fine di valutare i possibili risvolti territoriali delle misure che intende porre in essere.

tà europea. Il Comitato delle Regioni, in L. Chieffi (a cura di), *Regioni e dinamiche di integrazione europea*, cit., 175 ss.

[47] Si tratta del meccanismo preventivo di allarme in caso di mancata attuazione del principio di sussidiarietà, c.d. *Early Warning System*.

[48] In argomento, cfr. O. Porchia, *Le Regioni dinnanzi al giudice comunitario*, in G. Cataldi, A. Papa (a cura di), *Formazione del diritto comunitario e internazionale e sua applicazione interna: ruolo delle Regioni e dello Stato nelle esperienze italiana e spagnola*, Napoli, 2005, 94 ss.

[49] Sul tema, cfr. A. D'Atena, *La partecipazione delle regioni ai processi comunitari di decisione*, in A. Ruggeri, G. Silvestri (a cura di), *Le fonti del diritto regionale alla ricerca di una nuova identità*, Milano, 2001, 170 ss.

Infine, il Comitato ha un ruolo di controllo nell'attuazione delle politiche normative europee e, in particolare, del principio di sussidiarietà. Attraverso il *Subsidiarity Monitoring Network* (*SMN*), istituito dal Comitato stesso, viene favorita la consultazione tra i governi regionali, le altre autorità locali e regionali, le associazioni rappresentative locali e le istituzioni europee.

Si è, inoltre, sviluppato un graduale processo di ingerenza del diritto comunitario nel riparto di competenze tra Stati e Regioni[50]: attraverso i *Programmi integrati mediterranei* (*PIM*), basati sul Regolamento CEE/2008/85, sono stati disciplinati i «rapporti tra Commissione e amministrazioni territoriali e l'esplicita e diretta assegnazione a queste di talune funzioni amministrative. E non si è trattato di un caso isolato. Lo stesso modulo, verrà, negli anni a venire, impiegato dall'UE per far fronte al divario socio-economico tra le Regioni europee; per istituire fondi strutturali (e in particolare, il *Fondo europeo di sviluppo regionale*); per disciplinare forme di collaborazione regionale transfrontaliera»[51].

La posizione istituzionale del Comitato delle regioni si è, dunque, effettivamente rafforzata e le proprie funzioni ampliate, di pari passo con la crescente consapevolezza dell'importante ruolo rivestito dalle collettività territoriali a livello nazionale e sovranazionale.

Ciononostante, il contributo del Comitato è rimasto meramente consultivo; i pareri non hanno mai assunto carattere vincolante, né sussiste alcun obbligo di motivazione in capo alle istituzioni europee, laddove vogliano discostarsi dai pareri del Comitato. Di conseguenza, esso difficilmente riesce a incidere efficacemente nel processo decisionale unionale.

Ciò deriva, ancora una volta, dalle notevoli disomogeneità e asimmetria che caratterizzano l'architettura dell'Unione europea[52]. Il processo decisionale europeo resta incentrato sul ruolo degli Stati membri. Il Comitato delle Regioni conserva, peraltro, una composizione eterogenea, basata sulla differenziazione delle autonomie territoriali, che non conferisce un peso sufficientemente rilevante agli enti territoriali dotati di poteri legislativi[53]. Ciò ne rende «disomoge-

[50] Cfr. L. Chieffi, *La nuova dimensione costituzionale del rapporto tra Regioni e Unione europea*, in Id., G. Clemente di San Luca (a cura di), *Regioni ed enti locali dopo la Riforma del Titolo V della Costituzione. Fra attuazione ed ipotesi di ulteriore revisione*, cit., 43 ss.

[51] Così C. De Fiores, *"Remettre les Régions à leur place"*, cit., 83.

[52] Cfr. A. D'Atena, *Il doppio intreccio federale: le Regioni nell'Unione europea*, in *Le Regioni*, XXVI, 6, 1998, 1401 ss.; A. Lucarelli, M. Verpeaux (a cura di), *Régionalisme italien et régionalisme français. Aspects constitutionnels, administratifs et fiscaux*, Paris, 2012, *passim*, in cui nei diversi contributi si evidenzia proprio la diversa architettura istituzionale delle autonomie in alcuni Stati dell'Unione europea.

[53] Cfr. C. Desideri, V. Santantonio, *Building a third level in Europe: Prospects and difficulties in Italy*, in C. Jeffery (ed. by), *The regional dimension of the European Union. Towards a third level in Europe*, London, 1997, 96 ss.

nei gli indirizzi e spesso l'appartenenza politico-partitica dei suoi membri ha carattere di preminenza rispetto a quella geografico-territoriale (basti pensare che la composizione e l'organizzazione dei lavori in seno alle commissioni interne è ricalcata sulla disciplina relativa ai gruppi politici europei in seno al Parlamento di Bruxelles)»[54].

Lo stesso termine «Regione» assume connotati diversi a seconda dei territori[55], riferendosi a realtà politico-amministrative più disparate. Tali differenze «incidono significativamente sulla composizione del CdR ma anche sulla visibilità e influenza del ruolo regionale e sulle dinamiche interne al Comitato stesso. […] . È evidente che non si potrà parlare sensatamente di regionalismo europeo se le Regioni o analoghi enti di livello substatale sono considerati soltanto forme di decentramento statale e l'approccio ai problemi regionali è definito a partire dal punto di vista del governo centrale. […] D'altra parte, un vero regionalismo europeo non sembra possa crescere in presenza di una tale disomogeneità di figure di Regione e di libelli substatali interni agli Stati membri»[56].

4. *L'Europa delle piccole patrie*

Sotto altra prospettiva, alla fine degli anni Ottanta, il progetto dell'Europa delle Regioni è parso un terreno fertile per l'affermazione delle istanze delle piccole patrie. Le c.d. «Nazioni senza Stato»[57], ossia territori, come la Catalogna, con forti istanze secessioniste o indipendentiste, consideravano l'Unione europea come un insieme di livelli territoriali diversi, ove le Regioni riuscivano ad acquisire progressivamente sempre più spazio, a scapito degli Stati.

In quest'ottica, l'Unione europea appariva funzionale all'affermazione delle istanze dei movimenti secessionisti, che vedevano nel progetto dell'Europa delle Regioni un «rifugio per avanzare le proprie pretese separatiste rispetto allo Stato»[58].

Tuttavia, il graduale fallimento del progetto dell'Europa delle Regioni ha spinto tali movimenti a riconsiderare le proprie strategie, mirando ad una indipendenza all'interno dell'Europa stessa.

[54] Così O. Chessa, *L'"Europa delle Regioni": illusioni e delusioni*, cit., 50.

[55] Sui diversi usi del termine Regione, J. Loughlin, *"Europe of the Regions" and the Federalization of Europe*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 1996, 145 ss.

[56] Così L. Ammannati, *Realtà e mito dell'Europa delle Regioni. Regioni e regionalismo nel contesto comunitario*, in T. Groppi (a cura di), *Principio di autonomia e forma dello Stato. La partecipazione delle collettività territoriali alle funzioni dello Stato centrale nella prospettiva comparata*, Torino, 1998, 220

[57] Espressione di K.J. Nagel, *Flirting with a "Europe of the Regions"*, in *English Studies in Albania*, I, 5, 2014, 51 ss.

[58] Così L. Frosina, *La "crisi esistenziale" dell'Unione europea tra deriva intergovernativa e spinte centrifughe*, in *Nomos*, 2, 2018, 15.

In particolare, le istanze secessioniste si sono tradotte nella volontà di creare veri e propri nuovi Stati aderenti all'Unione, che avrebbero così potuto ottenere riconoscimento non soltanto nel Comitato delle Regioni, ma anche nelle altre istituzioni europee. Ciò in quanto, da un lato, era ormai evidente che il peso delle Regioni in Europa dipendesse esclusivamente dalle scelte dei singoli Stati, per cui solo una rivendicazione nazionale avrebbe permesso una affermazione dell'indipendenza. Dall'altro, l'allargamento dell'Unione verso Est aveva comportato l'adesione di molti Stati privi di Regioni costituzionalmente forti e di una forma di Stato federale[59].

Dal primo punto di vista, benché parte degli indipendentisti[60] ritenga, ancor'oggi, che l'Unione europea possa favorire i processi di secessione, garantendo la tutela delle minoranze, in realtà, pare piuttosto difficile immaginare che gli altri Paesi dell'UE possano avvallare tali scelte, senza il consenso dello Stato membro o degli Stati federati interessati.

Al contrario, i fenomeni secessionisti portano con sé questioni e problematiche relative all'eventuale adesione nell'Unione europea di nuove entità formatesi mediante un processo dissolutivo[61]. I Trattati europei, infatti, non prevedono specifiche disposizioni per ipotesi di questo genere, in cui nuovi Stati sorgano mediante secessioni da altri Paesi membri, e non sembra si possa contemplare un automatico accesso nell'Unione dei «nuovi» Stati[62].

[59] Cfr. G. Pitruzzella, *La crisi e l'Europa delle Regioni*, in *Le Regioni*, 2011, 1125 ss.

[60] In questo senso, J. Mcgarry, M. Keating, *European integration and the Nationalities question*, London-New York, 2006; S. K. Jolly, *The Europhile Fringe? Regionalist Party Support for European Integration*, in *European Union Politics*, 8, 1, 2007, 109 ss.

[61] Sul punto, in relazione al caso scozzese, si v. G. Ferraiuolo, D. Praino, *Un nuovo referendum in Scozia tra* hard Brexit *e nodi della integrazione europea*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2027, 3-4, i quali evidenziano come «Oggi, però, la questione della secessione è direttamente legata alla prospettiva, concreta e reale, di una '*hard Brexit*'; […] Alcuni nodi fondamentali rimangono tuttavia ancora irrisolti. Già a ridosso della firma dell'Accordo di Edimburgo, con cui si erano gettate le basi per il primo referendum sull'indipendenza, il governo guidato dal leader dello SNP Alex Salmond aveva sostenuto la tesi della continuità: si affermava che, in base alla Convenzione di Vienna sulla successione tra Stati, la Scozia sarebbe rimasta membro di tutte le organizzazioni internazionali in quanto stato successore del Regno Unito; e, dunque, anche della Unione europea, senza bisogno di ulteriori interventi. Tale posizione si scontrava tuttavia con la prevalente tesi secondo cui si sarebbe dovuta invece perseguire la strada del procedimento di adesione. Impostazione, quest'ultima, suffragata da due Presidenti della Commissione: nel marzo 2004 Prodi aveva affermato che "quando una parte del territorio di uno Stato membro smette di esser parte di codesto Stato, per esempio perché il territorio diviene uno stato indipendente, i Trattati non si applicano al nuovo stato" (in senso analogo si era espresso successivamente anche Barroso)».

[62] Sul punto, in questo senso, cfr. A. Mastromarino, *Addomesticare la secessione: indipendentismo e integrazione europea in dialogo*, in *Percorsi costituzionali*, 3, 2014, 639 ss.; T. Cerruti, *Istanze indipendentiste nell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 3, 2015, 1 ss.

Il diritto internazionale, invece, all'art. 29 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, prevede che lo Stato che «subisce» la secessione rimane vincolato ai rapporti internazionali già stipulati. Resta, dunque, ferma l'appartenenza dello Stato membro all'Unione europea, mentre il «nuovo» Stato dovrebbe, invece, proporre una specifica richiesta di ingresso ex art. 49 TUE. Per farlo, esso sarebbe, però, tenuto a promuovere i valori su cui si fonda l'Unione europea, in ispecie il rispetto dello stato di diritto. Di conseguenza, non sarebbe immaginabile l'adesione di uno Stato «sorto all'esito di una secessione che sia avvenuta in spregio ad essi»[63]. Dunque, in virtù di quanto previsto dal diritto internazionale[64], il riconoscimento di uno Stato membro, sorto per via della disgregazione da un altro Paese, sarebbe possibile solo laddove la secessione fosse il frutto di «un pronunciamento popolare pienamente in regola con gli *standard* internazionali di democrazia, libertà, personalità, uguaglianza e segretezza del voto, e dall'esito chiaro ed inequivocabile, accertato mediante trasparenti procedure di scrutinio»[65].

Al contempo, il requisito del rispetto dello stato di diritto da parte di chi fa richiesta di ingresso nell'Unione presuppone che il nuovo Stato agisca in ossequio ai limiti previsti dalla legge, rispetti i valori della democrazia, di tutela dei diritti fondamentali, di una giurisdizione trasparente ed imparziale e che non «vi sia una minaccia di grave rilevanza e di ordine sistemico all'ordinamento politico-istituzionale e alla struttura costituzionale di uno Stato membro. Da questo punto di vista, si osservi che, ai sensi dell'art. 4, sez. 2, TUE, l'Unione è chiamata a rispettare l'integrità territoriale e la struttura politico-costituzionale fondamentale di uno Stato membro, ivi compreso il sistema delle autonomie locali e regionali»[66]. Tale principio implica, altresì, che l'Unione non possa avallare tali fenomeni, qualora avvengano in violazione dell'ordinamento costituzionale dello Stato membro[67]. D'altra parte, difficilmente uno Stato che subisse la secessione ratificherebbe l'ingresso del nuovo Stato, sorto in violazione dei propri principi costituzionali. Ma, l'art. 49 TUE richiede l'unanimità per la

[63] Così F.G. Pizzetti, M. Orofino, *Spinte secessioniste e accesso-recesso dall'Unione europea: il ruolo dei Parlamenti nazionali*, in P. Bilancia (a cura di), *Il ruolo dei Parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea*, Milano, 2016, 508.

[64] Artt. 29 e 34 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, del 23 maggio 1969. Sul tema, cfr. *ex multis*, A. Tancredi, *Secessione e diritto internazionale: un'analisi del dibattito*, in *Dir. pub. comp. eur*., 2, 2015, 449 ss.

[65] Così F.G. Pizzetti, M. Orofino, *Spinte secessioniste e accesso-recesso dall'Unione europea*, cit., 508.

[66] *Ibidem*.

[67] Cfr. M. Campins Eritja, *The European Union and The Secession of a Territory from a EU Member State*, in *Dir. pub. comp. eur*. 2, 2015, 485 ss.

ratifica dell'accordo di adesione di nuovi Stati nell'Unione; pertanto, senza il nullaosta dello Stato di appartenenza, la nuova adesione sarebbe preclusa.

Dunque, il ruolo degli Stati risulta fondamentale anche nelle ipotesi di allargamento interno dell'Unione, «in un'articolata dinamica che appare tipicamente 'multilivello' fra piano internazionale, europeo e costituzionale interno […] in relazione alle procedure di accesso dello Stato nuovo che si è staccato dal Paese membro per quanto concerne il rispetto del principio di legalità costituzionale, cardine anch'esso, insieme al principio democratico, dei valori sui quali l'Unione stessa si fonda»[68].

Sotto altro profilo, c'è il rischio che fenomeni di questo genere innestino pericolosi effetti domino verso altri Stati membri[69], così come accaduto per questioni diverse, ma forse accostabili dal punto di vista funzionale, come la Brexit, ossia «secessioni dall'Unione europea». Da questo punto di vista, «la confusione tra le distinte responsabilità e prerogative tra il livello europeo e nazionale, alimentata da un sistema di *governance* intergovernativa, così come il ridimensionamento della sovranità nazionale non controbilanciato da un'accresciuta sovranità europea, hanno sicuramente contribuito a sviluppare populismi e sovranismi»[70].

Tali fattori rischiano di condurre a una vera e propria Europa delle piccole patrie: concetto che evoca scenari che, a parere di chi scrive, appaiono patologici e disfunzionali al processo di integrazione europea e al *multilivel constitutionalism*. Infatti, mentre il progetto federale dell'Unione europea intende valorizzare il ruolo delle Regioni in chiave inclusiva e pluralistica, le piccole patrie, in ottica centripeta, si sviluppano come realtà identitarie[71].

Già allo stato attuale, il ruolo crescente di piccoli territori – con scarsi livelli demografici e di sviluppo socio-economico, che hanno acquisito un rilevante peso politico nelle dinamiche unionali – appare problematico.

[68] Così F.G. Pizzetti, M. Orofino, *Spinte secessioniste e accesso-recesso dall'Unione europea*, cit., 512.

[69] In questo senso, riflettendo sui movimenti catalani, B. Caravita, *La Catalogna di fronte all'Europa*, in *federalismi.it*, 19, 2017, 5, secondo cui «il rischio che una secessione catalana potrebbe innescare è quello di un fenomeno imitativo fra le tante minoranze, più o meno integrate, ereditate dai continui esodi di popolazioni e dai continui spostamenti di confini statali. Si aprirebbe una fase di instabilità istituzionale in cui i singoli Stati membri sarebbero costretti a fronteggiare istanze separatiste, distogliendo l'attenzione dall'obiettivo dell'integrazione europea».

[70] Così L. Frosina, *La "crisi esistenziale" dell'Unione europea tra deriva intergovernativa e spinte centrifughe*, cit., 14.

[71] In quest'ottica, cfr. l'intervista di A. Lucarelli, *Autonomia differenziata e rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni*, in *L'Italia non si taglia*, 2024, disponibile qui: https://www.youtube.com/watch?v=hslUATflMn0.

L'esistenza di piccole patrie europee incide, per esempio, sull'utilizzo dei fondi strutturali, nati come forma di compensazione. Questi fondi producono effetti redistributivi, riducendo i differenziali *pro capite* tra i territori, ma non hanno mai avuto effetti significativi sulla produttività delle Regioni, né ne hanno migliorato la competitività. Non hanno, cioè, innestato meccanismi virtuosi stabili, né maggiore efficienza produttiva.

Un ruolo rimarchevole nell'andamento del fenomeno è, però, svolto dagli Stati dell'Est, di recente adesione. Si tratta di piccole patrie in crescita, che hanno un livello di sviluppo sotto la media europea e per questo tendono ad attrarre fondi strutturali, in quanto sono destinatarie di interventi. Ne deriva che tali territori ottengono più di quanto versano; ciò conduce a una sottrazione di risorse ad altri Paesi, come l'Italia.

A ciò si aggiunga che l'incidenza delle piccole patrie riguarda sì il versante economico, ma anche il versante politico-normativo, laddove, a livello istituzionale, territori molto piccoli e demograficamente scarsi hanno lo stesso peso politico di territori ampi e densamente popolati.

Pertanto, il problema è che – benché l'allargamento territoriale dell'Unione sia progredito molto rapidamente negli ultimi anni – il consolidamento interno del processo di integrazione europea non si è evoluto allo stesso modo[72]. Di conseguenza, non si è riusciti a colmare il *democratic disconnect* tra le istituzioni dell'Unione europea e i cittadini. Gli Stati membri non sono riusciti a sopperire al «*deficit* democratico»; anzi, molto spesso, esponenti politici nazionali attribuiscono all'Unione colpe che essa non ha, per sviare l'attenzione dalle proprie inefficienze, incrementando in tal senso un sentimento di diffidenza verso le istituzioni europee, che può condurre a fenomeni come quello della Brexit.

In questo senso, occorrerebbe, forse, ripartire dall'originario progetto dell'Europa delle Regioni, per valorizzarne gli obiettivi sociali, allo scopo di creare uno spazio di democrazia ulteriore, di coesione e intesa territoriale[73]. Il problema che si pone riguarda, ancora una volta, la forma di stato dell'Unione europea: intergovernativa o federale. Ma riguarda anche la forma di

[72] In questo senso, si v. Id., *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020, 71, secondo cui, «I processi decisori si spostano verso l'alto (sussidiarietà verticale), attraverso un'erosione statuale e dei vari livelli di governo, e tutto ciò non viene bilanciato in sede europea né da una rappresentanza (debolezza del parlamento europeo) forte sul piano decisionale, né dalla presenza di corpi intermedi strutturati in aree più vaste. Il principio di rappresentanza in Europa non riesce a sintonizzarsi con un accrescimento qualitativo della sovranità popolare, che anzi rischia processi di frustrazione e annichilimento».

[73] Cfr. L. Cappuccio, *Leale cooperazione e sussidiarietà: affermazione di un modello nel diritto interno e comunitario*, in M. Scudiero (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli, 2002, 329 ss.

governo, laddove le Regioni potrebbero svolgere un ruolo importante nel rafforzamento della rappresentanza politica e nel superamento del *democratic disconnect*.

Più che parlare di indipendenza delle piccole patrie, allora, sembrerebbe opportuno parlare di interdipendenza territoriale. Interdipendenza non solo funzionale ed economica, ma anche politico sociale[74]. Scriveva De Gasperi, nel 1951: «Se noi costruiremo soltanto amministrazioni comuni, senza una volontà politica superiore vivificata da un organismo centrale, nel quale le volontà nazionali si incontrino, si precisino e si animino in una sintesi superiore, rischieremo che questa attività europea appaia, al confronto della vitalità nazionale particolare, senza calore, senza vita ideale. Potrebbe anche apparire ad un certo momento una sovrastruttura superflua e forse anche oppressiva quale apparve in certi periodi del suo declino il Sacro Romano Impero»[75].

5. *Conclusioni. Un «regionalismo differenziato» comunitario e qualche proposta di soluzione*

Analizzando il ruolo svolto dalle Regioni nel processo di integrazione europea, è possibile trarre qualche considerazione conclusiva.

Emerge, innanzitutto, una partecipazione delle autonomie territoriali all'esecuzione dei compiti comunitari che non è, però, accompagnata da un loro adeguato ruolo istituzionale, finalizzato all'elaborazione delle politiche europee e alla partecipazione al processo decisionale. Il coinvolgimento delle Regioni è rimasto «timido» e si è svolto su un piano meramente consultivo, anche all'interno del Comitato delle Regioni[76].

Il Comitato, infatti – benché abbia svolto un ruolo di raccordo tra Unione europea e entità sub-statali, in cui hanno preso parte rappresentanti di collettività regionali e locali, titolari di un mandato elettorale o politicamente responsabili di una assemblea eletta – lungi dal potersi considerare una terza Camera dell'Unione. Esso rimane un organo con funzioni liminari: non svolge effettive funzioni di controllo, né legislative in senso stretto.

[74] In questo senso, ampiamente, già A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli 2016, *passim*.

[75] A. De Gasperi, *Discorso ai giovani*, Consiglio d'Europa, Strasburgo, 12 gennaio 1951.

[76] «Sul versante dell'integrazione comunitaria […], la fase di bassa fortuna dell'idea di una Costituzione per l'Europa ha oscurato alcune prospettive di potenziamento del ruolo dei soggetti di autonomia locale, aperte da una rilettura del principio di sussidiarietà che li avrebbe coinvolti in vista di un ordinamento meglio permeato dal principio democratico […]; e resta debole la funzione di organismi quali il Comitato delle Regioni», così S. Staiano, *Autonomie al centro. Sedi e forme della rappresentanza territoriale*, in *federalismi.it*, 18, 2007, 2.

Tali circostanze dipendono, innanzitutto, dalla composizione del tutto eterogenea dell'organo. Ciò deriva, a sua volta, dal maggiore o minore ruolo ricoperto dalle Regioni nell'Unione. Basti pensare che in Europa vi sono Stati unitari, decentrati, federali, dunque indirizzi del tutto disomogenei verso le entità territoriali.

Ma ancor prima, la questione riguarda la mancanza di una definizione omogenea del termine «Regione» a livello comunitario.

A ciò si aggiunga che, ad oggi, il ruolo delle Regioni dipende ancora (quasi) integralmente dagli Stati di appartenenza. Vi è una partecipazione ancora «mediata» delle Regioni, condizionata dall'autonomia loro concessa dai Paesi membri[77]. Infatti, se per un verso, l'Unione europea ha condotto a un arretramento della statualità, mediante la cessione di sovranità – dunque in termini assoluti –, dall'altro, lo Stato, quale livello di governo, si è, di fatto, rafforzato. E mancano ad oggi concreti meccanismi di raccordo, tali da consentire alle Regioni di incidere concretamente nei processi decisionali.

Benché le Regioni possano, per esempio, adire la Corte di giustizia, non possono lamentare una lesione di competenza – che potrebbe spettare loro in modo esclusivo a livello legislativo nazionale (circostanza che potrebbe essere valutata in senso propositivo) – ma solo difendere proprie prerogative, qualora vi sia una lesione del processo decisionale dovuta al mancato esperimento della richiesta di parere preventivo o per sollecitare un controllo di sussidiarietà per atti in cui è necessario consultarle.

Per ciò che concerne, invece, la partecipazione delle Regioni alla fase «ascendente» di formazione del diritto, essa rimane una scelta meramente sta-

[77] In merito, cfr. A. D'Atena, *Resoconto dell'intervento sul tema "Gli assetti territoriali, le Regioni e i processi decisionali. Il ruolo del Comitato delle Regioni*, in S. Panunzio (a cura di), *I Costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*, Milano, 2002, 591, secondo cui il ruolo degli Stati rappresenterebbe «una delle maggiori garanzie della conservazione delle identità culturali che costruiscono il pluralismo europeo. Il dissolvimento degli Stati membri metterebbe in discussione una delle maggiori ricchezze dell'Europa, determinandone un mutamento genetico». *Contra*, L. Chieffi, *La dimensione statale tra integrazione europea e disarticolazione del sistema delle autonomie*, in Id. (a cura di), *Regioni e dinamiche di integrazione europea*, cit., 16-17, per il quale «il maggiore protagonismo delle entità territoriali locali, cui sono generalmente riconosciuti significativi poteri legislativi […] potrà certamente consentire un recupero del grado di 'democraticità' dei circuiti della decisione politica che la progressiva destrutturazione dello Stato nazionale ha fortemente ridotto e che le stesse incertezze collegate all'ondivaga costruzione europea ne ostacolano, per ora, il manifestarsi a un livello superiore. Diffusa è, pertanto, la convinzione che un più intenso coinvolgimento degli enti territoriali alla fase ascendente ed a quella discendente della decisione comunitaria potrà assicurare quel '*surplus* di legittimazione democratica'».

tale. Le Regioni, insomma, sono tuttora assorbite nel circuito decisionale nazionale[78].

Ne deriva una sorta di regionalismo differenziato all'interno dell'Unione europea, laddove le autonomie rivestono un ruolo più o meno incisivo, a seconda dello spazio loro concesso dai rispettivi Stati. Di conseguenza, l'ampliamento delle funzioni regionali a livello comunitario si pone in linea di continuità con l'espansione del ruolo delle collettività territoriali all'interno degli Stati membri. Lo sviluppo del regionalismo comunitario ha sempre «carattere asimmetrico e differenziato, dal momento che non tutti gli Stati membri adottano le medesime scelte nello stesso momento: ci sono ordinamenti nazionali che coinvolgono intensamente le autonomie territoriali nei processi di formazione, attuazione e controllo del diritto europeo e ordinamenti nei quali, invece, questo coinvolgimento è ancora a uno stadio larvale. […] C'è un'integrazione differenziata delle regioni secondo lo Stato di appartenenza e c'è all'interno di alcuni Stati una differenziazione tra regioni»[79]. Il maggiore o minore peso degli enti substatali nelle politiche comunitarie dipende, in massima parte, come si diceva, dalle forme di stato dei rispettivi membri UE: unitarie, decentrate o federali.

Si delinea, inoltre, un modello frammentato, ove soltanto le «Regioni forti possono oggi condizionare e avere successo a Bruxelles. Le Regioni deboli hanno invece bisogno del loro Stato-nazione»[80]. Emerge un forte divario fra i territori, in ispecie a discapito di quelli meridionali, laddove i fondi di coesione non hanno soddisfatto le aspettative, non avendo garantito eguale competitività territoriale in maniera stabile.

Il risultato è uno scarso coinvolgimento delle autonomie nella fase di elaborazione degli atti legislativi e la mancanza di uniformi poteri di attuazione del diritto unionale[81].

[78] Sul punto, nella prospettiva nazionale, A. Vuolo, *Il Parlamento nella fase ascendente della formazione del diritto comunitario*, in R. Dickmann S. Staiano, *Funzioni parlamentari non legislative e forma di governo. L'esperienza dell'Italia*, Milano, 2008, 529 ss.

[79] Così O. Chessa, *L'"Europa delle Regioni": illusioni e delusioni*, cit., 56-57.

[80] Così U. Bullman, *The Politics of The Third Level*, in *Regional and Federal Studies*, 1996, 18.

[81] In questo senso, si v. B. Caravita, *Letture edificanti per combattere gli* idola *sull'Europa*, in *Federalismi.it*, 9, 2019, 5, secondo cui «L'Europa – quale dimensione di una nuova, originale, statualità nel nostro continente – si costruisce superando definitivamente la originaria concezione del funzionalismo: questo modello era necessario sessant'anni fa, subito dopo la guerra, per aggirare i cascami del nazionalismo; ha dato grandi frutti, facendo fare passi enormi nella costruzione europea. Ma, il funzionalismo, essendo inevitabilmente una concezione depoliticizzata e depolicitizzante, giunto al tornante della politicità, ha mostrato tutti i suoi limiti. Eredi legittimi e diretti di questa concezione depoliticizzata e depoliticizzante sono state le equivoche teorie, andate per la maggiore negli ultimi trent'anni, dell'Europa delle Regioni e dell'Europa dei giudici, tutte e due basate sulla ambigua idea che si potesse costruire l'Europa aggirando l'inevitabile

Al contempo, il paradosso è che, con l'allargamento dell'Unione, «Stati di piccolissime dimensioni, con poche centinaia di migliaia di abitanti, sono rappresentati all'interno dell'Unione, avendo diritto di voto come gli altri Stati, propri commissari e consiglieri e parlamentari, il riconoscimento della propria lingua nazionale, mentre regioni storiche popolate da molti migliaia di abitanti, e che contribuiscono fortemente al dinamismo economico dell'Unione così come al finanziamento del *budget* europeo, resterebbero ignorate»[82].

Insomma, i soli protagonisti della politica comunitaria restano gli Stati membri. Infatti, «fin tanto che le entità territoriali sono state intese come mere aree economiche, spazi di mercato, segmenti di interessi, il progetto di un'Europa delle Regioni ha, in passato, avuto una sua reale consistenza. Quando invece questa prospettiva ha dovuto fare i conti con la dimensione politica del processo d'integrazione, l'Europa delle Regioni si è immediatamente ritratta, smarrendo improvvisamente il senso della propria esistenza»[83].

Sul piano costituzionale, la problematica si dipana, dunque, nel contrasto tra «pluralismo territoriale» e «pluralismo politico»[84], laddove quest'ultimo stenta ad affermarsi. La dimensione comunitaria risulta inadatta ad assorbire in termini politico-sociali il conflitto tra autonomie – come una democrazia pluralista consentirebbe –, che permane sul piano meramente territoriale interno[85]. Manca un adeguato pluralismo politico europeo[86] e si registra un disallineamento tra i livelli di governo, dovuto anche alla mancanza di una disciplina europea uniforme nei confronti delle autonomie territoriali.

Ne deriva che, specie in periodi di crisi, solo gli Stati economicamente più forti riescono ad emergere: e ciò «appare [proprio], a ben vedere, diretta conseguenza dell'assenza, a livello europeo, di uno spazio pubblico democratico pienamente sviluppato, nel quale i cittadini detengano il potere di decisio-

politicità del processo europeo, affidandone le scelte a circuiti apparentemente neutrali, quello substatale e quello giudiziario».

[82] Così P. Costa, *Le collettività territoriali nel futuro dell'Europa*, in *Astrid*, 2002, 7.

[83] Espressioni di C. De Fiores, *"Remettre les Régions à leur place"*, cit., 93.

[84] Entrambi i virgolettati del periodo sono tratti da F. Balaguer Callejòn, *I Parlamenti sub-statali e la costruzione di una democrazia pluralista a livello europeo*, cit., 6.

[85] In questo senso, G. Ferraiuolo, *Transizione e persistenza. Note su Stato-nazione e processo di integrazione europea*, in *federalismi.it*, 31, 2020, 24, secondo cui «tornando a ragionare in chiave europea, ci si deve chiedere se le risposte che l'Unione (non) ha fornito a questo tipo di conflitti, prodottisi sul territorio europeo, non rappresentino, da un lato, un'occasione persa per provare a ripensare alcune categorie e, dall'altro, un formidabile indicatore della persistenza degli Stati-nazione consolidati, in tutta la loro territorialità e nel loro banale nazionalismo».

[86] Cfr. A. Lucarelli, *Le radici dell'Unione europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., 18. Nello stesso senso, R. Miccù, *Paradigm Shift or Paradigm Lost? Economic Constitutionalism and the Turn of the Century*, in Id., D. Siclari (a cura di), Advanced Law for Economics Selected Essay, Torino, 2014, 5.

ne»[87]. Tuttavia, «non appare tollerabile, […] un aumento delle diseguaglianze proprio nei periodi della crisi, in cui la minoranza più ricca si arricchisce sempre di più e il ceto medio e basso risulta ulteriormente impoverito. La crisi dei meccanismi di ridistribuzione, che è il presupposto primo dell'eguaglianza sostanziale […] deve trovare strumenti di responsabilizzazione dell'Europa sia a Trattati vigenti, sia nella prospettiva di una futura costruzione di un'Europa sociale»[88].

Una soluzione a tali problematiche potrebbe, forse, pervenire dall'Unione stessa, la quale, pur non essendo legittimata a incidere nelle politiche nazionali, potrebbe comunque statuire principi comuni e uniformi per tutti gli ordinamenti, pretendendo un riconoscimento e una tutela delle collettività territoriali eguale in ogni Stato membro. In questo senso, l'Unione europea potrebbe favorire la leale collaborazione tra i livelli di governo, garantendo una effettiva democrazia di prossimità. Infatti, «un'Unione europea che voglia essere comunità politica ed assumere i connessi, illustrati doveri di solidarietà, dovrebbe, e potrebbe, porre […] come suo chiaro obiettivo politico, avendone peraltro strumenti normativi e leve di intervento» la riduzione delle diseguaglianze «all'interno delle Nazioni e tra le Nazioni»[89].

Principi comuni andrebbero indirizzati in ispecie verso il processo decisionale europeo – «anche in forme differenziate per alcune regioni a più forte identità»[90] – e la fase esecutiva, di applicazione delle disposizioni. Declinate in questo senso, le politiche europee – favorendo la partecipazione delle autonomie e garantendo una adeguata sussidiarietà – potrebbero, altresì, *a contrario*, fungere da deterrente per le istanze indipendentiste e secessioniste in alcuni Stati membri. In questo modo, si garantirebbero le istanze territoriali, senza dar luogo a un'eccessiva diffusione del fenomeno delle piccole patrie; «il rafforzamento di una competenza degli organi di governo locale, oltre a migliorare il grado di penetrazione delle politiche comunitarie, avrebbe l'ulteriore effetto di consentire l'avvicinamento del *demos* a quei processi decisionali che sono in grado di condizionare più intensamente proprio la determinazione di uno *status civitatis*»[91].

[87] Così F. Balaguer Callejòn, *I Parlamenti sub-statali e la costruzione di una democrazia pluralista a livello europeo*, cit., 8.

[88] Così A. Patroni Griffi, *Ragioni e radici dell'Europa sociale: frammenti di un discorso sui rischi del futuro dell'Unione*, in *Federalismi.it*, 4, 2018, 46. Nello stesso senso, già M. Luciani, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 3, 2000, 367 ss.

[89] Tutti i virgolettati del periodo sono tratti da A. Patroni Griffi, *Ragioni e radici dell'Europa sociale: frammenti di un discorso sui rischi del futuro dell'Unione*, cit., 45.

[90] Così P. Costa, *Le collettività territoriali nel futuro dell'Europa*, in *Astrid*, 2002, 9.

[91] Così L. Chieffi, *La dimensione statale tra integrazione europea e disarticolazione del sistema delle autonomie*, in Id. (a cura di), *Regioni e dinamiche di integrazione europea*, cit., 19.

Chiaramente, tali soluzioni non sarebbero, isolatamente, sufficienti a colmare le gravi lacune del sistema politico europeo, *in primis* il *democratic disconnect*, dovuto, largamente, alla presenza di un sistema partitico frammentato e vincolato alle mere dinamiche partitiche interne[92] – ossia alla mancanza di reali partiti europei –, all'assenza di un sistema elettorale omogeneo e di un rapporto di fiducia tra Parlamento e Consiglio, nonché di una sfera pubblica europea[93].

L'assenza di una sfera pubblica europea e la «presenza di un Parlamento suddiviso in quote nazionali e di conseguenza basato su elezioni parziali nazionali, e, soprattutto, senza una reale competizione per il potere esecutivo che mobiliti gli elettori e renda più chiari ed evidenti i legami di *responsability e responsiveness*»[94] sembrano ostacoli insormontabili alla realizzazione di un'Unione effettivamente democratica e rappresentativa[95].

Occorrerebbe intervenire, allora, sull'organizzazione del Parlamento europeo, ridefinendone le funzioni nell'ottica di un consolidamento del ruolo dell'istituzione nella determinazione dell'indirizzo politico dell'Unione, ma, soprattutto, occorrerebbe intervenire sulla forma di stato europea e sulla predisposizione di strumenti di partecipazione politica adeguati, che valorizzino, altresì, le autonomie territoriali. L'effettiva attuazione di un pluralismo innanzitutto istituzionale, che consenta alle entità substatali di partecipare alle varie fasi del processo decisionale europeo, potrebbe favorire la partecipazione dei cittadini alle politiche comunitarie e il rafforzamento della democrazia.

[92] Sul punto, cfr. *ex multis*, S. Staiano, *I partiti europei fuori tempo*, in *federalismi.it*, 15, 2012, 2, il quale evidenzia come «I partiti europei, invece, non escono da 'cono d'ombra': essi avrebbero la collocazione, per livello e per contesto, adatta a incidere sul processo costituente in atto, ma non si sono consolidati, né sembra possano consolidarsi a breve, come autonomo fattore propulsivo. E sono ancora in rapporto di stretta dipendenza con i partiti nazionali omologhi. Ora, in una tale situazione, non sembra si possa negare che singoli sistemi partitici, per il tipo di influenza che rimarcano nei rispettivi Paesi, agiscano come vistosi fattori di vischiosità, per motivi legati ai contesti nazionali, nel processo costituente europeo».

[93] Su tali problematiche, sia consentito il rinvio a M.C. Girardi, *Il ruolo del Parlamento europeo nel procedimento di approvazione del Next Generation EU*, in *Rivista AIC*, 2, 2021, 337 ss.

[94] Così G.C.S. Giraudi, *Note critiche sul 'teorema dell'impossibilità di un'Ue pienamente democratica'. Un breve commento al saggio di Dieter Grimm*, in *Nomos*, 2, 2014, 6.

[95] In merito alla necessità del rafforzamento del principio democratico nell'Unione europea, nell'ottica non soltanto della democrazia rappresentativa, ma anche partecipativa, interessante è il dibattito sulla Conferenza per il futuro dell'Europa 2021-2022, (https://wayback.archive-it.org/12090/20230217031758/https://futureu.europa.eu/it/). Sul punto si rinvia a B. Guastaferro, *Un focus dedicato alla Conferenza sul futuro dell'Europa: note introduttive*, in *Dir. pubbl. eur. Rassegna online*, 1, 2023, I ss.

Si potrebbe, dunque, tentare di realizzare un modello neo-federale, strutturando il Parlamento europeo con una Camera rappresentativa dei Paesi membri – come avviene negli Stati federali – contestualmente accentuando il ricorso al principio di sussidiarietà[96], e una Camera rappresentativa dei cittadini.

L'Europa delle Regioni deve, insomma, essere parte di un processo costituente e politico nuovo, basato su un processo federativo che trasformi, sostanzialmente, gli Stati in portori di interessi regionali, in un'ottica di coesione e non di frammentazione. Sembra indispensabile continuare a optare per l'unità nella diversità[97]; anche come «antidoto per assorbire in termini culturali gli effetti indesiderati»[98] del fenomeno delle piccole patrie – dovute a localismi o secessioni[99] –, al fine di scongiurare l'inasprirsi di frammentazioni, asimmetrie e diseguaglianze e l'affermazione di «Regioni senza Europa»[100].

[96] In questi termini, A. Lucarelli, *Le radici dell'Unione europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico dell'economia*, cit., 16 ss.; S. Fabbrini, *Politica Comparata*, Roma-Bari, 2008, spec. 109 ss.

[97] Il tal senso, nell'ottica del superamento delle profonde divisioni all'interno dell'Unione nell'ambito del mercato finanziario si v., da ultimo, il Rapporto sul mercato interno dell'UE di E. Letta, *Much more than a market, Speed, security, solidarity, Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU Citizens*, April 2024. Nell'ambito della coesione politico-economica, si v. il discorso di Mario Draghi alla Conferenza di alto livello sul Pilastro europeo dei diritti sociali del 15 aprile a La Hulpe, per il quale «di norma, […] la coesione politica della nostra Unione richieda che agiamo insieme – possibilmente sempre. E dobbiamo essere consapevoli che la stessa coesione politica è oggi minacciata dai cambiamenti nel resto del mondo. Ripristinare la nostra competitività non è qualcosa che possiamo raggiungere da soli, o solo battendoci a vicenda. Ci impone di agire come Unione europea in un modo mai fatto prima». Il discorso integrale è rinvenibile su https://www.radioradicale.it/scheda/726406/lintervento-di-mario-draghi-alla-conferenza-di-alto-livello-sul-pilastro-europeo-dei. Sul tema, più in generale, cfr. S. Prisco, *La solidarietà verticale. Autonomie verticali e coesione sociale*, in B. Pezzini, C. Sacchetto (a cura di), *Il dovere di solidarietà. Atti del Convegno. Giornate europee di diritto costituzionale tributario*, V, Milano, 2005, 15 ss.

[98] P. Costa, *Le collettività territoriali nel futuro dell'Europa*, cit., 10

[99] Sul tema, *contra*, G. Ferraiuolo, *Costituzione, federalismo, secessione. Un itinerario*, Napoli, 2016, spec. 69 ss.

[100] Cfr. R. Dahrendorf, *Il futuro dello Stato nazionale*, cit., 61.

Federico Girelli[*]

QUALE GARANTE PER LE PERSONE CON DISABILITÀ?

SOMMARIO: 1. Delega legislativa e prolegomeni ministeriali. – 2. Decreto istitutivo: compiti e natura giuridica del Garante. – 3. Tempi d'istituzione, Garanti regionali e sussidiarietà sociale. – 4. A che cosa serve (*rectius* servirà) il Garante.

1. *Delega legislativa e prolegomeni ministeriali*

Sul finire del 2021 è stata approvata la legge 22 dicembre 2021, n. 227 «Delega al Governo in materia di disabilità» (pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale*, Serie Generale, n. 309 del 30 dicembre 2021).

In forza di questa legge il Governo è stato delegato ad adottare «uno o più decreti legislativi per la revisione e il riordino delle disposizioni vigenti in materia di disabilità», in conformità ai principi costituzionali, al diritto internazionale e a quello eurounitario (art. 1, comma 1).

Senz'altro apprezzabile è l'indicazione metodologica che fa da "premessa" ed al contempo è corpo dei principi e criteri direttivi cui il Governo dovrà attenersi nel dare seguito alla delega: al primo comma dell'art. 2 è stabilito che nell'opera di riordino e coordinamento della normativa vigente il Governo dovrà «semplificare il linguaggio normativo».

Di una semplificazione francamente si avvertiva veramente il bisogno, poiché le famiglie delle persone con disabilità quotidianamente si trovano a confrontarsi con una congerie normativa ove anche l'interprete più esperto incontra serie difficoltà a districarsi, con conseguente ed evidente sofferenza sul piano della concreta fruizione di servizi o del godimento di diritti pur formalmente riconosciuti alle persone con disabilità e a chi vive loro accanto.

Le aree d'intervento normativo oggetto di delega sono individuate all'art. 2, secondo comma: *a)* le definizioni concernenti la condizione di disabilità; *b)* l'accertamento della disabilità e la revisione dei suoi processi valutativi di base; *c)* la valutazione multidimensionale della disabilità e la realizzazione del progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato; *d)* l'informatizzazione dei processi valutativi e di archiviazione; *e)* la riqualificazione dei servizi pubblici in materia di inclusione e accessibilità; *f)* l'istituzione di un Garante nazionale delle disabilità; *h)* il coordinamento, tramite discipline transitorie, delle norme

[*] Associato di Diritto costituzionale, Università degli Studi Niccolò Cusano di Roma, federico.girelli@unicusano.it.

introdotte dai decreti legislativi con quelle già vigenti, specie con riferimento alle provvidenze economiche di sostegno e ai livelli essenziali delle prestazioni.

Le «Disposizioni finanziarie» recate dall'art. 3, ove, tra l'altro, si indicano anche «le risorse disponibili nel PNRR», paiono orientate ad una "prudenza contabile", che onestamente costituisce la nota dolente di questo provvedimento.

Un passo in avanti, in ogni modo, è obiettivamente stato fatto.

Peraltro, il 28 febbraio 2019 il Consiglio dei Ministri aveva approvato il disegno di legge recante «Delega al Governo di semplificazione e codificazione in materia di disabilità», con cui s'intendeva delineare un progetto di regolamentazione complessiva dei diversi ambiti di vita delle persone con disabilità forse ancora più ambizioso di quello ora inscritto nella legge delega effettivamente approvata dalle Camere del Parlamento alla fine del 2021. Su quel primo disegno di legge governativo, anzi, la dottrina non ha mancato di offrire il proprio contributo di riflessione critica anche sul profilo specifico dell'istituzione di un'«Autorità Garante Nazionale dei diritti delle persone con disabilità»[1].

In ogni modo, resta il fatto che, come detto, in forza dell'art. 1, comma 1, della legge n. 227/2021 il Governo è stato delegato ad adottare, entro il 15 marzo 2024, uno o più decreti legislativi per la revisione e il riordino delle disposizioni vigenti in materia di disabilità.

Il termine per l'esercizio della delega, invero, era fissato originariamente in 20 mesi dalla data di entrata in vigore della legge n. 227/2021, e dunque cadeva il 31 agosto 2023, ma è stato poi differito dall'art. 1, comma 5, della legge 24 febbraio 2023, n. 14, di conversione del D.L. 29 dicembre 2022, n. 198.

Le ragioni di questa proroga potrebbero esser dovute, in effetti, anche all'articolata procedura prevista dalla stessa legge di delega, che contempla l'acquisizione dei pareri delle commissioni parlamentari, anche sul piano finanziario, del Consiglio di Stato, nonché, ove possibile, il raggiungimento dell'intesa in sede di Conferenza unificata: passaggi tecnici, questi, comunque necessari, che non si può certo escludere abbiano in qualche modo inciso sui tempi di decisione del legislatore delegato[2].

[1] Vedi A. Blasini, *L'"Amministrazione per la disabilità"*, in *Verso il "Codice per la persona con disabilità". Analisi, indirizzi e proposte sul disegno di legge recante "Delega al Governo di semplificazione e codificazione in materia di disabilità" approvato dal Consiglio dei ministri il 28 febbraio 2019*, a cura di E. Vivaldi e A. Blasini, Estratto dal Fascicolo n. 1/2021 di *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 470 ss.

[2] Sugli aggravamenti procedurali posti dalle leggi di delega vedi E. Frontoni, *Pareri e intese nella formazione del decreto legislativo*, Napoli, 2012; mentre sul problema della mancata attuazione della delega legislativa vedi D. De Lungo, *Le deleghe legislative inattuate*, Napoli, 2017.

Nemmeno può sottacersi la previsione di cui all'art. 1, comma 4, della legge n. 227/2021, per cui il Governo, entro 24 mesi dalla data di entrata in vigore ciascuno dei decreti legislativi di cui al comma 1, può adottare disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi medesimi.

Giova altresì ricordare che lo strumento della delega legislativa è stato prescelto di recente anche per istituire il «Garante nazionale del contribuente».

La legge 9 agosto 2023, n. 111 (Delega al Governo per la riforma fiscale) all'art. 4, comma 1, lett. i), infatti, così prescrive: «prevedere l'istituzione e la definizione dei compiti del Garante nazionale del contribuente, quale organo monocratico con incarico di durata quadriennale, rinnovabile una sola volta, e la contestuale soppressione del Garante del contribuente, operante presso ogni direzione regionale delle entrate e direzione delle entrate delle province autonome, di cui all'articolo 13 della legge 27 luglio 2000, n. 212, e assicurando la complessiva invarianza degli oneri finanziari». E non si può non notare (anche) qui la presenza della clausola d'invarianza finanziaria, divenuta ormai (purtroppo) una formula quasi di stile nei testi normativi.

Ad anticipare, prima della sua formale adozione, i contenuti del decreto legislativo sull'istituzione dell'Autorità «Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità» è stato lo stesso Ministro per le disabilità, Alessandra Locatelli, con una nota diramata al termine del Consiglio dei Ministri del 17 luglio 2023:

> L'istituzione del Garante Nazionale per le persone con disabilità è il secondo decreto attuativo della Legge delega 22 dicembre 2021, n. 227 "Delega al governo in materia di disabilità" ed è un altro segnale concreto di questo Governo per le persone con disabilità e le loro famiglie.
> Si tratta di una figura fondamentale – spiega il Ministro Locatelli – che promuove e tutela i diritti delle persone con disabilità, dispone di autonomi poteri di organizzazione, di indipendenza amministrativa e non ha vincolo di subordinazione.
> Il Garante ha la facoltà di formulare raccomandazioni e pareri alle amministrazioni e ai concessionari pubblici, sollecitando o proponendo interventi, misure o accomodamenti ragionevoli idonei a superare le criticità riscontrate – aggiunge il Ministro –. Può emettere un parere motivato nel quale indica gli specifici profili delle violazioni individuate e, ove possibile, propone il ricorso all'autotutela amministrativa entro novanta giorni. Per esempio, nei casi di mancato adeguamento a quanto previsto nei piani per l'eliminazione delle barriere architettoniche, nonché di ogni altra barriera che impedisca alle persone con disabilità di poter accedere agli edifici pubblici e aperti al pubblico o che ne limiti la fruizione in modo significativo, il Garante può proporre all'amministrazione competente un cronoprogramma per rimuo-

> vere le barriere stesse, vigilando sui relativi stati di avanzamento, e dinanzi all'inerzia delle pubbliche amministrazioni, constatata l'assenza di fondate motivazioni, può proporre azione per l'accertamento dell'obbligo di provvedere, ovvero agire per l'accertamento della nullità degli adottati. Inoltre, può compiere verifiche nelle strutture che erogano servizi pubblici essenziali e, tra queste, le strutture residenziali e semiresidenziali, i centri di accoglienza residenziali e i centri diurni, nonché gli istituti penitenziari.
> Questo decreto – conclude il Ministro – istituisce una figura non solo di riferimento, operativa e con compiti precisi, ma definisce anche un reale percorso di supporto nel rispetto della Convenzione Onu e del diritto di ogni persona ad una vita dignitosa e pienamente partecipata[3].

Il ministro fa riferimento ad «accomodamenti ragionevoli», canone che rientra nei principi e criteri direttivi della legge di delega fissati, per quanto qui interessa, nell'art. 2, comma 2, lett. f):

> 1) istituire il Garante nazionale delle disabilità, quale organo di natura indipendente e collegiale, competente per la tutela e la promozione dei diritti delle persone con disabilità;
> 2) definire le competenze, i poteri, i requisiti e la struttura organizzativa del Garante, disciplinandone le procedure e attribuendo a esso le seguenti funzioni:
> 2.1) raccogliere segnalazioni da persone con disabilità che denuncino discriminazioni o violazioni dei propri diritti, anche attraverso la previsione di un centro di contatto a ciò dedicato;
> 2.2) vigilare sul rispetto dei diritti e sulla conformità alle norme e ai principi stabiliti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, dalla Costituzione, dalle leggi dello Stato e dai regolamenti;
> 2.3) svolgere verifiche, d'ufficio o a seguito di segnalazione, sull'esistenza di fenomeni discriminatori e richiedere alle amministrazioni e ai concessionari di pubblici servizi le informazioni e i documenti necessari allo svolgimento delle funzioni di sua competenza;
> 2.4) formulare raccomandazioni e pareri alle amministrazioni e ai concessionari pubblici interessati sulle segnalazioni raccolte, anche in relazione a specifiche situazioni e nei confronti di singoli enti, sollecitando o proponendo interventi, misure o accomodamenti ragionevoli idonei a superare le criticità riscontrate;

[3] Vedi la *Nota* del Ministro per le disabilità «Parte l'iter per l'istituzione del Garante Nazionale per le persone con disabilità», 17 luglio 2023 (*http://www.disabilita.governo.it/it/notizie/parte-liter-per-listituzione-del-garante-nazionale-per-le-persone-con-disabilita/*).

> 2.5) promuovere una cultura del rispetto dei diritti delle persone con disabilità attraverso campagne di sensibilizzazione e comunicazione e progetti di azioni positive, in particolare nelle istituzioni scolastiche, in collaborazione con le amministrazioni competenti per materia;
> 2.6) trasmettere annualmente una relazione sull'attività svolta alle Camere nonché al Presidente del Consiglio dei ministri ovvero all'Autorità politica delegata in materia di disabilità.

Occorre allora ora verificare come il Governo abbia dato seguito a questa delega.

2. *Decreto istitutivo: compiti e natura giuridica del Garante*

In forza della delega ricevuta il Governo ha quindi adottato il decreto legislativo 5 febbraio 2024, n. 20 «Istituzione dell'Autorità Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità, in attuazione della delega conferita al Governo» (pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale*, Serie Generale, n. 54 del 5 marzo 2024).

Si può subito notare già nella denominazione del decreto legislativo una diversa opzione rispetto a quella prevista all'art. 1, comma 5, lett. f) della legge di delega, che prescrive l'istituzione di un «Garante nazionale delle disabilità», *nomen* poi ripreso all'art. 2 in sede di definizione dei principi e criteri direttivi[4].

È apprezzabile la scelta fatta dal Governo, che ovviamente non integra un eccesso di delega o comunque uno sviamento dai limiti insiti nella stessa.

Basta, infatti, por mente alle distinte funzioni imputabili alla delega legislativa, da un lato, e al provvedimento che ad essa dà attuazione, dall'altro. La prima individua una materia, in questo caso la «disabilità», come nitidamente già emerge dal titolo della legge n. 227/2021 («Delega al Governo in materia di disabilità»), che poi il legislatore delegato, appunto, dovrà regolare nel dettaglio.

Il Parlamento, quindi, definisce "in astratto", se così si può dire, l'oggetto della regolazione, pur comunque orientandola, mentre il Governo, e nel caso che ci occupa è particolarmente evidente, procede a dettare una normazione che riempie di contenuto e dà svolgimento a quanto nella legge di delega è previsto solo per "principi".

Ed è questa "progressione normativa" che ha portato dal *contemplare* un «Garante nazionale delle disabilità» all'*istituire* l'Autorità «Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità».

Non si tratta di una mera questione terminologica.

[4] Vedi *supra* § 1.

Il Garante viene infatti qualificato come «Autorità» che ha competenza non già sulle «disabilità», bensì sui «diritti delle persone con disabilità». Si tratta cioè di un organo che non è chiamato ad intervenire genericamente in un ambito (quello delle disabilità), ma che deve salvaguardare situazioni giuridiche soggettive (i diritti delle persone con disabilità): il Garante si deve occupare *di diritti di persone*.

Dall'analisi del dato positivo è possibile evincere *come* il Garante dovrebbe svolgere questa sua funzione fondamentale. A riguardo occorre far riferimento all'art. 4 rubricato «Funzioni e prerogative del Garante».

In base a tale disposizione, intanto, al Garante compete un potere di vigilanza, che si potrebbe definire "generale": infatti la lett. a) del comma 1 prescrive che vigili «sul rispetto dei diritti e sulla conformità ai principi stabiliti» in pratica da ogni fonte che interessi le persone con disabilità, a partire dalla Convenzione delle Nazioni Unite (ratificata e resa esecutiva con la legge 3 marzo 2009, n. 18) sino ad arrivare a normative subordinate alla legge.

Tale attribuzione appare propedeutica a quelle previste dalle lettere successive, che esibiscono stilemi più immediatamente operativi, fermo che, comunque, la "vigilanza" non è un mero "monitoraggio", tanto che nell'economia del comma 1 dell'art. 4 del decreto legislativo si ha la netta impressione che le competenze, di cui alle lettere b) e seguenti, quasi "concretizzino" questo "potere generale di vigilanza", riempiendolo quindi di un contenuto proiettivo, connotato cioè da ricadute, che fanno sì che non si arresti (*rectius* limiti) all'attività di monitoraggio.

Ed infatti, ad esempio, il Garante *contrasta* le discriminazioni, le molestie o il «rifiuto dell'accomodamento ragionevole»[5] (lett. b); promuove l'*effettivo* godimento dei diritti anche *impedendo* che le persone con disabilità cadano «vittime di segregazione» (lett. c); svolge *verifiche* sui «fenomeni discriminatori» (lett. e); visita, *con accesso illimitato ai luoghi*, le strutture che erogano servizi pubblici essenziali, facendosi accompagnare eventualmente da esperti del proprio Ufficio, potendo tenere «colloqui riservati, senza testimoni» e, all'occorrenza, avvalendosi della «collaborazione di altri organi dello Stato» (lett. n); effettua le visite degli istituti penitenziari e delle camere di sicurezza «senza autorizzazione» al pari del Presidente del Consiglio dei Ministri o dei membri del Parlamento e comunque di tutti quei soggetti indicati all'art. 67 della legge n. 354 del 1975 (lett. o).

[5] Sul concetto di «accomodamento ragionevole» vedi ora D. Piccione, *Costituzionalismo e disabilità. I diritti delle persone con disabilità tra Costituzione e Convenzione ONU*, Torino, 2023, 132 ss.

Il lessico prescelto dal legislatore delegato, insomma, qualifica i compiti del Garante come attività concrete e appare significativo che non abbia mancato di precisare che possa *agire* e *resistere* in giudizio «a difesa delle proprie prerogative» (lett. p), consolidando così l'effettività delle funzioni formalmente attribuite.

Oltre a queste, poi, il Garante è chiamato a svolgere tutta una serie di funzioni di supporto, collaborazione, coordinamento, raccordo, promozione, informazione ed anche, in un certo senso, di regolazione. Infatti, esprime «pareri motivati» sulle segnalazioni ricevute (lett. d); acquisisce informazioni e documenti utili all'esercizio delle proprie funzioni (lett. f); a seguito delle segnalazioni ricevute può formulare pareri e raccomandazioni alle amministrazioni interessate ed anche proporre e sollecitare «misure o accomodamenti ragionevoli idonei a superare le criticità riscontrate» (lett. g); promuove la cultura del rispetto dei diritti delle persone con disabilità, così come rapporti di collaborazione con i garanti od organismi di livello locale e regionale, comunque denominati, che abbiano competenza sulla tutela dei diritti delle persone con disabilità, *assicura* la consultazione con le associazioni rappresentative delle persone con disabilità e «collabora con gli organismi indipendenti nazionali» (lett. h, i, l, r); trasmette annualmente la relazione sull'attività svolta alle Camere, al Presidente del Consiglio dei ministri o «all'Autorità politica delegata in materia di disabilità sull'attività svolta» [*id est* Ministro o Sottosegretario con delega sulle disabilità] (lett. m); «definisce e diffonde codici e raccolte delle buone pratiche in materia di tutela dei diritti delle persone con disabilità nonché di modelli di accomodamento ragionevole» (lett. q).

Se allora sono questi i compiti affidati al Garante, occorre ora verificare se, per esercitarli, sia stato effettivamente istituito un «organo di natura indipendente e collegiale», così come prescritto dalla legge di delega.

Che sia collegiale è indubbio poiché ai sensi dell'art. 2, comma1, del decreto legislativo n. 20/2024 è «composto dal presidente e da due componenti».

Circa la «natura indipendente», è dato riscontrare diversi elementi tesi a strutturarla.

I) Intanto la modalità di nomina: «determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica» (art. 2, comma 6). È questo uno stilema tipico dell'intento di garantire, appunto, l'indipendenza, la terzietà, la non appartenenza politica alcuna dell'organo, seppure in dottrina ne siano stati evidenziati i limiti[6].

[6] Vedi M. Manetti, *Sull'autonomia e indipendenza delle autorità*, in *Rivista AIC*, n. 3/2023, 44.

II) I requisiti richiesti per poter essere nominati membri del Collegio: «notoria indipendenza» e «specifiche e comprovate professionalità, competenze o esperienze» (art. 2, comma 2).
III) I casi di preclusione alla nomina (art. 2, comma 3).
IV) Il regime delle incompatibilità (art. 2, comma 4).
V) Il regime delle preclusioni successive al mandato (art. 2, comma 5).
VI Il divieto di destituzione a cagione di «motivi connessi allo svolgimento» dei compiti istituzionali e l'assenza di «vincolo di mandato» nell'adempimento degli stessi (art. 2, comma 7).
VII) Il riconoscimento di una congrua indennità di funzione così come del rimborso delle spese sostenute «in occasione di attività istituzionali» (art. 2, commi 10 e 11).
VIII) L'adozione in autonomia di un «codice di condotta» (art. 3, comma1).

E se questi sono indici di indipendenza che vanno a connotare lo *status* dei membri del Garante, vanno anche tenute in considerazione le previsioni volte a garantire che l'azione in concreto del Garante abbia modo di svolgersi in modo indipendente, appunto, ed efficace.

Da questo punto di vista allora occorre far riferimento alla potestà di autodisciplina delle attività del Collegio e del Presidente nonché «in materia di organizzazione, funzionamento, esercizio delle funzioni e contabilità» (artt. 2, comma 1, e 3, comma 1) ed anche all'istituzione di un proprio apparato burocratico servente: l'«Ufficio del Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità» (art. 3), ai cui impiegati, peraltro, si applica il «codice di condotta» (art. 3, comma 1) ed i cui dirigenti sono soggetti al regime di preclusioni successive alla cessazione dalle funzioni (art. 2, comma 5).

Tale apparato burocratico, poi, nelle intenzioni del legislatore delegato pare proprio non voler essere un apparato "raccogliticcio", bensì dotato di specifiche competenze e professionalità, utili non solo alle funzioni, ma anche «alle caratteristiche di indipendenza e imparzialità del Garante». È affidata, infatti, ad un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri l'istituzione dell'«apposito ruolo del personale dipendente dell'Ufficio del Garante», cui si accede per concorso pubblico (art. 3, comma 3). Nondimeno, l'Ufficio del Garante può anche avvalersi di personale di pubbliche amministrazioni (che non appartenga però a comparti espressamente indicati), nonché di «esperti […] di elevata competenza in ambito giuridico, amministrativo, contabile o di comprovata esperienza in materia di disabilità». (art. 3, commi 4 e 5).

Inoltre, all'esplicitato fine di consentire al Garante l'effettivo esercizio delle proprie funzioni a partire dalla data prevista per l'inizio della sua attività, ossia il 1° gennaio 2025, «provvisoriamente» è chiamato ad operare presso l'Ufficio

«un primo contingente» di dipendenti della pubblica amministrazione «in possesso delle competenze e dei requisiti di professionalità ed esperienza necessari», che potranno eventualmente poi confluire nel «ruolo autonomo», una volta istituito (art. 3, comma 6). Previsione, quest'ultima, diretta, in effetti, da un lato, a motivare il pubblico dipendente nell'impegno assunto dapprima «provvisoriamente» e, dall'altro, a non disperderne poi, all'occorrenza, la professionalità, onde assicurare così continuità nell'azione del Garante.

Ora, all'esito della disamina del dato positivo, quel che emerge nitidamente è che il legislatore delegato quanto a requisiti, modalità di nomina e struttura organizzativa abbia indubbiamente preso a modello l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, autorità indipendente istituita con la legge n. 112/2011[7], che, però, è «organo monocratico» (art. 2 legge n. 112/2011). Stando così le cose, il Garante potrebbe venir ascritto al *genus* delle autorità indipendenti, fermo che la «stessa definizione di autorità indipendente rimane incerta e controversa»[8].

3. *Tempi d'istituzione, Garanti regionali e sussidiarietà sociale*

Come s'è visto, la venuta alla luce del Decreto istitutivo del Garante ha richiesto il suo tempo, probabilmente anche per ragioni tecniche, tanto che si è reso necessario disporre un prolungamento del termine di adozione inizialmente previsto[9]. Ma il fatto che sia stata data finalmente la disciplina fondamentale sull'attività del Garante non significa, perciò solo, che quest'ultimo sia realmente operativo. Il decreto legislativo stesso, del resto, individua nel 1° gennaio 2025 la data di effettiva istituzione dell'Autorità «Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità» (art. 1, comma 1) e, invero, si preoccupa altresì del fatto che in questa data realmente si dia «immediato avvio» alle attività in «piena operatività» (art. 3, commi 6 e 7).

Nel corso del 2025, quindi, il Garante dovrebbe iniziare ad esercitare effettivamente le sue funzioni.

[7] Sul fatto che l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza (così come il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale) appartenga alla categoria delle «istituzioni considerate autorità indipendenti» vedi M. Siclari, *Altri organi*, in *Diritto pubblico*, Sesta edizione, a cura di F. Modugno, Torino, 2023, 574. D. Piccione, *Costituzionalismo e disabilità. I diritti delle persone con disabilità tra Costituzione e Convenzione ONU*, cit., 139-140, ferme le difficoltà di qualificazione dogmatica, rileva come l'esperienza dei due citati Garanti sia confluita quale «componente culturale» nelle previsioni della legge di delega relative al Garante nazionale per le disabilità (vedi *supra* § 1).

[8] Così M. Manetti, *Sull'autonomia e indipendenza delle autorità*, cit., 32.

[9] Vedi *supra* § 1.

Ad oggi però sono già attivi diversi "Garanti regionali" (ma ve ne sono anche di livello comunale)[10] ed è auspicabile che il Garante nazionale possa in effetti svolgere una funzione di raccordo ed anche di supporto nei loro confronti, atteso che, come s'è visto, tra i suoi compiti rientra quello di promuovere rapporti di collaborazione con i garanti od organismi di livello locale e regionale, comunque denominati (art. 4, comma 1, lett. i).

Solamente a titolo esemplificativo si possono: ricordare il Garante Regionale dei Diritti delle Persone con Disabilità della Regione Puglia[11], il Garante regionale dei diritti della persona (con competenze ad ampio spettro) della Regione Marche[12], il Garante delle persone con disabilità della Regione Lombardia[13], l'Autorità Garante della persona con disabilità della Regione Siciliana[14], il Garante regionale dei diritti delle persone con disabilità della Regione Umbria[15].

Ed in questo senso le Regioni continuano ad indirizzarsi: si pensi, per un caso recente, alla Regione Lazio che ha approvato la legge n. 7/2023 intitolata appunto «Istituzione del Garante regionale per la tutela delle persone con disabilità».

Si registrano comunque anche formule organizzative diverse: basti pensare alla Regione Toscana ove opera l'Osservatorio sociale regionale, che non è un Garante indipendente in senso tecnico, ma una «struttura organizzativa della Regione» che svolge soprattutto opera di monitoraggio e analisi (art. 40 legge regionale n. 41/2005).

Nemmeno va dimenticata «l'autonoma iniziativa dei cittadini» che «sulla base del principio di sussidiarietà» (art. 118, comma 4, Cost) da anni si adoperano (ed in questo dovrebbero essere *favoriti* da tutti gli enti che costituiscono la Repubblica) per tutelare i diritti delle persone con disabilità e delle loro famiglie. Per quanto qui in particolare interessa, soprattutto per distinguerlo

[10] Tra le esperienze più recenti si pensi, ad esempio, al Garante per i diritti della persona disabile del Comune di Pesaro (*https://www.comune.pesaro.pu.it/il-comune/garante-persone-con-disabilita/*) o al Garante della Persona con disabilità del Comune di Napoli (*https://www.comune.napoli.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/48959*), che operano entrambi a titolo gratuito.

[11] Vedi *https://garantedisabili.consiglio.puglia.it/*.

[12] Vedi *https://www.garantediritti.marche.it/*.

[13] Vedi *https://www.difensoreregionale.lombardia.it/wps/portal/site/difensore-regionale/competenze/funzioni-di-garanzia/garante-delle-persone-con-disabilita*.

[14] Vedi *https://www.regione.sicilia.it/istituzioni/regione/strutture-regionali/assessorato-famiglia-politiche-sociali-lavoro/dipartimento-famiglia-politiche-sociali/garante-regionale-persona-disabilita*.

[15] Vedi *https://www.regione.umbria.it/sociale/garante-regionale-dei-diritti-delle-persone-con-disabilita*.

dalla "vera" Autorità Garante, va almeno ricordata l'esperienza dell'"Ufficio nazionale del garante della persona disabile Onlus-APS", che è un'organizzazione appunto di diritto privato. Si tratta di una realtà nata dapprima in Sicilia che ha poi esteso la sua attività in diversi Comuni in tutta Italia ed ora, considerata l'istituzione del Garante nazionale col decreto legislativo n. 20/2024, ha mutato la propria denominazione in "Ente Nazionale Tutela Disabilità APS" onde concentrare la propria opera di promozione della figura del "Garante della Persona con disabilità" nei territori comunali e regionali[16].

In tale quadro il Garante nazionale neoistituito potrebbe ritagliarsi un ruolo, dando ad esempio indicazioni alle istituzioni regionali o locali su come *favorire*, proprio ai sensi dell'art. 118, comma 4, Cost., non solo le realtà (importantissime) del Terzo settore[17], ma anche quegli operatori della c.d. economia solidale, che, scevri da motivazioni compassionevoli, nella logica di realizzare dei profitti pongono in essere negozi giuridici sorretti dalla «causa solidale»[18]. L'inclusione, ove possibile, delle persone con disabilità in tale ambito potrebbe tradursi in una modalità di accesso al (vero) mondo del lavoro, frontiera ultima di autentica realizzazione personale.

4. *A che cosa serve* (rectius *servirà) il Garante*

Resta ora da chiedersi come opererà il Garante una volta che inizierà la sua attività ovverosia, in buona sostanza, a che cosa serva questa nuova «Autorità».

Occorre allora far subito riferimento all'art. 1 del decreto che si esprime in termini non solo di «tutela» e «promozione», ma di «concreta attuazione» dei diritti delle persone con disabilità (in conformità al diritto internazionale, eurounitario e interno) che il Garante è chiamato ad *assicurare*. Inoltre, i compiti affidati alla neoistituita Autorità sembrano in effetti improntati alla operatività; ed in questo senso è significativo il fatto che il Collegio debba ad essi dedicarsi a tempo pieno (s'è visto infatti il regime delle incompatibilità e la previsione di una congrua indennità) e col supporto di un apparato burocratico servente[19].

Insomma, non si tratta di svolgere un incarico onorifico di mera rappresentanza, ma di esercitare poteri che incidono sulla realtà giuridica e fattuale.

Anche la stessa disciplina dei «pareri motivati» che il Garante può emettere (art. 5) è tutta volta ad ottenere un risultato, sia nell'applicazione della

[16] Vedi *http://www.ufficionazionalegarantedisabili.org/*.

[17] Vedi, a riguardo, A. Candido, *Disabilità e prospettive di riforma. Una lettura costituzionale*, Milano, 2017, 33 ss.

[18] Vedi B. Agostinelli, *L'«autonoma iniziativa» dei privati nell'economia solidale. Nuove prospettive della sussidiarietà*, Napoli, 2018.

[19] Vedi *supra* § 2.

logica dell'«accomodamento ragionevole» sia quando si tratti di rimuovere qualsivoglia tipo di barriera all'accesso di luoghi pubblici e privati; ed è altresì contemplata l'ipotesi di intervento in «casi di urgenza», così come un regime di pubblicità delle «proposte di accomodamento ragionevole» onde «favorire la diffusione delle buone pratiche», in modo da così prevenire nuovi potenziali conflitti appunto perché si rendono conoscibili ai soggetti pubblici e privati le giuste modalità di condotta, relazionali o organizzative che siano.

Non solo, il Garante è abilitato ad attivare l'apposita tutela giurisdizionale in caso di inerzia delle pubbliche amministrazioni (o dei concessionari di pubblici servizi) ed anche per l'accertamento delle nullità che eventualmente affliggano il provvedimento adottato (art. 6).

Del resto, già nella nota del Ministro, che ha anticipato la formale adozione del decreto legislativo, si tendeva a valorizzare la concretezza degli interventi, l'operatività fattiva del Garante[20] e nemmeno è escluso che possa esercitare quel «potere di influenza», che è stato riconosciuto in capo alle autorità indipendenti[21].

E che il legislatore delegato abbia voluto disegnare un Garante che debba riuscire a "cambiare le cose" lo si evince anche da un aspetto connotato da particolare delicatezza: il carcere, che con la sua drammaticità funziona come una sorta di cartina di tornasole circa il reale stato di avanzamento di una determinata società[22]. Già, *in apicibus*, nell'art. 1 il Garante è chiamato ad individuare «forme di collaborazione» con il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale (fermi i poteri di visita di cui s'è detto)[23]. Questa attenzione alla realtà carceraria o, meglio, come si legge sempre nell'art. 1, «alle persone con disabilità che sono private della libertà personale» emblematicamente rivela l'intento di istituire un Garante che usi sul serio i propri poteri per poter incidere davvero sulla vita delle persone.

E non è un caso che la dottrina attenta ai problemi delle disabilità dedichi attenzione all'attività del Garante nazionale dei diritti delle perso-

[20] Vedi *supra* § 1.

[21] Vedi A. Pirozzoli, *Il potere di influenza nel sistema costituzionale. Le "forze politiche" inaspettate*, Torino, 2019, 67 ss; Ead., *Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti*, in *federalismi.it*, n. 23/2017, 2 ss. Per lo studio delle autorità indipendenti quali produttrici di *soft law* vedi M. E. Bucalo, *Autorità indipendenti e* soft law. *Forme, contenuti, limiti e tutele*, Torino, 2018.

[22] Per un'indagine sulla realtà delle carceri fatta "sul campo" vedi A. Capriccioli, *Tre metri quadri. Quattro anni di visite in carcere*, Busto Arsizio (VA), 2022. Sulla tutela costituzionale dei detenuti vedi naturalmente M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002; più di recente S. Talini, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018.

[23] Vedi *supra* § 2.

ne private della libertà personale, a proposito dell'analisi dei «percorsi di deistituzionalizzazione» con riferimento al sistema di assistenza «basato sul modello del servizio-struttura»[24], su cui, giustamente, il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale ha esteso la propria competenza[25].

Il Garante, dunque, non è chiamato ad operare in solitudine: dallo stesso art. 1 del decreto, del resto, viene definito come «articolazione del sistema nazionale per la promozione e la protezione dei diritti delle persone con disabilità» ed è chiamato a collaborare con l'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità.

Non è certo un compito semplice, quindi, quello che attende il Collegio da poco nominato.

L'auspicio è che coloro che sono stati prescelti concorrano a costituire un Garante di alto profilo tecnico, che valorizzi le diverse "anime", tutte utili per assolvere al meglio le funzioni istituzionali: esperti del settore che hanno operato "sul campo", persone cioè che abbiano conoscenza diretta dei problemi quotidiani delle *persone*; personalità espressione di qualificati apparati burocratici, che appunto abbiano sicura contezza del funzionamento delle pubbliche amministrazioni; soggetti dotati di elevata preparazione tecnico-scientifica sulle materie oggetto d'intervento.

Confidiamo che i membri del Collegio, nominati con la «determinazione» dei Presidenti di Camera e Senato[26], si lascino guidare dall'insegnamento dell'Imperatore filosofo, che possiamo leggere nel Libro IV dei suoi "Pensieri": «Non intraprendere nessuna azione a caso, né in altro modo che non sia perfettamente a regola d'arte»[27].

Quel che è certo è che quando si interviene su quanto interessa le persone con disabilità, bisogna sempre tener a mente che di *persone* appunto ci si sta occupando e che queste *persone*, in quanto esseri umani, sono molto diverse fra di loro[28] ed hanno diritto ad aspirare alla propria autorealizzazione. Si tratta

[24] Vedi E. Vivaldi, *Disabilità mentali e vita indipendente. Percorsi di attuazione del principio personalista*, Napoli, 2023, 189 ss.

[25] Vedi E. Vivaldi, *Disabilità mentali e vita indipendente. Percorsi di attuazione del principio personalista*, cit., 102.

[26] Vedi *supra* § 2.

[27] Marco Aurelio, *Pensieri* [II sec. d.C.], IV, 2, edizione a cura di M. Ceva, Milano, 1989, 59: «Μηδὲν ἐνέργημα εἰκῇ μηδὲ ἄλλως ἢ κατὰ θεώρημα συμπληρωτικὸν τῆς τέχνης ἐνεργείσθω» (58).

[28] Del resto, la stessa Corte costituzionale ha affermato che «i disabili non costituiscono un gruppo omogeneo»: Corte cost. n. 80/2010, n. 3 del *Considerato in diritto*. In questa decisione la Corte torna ad applicare il canone della ragionevolezza, sul quale vedi le considerazioni di S. Prisco, *"Rigore è quando arbitro fischia"?*. Spunti di 'ragionevole' scetticismo su legislatore, Corti

cioè di abbandonare ogni approccio pietistico e di attivare semmai le dovute misure di sostegno, che, ove possibile, si conformino al paradigma dell'«autonomia protetta», come messo in luce dalla dottrina[29].

In tutto ciò il Garante dovrà ricoprire un ruolo da protagonista sia sul piano strettamente operativo sia su quello culturale generale. E nella sua azione, naturalmente, non potrà non tener conto anche del contesto familiare in cui la persona con disabilità è inserita ed adoperarsi, pertanto, perché anche i familiari ricevano il giusto supporto[30].

Il dato di realtà è imprescindibile se sul serio ci si vuole occupare dei problemi delle persone con disabilità.

E nella realtà spesso incontriamo genitori anziani, stanchi, che non ce la fanno più; nella realtà esistono fratelli che hanno pur diritto a vivere la propria vita, così come a non scomparire dall'orizzonte familiare sia per i propri congiunti sia per le istituzioni.

e interpretazione, in Liber Amicorum *in onore di Augusto Cerri. Costituzionalismo e democrazia*, Napoli, 2016, 633 ss.

[29] Vedi G. Matucci, *Persona, formazione, libertà. L'autorealizzazione della persona con disabilità fra istruzione e* legal capacity, Milano, 2021.

[30] Sui caregiver familiari vedi, da ultimo, P. Torretta, *Costituzione, non autosufficienza e nuove vulnerabilità: il caso dei caregiver familiari*, in *federalismi.it*, n. 5/2024, 202 ss.

Barbara Guastaferro[*]

COSTITUZIONE, ORDINAMENTO GIUDIZIARIO E SEPARAZIONE DELLE CARRIERE: RIFLESSIONI SUI RECENTI TENTATIVI DI RIFORMA COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Costituzione e magistratura. – 2. I tentativi di riforma costituzionale presentati nel corso della diciannovesima legislatura. – 3. Le criticità relative ai contenuti: l'incoerenza tra fini e mezzi. – 4. Le criticità relative al metodo della revisione: contro una politica costituzionale appannaggio della politica di maggioranza.

1. *Costituzione e magistratura*

L'articolo 101, la disposizione posta in epigrafe al titolo IV, Parte seconda, della Costituzione, dedicato alla Magistratura, secondo cui «*La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge*», squaderna immediatamente il dilemma del Costituente: come assicurare l'indipendenza della magistratura, soggetto pubblico tradizionalmente deputato a tutelare le posizioni soggettive dei singoli cittadini, senza però estraniarla completamente dalla vita della Nazione, rendendola un corpo chiuso in sé stesso e autoreferenziale. In questa prospettiva non può, né deve, sorprendere il riferimento al popolo rispetto alla cui indiscussa sovranità la Costituzione fornisce nella separazione dei poteri lo «schema di stabilizzazione del pluralismo, ricomponendone in tal modo la sua fisiologica frammentarietà»[1].

Non casualmente, in un noto saggio, Vezio Crisafulli, nel costruire un modello giuridico di rapporti tra Stato e popolo, osserva come la Costituzione del

[*] Ordinaria di Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II – barbara.guastaferro@unina.it

[1] In questi termini, S. PRISCO, *I costituzionalismi antichi e moderni*, in ID., *Costituzione, diritti umani, forma di governo*, Torino, 2014, 17. Come acutamente osservato da C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione* (1948), ripubblicato in ID., *La Costituzione, Saggi*, Padova, 1954, 11, «la disposizione che il popolo è sovrano nelle forme e nei limiti della Costituzione non significa che la Costituzione sopravvenga per porre limiti estrinseci all'esercizio di una preesistente sovranità del popolo (e che in sostanza la Costituzione neghi la sovranità popolare per affermare la propria), ma proprio all'opposto che la sovranità del popolo esiste solo nei limiti e nelle forme in cui la Costituzione la organizza, la riconosce e la rende possibile, e fin quando sia esercitata nelle forme e nei limiti del diritto. Fuori dalla Costituzione e del diritto non c'è la sovranità, ma l'arbitro popolare, non c'è il popolo sovrano, ma la massa con le sue passioni e con la sua debolezza».

1948 abbia introdotto una vera rappresentanza diretta del secondo da parte del primo, nel senso che lo Stato soggetto agisce non soltanto per conto del popolo, ma anche nel suo nome: «La cd. *contemplatio domini*, ossia la dichiarazione espressa dell'agire per altri, che caratterizzerebbe la rappresentanza *stricto sensu*, si ritrova, infatti, non solo nell'art. 1 […] che fa dello lo Stato soggetto una delle "forme" (*rectius* tra i mezzi) attraverso cui la sovranità popolare viene costituzionalmente esercitata […] ma essa si ravvisa nella sua forza anche nelle norme relative alla funzione giurisdizionale, che deve essere amministrata "in nome" del popolo»[2].

Quasi tutte le disposizioni del titolo IV appaiono così contrassegnate e *puntellate* dalla medesima esigenza: mantenere viva la connessione tra sovranità popolare e funzione giurisdizionale, svincolando quest'ultima dal meccanismo politico-rappresentativo con la sua tendenza monista senza, tuttavia, cedere all'alienazione del potere giurisdizionale[3]. Il compromesso del Costituente è, dunque, una giustizia amministrata in nome del popolo ma «non soggetta, né direttamente né indirettamente, alle regole costituzionali che presiedono il circuito democratico, fondate sulla legittimazione popolare»[4].

Tale compromesso è ravvisabile, in primo e privilegiato luogo, nel testo dell'articolo 101 Cost. In particolare, non sembra esservi alcun dubbio che la soggezione del giudice "*soltanto*" alla legge rappresenti – in un sistema ordinamentale a forte conservazione della "cultura" del principio di legalità soprattutto in materia penale[5] – la *misura* della sua indipendenza[6], in quanto tale ca-

[2] V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)*, ripubblicato in Id., *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 143, testo ripreso anche in G. Silvestri, *Sovranità popolare e magistratura*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2003. In senso affine a questa ricostruzione sulla sovranità popolare, C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1962, 137, il quale rileva come l'originaria formula dell'art. 1 «la sovranità emana dal popolo" fu scartata a favore di quella attuale poiché la prima "avrebbe potuto indurre nella convinzione che il potere parta dal popolo ma non si fermi in esso, mentre il punto da mettere in rilievo […] è la permanenza dell'esercizio di questa nel popolo, come contrassegno essenziale ed ineliminabile del regime democratico che si intendeva instaurare».

[3] Sull'assetto costituzionale della magistratura, *ex multis,* M. Luciani, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale,* in *Oss. Costituzionale,* n. 1/2020.

[4] N. Zanon, L. Panzeri, *Articolo 101 della Costituzione*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Torino, 2006, 1959. Registra tale volontà di rifuggire la monocratizzazione plebiscitaria per l'amministrazione della giustizia, L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 24 ss.

[5] Circa questa caratteristica immanente nella cultura giuridica italiana, M. Luciani, *Diritto penale e Costituzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 25 ottobre 2018, 2 ss. Sul tema della soggezione del giudice alla legge, A.I. Arena, *Rileggendo Montesquieu. Alcune osservazioni sulla soggezione del giudice alla legge*, in *Costituzionalismo*.it, n. 3/2023, 20 ss.

[6] Come da più parti rilevato, anteriormente alla novella costituzionale del 111 sul cd. "giusto processo", il comma 2 dell'art. 101 è stato utilizzato dalla Corte costituzionale, contestual-

ratteristica ne segna l'impermeabilità rispetto ad influenze esterne, soprattutto di natura politica, ma anche rispetto a possibili influenze interne, esercitabili, a titolo esemplificativo, da parte di altri magistrati[7].

Ma è anche vero che, accanto a questa *indipendenza*, l'articolo in parola afferma una *dipendenza* nell'espressione semanticamente più pregnante della "*soggezione alla legge*" che è espressione di quella volontà popolare in nome della quale il giudice amministra la giustizia. Si ritiene degno di nota, infatti, che in Assemblea Costituente una delle potenziali versioni dell'attuale articolo 101 che descriveva i giudici come soggetti soltanto alla legge «*che interpretano e applicano secondo coscienza*», fu rigettata perché considerata eccessivamente scivolosa nell'introdurre forme di «personalizzazione nel giudizio»[8]. Nella Costituzione del 1948, dunque, risulta prevalere l'impronta francofona del giudice "invisibile e nullo" – «*bouche de la loi*» secondo la suggestiva immagine di Montesquieu – soggetto "*soltanto*" alla legge, risultando questo "*appiattimento"* della discrezionalità del giudice una conseguenza del «timore di offrire una legittimazione costituzionale a metodi interpretativi contrastanti con quanto disposto dall'articolo 12, primo comma, disp. prel. c.c., e, dunque, di favorire sul piano esegetico il consolidamento del c.d. "diritto libero"»[9].

Ma sono anche altre le disposizioni costituzionali del titolo IV sintomatiche del *compromesso* tra indipendenza della magistratura e connessioni con il popolo sovrano. Da un lato, infatti, una solida garanzia di indipendenza della magistratura è certamente l'aver previsto l'accesso ai suoi ranghi soltanto at-

mente all'art. 25, primo comma, Cost, anche in qualità di *fondamento* dell'imparzialità del giudice; in tal senso, *ex plurimis*, C. cost., sent. n. 124/1992. Sul punto, si vedano le notazioni di R. Romboli, *Una revisione organica e di maggioranza per trasformare il modello costituzionale di ordinamento giudiziario*, e di N. Zanon, *Come raffigurare a livello costituzionale la separazione delle carriere*, in *Quad. cost*., n. 3/2011, rispettivamente 639-643 e 643-646.

[7] Invero, a fronte di possibili condizionamenti *endo-organici*, l'art. 107, comma 3, Cost. sancisce che "*I magistrati si distinguono tra loro soltanto per diversità di funzioni*". Circa questa garanzia, *amplius*, G. Ferrari, *CSM*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. VII, Roma, 1988, 6 ss.

[8] Tale rischio veniva chiaramente individuato da Meuccio Ruini, nella discussione sul progetto di articolo, ripresa da N. Zanon, L. Panzeri, *op. cit.*, 1958.

[9] N. Zanon, L. Panzeri, *op. cit.*, 1959, ove si riprenda ancora il discorso di Ruini. A prescindere dal dibattito in Assemblea Costituente, resta ancora una questione spinosa e di grande attualità, che ha più volte investito la Corte costituzionale, quella del «corretto bilanciamento tra diritti fondamentali dei singoli magistrati a manifestare pubblicamente la loro soggettività politico-culturale e limiti che agli stessi derivano dall'appartenenza ad un corpo di impiegati pubblici caratterizzato (quanto all'essenza medesima della funzione svolta) dalla "*sostanza"* e dalla "*apparenza"* dell'imparzialità». Così S. Prisco, *Una nuova sentenza della Corte costituzionale sull'esercizio delle libertà politiche da parte dei magistrati*, in *Federalismi.it*, n. 16/2009, 1.

traverso modalità concorsuali che, salvo rare eccezioni[10], esaltano la competenza tecnica[11], nonché, soprattutto, l'aver previsto il Consiglio Superiore della Magistratura quale organo di rilevanza costituzionale, preposto a farsi garante dell'autonomia di indipendenza della magistratura[12], *in primis* attraverso le competenze ad esso conferite dall'articolo 105 della Costituzione, tra cui le assunzioni, le assegnazioni ed i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati[13].

Anche in questo specifico caso, tuttavia, spostando l'attenzione dalle funzioni del CSM alla sua composizione, la saldatura tra organo di autogoverno e istituzioni rappresentative appare palese in almeno tre punti focali.

In primo luogo, essa si ravvisa nella previsione costituzionale che impone la presenza, benché minoritaria, della cd. "componente *laica"* all'interno del CSM – i cui membri, eletti per un terzo dal Parlamento in seduta comune, sono scelti tra personalità dotate di chiare competenze tecniche e, più precisamente, tra professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di esercizio – stabilendo che ad uno di questi membri "non togati" sia attribuita la Vicepresidenza dell'organo collegiale: così da tempe-

[10] Costituiscono deroghe al principio dell'accesso per concorso pubblico le figure dei magistrati onorari, variamente incardinati presso gli Uffici Giudiziario, e il tipo accesso ai ranghi della magistratura da parte dei Professori ordinari per meriti insigni. Circa l'ammissibilità di queste figure e sui rischi di rimettere, considerato il tenore delle più recenti riforme giudiziarie, a membri "esterni" alla magistratura togata – entrata in funzioni previo concorso – la risoluzione di importanti controversie, *ex multis*, F. Carpi, *Sull'incostituzionalità del giudice onorario ausiliario in Corte d'appello*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2020, 1379 ss.

[11] Circa la funzione del concorso come modalità di legittimazione, G. Volpe, *Le origini dell'organizzazione corporativa della magistratura*, in A. Pace, S. Bartole, R. Romboli (a cura di), *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Napoli, 2010, 82 ss.

[12] Come osserva S. Prisco, *Materiali per la riforma del C.S.M. Nota introduttiva, in Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, n. 2/2021, 3, «la stessa posizione costituzionale del Consiglio Superiore della Magistratura – organo del governo autonomo delle carriere, in sostanza pensato in origine come una sorta di consiglio di amministrazione delle vicende interne di vita professionale di una corporazione pubblica, compresi i profili disciplinari – si è dunque trasformata nel profondo, divenendo esso una sorta di "parlamento autonomo" in cui sono approdati i contingenti rapporti di forza di volta in volta realizzatisi tra le correnti dell'Associazione nazionale dei magistrati, dal cui operato fare dipendere aspettative di posizioni e perciò di influenza dei singoli».

[13] Come rilevò Calamandrei durante il dibattito in Costituente: «È indispensabile… che la materia degli avanzamenti e dei trasferimenti sia di esclusiva competenza degli stessi organi dell'amministrazione della giustizia in modo che i magistrati non abbiano nulla da temere o da sperare dagli uomini di Governo». (5 dicembre 1946 nella Seconda Sottocommissione), citato in *Punti della audizione del prof. Alfonso Celotto,* Camera dei deputati – 22 febbraio 2023 – I commissione Separazione delle carriere AC 23, 434, 806 e 824. Sul tema, *amplius,* B. Caravita (a cura di), *Magistratura, Consiglio superiore della magistratura e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994, 15 ss.

rare la presenza maggioritaria di membri cooptati dalla stessa magistratura[14] e garantire un ulteriore punto di incontro con il mondo esterno come voluto da Palmiro Togliatti nel corso del dibattito in Assemblea Costituente, secondo cui il magistrato senza connessione con la sovranità popolare sarebbe stato «in una situazione penosa di un sovrano senza corona e senza autorità».[15]

In secondo luogo, la giuntura è riconoscibile nella scelta di affidare la presidenza del CSM al Presidente della Repubblica, il quale, «riassumendo in sé la sovranità dello Stato, imprimerà al Consiglio superiore l'aspetto, non di un organo proprio ed esclusivo della magistratura, ma di un organo che presieda al potere giudiziario in nome di tutto il popolo italiano»[16] e che, vista la sua funzione di «arbitro, moderatore, equilibratore che interviene nel dare espressione agli atti più eminenti degli altri poteri non poteva pertanto essere estraneo al potere giudiziario, comunemente designato come terzo potere»[17].

In ultimo luogo, la saldatura tra sovranità popolare e autonomia della magistratura è rinvenibile nella scelta di delineare, in modo abbastanza *certosino*, i rapporti tra CSM e Ministro della Giustizia[18], tema anche questo molto dibattuto in Assemblea Costituente. Se in segno di discontinuità con il regime fascista appariva sommamente necessario marcare l'indipendenza della magistratura dal potere esecutivo, dall'altro era necessario contemperare le guarentigie di indipendenza del potere giudiziario, che erano volte a "parificarlo" a quello legislativo e all'esecutivo, con la necessità di non renderlo un corpo separato dagli altri poteri. Non a caso, Perlingieri propose in sede di Costituente che, sul modello francese, il guardasigilli fosse membro di diritto del CSM, se non addirittura, come proposto da Preti[19], Vicepresidente dell'organo.

[14] In tal senso, G. Ferrari, *op. cit.*, 10. La vicepresidenza laica, come è noto, è il frutto di un emendamento dell'On. Lussu approvato alla seduta dell'Assemblea Costituente del 25 novembre 1947 (Atti Ass. Cost., 1^ ed., 2480).

[15] Seduta dell'11 marzo 1947 (Atti Ass. Cost., 1 ed., 2480.

[16] Fausto Gullo, seduta pomeridiana 12 novembre, citato in *Dossier Camera* n. 33, 9 luglio 2024, Camera dei deputati, XIX legislatura, Documentazione per l'esame dei progetti di legge, "Norme per l'attuazione della separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura" (AA. C. 23-434-806-824-1917), pagina 61, disponibile al link *https://documenti.camera.it/leg19/dossier/pdf/gi0010.pdf*

[17] Questa porzione del discorso di Meuccio Ruini è ripresa in *Dossier Camera* n. 33, 9 luglio 2024, cit., 61.

[18] La DC, e in particolare Leone, invece volevano un PM alle dipendenze dell'Esecutivo, che potesse "incarnare la pretesa punitiva dello Stato", come rilevato in *Punti della audizione del prof. Alfonso Celotto*, cit.

[19] Appare utile, al fine di definire il peso rilevante della Vicepresidenza, evidenziare come la dottrina maggioritaria, *ex multis*, G. Cuomo, *Il Presidente della Repubblica: impedimento e supplenza*, Napoli, 1982, 65, ritenga che la funzione di Presidenza del CSM non rientri tra le ipotesi

Escluse tali ipotesi più incisive di controllo governativo, il Ministro della Giustizia e le sue attribuzioni vennero comunque menzionate direttamente in Costituzione facendo in modo sia che questo fosse l'unico fra gli organi governativi, a parte il Presidente del Consiglio e il Consiglio dei ministri, ad assumere rilievo costituzionale, sia che fosse esplicitata una più "chiara puntualizzazione" dei rapporti tra il Ministro della Giustizia nelle funzioni intersecanti l'attività della magistratura e il CSM per il tramite degli art. 107 e 110 Cost[20].

In ultima battuta, può osservarsi come anche le disposizioni relative alla "responsabilità disciplinare"[21] dei magistrati rappresentino uno dei punti di confluenza e convergenza tra principio democratico e principio di indipendenza. L'iniziativa dell'azione disciplinare è infatti attribuita al Ministro della giustizia, che diventa così organo di raccordo non solo tra ordine giudiziario e Governo, ma, più in generale, tra potere giudiziario e rappresentanza politica, posta la responsabilità politica del Governo verso il Parlamento. La statuizione sulla responsabilità è, di converso, attribuita al CSM, che, comunque, nella sua sezione disciplinare riflette a pieno la propria composizione mista, coinvolgendo, pertanto, anche la componente laica, espressione della rappresentanza politica. Tale presenza "esterna" differenzia il procedimento disciplinare da quello previsto per altre, importanti, categorie di soggetti, quali ad esempio gli avvocati o i professori universitari, che sono assoggettati ad una giurisdizione disciplinare del tutto "corporativa", senza presenze esterne, apparendo anche

in cui il Presidente del Senato può legittimamente sostituire il Capo dello Stato, apparendo ciò potere unico del Vicepresidente dell'organo, scelto, come affermato poc'anzi, tra i membri laici.

[20] In questi termini, S. Panizza, *Articolo 104 della Costituzione*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Torino, 2015. L'autore nota come, all'originario equivalente dell'articolo 107 Cost., per cui il Ministro della giustizia ha facoltà di promuovere l'azione disciplinare, fu poi aggiunto un autonomo articolo dedicato alle competenze del guardasigilli dal leggere in parallelo alle competenze riconosciute al CSM (ossia attuale articolo 110, secondo cui «*Ferme le competenze del Consiglio superiore della magistratura, spettano al Ministro della giustizia* [*cfr. art. 107 c. 2*] *l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia*»).

[21] La responsabilità del magistrato, si rileva, non si pone in contrasto con la garanzia della indipendenza del giudice dagli altri poteri. In tal senso, come ben dichiarato dal Giudice delle leggi nella sent. n. 385/1996, l'esistenza di un potere irresponsabile sarebbe incompatibile con il sistema democratico, posto che «Gli articoli 101, 102, 104 e 108 non valgono ad assicurare al giudice uno *status* di assoluta irresponsabilità pur quando si tratti di esercizio delle sue funzioni riconducibili alla più rigorosa e stretta nozione di giurisdizione». Circa il bilanciamento tra *status* di soggetto indipendente e sistema di responsabilità del magistrato, *amplius*, F. Dal Canto, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano*, contributo leggibile in *associazionedeicostituzionalisti.*

questo un dato sintomatico del collegamento tra potere giudiziario e popolo sovrano, fortemente caldeggiato dal dettato costituzionale[22].

2. *I tentativi di riforma costituzionale presentati nel corso della diciannovesima legislatura*

La disamina delle disposizioni costituzionali dedicate al potere giudiziario condotta nel paragrafo che precede mette in luce l'intrinseca logica compromissoria dettata dal bilanciare principio democratico e principio di indipendenza. In particolare, il lavorio sotteso alla stesura dell'art. 104 Cost. con l'apparente distonia tra il primo comma per cui «*La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere*», contenente una chiara affermazione di principio a favore dell'indipendenza del potere giudiziario, e i successivi commi dedicati all'istituzione di un particolare organo (il CSM), con precisa indicazione del soggetto chiamato a presiederlo (co. 2), della sua componente di diritto (co. 3), di quella elettiva e del relativo mandato (co. 4 e co. 6), della necessaria presenza di un Vicepresidente (co. 5) e del relativo regime di incompatibilità (co. 7)[23], dovrebbe rendere manifesto che è esattamente quella «composizione dell'organo a rappresentare il tramite principale di realizzazione dell'autonomia e indipendenza della magistratura da ogni altro potere»[24].

Nonostante questo equilibrio raggiunto dal Costituente, non senza fatica analitica, le ben quattro proposte di legge incardinate alla Camera dei deputati nel corso della presente legislatura[25], benché precipuamente dedicate alla que-

[22] Sul punto, G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino 1997.

[23] In questi termini, S. Panizza, *op. cit.*, 2008.

[24] *Ibidem*, 2011. In senso analogo, F. Dal Canto, *Le trasformazioni della legge sull'ordinamento giudiziario e il modello italiano di magistrato*, in *Quad. cost*. n. 3/2017,

[25] In particolare, si rileva che alla Camera dei deputati sono state presentate le seguenti 4 proposte di legge di revisione costituzionale: (1) d.d.l. cost. A.C. 23, presentato il 13 ottobre 2022, su iniziativa di Azione, "*Proposta di legge costituzionale di E. Costa: Modifiche all'articolo 87 e al titolo IV della parte II della Costituzione in materia di separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura*"; (2) d.d.l. cost. A.C. 434, presentato il 24 ottobre 2022, su iniziativa di Italia Viva, "*Proposta di legge costituzionale di R. Giacchetti: Modifiche all'articolo 87 e al titolo IV della parte II della Costituzione in materia di separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura*"; (3) d.d.l. cost. A.C. 824, presentato il 26 gennaio 2023, su iniziativa della Lega, "*Proposta di legge costituzionale di J. Morrone et al.: Modifiche all'articolo 87 e al titolo IV della parte II della Costituzione in materia di separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura";* (4) d.d.l. A.C. 806, presentato il 24 gennaio 2023, su iniziativa di Forza Italia, "*Proposta di legge costituzionale di T. Calderone et al., Modifiche all'articolo 87 e al titolo IV della parte II della Costituzione in materia di separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura"*. Segnatamente, i primi tre progetti riproducono integralmente il testo dell'A.C. 14 della XVIII legislatura di iniziativa popolare (ottobre 2017), all'esame della Commissione

stione della cd. "separazione delle carriere", mirano in realtà – essendo i due temi strettamente interconnessi – a modificare profondamente la *ratio* delle diverse disposizioni costituzionali del titolo IV, in particolare quelle dedicate a composizione e funzioni del CSM, proponendo una modifica dell'assetto ordinamentale del potere giudiziario ben più incisiva della questione, relativamente specifica, della separazione delle carriere.

Rispetto a quest'ultimo obiettivo generale, cioè la distinzione soggettiva tra funzione giurisdicente e inquirente della magistratura, invero, può registrarsi come lo strumento della revisione costituzionale appaia in realtà parzialmente sovradimensionato, rispetto ai mutamenti istituzionali che già hanno attraverso la materia dell'organizzazione giudiziaria ad opera di fonti primarie[26]. Difatti, come chiarito dalla Corte costituzionale nella sent. n. 37 del 2000, e poi ribadito anche in occasione del recente giudizio sull'ammissibilità dei quesiti referendari in materia (sent. n. 58/2022), la Costituzione, «pur considerando la magistratura come un unico "ordine", soggetto ai poteri dell'unico Consiglio superiore non contiene alcun principio che imponga o precluda la configurazione di una carriera unica o di carriere separate fra i magistrati, addetti rispettivamente alle funzioni giudicanti e a quelle requirenti, o che impedisca di limitare o di condizionare più o meno severamente il passaggio dello stesso magistrato, nel corso della sua carriera, dalle une alle altre funzioni»[27].

In particolare, quello che lo strumento della revisione costituzionale intenderebbe operare è esplicitamente il mutamento della scelta di politica costituzionale del Costituente di neutralità rispetto all'unicità o separazione di funzioni e carriere, rendendo in tal senso *obbligata* la scelta della separazione delle carriere, che in seguito alla revisione verrebbe a pregiarsi ed ammantarsi delle garanzie che ad essa derivano dalla rigidità costituzionale. In realtà, probabilmente, l'obiettivo delle riforme costituzionali è ben più ambizioso e concernerebbe, come osservato, «non più solo separare le funzioni (come è

affari costituzionali a partire dal 20 febbraio 2019, cui non è stato dato alcun seguito. L'ultima proposta, di converso, se ne discosta parzialmente.

[26] Il passaggio dalle funzioni requirenti a quelle giudicanti e viceversa, difatti, già disciplinato dal decreto legislativo n. 160 del 2006, è stato di recente sottoposto a limiti ancor più stringenti (una volta nel corso della carriera, entro nove anni dalla prima assegnazione) dalla legge n. 71 del 17 giugno 2022.

[27] Aspetto quest'ultimo, posto in rilievo, *ex multis*, da C. Salazar, *L'organizzazione interna delle procure e la separazione delle carriere,* in A. Pace, S. Bartole, R. Romboli, *op. cit.*, 180 ss. e, più di recente da posizione critica, da N. Rossi, *Oltre la separazione delle carriere di giudici e pm. L'obiettivo è il governo della magistratura e dell'azione penale*, in *Questione giustizia*, 4 dicembre 2023, 5-6. «La circostanza che non vi sia alcuna preclusione costituzionale è dimostrata materialmente dagli interventi in materia di separazione delle carriere messi in atto da fonti primarie, anche diverse dalla legge parlamentare».

già oggi) o le carriere dei giudici e dei pubblici ministeri (come sarebbe se il legislatore ordinario prevedesse due concorsi distinti senza alcuna possibilità di passare dall'una all'altra funzione), ma introdurre una vera e propria separazione ordinamentale tra la magistratura giudicante e quella requirente»[28].

Questo intento è confermato anche dalla trasmissione da parte del Governo di un autonomo disegno di legge costituzionale sul tema, presentato alla Camera dei deputati in data 13 giugno 2024 e non a caso rubricato «*Norme in materia di ordinamento giurisdizionale e di istituzione della Corte disciplinare*» (c.d. d.d.l. Nordio)[29], che oltre ad incidere sulla separazione delle carriere alla stregua delle proposte sino ad ora presentate *trasversalmente* dai partiti, propone una modifica sostanziale della composizione CSM e del disegno costituzionale relativo alla giurisdizione, definito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 4/1986 «*pietra angolare dell'ordinamento giudiziario*».

Il presente contributo non si sofferma sulle singole disposizioni delle proposte che effettivamente sembrano puntare ad una separazione delle carriere, annoverandosi tra esse, ad esempio, la creazione di due distinti organi di autogoverno della magistratura «della carriera giudicante e della carriera requirente»[30], ovvero la previsione di distinti concorsi per l'accesso alle due categorie della magistratura giudicante e della magistratura requirente, già avanzata in molte proposte di legge di revisione di iniziativa parlamentare[31].

L'attenzione sarà volta alle proposte di modifica della Carta costituzionale che sembrerebbero essere, paradossalmente, poco coerenti con la finalità sottesa alla riforma sulla separazione delle carriere, che dovrebbe essere notoria-

[28] F. Biondi, *Audizione informale*, nell'ambito dell'esame, sede in referente, delle proposte di legge costituzionale C. 23 cost. Enrico Costa, C. 434 cost. Giachetti, C. 806 cost. Calderone e C. 824 cost. Morrone, recanti «Modifiche all'articolo 87 e al titolo IV della parte II della Costituzione in materia di separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura», Camera dei Deputati, Commissione Affari Costituzionali, 2 marzo 2023, consultabile al sito *documenti.camera.it*.

[29] Disegno di legge costituzionale «Norme in materia di ordinamento giurisdizionale e di istituzione della Corte disciplinare» (A.C. 1917, iniziativa del Presidente del Consiglio dei ministri Giorgia Meloni e del Ministro della Giustizia Carlo Nordio). Dal punto di vista dell'*iter* parlamentare, dopo aver proceduto in data 11 luglio 2024 all'abbinamento d'ufficio con le proposte di legge di iniziativa parlamentare, il disegno di legge governativo A.C. 1917 è stato adottato come testo base nella seduta del 10 ottobre. La I Commissione Affari costituzionali ha quindi concluso i lavori in sede referente e conferito mandato ai relatori nella seduta del 3 dicembre 2024, senza apportare modifiche al testo presentato dal Governo.

[30] L'art. 3 dell'A.C. 1917, modifica in tale direzione l'art. 104 Cost.

[31] In tre delle menzionate proposte di iniziativa parlamentare l'attuale art. 106, co. 1, per cui «Le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso» è sostituito dal nuovo comma uno per cui «Le nomine dei magistrati giudicanti e requirenti hanno luogo per concorsi separati».

mente quella di rendere più imparziale la giustizia[32], eliminando la colleganza e contiguità tra giudice e p.m. alla luce dell'appartenenza al medesimo ordine, cosa che terrebbe «innaturalmente unite, in una cultura ibrida e ancipite, l'arbitro e il giocatore»[33].

3. *Le criticità relative ai contenuti: l'incoerenza tra fini e mezzi*

Le proposte di riforma che sembrano essere fondamentalmente in contrasto con il fine ultimo delle riforme, *i.e.* garantire asseritamente una maggiore terzietà e imparzialità del soggetto giudicante, e che dunque destano notevoli perplessità, sono, a parere di chi scrive, molteplici.

Può in particolare osservarsi che tutte le proposte di legge presentate alla Camera, ad eccezione del più recente d.d.l. di iniziativa governativa, puntano a cambiare la proporzione tra togati e laici a favore dei secondi. Tale proporzione tra membri togati e membri laici fu molto dibattuta in Assemblea Costituente, tanto è che mentre alcuni dei suoi membri caldeggiavano una sostanziale parità (Carboni, Cappi, Salerno, Gullo), altri sostenevano che per un autentico autogoverno della magistratura il CSM dovesse essere composto da soli magistrati, seguendo l'intenzione originaria manifestata da Calamandrei[34]. Altri ancora, nell'intento di non chiudere la magistratura in sé stessa, proposero una rappresentanza del potere legislativo non tale da compromettere il concetto di autogoverno e indipendenza della magistratura, aderendo ad una specifica richiesta dell'ANM (Vinciguerra) e conducendo alla versione finale dell'articolo 104 che opta per i due terzi di membri togati a fronte di un terzo di membri laici[35].

A prescindere dal dibattito in Assemblea Costituente, come pure notato in sede di audizione parlamentare, il rapporto della Commissione di Venezia del 2010 sulla indipendenza dei giudici ha affermato il chiaro e condivisibile principio per cui all'interno dei Consigli di Giustizia i giudici, eletti da loro

[32] Sulle aporie della separazione rispetto alla garanzia della terzietà del giudice, *ex multis*, R. Romboli, *Una riforma "epocale" della giustizia o un riassetto del rapporto tra poteri? Osservazioni al ddl costituzionale n. 4275 presentato alla Camere dei Deputati il 7 aprile 2011*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011, 1 ss. e, rispetto ai più recenti disegni di legge sull'ordinamento giudiziario, G. Azzariti, *La separazione delle carriere dei magistrati*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2023, 7 ss.

[33] Espressione ripresa dalla Relazione introduttiva al d.d.l. A.S. n. 504 del 2023, leggibile pagina 2.

[34] *Dossier Camera* n. 33, 9 luglio 2024, cit., 61.

[35] Come ben ricostruito da M. Bessone, V. Carbone, *Consiglio superiore della magistratura, in Digesto Discipline Pubblicistiche*, III vol., Torino, 1989, 454 ss., a prevalere, nella seduta pomeridiana del 12 novembre 1947, tra le proposte fu quella di Scalfaro relativa all'attuale equilibrio voluto in Costituzione, ossia due terzi di membri togati ed un terzo di membri laici, proporzione mantenuta in vigore anche nell'ultima riforma sul numero dei membri del CSM.

pari, dovrebbero sempre costituire la maggioranza[36]. È questo probabilmente il motivo per cui il disegno di legge di iniziativa governativa, incardinato successivamente rispetto alle proposte di legge di iniziativa parlamentare, non modifica la proporzione tra membri togati e laici a favore di questi ultimi, il che sarebbe stato in forte contrasto con il fine dichiarato di rendere la magistratura più indipendente[37].

Un'altra perplessità riguarda il fatto che tre delle quattro proposte di iniziativa parlamentare (tutte tranne la n. 806) cambiano anche le modalità di scelta dei membri togati. Le proposte A.C. n. 23, n. 434 e n. 824 prevedono che i membri togati siano scelti tra i giudici ordinari con le modalità stabilite dalla legge (non più eletti dai magistrati ordinari). Come sottolineato, la rimessione alla legge ordinaria dei criteri di scelta dei magistrati costituenti la componente togata dei due organi di autogoverno, «lasciando del tutto indeterminata la questione di chi sia il soggetto titolare del potere di scelta, apre a un rischio più grave, vale a dire rimettere alla discrezionalità del legislatore ordinario anche la possibilità di optare per soluzioni non rispettose dell'autonomia e indipendenza della magistratura quali, ad esempio, l'attribuzione del potere di nomina dei componenti togati al Parlamento o addirittura al Governo»[38]. Del tutto singolare risulta essere la proposta del d.d.l. costituzionale di iniziativa governativa secondo cui sia la componente laica che quella togata vengono selezionate attraverso la modalità del sorteggio[39], come si legge nel novellato art. 104, comma 5, per cui «Gli altri componenti sono estratti a sorte, per un terzo, da un elenco di professori ordinari di università in materie giuridiche e di avvocati

[36] Rileva il punto con riferimento al Rapporto della Commissione di Venezia del 2010sugli aspetti specifici dell'indipendenza dei giudici, M. Cavino, *Appunti a supporto della Audizione informale - I Commissione della Camera dei Deputati, 22 febbraio 2023 nell'ambito dell'esame delle proposte di legge C. 23 cost. Enrico Costa, C. 434 cost. Giachetti, C. 806 cost. Calderone e C. 824 cost. Morrone, recanti modifiche all'articolo 87 e al titolo IV della parte II della Costituzione in materia di separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura,* in *Audizioni.camera.it.*

[37] La proposta governativa, a differenza della proposta presentata da Forza Italia – partito costitutivo dell'attuale maggioranza – preserva in apparenza il ruolo di garanzia istituzionale del Presidente della Repubblica come Presidente del CSM.

[38] Rischio rispetto alle garanzie costituzionali legate all'indipendenza della magistratura poste in rilievo da F. Dal Canto, *Audizione parlamentare dinanzi alla Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati sulle proposte di revisione costituzionale in tema di separazione delle carriere*.

[39] In senso fortemente critico rispetto alla proposta del sorteggio, si è espresso Gaetano Silvestri in *Le proposte di revisione costituzionale d'iniziativa parlamentare in tema di giustizia*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2024, 364, secondo cui tale metodo «esclude radicalmente l'idea della scelta, anche intesa nel senso più neutrale di designazione di capacità, affidando l'amministrazione della giurisdizione al capriccio della sorte, cioè alla pura irrazionalità, dalla quale potrebbero derivare situazioni paradossali».

con almeno quindici anni di esercizio, che il Parlamento in seduta comune, entro sei mesi dall'insediamento, compila mediante elezione, e, per due terzi, rispettivamente, tra i magistrati giudicanti e i magistrati requirenti, nel numero e secondo le procedure previsti dalla legge».

Da ultimo, è degno di nota che molte delle proposte tendono a circoscrivere le funzioni del CSM. Se tre delle quattro proposte di iniziativa parlamentare modificano l'articolo 105 ancorando le competenze del CSM ai quattro «*chiodi*» cui parlò Ruini in Assemblea Costituente, interpretando le funzioni relative alle assunzioni, le assegnazioni ed i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati come tassative, ampliabili soltanto tramite legge di revisione costituzionale[40], il d.d.l. di iniziativa governativa, addirittura, sottrae al CSM la giurisdizione disciplinare, attribuita ad un'Alta Corte disciplinare da istituire. Stando al novellato art. 105, difatti, «Spettano a ciascun Consiglio superiore della magistratura, secondo le norme sull'ordinamento giudiziario, le assunzioni, le assegnazioni, i trasferimenti, le valutazioni di professionalità e i conferimenti di funzioni nei riguardi dei magistrati. La giurisdizione disciplinare nei riguardi dei magistrati ordinari, giudicanti e requirenti, è attribuita all'Alta Corte disciplinare». Sempre secondo il novellato articolo 105, tale organo sarebbe composto da quindici giudici selezionati con le seguenti modalità: tre componenti nominati dal Presidente della Repubblica; tre componenti estratti a sorte da un elenco compilato dal Parlamento in seduta comune; sei componenti estratti a sorte tra i magistrati giudicanti in possesso di specifici requisiti; tre componenti estratti a sorte tra i magistrati requirenti in possesso di specifici requisiti. Si specifica che il presidente dell'Alta Corte deve essere individuato tra i componenti nominati dal Presidente della Repubblica e quelli sorteggiati dall'elenco compilato dal Parlamento.

Molte delle disposizioni analizzate, in sintesi, comportano un complessivo ridimensionamento del potere giudiziario, alla luce del dato, ormai incontrovertibile, che «le antiche "bocche della legge" – tali secondo il modello classico, per il quale occorreva sussumere il segmento della realtà della vita in questione nella fattispecie astratta, che aveva previamente canonizzato rispetto al suo effettivo fluire la disciplina degli equilibri fra interessi… – hanno dunque

[40] Laddove ora la legge 1/58 ha detto che il CSM può avere altre funzioni attribuite con legge ordinaria. Si pensi, ad esempio, ai pareri sui progetti di legge in materia di giustizia, alle pratiche a tutela e soprattutto ai c.d. poteri para-normativi del CSM, attraverso l'esercizio dei quali, nel tempo – e certamente al netto di qualche eccesso – sono state implementate le garanzie dei cittadini dinanzi alla giustizia (si pensi, per tutte, al perfezionamento del sistema tabellare in attuazione del principio del giudice naturale precostituito per legge).

sempre più preso a parlare come "bocche della Costituzione" e, nei fatti, con una lingua loro propria e non derivata e servente, per mantenere la metafora»[41].

4. *Le criticità relative al metodo della revisione costituzionale: contro una politica costituzionale appannaggio della politica di maggioranza*

L'analisi delle riforme costituzionali in materia di separazione delle carriere condotta nel precedente paragrafo, oltre a presentare criticità relative ai contenuti, che nell'alterare la composizione del CSM o nel sottrarre a quest'ultimo la giurisdizione disciplinare non sembrerebbero essere coerenti con il fine ultimo di accrescere l'indipendenza della magistratura, induce a svolgere una riflessione anche su questioni di metodo. Si è già detto che la revisione costituzionale risulta essere parzialmente inadeguata, o quanto meno sovradimensionata, per il raggiungimento di un fine precipuo, quello della separazione delle carriere, che potrebbe essere raggiunto anche attraverso fonte primaria.

In realtà, come si è visto nelle pagine che precedono, le modifiche sembrano puntare ad una modifica molto più radicale dell'intero ordinamento giudiziario, ed è questo che spiega probabilmente la scelta del metodo della revisione che desta, a parere di chi scrive, diverse perplessità.

La prima riguarda il fatto che, nonostante il tema della separazione delle carriere sia sull'agenda politica da diversi anni, e nonostante siano state incardinate diverse proposte di iniziativa parlamentare (talune anche su impulso delle opposizioni) durante la XIX legislatura, il 3 giugno 2024 è stato trasferito alla Camera l'autonomo disegno di legge di iniziativa governativa sul tema che il 16 gennaio 2025 ha ricevuto l'approvazione in prima delibera della Camera, il che porta in sé e dimostra l'effettività del rischio di rendere anche la politica costituzionale appannaggio della politica di maggioranza. Difatti, a parere di chi scrive, ogni *iter* parlamentare relativo ad una riforma costituzionale dovrebbe puntare a raggiungere la maggioranza dei due terzi, in modo da riprodurre i meccanismi consensuali posti a fondamento del "patto costituente" e a lungo caratterizzanti la Prima Repubblica, durante la quale le principali forze politiche erano solite darsi un veto reciproco sulle riforme istituzionali[42].

La ricerca di maggioranze più ampie di quella assoluta attualmente prevista dall'art. 138 Cost., è molto importante se si considera che, in sede di Assemblea Costituente, la possibilità di modificare la Costituzione con il voto favorevole della sola maggioranza assoluta era strettamente collegata ad un sistema elettorale di tipo proporzionale. Il passaggio da un sistema elettorale proporzionale

[41] S. Prisco, *Materiali per la riforma del C.S.M., cit.,* 3.

[42] In questi termini, ad esempio, G. Bognetti, *Per una storia autentica e integrale della Costituzione repubblicana e della sua evoluzione*, in *Associazione dei costituzionalisti*, 2003, 90 s.

ad uno di tipo maggioritario, ha fatto sì che mutevoli (e necessariamente faziose) maggioranze di Governo avessero i numeri in Parlamento per "disporre" delle regole del gioco, potendo prescindere dal consenso di quelle minoranze parlamentari che il procedimento aggravato di revisione costituzionale intendeva tutelare. La scelta (effettuata più volte nel corso della storia repubblicana) di prescindere da questo consenso si è rivelata fallimentare per due ordini di ragioni.

In primo luogo, essa ha inasprito i toni del dibattito politico, che ha spesso denunciato riforme costituzionali "a colpi di maggioranza". In secondo luogo, essa ha fortemente strumentalizzato il referendum costituzionale (previsto nel caso in cui il disegno di legge di revisione costituzionale sia approvato dalla sola maggioranza assoluta), spesso utilizzato come strumento di contrasto alla maggioranza di governo. I fallimentari esiti dei referendum del 2006 e del 2016 sono solo un esempio di quanto il voto referendario sia stato politicizzato e di quanto la cittadinanza abbia verosimilmente espresso il proprio dissenso non necessariamente sui contenuti specifici della riforma costituzionale, ma nei confronti dell'operato del Governo in generale. Specialmente in un contesto caratterizzato da un sistema elettorale di tipo maggioritario[43], procedere alle riforme costituzionali fermandosi al solo *quorum* della maggioranza assoluta (sebbene assolutamente legittimo), innesta la riforma nell'indirizzo politico di maggioranza e, conseguentemente, fa del referendum costituzionale un'arma da gestire in chiave strettamente "oppositiva" o, per una eterogenesi dei fini, uno strumento di approvazione plebiscitaria richiesta dalla maggioranza di governo[44].

L'auspicio conclusivo riguarda, pertanto, non solo che l'iter parlamentare conduca ad una riforma che incontri un favore più ampio della sola maggioranza di governo, ma anche che durante lo stesso possano essere smussati quegli aspetti della riforma potenzialmente in grado di minare l'indipendenza

[43] Interessanti considerazioni sui «*plus* poteri penetrati nell'assetto costituzionale attraverso le modifiche della legge elettorale» in G. AMATO, *La Costituzione italiana tra le costituzioni del dopoguerra* (2008), ora in G. Amato, *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni,* Bologna, 2014, 87. Il riferimento è in particolare al Presidente del Consiglio, che «è portatore di un mandato politico che precede la stessa fiducia parlamentare e che gli viene direttamente dagli elettori, che non lo hanno eletto, ma hanno votato una lista che si accompagna al suo nome quale leader della coalizione. È un mandato che ha solo lui, non lo hanno i suoi ministri. Ma è un mandato che, restando ignoto all'assetto dei poteri costituzionali, ne inquina gli equilibri senza generarne altri e generando al contrario un *plus* potere tutto e soltanto politico, a direzione e dimensione indefinite».

[44] Su questa alterazione che connota da tempo le dinamiche costituzionali relative alla partecipazione referendaria, *amplius*, G. FONTANA, *Il referendum costituzionale*, in P. Carnevale (a cura di), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, Roma, 2016,15 ss.

della magistratura e, dunque, di forzare il principio della separazione dei poteri.[45] Appare al riguardo pienamente condivisibile l'osservazione secondo cui «potere legislativo, potere esecutivo e potere giudiziario devono svolgere la loro funzioni nell'ambito del nucleo centrale dei valori costituzionali, *evitando avventure ai margini.* Le interpretazioni eccentriche delle leggi da parte dei giudici, l'approvazione di leggi pericolosamente ai bordi della legittimità costituzionale, le interferenze ministeriali nella giurisdizione sono solo alcuni dei fenomeni degenerativi che nascono da forzature del proprio ruolo poste in essere da organi appartenenti a diversi poteri dello Stato»[46].

Febbraio 2025

[45] Sul quale, per tutti, G. Silvestri, *Poteri dello Stato* (*divisione dei*), in *Enc. Dir.,* XXXIV, Milano, 1985, 670.

[46] G. Silvestri, *Sovranità popolare cit.* L'espressione in corsivo «evitando avventure ai margini» è attribuita a A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995.

Giuseppe Guizzi[*]

«*LE DÉBITEUR EST PLUS FORT QUE LE CRÉANCIER*»: BALZAC, IL DEBITO E LA SOCIETÀ POSTMODERNA

SOMMARIO: 1. Balzac, *qui e ora* – 2. La dialettica credito-debito nella *Comédie humaine*: è ancora possibile un nuovo itinerario di lettura? – 3. L'egemonia del debito nella società contemporanea – 4. Verso un rovesciamento di prospettiva: la relativizzazione dell'ideologia borghese del «*tu dois*» – 5. Balzac e la «verità non scritta»: il debitore è più forte del creditore.

1. *Balzac,* qui e ora

Ne "*Il Fronteggiatore: Balzac e l'insurrezione del romanzo*", libro-conversazione con Antonio Moresco, Susi Pietri ha osservato come una delle caratteristiche che accomuna il rapporto mutevole e complesso instauratosi, in due secoli di storia della letteratura, tra la *Comédie humaine* e i suoi «grandi lettori» – da Baudelaire a Proust, da Stevenson a Oscar Wilde, da Brecht a Pasolini – è rappresentato dal fatto che essi «pur concedendo lo spazio dovuto alla contestualizzazione storica, leggono le opere balzachiane sempre *al presente*, come se non appartenessero a una storia letteraria più o meno lontana, come se fossero costantemente attive, incandescenti nella loro virulenza, *qui e ora*»[1].

La riflessione è suscettibile, tuttavia, di essere generalizzata. La forza narrativa dei romanzi di Balzac è nella capacità di indurre *ogni lettore* a porsi i suoi stessi interrogativi, perché come ogni classico anche la sua opera «non è una enunciazione di qualcosa che è scomparso, non è una semplice testimonianza di qualcosa d'altro ancora bisognosa di spiegazione, ma parla a ogni presente come un discorso che si rivolge specificamente ad esso»[2].

È dunque proprio per questa loro «verità interiore», sottolineata da von Hofmannsthal, «che solo per un attimo coincide in mille punti secondari con la realtà effimera»[3], che le pagine di Balzac possono essere utilmente poste dai

[*] Ordinario di diritto commerciale, Università di Roma Tor Vergata.

[1] Così A. MORESCO, S. PIETRI, *Il Fronteggiatore: Balzac e l'insurrezione del romanzo*, Firenze-Milano, 20172017, 29 (i corsivi sono del testo).

[2] H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, C.B. Mohr, Tübingen, 1960, 294 s.

[3] H. VON HOFMANNSTHAL, *Balzac*, pubblicato il 24 marzo 1908 su *Der Tag*, ed edito per la prima volta in Italia in Id., *La Fanciulla dagli occhi d'oro e altri due scritti su Balzac*, a cura di C. Bianchi, G. Grasso, Chieti, Solfanelli, 2019, 41 ss. (da cui si cita), in specie 47.

giuristi – ma il rilievo si può estendere a tutti gli studiosi delle scienze sociali[4] – a base delle loro analisi: non solo perché quelle pagine possono servire per una comprensione storica delle origini di determinate soluzioni normative, ma anche, e soprattutto, perché esse in quanto espressione di un realismo pur sempre visionario consentono di individuare, appunto *qui e ora*, i problemi vitali della società moderna a cui l'ordinamento giuridico deve sforzarsi di dare risposta. Problemi costanti e su cui ancora oggi i giuristi incessantemente dibattono. Anche per il lettore-giurista vale, pertanto, il monito che già Giovanni Macchia rivolgeva agli scrittori-lettori di Balzac[5], il suo invito a addentrarsi e perdersi nel «gran labirinto» della *Comédie humaine*,[6] nella consapevolezza che un simile esercizio non potrà mai condurre ad operazioni sbagliate.

2. *La dialettica credito-debito nella* Comédie humaine*: è ancora possibile un nuovo itinerario di lettura?*

Tra i tanti temi per cui vale, a mio avviso[7], la considerazione di Macchia appena ricordata, uno di quelli che più inducono alla riflessione il lettore-giurista contemporaneo che si addentri nei meandri dell'opera balzachiana è costituito dal ruolo che assume la relazione credito-debito, e poi più precisamente dal ruolo che assumono le dinamiche dell'indebitamento. Si tratta, del resto, di un aspetto che ha da tempo attratto l'attenzione della critica letteraria, su cui esiste un'amplissima letteratura e che trova oggi uno dei suoi più importanti contributi nella monografia di Alexandre Péraud[8]. Un libro che ha scandagliato in profondità il ruolo del credito, e dunque, inevitabilmente, pure del debito – dal momento che nella dinamica del rapporto obbligatorio il primo non può essere pensato separatamente dal secondo – come istituzione della società liberale borghese, caratterizzata dall'inarrestabile ascesa dell'economia di mercato e del sistema capitalistico.

Dinnanzi ad una ricerca così approfondita, che propone una suggestiva rilettura della stessa centralità del denaro nell'opera balzachiana – di cui si mette

[4] Così S. Brugnolo, *Sull'uso dei testi letterari come documenti storici: il caso di Balzac*, in *Balzac Politico* a cura di C. Cassina, Pisa, Edizioni ETS, 2021, 171 ss.

[5] G. Macchia, *Nella città del romanzo: il ritorno a Balzac*, in *Le rovine di Parigi*, Milano, 1985, ora in Id., *Ritratti, personaggi, fantasmi*, Milano, 1997, 1597, 1597 ss.

[6] Le citazioni dai romanzi di Balzac che si proporranno sono tutte tratte dall'edizione critica de *La Comédie humaine*, nella edizione pubblicata sotto la direzione di Pierre-Georges Castex, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1976-1981, 12 volumi (d'ora in avanti semplicemente *CH*, seguita dal numero del volume).

[7] G. Guizzi, *Il «caso Balzac». Storie di diritto e letteratura*, Bologna, 2020, *passim*.

[8] A. Péraud, *Le Crédit dans la poétique balzacienne*, Paris, Classiques Garnier, 2012, in specie 29 ss.

in luce il rilievo non in quanto tale, ma come semplice *medium* attraverso cui si manifestano i fenomeni del credito e del debito[9], i quali divengono così gli autentici motori sia del sistema sociale sia del meccanismo narrativo – e che oltretutto offre una ricostruzione estremamente precisa anche del ruolo giocato dalle codificazioni napoleoniche nell'assicurare la forza cogente del credito e per tal via la supremazia del creditore sul debitore, diviene naturale chiedersi se al giurista-lettore della *Comédie humaine* resti ancora uno spazio, e quale, per un'ulteriore riflessione su tali tematiche.

Ebbene, un simile spazio mi sembra ancora esistere[10]. Esso va individuato, infatti, nella capacità di Balzac di offrire una visione sempre «plurale» della realtà oggetto di osservazione. Una visione dunque prismatica e dalle mille sfaccettature, che mettendone in luce anche gli aspetti per così dire estremi, gli permette di interpretare i segni della modernità[11] e così anche di anticiparne, in un certo senso, l'evoluzione e gli sviluppi.

3. *L'egemonia del debito nella società contemporanea*

L'essere in debito rappresenta – come è stato da molti osservato[12] – il tratto caratterizzante l'esperienza economica contemporanea. A partire dagli inizi del terzo millennio – ma per certi versi il fenomeno è anche anteriore, potendo farsi risalire già agli anni Settanta del Novecento – l'andamento dei consumi, soprattutto per la classe media, non è più correlato al reddito percepito sulla base del lavoro svolto. Il ricorso sistematico all'indebitamento è dunque diffusissimo, oramai, a ogni livello: coinvolge imprenditori, professionisti, consumatori, che si avvalgono, tutti, della miriade di strumenti – dalle molteplici tipologie di operazioni bancarie e finanziarie agli strumenti del credito al consumo; dalle operazioni di credito garantite dalla cessione del quinto dello stipendio a quelle di acquisto di beni e servizi caratterizzate dalla dilazione dei pagamenti, che siano ancora assistite, come nella società balzachiana, dall'emissione di cambiali o siano realizzate, invece, con la tecnica moderna delle carte di credito *revolving* – che consentono oggi di soddisfare ogni bisogno, che si tratti di

[9] A. Péraud, *Le Crédit*, cit., 72 s.

[10] E si veda, in questo senso anche F. Gambino, *Le verità del credito tra diritto e letteratura*, in *LawArt*, 2021, 373 ss., e Id., *Balzac et les tensions narratives du crédit*, in *Revue Balzac*, 2022, 169 ss., seppure, in questo secondo caso, movendo dall'analisi di un'opera – *L'Art de payer ses dettes et de satisfaire ses créanciers, sans débourser un sou; enseigné en dix leçons ou Manuel de Droit Commercial* – per così dire extra canonica, in quanto ascrivibile a Balzac più nelle sue vesti di "*editore*" che non di romanziere.

[11] F. Fiorentino, *Introduzione a Balzac*, 1989, Bari, 113.

[12] Per un quadro recente, seppure in una prospettiva diversa da quella giuridica, E. Stimilli, *Debito e colpa*, Roma, 2015, *passim*.

quelli legati all'esercizio delle rispettive attività economiche o che siano bisogni, primari non meno che voluttuari, prettamente individuali.

E tuttavia questo ricorso massiccio all'indebitamento non si correla sempre, ed anzi quasi mai, a una adeguata capacità di ripagarlo. La realtà che ci circonda mostra, dunque, con frequenza via via crescente situazioni di debitori incapaci, già nell'immediato o anche semplicemente in via prospettica, di adempiere con regolarità il debito assunto, sicché – per dirla con le parole di Gordon Gekko in *Wall Street: Money Never Sleeps* di Oliver Stone, secondo capitolo di una delle più efficaci rappresentazioni cinematografiche del sistema capitalistico contemporaneo – si deve riconoscere che il vero male che affligge la società contemporanea è «la leva finanziaria, il debito indotto», che «il vero nemico è il prestito [che] costituisce un biglietto sicuro, senza ritorno, per la bancarotta».

Di fronte a un fenomeno che «è sistemico, maligno e globale, come il cancro» (sono ancora le parole dell'immaginario finanziere di *Wall Street*), la risposta tendenzialmente comune in Europa – anche perché fortemente condizionata dalle esigenze di armonizzazione imposte dal diritto della UE, necessaria per evitare il rischio dell'esistenza di una concorrenza tra ordinamenti e che può rappresentare un fattore distorsivo del funzionamento di un mercato che si vuole unico – è caratterizzata dal progressivo superamento della tradizione propria dei cd. paesi di *civil law* basata sul principio del carattere universale della responsabilità patrimoniale del debitore. Ossia sul principio, sancito dall'art. 2092 del *Code Civil* del 1804[13], e poi ripreso dai successivi codici apparsi nell'Europa continentale tra il XIX e il XX secolo, tutti direttamente o indirettamente influenzati dalla codificazione napoleonica, per cui «*quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir*».

Accolto dalle legislazioni che segnano l'ascesa del sistema capitalistico, quel principio, con la sua carica afflittiva che configura una responsabilità patrimoniale potenzialmente perpetua – specie quando, come poi è principalmente nel caso dell'indebitamento contratto nell'esercizio dell'attività di impresa, gli importi dei debiti sono tali da eccedere qualsiasi ragionevole prospettiva di rimborso anche attraverso i redditi futuri del debitore – quel principio è apparso, secondo una visione influenzata dai postulati della *law and ecommics*, costituire un freno allo stesso sviluppo dell'economia di mercato. Il pericolo dell'asservimento patrimoniale perpetuo – trasfigurazione in chiave moderna dell'asservimento personale che caratterizzava il rapporto obbligatorio nelle

[13] E che oggi ritroviamo, in Francia, dettato nell'art. 2284, come modificato dall'*Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006*.

società antiche – è un fattore che, in presenza di limitate risorse finanziarie, può indurre ogni individuo ad astenersi dal fare ricorso all'indebitamento, così non solo determinando una stagnazione dei consumi ma dissuadendo anche dall'intraprendere iniziative imprenditoriali, che pure potrebbero risultare profittevoli e utili alla collettività, con una perdita dunque del benessere generale[14]. Di qui allora la torsione che è stata progressivamente impressa nella maggior parte dei sistemi giuridici europei, ai princìpi e alle regole concernenti l'attuazione coattiva del rapporto obbligatorio che pure erano stati immaginati al servizio dell'ideologia capitalistica. A discipline pensate nel preminente interesse dei creditori, e che dovrebbero servire a massimizzare la soddisfazione di quest'ultimi, si vengono sostituendo, infatti, discipline sempre più orientate non solo nella prospettiva della minimizzazione degli oneri per il debitore[15], ma caratterizzate financo dall'abbandono della stessa prospettiva che postula la «colpevolizzazione» del debitore inadempiente – sulla cui matrice di ordine religioso pure il capitalismo nella sua fase di ascesa aveva largamente insistito al fine di rafforzare la cogenza del vincolo – con la sostituzione di una prospettiva del tutto opposta, che invece tende a favorire quanto più rapidamente possibile la sua esdebitazione.

La modifica di prospettiva adottata soprattutto rispetto al c.d. debitore civile, ossia rispetto all'individuo sovraindebitato che non svolga un'attività imprenditoriale – per coloro che esercitano l'attività di impresa il sistema già ammetteva, da tempo, in presenza di una situazione di insolvenza, intesa come di incapacità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni, seppure entro certi limiti, la possibilità di ottenere il *discharge* dei debiti attraverso il ricorso allo strumento del concordato – è sicuramente significativa[16]. E tuttavia sarebbe errato considerare il progressivo mutamento della posizione in cui versa il debitore – il suo passaggio «dalla prigione alla liberazione»[17], come è stato scritto con efficace formula – come espressione di una maggiore attenzione a

[14] L. Stanghellini, "*Fresh Start": implicazioni di "policy"*, in *L'insolvenza del debitore civile dalla prigione alla liberazione*, a cura di G. Presti, L. Stanghellini, F. Vella, in *AGE*, 2004, 437 in specie, 440. Per una più generale ricostruzione dei termini del dibattito riguardo all'opportunità, in chiave di *policy*, di ampliare i presupposti della esdebitazione, anche in una prospettiva comparatistica, cfr. G. Rojas Elgueta, *L'esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto* civil law-common law, in *Banca, corsa, tit. cred.*, 2012, 310 ss.

[15] Basti pensare, per tutte, alla crescente attenzione al contenimento dei costi del credito, assicurata dalla imposizione di norme cogenti e dalla interpretazione estensiva propostane dalla Corte di Giustizia UE, in particolare nella sentenza *Lexitor*.

[16] L. Modica, *Disciplina generale dell'obbligazione e sovraindebitamento*, in *Riv. dir. comm.,* 2024, I, 247 ss., in specie 253.

[17] Così l'espressivo titolo del numero monografico dedicato, nel 2004, da *AGE*, cit., al tema dell'insolvenza del debitore civile.

istanze di tipo solidaristico, volte a riequilibrare un rapporto che l'ideologia capitalistica richiede essere strutturalmente diseguale[18]. Piuttosto il cambio di paradigma è pur sempre funzionale all'esigenze di autoconservazione del sistema[19].

Gli è che in un contesto storico in cui i redditi si contraggono e le classi medie sono progressivamente sempre più povere, per mantenere attivo il funzionamento di una economia di libero mercato è necessario che il debito venga continuamente riprodotto. Se «l'indebitamento planetario si rivela essere uno degli ingranaggi dell'economia mondiale»[20], perché tale meccanismo possa continuare a funzionare è, dunque, necessario introdurre "dispositivi" che ne rendono possibile la continua riproduzione, e pertanto è necessario, se non eliminare, quanto meno attenuare la regola della responsabilità patrimoniale "perpetua", perché tale previsione assoggettando i beni non solo presenti ma anche futuri a favore di una determinata cerchia di creditori, rischia di limitare l'assunzione di nuovi debiti, finendo per bloccare il suddetto ingranaggio. Al sistema dell'economia di mercato in questo momento storico non è, dunque, tanto indispensabile un apparato repressivo che favorisca la coazione all'adempimento, quale era stato in definitiva quello immaginato con l'avvento della nuova società borghese, ma è, invece, necessario, l'esatto opposto, ossia occorrono meccanismi che agevolino l'esdebitazione del debitore, perché è solo se ad un certo punto si cancellano i debiti pregressi che si creano le condizioni affinché se ne possano creare di nuovi.

4. *Verso un rovesciamento di prospettiva: la relativizzazione dell'ideologia borghese del «*tu dois*»*

Il favore per le procedure di estinzione dei debiti sia per gli imprenditori in crisi o insolventi sia per i consumatori sovraindebitati – che si trova chiaramente espresso nella più recente normazione di fonte europea (basti pensare alla direttiva UE n. 1023/2019 mirante ad «*aumentare l'efficacia delle misure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione*») – verso cui si indirizzano gli ordinamenti giuridici che danno forma al sistema capitalistico della società postmoderna sembra, dunque, rovesciare completamente i postulati che ne hanno caratterizzato l'ascesa agli inizi dell'Ottocento, e che Balzac ha tratteggiato in maniera così cruda ed efficace.

[18] R. Cardilli, *Obbligazione e diseguaglianza (Per una lettura critica dell'obbligazione in Friedrich Karl von Savigny)*, Bologna, 2022, 42.

[19] L. Modica, *Disciplina generale dell'obbligazione*, cit., 2024, 259

[20] E. Stimilli, *Debito e colpa*, cit., 152

«La regola borghese del "tu devi"» non è, dunque, più «assoluta»[21], né può dirsi rappresentare un fondamento della morale sociale e costituire regola che il debitore oramai «interiorizza»[22] Tutto al contrario, la possibilità per il debitore di ricorrere agevolmente all'esdebitazione relativizza quella regola, e l'attenuazione dei poteri del creditore di ottenere l'integrale soddisfazione coattiva a carico del patrimonio del debitore[23] inverte decisamente il senso del rapporto. Il vero potere non è più nelle mani del primo ma in quelle del secondo, che può anche moralmente rigettarla e che grazie alla possibilità di conseguire l'esdebitazione si vede persino agevolato nei propri comportamenti di indebitamento "irresponsabile", la cui colpa, in un'inversione della logica tradizionale, viene anzi ascritta al creditore[24]. Attraverso la minimizzazione delle conseguenze del debito contratto anche quando già al momento stesso della sua assunzione difettava una reale capacità di rimborsarlo si finisce, in definitiva, per favorire il c.d. *azzardo morale* del debitore.

Nella società contemporanea, il sistema capitalistico si riappropria così di alcuni princìpi che avevano caratterizzato le società antiche[25] e che si erano protratti sino al XVIII secolo dove, come si è osservato[26], il debito poteva esse-

[21] Sull'assolutezza della regola nella società borghese cfr. A. Péraud, *Le Crédit*, cit., 76.

[22] Così sempre A. Péraud, *op. ult. cit,*, *loc. cit*.

[23] Esempio sintomatico di questo fenomeno è, del resto, la scelta compiuta dalla direttiva UE n. 1023/2019, là dove consente agli ordinamenti giuridici nazionali di superare, nell'ambito delle procedure di ristrutturazione dell'impresa insolvente e preordinate a garantire la continuazione dell'attività, la c.d. «*absolute priority rule*» non per caso sostituendola con quella definita come «*relative priority rule*». Priorità relativa che appunto significa che oggi anche in assenza dell'integrale soddisfazione dei crediti di rango superiore si può pagare qualcosa ai crediti di rango inferiore, e financo – almeno nelle imprese organizzate in forma di società – riservare parte dei valori futuri derivanti dalla continuazione dell'attività agli stessi soci, che pure come *residual claimants* dovrebbero essere integralmente esposti al rischio di impresa e non dovrebbero percepire nulla fino a che tutti i creditori non siano stati integralmente pagati, e ai quali andrebbero invece attribuiti tali valori se si applicasse rigidamente il principio del carattere universale della responsabilità patrimoniale. Per generali riferimenti sul tema cfr. G. Ballerini, *La distribuzione del (plus)valore ricavabile dal piano di ristrutturazione nella direttiva UE 2019/1023 e l'alternativa tra* absolute priority rule *e* relative priority rule, in *Riv. dir. comm*., 2021, I, 367 ss.

[24] Si veda in questo senso quanto previsto dalla Direttiva UE n. 2225/2023 in tema di credito al consumo, che al «considerando 53» prevede che gli Stati membri debbono vigilare sul comportamento dei creditori, ed eventualmente adottare misure sanzionatorie nei confronti di questi ultimi ove concedano credito «*in maniera irresponsabile*», ovvero a favore di un soggetto che non sia in grado di rimborsare il debito. In questa prospettiva non è dunque sanzionato il debitore che chiede irresponsabilmente credito, ma solo colui che lo concede.

[25] Si veda, di recente, l'ampia indagine ricca di rimandi agli studi di antropologia culturale di D. Graeber, *Debito. I primi 5000 anni*, Milano, 2011, *passim*

[26] Così ancora A. Péraud, *Le Crédit*, cit., 78.

re ancora eccezionalmente annullato e il rimborso essere sospeso[27] o negoziato; ma ciò avviene non più in nome di una superiore esigenza di coesione sociale, come era in quel lontano passato, ma perché ciò risulta pur sempre necessario a mantenere attivo il regime del libero mercato, tale possibilità, obbedendo, in definitiva, anch'essa a un principio di razionalità economica.

5. *Balzac e la «verità non scritta»: il debitore è più forte del creditore.*

Nonostante uno scenario così radicalmente modificato almeno da un punto di vista ideologico[28], le pagine di Balzac sulle dinamiche del debito sono, tuttavia, «continuamente attive», risultando tuttora «incandescenti».

Se, come Balzac stesso ha scritto, l'anima dell'artista è uno specchio in cui è suscettibile di riflettersi l'intero universo[29], in questo caso possiamo dire che lo specchio costituito dalla *Comédie humaine* presenta una curvatura talmente ampia da aver permesso al suo autore – proprio come immaginato in un noto racconto di Philip K. Dick[30] – di intravedere il futuro[31], confermandosi così come la riflessione sulla società del suo tempo che Balzac ci propone sia insieme

[27] Si tratta di una misura, peraltro, applicata eccezionalmente anche dalla società borghese al tempo di Balzac. All'indomani della Rivoluzione di febbraio, il Governo provvisorio adottò, infatti, il 20 marzo 1848, un decreto che dispose la sospensione di tre mesi al diritto per i creditori di agire per la riscossione dei debiti insoluti; si trattava, evidentemente, anche in questo caso di una misura, seppure minima, di pacificazione sociale, per venire incontro ai bisogni soprattutto di artigiani e piccoli commercianti, ma più in generale della popolazione in un contesto drammatico di crisi di liquidità che rendeva problematico il pagamento dei debiti (E. Vause, *In the Red and in the Black: Debt, Dishonor and Law in France between the Revolutions*, Charlottesville, University of Virginia Press, 2018, 234). Ad essa fa dunque implicito riferimento Balzac alla Contessa Hanska, nella lettera del 10 luglio 1848 (cfr. Honoré de Balzac, *Lettres a Madame Hanska*, édition établie par Roger Pierrot, Paris, Robert Laffont, 1990, II, 896).

[28] Sul piano del fatto, si può invece sottolineare una sostanziale identità del tipo di problema tra la realtà attuale e quella osservata da Balzac: l'indebitamento diffuso, conseguenza della grave carenza di liquidità, rappresenta, infatti, un connotato storicamente caratterizzante la monarchia orleanista: sul tema cfr. A. Péraud, *La construction de l'identité du débiteur: des physiologies au récit balzacien*, in *Balzac et la crise des identités*, a cura di E. Cullmann, J.L Diaz, B. Lyon-Caen, Saint-Cyr sur Loire, Christian Pirot, 2005, 151 ss.

[29] Come scriveva Balzac già in *Des Artistes*, pubblicato su *La Silhouette* nel 1832 (lo si può leggere in *Ouvres diverses*, II, Paris, Gallimard, 1996, p, 707 ss., in specie 713.

[30] Il riferimento è a *Paycheck* pubblicato nel luglio 1953 sulla rivista *Imagination*, e che si può leggere in *The Collected Stories of Philip k. Dick*, I, Underwood Miller, San Francisco, 1987.

[31] Del resto – scrive ancora Balzac in *Séraphîta*, il complesso romanzo pubblicato nel 1835 e che nel progetto della *Comédie humaine* concluderà la sezione degli *Études philosphiques* – ci sono esseri umani, e tra questi innanzitutto gli artisti, dotati di «*une espèce de vue intérieure, qui pénètre tout*», i quali «*portent eneux-mêmes un miroir où vient se réfléchir la nature morale, avec ses causes et ses effets*», e che permette loro di «*devine[r] l'avenir et le passé en pénétrant ainsi la conscience*» (*CH*, XI, 794 s.)

«profetica e passatista»[32]. È passatista, perché l'attenzione financo eccessiva[33] che viene riservata ai più impenitenti tra i debitori che, come Maxime de Trailles, considerano una «*escroquerie*» ogni iniziativa assunta da un creditore «*pour se faire payer immédiatement*»[34] rappresenta un'opposizione per certi versi anacronistica alle regole del capitalismo oramai trionfante e alla morale borghese[35]. Ma è anche profetica, appunto perché quell'elogio dell'indebitamento e poi del suo sistematico inadempimento, che per l'ideologia imperante nel momento storico in cui Balzac scrive può effettivamente apparire quale espressione di una logica distorcente e deviante, se non oscena[36], finisce per anticipare quel che, «*qui e ora*», pare costituire, invece, in un certo senso la normalità.

Molti mi sembra che nella *Comédie humaine* siano gli esempi di questa intuizione anticipatrice della trasformazione verso cui sarebbe, nel tempo, andato incontro il rapporto credito-debito nel sistema dell'economia capitalistica, e di come «l'incessante battaglia tra creditori e debitori»[37] già nella società messa in scena da Balzac fosse destinata, in definitiva, a risolversi assai spesso a favore dei secondi, così da giustificare l'affermazione di Bixiou riguardo a quella «*vérité pécuniaire (…) écrite nulle part*», ossia che «*le débiteur est plus fort que le créancier*»[38].

Emblematica da questo punto di vista mi sembra, in rapporto al problema di come gestire e affrontare l'eccesso di indebitamento nell'esercizio dell'attività di impresa, la strategia che papà Grandet – che pure si muove ancora all'interno della morale borghese e della sua concezione dell'inadempimento come colpa e del fallimento come rituale di degradazione[39] – pone in essere per affrontare l'insolvenza del fratello.

[32] In questo senso A. Mazzacane, *Diritto e romanzo nel secolo della borghesia. «Le Colonel Chabert» di Honoré de Balzac*, in *Giornale di storia costituzionale (28)*, 2014, 187 ss., in specie 212.

[33] Il rilievo è ancora di A. Péraud, *Le Crédit*, cit., 118

[34] *CH*, VII, 780

[35] Per chi condivida l'idea di letteratura di F. Orlando, *Gli oggetti desueti nelle immagini della letteratura*, Torino, 1993, *passim*, l'accentuazione di quel fenomeno può essere considerata espressione di «un ritorno del represso», nel senso che ci testimonia «gli scarti e le resistenze che gli uomini oppongono alle regole ed esigenze delle società a cui pure, in misura maggiore o minore, si sottopongono» (così S. Brugnolo, *Desiderio e ritorno del represso nella teoria di Francesco Orlando*, in Between, 5/2013, 83). Per questa impostazione, e in particolare con riferimento al significato che questa concezione può avere nella prospettiva di un uso dei testi letterari da parte degli studiosi delle scienze sociali, sempre S. Brugnolo, *Sull'uso dei testi letterari*, cit., 174 s.

[36] A. Péraud, *Le Crédit*, loc. ult. cit.

[37] *CH*, VII, 778

[38] *CH*, VI, 391

[39] «*Faire faillite (…) c'est commettre l'action la plus déshonorante entre toutes celles qui peuvent déshonorer l'homme*» (*CH*, III, 1094). Sul tema, che trova la sua più compiuta espres-

La scelta di ricorrere allo strumento della liquidazione del patrimonio di Victor tramite un *règlement à l'amiable* con i creditori, ed ordita «*pour se moquer des Parisiens, pour les tordre, les rouler, les pétrir, les faire aller, venir suer, espérer, pâlir; pour s'amuser d'eux*»[40], si connota, infatti, come estremamente moderna. La strategia adottata non solo richiama le caratteristiche spesso tortuose e defatiganti che caratterizzano il procedimento di formazione di alcuni degli attuali strumenti, tra quelli disciplinati dall'autonomia privata, di risoluzione della crisi di impresa, ma permette anche al *père* Grandet, sfruttando i *bias* cognitivi ed emotivi dei creditori[41] e la loro tendenziale disorganizzazione, di disattivarne le pretese residue – almeno fino al momento della sua morte: Eugenie, anch'essa figlia della morale borghese si orienterà diversamente.

Ma non meno significative mi sembrano le tecniche di gestione della crisi e dell'insolvenza, reale o simulata, presentateci in *La Maison Nucingen*. Anche in questo caso la strategia del banchiere alsaziano consiste nel «*payer ses créanciers*» con «*un petit pâté pour un louis d'or*»[42], assicurando così ai medesimi soltanto un soddisfacimento minimo e parziale delle pretese vantate[43]. Una strategia che sfrutta, dunque, anche, in questo caso, l'ingenuità dei creditori – «*grands enfants qui, comme les petit enfants d'autrefois, préfèrent la pâté a la pièce, sans savoir qu'avec la pièce ils peuvent avoir deux cents pâtés*»[44] – e che gli permette, alla fine, di liquidare l'impresa e ripartire, proprio come nella logica del *fresh start* caldeggiata oggi dal diritto dell'UE. Ma con una ripartenza che si realizza, come sempre in questi casi, sostanzialmente a spese di questi ultimi.

La capacità delle pagine della *Comédie humaine* di illustrare la problematicità dell'attuazione del rapporto obbligatorio, e di offrire una rappresentazione in grado di comunicare con forza ed efficacia anche al lettore contemporaneo – che si specchia nella società di Balzac per comprendere quella attuale – il

sione nel *Cesar Birotteau*, G. Carrillo, *Morte a credito*, in *Il borghese fa il mondo,* a cura di F. de Cristofaro e M. Viscardi, Roma, 2013, 303 ss., in specie, 313

[40] *CH*, III, 1105.

[41] Il creditore – sottolinea Balzac con una fulminante anticipazione degli studi di economia comportamentale – «*est une sorte de maniaque. Aujourd'hui prêt à conclure. Demain il veut tout mettre à feu et à sang; plus tard il se fait ultra-débonnaire. Aujourd'hui sa femme est de bonne humeur, son petit dernier a fait ses dentes, tout va bien au logis, il ne veut pas perdre un sou; demain il pleut, il ne peut pas sortir, il est mélancolique, il dit oui à toutes les propositions qui peuvent terminer une affaire; le surlendemain, il lui faut des garanties, à la fin du mois il prétend vous exécuter, le bourreau (…) Grandet avait observé les variations atmosphériques des créanciers, et ceux de son frère obéirent à tous ses calculs*» (*CH*, III, 1143)

[42] *CH*, VI, 370

[43] Così anche K.M. Roney, *A Tale of two Bankruptcies (César Birotteau and La Maison Nucingen)* in *Revue Balzac*, 2021, 197 ss,, in specie 206 ss.

[44] *CH* VI, ivi.

rovesciamento dei rapporti di forza tra debitore e creditore emerge con ancora maggiore nettezza se ci si sofferma sulle vicende che riguardano il sovraindebitamento individuale, che sia quello delle famiglie o del singolo consumatore. Anche nel mondo di Balzac, nonostante l'ampio apparato repressivo dell'inadempimento predisposto dall'ordinamento giuridico, il creditore è, in fondo, sprovvisto di strumenti davvero orientati allo scopo di ottenere l'integrale soddisfazione della sua pretesa, sicché è quasi sempre il debitore a comandare il gioco.

Sotto questo profilo non mi sembra, dunque, del tutto condivisibile l'osservazione di chi ha sottolineato che nella società messa in scena nella *Comédie humaine* la durezza delle norme, volute da Napoleone[45], avvantaggia i creditori, offrendo loro il mezzo per costringere a pagare quanto meno i «piccoli debitori», consentendo anzi «infinite possibilità di scherzi» ai loro danni[46]. Se l'applicazione della legge costituisce fonte di ingiustizie non è perché il suo apparato repressivo sia realmente al servizio delle ragioni del credito, ma perché il mondo di Balzac è retto dal principio dell'*homo homini lupus*[47] e nella guerra di tutti contro tutti che in essa si svolge destinati a soccombere sono semplicemente i più deboli, indipendentemente dal fatto che essi ricoprano il ruolo di creditori o debitori.

Che sia così, lo dimostra, mi sembra, in maniera eloquente, innanzitutto il fatto che la riflessione di Balzac a proposito dei due princìpi che muovono l'azione di papà Grandet – ossia «*l'amour propre et l'intérêt*»» – ed in cui si coglie una manifestazione dell'«*exercice de la puissance humaine*», espressione di una «*supériorité réelle*»[48] a scapito degli altri, venga formulata significativamente in relazione a una vicenda in cui egli assume la veste di debitore, e dove «*ceux qui, trop faibles, se laissent ici-bas dévorer*»[49] sono proprio coloro che assumono la posizione di creditori. Ma lo dimostra anche, a ben vedere, la circostanza che l'applicazione della più severa tra le misure coercitive pensate a tutela del credito, vale a dire la *contrainte par corps*, avviene il più delle volte nei confronti di soggetti – basti pensare a David in *Illusioni Perdute* o a Esther in *Splendori e Miserie delle Cortigiane*, per citare i casi più noti – che neppure assumono re-

[45] Sul ruolo di Napoleone nelle decisioni riguardanti l'inasprimento delle misure sanzionatorie contro il debitore, ed in particolare per la conferma della previsione sia dell'arresto per debiti in caso di mancato pagamento di cambiali, sia dell'arresto del commerciante dichiarato fallito, cfr. A. Padoa Schioppa, *Napoleone e il «Code de Commerce»*, in *Saggi di Storia del diritto commerciale*, San Donato Milanese, 1992, 89 ss.

[46] A. Péraud, *Le Crédit*,, cit., 91

[47] G. Luckács, *Balzac und der französische Realismus*, Berlin, Aufbau-Verlag, 1951, 40.

[48] *CH*, III, 1104

[49] *CH*, III, 1105

almente la veste di debitori, la falsificazione delle firme sulle cambiali essendo unicamente il frutto di una macchinazione ai loro danni.

Anche nella società balzachiana, dunque, gli strumenti di tutela del credito finiscono per essere carenti di effettività. La carcerazione per debiti è inutile allo scopo, giacché pure una volta applicata il debitore inadempiente «*il en sort sans avoir payé ses dettes, il est vrai, car il n'est plus contraignable que par sa conscience qui le laisse toujours en repos*»»[50].

Ma anche le misure espropriative tipiche del processo di esecuzione – ammesso che il creditore trovi qualcosa da pignorare nel patrimonio dei debitori, il che è raro, almeno in relazione a quelli più scaltri, come ben esemplifica Maxime de Trailles che, infatti, «*ne possédait rien, sa voiture, ses chevaux étaient loués*»[51]– sono poco attraenti e remunerative. Si tratta di un aspetto che risulta evidente soprattutto ove si considerino, per un verso, gli elevati costi di tali procedure – come ci spiega con chiarezza l'avvocato Desroches in *Un homme d'affaire*[52] – e, per altro verso, il rischio stesso della perdita di valore dei beni pignorati nelle more del processo esecutivo, come sottolinea nel *Cesar Birotteau*[53] direttamente Balzac nella lunga digressione sulla *Storia generale dei fallimenti*[54]. Il che è allora quanto spiega la scelta dei creditori, che come Ragon, finiscono per considerare una «*grande perte de temps*» affannarsi per avviare gli atti esecutivi, e che finiscono così per considerare «*le maigre et incertain dividende*» eventualmente ottenuto nell'ambito delle procedure di esecuzione coattiva, anche quelle concorsuali, «*comme amplement regagné par l'emploi du temps qu'on ne perdait point à aller, venir, faire des démarches et courir après les excuses de l'improbité*.»[55]

Non diversamente da quanto avviene nella società contemporanea, anche in quella di Balzac il creditore non ha, dunque, molte leve per ottenere il pagamento integrale di quanto gli spetta. Dal momento che non ci si può più appellare ai princìpi dell'*ethos* borghese e alla colpevolizzazione morale dell'inadempiente – quei princìpi che, pure, ancora spingono César Birotteau all'adempimento del debito anche quando oramai non è più dovuto e di cui, in un sorta di sacrificio rituale come quello delle società antiche[56], pagherà il prezzo con la sua stessa vita – in un contesto in cui chi adempie per intero il

[50] CH, VII, 113 s.
[51] *CH*, VII, 780
[52] *CH*; VII, 791
[53] *CH*, VI, 277
[54] Questo il titolo scelto da Balzac per il capitolo 14 dell'edizione originale edita chez Boulé nel 1837 (cfr. nota critica al testo, *CH*, VI, 1130).
[55] *CH*, VI, 79
[56] D. Graeber, *Debito,* cit, 134 ss.

suo debito non è altro che un «*[b]rave homme, mais bête*»[57], l'unico vero mezzo che si offre ai creditori, per non soccombere alla «verità pecuniaria» scolpita nelle parole di Bixiou, è semplicemente, ora come allora, sapere escogitare dei «trucchi», proprio come Cèrizet nel breve racconto balzachiano[58], più efficaci rispetto agli stessi strumenti legali di cui possono avvalersi i debitori per non pagare.

[57] *CH*, VI, 360

[58] Il breve racconto *Un homme d'affaire* (*CH*, VII), era stato già pubblicato da Balzac su *Le Siècle* del 10 settembre 1845 con il titolo «*Les roueries d'un créancier*», traducibile appunto come «*I trucchi del creditore*», che meglio ne rendeva il senso rispetto al titolo successivamente scelto.

Antonio Gusmai[*]

AGLI ALBORI DI ALCUNE ATTUALI QUESTIONI AMBIENTALI: IL «GOVERNO DEL TERRITORIO» NELL'ITALIA PRE-REPUBBLICANA

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive e finalità del contributo. – 2. La fondamentale rilevanza della «*publica utilitas*» negli ordinamenti preunitari. – 3. L'affiorare della tutela paesaggistica nell'Italia unita. – 4. Il "connubio" tra patrimonio storico-artistico e ambiente-paesaggio. – 4.1. La primazia del pubblico interesse nella legge-Croce. – 4.2. Paesaggio e urbanistica nel sincretismo giuridico-culturale fascista. – 5. Alcuni moniti per il presente.

1. *Considerazioni introduttive e finalità del contributo*

Occuparsi del passato per comprendere il presente significa, come l'Onorato non ha sensibilmente mancato di rammentare in occasione di un prestigioso incontro seminariale[1], avere chiara la consapevolezza di almeno una questione di capitale importanza. Essa ha a che fare con un sempre possibile errore di impostazione metodologica, in cui a potervi incorrere appaiono soprattutto gli studiosi alle prese con indagini di carattere politico e costituzionale. Ci si riferisce, in particolare, al fatto di credere di poter agire in qualità di «contemplatori distaccati» dalle vicende storiche, come se il magma della contemporaneità potesse non condizionare la comprensione degli eventi trascorsi che riaffiorano «mai uguali»[2]. Con la conseguenza, non di rado evidente in alcune ipotesi ricostruttive, di ritrovarsi ad edificare strutture di pensiero fortemente legate a congetture dogmatiche che poco o nulla sembrano allignare nella «realtà»[3].

[*] Professore Associato di Diritto costituzionale e pubblico nell'Università degli Studi di Bari.

[1] Il riferimento è al Seminario "*Quale costituzionalismo durante il fascismo?*", promosso dall'Associazione Italiana dei Costituzionalisti (AIC) – Fondazione CESIFIN Alberto Predieri, svoltosi a Firenze (Palazzo Incontri) il 16-17 giugno 2017.

[2] Cfr. S. PRISCO, *La rappresentanza politica e la rappresentanza degli interessi. I giuspubblicisti del fascismo e la ricerca della "terza via"*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018, in cui testualmente si afferma: «Si deve tuttavia sapere che non è onestamente possibile essere contemplatori distaccati di quegli eventi, perché dal nostro modo di guardare i problemi di fondo del presente siamo comunque inevitabilmente condizionati. Almeno in parte (perché la storia non si ripete mai uguale a se stessa), il passato ci costringe cioè sempre a interrogarci su noi medesimi» (4).

[3] Sulla complessità ulteriormente assunta da tale concetto nella dimensione costituzionale contemporanea, sia consentito il rinvio ad A. GUSMAI, *Possibilità cognitive e orizzonti costituzionali: qualche coordinata di* neurolaw *su coscienza, libertà e creazionismo giudiziario*, in *federalismi.it*, fasc. n. 6/2024, 121 ss.

Si perdoni il gioco di parole, ma il maggior pregio dell'essere consapevoli di non essere interpreti collocati fuori dalla storia sta proprio in questo: serve ad evitare di contribuire alla generazione di astrattezze che impediscono un costruttivo dialogo tra saperi utile alla comprensione di fenomeni complessi[4]. Rischio che è sempre presente ogniqualvolta ci si appropinqui alla comprensione di materie complesse, mai realmente perimetrate da etichette disciplinari. È proprio questo il caso che involge, tra gli altri, gli interessi in senso lato ambientali, ormai al centro delle problematiche ordinamentali della più gran parte degli Stati del Pianeta, in cui fortissimi emergono i condizionamenti economici, politici e sociali[5]. Al punto che, non di rado, le stesse attestazioni delle scienze naturali, se parametrate alle determinazioni normative disposte dai poteri costituiti al fine di dare seguito a scelte politiche e amministrative, appaiono non trovare alcuna logica corrispondenza[6].

Nelle pur brevi riflessioni che seguono, l'oggetto indagato – il territorio e il suo governo – appare una delle vittime predilette di tali processi di scollamento gnoseologico[7]. Basti qui solo pensare alle esigenze unitarie di tutela

[4] Del resto, come è stato detto trattando di un argomento strettamente connesso a quello che qui ci occupa, lo stesso «cambiamento climatico chiama in causa i costituzionalisti e loro categorie: dalla sovranità, messa a dura prova da un problema che non può essere risolto senza il ricorso al diritto internazionale e alla diplomazia climatica, alla separazione dei poteri, con giudici che sono chiamati, sempre più insistentemente, a intervenire e a supplire alle carenze del legislatore; dalla supremazia del legislatore nazionale, sempre più schiacciato da norme provenienti dall'esterno e dalle indicazioni della scienza, sempre più vincolanti anche per i giudici, all'interpretazione dei diritti fondamentali, che cominciano a sganciarsi dal loro ancoramento al territorio (efficacia extraterritoriale) e al tempo presente (effetti lesivi anticipati), per inglobare sempre più l'ambiente e il clima tra i presupposti di effettività, all'uso della categoria dell'emergenza, che nel caso del clima diventa sempre più strutturale». Così, R. Bifulco, *Ambiente e cambiamento climatico nella Costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, n. 3/2023, 147.

[5] Vista la stretta contiguità tra processi di urbanizzazione ed equilibri ecosistemici sembra utile, qui, rinviare allo studio di M. Carducci, *Cambiamento climatico (diritto costituzionale)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche. Aggiornamento*, diretto da R. Sacco e curato da R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, Milano, 2021, 61-63, per avvedersi di ben «24 rotture eco-giuridiche» destinate ad incidere sullo stesso «governo del territorio».

[6] Di tali risalenti problematiche si è tornati seriamente a discuterne in tempi recenti, in cui, nonostante il mutato contesto politico-costituzionale (oggi è espressamente presente nei principi fondamentali della Carta repubblicana – *ex* art. 9 – l'interazione tra paesaggio, beni culturali, ambiente, ecosistemi e biodiversità), comunque assai vivo permane un importante scetticismo nei confronti di indagini e analisi della dottrina giuspubblicistica (e non solo) che si caratterizzano per essere impostate alla metrica della interdisciplinarietà. In argomento, se si vuole, si veda già A. Gusmai, *La tutela dell'ambiente tra valori (meta-positivi), interessi (mercificatori) e (assenza di) principi fondamentali*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, vol. II, a cura di A.M. Nico, Bari, 2016, 535 ss.

[7] Il sintagma «governo del territorio» appare, per la prima volta nella Carta repubblicana, a seguito dell'entrata in vigore della l. cost. n. 3 del 2001. Cuore pulsante di tale materia

ambientale e alla frammentazione che, invece, ancora oggi, caratterizza le politiche urbanistiche nazionali, ormai polverizzate da competenze (costituzionali) e funzioni (amministrative) di spettanza regionale e locale[8]. In tale contesto normativo, la mancanza di una "regia" statale e il consolidarsi di dottrine propense a "differenziare", piuttosto che a "unificare" la tutela di beni come il paesaggio e l'ambiente, non solo appaiono disattendere consolidate attestazioni delle scienze naturali (per la biologia, le città e il paesaggio non sono corpi estraniabili dall'ambiente), ma – questo il punto focale – impediscono la realizzazione di adeguate scelte politiche tese a dare attuazione al disegno costituzionale, specie dopo la recente modifica degli artt. 9 e 41 della Carta repubblicana[9].

Germoglia da tali premesse l'avvertita necessità di ricostruire diacronicamente alcune delle principali tappe che hanno portato le politiche urbanistiche a disallinearsi dalle problematiche ambientali. L'obiettivo è quello di risalire alle precipue cause della conclamata disorganicità delle regole urbanistiche che tanto ha condizionato gli sviluppi del «governo del territorio» sul piano costituzionale. E che, questa l'evidenza di maggiore rilievo, è perdurata sino ai giorni nostri. Contrariamente a quanto generalmente si lascia intendere dai regionalisti sostenitori degli «interessi differenziati» si cercherà, infatti, di dimostrare che la frantumazione normativa del «governo del territorio» italiano non è fenomeno imputabile all'organizzazione politico-amministrativa novecentesca[10]. È nella cultura economico-giuridica borghese, invero, che alligna l'idea del territorio come costellato di «bellezze naturali» aventi un mero valore estetico ed estetizzante, non confondibili con il prodotto dell'attività urbanistico-edilizia destinata a modellare lo spazio fisico dell'*urbs*. Per quanto, come si avrà modo di osservare, è al contempo all'interno di una parte della stessa

«concorrente», come si desume dall'interpretazione offerta dallo stesso giudice delle leggi, sono l'«urbanistica» e l'«edilizia». Cfr. Corte cost., sent. n. 303 del 2003.

[8] Consapevolezza sempre più avvertita negli scritti della dottrina maggiormente influenzata dalle problematiche che investono la contemporaneità, come si desume, ad esempio, dalla lettura di G.A. Ruscitti, *La tutela del paesaggio fra cambiamento climatico e interesse delle future generazioni*, in *federalismi.it*, fasc. n. 15/2024, 122 ss.

[9] Come da ultimo puntualizza il giudice delle leggi: «La riforma del 2022 consacra direttamente nel testo della Costituzione il mandato di tutela dell'ambiente, inteso come bene unitario, comprensivo delle sue specifiche declinazioni rappresentate dalla tutela della biodiversità e degli ecosistemi, […] e vincola così, esplicitamente, tutte le pubbliche autorità ad attivarsi in vista della sua efficace difesa». Cfr. Corte cost., sent. n. 105 del 2024, *Considerato in diritto* n. 5.1.2.

[10] Per vero, anche parte della dottrina costituzionalistica, come la dottrina amministrativistica, sembra esser ferma nell'intendere la tutela paesaggistica come tutela «degli interessi differenziati […] che, rispetto all'interesse urbanistico, trovano sul territorio il loro punto di riferimento e di incidenza». Così, tra gli altri, B. Caravita, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005, 40.

cultura politico-costituzionale di quel periodo che si è fatta strada la convinzione che l'ordinato sviluppo del territorio rientri nella sfera degli interessi primari dello Stato e, in definitiva, riguardi la complessità del bene «ambiente». Circostanze che, tuttavia, affiorarono principalmente nei circoli culturali e nei dibattiti parlamentari relativi all'approvazione di leggi riguardanti le «bellezze naturali» e la «tutela del patrimonio storico e artistico» della Nazione (come si vedrà trattando della legge Rava e poi, soprattutto, delle leggi Croce e Bottai), in cui la funzione urbanistica – pur presente – appariva timidamente sullo sfondo delle politiche statali.

2. *La fondamentale rilevanza della «publica utilitas» negli ordinamenti preunitari*

Anche solo per evitare di «guardare i materiali esaminati con occhi odierni»[11] occorre, dunque, quantomeno provare a prendere l'abbrivio dalla riconsiderazione di alcuni fatti storici[12]. O, per meglio dire, dalla rimozione di alcune diffuse credenze che pare abbiano condizionato non poco l'evoluzione giuridica del governo del territorio. Sino al punto da aver condotto alcuni commentatori a considerare, ancora oggi, lo stesso «diritto urbanistico» una moderna ed esclusiva «parte speciale del diritto amministrativo»[13], come tale quasi impermeabile all'intera sistematica dei diritti e dei doveri costituzionali posta al vertice della normatività ordinamentale[14]. Non sempre, infatti, la necessità della regolamentazione urbanistica si è manifestata come conseguente «intervento riparatore» dei processi tecnici ed economici che hanno fatto sorgere e poi trasformato le città industriali[15].

Non tutte le regole di matrice urbanistica affermatesi prima della proclamazione del Regno d'Italia appaiono essere la mera risultanza di strette logiche economico-politiche legate all'espansione del libero mercato e alle

[11] S. Prisco, *La rappresentanza politica e la rappresentanza degli interessi*, cit., 4.

[12] È fin troppo noto l'insegnamento crociano secondo cui il «bisogno pratico, che è nel fondo di ogni giudizio storico, conferisce a ogni storia il carattere di "storia contemporanea", perché, per remoti e remotissimi che sembrino cronologicamente i fatti che vi entrano, essa è, in realtà, storia sempre riferita al bisogno e alla situazione presente, nella quale quei fatti propagano le loro vibrazioni». Così, B. Croce (1938), *La storia come pensiero e come azione*, Bari, 1966, 5.

[13] Cfr. A. Bartolini, *Urbanistica*, in *Enc. dir.*, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 1275.

[14] È questa una delle principali cause che ha portato chi scrive ad approfondire la tematica in prospettiva costituzionale. I risultati degli studi e delle ricerche sono oggi rinvenibili in un lavoro monografico. Per un'analisi maggiormente approfondita si rinvia, pertanto, ad A. Gusmai, *Il «governo del territorio». Premesse costituzionali allo studio dell'urbanistica*, Bari, 2024.

[15] In tal senso, si veda L. Benevolo, *Le origini dell'urbanistica moderna*, Bari, 1971, 22 ss.

conseguenti, illimitate, prerogative riconosciute al cittadino-proprietario[16]. In alcuni casi, invero, l'architrave del sistema urbanistico ha continuato ad essere la *publica utilitas*, largamente affermatasi nella Roma dei Papi e risalente al diritto romano[17]. Tale concetto si fonda su un principio molto semplice: «il *legatum ad patriam* o *dicatio ad patriam*, cioè il principio giuridico secondo cui quanto venga posto, anche da un privato, in luogo pubblico (per esempio la facciata di un edificio) ricade almeno in parte nella condizione giuridica di *res populi Romani*, e comporta la costituzione di una sorta di servitù di uso pubblico»[18].

La logica romanistica, molto forte anche nel periodo medioevale e sino all'epoca barocca, era dunque quella della prevalenza dell'interesse pubblico

[16] Come noto, la proclamazione che sancì la nascita dello Stato unitario italiano avvenne con atto normativo del Regno di Sardegna (legge n. 4671 del 17 marzo 1861), col quale Vittorio Emanuele II assunse per sé e per i suoi successori il titolo di Re d'Italia. Periodo, questo, in cui in tutto il continente europeo trovavano ampio spazio i principi del pensiero politico liberale e le leggi economiche di matrice liberista.

[17] Si pensi all'*Editto* del Cardinale Camerlengo Pacca del 7 aprile 1820, in cui, sin dalle prime righe, si legge che «Gli antichi monumenti hanno reso e renderanno sempre illustre, ammirabile, ed unica quest'alma città di Roma». Essi, infatti, «attraggono gli Stranieri ad ammirarla […] ed infiammano la nobile emulazione di tanti Artisti, che d'ogni parte d'Europa qui concorrono». I Papi, aggiunge, furono sempre, e sempre più vogliono essere, «sommi proteggitori e vindici degli antichi monumenti», sempre curandone la «conservazione e riparazione», sempre vigili a trasferire in proprietà pubblica (del Comune o del pontefice) ogni bene che fosse in pericolo o che fosse di valore eminente. Quelle regole erano state più volte obliterate, dice il Camerlengo, ma avevano una tradizione antichissima, poiché i «necessarj riguardi ed ordinazioni» che il Papa vuol richiamare ora in vita sono, nella sostanza, gli stessi «che tante Leggi Pontificie, e degli antichi Imperatori, avevano in ogni tempo decretato e stabilito». Seguono disposizioni minuziose, che si snodano per ben 61 articoli e si sviluppano in regolamenti successivi. Ciò che qui importa sottolineare è che in questi editti torna in modo sempre più consapevole e coerente la nozione di *pubblica utilità* del patrimonio culturale. Gli editti Pacca sopraggiungono pochi anni dopo, una volta che, sconfitto l'impero di Napoleone, la Francia fu obbligata dalle potenze vincitrici (Inghilterra, Prussia, Austria e Russia) a restituire le opere d'arte depredate. Inviato del Papa fu Canova. Il testo è reperibile in rete al seguente indirizzo: *https://thesaurusitaliae.files.wordpress.com/2012/01/18200407_pacca.pdf*. Inoltre, il richiamo alla nozione giuridica di *publica utilitas* ricorre con insistenza anche nella Costituzione apostolica *Quae publice utilia et decora* di Gregorio XIII (1574). Qui si rinviene, sin dalle prime righe, l'ampia prevalenza del bene e del decoro pubblico sulla *cupiditas* e sui *commoda* (interessi, profitti) dei privati. Soprattutto, essa sottopone a rigoroso controllo l'attività edilizia di tutti i privati, compresi gli ecclesiastici. Per maggiori approfondimenti sulla legislazione pontificia, non si può qui che rinviare al quadro offerto da L. Wolf, *Kirche und Denkmalschutz. Die päpstliche Gesetzgebung zum Schutz der Kulturgüter bis zum Untergang des Kirchenstaates im Jahr 1870*, LIT Verlag, Münster, 2003.

[18] S. Settis, *Paesaggio Costituzione cemento. La battaglia per l'ambiente contro il degrado civile*, Torino, 2017, 110.

su quello privato, all'interno di contesti territoriali in cui a "regnare" era ancora uno spiccato senso di comunità[19].

Per averne contezza, basti qui rammentare una evocativa deliberazione del Senato di Roma, risalente al 25 marzo 1162. Periodo storico, questo, è appena il caso di precisarlo, in cui l'Assise aveva ormai assunto i caratteri di una vera e propria magistratura comunale. Nell'atto, che si riferisce alla Colonna Traiana, si legge:

> Noi, senatori romani, udita la controversia fra il prete Angelo e la badessa di San Ciriaco a proposito della chiesa di San Nicola ai piedi della Colonna Traiana e della Colonna stessa, decretiamo che la chiesa e la Colonna sono di proprietà della badessa, purché sia salvo l'onore pubblico della città di Roma. Pertanto la Colonna non dovrà mai essere danneggiata né abbattuta, ma dovrà restare così com'è in eterno, per l'onore del popolo romano, integra ed incorrotta finché il mondo duri.

La sensibilità verso i beni pubblici è sì forte, poi, che si assolutizza, in una logica totalmente rovesciata rispetto a quella successivamente affermatasi nelle teorizzazioni liberali a difesa della proprietà privata. Conclude, infatti, la suddetta deliberazione che «se qualcuno attenterà alla sua integrità (della Colonna), sia condannato a morte, e i suoi beni incamerati dal fisco»[20].

Del resto, «*utilitas*» è una qualità che i Romani pretendevano si associasse alla «bellezza» nelle varie manifestazioni artistiche, poiché l'«arte per l'arte» veniva condannata come un inutile *lusus*, attività non «degna» di un cittadino romano[21]. *Nisi utile est quod facimus, stulta est gloria*, diceva Fedro (iii, 17). Perciò l'arte più sentita e più celebrata dagli scrittori (e anche coltivata di pre-

[19] Come scrive in modo efficace M. Cacciari, *La Città. Nuova Edizione*, Rimini, 2021, 25, «la storia europea delle città fino all'epoca barocca mostrerà una città che […] in qualche modo può ancora somigliare a quella del *Buon governo* del Lorenzetti a Siena: è una città dove l'elemento comunitario, "dialogico" è presente e autentico, al di là dell'"aura" in cui viene espresso (anche in quella città c'erano violenti conflitti, come è noto; la stessa "vicinanza" può trasformarsi in un fattore essenziale di inimicizia). Quella città viene distrutta dall'impeto congiunto di industria e mercato ed appare così la metropoli».

[20] Questa, e la documentazione di molte altre vicende, possono rinvenirsi in V. Curzi, *Bene culturale e pubblica utilità. Politiche di tutela a Roma tra Ancien Régime e Restaurazione*, Bologna, 2004.

[21] Come ricorda l'Onorato, «Il termine latino *Dignitas* […] indica originariamente onore, distinzione e – sul piano della ricaduta formale – carica pubblica. Essa è cioè benemerenza ottenuta per acquisizione di un merito, che produce estimazione sociale in ragione della capacità di chi giunge a possederla di procurare bene agli altri e ha un riflesso nell'attribuzione di cariche pubbliche, riflettendosi dunque nel *auctoritas* (da *augere*, aumentare) del titolare del suo *decus*, decoro». Così, S. Prisco, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue n. 2/2019, 63.

ferenza dai Romani) era l'«architettura», in cui si realizzava questa unione di *utilitas* e di *decor.* Utilità e dignità, necessità e bellezza, ravvisava Cicerone nei colonnati e nei frontoni (*De oratore*, iii, 46, 180). E l'utilità e la bellezza erano ugualmente i concetti dominanti nelle epistole su questioni architettoniche delle città della sua provincia, scritte da Plinio il Giovane a Traiano. Ma anche nelle altre arti figurative, sulla scia delle teorie peripatetiche prevalenti negli scrittori romani, si ricercava l'*utilitas* accanto alla *voluptas*, concetto espresso chiaramente da Orazio (*De arte poetica*, 343): *omne tulit punctum, qui miscuit utile dulci*, e riaffiorante in Valerio Massimo a proposito dell'efficacia dell'arte che arreca utilità e piacere (*Memor*, viii, xi)[22].

Rievocare tali concezioni non vuol essere un mero esercizio storico-culturale. Né, tantomeno, un elogio dei profili più biechi del diritto romano, il quale, come visto nell'atto sopracitato, brutalmente anteponeva la tutela della *res* (non importa se pubblica o meno) al bene della vita umana. Finanche, come ricorda Giorgio Agamben, infliggendo la pena della sacertà a chiunque avesse cancellato i confini territoriali della città[23].

Soffermarsi su tali aspetti ha piuttosto lo scopo di concentrare l'attenzione su un dato storico-politico ben preciso, spesso trascurato dalla dottrina di settore. Il diritto urbanistico vigente nei territori italiani, si ritiene, non ha mai totalmente distolto l'attenzione dalla fondamentalità dell'interesse pubblico all'interno dei contesti urbani. E tanto anche quando, come meglio si avrà modo di vedere nel paragrafo successivo, a seguito dell'unificazione del Paese si celebrò il trionfo della proprietà privata attraverso l'estensione della prescrittività, in tutto il Regno d'Italia, del diritto vigente nel Regno di Sardegna. Ossia dello Stato preunitario «che meno aveva partecipato alla quasi corale creazione di coerenti norme di tutela» del patrimonio storico-artistico e del paesaggio[24], il cui diritto proclamava la tutela della proprietà dei singoli al contempo «assoluta» e «inviolabile»[25].

A differenza di quello piemontese, infatti, non tutti gli altri Stati preunitari avevano delineato una rigida gerarchia tra «proprietà privata» e «pubblica

[22] Su tutto ciò si veda, ampiamente, G. Beccatti, *Arte e gusto negli scrittori latini*, Firenze, 1951.

[23] G. Agamben, *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2005, 95, il quale precisa: «Non l'atto di tracciare i confini, ma la loro cancellazione o negazione (come, del resto, il mito di fondazione di Roma dice, a suo modo, con perfetta chiarezza) è l'atto costitutivo della città». Di qui, in caso di violazione, la *sacratio*.

[24] Si veda, ancora, S. Settis, *op. cit.*, 111 ss.

[25] Non a caso, l'art. 436 del nostro Codice civile del 1865 definì la proprietà come «il diritto di godere e di disporre delle cose nella maniera più assoluta». E, sul piano costituzionale, l'art. 29 dello Statuto Albertino stabiliva che «Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili».

utilità», in cui a prevalere fosse la prima. A non aver agito in tal senso è stata la succitata tradizione giuridica della Roma dei Papi[26], ma anche quella toscana, diffusasi poi in molti comuni del nord della penisola[27].

Non da ultimo, qualche decennio prima dell'unificazione nazionale, a distinguersi è stata la normazione urbanistica napoletana. Un chiaro esempio, a tal proposito, è infatti rappresentato dall'esperienza borbonica successiva alla Restaurazione.

Con decreto del 13 maggio del 1822, il Re del Regno delle due Sicilie, Ferdinando I, stabilisce che «è vietato eziando di demolire, o in qualsivoglia modo degradare, anche ne' fondi privati, le antiche costruzioni di pubblici edifizi, come sono i tempi, le basiliche, i teatri, gli anfiteatri, i ginnasi, del pari che le mura di città distrutte, gli aquidotti, i mausolei di nobile architettura, ed altro»[28].

Qualche giorno prima (9 marzo 1822), lo stesso monarca aveva licenziato il "Regolamento della Società Reale Borbonica", al cui art. 31, collocato nella Parte II rubricata "Delle proposizioni e delle nomine", si leggeva che «uno degli architetti della Reale Accademia delle belle arti, a scelta del Presidente perpetuo della Società, assisterà presso il Consiglio di Amministrazione per tutte le occorrenze, specialmente per *visitare sovente i fondi rustici e urbani*, *onde siano ben tenuti e migliorati*»[29].

[26] In aggiunta a quanto già detto, merita di essere evidenziato che gli editti Pacca costituirono il modello della prima legge greca di tutela delle antichità, risalente al 1834. Ne dà conto J. Challamel, *Loi du 30 mars 1887 sur la conservation des monuments historiques et des objets d'art. Etude de legislation comparée*, Paris, 1888, 22 ss.

[27] Si pensi al mirabile *Costituto* del Comune di Siena, tradotto in volgare nel 1309-10 affinché tutta la collettività meno colta potesse comprenderlo ed utilizzarlo. In esso è trascritto che «*intra li studii et solicitudini è quali procurare si debiano per coloro, è quali ànno ad intendere al governamento de la città, è quello massimamente che s'intende a la belleça della città, perché la città dev'essere onorevolmente dotata et guernita, tanto per cagione di diletto et allegreça ai forestieri quanto per onore, prosperità et acrescimento de la città et de' cittadini di Siena*». Tradotto in lingua contemporanea, quello che dice il *Costituto* è che chi governa ha il dovere di tutelare il patrimonio culturale. Principio a cui, come ricorda S. Settis, *op. cit.,* 105, «si ispirarono in Siena (ma anche in cento altre città italiane) tanto le opere pubbliche che le norme generali, cioè i vincoli posti alla libertà di edificare dei privati». Il testo completo del *Costituto* di Siena è possibile oggi rinvenirlo in rete, al seguente indirizzo: *http://www.archiviodistato.siena.it/il-costituto-volgarizzato-del-comune-di-siena/*.

[28] Il testo del decreto è tratto da A. Marra, *Collezione delle Leggi de' Decreti e di altri atti riguardante la Pubblica istruzione promulgati nel già Reame di Napoli dall'anno 1806 in poi*, Vol. II, 1821-1848, Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR), Istituto di Studi sulle Società del Mediterraneo (ISSM), 2014, 105.

[29] A. Marra, *op. ult. cit.*, 93 (corsivi dello scrivente).

Una sorta di Soprintendente *ante litteram*, potrebbe dirsi, delegato dal sovrano al controllo e alla preservazione del territorio dagli abusi dei singoli[30].

3. *L'affiorare della tutela paesaggistica nell'Italia unita*

Dalle considerazioni appena svolte è già possibile ricavare una prima risultanza di non poco rilievo: il *punctum dolens* della tradizione giuridica sabauda sembrava annidarsi nell'incapacità di bilanciare – si direbbe oggi – *publica utilitas* e proprietà privata[31]. Specie in riferimento all'ambito urbanistico, ove pressoché assenti apparivano le garanzie di tutela nei confronti dei beni appartenenti alla collettività[32].

Tale condizione di incertezza si è riverberata sulla normazione dell'Italia unita, come si vedrà ancora assai lontana dal concepire il «paesaggio», nel suo insieme, come un luogo di autocoscienza del cittadino, ambiente ecosistemico generatore di energie per la *polis*[33].

In tale periodo, piuttosto, nel vecchio continente si crearono le condizioni storico-materiali affinché le ragioni della politica potessero iniziare a rispecchiare le pressioni di speculatori e costruttori. Ragioni che, nel secolo successivo, avrebbero notoriamente instradato le forze sociali non certo ad edificare le «città delle meraviglie». Ma che, esattamente all'inverso, avrebbero condotto amministratori locali e politici di varia estrazione ideologica ad «ipotecare il futuro», dando vita nelle prime città industriali a «ghetti e bassifondi» nella

[30] È stata la legge n. 386 del 1907, rubricata "*Istituzione soprintendenze antichità e belle arti*", ad aver creato il sistema delle Soprintendenze, con speciali ripartizioni (archeologia, monumenti, gallerie e oggetti d'arte) e con competenze territoriali sottoposte al Ministro della Pubblica Istruzione. Cfr. M. Bencivenni, R. Dalla Negra, P. Grifoni, *La nascita del servizio di tutela dei monumenti in Italia: 1860-1880*, Ministero per i Beni Culturali, 1987; Id., *Monumenti e istituzioni. II. Il decollo e la riforma del servizio di tutela dei monumenti in Italia, 1880-1915*, Firenze, 1991.

[31] Sul punto, cfr. M.A. Cabiddu, *Il governo del territorio*, Roma-Bari, 2014, 29 ss.

[32] Cfr. S. Troilo, *La patria e la memoria. Tutela e patrimonio culturale nell'Italia unita*, Milano, 2005, spec. 27 ss.

[33] La parola «paesaggio», peraltro, comparirà per la prima volta in un documento normativo soltanto nel 1948, all'interno dell'art. 9 della Costituzione repubblicana (sul piano della legislazione primaria apparirà soltanto nel 2004, con l'entrata in vigore dell'art. 131 del d.lgs. n. 42/2004 [*Codice dei beni culturali e del paesaggio*] che ne offrirà un'ampia definizione). Fino a quel momento, sebbene l'espressione compaia in molti altri scritti, la legislazione farà riferimento esclusivo alle «viste panoramiche» e alle «bellezze naturali». Anche se, occorre puntualizzarlo, con la legge Bottai (l. n. 1497 del 1939) venne utilizzata una espressione che derivava da quella di «paesaggio», all'interno dell'art. 5, il quale introduceva nel sistema normativo il «piano territoriale *paesistico*». Su tutto questo, G. Severini, *L'evoluzione storica del concetto giuridico di paesaggio*, in *Il "paesaggio" di Alberto Predieri. Atti del convegno (Firenze, 11 maggio 2018)*, a cura di G. Morbidelli – M. Morisi, Firenze, 2019, 59 ss.

convinzione che «le bellezze naturali» non avessero alcun «valore economico»[34]. Non a caso, ebbe a dire autorevole dottrina, «il paesaggio fuori dalle bellezze naturali restava senza rilievo»[35].

In realtà, una qualche sensibilità per la tutela del paesaggio era già emersa nel primo decennio del XX secolo. È infatti Luigi Rava, politico liberale romagnolo e ministro dell'Agricoltura, Industria e Commercio a preoccuparsi per le sorti della Pineta di Ravenna, grande bosco planiziale che a fine Ottocento vide dapprima ridurre la propria estensione di 3000 ettari, a causa del disboscamento finalizzato alla produzione di legna da ardere. E, poi, ulteriormente sacrificarsi per lasciare spazio agli insediamenti militari. È in un tale scenario che venne approvato, in piena età giolittiana, il primo embrionale provvedimento legislativo a tutela dell'ambiente del nostro Paese: si trattò di una legge-provvedimento di soli due articoli – la legge n. 411 del 1905 – rubricata "*Per la conservazione della pineta di Ravenna*" e meglio conosciuta come "legge Rava", dal nome del suo promotore[36].

Qui l'*intentio legis* appariva assai nobile. Ed invero, il fine del rimboschimento dei relitti marini non era solo quello di proteggere una porzione del litorale adriatico. Lo scopo era al contempo il seguente: tutelare la pineta in quanto ambiente legato alle memorie storiche e letterarie dell'Italia, porzione di territorio celebrato dal Boccaccio (in una Novella del Decamerone, *Nastagio degli Onesti*), dalle tavole della scuola di Botticelli, nonché da Dante Alighieri nella Divina Commedia (*Purgatorio*, XXVIII, 20). Dunque, non solo «paesaggio» inteso come «bellezza naturale» e «vista panoramica» amena. Ma – la specola è pionieristica – «paesaggio culturale» o, per dirla con Goethe, «seconda natura»[37], ossia

[34] Le citazioni nel testo sono tratte dalle pagine roventi di J.M. KEYNES, *National Self Sufficiency*, in *The Yale Review*, XXII, 1933, n. 4, 755 ss., ora consultabile, anche in italiano, in Id., *Come uscire dalla crisi*, Roma-Bari, 2009, 101 ss.

[35] A.M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1967, 73.

[36] Per maggiori dettagli, di natura non soltanto storica, cfr. A. MALFITANO, *Alle origini della tutela ambientale in Italia. Luigi Rava e la nuova pineta "storica" di Ravenna*, in *Storia e Futuro*, n. 1/2002, 1-18.

[37] In visita a Spoleto (*Viaggio in Italia*, 27 ottobre 1786), Goethe sembra cogliere mirabilmente la doppia identità del paesaggio italiano, inteso come sintesi di natura e cultura. Queste le sue memorie: «Salito a Spoleto, mi sono recato sull'acquedotto, che fa anche da ponte tra una montagna e l'altra. Le dieci arcate che scavalcano la valle se ne stanno tranquille nei loro mattoni secolari, e continuano a portar acqua corrente da un capo all'altro di Spoleto. Per la terza volta vedo un'opera costruita dagli Antichi, e l'effetto di grandiosità è sempre lo stesso. *Una seconda natura, intesa alla pubblica utilità: questa fu per loro l'architettura, e in tal guisa ci si presentano l'anfiteatro, il tempio e l'acquedotto*». Cfr. J.W. GOETHE, *Viaggio in Italia*, Milano, 1983, 133 (corsivi aggiunti).

luogo inscindibilmente legato alla realizzazione delle attività umane e al loro potenziale creativo[38].

La legge, in verità, non esplicitava tutto questo nei suoi due soli articoli. Lo presupponeva, però. E a dimostrarlo sono le avanguardiste considerazioni espresse dallo stesso ministro Rava, nella relazione di presentazione del testo alla Camera[39]. Egli, infatti, ebbe a sostenere che «il culto delle civili ricordanze merita di incarnarsi non solo in monumenti e opere d'arte, ma va esteso ai monti, alle acque, alle foreste e a tutte le parti del territorio patrio». Il provvedimento normativo, insomma, era certamente limitato al territorio di Ravenna. L'Assemblea legislativa però, dopo averlo approvato, votò un ordine del giorno contenente l'auspicio per «un disegno di legge per la conservazione delle bellezze naturali che si connettono alla storia d'Italia»[40].

Ebbe inizio così il tortuoso percorso italiano verso una più attenta e sensibile problematizzazione giuridica del bene «paesaggio»[41]. Bene non più inanimato e meramente visibile, mentalmente anestetizzato più che estetizzato, ma territorio complessivamente percepibile, le cui forme sono co-determinate dalla fattiva partecipazione di chi le abita. Azioni e/o omissioni dei consociati che pertanto si fanno determinanti e iniziano a rilevare nelle concettualizzazioni dei giuristi[42].

E questo, mentre negli stessi anni gli Stati Uniti d'America, con la presidenza Roosevelt (1901-1909), avevano già intrapreso la più vasta campagna della storia per la protezione dell'ambiente naturale, a tutela delle generazioni future[43].

[38] Aspetti, questi, per molto tempo poco considerati dalla dottrina. Cfr., di recente, G. Severini, *"Paesaggio": storia italiana ed europea, di una veduta giuridica*, in *Aedon*, n. 1/2019, 3 ss.

[39] Cfr. R. Balzani, *La pineta in Parlamento. Luigi Rava e la questione dei beni culturali e ambientali agli inizi del Novecento*, in *Classense*, II, 2003, 45 ss.

[40] Di tali vicende istituzionali ne dà conto, da ultimo, A. Crosetti, *Le valenze culturali dei beni forestali nei più recenti riconoscimenti normativi*, in *Aedon*, n. 1/2020, 1.

[41] Malgrado parte della dottrina italiana tenda a spostare tale momento molto più avanti, allorché, in epoca repubblicana, la cosiddetta "legge Galasso" (l. n. 431 del 1985) esplicitamente estese la nozione di paesaggio fino a comprendere la forma del territorio plasmato dall'azione della comunità umana che vi risiede. E, dunque, non più con riferimento a quello che si diceva essere il solo "valore visivo". In tal senso, per tutti, si veda M.G. Rodomonti, *Beni paesaggistici*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di B. Caravita, L. Cassetti, A. Morrone, Bologna, 2016, 275 ss. Come visto, però, seppur soprattutto nelle intenzioni del legislatore, tale considerazione è di gran lunga antecedente.

[42] In merito si veda G. Lustig, *La tutela del paesaggio in Roma*, in *Il Filangieri*, XLIII, 1918, 449 ss.

[43] Su tutto ciò, D. Brinkley, *The Wilderness Warrior. Theodore Roosevelt and the Crusade for America*, New York, 2009.

4. *Il "connubio" tra patrimonio storico-artistico e ambiente-paesaggio*

Sul piano politico-normativo, la legge Rava del 1905 ben potrebbe definirsi una sorta di "provvedimento ariete". Difatti essa ha contribuito a sensibilizzare la Camera elettiva e parte dell'opinione pubblica sull'importanza della preminenza del pubblico interesse sulla proprietà privata, su tutte «le cose immobili e mobili che abbiano interesse storico, archeologico, paletnologico o artistico». È questo, infatti, il testo dell'art. 1 della cosiddetta legge "Rosadi-Rava" (l. n. 364 del 1909) che reca "*Norme sulla inalienabilità delle antichità e delle belle arti*". Legge che, sebbene non scalfì di molto le prerogative riconosciute ai proprietari di beni di «importante interesse» pubblico, ha certamente rafforzato nella classe politica nazionale l'idea che patrimonio culturale e territorio non possono che essere intimamente interconnessi. E, come tali, debbono essere disciplinati a garanzia della *publica utilitas*[44].

A riprova di quanto si è venuti dicendo valgano almeno altre due considerazioni.

La prima riguarda il testo originario del disegno di legge, il quale contemplava l'inclusione, fra i beni da tutelarsi ai sensi del sopracitato art. 1, di «giardini, foreste, paesaggi, acque, e tutti quei luoghi ed oggetti naturali che abbiano l'interesse sovraccennato». Era stato il ministro Rava a volere questa dizione – nata come reazione alle devastazioni romane che, dopo aver annientato Villa Ludovisi, minacciavano anche Villa Borghese – mentre l'on. Giovanni Rosadi, «sentendo nell'intimità della sua preveggenza, poi giustificata dai fatti, il rischio di un'appassionata menzione», avrebbe preferito limitarsi a «una dizione amplissima, con l'espresso intendimento che nella locuzione di 'cose d'interesse storico e artistico' si dovessero intendere comprese anche le bellezze naturali e paesistiche»[45].

La seconda, presente sempre nella prima versione del disegno di legge, riguarda l'introduzione dell'«azione popolare». Invenzione giuridica romana,

[44] Il rifermento contenuto nella legge all'«importante interesse» (art. 5) dei beni privati ai fini dell'assoggettamento alla piena tutela pubblica ha, di fatto, limitato non poco l'applicazione della legge. In uno Stato elitario come era quello liberale, invero, l'interpretazione di ciò che è "importante" non poteva che subire l'influenza della cultura borghese, sbilanciata sugli interessi dei singoli piuttosto che su quelli della collettività. In sostanza, nel 1909 «si ritenne di differenziare i livelli di tutela: le proprietà pubbliche furono soggette alle massime restrizioni quando «abbiano *interesse* storico, archeologico, paletnologico o artistico», le cose private solo quando siano di «*importante interesse*». Fra il semplice 'interesse' è l''importante interesse' si apriva in tal modo un'area grigia, difficile da definire caso per caso, e comunque soggetta a oscillazioni di gusto e arbitrî di giudizio». Così, S. Settis, *op. cit.*, 121-122.

[45] Per l'analisi delle vicende storiche, si veda P. Passaniti, *Il diritto cangiante. Il lungo Novecento giuridico del paesaggio italiano*, Milano, 2019, 33 ss.

quest'ultima, fondata sulla piena identità fra il *populus* nel suo insieme e i cittadini (*cives*), che consentiva a chiunque facesse parte della comunità (*quivis de populo*) di agire in giudizio in nome del popolo promuovendo un'*actio pupularis* in difesa di interessi pubblici e, in particolare, dei beni della collettività (*res communes omnium*) come l'aria, le acque, il mare, i litorali, etc.[46].

E così, nella sua relazione al disegno di legge presentato alla Camera il 5 luglio 1911, Rosadi raccomandava di introdurre nella versione definitiva tale istituto, il quale «conferisce ai cittadini la facoltà di far valere i diritti che spettano allo Stato». Il precipuo obiettivo, scrisse il deputato, era di «avere la opinione pubblica forte, ben costituita e ben diretta ausiliatrice dello Stato nella conservazione del patrimonio artistico». Chi non votasse tale proposta, concludeva l'Onorevole, «mostrerebbe di non aver visti mai occupati i territori pubblici, mai chiuse le strade di campagna, mai sperperati i patrimoni pii, mai negletti o disonorati gli uffici pubblici, mai asserviti o trascurati i doveri della rappresentanza e dell'autorità»[47].

Il testo dell'art. 37 del provvedimento legislativo sarebbe stato dunque il seguente: «Ogni cittadino che gode dei diritti civili e ogni ente legalmente riconosciuto potrà agire in giudizio nell'interesse del patrimonio archeologico, artistico e storico della Nazione contro i violatori della presente legge». Sarebbe, dacché tale previsione normativa, così come la prima sull'espressa estensione della tutela di cui all'art. 1 anche all'ambiente naturale, purtroppo si infransero contro l'opposizione del Senato, assemblea legislativa dove forte regnava uno «sviscerato affetto al diritto di proprietà»[48]. Nella Camera alta, infatti, ogni limitazione della proprietà privata era ancora impraticabile sul piano legislativo. Erano fortissime le spaccature all'interno del mondo liberale, dove anche l'alta aristocrazia presente sui banchi del Senato ebbe modo di dividersi fra i difensori a oltranza dei diritti di edificazione (i principi Colonna e Odescalchi) e i fautori della tutela (il principe Corsini)[49]. Al punto che, per includere tra «le cose immobili che abbiano interesse storico o artistico» anche le «ville», i «parchi» e i «giardini», fu necessaria un'apposita legge di interpretazione autentica dell'art. 1 della legge del 1909[50].

[46] Sull'*actio popularis* si veda, tra gli altri, F.P. Casavola, *Studi sulle azioni popolari romane. Le actiones populares*, Napoli, 1958.

[47] Le citazioni sono tratte da G. Rosadi, *L'azione popolare in difesa dell'arte*, in Id., *Nel vario arringo*, Firenze, 1924, 97-111.

[48] Così ancora G. Rosadi, *op. ult. cit.*, 107.

[49] Sul punto G. Severini, *I giardini come bene del patrimonio culturale: storia di una legge e questioni interpretative*, in *Aedon*, n. 1/1999.

[50] Il riferimento è alla "legge Credaro", la n. 688 del 1912, "*Portante modificazioni alla legge 20 giugno 1909, n. 364, per le Antichità e le Belle Arti*", il cui primo articolo stabilisce: «le

Solo così poteva essere placata, ad affermarlo fu il ministro Luigi Credaro nella relazione introduttiva alla legge integrativa, «la corsa affannosa alla speculazione, il desiderio di dare alle proprie sostanze il più utile e redditizio impiego […] la spinta del sempre crescente urbanismo a trasformare in terreni fabbricabili le aree occupate da parchi e da giardini […] gloria del nostro Paese, documento della genialità e della magnificenza dei nostri padri»[51].

Ad ogni buon conto, nonostante la soppressione degli articoli originari della legge "Rosadi-Rava", ciò che qui rileva è che parte della cultura liberale aveva comunque raggiunto un punto di non ritorno: quello del riconoscimento di un'intima unità tra patrimonio storico-artistico e tutela paesaggistico-ambientale. Unità che, nella legislazione successiva, mostrerà tali connessioni in modo assai più evidente[52].

4.1. *La primazia del pubblico interesse nella legge-Croce*

Nel nostro Paese, la prima legge per così dire "organica" di tutela del paesaggio prende forma a seguito di un lungo percorso politico-culturale sfociato nella l. n. 778 del 1922, meglio nota come "legge Croce", dal nome del celebre filosofo ai tempi Ministro della Pubblica Istruzione dell'ultimo governo Giolitti[53].

Da più parti, anche a seguito delle modifiche sopraggiunte nel 1912, la legge Rosadi-Rava del 1909 era apparsa insufficiente a salvaguardare i paesaggi, sempre più minacciati dalle «caliginose e polverose città industriali […] da grette speculazioni, da incuria o da pervertito criterio d'arte»[54].

disposizioni della legge 20 giugno 1909, n. 364, sono applicabili anche alle ville, ai parchi ed ai giardini che abbiano interesse storico e artistico».

[51] G. Severini, *I giardini come bene del patrimonio culturale*, cit., parag. 1.3. In argomento si vedano, anche, R. Balzani, *Per le antichità e le belle arti. La legge n. 364 del 20 giugno 1909 e l'Italia giolittiana. Dibattiti storici in Parlamento*, Bologna, 2003, 112 ss.; nonché A. Emiliani, *Una politica dei beni culturali*, Torino 1974.

[52] Per la ricostruzione del dibattito dell'epoca, R. Balzani, *Ricci, Rava, Rosadi e la cultura del paesaggio tra Francia e Italia*, in *Corrado Ricci storico dell'arte tra esperienza e progetto*, atti del convegno di studi di Ravenna, 27 e 28 settembre 2001, a cura di A. Emiliani – D. Domini, Ravenna, 2004, 235 ss.

[53] È appena il caso di rammentare che un *Ministero per i beni culturali e ambientali* verrà istituito molto dopo, ossia nel 1974 dal IV Governo Moro. Nel 1983 Alfredo Biondi fu poi nominato *Ministro senza portafoglio per l'ecologia* (I Governo Craxi) e soltanto nel 1986, con legge n. 349, fu istituita una vera e propria struttura ministeriale, denominata *Ministero dell'ambiente*. A tale dicastero furono assegnate alcune funzioni già espletate dal *Ministero dei lavori pubblici* e dal *Ministero per i beni culturali e ambientali*. Molte di queste competenze erano nello Stato liberale di spettanza del *Ministero dell'Istruzione*.

[54] Sono queste le parole di un giovane giurista abruzzese, di cui si sa molto poco, scomparso prematuramente al fronte nel 1916. Il riferimento è a N.A. Falcone, *Il paesaggio e la sua*

Lo stesso Rosadi, il 14 maggio 1910, presentò una nuova proposta di legge con lo scopo di tutelare «i paesaggi, le foreste, i parchi, i giardini, le acque, le ville e tutti quei luoghi che hanno un notevole interesse pubblico a causa della loro bellezza naturale o della loro particolare relazione con la storia e con la letteratura». Beni che «non possono essere distrutti né alterati senza autorizzazione del Ministero della Pubblica Istruzione»[55]. Nella relazione introduttiva al progetto di legge emergono pioneristiche connessioni tra «paesaggio» e «ambiente», sulla scorta di quanto era avvenuto non solo «in America, nell'utilitaria America», che intanto aveva creato l'enorme Parco nazionale di Yellowstone, ma anche in Francia e altri Paesi europei[56].

In quel tornante della storia è curioso notare come finanche alcuni uomini di Governo non si limitarono a ricomprendere, nella definizione del «paesaggio», le «bellezze naturali». Si pensi a Luigi Parpagliolo – alto funzionario ministeriale che tanto contribuì ad alimentare il dibattito dall'interno delle istituzioni[57] – secondo cui il paesaggio non può che riguardare anche «l'aspetto delle città storiche, gli spazi liberi che circondano le grandi città», dunque elementi che attengono all'«ambiente» e alle «tradizioni popolari». Considerazioni, queste, che lo portarono a sollecitare modifiche ampliative della portata normativa della legge Rosadi-Rava del 1909, specie per come approvata a seguito delle rimozioni al testo originario volute dal Senato del Regno[58].

La nuova proposta di legge Rosadi aveva intanto innescato un vasto movimento d'opinione. Nel 1913 nacque il *Comitato per la difesa del paesaggio e dei monumenti* e, negli stessi anni, prese sempre più piede la discussione sulla possibile istituzione di «parchi nazionali» sul modello americano, oltre che sulla scorta dell'esempio di Paesi come la Svezia e la Svizzera[59]. Non a caso, dal 1910 al 1919 si rinvengono negli archivi della Camera non meno di cinque diverse versioni del progetto di legge Rosadi: «esse riflettono anche in minuti dettagli

difesa. Studio giuridico-estetico, Firenze, 1914, 12 ss., testo assai originale alla luce delle dottrine dell'epoca, ricco di spunti comparativi e già proiettato verso la tutela delle generazioni future.

[55] La proposta di legge fu poi discussa alla Camera il 5 luglio 1911, a distanza di più di un anno.

[56] In argomento, molto utili possono tornare le pagine di L. Piccione, *Il volto amato della Patria. Il primo movimento per la protezione della natura in Italia, 1880-1934*, Camerino, 1999, spec. 78 ss.

[57] Sarà anche membro della Commissione ministeriale a cui fu affidato il compito di redigere la "legge Croce".

[58] Cfr. L. Parpagliolo, *Bellezze naturali*, voce in *Nuovo digesto italiano*, a cura di M. D'Amelio, vol. II, Torino, 1937.

[59] Cfr. L. Piccione, *op. cit.*, 228 ss.

lo scontro fra le ragioni della tutela e quelle della proprietà privata, che di fatto vinsero a lungo impedendo a ogni formulazione di arrivare in porto»[60].

Dovettero passare dodici anni prima che la legge Croce vedesse la luce, entrando peraltro in vigore solo pochi mesi prima dell'avvento del fascismo. E ci volle molta determinazione e tenacia perché, tra governi che cadevano e brevi ministeri, la legge concludesse il proprio *iter* parlamentare[61].

È stato un provvedimento che ha segnato una svolta politica significativa, il cui carattere fondante è rappresentato dall'ormai riconosciuto nesso tra patrimonio culturale e bellezze naturali, queste ultime concepite non solo in chiave «estetica». È infatti sufficiente ripercorrere le vicende parlamentari per averne contezza. Nella relazione introduttiva "*Per la tutela delle bellezze naturali e degli immobili di particolare interesse storico*", Benedetto Croce concentrò subito l'attenzione sulla necessità di una legge che «ponga, finalmente, un argine alle ingiustificate devastazioni che si van consumando contro le caratteristiche più note e più amate del nostro suolo». Parole dalle quali chiaramente emergeva il desiderio di collegare le esigenze di tutela paesaggistica a quelle dell'economia, all'interno di una strettissima logica che connetteva il «paesaggio» allo «sviluppo dell'anima nazionale» del Paese[62].

Si giunse così alla definitiva saldatura normativa tra patrimonio storico-artistico e paesaggio, ormai cristallizzato nel primo articolo della legge dell'11 giugno 1922, n. 778. In esso si può leggere, infatti, che «sono dichiarate soggette a speciale protezione le cose immobili la cui conservazione presenta un notevole interesse pubblico a causa della loro bellezza naturale o della loro particolare relazione con la storia civile e letteraria». Tali beni, prosegue la legge, non possono essere «distrutti» né «alterati» senza il consenso del Ministero dell'Istruzione pubblica», al quale spetta «la dichiarazione del notevole interesse pubblico» (art. 2). In ogni caso, a quest'ultimo, anche «indipendentemente dalla preventiva notificazione [al proprietario] della dichiarazione di pubblico

[60] S. Settis, *op. cit.*, 162.

[61] Benedetto Croce presentò la proposta di legge in Senato il 25 settembre 1920 e ne ottenne presto l'approvazione (31 gennaio 1921), trasmettendola alla Camera (17 febbraio 1921). Ma dopo le elezioni anticipate del 15 maggio 1921 e prima che giurasse il nuovo Governo (e il nuovo Ministro) dovette ripresentarla tal quale (15 giugno 1921). I suoi successori alla Pubblica Istruzione Orso Mario Corbino (Governo Bonomi) e Antonio Anile (Governo Facta) proseguirono l'*iter*, grazie soprattutto a Giovanni Rosadi che mantenne il Sottosegretariato fino al febbraio 1922. Il disegno di legge fu di nuovo approvato dal Senato il 5 agosto 1921 e presentato alla Camera il giorno stesso. La discussione alla Camera si aprì il 16 dicembre e si chiuse con l'approvazione l'11 maggio 1922. Firmata dal Re l'11 giugno, la legge n. 778 fu pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 21 giugno, quattro mesi prima della marcia su Roma.

[62] Le citazioni sono tratte dalla relazione dattiloscritta conservata negli archivi del Senato (*Atti Senato*, Legislazione XXVI, I sessione 1921, n. 10).

interesse», il «Ministero della Istruzione pubblica ha facoltà di ordinare la sospensione dei lavori iniziati sugli immobili soggetti alla presente legge» (art. 3).

Non solo. L'art. 4 esplicitamente detta regole di edilizia e urbanistica in senso stretto, lì dove stabilisce che «nei luoghi nei quali si trovano cose immobili soggette alle disposizioni della presente legge, nei casi di nuove costruzioni, ricostruzioni ed attuazioni di piani regolatori possono essere prescritte dall'Autorità governativa le distanze, le misure e le altre norme necessarie, affinché le nuove opere non danneggino lo aspetto e lo stato di pieno godimento delle cose e delle bellezze panoramiche contemplate nell'art. 1». La stessa Autorità «potrà altresì prescrivere opere di tutela strettamente necessarie per impedire danneggiamenti a bellezze naturali».

Dopo un lungo processo iniziato nell'Italia preunitaria si arriva così, proprio al culmine della prima esperienza liberale e alle porte dell'autoritarismo fascista, a decretare la relatività del contenuto dei diritti di proprietà privata, in nome della tutela dei pubblici interessi gravanti sul territorio. Interessi garantiti da «ordini di demolizione», «divieti di affiggere cartelloni pubblicitari» e financo dalla possibilità di ricorrere all'esercizio dell'«azione penale» per sanzionare le violazioni più gravi[63].

4.2. *Paesaggio e urbanistica nel sincretismo giuridico-culturale fascista*

La legge-Croce «ebbe applicazione negli anni a seguire, in continuità di concetto e di protagonisti»[64].

Intanto però, con l'avvento del fascismo, era cambiata la forma di Stato[65] e, con essa, si era rafforzata l'accezione del ruolo pubblico in senso pianificatorio, dirigista e interventista. La tendenza rigidamente accentratrice dello Stato fascista ebbe effetti importanti su tutto il territorio nazionale[66].

[63] Si veda l'art. 6, il quale recita: «Chiunque contravviene agli obblighi ed agli ordini di cui negli articoli 2, 3 e 5 della presente legge, è punito con l'ammenda da lire 300 a lire 1000. Indipendentemente dall'azione penale, il Ministero dell'istruzione pubblica, con ordinanza motivata, può ordinare la demolizione delle opere abusivamente eseguite e la rimozione dei cartelli e degli altri mezzi di pubblicità indebitamente affissi o mantenuti. Trascorsi quindici giorni dalla notificazione dell'ordinanza in via amministrativa, la demolizione delle opere abusivamente fatte e la rimozione dei cartelli e degli altri mezzi di pubblicità indebitamente affissi o mantenuti è eseguita d'ufficio, a carico del proprietario del fondo, salvo il diritto di rimborso da parte di esso contro i responsabili della trasgressione».

[64] G. Severini, *L'evoluzione storica del concetto giuridico di paesaggio*, cit., 70.

[65] E tanto, come noto, pur senza modifiche organiche dello Statuto Albertino. Il rapporto tra fascismo e legalità costituzionale è al centro del lavoro di A. Pizzorusso, *Dallo Statuto albertino al regime fascista*, Venezia, 1983.

[66] Per maggiori approfondimenti, cfr. E. Rotelli, *La trasformazione dell'ordinamento comunale e provinciale durante il regime fascista*, in *Storia contemporanea*, n. 1/1973.

In uno scenario di questo tipo, si sentì la necessità di aggiornare la legge-Croce, senza però modificarne la struttura di fondo[67]. Invero, le conquiste di Rava, Rosadi e Croce in termini di equilibrio raggiunto fra *publica utilitas* e proprietà privata non parvero essere scalfite, dacché «l'architetto» della legislazione susseguente «non fu Mussolini ma Bottai»[68], i cui orizzonti culturali, «nonostante la sua fedeltà al regime riaffermata fino alla vigilia della fine, furono per più di un verso singolarmente aperti». Basti pensare che al Ministero dell'Educazione Nazionale (già Ministero della Pubblica Istruzione), da lui presieduto dal novembre 1936 fino al 5 febbraio 1943, lavorarono «Vasco Pratolini, Giovanni Nencioni, Antonio Giolitti». O riportare il caso della Rivista "*Primato*" – rivista quindicinale di cultura fascista diretta dallo stesso Bottai – a cui collaborarono, fra gli altri, «Della Volpe e Gadda, Piovene e Montale, Alvaro e Arcangeli, Contini e Pavese»[69].

Fu in questa fucina «sincretistica»[70] che il ministro Bottai convocò un *Convegno dei Soprintendenti* il 5 e 6 luglio 1938 (si svolse a Roma, nella sala Borromini a Chiesa Nuova), con l'obiettivo di partorire una nuova legge sul paesaggio adeguata al mutato contesto socio-politico[71].

Durante i lavori congressuali la legge-Croce fu icasticamente giudicata, dall'autorevole soprintendente Achille Bertini Calosso, in tal guisa: «una legge

[67] Come puntualizza G. Severini, *L'evoluzione storica del concetto giuridico di paesaggio*, cit., 72, «cardine della formula continuava ad essere lo schema di intervento essenzialmente liberale della legge Croce, incentrato sulla coppia sequenziale di fattispecie giuridiche vincolo/autorizzazione: incardinato su un'idea non costruttivistica e conformativa del futuro del paesaggio, ma conservativa e di vaglio autorizzatorio, inteso come limitazione delle facoltà proprietarie per superiori ragioni di interesse pubblico, da svolgere sulla base di un giudizio tecnico di compatibilità dell'innovazione con la preesistenza storico-naturale da "tutelare". Il paesaggio, insomma, come patrimonio ereditato e su cui poter intervenire sì, ma in una prospettiva di continuità e di saldatura tra passato e futuro».

[68] S. Settis, *op. cit.*, 178.

[69] S. Settis, *op. ult. cit.*, 124-125.

[70] Come puntualizza S. Prisco, *La rappresentanza politica e la rappresentanza degli interessi*, cit., 4-5, «il fascismo fu sincretistico: utilizzò molti materiali, coltivò una pluralità di suggestioni, raccolse uomini che venivano dal socialismo e dal sindacalismo, dal nazionalismo, dal liberalismo autoritario e si giovò utilmente di tecnocrati di non poco peso (come ad esempio De Stefano e Beneduce), nonostante la dichiarata e solo superficiale unità di intenti derivante dal comune ossequio a un Capo, a sua volta proveniente dal radicalismo socialista. Più che concludere, dunque, che non ebbe cultura giuridica (ed economica), sembra aderire maggiormente alla verità storica l'osservare che esso ne ebbe semmai più di una, tra le quali (nell'azione di governo, nel dibattito delle riviste, nella distinzione tra movimento, sindacato – specialmente nella prima fase – partito e istituzioni) intercorsero talora convergenze occasionali, altre volte tensioni».

[71] Su tale convegno, snodo importante nella preparazione della nuova normativa di tutela, si veda V. Cazzato, *Istituzioni e politiche culturali in Italia negli anni Trenta*, Roma, 2001, I, 225 ss.

provvida, ma a chi ha la responsabilità della sua applicazione appare in troppi casi insufficiente». Giudizio, questo, probabilmente espresso a causa della lentezza delle procedure; all'imposizione di vincoli talora troppo stretti che impedivano anche la più piccola modifica; per la scarsa efficacia rispetto agli «abusi della pubblicità all'aperto», per la necessità di raccordo con altre disposizioni su acquedotti, elettrodotti, aeroporti, parchi nazionali. Una legge, però, questo il giudizio complessivo, nonostante tutto pur sempre rispondente alla «necessità di proteggere la natura minacciata dai progressi dell'industrialismo»[72].

Ad evidenziare le criticità della legge-Croce fu lo stesso Bottai, nella relazione introduttiva a quella che sarà la nuova legge sulla "*Protezione delle bellezze naturali*", la l. n. 1497 del 29 giugno 1939[73].

Influenzato da Gustavo Giovannoni – figura centrale per l'urbanistica di quei tempi – Bottai aggiunse ai rilievi già formulati da Bertini Calosso anche la mancanza di coordinamento «in tema di piani regolatori» tra i ministeri dell'Educazione e dei Lavori Pubblici. Motivo che, secondo il Ministro, avrebbe portato «legittimamente» a distruggere «quelle bellezze naturali che la legge voleva protette». Pertanto, scopo della nuova legge avrebbe dovuto essere quello di «allargare il campo della protezione» della legge-Croce, ponendo a proprio fondamento giuridico il «concetto della funzione sociale della proprietà»[74].

Le intenzioni e i presupposti della nuova legge divennero ancora più cristallini nelle argomentazioni del Direttore Generale delle Belle Arti, Marino Lazzari. Egli mise subito a fuoco un aspetto ineludibile nella considerazione di ciò che avrebbe chiaramente dovuto rappresentare il «paesaggio»: la sua dimensione antropica, *recte*, «il lavoro dell'uomo». E, conseguentemente, la rilevanza dell'«urbanistica», ormai alle prese con l'«economia industriale»[75].

[72] Così, il soprintendente dell'Umbria A. Bertini Calosso, *La tutela delle bellezze naturali e del paesaggio*, in V. Cazzato, *op. ult. cit.*, 299.

[73] … che negli anni successivi porterà il suo nome.

[74] Evidenti, qui, i prodromi di quella che sarà la portata dell'art. 42 della Costituzione repubblicana. Il testo integrale della *Relazione* di Bottai è rinvenibile in V. Cazzato, *op. cit.*, 582-588.

[75] Sono evidenti, qui, le influenze britanniche di Jhon Ruskin, forse l'iniziatore del movimento europeo in difesa della natura e del paesaggio, conosciuto in Italia (influenzò molti liberali, tra cui Benedetto Croce, che lo cita nei suoi interventi parlamentari) grazie all'esposizione del suo pensiero contenuta in un libro scritto in francese di R. de La Sizeranne (1897), *Ruskin et la religion de la beauté*, Kessinger, 2010. Ruskin, infatti, già a partire dal 1862 «sorse in difesa delle quiete valli dell'Inghilterra minacciate dal fuoco strepitante delle locomotive e del carbone fossile delle officine». Di qui la concezione del «paesaggio» come rispecchiante «l'ordine morale» e, perciò, luogo chiave della responsabilità sociale: in esso le istanze sociali e politiche del presente sono obbligate a misurarsi coi valori della natura, della bellezza e della memoria, né possono rinunciarvi senza tradire se stesse. Il «paesaggio», così, questo è lo slogan in voga nel

È qui già presente un'opportuna quanto intelligente fusione concettuologica del «paesaggio» con l'«ambiente» e il «patrimonio della Nazione»[76]. La legge-Bottai, che per molti aspetti «è una messa a punto della legge del 1922»[77], seppe anche tradurre in disposizioni normative le acute visioni prospettate in occasione di quel prestigioso convegno. L'innovazione più rilevante fu certamente quella dei «piani territoriali paesistici» (art. 5) riguardanti le «vaste località» soggette a vincolo. All'uopo fu previsto il «concerto» col

periodo liberale attribuito erroneamente a Ruskin (l'espressione è rinvenibile nel testo tradotto da La Sizeranne), diviene «il volto amato della Patria».

[76] Così, invero, ebbe a dire, con una lucidità e una pregnanza di contenuti ormai rara nei profili dell'attuale classe dirigente: «È chiaro, infatti, che l'interesse per il paesaggio non potrebbe neppure esistere se non esistesse un continuo rapporto tra il paesaggio e l'attività dell'uomo […]; poiché è impossibile pensare un paesaggio […] che non abbia lentamente subito l'azione dell'operosità umana […]. Se ne deduce che il paesaggio da tutelare non è quello che ci offre la natura indomita e vergine delle solitudini alpestri o negli illimitati orizzonti marini, ma è tutto il paesaggio d'Italia, con i segni del lavoro umano, con le sue reti di strade, con i suoi paesi, le sue opere di bonifica e di sfruttamento agricolo o industriale, con le sue zone apriche o deserte, con la sua montagna e il suo mare. Ogni limitazione di quest'opera di tutela sarebbe, più che un errore, un disconoscimento irrimediabile dell'altissimo valore educativo che la presenza costante della natura assume nella moralità stessa del lavoro umano». Cosicché, alla «illimitata estensione dell'oggetto della tutela paesistica» consegue che «nessuno può ragionevolmente proporsi di conservare inalterato l'aspetto del paesaggio italiano, di interrompere d'un tratto quel processo di modificazione che dura da secoli […]. Un'azione sistematica di tutela deve invece individuare la legge interna di quel processo di modificazione ed evitare le divagazioni arbitrarie». La conseguenza non poteva che essere quella di plaudire al nuovo concetto dei «piani regolatori paesistici», in quanto avrebbero permesso «una tutela non più statica e conservativa, ma affiancata al naturale processo di mutamento e di sviluppo del paesaggio». Era questa la sua «nuova concezione di bellezze naturali», contrario ad ogni assunto o «principio» comportante «una completa sfiducia nell'architettura moderna». Una concezione – il dato non è di poco momento – che presupponeva un «rapporto più ampio di tutela paesistica e urbanistica». Secondo Lazzari, infatti, «il rapporto tra una sistemazione urbanistica e il paesaggio è analogo, in forza della correlazione esistente tra il singolo edificio e il complesso urbano, al rapporto esistente tra un monumento e lo spazio paesistico che lo circonda». Considerato che «l'ambiente paesistico circostante a un'opera d'arte […] vale come elemento figurativo […] deve essere sottoposto alle stesse norme di tutela, con le quali si provvede alla conservazione e al giusto inquadramento storico del monumento». Ed è proprio da questa concezione unitaria della tutela che nascono i «piani regolatori paesistici» della nuova legge, che – dichiara Lazzari – devono essere posti all'insegna di una «tutela non più statica e conservativa, ma affiancata al naturale processo di mutamento e sviluppo del paesaggio», che debba collocare «su uno stesso piano l'architettura urbana e quella rurale»: entrambe devono essere regolate dalla «tradizionale moralità del costruire», che «è il modo d'esistenza della gente d'Italia». Così egli colloca il paesaggio «nel patrimonio ideale della Nazione» e, riconoscendo il valore del lavoro umano che lo ha plasmato, ne rileva la rispondenza all'interesse pubblico, «a un'esigenza generale non meno viva nelle classi lavoratrici e rurali che nelle classi colte». I contenuti riportati nel testo sono consultabili, ancora una volta, nell'opera di V. Cazzato, *op. cit.*, 504 ss.

[77] G. Severini, *L'evoluzione storica del concetto giuridico di paesaggio*, cit., 69.

Ministero dei Lavori Pubblici per l'approvazione dei piani regolatori urbani «o d'ampliamento dell'abitato» (art. 12), disposizione avanguardista[78] tesa ad impedire che i diritti edificatori riconosciuti ai proprietari dei suoli potessero contrastare con l'«intera bellezza» del paesaggio e un ordinato sviluppo del territorio nazionale[79].

Il Regolamento applicativo della legge-Bottai (R.D. 3 giugno 1940, n. 1357)[80] specificò, poco dopo, che i piani territoriali paesistici dovevano stabilire le «zone di rispetto» intorno alle aree vincolate, «il rapporto fra aree libere e aree fabbricabili», «le norme per i diversi tipi di costruzione», per «la distribuzione e l'allineamento dei fabbricati», oltre che dettare «le istruzioni per la scelta e la varia distribuzione della flora» (art. 23). A redigerli avrebbe dovuto essere la «regia Soprintendenza» competente per territorio, «valendosi della collaborazione degli uffici tecnici dei Comuni interessati». Prima «dell'approvazione ministeriale», il piano territoriale paesistico doveva essere «sottoposto […] al parere di una speciale Commissione nominata volta a volta dal Ministro, della quale dovrà far parte un rappresentante del Ministro dei Lavori Pubblici» (art. 24); dopo l'approvazione, il parere favorevole della Soprintendenza risultava indispensabile ai fini della concessione delle «licenze di costruzione» da parte dei Comuni (art. 25)[81].

Quanto ai «piani regolatori per lo sviluppo urbano», il Regolamento previde la fissazione preventiva di criteri generali (art. 28) e il coinvolgimento delle Commissioni Provinciali per la compilazione degli elenchi delle bellezze

[78] … che oggi si farebbe rientrare nel concetto di «leale collaborazione» istituzionale.

[79] Tornano utili le parole di Giovannoni profferite al convegno dei sopraintendenti. Egli, infatti, messo poi dallo stesso Bottai a capo della Commissione che avrebbe dovuto approntare la nuova legge, non mancò in quella sede di precisare quanto segue: per dar spazio «alle imperiose esigenze della vita» bisogna ammettere che nell'area vasta di una «bellezza d'insieme» intervengano variazioni, purché siano «ispirate a un unico concetto direttivo», in armonia con un piano preventivo concepito con un'unità di criteri razionali ed estetici». Criteri che «sottraggano le modificazioni al capriccio del singolo». Si veda V. CAZZATO, *op. cit.*, 587.

[80] È curioso notare che la legge 29 giugno 1939, n. 1497, "*Protezione delle bellezze naturali*", a cui il Regolamento si riferisce, è stata abrogata dal d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 (*Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali*, a norma dell'art. 1 della legge 8 ottobre 1997, n. 352), art. 166 (disposizioni abrogate), comma 1. Ciononostante, il Regolamento medesimo è stato mantenuto in vigore, per le disposizioni ancora «applicabili», sia prima dal suddetto d.lgs. 490/1999, art. 161 (Regolamento), comma 2, sia dal successivo d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (*Codice dei beni culturali e del paesaggio*, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137), art. 158 (*Disposizioni regionali di attuazione*). Nello specifico, l'art. 158 del d.lgs. 42/2004, attualmente vigente, dispone che: «Fino all'emanazione di apposite disposizioni regionali di attuazione del presente codice restano in vigore, in quanto applicabili, le disposizioni del regolamento approvato con regio decreto 3 giugno 1940, n. 1357».

[81] In quel periodo governati dai «Podestà», come trascritto nel Regolamento.

naturali, il cui funzionamento fu accuratamente disciplinato (artt. 1-10), anche allo scopo di «conciliare, per quanto è possibile, l'interesse pubblico con l'interesse privato» (art. 9). Alle situazioni da tutelare si aggiunsero, infine, ma questo direttamente nella legge, anche i lavori di apertura di cave e strade e di pianificazione delle aree vincolate o nella loro prossimità (art. 11).

Insomma, il Regolamento completava la legge-Bottai «su due aspetti cruciali: rispetto al difficile rapporto con il Ministero dei Lavori Pubblici, provava a mediare creando un incrocio di competenze (i Lavori Pubblici avevano competenze prevalenti sui piani urbanistici, l'Educazione Nazionale su quelli paesistici); nel difficile bilanciamento fra il pubblico bene e gli interessi privati, introduceva le Commissioni Provinciali, che dovevano funzionare come una sorta di camera di compensazione»[82].

Naturalmente, alcune "concessioni" vennero fatte anche a garanzia della proprietà privata dei singoli. Ed invero, nel ridefinire in modo più dettagliato le articolazioni della materia e delle procedure, venne prevista una distinzione fra «bellezze individue» (singoli siti, ville, parchi) e «bellezze d'insieme» (complessi con «valore estetico e tradizionale» ovvero «bellezze panoramiche considerate come quadri naturali»). Tale distinzione rese più cauta e controllata la procedura prevista dalla legge-Croce per la dichiarazione del «notevole interesse pubblico» (artt. 2-3), che con la legge-Bottai passò attraverso Commissioni provinciali presiedute dal Sopraintendente, ma con rappresentanti dei Comuni, dei proprietari dei fabbricati, degli industriali, degli architetti e degli ingegneri. Gli elenchi redatti da queste Commissioni potevano condurre a immediata notifica amministrativa delle «bellezze individue» ai relativi proprietari (art. 6), mentre gli elenchi delle «vaste località» caratterizzate da «bellezze d'insieme» venivano pubblicati in via preliminare, lasciando la possibilità ai proprietari, ai Comuni e agli ordini professionali interessati di «ricorrere al Governo del Re», il quale si pronunciava, senza possibilità di appello, dopo aver sentito «i competenti corpi tecnici del Ministero della educazione nazionale e del Consiglio di Stato». Soltanto una volta spirati i termini (tre mesi) per il ricorso, gli elenchi venivano resi di pubblico dominio mediante apposito decreto ministeriale (art. 4). Altra concessione alla proprietà privata fu la riduzione delle imposte sugli immobili vincolati (art. 17); in compenso, nessun indennizzo di Stato è dovuto ai proprietari (art. 16). La limitazione del vincolo all'aspetto esteriore degli immobili (art. 6), fu anch'esso un allentamento rispetto alla legge-Croce, solo in apparenza compensato dall'inasprimento delle pene (art. 15). Il divieto di affiggere cartelloni pubblicitari, prima assoluto, fu adesso temperato, assoggettandolo al giudizio dei Soprintendenti (art. 14).

[82] S. Settis, *op. cit.*, 177.

Furono queste le disposizioni che, al culmine di un lungo processo iniziato nell'Italia liberale (nel 1905, con la legge-provvedimento Rava), consentirono il pieno riconoscimento nella penisola di un sempre difficile e complesso equilibrio fra *publica utilitas* e *ius utendi et abutendi* del privato. Contemperamento che ha portato a «riconoscere in modo esplicito una servitù di pubblico godimento, che rappresenta un punto assai significativo del pensiero giuridico e una conquista fondamentale in fatto di tutela»[83]. Delicatissimi equilibri, questi ultimi, che però non riuscirono a progredire ulteriormente in quella che è ancora oggi considerata la legge "organica" in materia urbanistica: la l. n. 1150 del 17 agosto 1942[84]. Ed infatti, essa non era (e non è) immune da lacune e contraddizioni, soprattutto determinate dalla mancanza di coordinamento con le altre disposizioni vigenti[85]. Su tutte, proprio quelle relative alla tutela del «paesaggio»[86].

[83] Così il ministro Bottai, in un'intervista sul *Popolo d'Italia* del 23 agosto 1939.

[84] Sulle cui peculiarità, V. D'Angelo, *Cento anni di legislazione urbanistica*, in *Atti del Congresso celebrativo delle leggi amministrative di unificazione. Le opere pubbliche. I lavori pubblici*, a cura di A.M. Sandulli, Vicenza, 1967, 433 ss.

[85] Come ricorda G. Morbidelli, *Le proprietà. Il governo del territorio*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato, A. Barbera, Bologna, 1986, 755 ss., è vero: «il cuore normativo del governo del territorio è rappresentato dalla legge urbanistica del 1942, più volte modificata e integrata, che è legge *generale*, poiché disciplina il territorio in ogni sua parte». Tuttavia, «la disciplina del territorio non è il risultato di un'attività unitaria, e nemmeno ha dietro di sé una regolamentazione organica». Alla legge del '42 «si accompagnano le leggi speciali, che disciplinano, in concorrenza con la normativa urbanistica e tra di loro, determinate porzioni del territorio: come quella sulla protezione delle bellezze naturali, o la legge sulla tutela delle cose di interesse artistico o storico, con le leggi sui parchi nazionali, o la legge forestale, o la legge sulle servitù militari» (citazioni rispettivamente a 760 e 765).

[86] Di fatto, anche questa nuova normativa – caratterizzata da una prevalente componente garantistica e vincolistica – relegava l'attività della Pubblica Amministrazione ad un ruolo di semplice controllo degli insediamenti edilizi, non riconoscendo alla stessa alcuna possibilità di azione promozionale nel campo urbanistico. A rilevarlo è P.G. Massaretti, *Dalla «regolamentazione» alla «regola». Sondaggio storico-giuridico sull'origine della legge generale urbanistica 17.8.1942, n. 1150*, in *Riv. giur. ed.*, 1995, 437 ss. La legge n. 1150 finì, peraltro, per essere travolta dall'opera di ricostruzione economica ed industriale del dopoguerra, responsabile di una utilizzazione incontrollata del territorio finalizzata, esclusivamente, al profitto e alla speculazione fondiaria (in argomento, di recente, G. Maria Caruso, G. Befani, *L'urbanistica e lo spopolamento in Italia*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 2 del 2020, 347 ss.). La normativa urbanistica generale, invero, anziché trovare applicazione su tutto il territorio nazionale al fine di razionalizzare l'intero processo di urbanizzazione e di sviluppo edilizio in atto, venne accantonata con il pretesto che i tempi necessari per la sua sperimentazione non fossero compatibili con l'urgenza dei problemi da affrontare. Seguì, infatti, il D.L. 27 ottobre 1951, n. 1042, che obbligò i Comuni compresi in un apposito elenco alla compilazione di un «piano di ricostruzione» per la individuazione delle zone destinate a demolizioni e a ricostruzioni e delle zone destinate a servizi, sia all'esterno che all'interno del perimetro edificato. Piani che avrebbero dovuto avere una validità quinquennale e che, invece, hanno visto prolungare la loro efficacia fino al 31 dicembre

In effetti è stato davvero così, visto che la portata normativa di quello che sarà il testo originario dell'art. 9 della Costituzione repubblicana, altro non rappresentò che «la costituzionalizzazione delle leggi Bottai»[87].

E, si potrebbe oggi aggiungere a seguito della recente novella dello stesso articolo sopraggiunta nel 2022, costituzionalizzazione anche della fusione della triade «paesaggio», «patrimonio storico e artistico della Nazione» e «ambiente», come visto già emergente nel pensiero di Marino Lazzari, allorché, alla fine degli anni Trenta dello scorso secolo, mirabilmente delineò quelli che secondo lui erano ormai divenuti gli aspetti fondamentali del territorio[88]. Fusione difficilmente opinabile, visto che, per la prima volta tra i principi fondamentali della Carta repubblicana[89], accanto alla combinazione dei primi due elementi («paesaggio» e «patrimonio culturale») ora si richiede allo Stato-ordinamento-comunità di tutelare «l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni»[90].

1970. Provvedimenti, per giunta, che hanno incentivato una massiccia edificazione delle aree periferiche, con incremento delle volumetrie edificabili a svantaggio di uno sviluppo urbanistico razionale. Si veda F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2021,15, i quali ricordano che «L'incanto verrà rotto negli anni '60 del secolo scorso dopo due episodi traumatici verificatisi in quegli anni: il disastro del Vajont e la frana di Agrigento. Dopo questi eventi, che scossero fortemente l'opinione pubblica, si aprì per la prima volta nel dopo guerra un dibattito sull'urbanistica, che sfocerà nella c.d. legge ponte n. 765 del 1967, così denominata perché – secondo le intenzioni dichiarate – avrebbe dovuto rappresentare (solo) un momento di passaggio verso la riforma urbanistica ben più impegnativa».

[87] In tal senso S. Cassese, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in *Rassegna degli Archivi di Stato*, XXXV, 1975, 124 (poi anche apparso in Id., *L'amministrazione dello Stato. Saggi*, Milano, 1976, 153 ss.). È appena il caso di rammentare che le leggi Bottai furono due. Oltre a quella in commento sulla *tutela delle bellezze paesistiche* (l. n. 1497 del 1939), venne licenziata anche la "gemella" l. n. 1039 del 1939 *per la tutela delle cose di interesse artistico e storico*, la cui stesura si deve alla Commissione presieduta da Santi Romano.

[88] Si veda poco sopra, nel testo riportato dell'intervento al convegno dei Soprintendenti.

[89] A preoccuparsi dell'eventualità che la modifica di uno dei principi fondamentali avrebbe potuto costituire un precedente per futuri interventi in senso peggiorativo dei principi stessi è T.E. Frosini, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *federalismi.it - paper*, 23 giugno 2021, 3. *Contra*, R. Bifulco, *Primissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *federalismi.it - paper*, 6 aprile 2022, 3, a parere del quale «Non è scritto […] da nessuna parte che i principi fondamentali non possano essere adeguati ai mutamenti del tempo».

[90] Chiaramente il riferimento è al testo del nuovo art. 9 Cost., per come modificato dalla legge cost. n. 1 del 2022. Come noto, la tutela dell'ambiente è assurta a principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale, peraltro generando una serie di opinioni di varia natura, non tutte in linea con la compatta volontà manifestata dal legislatore costituzionale in sede di approvazione della riforma. Mentre, infatti, la legge costituzionale n. 1 del 2022 è stata approvata in via definitiva alla Camera pressoché all'unanimità (con 468 voti favorevoli, 1 contrario e 6 astenuti), le prime reazioni dottrinali alla proposta di riforma sono state piuttosto negative. G. Di Plinio, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, in *federalismi.it* -

5. *Alcuni moniti per il presente*

Ripercorsi sommariamente gli sviluppi della normazione del periodo pre-repubblicano, sembrano infine opportune almeno due ultime considerazioni, correlate tra loro, funzionali a meglio comprendere le dinamiche del «governo del territorio» del tempo presente[91].

La prima riguarda la «gestione dell'urbanistica» in gran parte del XIX secolo, oltre che di una lunga parentesi, come visto, di quello successivo. Essa

paper, 1 luglio 2021, ad esempio, ha definito la riforma «inutile, forse dannosa, al limite stupida». Secondo l'A., la novella porterebbe con sé il rischio di «infettare la costituzione» e di «inaridire le stesse radici del costituzionalismo delle origini». Imporrebbe, inoltre, limiti incomprensibili, in quanto, a detta dello stesso, «la tutela dell'ambiente, alla fine, è semplicemente *economic regulation*» (pp. 2-3). Dello stesso avviso, anche se con toni più morigerati, A.L. De Cesaris, *Ambiente e Costituzione*, in *federalismi.it - paper*, 30 giugno 2021, a detta della quale la riforma «comporta il serio rischio di conquistare l'ennesima bandierina di principio […] un rischio che potrebbe in futuro riservare anche amare sorprese, con arretramenti o negazioni di tutela» (3); P.L. Portaluri, *Lichtung und lichtmenschen. Il diritto selvaggio totalmente altro*, in *Istituzioni selvagge?*, a cura di F. Cortese, G. Piperata, Milano, 2022, 40 ss.; F. Cortese, *Nuovi principi costituzionali e ridefinizione dello spazio progettuale degli enti territoriali*, in *Munus*, 3, 2021, V ss., il quale, nel rilevare una sostanziale inconsapevolezza dell'opinione pubblica sulla portata della revisione, ritiene financo non ammissibile la stessa, dacché avrebbe inciso sul delicato equilibrio determinato dall'originario assetto dei Principi fondamentali della Carta repubblicana. Ad esprimere giudizi favorevoli sulla riforma, invece, R. Bifulco, *op. ult. cit.*, secondo cui «l'intervento del legislatore costituzionale […] è in grado di esercitare una pressione sul legislatore ordinario e sulla giurisprudenza capace di provocare nuovi bilanciamenti (3); Id., *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *An. giur. econ.*, 1, 2022, 7 ss.; e M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Tutela dell'ambiente: diritti e politiche*, a cura di M. Cecchetti, L. Ronchetti, E. Bruti Liberati, Napoli, 2021, 7 ss., il quale se da una parte si rammarica per la mancata costituzionalizzazione dei principi europei di gestione dell'ambiente, d'altro canto sottolinea che «la tutela dell'ambiente non può più fare a meno di una disciplina di livello costituzionale». E tanto, al fine di evitare che le scelte dei legislatori restino «rimesse alle valutazioni di ordine puramente politico (o, peggio, meramente ideologico) dell'opinione pubblica e degli elettori o alle pressoché inafferrabili maglie del sindacato di non manifesta irragionevolezza da parte dei giudici». Ad ogni modo, come pure s'è detto, asserire che la riforma sia *inutiliter data* significa svilire gravemente la stessa funzione di revisione costituzionale, che pure rappresenta il meccanismo attraverso il quale la Costituzione provvede al proprio fisiologico aggiornamento. In tal senso, A. Morrone, *L'«ambiente» nella Costituzione. Premesse di un nuovo «contratto sociale»*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Napoli, 2022, 91 ss. Più in generale, sul «revisionismo costituzionale» si veda il recente dibattito tra i costituzionalisti contenuto in *Rivista AIC*, *La Lettera*, 12/2022 – *Sul revisionismo costituzionale*, introdotto dal contributo di S. Staiano, *Splendori ideologici e miserie pratiche del revisionismo costituzionale*.

[91] Una lettura storico-evolutiva e (ri)strutturata del «governo del territorio» nel periodo repubblicano la si può leggere, se si vuole, da ultimo nel mio A. Gusmai, *Il «governo del territorio»*, cit., 140 ss.

sembra essere stata caratterizzata da un «regime duale», solo in piccola parte governata dalla legislazione (speciale) dello Stato, nella misura in cui lo si è visto intervenire a favore di alcuni «macro interventi» sul territorio. Per il resto, l'urbanistica è stata di fatto lasciata nella piena «gestione comunale» delle Amministrazioni, «disciplinata essenzialmente dai regolamenti edilizi comunali avulsi da specifiche previsioni di legge»[92].

La seconda ed ultima considerazione è alla prima, almeno in parte, conseguente. Visto che, ancora oggi, il «governo del territorio» è letteralmente frantumato dalle competenze (legislative e amministrative) riconosciute in capo a più enti, in modo del tutto disorganico e apparentemente irresolubile[93].

La parcellizzazione politico-normativa del «governo del territorio» italiano non è, dunque, caratteristica tipica della seconda metà del Novecento. Frangente, cioè, in cui sulla scena istituzionale compaiono le Regioni e iniziano a stagliarsi, con maggiore vigore, quelli che gli amministrativisti chiamano «interessi differenziati» sul territorio (come l'«ambiente»), su cui anche queste ultime, assieme agli enti locali, hanno possibilità di influire[94].

Piuttosto, come si è avuto modo di vedere a più riprese e sotto molteplici profili, la disorganicità della materia appare allignare le sue ragioni molto tempo prima: nello Stato liberale, non meno che in quello fascista. Nel momento storico, cioè, in cui è lo stesso territorio a frammentarsi a causa dell'affermazione della proprietà privata, situazione giuridica soggettiva che costrinse le classi politiche di ogni livello a ricercare un non affatto semplice contemperamento tra gli interessi economici dei nuovi e sempre maggiori titolari dei suoli – i

[92] Di tale condivisibile avviso sono, da ultimo, F. Salvia, C. Bevilacqua – N. Gullo, *op. cit.*, 14.

[93] Obliando quel che la dottrina costituzionalistica non ha mai contraddetto, neppure con l'affermarsi delle c.d. «autonomie territoriali». Ossia che «lo Stato non è solo il massimo fra gli enti territoriali perché esercita sul proprio territorio un potere supremo primario, condizionante quello di tutti gli altri, ma altresì [perché è] il solo che deve necessariamente essere in possesso di detta qualifica». In merito, per tutti, C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I, Padova, 1969, 102.

[94] In questo modo, parte della giuspubblicistica sembra peraltro presupporre come inevitabile un astratto quanto artificioso frazionamento del territorio, a seconda che si consideri l'«urbanistica», piuttosto che il «paesaggio», «il patrimonio culturale» o l'intero «ambiente». Su tale linea sembra essere inizialmente inciampata anche la Corte costituzionale (sent. n. 141 del 1972), subito dopo però di ben altro avviso, a seguito dell'*overrulling* contenuto nella decisione n. 232 del 1982, in cui il giudice delle leggi appare far propria la cosiddetta visione «panurbanistica» accolta dall'art. 80 del d.P.R. n. 616 del 1977. Si vedano, tra gli altri, V. Cerulli Irelli, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 389 ss. e P. Urbani, *Urbanistica, tutela del paesaggio e interessi differenziati*, in *le Regioni*, 1986, 665 ss. Meno netta appare, invece, la giurisprudenza più recente, come si desume dalla citata Corte cost., sent. n. 105 del 2024.

borghesi proprietari – e la gestione di quello che tutt'oggi resta formalmente un elemento «costitutivo» dello Stato, di proprietà necessariamente pubblica: il «territorio»[95].

Ciò che si vuol dire è che seppur soltanto nella classe dirigente più avveduta – quella più sensibile al «paesaggio» – la consapevolezza «che l'ordinato sviluppo del territorio» rientrasse «nella sfera degli interessi primari dello Stato» era già presente nello Stato liberale. Consapevolezza, dunque, che si fece soltanto più nitida nel periodo repubblicano, in cui la vigenza del principio di eguaglianza sostanziale ad un livello superiore di normazione (art. 3, comma 2, Cost., combinato all'art. 42 Cost.) impose una rimodulazione degli assetti politici dagli inevitabili, importanti, riflessi anche sulle dinamiche del suolo. Il principale obiettivo della nuova democrazia sociale e pluralistica fu, come noto, quello di «rimuovere gli ostacoli normativi e di tipo economico e sociale che impediscono il raggiungimento dei fini di trasformazione dell'assetto sociale». Per attuare i quali occorreva ripensare non solo in astratto «il libero godimento della proprietà privata», ma anche, in concreto, attribuire «all'urbanistica un ruolo propulsore verso un nuovo modello di società civile»[96].

Trascorreranno ancora molti anni prima che il legislatore nazionale inizi a metabolizzare e a tradurre in provvedimenti normativi tale stato delle cose[97]. Rischiando di vanificare, così, quell'enorme potenziale non solo economico, ma anche sociale, insito nella funzione urbanistica, ancora oggi adombrato da

[95] Appare condivisibile, dunque, quanto di recente affermato da M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, Roma, 2020, 1209, secondo cui «Tutta la legislazione – a partire dal 1865, fino alla legge generale n. 1150 del 1942 – si basa su due princìpi generali: *i)* limitare il godimento e l'utilizzo incondizionato della proprietà del bene se in contrasto con altri interessi, giungendo fino all'utilizzo dell'esproprio per pubblica utilità; *ii)* rimodellare l'ambito dei poteri privati all'interno della figura giuridica del piano urbanistico». In argomento, anche, R. Chieppa – R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018, 1085 ss.

[96] Le citazioni sono ancora tratte da M. Fratini, *op. ult. cit.*, 1210.

[97] Per una seria presa di coscienza si arriva pressoché a ieri, ossia a quando il Governo Draghi licenzia il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e attribuisce all'urbanistica, anche partecipata, un ruolo centrale per il raggiungimento di un benessere che sia equo e sostenibile (BES). Come puntualizza A.M. Nico, *Conclusioni della terza sessione*, in *L'attuazione nazionale del Recovery Fund e il futuro dell'Europa*, Atti del Convegno svoltosi a Baronissi (SA) il 21-22 ottobre 2021, raccolti e pubblicati dalla Rivista *PasSaggi Costituzionali*, n. 2/2021, 234, i fondi del PNRR «costituiscono […] una spinta propulsiva per gli Stati a cui viene affidato il compito di realizzare una politica industriale nel rispetto dell'ambiente, un rilancio economico complessivo che può consentire ad alcuni paesi, come il nostro, di uscire dalla crisi economica e trovare una stabilità con il corretto uso delle proprie risorse». Purtroppo, le misure originariamente indicate nel Piano hanno subito un significativo ridimensionamento e le problematiche legate all'attuazione restano ancora un grande limite alla realizzazione delle iniziative. Su tutto questo, cfr. Servizio Studi della Camera dei deputati, "*Urbanistica e rigenerazione urbana*", 14 febbraio 2024, rinvenibile in *www.temi.camera.it*.

approcci alla materia nel complesso disorganici e scomposti, come tali incapaci di restituire un'immagine del «governo del territorio» costituzionalmente coerente e unitaria[98].

Immagine di una realtà organica che, come si auspica, probabilmente avrà possibilità di trovare una qualche forma di realizzazione soprattutto attraverso l'interpretazione-applicazione dei nuovi artt. 9 e 41 Cost., per come ridefiniti dalla l. cost. n. 1 del 2022. Disposizioni super-primarie non a caso chiamate oggi a «mette[re] insieme e ricalca[re] esperienze preunitarie ed esperienze del primo periodo di vita dell'Italia unitaria»[99]. Un vero e proprio *katéchon* normativo determinato da un ancora indefinito binomio costituzionale a cui pare affidato l'arduo compito di "frenare" la portata distruttiva del «valore del profitto, in stretta correlazione col valore del potere»[100].

[98] Per convincersene basti osservare la qualità della legislazione. Anche durante la Legislatura in corso non sono mancati disegni di legge di portata generale che, di fatto, si prefiggono soprattutto di codificare i principi generali del «governo del territorio» (ancora oggi, come visto, risalenti alla legge "generale" del 1942, n. 1150). Tuttavia, e si pensi, tra gli altri, al d.d.l. S. 1131 presentato il 7 maggio 2024, a prima firma della senatrice Gelmini (recante «*Disposizioni in materia di politiche, programmi e interventi du rigenerazione urbana*», al momento in corso di esame in Commissione ambiente), essi appaiono eccessivamente sbilanciati sul profilo urbanistico-edilizio, se si eccettuano generiche dichiarazioni di principio in ordine all'assetto dei rapporti sociali che la dimensione materiale del vivere in città realizza. Su tali problematiche questioni insiste, da ultimo, G.M. Salerno, *Editoriale*, gennaio 2024, in *www.issirfa.cnr.it*.

[99] Così, di recente, una dottrina assai autorevole. Cfr. G.M. Flick, *L'articolo 9 della Costituzione oggi: dalla convivenza alla sopravvivenza*, in *federalismi.it - paper*, 12 luglio 2023, 6-7, il quale testualmente scrive: «L'articolo 9 mette insieme e ricalca esperienze preunitarie ed esperienze del primo periodo di vita dell'Italia unitaria. Ad esempio, la legge Rava del 1906 sulla tutela della pineta di Ravenna; la legge Croce del 1922 sulla tutela del paesaggio; le leggi Bottai sulla tutela del patrimonio artistico e delle bellezze naturali. Infine, la legge sull'urbanistica del 1942, che però è rimasta soltanto un primo segnale di attenzione travolto dal conflitto, poi dal boom edilizio e quindi anche dalle speculazioni conseguenti. A quest'ultima hanno fatto seguito la legge c.d. Galasso del 1985 per una serie di tutele dei beni paesaggistici e ambientali e poi il Codice dei beni culturali e paesaggio del 2004, aggiornato nel 2017».

[100] Per prendere ancora a prestito le parole di G.M. Flick, *op. ult. cit.*, 5.

Maria Pia Iadicicco[*]

FAMIGLIA E FILIAZIONE: TENUTA, EVOLUZIONE O MODIFICA TACITA DEL TESTO COSTITUZIONALE?

SOMMARIO: 1. Le ragioni e il perimetro della ricerca per chiarire l'interrogativo posto nel titolo. – 2. L'uguaglianza dei coniugi alla prova delle trasformazioni della coscienza sociale. – 3. Uguaglianza dei figli e superamento delle discriminazioni per le condizioni della nascita. Oltre il testo costituzionale? – 4. L'art. 29 della Costituzione di fronte alle convivenze e alle unioni tra persone dello stesso sesso.

1. *Le ragioni e il perimetro della ricerca per chiarire l'interrogativo posto nel titolo*

È piuttosto ricorrente rinvenire nella riflessione giuridica sui temi della famiglia e della filiazione considerazioni molto critiche sul grado di effettività delle disposizioni costituzionali ad esso dedicate[1]. Molteplici e di diversa natura sono le ragioni e le argomentazioni addotte per sostenere una debole normatività o, comunque, un superamento di quelle parti del testo costituzionale; in questa sede si terrà conto di tali opinioni allo scopo precipuo di rispondere all'interrogativo posto nel titolo. Ciò che interessa verificare non è soltanto la possibile evoluzione della disciplina costituzionale che insiste su tale complesso e peculiare ambito materiale, quanto la sua 'tenuta' e, precisamente, se sia corretto parlare di una modifica tacita del dettato costituzionale, tacita in quanto compiutasi in forme diverse dalla revisione formale degli enunciati costituzionali, considerato che nessuna disposizione della Costituzione repubblicana, che regoli la famiglia o i rapporti tra genitori e figli, ha subito alcuna modifica testuale dall'epoca della sua entrata in vigore[2].

[*] Ordinaria di Diritto Costituzionale e Pubblico, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".

[1] La riflessione giuridica in questo campo è veramente sterminata, ci si limita, pertanto e ai fini precipui della ricerca qui condotta, ad alcune limitate ed essenziali citazioni bibliografiche, prevalentemente della più nota dottrina costituzionalistica. In particolare, sulle tematiche oggetto del presente contributo, si vada, tra i tanti scritti dell'Onorato, almeno S. PRISCO, *L'Italia, il diritto e le unioni affettive stabili di carattere non tradizionale. Un panorama di problemi e di possibili soluzioni*, in ID., *La musica della vita Quaderno di biopolitica e bioetica di un giurista*, Napoli, 2015, 103 ss.

[2] Non sono mancate, comunque, nel corso degli anni alcune proposte di legge di revisione costituzionale degli artt. 29, 30 e 31 Cost.; la maggior parte di esse però non ha avuto alcun seguito, né può dirsi che abbiano suscitato ampio dibattito politico e pubblico (eccezione fatta,

A tal fine e in via preliminare, è indispensabile fare chiarezza sulla nozione di modifica tacita di una costituzione scritta.

La tematica del mutamento informale della costituzione è estremamente ampia, complessa e non priva di persistenti margini di ambiguità, che si possono rinvenire già a partire dalla denominazione e distinzione delle varie categorie concettuali all'uopo elaborate dalla dottrina. Provando a sintetizzare, senza eccessive semplificazioni, un dibattito a dir poco sconfinato si può certamente convenire sul fatto che la nozione di modifica tacita o informale della costituzione è quella che si realizza in forme diverse dalla revisione del testo costituzionale, ovvero, per l'ordinamento italiano, al di fuori delle forme e dei modi regolati nell'art. 138 Cost. Nondimeno, secondo larga parte della dottrina[3], il concetto di modifica tacita ricomprenderebbe anche quei mutamenti che, sen-

probabilmente, solo per la proposta di modifica dell'art. 29, co. 2 Cost. contenuta nel progetto di riforma costituzionale della Commissione parlamentare per le riforme istituzionali della XI legislatura, presieduta dall'on. Bozzi). Nel corso di questa Legislatura, la XIX, ad oggi risultano presentate soltanto due proposte di legge di revisione costituzionale, rispettivamente degli artt. 31 e 37 Cost. (A.S.1174; A.C.253).

Questo dato può prestarsi a valutazioni opposte: per un verso, si potrebbe sostenere che, essendosi già realizzata e consolidata una modifica seppur tacita del disposto costituzionale, sarebbe superflua la revisione formale del testo della Carta costituzionale, già venutasi ad adeguare al nuovo contesto normativo e fattuale; per altro verso, quanto rilevato potrebbe confermare quanto sostento da una parte della dottrina, ovvero che alcune innovazioni non sarebbero percorribili neppure mediante la via della revisione costituzionale *ex* art. 138 Cost. Come si avrà modo di approfondire *infra* e con le opportune distinzioni tra i vari disposti costituzionali in materia, a chi scrive sembra che quest'ultimo necessiti non già di revisioni formali, ma di trovare piena attuazione, anche per assicurare adeguata tutela a nuovi interessi, comunque di certo fondamento costituzionale (in particolare dei bambini nati con tecniche di PMA) e sempre assicurando un ragionevole bilanciamento con altri interessi di uguale rango e meritevoli di tutela. Per ulteriormente suffragare la via della attuazione costituzionale, in luogo di una modificazione, si consideri un tema che qui non potrà essere adeguatamente trattato: quello della incentivazione delle nascite, riconducibile all'art. 31 Cost. Al riguardo, al netto della vuota retorica (talvolta anche con curvature palesemente discriminatorie) con la quale si parla di incentivazione della natalità, pare evidente come essa trovi un fondamentale limite, non già nel testo dell'art. 31 Cost. o di altre disposizioni costituzionali, quanto nella carenza di adeguate politiche pubbliche a sostegno della famiglia e della natalità. La scelta di formare una famiglia anche con più figli dipende infatti, oltre che da importanti fattori ideologico-culturali di contesto, anche dalla qualità delle politiche pubbliche per la famiglia ovvero dalla elaborazione ed effettiva attuazione di politiche sociali, coerenti e stabili, come le politiche abitative, di accesso al mondo del lavoro, le misure di conciliazione tra attività lavorativa e vita familiare, la presenza di servizi pubblici di sostegno alle responsabilità di cura dei genitori. In altre parole, al riguardo il principale ostacolo è da rinvenire non già nel testo della Costituzione, ma nella volontà da parte dei decisori politici di adottare e concretamente applicare tali misure.

[3] V. almeno A. Ruggeri, *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento,* in *Diritto e società*, 2005, 451 ss.; Id., *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2018.

za interessare il testo delle disposizioni costituzionali, ne modificano la portata, trasformando i precetti della Costituzione, i quali permangono immutati, ma comunque trasformati «nel loro significato e nella loro portata» in forza di atti (normativi e di governo) degli organi fondamentali dello Stato, di fatti normativi (consuetudini), della interpretazione giurisprudenziale o anche di meri fatti[4].

Come si è provato ad argomentare più compiutamente in altra sede[5], tale qualificazione, evidentemente ampia e indistinta quanto ai soggetti e agli atti o fatti produttivi di mutamento, può rivelarsi insidiosa, per molteplici ragioni: anzitutto, essa finisce per sovrapporre, fino a confondere, la nozione di modifica tacita con quella di interpretazione giuridica e, segnatamente, con l'interpretazione costituzionale[6]; in secondo luogo, essa non pare distinguere *a priori*, ai fini della identificazione di un vero e proprio mutamento informale del testo, la diversa apertura (o meglio, elasticità[7]) di alcuni enunciati costituzionali e, da qui, il diverso atteggiarsi del rapporto tra testo costituzionale e contesto normativo e fattuale. Inoltre, per questa via si perviene a rendere oltremodo indistinto lo spazio di possibili e legittime interpretazioni estensive del testo, da quello, più controverso, della creazione o produzione di nuove norme costituzionali mediante attività ermeneutica. In sostanza, pur ammettendo che sia estremamente arduo distinguere una vera e propria modifica tacita della Costituzione da un'evoluzione interpretativa, in specie estensiva, dei disposti costituzionali, riteniamo che tale operazione di tracciamento dei confini non debba essere elusa, in quanto l'indistinzione può condurre ad una svalutazione del testo costituzionale, della sua forza precettiva e performativa, e alla diffusione di una distorta idea di inattualità della Costituzione repubblicana[8].

Ciò premesso, ci sembra che proprio l'analisi delle dinamiche interpretative, che hanno interessato, nel corso del tempo, le disposizioni costituzionali

[4] Così F. Pierandrei, *La Corte costituzionale e le «modificazioni tacite» della Costituzione,* in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja,* IV, Bologna, 1953, 315.

[5] Sia consentito rinviare a M.P. Iadicicco, *Modifiche tacite della Costituzione e rigidità costituzionale,* Napoli, 2023, 16 ss.

[6] Cfr. E.-W. Böckenförde, *Stato, Costituzione, democrazia. Studi di teoria della Costituzione e di diritto costituzionale*, a cura di M. Nicoletti, O. Brino, Milano, 2006, 120 ss.; A. Mangia, *Moti della Costituzione o mutamento costituzionale?*, in *Diritto costituzionale*, 2020, 75 ss.

[7] Nozione elaborata con riferimento allo Statuto albertino da L. Rossi, *La "elasticità" dello Statuto italiano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano,* I, Padova, 1940, 27 ss.; per la Costituzione repubblicana v. almeno G. Amato, *L'elasticità delle costituzioni rigide*, in *Nomos: le attualità nel diritto,* n. 1/2016. Sono stati tuttavia anche evidenziati i rischi di una generalizzazione del concetto di elasticità e la sua possibile deriva, v. E. Olivito, *La retorica delle modifiche tacite e il diritto costituzionale esistenziale. Un'ipotesi di studio preliminare*, in *www.costituzionalismo.it*, 1/2023, 41 ss.; M.P. Iadicicco, *op. cit.*, 79 ss.

[8] In proposito si vedano i contributi raccolti in G. Brunelli, C. Cazzetta (a cura di), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"?,* Milano, 2013.

in materia di famiglia e filiazione, possa rappresentare uno dei migliori campi di sperimentazione di questa operazione, pur complessa, di tracciamento dei confini. Come anticipato, si intende vagliare se e come tali interpretazioni si siano mosse nel recinto del testo costituzionale, conservandone la capacità di proiettarsi nel futuro[9], ovvero lo abbiano oltrepassato, così denotandone un vero e proprio mutamento.

Ulteriori ragioni inducono a focalizzare la ricerca in tale specifico ambito: anzitutto, in esso si avverte in maniera fulgida il rapporto e la mutua implicazione tra testo costituzionale e contesto normativo e fattuale. Basti al riguardo rammentare come due costituzionalisti[10], che pur pervengono a conclusioni molto diverse sul tema, ovvero sulla portata e tenuta delle specifiche previsioni costituzionali, muovano entrambi dalla stessa premessa, e cioè che le nozioni di famiglia e filiazione, accolte nel testo costituzionale e sviluppate nella legislazione successiva, rappresentano un esempio paradigmatico di osmosi tra diversi livelli di normazione (livello costituzionale e legislativo) e tra questi ed elementi extra-normativi, i fatti sociali e culturali, i quali, mai come in questo campo, si rivelano fortemente condizionanti sul dato normativo, ad punto da poterne determinare anche una sostanziale modifica. In secondo luogo, si è da più parti rilevato, e talvolta anche con accenti particolarmente critici, una certa ambiguità e contraddizione di quanto disposto negli articoli 29 e 30 della Costituzione e che tale ambiguità sarebbe solo in parte da ricondurre al necessario compromesso raggiunto, su temi così divisivi, tra le diverse componenti culturali, prima che partitiche, rappresentate in Assemblea costituente. Nel corso del tempo, però, ciò ha reso oltremodo complesso pervenire ad univoche interpretazioni sistematiche di quanto disposto nei singoli commi di cui si compongono i citati articoli, come pure esprimere un giudizio chiaro sulla tenuta complessiva del disegno costituzionale. Se, infatti, nei primi anni dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana alcune parti pur fortemente innovative del testo costituzionale sono state accantonate, essendo prevalsa una lettura in continuità con i preesistenti (e seppur subordinati) disposti del Codice civile del 1942, è sul finire degli anni Sessanta e ancor di più negli anni Settanta che si è verificata una radicale inversione di tendenza, la quale non ha mancato di sollevare obiezioni, in particolare quella di aver sottoposto il testo della Costituzione ad interpretazioni sempre più lontane dal suo tenore

[9] Sulla collocazione nel tempo della Costituzione, v. M Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in G. Brunelli, C. Cazzetta (a cura di), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"?,* cit., 21 ss.

[10] R. Bin, *L'interpretazione della Costituzione in conformità delle leggi. Il caso della famiglia,* in *Famiglia e diritto*, 2022, 514 ss.; A. Ruggeri, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, in *ConsultaOnLine*, n. 3/2018, 517.

letterale. Come pure alla tardiva attuazione di alcune parti della Costituzione ha fatto da contrappunto il totale o parziale accantonamento di altri disposti, come quelli concernenti la garanzia dell'unità familiare, che l'art. 29, comma 2, prevede quale limite all'eguaglianza giuridica e morale dei coniugi; la clausola di compatibilità della tutela accordata ai figli nati fuori dal matrimonio «con i diritti dei membri della famiglia legittima» di cui all'art. 30, comma 3; nonché le condizioni e i limiti alla ricerca della paternità posti dal legislatore, ai sensi del successivo comma del medesimo articolo, per restringere il principio della responsabilità dei genitori per il solo fatto della procreazione (art. 30, co. 1). Si è parlato, a tal proposito, della riduzione della famiglia matrimoniale a mero fossile[11], per sostenere che la relativa disciplina costituzionale non sia più attualmente vivente, ma solo formalmente vigente; come pure si è parlato di una messa in quiescenza di alcune parti della Costituzione, di *interpretatio abrogans*[12] o di interpretazione oltre il testo[13].

Le riflessioni che seguono intendono anzitutto verificare se sia corretto e appropriato parlare di una modifica tacita delle previsioni costituzionali in materia di famiglia e filiazione; non potendo, e non solo per ragioni di spazio, compiere un'analisi approfondita di vari aspetti controversi in materia, ci si limiterà ad indagare specificamente i principali profili di intersezione tra vita familiare e rapporti tra genitori e figli.

2. *L'uguaglianza dei coniugi alla prova delle trasformazioni della coscienza sociale*

Nel compiere questo percorso riteniamo opportuno prendere le mosse dall'analisi delle ricadute che sull'impianto normativo hanno avuto le profonde trasformazioni della realtà sociale in cui vive e deve calarsi la regolamentazione giuridica. L'obiettivo, come già sommariamente accennato, non è quello di attestare l'influenza delle trasformazioni sociali sulle regole giuridiche, quanto di comprendere se il testo della Costituzione del 1948 sia stato capace di contenere e assecondare l'evoluzione del costume sociale in materia, offrendo copertura e dunque assicurando necessaria tutela anche a nuovi e inediti bisogni

[11] M. Sesta, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in G. Conte, S. Landini (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, II, Mantova, 2017, 242; affermazione ripresa, ma non pienamente condivisa, da E. Rossi, *Un fossile vivente (e necessario): la famiglia tra disciplina costituzionale e mutamenti sociali,* in *OsservatorioAIC.it*, 2/2022, 53 ss.

[12] A. Ruggeri, *Modello costituzionale*, cit., 519.

[13] E. Lamarque, *Famiglia (dir. cost.),* in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, III, Milano, 2006, 2419 ss.

sociali, o se, invece, esso sia stato sottoposto a tensioni o addirittura torsioni interpretative.

Sarebbe impossibile comprendere le riforme del diritto di famiglia, realizzatesi a partire dagli anni Settanta, senza tener conto della temperie culturale in cui tali riforme sono maturate, in ispecie quella generata dal movimento sessantottino, che ha sollecitato una profonda trasformazione delle relative concezioni diffuse nella compagine sociale, trasformazione, ancor prima e a sua volta, stimolata dal testo della Carta costituzionale, già precorritrice di importanti innovazioni.

Echi di quel movimento possono rinvenirsi pure nella giurisprudenza costituzionale e, emblematicamente, nella svolta compiuta con la sentenza n. 126 del 1968, con la quale il giudice delle leggi, ribaltando le conclusioni cui era addivenuto appena sette anni prima (sent. n. 64 del 1961), ha dichiarato incostituzionale la previsione del Codice penale del 1930 che puniva il solo adulterio femminile. Nonostante l'invarianza dei parametri costituzionali, il differente esito della medesima questione di legittimità costituzionale è stato argomentato proprio attraverso il richiamo ad una mutata «realtà sociale» e alla «nuova» coscienza collettiva, le quali non consentivano più di giustificare il differente trattamento sanzionatorio dei comportamenti adulterini dei coniugi.

Ulteriori riferimenti all'evoluzione delle convinzioni collettive in materia di famiglia non sono mancati anche in decisioni della Corte costituzionale di poco successive[14] e in altre pronunciate più in là nel tempo, come quelle, succedutesi fino ad oggi, concernenti la regola legislativa dell'automatica attribuzione ai figli del cognome paterno. Queste decisioni, seppur con sensibilità diversa e con esiti che non sono stati subito caducatori, hanno rimarcato la direzione nella quale si *è* mossa la coscienza sociale[15], che *é* quella della piena parità dei coniugi anche nei confronti dei figli.

Quanto conta evidenziare, proprio a partire dal richiamato *overruling* del 1968, è che quei mutamenti interpretativi relativi all'art. 29 Cost. non possono

[14] In linea di perfetta continuità (anche temporale) si v. la sent. n. 127/68 di illegittimità costituzionale dell'art. 151 c.c., relativo al regime eccezionale del marito adultero nella separazione coniugale. V. poi anche la sent. n. 147/69 sull'illegittimità costituzionale dei reati di concubinato e relazione adulterina.

[15] Sull'uso dell'argomento della coscienza sociale nella giurisprudenza costituzionale si v., anche per alcuni condivisibili rilievi critici, N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della «coscienza sociale», interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *RivistaAic.it*, 4/2017; A. Ciervo, *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Politica del diritto*, 2019, 523 ss.; V. Marcenò, *Il Giudice delle leggi in ascolto. «Coscienza sociale» e giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, 377 ss.; G. Pino, *L'interpretazione nel diritto*, Milano, 2021, 307 ss.

propriamente qualificarsi come modifica tacita della Costituzione, se non a costo di una eccessiva dilatazione di questa nozione, la quale, come già precisato, ci sembra da respingere in quanto foriera di ricorrenti equivoci. Né crediamo che la svolta compiuta dalla Corte costituzionale con la sentenza del 1968 sull'adulterio, possa essere stata determinata dall'esigenza di correggere l'interpretazione dell'art. 29, co. 2, Cost. fornita dal giudice costituzionale solo pochi anni addietro, in quanto rivelatasi, non solo non al passo con i tempi, ma persino contraria alla lettera del testo costituzionale. A ben vedere, tanto l'una quanto l'altra decisione si sono mosse nel recinto del testo dell'art. 29 Cost., pur dando luogo ad esiti differenti quanto al bilanciamento tra i due principi ivi enunciati, ovvero quello della pari dignità giuridica e morale dei coniugi e quello dell'unità familiare. In sostanza, se fino al 1968, la Corte aveva ritenuto non irragionevole che il legislatore del 1930 avesse sanzionato penalmente la sola infedeltà della moglie – non solo per «la maggiore gravità della offesa che (…), in conformità della comune opinione», essa arrecava rispetto alla infedeltà del marito[16], ma anche perché è lo stesso art. 29 Cost. a consentire limitazioni alla parità dei coniugi per garantire l'unità familiare –, dopo il mutamento culturale e sociale vissuto dal Paese a partire dal '68, il giudice costituzionale, facendo proprio il mutato quadro dei rapporti coniugali, ha statuito che il mantenimento del differente trattamento tra marito e moglie quanto alle conseguenze dell'infedeltà coniugale avrebbe determinato un «grave nocumento all'unità familiare», giacché proprio l'uguaglianza dei coniugi costituisce il presupposto per il mantenimento della stessa[17]. Nella decisione del 1968, il giudice costituzionale ha dunque capovolto la regola del conflitto tra gli interessi di cui all'art. 29 Cost. fissata dal legislatore penale del 1930 ed ha riconosciuto come preminente la parte più innovativa della disposizione costituzionale sul rapporto coniugale, quella che sancendo l'eguale dignità dei coniugi (anche nei confronti dei figli) rompeva con la tradizionale concezione della famiglia patriarcale[18], con ciò imprimendo un'ulteriore spinta propulsiva alla riforma del diritto di famiglia, di lì a poco intervenuta nel 1975.

È solo con questa riforma che la parità dei coniugi nei confronti dei figli trova un primo significativo dispiegamento attraverso il riconoscimento ad en-

[16] Tenuto conto – per riprendere le parole della Corte nella sent. n. 61/1961 – che l'illecita condotta della donna è da ritenersi, sempre «per valutazioni che si affermano, spesso imperiosamente, nella vita sociale» coefficiente di maggiore disgregazione della unità familiare, per la sminuita reputazione nell'ambito sociale, per il turbamento psichico che sulla prole può determinare «il pensiero della madre fra le braccia di un estraneo», nonché per il pericolo di introduzione nella famiglia di prole non appartenente al marito.

[17] F. Biondi, *Quale modello costituzionale*, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici,* Napoli, 2014, 21 ss.

[18] M. Manetti, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *RivistaAic.it*, 2010, 6.

trambi della potestà genitoriale (successivamente sostituita, con le riforme del 2012-2013, dalla responsabilità genitoriale), laddove, precedentemente, non erano mancate decisioni nelle quali la Corte costituzionale aveva 'salvato' le disposizioni sulla patria potestà e pertanto il privilegio per la posizione del marito, padre e capofamiglia[19].

Particolarmente tormentata, ma altrettanto significativa – tanto per il già menzionato richiamo al mutamento della coscienza sociale, quanto per la delicata questione dei rapporti tra discrezionalità del Parlamento e intervento del giudice costituzionale a garanzia dell'effettività dei diritti fondamentali, anche a fronte di una protratta inerzia del legislatore al rinnovamento della disciplina vigente – è la vicenda del cognome dei figli.

Come da ultimo precisato nella sentenza n. 131 del 2022, la Corte costituzionale si è occupata delle norme sul cognome dei figli (e, a ben vedere, non soltanto di quelli nati all'interno di un'unione coniugale) per oltre trenta anni, con un atteggiamento inizialmente attendista – o, per meglio dire, di pieno rispetto della discrezionalità del legislatore rappresentativo – ma progressivamente più attivo, a garanzia della legalità costituzionale. Già nell'ordinanza n. 176 del 1988, il Giudice delle leggi aveva espresso perplessità per la disciplina sottoposta al suo esame e aveva ritenuto «possibile, e probabilmente consentaneo all'evoluzione della coscienza sociale, sostituire la regola vigente in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio con un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi», proprio allo scopo di conciliare i due principi sanciti dall'art. 29 Cost.[20]. Trascorsi diciotto anni, ma nuovamente con una pronuncia di inammissibilità (sentenza n. 61 del 2006), si ribadiva il *vulnus* al principio di uguaglianza tra i coniugi derivante dalla regola dell'attribuzione del cognome solo paterno ai figli e si sollecitava il legislatore ad intervenire. Solo nel 2016, e quindi dopo ulteriori dieci anni e significativi pronunciamenti sul tema anche di Corti europee, la Consulta, prendendo atto della protratta inerzia del legislatore, *è pervenuta* ad una sentenza di accoglimento, così dichiarando l'illegittimità costituzionale della disciplina vigente, nella parte in cui non consentiva ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli anche il cognome materno, ed estendendo in via consequenziale i suoi effetti all'attribuzione del cognome al figlio congiuntamente riconosciuto e all'adottato maggiore d'età (sentenza n. 286 del 2016). Al contempo, si sollecitava comunque il legislatore a disciplinare organicamente

[19] Cfr. F. Biondi, *op. cit.*, 19.

[20] Pur tuttavia nella di poco successiva ord. n. 586 del 1988 la Corte aveva utilizzato l'argomento della coscienza sociale per ritenere non irragionevole il sacrificio del principio di uguaglianza fra coniugi derivante dalla regola del patronimico in quanto «regola radicata nel costume sociale come criterio di tutela dell'unità della famiglia fondata sul matrimonio».

la materia, secondo criteri finalmente consoni al principio di parità, regolando altresì i casi in cui manca un accordo fra i genitori, residuando per essi la generale previsione dell'attribuzione del cognome paterno. Un invito, quest'ultimo, rimasto senza seguito ed infatti la disciplina del cognome dei figli è tornata nuovamente all'esame della Corte costituzionale nel 2021 e la stessa Corte, con l'ordinanza di autorimessione n. 18 del 2021, ha ulteriormente allargato lo spettro di indagine tracciato dal giudice *a quo*. Si è pervenuti così ad un'ulteriore pronuncia di accoglimento (sent. n. 131 del 2022), nella quale peraltro si é rimarcato l'intreccio tra la disciplina censurata e il principio costituzionale dell'eguaglianza e pari dignità dei genitori; il giudice delle leggi ha rilevato che l'automatismo insito nel patronimico genera una disparità di trattamento la quale non trova giustificazione nella finalità di salvaguardia dell'unità familiare, in quanto (come già sostenuto nella sent. n. 133 del 1970) *«è proprio l'eguaglianza che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo», poiché l'unità «si rafforza nella misura in cui i reciproci rapporti fra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità»*[21]. Non di meno, si è evidenziato come, a fronte dell'evoluzione dell'ordinamento nel senso dell'eguaglianza dei genitori nei rapporti con i figli, sottolineata più volte anche nella giurisprudenza europea, «il lascito di una visione discriminatoria, che attraverso il cognome si riverbera sull'identità di ciascuno, non è più tollerabile». Nuovamente, anche questa recente sentenza caducatoria si *è chiusa* con un duplice monito rivolto al legislatore, affinché provveda ad affrontare alcuni persistenti profili problematici, tra i quali rileva quello della determinazione omogenea del cognome in caso di presenza di fratelli e sorelle, nei quali emerge pure l'esigenza di salvaguardare l'unità della famiglia, o meglio, l'unitarietà dell'identità familiare[22].

[21] Nella sent. n. 131/22, la Corte ha spiegato che il cognome collega l'individuo alla formazione sociale che lo accoglie tramite lo *status filiationis*, si radica nella sua identità familiare, e perciò deve «rispecchiare e rispettare l'eguaglianza e la pari dignità dei genitori». Lo stesso, eventuale, accordo fra i genitori per attribuire un solo cognome presuppone una regola che ripristini la parità, poiché senza eguaglianza mancano le condizioni per un autentico accordo. L'accordo è imprescindibile per poter attribuire al figlio il cognome di uno soltanto dei genitori. In mancanza di tale accordo, devono attribuirsi i cognomi di entrambi i genitori, nell'ordine dagli stessi deciso. Qualora vi sia un contrasto sull'ordine di attribuzione dei cognomi, si rende necessario l'intervento del giudice, che l'ordinamento giuridico già prevede per risolvere il disaccordo su scelte riguardanti i figli. Tutto ciò, fintantoché il legislatore non decida di prevedere, eventualmente, altri criteri.

[22] B. Liberali, *Ancora sulla scelta del cognome dei figli (e sul complesso rapporto fra Corte costituzionale e legislatore)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2023, 131.

3. *Uguaglianza dei figli e superamento delle discriminazioni per le condizioni della nascita. Oltre il testo costituzionale?*

Spostando adesso il *focus* dell'attenzione sulla disciplina costituzionale della filiazione, deve osservarsi preliminarmente che è proprio questa una delle principali direttrici lungo le quali si è determinata nel corso del tempo la trasformazione della disciplina della famiglia e, quindi, dei rapporti che all'interno di essa si instaurano. Non *è* soltanto attraverso il richiamo e il rispecchiamento nelle regole giuridiche di un mutato costume e sentimento sociale, ma anche facendo leva sulle disposizioni contenute negli articoli 30 e seguenti della Costituzione, nonché sui principi fondamentali di cui agli articoli 2 e 3, che l'ordinamento italiano ha progressivamente dato riconoscimento e offerto tutela a modelli di vita familiare diversi da quelli della famiglia fondata sul matrimonio.

Con riferimento alla condizione dei figli e, in particolare, sui doveri dei genitori nei confronti di questi, comunque nati, in dottrina si rinvengono posizioni meno divaricate rispetto a quelle che investono la famiglia matrimoniale; ciò nondimeno, anche sulla tenuta complessiva dell'art. 30 della Costituzione si sono levate opinioni, talvolta molto distanti[23]. Sebbene – e per le ragioni che si andranno di seguito ad esplicitare – non ci sembra corretto parlare al riguardo di una modifica tacita della Costituzione, conveniamo pienamente con quanto rilevato da un'attenta dottrina[24] circa la peculiare sorte e i contraddittori argomenti invocati per l'interpretazione nel tempo dell'art. 30 della Costituzione e partitamente dei commi di cui si compone. In particolare, il primo comma, nella parte in cui sancisce l'eguale responsabilità dei genitori nei confronti di qualsiasi figlio, è divenuto il fulcro dell'intera disciplina sulla filiazione, relegando in un cono d'ombra i commi terzo e quarto, ovvero la clausola di compatibilità e la riserva di legge sulle norme e sui limiti per la ricerca della paternità. Come noto, i Costituenti si premurarono di inserire, dopo i primi due commi dell'articolo 30, una clausola di compatibilità, ovvero che la tutela giuridica e sociale dei figli nati fuori dal matrimonio è affidata alla legge «compatibilmente con i diritti dei membri della famiglia legittima», e ciò proprio per temperare la forte e dirompente carica innovativa impressa dal principio di parità giuridica dei figli, a prescindere dalle condizioni di nascita, e per ulteriormente presidiare l'unità e stabilità della famiglia legittima fondata sul matrimonio tra i genitori. Come già rilevato, anche l'interpretazione dell'art. 30 Cost. ha subito, a partire dagli anni Settanta, una radicale svolta: nei primi venti anni dall'entrata in vigore della Costituzione le disposizioni ivi racchiuse sono *è stat*e interpretate

[23] Sulle quali v. almeno E. LAMARQUE, *Articolo 30*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione,* Torino, I, 2006, 622 ss., e la dottrina ivi richiamata.

[24] E. LAMARQUE, *op. ult. cit.*, 627 ss.

alla luce delle disposizioni del Codice civile del 1942, che prevedeva per i figli naturali, adulterini e incestuosi un trattamento giuridico differente e progressivamente deteriore rispetto a quello dei figli legittimi; negli anni che seguono quel tornante, invece, il limite di compatibilità è stato gradualmente accantonato fino all'equiparazione di figli legittimi e illegittimi, ritenuta da alcuni frutto di una tardiva ma necessitata attuazione della Costituzione[25].

Non manca chi ha visto in questo accantonamento della clausola di compatibilità – realizzatasi già a partire dalla legge sull'adozione speciale (l. n. 431/67), seguita dalla riforma del diritto di famiglia del 1975 (l. n. 151/75) – non già un'attuazione del disposto costituzionale dell'art. 30, sul punto certamente compromissorio, se non ambiguo[26], ma un vero e proprio scavalcamento del testo costituzionale da parte della legge ordinaria andata, per alcuni aspetti, decisamente *oltre*[27]. Ma è stato soprattutto negli anni più recenti, con l'introduzione dello *status* unico della filiazione (l. n. 291/ 2012 e d.lgs. n. 154/2013)[28], che, rimuovendo dall'ordinamento ogni distinzione anche terminologica tra i figli in ragione della loro nascita nel o fuori del matrimonio tra i genitori, si sono posti i maggiori problemi interpretativi, non solo sulla distinzione tra famiglia fondata sul matrimonio e altre relazioni di coppia legalmente regolate, ma anche quanto al "destino" della clausola di compatibilità di cui all'art. 30, co. 3, Cost.

In effetti, pur non potendo negare che la novella del 2012 abbia dilatato fino al massimo punto di tenuta la nozione di compatibilità fatta propria dal Costituente[29], ci pare comunque inappropriato qualificare questa esperienza, dapprima di parificazione e poi di unificazione di *status*, come una modifica tacita della Costituzione. Varie considerazioni sorreggono e spingono ad un diverso inquadramento: anzitutto, la piena equiparazione dei figli legittimi e di quelli nati fuori dal matrimonio, pur essendo stata osteggiata da molti co-

[25] M. Bessone, *Articoli 30-31*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1976, 93 ss.; in tal senso anche M.C., Bianca, *La filiazione: bilanci e prospettive a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia,* in *Diritto di famiglia*, 2006, 207 ss.

[26] Così R. Biagi Guerini, *Famiglia e Costituzione*, Milano, 1989, 19.

[27] Cfr. G. Cattaneo, *La Costituzione e il diritto familiare nella dottrina civilistica italiana dell'ultimo quarantennio*, in Aa.Vv., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Padova, 1991, 99 ss.; E. Lamarque, *op. ult. cit.*, 629.

[28] Una vera e propria "rivoluzione" del diritto di famiglia dopo quella del 1975, per M. Sesta, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, 4.

[29] Cfr. A. Morrone, *Articolo 3 Cost.*, in M. Sesta (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, 2017, secondo il quale la novella del 2012 dilata «al massimo grado il concetto costituzionale di "compatibilità" *ex* art. 30, al punto che quella formula sembrerebbe sbiadire proprio di fronte all'identità di *status*».

stituenti (questa essendo indubbiamente l'*original intent of the framers*, per riprendere una nota espressione della dottrina nordamericana) e per questo non accolta nel testo finale dell'art. 30 Cost., non è preclusa dal testo del medesimo articolo, che, al terzo comma, affida alla legge il compito di tutelare i figli nati fuori dal matrimonio. Ed infatti, al traguardo della unificazione di *status è pervenuto il legislatore rappresentativo (in ciò* certamente stimolato e talvolta anticipato dalla giurisprudenza), il quale, facendosi interprete di una mutata coscienza sociale e culturale sulla filiazione, ha positivamente compiuto tale valutazione di compatibilità ritenendo di poter riconoscere ai figli nati fuori dal matrimonio tutele non incompatibili con quelle dei figli legittimi[30]. In altre parole, la novella sullo stato unico dei figli, quale che siano le condizioni di nascita e senza che venga in rilievo il vincolo coniugale tra i genitori, può ritenersi uno sviluppo dell'ordinamento non impedito dal testo costituzionale[31], né dalla lettera dell'art. 30, né da un'interpretazione sistematica dello stesso, atteso che essa non incide neppure sul *favor* costituzionale per la famiglia fondata sul matrimonio (art. 29 Cost.), in quanto restano distinte le relazioni "verticali" tra genitori e figli e le relazioni "orizzontali" interne alla coppia[32]. A ben vedere, più che un mutamento del testo costituzionale, quella riforma – compiuta, lo si ripete, dal legislatore rappresentativo e non dalla giurisprudenza – ha segnato un mutamento interpretativo o, per meglio dire, tra livelli normativi: sfruttando uno spazio consentito dallo stesso testo della Costituzione, ha fatto sì che quest'ultima non venisse più interpretata, come a lungo è stato fatto, alla luce

[30] Così già Corte cost., sent. n. 54/1960: «Quel che si desume sia dal testo dello stesso art. 30, terzo comma, sia dal travaglio che portò, nell'Assemblea costituente, alla sua formulazione definitiva, è soltanto un innegabile favore per la prole naturale. Questo favore, tuttavia, non si poté concretare in una disciplina precisa da contenere in un articolo, tanto più in quanto un'ampia tutela del figlio naturale poteva e potrebbe anche portare a una profonda revisione di molte norme, e perfino del sistema familiare e successorio, del Codice. Ad avviso della Corte questa è la ragione per cui il terzo comma dell'art. 30 si apre con un accenno al legislatore ordinario e contiene per così dire una riserva che solo la legge potrà sciogliere: sarà il legislatore a stabilire fino a che punto la maggiore tutela del figlio naturale sia, caso per caso, cioè nella eventuale determinazione di uno status e delle conseguenze di esso anche in campo successorio, compatibile coi diritti dei componenti la famiglia legittima».

[31] A. Morrone, *op. ult. cit.*, «Nelle relazioni tra genitori e figli, non importa se legittimi o naturali, la regola è l'indifferenza soggettiva e, quindi, la pienezza e l'eguaglianza della tutela, perché così statuisce in modo inequivoco l'art. 30, c. 1, Cost. (…)». Ma anche il comma 3 dell'art. 30 «lungi dal risolvere gli interessi dei figli naturali e dei componenti della famiglia legittima secondo una gerarchia di valori, (…) esige, piuttosto, un'eguaglianza di tutela qualificata (rinvenibile nei termini usati: «ogni» tutela, «giuridica e sociale»), il cui unico limite è proprio dato dalla relazione di compatibilità, che tuttavia lascia amplissimi margini di manovra al legislatore in sede di attuazione».

[32] F. Biondi, *op. ult. cit.,* 11; A. Morrone, *op. loc. ult. cit.*

del Codice civile del '42, a maggior ragione tenuto conto che quella disciplina, prima delle varie novelle susseguitesi dal finire degli anni Sessanta, si basava su principi ben diversi da quelli fatti propri dalla Costituzione repubblicana.

Considerazioni non molto dissimili possono compiersi con riferimento al quarto comma dell'art. 30, recante riserva di legge sulla ricerca della paternità. Introdotto sempre al fine di temperare la portata del primo comma e, quindi, i doveri dei genitori nei confronti dei figli, avallando così restrizioni poste dal legislatore all'accertamento del rapporto di filiazione, il destino di quel comma si è trasformato nel corso del tempo, specie per il mutato clima culturale di riferimento. A partire dalla seconda metà degli anni Sessanta, attraverso una lettura coordinata con gli artt. 2 e 3 Cost., è emerso anche a tal riguardo il principio del preminente interesse del minore, che ha favorito il progressivo superamento del *favor legitimatis*, cioè della verità legale, preordinata a conservare la unità della famiglia legittima, per lasciare spazio alla verità biologica, ritenuta valore preminente, anche se non assoluto, in quanto deve valutarsi sempre se la verità biologica assicuri il miglior interesse del minore[33]. Anche su questo versante, pur escludendo che possa parlarsi di una modifica tacita della Costituzione, riteniamo condivisibile l'ammonimento di quella dottrina dapprima richiamata[34] a interpretare sistematicamente l'art. 30 Cost., nel rispetto del testo di ogni disposizione di cui si compone, giacché il fine costituzionalmente rilevante e preminente di garantire al nato, a prescindere dalle condizioni di nascita, la presenza di genitori che si curino della sua crescita, può essere perseguito anche senza superare la lettera del quarto comma. Quest'ultimo ben può essere interpretato, senza stravolgere il testo, nel senso di consentire al legislatore di configurare una paternità biologica a cui non corrispondano obblighi di cura nei confronti del nato, se e soltanto se ciò assicuri il miglior interesse del minore[35]. Il che infatti è quanto il legislatore ha previsto nei casi di paternità derivante dal ricorso alla fecondazione eterologa (art. 9, l. n. 40/2004)[36], precisando tanto che il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi, quanto che il coniuge o convivente della donna, il quale abbia assieme alla stessa

[33] Sull'interpretazione dell'art. 30, co. 4, Cost., la salvaguardia della famiglia legittima e il preminente interesse del minore alla dichiarazione giudiziale di paternità e maternità v. la famosa sentenza della Corte costituzionale sui figli incestuosi, n. 494 del 2002.

In dottrina *ex plurimis* G. Matucci, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272),* in *www.forumcostituzionale.it,* 15 febbraio 2018.

[34] E. Lamarque, *Le norme e i limiti per la ricerca della paternità. Contributo allo studio dell'art. 30, quarto comma, della Costituzione,* Padova, 1998, 11 ss.

[35] E. Lamarque, *Le norme*, cit., 50 ss., e in part. 63-4.

[36] Seguendo l'ammonimento della Corte cost., sent. n. 347/1998.

prestato il consenso informato alla PMA, non possa disconoscere il nato, benché non figlio biologico.

Ribadendo quindi che, a nostro avviso, il legislatore ben può prevedere, nell'interesse del nato, casi in cui siano posti ragionevoli e non discriminatori limiti alla ricerca della paternità, riteniamo che tale soluzione possa essere accolta anche per far fronte a casi, sempre più ricorrenti nei procedimenti di PMA, di revoca del consenso da parte del partner maschile della coppia, quando l'impianto sia richiesto dalla sola donna a distanza di molto tempo dal consenso originariamente prestato e nel frattempo sia venuto meno il legame di coppia[37]. Ciò consentirebbe di non interrompere il trattamento di PMA già avviato e di non frustrare tanto l'aspettativa di maternità della donna, quanto quella alla vita dell'embrione, senza per questo sacrificare del tutto la libertà di autodeterminazione dell'uomo.

4. *L'art. 29 della Costituzione di fronte alle convivenze e alle unioni tra persone dello stesso sesso*

Parzialmente diverso, rispetto a quanto sinora osservato con riferimento precipuo al rapporto che nella vita familiare si instaura tra genitori e figli, è quanto emerge dalla lettura offerta anche dalla giurisprudenza costituzionale del primo comma dell'art. 29 Cost., ovvero della famiglia quale «società naturale fondata sul matrimonio»[38]. Una delle principali problematiche scaturenti dal legame tra la nozione di famiglia e quella di matrimonio scolpito nell'art. 29 è stata, per lungo tempo, quella del possibile riconoscimento di forme di tutela per altre formazioni sociali composte da persone unite dal solo legame affettivo e dalla condizione di convivenza. Se si escludono alcune eccezionali estensioni

[37] Si è pronunciata di recente sul tema anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 161 del 2023, con la quale ha dichiarato infondata la questione di legittimità dell'art. 6, co. 3, l. n. 40/2004, nella parte in cui non prevede la revocabilità del consenso prestato dall'uomo dopo la fecondazione dell'ovulo ma prima dell'impianto dell'embrione. Nonostante sia profondamente mutato il contesto normativo entro il quale attualmente si colloca la richiamata disposizione, il giudice delle leggi ha ritenuto che il bilanciamento degli interessi costituzionali ivi definito non sia irragionevole, non escludendo però al riguardo diversi sviluppi legislativi. Specie su questo ultimo profilo, sia consentito rinviare a M.P. Iadicicco, «Cosa resta del padre?». A margine della decisione della Corte costituzionale sulla revoca del consenso alla PMA da parte dell'ex partner, in *BioLaw Journal,* 1/2024, 249 ss.

[38] Questione definitoria che ha animato tanto i lavori dell'Assemblea costituente, quanto tutto il dibattito scientifico che ne è seguito, cfr. almeno C. Grassetti, *I principii costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. Calamandrei e A. Levi, I, Barbera, Firenze 1950, 294 ss.; R. Bin, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium Iuris*, 10/2000, 1066 ss.

anche ai conviventi dei diritti riservati e riconosciuti dalla legge ai coniugi[39], la Corte costituzionale per lunghi anni non ha mai abbandonato la diversità tra famiglia di fatto e legittima, sostenendo che «la trasformazione della coscienza e dei costumi sociali (…) non autorizza peraltro la perdita dei contorni caratteristici delle due figure» del rapporto matrimoniale e delle convivenze di fatto, in una visione unificante e pienamente parificante[40], a meno che non vengano in rilievo altri preminenti interessi di rango costituzionale[41].

Sebbene anche in dottrina[42] non manchino letture del disposto costituzionale che hanno visto nella sola famiglia fondata sul matrimonio tra due persone di sesso diverso, l'esclusiva, e non la privilegiata, forma di famiglia riconosciuta e tutelata dalla Costituzione, un'altra buona parte della dottrina[43] ritiene che dal testo costituzionale possa ricavarsi una concezione relativa di famiglia, storicamente determinata dal diritto positivo e dall'evoluzione dei concreti rapporti sociali. Specie dal combinato disposto degli articoli 2 e 29 Cost. e attraverso una significativa valorizzazione del pluralismo sociale, è stata ricavata una distinzione tra famiglia legittima, quale modello tipico delle relazioni familiari, e altre formazioni familiari atipiche, ugualmente riconducibili alle formazioni sociali nelle quali si realizza la dimensione relazionale della persona. Si tratta di un dibattito estremamente articolato, non esente da esasperazioni,

[39] Corte cost., sent. n. 404/1988 sulla locazione, che supera il precedente di cui alla sent. n. 45/1980.

[40] Corte cost., sent. n. 8/1996. Fermo restando che, come riconosciuto già nel 1986, «un consolidato rapporto, ancorché di fatto, non appare costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche (art. 2 Cost.)» (così Corte cost. n. 237/1986). Su questa base si rimetta al Parlamento la possibilità di estendere e non parificare pienamente alcuni diritti e garanzie riconosciuti ai coniugi anche ai conviventi, come avvenuto, ad esempio, nella pur estremamente criticata legge n. 40 del 2004 sull'accesso alla PMA.

[41] Cfr. la recentissima sentenza n. 148/2024, sull'applicazione al convivente di fatto della disciplina del Codice civile sulla impresa familiare. La Corte costituzionale ha rilevato che, in una società profondamente mutata, vi è stata una convergente evoluzione sia della normativa nazionale, sia della giurisprudenza costituzionale, comune ed europea, che ha riconosciuto piena dignità alla famiglia composta da conviventi di fatto. Rimangono le differenze di disciplina rispetto alla famiglia fondata sul matrimonio; ma quando si tratta di diritti fondamentali, questi devono essere riconosciuti a tutti senza distinzioni. Tale è il diritto al lavoro e alla giusta retribuzione; diritto che, nel contesto di un'impresa familiare, richiede uguale tutela, versando anche il convivente di fatto, come il coniuge, nella stessa situazione in cui la prestazione lavorativa deve essere protetta, rischiando altrimenti di essere inesorabilmente attratta nell'orbita del lavoro gratuito.

[42] V. almeno A. Ruggeri, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, cit.; M. Pedrazza Gorlero, L. Franco, *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio. Note costituzionali*, in *Diritto pubblico*, 2010, 247 ss.

[43] V. per tutti G. Ferrando, *Famiglia e matrimonio*, in *Familia,* 2001, 939.

a mio avviso, determinate più che dagli spazi interpretativi del lessico costituzionale, dalla tendenza, non rara, a imporre proprie concezioni ideologiche, maggioritarie o minoritarie che siano, facendo leva sul disposto costituzionale.

In anni più recenti, la questione più controversa sorta intorno all'art. 29 Cost., anche in ragione di una mutata sensibilità sociale sul tema, è sicuramente stata quella relativa alla tutela giuridica delle relazioni tra persone dello stesso sesso. È questo un tema eticamente sensibile, certamente non soltanto italiano, ma che nell'esperienza nostrana ha dato luogo a peculiari difficoltà in larga parte derivanti dalla specifica formulazione del testo costituzionale, nonché dalle tecniche interpretative al riguardo utilizzate dai giudici, come pure dalla pressione e dalla sponda che in questo ambito è stata offerta dal diritto internazionale e in particolare dalla giurisprudenza convenzionale[44].

Il passaggio giurisprudenziale più noto e controverso di questa vicenda è rappresentato dalla sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale, vero e proprio spartiacque per l'interpretazione del testo costituzionale e per la conseguente impostazione dei rapporti tra le istituzioni repubblicane ai fini del riconoscimento di istanze fortemente avvertite dal corpo sociale. Anche questa pronuncia, com'era facilmente prevedibile tenuto conto della complessità dell'intera vicenda, è stata fatta oggetto di plurime e molto distanti letture, evidentemente legate anche alla molteplicità delle argomentazioni addotte dal giudice costituzionale. Quest'ultimo ha ritenuto che l'estensione alle unioni omosessuali della disciplina del matrimonio eterosessuale, si sarebbe convertita in «una pronunzia additiva non costituzionalmente obbligata», spettando «al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette», implementandole «nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge». La Corte, pur riconoscendo che l'unione tra persone dello stesso sesso trovi copertura nell'art. 2 Cost., ha sostenuto la necessità di una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia, ma soprattutto ha negato la praticabilità di un proprio intervento manipolatorio (additivo). Uno dei passaggi più noti e criticati della decisione è quello nel quale il giudice costituzionale si è soffermato sulla definizione giuridica di famiglia e matrimonio, indissolubilmente legati nell'art. 29 Cost., sostenendo che quell'articolo, se interpretato sistematicamente e anche alla luce della volontà storica del Costituente, non consente di estendere alle unioni omosessuali la disciplina del matrimonio tra uomo e donna. Sebbene la Corte abbia ammesso che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possano ritenere «cristallizzati» con riferimento all'epoca

[44] Cfr. V. Zagrebelsky, R. Chenal, L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019, 275 ss.

in cui la Costituzione entrò in vigore, «perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi», ha rimarcato pure il limite cui è soggetta tale interpretazione, la quale «non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata».

Quanto più rileva ai nostri fini, oltre al controverso ricorso all'argomento originalista[45], *è la* enunciata impossibilità di superare «per via ermeneutica» il paradigma eterosessuale del matrimonio di cui all'art. 29 Cost., in quanto ciò trasmoderebbe, secondo la Consulta, in una illegittima «interpretazione creativa». Il punto centrale sta dunque nell'impossibilità di superare il paradigma eterosessuale del matrimonio di cui all'art. 29 Cost. in via d'interpretazione giudiziale.

In effetti, tanto la sentenza n. 138 del 2010 quanto successive pronunce rese sul tema o su profili assimilabili, rilevano non soltanto per l'interpretazione dell'art. 29 Cost. offerta dal giudice costituzionale, ma anche, e forse soprattutto, per la chiarificazione dei ruoli che rispettivamente devono essere affidati, nel nostro ordinamento, al legislatore e ai giudici (compreso quello costituzionale e internazionale) per la tutela di nuove istanze emergenti dall'evoluzione della società e dei costumi. Non solo infatti se si indugiasse sull'interpretazione dell'art. 29 Cost. fornita dalla Consulta nel 2010, criticandone gli esiti e rimarcando l'eterogeneità delle tecniche interpretative utilizzate in riferimento all'art. 30 Cost., si perderebbe di vista che nella sentenza n. 138 del 2010 la Corte ha sostenuto l'apertura del testo costituzionale, specie attraverso l'art. 2, al riconoscimento del fondamentale diritto di due persone dello stesso sesso di vivere liberamente una condizione di coppia e la possibilità di predisporne adeguate forme di tutela – possibilità che, per le ragioni anzidette, essa ha ritenuto preclusa a sé, ma non al legislatore[46] –; ma si trascurerebbe altresì

[45] Sull'impiego dell'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali, v. C. Tripodina, *L'argomento originalista in materia di diritti fondamentali*, in F. Giuffrè, I.A. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008. Su quella robusta corrente di pensiero operante da tempo negli Stati Uniti a sostegno di posizioni originaliste (nelle due distinte accezioni di *original intent of the Framers* e *original meaning)* v. O. Chessa, *Cos'è la Costituzione. La vita del testo*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, 53 ss., nonché i tanti contributi che hanno animato un ricco dibattito su "Originalismo e Costituzione", in *www.associazionedeicostituzionalisti.it,* dopo la controversa decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* in materia di interruzione volontaria della gravidanza.

[46] In tal senso già A. D'Aloia, *Famiglia e nuove formazioni sociali. A proposito delle unioni omosessuali,* in *Rivista giuridica del Molise e del Sannio,* 1996, 75 ss.

che nel caso specifico tale distinzione dei compiti istituzionali non si è convertita in una paralisi all'evoluzione dell'ordinamento giuridico.

Sicuramente nella sentenza 138 del 2010 vi è stato, da parte della Corte costituzionale, un atteggiamento di forte deferenza nei confronti della «piena discrezionalità» del legislatore, un atteggiamento, questo, che se messo a confronto con quello più attivo assunto in altri casi eticamente complessi e sensibili, difficilmente consente di risalire ad una linea univoca e coerente. Tuttavia, più che una chiusura nei riguardi di queste nuove istanze di tutela, la sentenza del 2010 può essere letta come un *caveat* nei confronti di non rare pratiche giudiziali che, pressate dall'incalzante richiesta di nuovi spazi di libertà e condizioni di giustizia, conducono il giudice, compreso talvolta quello costituzionale, a indebite interpretazioni creative.

Gli epiloghi, parziali e per molti versi non appaganti, di questa vicenda relativa alle coppie omosessuali sono noti: la legge n. 76 del 2016 ha regolato le convivenze di fatto tra persone (di sesso diverso o uguale), unite stabilmente da legami affettivi e di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, e ha dettato pure una disciplina specifica, e non pienamente parificata a quella del matrimonio eterosessuale, per le unioni civili tra persone dello stesso sesso. A queste ultime è stato così riconosciuto di esplicare la loro personalità anche nella dimensione di coppia giuridicamente riconosciuta, possibilità fino a quel momento del tutto preclusa. Non si può negare che pure le modalità di approvazione di questa legge e la controversa posizione assunta dal legislatore nei riguardi dell'adozione del figlio del partner[47] abbiano determinato delle storture del sistema, con nodi interpretativi e ulteriori interventi giurisprudenziali che non sono tardati ad arrivare[48]. Ad ogni modo, quella vicenda ci sembra

[47] L'art. 1, comma 20, della legge sancisce l'applicabilità alle unioni civili di tutte le disposizioni che si riferiscono al matrimonio o che contengono le parole "coniuge" o termini equivalenti, precisando tuttavia che ciò non vale per le disposizioni della legge n. 184 del 1983 e che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

[48] Il riconoscimento del diritto alla genitorialità anche per le coppie *same-sex* rappresenta ad oggi un tema fortemente controverso, non solo per la inevitabile distanza ideologica che su questo tema si rinviene nella società, ma anche per ragioni preminentemente giuridiche. Come precisato nella nota precedente, dopo un estenuante dibattito parlamentare, focalizzato principalmente sul divieto di maternità surrogata di cui alla legge n. 40 del 2004 (divieto che, a ben vedere, non coinvolge le coppie omosessuali femminili, se non in limitatissimi casi, e di converso interessa principalmente le coppie eterosessuali, oltre a quelle omosessuali maschili), il legislatore del 2016 è pervenuto, sul punto, ad una decisione ambigua o pilatesca. Ne è scaturita una variegata e a tratti ingovernabile giurisprudenza, costituzionale, di legittimità e di merito, che ha riguardato tanto il divieto di accesso da parte delle coppie omosessuali alla PMA (art. 5, l. n. 40 del 2004), quanto la "sorte" (lo *status filationis* e i relativi diritti) dei bambini nati all'estero mediante il ricorso alla fecondazione con donazione di sperma da parte di coppie omosessuali femminili, o alla pratica della maternità surrogata da parte di coppie omosessuali maschili. Li-

emblematica sia per l'accento posto sul limite testuale nei riguardi di interpretazioni giudiziarie 'creative', sia per l'attenzione riservata alla preservazione dell'equilibrio tra le varie istituzioni deputate alla salvaguardia dei diritti fondamentali.

Ovviamente non può sottovalutarsi la consistenza problematica di tale assetto che, spinto alle sue estreme conseguenze, potrebbe comportare «una sorta di regresso delle garanzie»[49] connesse ai principi e diritti fondamentali, nel momento in cui se ne condiziona l'efficacia ad un futuro e incerto intervento attuativo del legislatore[50]. L'inerzia di quest'ultimo, pur sostanziandosi in un comportamento omissivo e non commissivo (qual è l'approvazione di una legge incostituzionale) può dar luogo ad una violazione della Costituzione che rischia di restare senza rimedio se anche il giudice costituzionale si arresta di fronte alla discrezionalità del legislatore tollerando la sua protratta inerzia[51].

mitandoci alla giurisprudenza costituzionale più recente e agli arresti delle Sezioni Unite della Cassazione, v. almeno, Corte costituzionale sentenze n. 221 del 2019 e n. 230 del 2020 – nelle quali si ammette comunque che il legislatore possa aprire alle coppie omosessuali femminili la PMA –; nn. 32 e 33 del 2021 - riguardanti rispettivamente una PMA eterologa di coppia omosessuale femminile e una maternità surrogata di coppia omosessuale maschile. Pur nella profonda diversità che intercorre tra queste pratiche procreative, le ultime decisioni della Corte costituzionale spostano il focus dell'attenzione sulla tutela dei nati da pratiche vietate, affermando rispettivamente «questa Corte non può esimersi dall'affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia» e «questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore». Nella giurisprudenza di legittimità v. almeno Cassazione SS.UU. civ. n. 12193 del 2019; n. 38162 del 2022, sul riconoscimento del provvedimento straniero che attesta il rapporto filiale tra il cd. genitore d'intenzione e il bambino nato da maternità surrogata.

[49] V. Baldini, *La concretizzazione dei diritti fondamentali: tra limiti del diritto positivo e* sviluppi della giurisprudenza costituzionale *e di merito*, Napoli, 2015, 102.

[50] Basti considerare come, nel corso della attuale legislatura, il Parlamento, lungi dal dar seguito al monito della Corte costituzionale di prestare adeguata tutela ai nati all'estero da pratiche vietate, tenuto conto ovviamente di altri interessi di rilievo costituzionale, sia stato impegnato prevalentemente se non esclusivamente nel rafforzamento della risposta sanzionatoria, configurando la surrogazione di maternità come *reato universale*. Sui molti dubbi sollevati in dottrina non solo sull'impostazione dei progetti di leggi, ma anche sulla utilità e appropriatezza del reato universale, v. almeno A. D'Aloia, *Serve davvero il 'reato universale' di maternità surrogata?*, in *Federalismi.it*, 25/2023, IV ss.; M. D'Amico, *Il "reato universale" di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento, in Osservatorio AIC*, 4/2023.

[51] Ciò ha indotto la Corte costituzionale italiana, nel più recente periodo, a partire dal noto 'caso Cappato' sul suicidio assistito, a sperimentare alcune innovative tecniche decisorie che hanno sollevato, o meglio rinfocolato, un vivo dibattito in dottrina sui rapporti tra legislatore e giudice costituzionale. Il riferimento è a quel filone giurisprudenziale, nel quale la Consulta, prendendo atto di una protratta inerzia del legislatore, pur a fronte di moniti più o meno puntuali contenuti in precedenti pronunce di inammissibilità per rispetto della discrezionalità

Ed infatti, non accidentalmente, né forzando la nozione di modifica tacita della Costituzione, la migliore dottrina[52] ricomprende anche le omissioni legislative tra le forme mediante le quali può realizzarsi un mutamento informale della Costituzione.

Com'è stato già rimarcato, ciò non si è verificato con riguardo alle coppie formate da persone dello stesso sesso: l'atteggiamento di deferenza manifestato dalla Corte nei confronti del legislatore, non ha determinato una totale paralisi dell'ordinamento; sebbene con un atteggiamento molto cauto, il legislatore ha infatti intrapreso nel 2016 un percorso di riforma dei rapporti di coppia. Tuttavia, anche in questo campo e in particolare per quanto concerne i rapporti di filiazione e il legame tra genitori cd. di intenzione e nati da tecniche o pratiche di PMA permangono enormi problemi per la protratta inerzia del legislatore ad intervenire per assicurare adeguata tutela a interessi costituzionalmente fondati. Si pensi in particolare al persistente vuoto di tutela, rilevato anche dalla Corte costituzionale e da questa ritenuto non tollerabile, in cui versano i bambini nati all'interno di coppie dello stesso sesso che abbiano fatto ricorso all'estero a tecniche di PMA o pratiche (come la maternità surrogata) vietate in Italia.

Provando a tirare qualche sintetica considerazione conclusiva su quanto qui complessivamente trattato, ci sembra che la nozione di modifica tacita della Costituzione possa difficilmente essere utilizzata con riferimento ai disposti costituzionali in materia di famiglia e filiazione. Riteniamo invece che il legislatore, seppur talvolta con grande ritardo e spesso anticipato e stimolato da una giurisprudenza obiettivamente creativa, ha saputo sfruttare l'apertura degli enunciati costituzionali in materia di diritti e le parti più innovative del testo costituzionale su famiglia e filiazione. Attraverso un'interpretazione ed attuazione sicuramente estensiva, quindi non volta a pietrificare e cristallizzare il voluto del Costituente, ma neppure spinta oltre e contro i limiti del testo costituzionale, sistematicamente interpretato, l'organo della rappresentanza nazionale ha saputo dare compimento a quel fisiologico e necessario moto cui è vocata una Costituzione[53], senza per questo trasmodare in un mutamento informale.

legislativa, si è spinto ad intervenire, in seconda battuta, in modo più penetrante di quanto il limite della discrezionalità non avesse consentito in prima battuta, al fine di rimuovere il *vulnus* costituzionale riscontrato. Secondo M. Ruotolo, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e società*, 2020, 68, tale impostazione consentirebbe di rimediare a quelle inerzie del legislatore produttive di «omissioni incostituzionali» che, ove perpetrate *sine die,* lascerebbero prive di effettività situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente fondate.

[52] V. per tutti A. Pizzorusso, *Fonti del diritto, in Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca. Disposizioni sulla legge in generale. Art. 1-9*, Bologna, 2011, 364.

[53] M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni*, cit., 35.

In altre parole, il testo della Costituzione, influenzato dal contesto normativo e sociale in cui deve essere calato, si è sviluppato lungo percorsi che non possono dirsi fuori dai confini dell'interpretazione costituzionale. Ma, come non mancano casi in cui il testo della Costituzione ha funzionato da limite invalicabile nei riguardi di interpretazioni creative, specie giurisprudenziali – le quali, auspicabili o meno quanto agli esiti, sarebbero state generatrici di un vero e proprio mutamento informale – permangono casi altamente problematici di protratta inerzia del legislatore dai quali deriva un vuoto di tutela per interessi di sicuro fondamento costituzionale; una situazione, questa, non di meno da biasimare, in quanto capace di veicolare un'idea di Costituzione inattuale perché inefficace, cioè incapace di reagire alle violazioni della legalità costituzionale perpetrate (con comportamenti commissivi o omissivi) dagli attori istituzionali.

Fulco Lanchester[*]

RAPPRESENTANZA "FIDUCIARIA" E RAPPRESENTANZA "IN CAMPO POLITICO": OSSERVAZIONI SU UN SAGGIO DI V. E. ORLANDO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Orlando e la dottrina del suo tempo. – 3. Il saggio sulla rappresentanza politica. – 4. Centralità del problema e differenze culturali. – 5. La personalità dello Stato come soluzione alle crisi del 'parlamentarismo'. – 6. Rappresentanza in campo politico e rappresentanza fiduciaria. – 7. Il costituzionalismo liberal-democratico, l'equilibrio e le garanzie.

1. *Premessa*

L'analisi del saggio di Vittorio Emanuele Orlando su *De la nature juridique de la représentation politique*[1] non si giustifica solo con motivi di rimembranza storica (il 130° anniversario rispetto al 1895), ma ricorda, soprattutto, la persistente ed accesa attualità del tema, derivante dalla *ciclica crisi* della riflessione in materia nell'ambito delle liberal-democrazie contemporanee e in particolare in Italia.

In un simile contesto, l'ancora aperto processo di riallineamento del sistema partitico italiano, caratterizzato da un inusuale fenomeno di *ipercinetismo elettorale compulsivo*[2], ha richiamato impostazioni basilari non soltanto per la forma di governo (parlamentare), ma anche per la stessa forma di Stato liberal democratica. D'altro canto, le difficoltà che affrontano altri ordinamenti europei (penso a Francia, Germania e Spagna innanzitutto) confermano l'attualità degli argomenti trattati nello scritto di Orlando (anche se non indicano le soluzioni).

Una simile osservazione preliminare si connette con una visione di lungo profilo, che investe anche il diritto positivo nelle sue invarianze e sedimenta-

[*] Professore emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato, Dipartimento di Scienze politiche, Sapienza Università di Roma.

[1] V. E. ORLANDO, *De la nature juridique de la représentation politique*, pubblicato sulla *Revue française de droit public et de la science politique* Troisiéme tome (II année), 1895, 1-39; la cit. è a pagina 39, tradotto in seguito a cura di M. P. ??? con il titolo *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica* in V. E. Orlando, *Scritti vari di Diritto pubblico generale (1881-1940), coordinati in sistema*, Milano, 1940, ristampa inalterata 1954, 417-456.

[2] F. LANCHESTER, *La Costituzione sotto sforzo: tra ipercinetismo elettorale e supplenza degli organi costituzionali di garanzia*, Milano, 2020, *passim*.

zioni. In questa introduzione, dopo aver analizzato sinteticamente l'argomento dal punto di vista del dibattito metodologico nel diritto pubblico che ne fu la fonte nell'ultimo ventennio del secolo XIX, approfondirò in modo sintetico gli accennati aspetti di attualità dello stesso nella discussione istituzionalistica.

2. *Orlando e la dottrina del suo tempo*

Ma prima di tutto giova chiarire qual è il contesto storico in cui Orlando ha scritto e come si inserisce nel dibattito italiano ed internazionale del suo tempo.

Come si diceva, il saggio venne pubblicato in origine in lingua francese sul terzo numero della *Revue française de droit public et de la science politique* nel 1895 e, successivamente, inserito dall'Autore nella parte (libro) IV: *Lo Stato rappresentativo e i suoi organi* degli *Scritti vari di Diritto pubblico generale, (1881-1940), coordinati in sistema*, volume edito nel 1940[3].

All'epoca della pubblicazione dell'articolo, Orlando aveva 35 anni ed era uno dei più brillanti giuspubblicisti di una generazione che era stata preceduta da Arcoleo (Napoli), Brunialti (Torino), Luzzatti (Padova), Mantovani Orsetti (Bologna), Scolari (Pisa), Palma (Roma).

Iscrittosi alla Facoltà di Giurisprudenza di Palermo nel 1877 e poi laureatosi nel 1881, vincitore del concorso a cattedra di Diritto costituzionale a Modena (1885) e in seguito a Messina (1886)[4], Orlando proveniva dalle file della scuola storico-politica (rappresentata in particolare da Luigi Palma[5], ordinario di Diritto costituzionale a Roma, poiché a Palermo – fino all'arrivo nel 1881 di Alessandro Paternostro – l'insegnamento del diritto costituzionale era stato invero trascurato[6]). Nei primi anni successivi alla laurea Orlando aveva provveduto a bagnare i suoi panni in Germania nelle sorgenti della scuola giuspositivista tedesca, facendo tesoro della impostazione positiva del diritto

[3] V. E. Orlando, *Scritti vari di Diritto pubblico generale (1881-1940), coordinati in sistema* (Milano, 1940, ristampa inalterata 1954). Lo scritto si connette strettamente al tema della *parte I (Del metodo in diritto pubblico)*, della *II (sul sistema e sulle classificazioni delle scienze del diritto pubblico)* e della *III (Teoria giuridica dello Stato)*.

[4] Nel 1885 nel concorso di Modena i commissari furono: Albicini, Palma, Brunialti, Raisini, Arcoleo; a Messina (1886): Spaventa, Oliva, Arcoleo, Paternostro, Albicini. Per un'analisi del meccanismo di riproduzione accademica del periodo v. F. Lanchester, *La dottrina costituzionalistica dal periodo liberale alla Repubblica. Personaggi e problemi,* Milano, 2024, 45 ss.

[5] V. F. Lanchester, *La dottrina costituzionalistica italiana*, cit. e L. Borsi, *Storia, nazione, costituzione: Palma e i preorlandiani*, Milano, 2007, *passim*.

[6] Ricopriva l'insegnamento come ordinario Giuseppe Ugdulena, nominato docente di Diritto costituzionale dal fratello di monsignor Gregorio Ugdulena Segretario di Stato per il dicastero dell'Istruzione pubblica e del Culto del Governo dittatoriale e prodittatoriale in Sicilia nel 1860.

pubblico lì già emersa. La sua intelligenza policroma ed elastica lo convinse ad affrontare la crisi del cosiddetto *parlamentarismo* e i problemi dello Stato amministrativo con il lancio di una rivoluzione metodologica di tipo positivista, che sottintendeva la proposta di una *formola politica* per la classe dirigente del recente Stato nazionale italiano.

3. *Il saggio sulla rappresentanza politica*

L'argomento della "rappresentanza politica" (o meglio della «rappresentanza fiduciaria in campo politico»[7]) si collegava strettamente sia al tema dell'allargamento del suffragio sia alle difficoltà del cosiddetto *parlamentarismo* di marca latina[8]. Nel diritto costituzionale il tema del rapporto *principale-agente*, come nota lo stesso Orlando, era stato relativamente poco dibattuto rispetto a quello dell'allargamento della capacità elettorale attiva e al conseguente problema del sistema elettorale in senso stretto (ovvero al dibattito sul passaggio dal meccanismo basato sul collegio uninominale maggioritario ad uno fondato sulla formula di tipo speculare in circoscrizioni plurinominali[9]). Le difficoltà sistemiche successive al 1881 avevano posto il problema della stabilizzazione della forma di governo collegandosi al tema del metodo utilizzato nel diritto pubblico.

La *Revue du Droit public et de la Science politique,* fondata e diretta nel primo periodo di vita da Ferdinand Larnaude[10], aveva nei primi due numeri, pubblicato saggi ed interventi sul tema delle istituzioni non solo a livello francese. Il programma della rivista era scientifico, ma anche legato alla attualità interna e comparata come spiega nel *Notre programme* il direttore[11]. Nel secondo tomo tra i collaboratori italiani citati in appendice si potevano recuperare Luzzatto, Arcoleo, Bovio, Salandra, Brunialti, Palma, Miceli, Pierantoni, Mo-

[7] V. F. Lanchester, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano, 2006, 5 ss.

[8] Sulle origini del termine e la sua differente interpretazione in ambito francese (e quindi italiano) e tedesco v. F. Lanchester, *La rappresentanza in campo politico*, cit., *passim*.

[9] V. ad es. le opere di L. Palma, *Del potere elettorale negli stati liberi, 1869;* G. Padelletti, *La rappresentanza proporzionale in Italia: a proposito di recenti pubblicazioni*, in *Nuova antologia,* 1871, 161-184; A. Brunialti, *Libertà e democrazia: studi sulla rappresentanza delle minorità*, Milano, Treves, 1871; F. Genala, *Della libertà e equivalenza dei suffragi nelle elezioni ovvero della proporzionale rappresentanza delle maggioranze e minoranze*, Milano, Vallardi, 1871.

[10] Ferdinad Larnaude (1853-1942) fu preside della Facoltà di Giurisprudenza di Parigi e ordinario di Diritto pubblico fondò e diresse *Revue du droit public et de la science politique.* Nel 1919 fu delegato tecnico ai colloqui per la pace di Versailles.

[11] F. Larnaude, *Notre programme,* in *Revue du droit public et de la science politique*, 1894, tomo 1, 1 ss.

sca, Brusa, Rossi, Contuzzi[12] e Zanichelli[13], ma non Orlando o altri esponenti dell'Università di Palermo. La collaborazione di Orlando alla rivista francese sul tomo 3 del 1895 deve essere, dunque, anche vista come opportunità per fornire visibilità al proprio messaggio metodologico[14].

4. *Centralità del problema e differenze culturali*

Come riconosciuto dallo stesso Orlando, l'argomento del saggio era divenuto centrale nel dibattito solo nei primi anni '90 del secolo XIX con la pubblicazione di opere che segnalavano differenti approcci metodologici. Mi riferisco, oltre ai volumi di Miceli[15], a quelli di Jona[16], di Rossi[17] e di Persico[18], che evidenziavano comune visione critica della realtà, ma differenti approcci metodologici e distinte soluzioni pratiche ai problemi.

Per comprendere il saggio di Orlando, l'affermazione del suo metodo, ma anche i suoi riferimenti contraddittori tra liberalismo franco-britannico e costituzionalismo di origine tedesca, è dunque necessario, prima di tutto, analizzare il titolo originario e la sua traduzione ufficiale in italiano e, poi, su questa base, leggere con attenzione la produzione dello stesso Orlando nel decennio precedente[19].

[12] F.P. Contuzzi, *L'état de siège d'après le droit public italien*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*,1894, tomo 1, 441 ss.

[13] D. Zanichelli, *Chronique politique (Italie), Revue du droit public et de la science politique,1894, tomo 2, 133 ss.*

[14] Mi riferisco a V. E. Orlando, *Principi di diritto costituzionale,* Firenze, Barbera,1889 e Id., *Principi di diritto amministrativo,* Firenze, Barbera, 1891.

[15] Su cui v. S. Gentile, Vincenzo Miceli, in *Dizionario Biografico della Calabria Contemporanea*, a cura di P. Sergi, https://www.icsaicstoria.it/dizionario/miceli-vincenzo/.

[16] G. Jona, *La rappresentanza politica,* Modena, E. Sarasino, 1892.

[17] L. Rossi, *I principi fondamentali della rappresentanza politica,* Bologna, Tip. Fava e Garagnani, 1894.

[18] F. Persico, *Le rappresentanze politiche e amministrative: considerazioni e proposte*, Napoli, Riccardo Marghieri, 1885, saggio significativamente ripubblicato nel 1942 (Napoli, edizioni Gufo di M. Fiorentino) e recensito da C. Mortati nello stesso anno.

[19] Mi riferisco in particolare a V. E. Orlando, *Studi giuridici sul governo parlamentare,* pubblicati sull'*Archivio giuridico*, 1886, ora in *Diritto pubblico generale*, cit., 345 ss., che partono dalle critiche contro il governo parlamentare e sulla necessità di un'opera di analisi delle «condizioni del governo rappresentativo» (parole di Attilio Brunialti, allora ancora ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Torino) che sarebbe *prezioso* per la scienza e un *servizio* inestimabile per la patria e per la libertà (A. Brunialti, *Guida allo studio del diritto costituzionale*, Torino, Loescher, 1882, 268 ss.). La ragione di una simile mancanza viene individuata da Orlando sulla base della «varietà delle idee» quanto sulla «contraddittorietà dei giudizi e la confusione dei metodi» (*ibidem*).

In questa prospettiva bisogna partire prima di tutto dal titolo del contributo francese, che utilizza l'espressione *représentation* e che Orlando non cita significativamente mai, e da quello italiano dove viene invece utilizzato in modo ovviamente costante il termine *rappresentanza*. Una simile osservazione terminologica non è di secondaria importanza, se si fa riferimento agli studi di Hofmann[20] sulla genealogia del concetto di rappresentanza e sui diversi vocaboli utilizzati nell'ambito delle differenti storie culturali ad esse sottesi.

In effetti, per lo studioso tedesco, «il significato della categoria di *Repräsentation* è fortemente dibattuta». L'affermazione per cui il termine *Repräsentation* possiederebbe un significato "universalmente accettato" risulta convincente solo nel contesto americano (direi meglio anglo-americano), nella misura in cui l'accezione si connette ad una relazione democratica connessa con l'espressione della volontà del singolo avente diritto al voto. Hoffman mette in evidenza che «un tale consenso terminologico non esiste [invece] nel contesto tedesco»[21].

Sottolineo con forza questa affermazione, fondata sull'analisi concettuale e genealogica del termine *rappresentanza* in ambito tedesco, per evidenziare che la proposta metodologica orlandiana pattina tra il *liberalesimo* risorgimentale anglo-francese e la monarchia costituzionale tedesca nel tentativo di interpretare e neutralizzare i conflitti Monarchia-Parlamento, nonché il rapporto dei rappresentanti con gli elettori.

5. *La personalità dello Stato come soluzione alle crisi del 'parlamentarismo'*

L'impostazione di Orlando innanzitutto denomina come *rappresentanza politica* il rapporto di rappresentanza fiduciaria tra principale e agente e non tiene conto del *campo politico*, dove possono esercitarsi anche altri tipi di rappresentanza (mandataria, istituzionale, sociologica).

Di qui alcune conseguenze. La crisi del governo parlamentare, nato in Gran Bretagna alla metà del secolo XVIII e prospettato da John Stuart Mill come la migliore forma di governo, nasce ad avviso di Orlando negli anni '70 in Francia come reazione al democraticismo assembleare (il riferimento è all'opera di Hippolyte Taine)[22], ma non si cita il dibattito dello stesso Mill con Walter Bagehot in occasione della riforma elettorale del 1867[23].

[20] H. Hofmann, *Le concept de représentation politique: un problème allemand?* In *Raisons politique*s, 2013/2, n. 50, 79 ss.

[21] *Ibidem*.

[22] V. E. Orlando, *Studi giuridici*, cit., 346.

[23] Su cui v. F. Lanchester, *I partiti politici tra comunità politica e istituzioni: la crisi di regime ed il riallineamento incompiuto*, in Nomos, 2004, n. 1, 99 ss.

Tuttavia gli avversari di un simile sistema erano risalenti nell'avversione allo stesso costituzionalismo liberale. I critici italiani erano stati esaminati dallo stesso Orlando nel 1884 in un precedente scritto, incentrato sulla valutazione dell'opera del collega e concittadino Gaetano Mosca, che lo aveva condotto a prendere in considerazione sia Minghetti sia Bonghi in un'epoca di instabilità e di cambiamento successiva da un lato all'avvento della sinistra storica e dall'altro all'allargamento della capacità elettorale attiva e alla modifica del sistema elettorale in senso stretto, già ricordati in precedenza[24].

Nei due lustri successivi a queste prime valutazioni Orlando esplicita il suo personale programma metodologico e le sue conseguenti analisi. Per prima cosa Egli evidenzia il carattere eminentemente *politico* delle considerazioni sul governo rappresentativo che finiscono per coinvolgere lo stesso profilo giuridico dell'istituto[25]. Egli non nasconde però che l'inverso procedimento operato dalla scuola tedesca, pur ostentando aspirazioni tecniche, finisca allo stesso modo per agire sulla base di valutazioni politiche. In questa specifica prospettiva Orlando nota come Mohl faccia riferimento ad una concezione del *Rechtsstaat* di tipo metafisico e religiosamente orientato. A suo avviso lo stesso Bluntschli sostiene, infatti, come *Stato modello* la monarchia costituzionale tedesca respingendo la forma di governo parlamentare.

Qui però Orlando non esplicita che la dottrina tedesca, nell'analisi della monarchia costituzionale e del *parlamentarismo tedesco,* accetta l'esistenza di Assemblee parlamentari, ma rifiuta che le stesse oltrepassino il livello dell'*Einfluss* (influenza) sull'indirizzo politico di governo. Di *Einfluss* avevano parlato significativamente Bluntschli per il caso americano pre-Convenzione di Filadelfia[26], ma soprattutto Hugo Preuss in relazione alla attività del Reichstag[27], alla fine del secolo XIX in Germania.

Da parte sua Orlando riteneva non più differibile che lo studio giuridico, per confutare «la tendenza ostile al governo parlamentare», si accompagnasse al superamento della *confusione dei criteri* da un lato e all'accantonamento dell'*astrattezza* della rigidità tedesca dall'altro: il suo programma di distinzione tra politica e diritto deve dunque comportare un'*armonia* finale tra i criteri stes-

[24] V. E. Orlando, *La decadenza del sistema parlamentare*, in *Rassegna di scienze sociali e politiche*, 2 (1884), vol. 1, 589-600.

[25] V. E. Orlando, *Studi giuridici*, cit., 349.

[26] F. Lanchester*, La Costituzione tra elasticit*à *e rottura*, Milano, 2011, 28 ss., sulla base della famosa affermazione di George Washington "Influence is not government (Einfluss ist nicht Regieren)", riportata da J.C. Bluntschli ne *Die Gründung der Amerikanische Union von 1797*, Berlin, Habel, 1872 (prima ed. 1868), 18-19.

[27] H. Preuss, *Gesammelte Schriften*: 1: *Politik und Gesellschaft im Kaiserreich*, herausgegeben undeingeleitet von L. Albertin in Zusammenarbeit mit C. Müller, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, *passim*.

si. Appare in queste pagine la distinzione tra statica e dinamica delle istituzioni, in cui la prima sarebbe amministrata dal diritto e la seconda dalla politica[28].

In questa prospettiva Orlando procede ad esaminare la teoria di Montesquieu sulla divisione dei poteri alla base delle tendenze francesi (e, in parte, inglesi) circa l'indole giuridica della forma di governo parlamentare come teoria del governo misto[29].

Orlando ritiene di poter fondare la teoria giuridica del governo di Gabinetto sulla base di quattro punti:

a) La funzione propria delle camere rappresentative di fare le leggi «va distinta a seconda del contenuto della determinazione o del provvedimento»;
b) La Camera non crea, ma riconosce il diritto;
c) Le «leggi impropriamente dette» per il loro contenuto sono relative all'azione di governo;
d) La divisione dei poteri deve intendersi come distinzione di funzioni e deve coordinarsi «rigorosamente con il concetto di *unità* dello Stato» non in senso *teologico* di potere uno e trino, «ma di vera sintesi organica di tutta l'attività dello Stato»[30].

Il Governo latamente inteso rappresenta questa sintesi che si differenzia dall'ipotesi estrema di un potere legislativo *supremo* e quindi costituente, che Orlando rigetta, perché si attribuisce al legislativo un potere che non ha. «(L)ungi dal riconoscere nel popolo il grande depositario del diritto… e dal procedere dal concetto di società a quello di Stato, si subordina la giuridica essenza di questo alla volontà di una rappresentanza degli elementi sociali mentre, al contrario, questi non raggiungono la loro integrazione se non per mezzo dello Stato»[31].

Nella posizione avversata da Orlando la società non è tutto e non può trasformare il principio della sovranità nazionale in una «delegazione di poteri, che rende l'assemblea eletta altrettanto capace quanto il corpo sociale che la nomina». È per questo che per Lui risulta necessario «affranca(rsi) radicalmente dal concetto di delegazione dei poteri che pure si suole ritenere più o meno essenziale al concetto di rappresentanza», poiché quando la sovranità popolare diventa *assoluta* «nega lo stato di diritto che non ammette poteri assoluti»[32].

Per Orlando il problema è rappresentato dal popolo come presupposto del Corpo elettorale e che da questo si passi nella camera elettiva, cosicché società e

[28] V. E. Orlando, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, cit., 351-353.
[29] Ivi, 361 ss.
[30] Ivi, 397-398.
[31] Ivi, 400.
[32] Ivi, 400-402.

Stato vengono in questo modo confusi provocando conseguenze rilevanti. Per il giuspubblicista siciliano ci si deve, di conseguenza, affrancare «radicalmente dal concetto di delegazione di poteri che pur si suole ritenere più o meno essenziale al concetto di rappresentanza». La teorica della sovranità popolare è vera «in quanto il popolo è la sorgente di ogni diritto, e quindi anche di quel diritto supremo che è quello dello Stato», ma nega lo Stato di diritto quando si trasformi tale forza in un organo che assorbe tutto diventando assoluto[33].

Per Orlando la vita giuridica dello Stato è indipendente da indirizzi politici ed economici, ma qui ci si imbatte nel *mistero teologico secolarizzato*, per cui il Governo di Gabinetto, emanazione della Camera elettiva, non risulta «uno stato di fatto», perché «la sfera delle attribuzioni esercitate dalla Camera elettiva» in questione non è «del tutto estranea e rimonta da quelle assegnate al Governo». «(A)l contrario, esse coincidono».

Per Orlando il Parlamento «contro la comune opinione fa parte dello stesso…» ed anzi «questo partecipare alla funzione governativa è la caratteristica vera e propria di quell'assemblea»[34].

E qui il saggio del 1886 si connette con quello del 1895, confermando quanto scritto nei *Principi di diritto costituzionale del 1889*[35]. Nell'articolo pubblicato sulla *Revue du Droit public et de la Science politique*, Orlando sostiene infatti che «(l)a forma rappresentativa presuppone la designazione dei *capaci* al governo (e) il governo di Gabinetto ne è l'efficienza ultima e più perfetta, ne è la conseguenza necessaria e naturale e perciò stesso rispondente e conforme alle esigenze dell'evoluzione del diritto»[36].

Orlando, che pubblica il saggio in un contesto europeo ed italiano in cui il Diritto costituzionale cerca la propria definizione, è pienamente consapevole che la sua proposta (*formola)* debba fare i conti con la realtà sociale e politica di riferimento. Di fronte alle posizioni della dottrina coeva, Orlando conclude significativamente il saggio affermando: «La rappresentanza presuppone la selezione dei capaci per affidar loro l'esercizio delle più alte funzioni della vita pubblica. Meno questo presupposto è d'accordo coi fatti, e più fa difetto la ragion d'essere di questo istituto; il quale per una fatale necessità, decade o si corrompe»[37].

Una simile conclusione ci riporta alla *strumentalità* della posizione di Orlando, ma anche alla lucidità successiva al crollo dello Stato liberale sulla necessità di ripensare metodo e prospettive. Non è un caso che in questo abbia

[33] Ivi, 402.
[34] *Ibidem.*
[35] V. E. Orlando, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, Barbera, 1889.
[36] V. E. Orlando, *Studi giuridici sul governo parlamentare, cit.*, 403.
[37] V. E. Orlando, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica*, cit., 456.

operato prima nel 1925 in maniera problematica, poi nel 1947 aprendosi al diritto sopranazionale e, infine, nel 1952 occupandosi del ruolo dei partiti.

6. *Rappresentanza in campo politico e rappresentanza fiduciaria*

Ricapitoliamo. Il tema della rappresentanza costituisce un classico nello studio dello Stato moderno e delle sue differenti fasi, da quella assolutistica alla liberale oligarchica fino ad arrivare allo Stato di massa (democratico o non), proseguendo a quello della globalizzazione multilivello, caratterizzato dall'individualismo informatico. Simili trasformazioni pongono la necessità di valutare nella rispettiva prospettiva storico spirituale il tema in oggetto nel periodo pre-rivoluzionario e successivo (inglese e francese) di tipo liberale oligarchico e poi democratico di massa.

L'argomento deve, inoltre, essere affrontato in modo distinto tra pubblico e privato prima e dopo la grande scissione e, nell'ambito del pubblico, all'interno o all'esterno della politicità, con il passaggio dall'esercizio dell'influenza sul politico a quello della partecipazione diretta sull'indirizzo politico. La rappresentanza al di fuori della politicità, ovvero esterna al cosiddetto *campo politico*, si collega infatti ad attori ed agenti legati dal vincolo privatistico del mandato. L'ingresso nella politicità delle assemblee parlamentari comporta, invece, la dichiarazione esplicita del contrasto con la pratica del mandato imperativo e della stessa *volonté générale* roussoviana[38].

La concezione giuridica liberale della seconda metà dell'800, di fronte alla progressiva estensione del suffragio, tese a costituire una barriera ideologica di tipo tecnico-giuridico alla perduta omogeneità sociale della base elettorale (e conseguentemente parlamentare) con la teoria della personalità dello Stato. Orlando lo teorizza chiaramente e non nega gli argomenti élitistici del suo collega di studi Gaetano Mosca, per cui le elezioni sono selezione all'interno dell'élite per la individuazione di capacità necessarie. Di qui un'impostazione intermedia sulla natura della capacità elettorale attiva sia come diritto sia come funzione e solo funzionale per quella passiva[39].

Con l'estensione progressiva del suffragio il rapporto individualistico liberale elettore – rappresentante viene integrato e strutturato dalla indispensabile presenza di formazioni di partito, incaricate di articolare, ridurre e trasmettere

[38] Il riferimento va a E. Burke, *The Writings and Speeches of Edmund Burke*, vol. III, ed. by W.M. Elofson with J.A. Woods, Oxford, Claredon, 1996, 69. Per un'analisi si rinvia F. Lanchester, *La Costituzione sotto sforzo: tra ipercinetismo elettorale e supplenza degli organi costituzionali di garanzia*, Milano, 2020, 64 ss.

[39] V. F. Lanchester, *Voto (diritto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, 1107 ss., e Id., *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano, 2004, 140 ss.

le domande dell'elettorato e contribuire a selezionale gli eletti. Questo risulta chiaro anche ad Orlando che nel suo ultimo scritto si occupò proprio di partiti politici[40]. Oggi quelle indispensabili cinghie di trasmissione si sono invece indebolite e, in alcuni casi, addirittura scomparse.

Vittorio Emanuele Orlando anche con questo scritto, che coincide con il decimo anno della sua celebre svolta metodologica[41], intese dunque porsi come protagonista del dibattito della prima fase di transizione verso lo Stato di massa dallo Stato liberale oligarchico.

Nata nell'ambito della polemica contro le degenerazioni del *parlamentarismo* e concentrata sull'inesistenza del mandato e sull'individuazione di capacità, la teoria liberale oligarchica di Orlando entrò, invece, palesemente in crisi durante il periodo giolittiano, con la estensione del suffragio universale maschile nel 1912 e poi, dopo il conflitto mondiale, con la legge Nitti del 1919 che introdusse il meccanismo elettorale basato su formula elettorale proporzionalistica.

La connessione tra queste due innovazioni e la trasformazione del contesto venne lucidamente evidenziata da Gaspare Ambrosini[42] (un allievo di Gaetano Mosca), mentre la crisi della forma di Stato stata prefigurata da Santi Romano già nel 1909 nella prolusione pisana[43].

Dopo il breve periodo liberal-democratico pieno di difficoltà e contraddizioni, l'avvento del fascismo al Governo (1922) e il successivo passaggio allo Stato autoritario a tendenza totalitaria nel corso della legislatura costituente (1924-29) alle spalle della legge elettorale Acerbo con premio di maggioranza, fece certificare – in occasione della approvazione della legge sul primo ministro (1925), a Gaetano Mosca la fine ufficiale della forma di Stato liberal-democratica. Tre anni dopo Giovanni Giolitti affermò la stessa posizione esprimendo la sua avversione nei confronti della legge elettorale plebiscitaria del 1928[44]. D'altro canto anche Orlando, proprio nell'introduzione al volume di *Scritti* del

[40] V. E. Orlando, *Sui partiti politici: saggio di una sistemazione scientifica e metodica*, in *Scritti di sociologia e politica in onore di Luigi Sturzo*, Bologna, 1953, 2, 603 ss. M. Fioravanti, *Vittorio Emanuele Orlando: il giurista*, in Aa.Vv., *Vittorio Emanuele Orlando: lo scienziato, il politico e lo statista*, Soveria Mannelli, 2003, 17 ss.

[41] Su cui G. Cianferotti, *Il pensiero di V. E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980, e M. Fioravanti, *Per la storia della giuspubblicistica postunitaria, 1: La vicenda intellettuale del giovane Orlando: 1881-1897*, Firenze, 1979.

[42] G. Ambrosini, *Partiti politici e gruppi parlamentari dopo la proporzionale*; con un'appendice contenente il testo delle modifiche apportate il 26 luglio-6 agosto 1920 al Regolamento interno della Camera dei Deputati, Firenze, La Voce, 1921.

[43] S. Romano, *Lo stato moderno e la sua crisi*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1910, n. 3, 98 ss.

[44] V. per i riferimenti F. Lanchester, *La dottrina costituzionalistica dallo Stato liberale alla Repubblica. Personaggi e problemi*, cit., *passim*.

1940, ribadì la sua estraneità al regime autoritario a tendenza totalitaria con un cenno esplicito alla sua decisione di ritirarsi dall'insegnamento pur di non giurare fedeltà allo stesso.

7. *Il costituzionalismo liberal-democratico, l'equilibrio e le garanzie*

Il passaggio dallo Stato liberale oligarchico a quello di massa non democratico implicò una revisione della teoria giuridica da parte della dottrina con la prospettazione teorie della rappresentanza istituzionale derivanti dalla trasformazione della Camera dei deputati in Camera dei fasci e delle corporazioni[45]. Nello Stato dei partiti democratico di massa esiste, invece, una possibile forbice tra clausola cecoslovacca[46] e la soluzione della continuità formale tra divieto del mandato imperativo come garanzia liminare del rappresentante[47].

Influenzato da suggestioni organicistiche (Gierke e Persico) e sulla base dell'esperienza della crisi della prima ondata di democratizzazione, le soluzioni suggerite da Mortati erano, invece, incentrate anche su un notevole rafforzamento della partecipazione popolare attraverso votazioni elettive e deliberative. Nella selezione delle candidature Mortati prevedeva un coinvolgimento intrapartitico forte degli iscritti agli stessi, mentre il voto di preferenza veniva visto come garanzia antioligarchica.

L'Assemblea costituente, nonostante la composizione di tipo frammentato e centrifugo, operò la scelta di una forma di Stato di diritto costituzionale liberal democratica–sociale e di una forma di governo parlamentare debole basata sui partiti. La prospettiva fu quella di integrare i valori liberali con l'estensione del suffragio oramai universale in un sistema democratico-sociale.

Già all'inizio dell'esperienza repubblicana la realtà si prospettò difficile per il pluralismo estremo e la polarizzazione delle stesse formazioni partitiche di massa che si ponevano alla base dell'ordinamento. Fallita negli anni Settanta del secolo scorso la possibile integrazione, la crisi dei dati reali della società civile ha comportato la scomparsa, tra l'altro, dei soggetti politicamente rilevanti della prima fase della storia repubblica e l'avvento progressivo della società liquida dell'informazione individualizzata. Tutto ciò ha posto ancor più in discussione anche la teoria del libero mandato formale[48]. Si tende sempre

[45] Si confrontino C. Esposito, *La rappresentanza istituzionale,* Tolentino, Stabilimento Tipografico Filelfo, 1938; V. Zangara, *La rappresentanza istituzionale*, Bologna, 1939.

[46] C. Mortati (a cura di), *La legge elettorale cecoslovacca: con un saggio introduttivo di F. Lanchester*, Milano, 2020 (I ed., 1946).

[47] G. Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, Berlin, De Gruyter, 1960 (che amplia l'ed. del 1929).

[48] N. Zanon, *ll libero mandato parlamentare: saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Milano, 1991.

più alla *personalizzazione verticistica* della rappresentanza *con elementi istituzionali strutturanti* fino ad arrivare al plebiscito ovvero alla fiducia sfiducia nei confronti di una individualità.

Si tratta sotto altre forme ed in altro contesto del ritorno al classico dibattito che vide coinvolti nel 1852 Victor Hugo, Walter Bagehot e Karl Marx, in occasione dell'esperienza e della fine della II Repubblica francese. Le posizioni espresse in quella circostanza possiedono ancora una attualità non minore di quelle di Mill e di Bagehot sulla funzione dell'atto elettivo e sul governo parlamentare[49]. La risultanza di simili posizioni non deve essere però assolutizzata e abbisogna di ragionevolezza ed equilibrio, che non sempre sono recuperabili nella specifica discussione italiana.

Nell'esperienza della prima fase della storia della Costituzione repubblicana il pluralismo estremo polarizzato si basava su partiti strutturati, dove il rapporto rappresentativo veniva mediato dal voto di preferenza e dalla disciplina di partito nell'ambito della consapevolezza dei limiti derivanti dall'ordine internazionale.

La prospettiva post-1993 ha comportato il liquefarsi delle antiche formazioni di partito e un riallineamento delle nuove mai concluso di formazioni oramai sempre più deboli e meccanismi di formazione della rappresentanza sempre più estranianti e verticistici, che non solo annullano la partecipazione e la rappresentanza fiduciaria, ma rischiano di erodere la libertà di espressione del suffragio. La tendenza è quella della inefficienza democratica e della ricerca di contrastarla con dosi sempre maggiori di eccitanti, che però comportano il rischio conseguente di infarto miocardico per la democrazia.

Il progetto di premierato Meloni – Casellati (dopo una numerosa serie di Commissioni ed i progetti di revisione costituzionale Berlusconi e Renzi) è l'ultimo ritrovato istituzionale che ha visto un salto di qualità incrementale in Italia nella seconda fase della storia della Costituzione repubblicana dopo il 1993[50].

La previsione di una votazione una e trina degli organi legislativi e di Governo nella persona del Presidente del consiglio (oltre ad essere un mistero tecnico) costituisce il ricorso inusitato al plebiscito, ovvero alla fiducia/sfiducia di un individuo, viola il principio della separazione dei poteri e declassa la elezione dei rappresentanti a mera designazione conseguente.

È per questo che, di fronte ad ipotesi di revisione formale o implicita dell'art. 67 Cost., ritengo che la garanzia del divieto di mandato imperativo

[49] F. Lanchester, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano, 2006, 71 ss.

[50] In argomento si v. la documentazione relativa al materiale delle audizioni presso le Commissioni affari costituzionali del Senato e della Camera a cura di G. De Minico e A. Zei in *Nomos*, 2024, n. 2.

continui a costituire una indispensabile guarentigia istituzionale. Le soluzioni di una eventuale decadenza dal mandato, quando si fuoriesca dalla formazione nelle cui liste si è stati eletti o l'impossibilità di transitare al di fuori del gruppo parlamentare istituzionale in cui si è stati eletti (*floor crossing* sudafricano)[51] risultano strumenti che si spiegano nell'ambito della necessità di strutturare le formazioni di partito oramai non più strutturate. Essi sono tuttavia pericolosi e inaccettabili.

Ripeto qui cose già dette in molte sedi: il tema è sì quello del controllo dell'*agente* da parte del *principale*, ma soprattutto quello della sua miglior selezione sia in ambito infrapartitico che in ambito interpartitico. Sotto il profilo temporale vi è, infatti, un prima ed un dopo. Devono essere affrontate, infatti, le questioni della individuazione dei candidati all'interno delle formazioni di partito e quello della legislazione elettorale di contorno sul piano interpartitico (ad es., eguaglianza delle opportunità tra i concorrenti, eleggibilità, ineleggibilità, incompatibilità, incandidabilità). Nel momento successivo all'atto elettivo effettuato attraverso il meccanismo di trasformazione dei voti in seggi, l'eletto può essere controllato e vincolato in vario modo, ma – ripeto – è imprescindibile che sia garantita la sua autonomia formale.

[51] V. F. Dau, *Costituzionalismo e rappresentanza: il caso del Sudafrica*, Milano, 2011, *passim*.

Federico Laus[*]

DIRITTI FONDAMENTALI E NUOVE TECNOLOGIE IN SANITÀ: UTILIZZO DI DATI SANITARI E GENETICI

SOMMARIO: 1. Utilizzo dei dati personali in sanità, rischi e diritti alla salute e alla riservatezza. – 2. Considerazioni sul sistema di garanzie e sulle biobanche.

1. *Utilizzo dei dati personali in sanità, rischi e diritti alla salute e alla riservatezza*

Le nuove tecnologie in sanità sono avide di dati sanitari, la cui circolazione ed il cui utilizzo rappresentano il presupposto indefettibile della efficacia stessa della tecnologia.

All'uso delle tecnologie, dunque, non possono che contrapporsi i diritti dei soggetti a cui i dati sanitari si riferiscono, ed ai quali il diritto pubblico deve riconoscere tutela.

Si impone, dunque, una discussione che abbraccia l'amministrazione del rischio[1] e la sua gestione, la funzione pubblica nella transizione digitale, l'assunzione di responsabilità nei confronti della salute della collettività e dei singoli, nonché la dimensione preventiva e precauzionale[2] delle politiche e delle

[*] Ricercatore di diritto amministrativo, Università di Bologna, federico.laus@unibo.it

[1] Al proposito, sia permesso il rinvio per maggiori approfondimenti a F. LAUS, *L'amministrazione del rischio. Tra regolazione e procedimento, principio di precauzione e approccio multidimensionale*, Milano, 2023

[2] Sul principio di precauzione nell'ordinamento italiano, non può non richiamarsi, R. FERRARA, I.M. MARINO, *Gli organismi geneticamente modificati. Sicurezza alimentare e tutela dell'ambiente*, Padova, 2003; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005; F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e "qualità" dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, n. 6/2005, 1673 ss.; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006; D. BEVILACQUA, *I limiti della scienza e le virtù della discrezionalità: il principio di precauzione nel diritto globale*, in G. della Cananea (a cura di*), I principi dell'azione amministrativa nello spazio giuridico globale*, Napoli, ES, 2007; R. LOMBARDI, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008; G. CORSO, *La valutazione del rischio ambientale*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2008, 172 ss.; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008; I.M. MARINO, *Aspetti propedeutici del principio giuridico di precauzione*, in *Giustamm*, n. 3/2011, 1 ss.; S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, 2012, 102 ss.; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 413 ss.; A. BARONE, *L'amministrazione del rischio*, in S. Perongini, S. Cognetti, A. Contieri, S. Licciardello, F. Manganaro, F. Saitta (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 147 ss.; R.

azioni di sanità pubblica, così come, in genere, l'adeguatezza dell'impianto di principi, regole e procedure rispetto a misure di intervento utili a proteggere la salute.

Per amministrazione del rischio si intende la regolamentazione della società del rischio, ossia l'insieme di criteri, disposizioni, approcci e politiche tesi ad affrontare, limitare e/o neutralizzare i rischi[3] connessi all'evoluzione della scienza e della tecnica. Tale impostazione è alimentata dal fatto che l'evoluzione tecnologica ha prodotto una nuova relazione impresa-concorrenza-mercato-produzione di rischi per la salute e per l'ambiente[4], in virtù dell'esposizione ascrittiva ai rischi dei cittadini, a prescindere dalla loro volontà e dalla loro qualificazione come consumatori o utenti[5].

La gestione del rischio si ricollega, quindi, ad ogni «sforzo di proteggere una normalità che resta comunque sempre precaria»[6], di fronte al processo di tendenziale compenetrazione di modernità e rischio, che procedono di pari passo e impongono il progressivo assorbimento dell'incertezza[7].

Nella fattispecie dei dati sanitari, l'approccio al rischio varia da un orientamento conservativo, in cui ogni uso deve avvenire previo specifico consenso, ad uno innovativo, in cui in presenza di dato anonimo o anonimizzato e in assenza di potenziali pregiudizi si favorisce il libero uso dei dati.

Il modo stesso di affrontare le questioni giuridiche ed etiche connesse a tale uso rappresenta una scelta decisiva, identitaria, per la comunità di riferimento e per le istituzioni, in quanto richiede una presa di posizione in ordine a diritti

Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2020; R. Ferrara, *Il principio di precauzione e il "diritto della scienza incerta": tra flessibilità e sicurezza*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 1/2020, 14 ss.; F. Follieri, *Precauzione, prevenzione e legalità nell'emergenza da Covid-19*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2020, 81 ss.; M. Cecchetti, *Diritto ambientale e conoscenze scientifiche tra valutazione del rischio e principio di precauzione*, in *federalismi.it*, n. 24/2022; M. Renna, *Il principio di precauzione e la sua attuabilità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2023, 223 ss

[3] In assenza di una definizione normativa univoca del concetto di rischio, ci si avvale della definizione fornita dall'art. 2, co. 1, lett. s, d.lgs. 81/2008, secondo cui il rischio è la probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione.

Osservando, invece, la definizione contenuta all'art. 3, co. 1, n. 9, Reg. CE n. 178/2002 il rischio è la funzione della probabilità e della gravità di un effetto nocivo per la salute, conseguente alla presenza di un pericolo.

La sintesi potrebbe identificare il rischio come la probabilità del verificarsi di un danno, conseguente alla presenza di un pericolo ed alla esposizione ad un dato fattore.

[4] A. Barone, *Il diritto del rischio*, cit., 14.

[5] Sul tema della ascrittività, U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carrocci, Roma, 2000, 53-54.

[6] N. Luhmann, *Sociologia del rischio*, Milano, 1996, introduzione.

[7] R. Lombardi, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008, 3.

ed interessi che coinvolgono e toccano punti nevralgici di ogni sistema: tutela della ricerca scientifica, dell'evoluzione dell'assistenza sanitaria e della crescita economica, da un lato, e protezione della riservatezza, dall'altro.

Complessa, peraltro, è la inclusione di riflessioni di natura bioetica, nell'iter valutativo comunque connesso ad uno strumento tecnologico innovativo, ad esempio in fase di autorizzazione o di sperimentazione. Il timore, spesso avvertito dagli operatori del settore, è che l'etica difficilmente possa trovare spazio in un'istruttoria rigorosa precauzionale, considerato che per valutare i rischi appare impossibile individuare criteri etici univoci. Tuttavia, la riflessione etica può certamente considerarsi inglobata nel giudizio di accettabilità del rischio, la cui elasticità ed il cui contenuto eterogeneo non possono che accogliere in ipotesi profili tanto giuridici ed economici, quanto bioetici e filosofici. L'etica può, così, rappresentare un parametro di percezione del rischio.

Certamente di grande impatto per il settore sanitario, sarà il recentissimo Regolamento (UE) 2025/327 sullo spazio europeo dei dati sanitari (European Health Data Space - EHDS), che tuttavia vedrà piena attuazione solo tra il 2027 e il 2031.

La proposta di Regolamento era stata presentata con l'obiettivo di garantire un accesso tempestivo ai dati sanitari elettronici personali, non solo per la preparazione e la risposta alle minacce sanitarie e per finalità di cura, ma anche per la ricerca, l'innovazione, la sicurezza dei pazienti, finalità normative, la definizione delle politiche, finalità statistiche o la medicina personalizzata.

Ed infatti, il maggiore ostacolo all'utilizzo dei dati sanitari elettronici, inteso tanto come uso primario quanto come uso secondario, è rappresentato indubbiamente dalla disomogeneità di attuazione e interpretazione dell'RGPD da parte degli Stati membri, ove autorità nazionali hanno fornito linee più o meno restrittive all'utilizzo dei dati stessi.

Una limitante regolamentazione dell'accesso ai dati sanitari, oltre a produrre ostacoli alla cura, impedisce alle persone fisiche di beneficiare di cure innovative. Peraltro, tale situazione non consente ai responsabili delle politiche di reagire in modo efficace a una crisi sanitaria, a causa degli ostacoli che impediscono l'accesso a ricercatori, innovatori, regolatori e responsabili delle politiche ai necessari dati sanitari elettronici[8]. Inoltre, a causa delle differenti norme e dell'interoperabilità limitata, i fabbricanti di prodotti di

[8] Anche ogni innovativo percorso di cura appare condizionato enormemente dalla disciplina di accesso ai dati.

Si pensi ai provvedimenti del Garante per la privacy (n. 415, 416, 417 del 15 dicembre 2022), poi annullato, con cui aveva sanzionato tre Asl friulane, responsabili di aver classificato gli assistiti in relazione al rischio di avere o meno complicanze in caso di infezione da Covid-19, mediante algoritmi ed impiegando dati sanitari, senza previo consenso allo specifico trattamento.

sanità digitale e i prestatori di servizi di sanità digitale che operano in uno Stato membro, incontrano ostacoli e costi aggiuntivi nell'accedere a un altro Stato membro.

Già la direttiva 2011/24/UE sui diritti dei pazienti nell'assistenza sanitaria transfrontaliera, all'articolo 14, in tema di eHealth, ha sottolineato l'esigenza di facilitare la cooperazione e lo scambio di informazioni tra gli Stati membri, che operano nell'ambito di una rete volontaria che collega le autorità nazionali responsabili della sanità elettronica designate dagli Stati membri.

Lo spazio europeo dei dati sanitari si basa su normative quali il Regolamento (UE) 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, il regolamento (UE) 2017/745 relativo ai dispositivi medici e il regolamento (UE) 2017/746 relativo ai dispositivi medico-diagnostici in vitro, il recentissimo regolamento (UE) 2024/1689 sull'intelligenza artificiale, il regolamento (UE) 2022/868 sulla *governance* dei dati, la direttiva (UE) 2016/1148 relativa alla sicurezza delle reti e dei sistemi informativi (direttiva NIS)[9] e la citata direttiva sull'assistenza sanitaria transfrontaliera.

Sebbene alcune normative "generali" siano applicabili anche ai dati sanitari, il regolamento sullo spazio europeo dei dati sanitari interviene fornendo norme settoriali specifiche, considerata la sensibilità dei dati relativi alla salute.

Le Asl avevano elaborato i dati presenti nelle banche dati aziendali allo scopo di attivare nei confronti degli assistiti opportuni interventi di medicina di iniziativa e individuare per tempo i percorsi diagnostici e terapeutici più idonei.

Nel corso dell'istruttoria dell'Autorità, che si era mossa dopo la segnalazione di un medico, è infatti emerso che i dati degli assistiti erano stati trattati in assenza di una idonea base normativa, senza fornire agli interessati tutte le informazioni necessarie (in particolare sulle modalità e finalità del trattamento) e senza aver effettuato preliminarmente la valutazione d'impatto prevista dal Regolamento UE in materia di protezione dati.

L'Autorità ha ribadito che la profilazione dell'utente del servizio sanitario, sia regionale o nazionale, determinando un trattamento automatizzato di dati personali volto ad analizzare e prevedere l'evoluzione della situazione sanitaria del singolo assistito e l'eventuale correlazione con altri elementi di rischio clinico, può essere effettuata solo in presenza di un idoneo presupposto normativo, nel rispetto di requisiti specifici e garanzie adeguate per i diritti e le libertà degli interessati, mancanti nel caso di specie.

Accertate dunque le violazioni e valutato che nel caso specifico le operazioni, attraverso l'uso di algoritmi, avevano riguardato dati sulla salute di un ingente numero di assistiti, il Garante aveva ordinato a ognuna delle tre Aziende di pagare la sanzione di 55.000 euro e di procedere alla cancellazione dei dati elaborati.

https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9845339

[9] Direttiva (UE) 2016/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione.

Al proposito, peraltro, l'UE ha da tempo iniziato a promuovere la rete sanitaria e il 23 luglio 2014 è stata pubblicata una relazione intitolata «Panoramica delle leggi nazionali sulle cartelle cliniche elettroniche negli Stati membri dell'UE e la loro interazione con la fornitura di servizi transfrontalieri di sanità elettronica»[10], nella quale l'analisi comparata delle legislazioni nazionali mostrava una scarsa attuazione dell'interoperabilità e una disomogenea digitalizzazione nell'Unione. A questo si aggiunse il Regolamento (UE) 2021/522 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 marzo 2021, che istituisce un programma d'azione dell'Unione in materia di salute per il periodo 2021-2027 (programma UE per la salute) (EU4Health), che estende ampiamente la competenza dell'Unione in tema di Sanità. In particolare, il Regolamento introduce un obiettivo generale dell'UE, correlato alla digitalizzazione del sistema, ove si prevede l'obiettivo di rafforzare i sistemi sanitari migliorandone la resilienza e sviluppando l'efficienza delle risorse, in particolare rafforzando il personale sanitario e portando avanti la trasformazione digitale. Inoltre, a settembre 2021, è stato pubblicato il Report of the Pan-European Commission on Health and Sustainable Development, intitolato Drawing light from the pandemic, a new strategy for health and sustainable development[11], con il quale la commissione indipendente, voluta dall'OMS Europe, ha evidenziato ancora una volta la necessità di rafforzare le infrastrutture sanitarie, dotando i sistemi sanitari di maggiore resilienza.

È ora evidente che la disciplina esistente non sia sufficiente e adeguata all'attuale assistenza sanitaria, di cui i prodotti e i servizi di sanità digitale, compresa la telemedicina, sono diventati parte integrante. Tale consapevolezza è manifestata anche dalla produzione recente di proposte normative avanzate in tema di gestione dei dati.

Non è neppure concepibile che la disciplina vigente, ed in particolare il GDPR[12] e la sua attuazione da parte delle autorità nazionali, ostacoli irragionevolmente la tutela della salute ed il suo sviluppo. Qui deve intervenire l'approccio precauzionale alla normazione ed alla gestione dei dati, in cui la valutazione costi-benefici sia già svolta dal legislatore proponente, come nel caso del regolamento in parola.

[10] https://ec.europa.eu/health/ehealth/projects/nationallaws_electronichealthrecords_en

[11] https://www.euro.who.int/en/health-topics/health-policy/european-programme-of-work/pan-european-commission-on-health-and-sustainable-development/publications/drawing-light-from-the-pandemic-a-new-strategy-for-health-and-sustainable-development-2021

[12] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

Lo spazio europeo dei dati sanitari proposto dal regolamento dovrebbe contribuire a migliorare l'accesso a diversi tipi di dati sanitari elettronici, tra cui cartelle cliniche elettroniche, dati genomici, registri di pazienti, e il loro scambio. Questo sosterrà non solo la prestazione di assistenza sanitaria (servizi e personale coinvolti nella prestazione di assistenza sanitaria o uso primario dei dati sanitari elettronici), ma anche la ricerca sanitaria, l'innovazione, la definizione delle politiche, finalità normative e finalità di medicina personalizzata (uso secondario dei dati sanitari elettronici).

Il considerando 34 introduce il tema della gestione del rischio, inevitabilmente collegato al tema delle piattaforme digitali e delle eventuali intelligenze artificiali adottate nel trattamento dei dati, dove si sottolinea come, nel contesto di MyHealth@EU, l'introduzione di una piattaforma centrale debba fornire un'infrastruttura comune agli Stati membri, per garantire la connettività e l'interoperabilità in modo efficiente e sicuro.

Tuttavia, a fronte dell'esigenza di potenziamento delle capacità e dell'efficacia nell'ambito dei sistemi di sanità digitale per l'uso primario e secondario dei dati sanitari elettronici, permane l'esigenza di una regolamentazione efficace dei requisiti e degli oneri di sicurezza da rispettare per poter trattare dati tanto sensibili.

L'esigenza di un approccio anche precauzionale, in cui la gestione dei dati sia regolata tenuto conto anche del principio di precauzione, è però manifestata espressamente al considerando 92. Nella consapevolezza della incapacità della tecnica e della scienza di consentire il raggiungimento del rischio zero, il regolamento, pertanto, ammette che determinate categorie di dati sanitari elettronici possano rimanere particolarmente sensibili, anche quando sono in formato anonimizzato e, dunque, non personali, come specificamente previsto nel regolamento sulla *governance* dei dati. Anche nel caso in cui si ricorra alle tecniche di anonimizzazione più avanzate, permane un rischio residuo che esista o possa esistere in futuro una capacità di reidentificazione, oltre i mezzi di cui ci si può ragionevolmente avvalere.

Il Regolamento considera che tale rischio residuo è presente in relazione alle malattie rare, dove i numeri limitati dei casi riducono la possibilità di aggregare completamente i dati pubblicati, al fine di preservare la privacy delle persone fisiche, mantenendo al contempo un appropriato livello di "dettaglio" perché i dati rimangano significativi.

Il rischio può riguardare diversi tipi di dati sanitari a seconda del livello di "dettaglio" e della descrizione delle caratteristiche degli interessati, del numero di persone colpite o, ad esempio, nei casi dei dati inclusi in cartelle cliniche elettroniche, registri di malattia, biobanche, dati generati dalle persone, dove le caratteristiche di identificazione sono più ampie e dove, in combinazione con

altre informazioni (ad esempio, in zone geografiche molto piccole) o attraverso l'evoluzione tecnologica di metodi che non erano disponibili al momento dell'anonimizzazione, possono portare alla reidentificazione degli interessati utilizzando mezzi che vanno oltre quelli di cui ci si può ragionevolmente avvalere.

Con uno stile più consono alla relazione di accompagnamento e meno ad un considerando, il regolamento riferisce che la concretizzazione di un tale rischio di reidentificazione delle persone fisiche rappresenterebbe una seria preoccupazione ed è probabile che metta a repentaglio l'accettazione della politica e delle norme sull'uso secondario previste nel regolamento.

Inoltre, le tecniche di aggregazione sono meno testate per quanto riguarda i dati non personali contenenti, ad esempio, segreti commerciali, come nelle relazioni sulle sperimentazioni cliniche, e il perseguimento di violazioni di segreti commerciali al di fuori dell'Unione è più difficile in assenza di un'adeguata norma di protezione internazionale. Per questi tipi di dati sanitari permane, pertanto, un rischio di reidentificazione dopo l'anonimizzazione o l'aggregazione, che non ha potuto essere ragionevolmente ridotto in origine.

Le misure protettive, proporzionali al rischio di reidentificazione, dovrebbero tenere conto delle specificità delle differenti categorie di dati o delle differenti tecniche di anonimizzazione o aggregazione e dovranno essere descritte in dettaglio nel contesto dell'atto delegato nell'ambito del conferimento di potere previsto dal regolamento (UE) 2022/868 sulla *governance* dei dati.

Il riferimento all'incertezza del rischio in questa occasione pare evidente, ma nulla contiene l'atto in merito alla gestione del rischio stesso, rinviando ad altra fonte per individuare misure protettive.

Il regolamento, soprattutto con riguardo alla maggiore apertura all'uso secondario dei dati[13], in generale dovrebbe consentire di tutelare lo svolgimento di situazioni che giustifichino un approccio più flessibile.

L'enorme potenziale dei dati sanitari, in termini di opportunità di cura e di ricerca, potrebbe essere sfruttato all'esito di un procedimento che imporrebbe,

[13] Il capo IV del Regolamento sullo spazio europeo dei dati sanitari, è teso facilitare, infatti, l'uso secondario dei dati sanitari elettronici, ad esempio in funzione della ricerca, dell'innovazione o della definizione delle politiche, e a tal fine definisce una serie di tipi di dati che possono essere utilizzati per finalità specifiche nonché finalità vietate. Gli Stati membri dovranno istituire un organismo responsabile dell'accesso ai dati sanitari per l'uso secondario dei dati sanitari elettronici, anche al fine di garantire che i titolari dei dati mettano i dati elettronici a disposizione degli utenti dei dati. Tale capo contiene, inoltre, disposizioni sull'attuazione dell'altruismo dei dati nel settore sanitario. Sono definiti anche i doveri e gli obblighi dell'organismo responsabile dell'accesso ai dati sanitari, dei titolari dei dati e degli utenti dei dati. Sono, inoltre, definite le responsabilità degli organismi responsabili dell'accesso ai dati sanitari e degli utenti dei dati in qualità di contitolari del trattamento dei dati sanitari elettronici.

non di informare il cittadino per ogni specifico trattamento, ma di rispettare le prescrizioni ivi contenute.

Pur riservando alle autorità pubbliche il ruolo di controllo del corretto trattamento dei dati, il regolamento parrebbe scaricare sul singolo l'obbligo di approntare meccanismi sicuri, attribuendo al legislatore l'onere, appunto, di fissare le regole del procedere.

Al proposito, è comunque bene notare, a livello nazionale, che l'art. 2-septies, d.lgs. 196/2003[14], così come modificato dal d.lgs. 101/2018, in tema di misure di garanzia per il trattamento dei dati genetici, biometrici e relativi alla salute, attribuisce all'Autorità garante il compito di predisporre tali misure di garanzia, atte a limitare i rischi per i diritti e le libertà fondamentali, nonché per la dignità dell'interessato. Tali misure di garanzia devono individuare le misure di sicurezza, ivi comprese quelle tecniche di cifratura e di pseudonomizzazione, le misure di minimizzazione, le specifiche modalità per l'accesso selettivo ai dati e per rendere le informazioni agli interessati, nonché le eventuali altre misure necessarie a garantire i diritti degli interessati. Si tratta dell'attribuzione all'Autorità di funzioni che impongono, nell'istruttoria, di tener conto e bilanciare gli interessi coinvolti.

Particolare ruolo di garanzia è affidato ai fornitori di sistemi di Intelligenza Artificiale, chiamati a predisporre piattaforme e dispositivi coerenti con i requisiti tecnici che il legislatore comunitario intende fissare[15].

L'intero regolamento pare poggiarsi sulla consapevolezza dell'assoluto valore della condivisione dei dati e dell'utilizzo degli stessi, da un lato, e della permanenza di rischi, non eliminabili in assoluto dalla tecnica, dall'altro. Tuttavia, il rischio risulterebbe accettato dal legislatore, come rischio sopportabile in funzione dei benefici complessivi ottenibili.

[14] Attualmente, decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, Codice in materia di protezione dei dati personali, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale al regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE.

[15] Il regolamento prevederebbe uno schema di autocertificazione obbligatoria per i sistemi di cartelle cliniche elettroniche, nell'ambito del quale tali sistemi devono essere conformi alle prescrizioni essenziali relative all'interoperabilità e alla sicurezza. Questo approccio parrebbe necessario per garantire che le cartelle cliniche elettroniche siano compatibili con ciascun sistema e per facilitare la trasmissione dei dati sanitari elettronici tra loro. Inoltre, saranno definiti gli obblighi di ciascun operatore economico dei sistemi di cartelle cliniche elettroniche, le prescrizioni relative alla conformità di tali sistemi, e gli obblighi delle autorità di vigilanza del mercato responsabili dei sistemi di cartelle cliniche elettroniche nel contesto delle loro attività di vigilanza del mercato.

Si tratta pur sempre, anche in questo caso, di valutare la compressione di un diritto a beneficio di un interesse pubblico prevalente, in presenza di rischi caratterizzati da profili di incertezza.

In questo senso, l'approccio precauzionale del legislatore giustificherebbe la deroga alla normativa generale di protezione dei dati personali.

2. *Considerazioni sul sistema di garanzie e sulle biobanche*

Si impongono, dunque, alcune considerazioni complessivamente rivolte al rapporto tra nuove tecnologie e approccio precauzionale alla tutela della salute, così come alla tutela della riservatezza rispetto ai dati sanitari.

Oltre a offrire opportunità all'economia e alla società, le nuove tecnologie in genere possono anche creare un rischio di pregiudizio di interessi giuridicamente protetti, sia materiali che immateriali[16]. Tale rischio di pregiudizio aumenta con l'ampliarsi del campo delle applicazioni. A tale riguardo, è essenziale analizzare se e in che misura il vigente quadro giuridico in materia di sicurezza e responsabilità sia idoneo a proteggere gli utilizzatori o gli interessi comunque connessi alla salute.

Come esposto in altra sede[17], pare che la precauzione, rispetto alla più recente evoluzione normativa comunitaria, si sia manifestata nella sua accezione più propositiva, ossia come regola del procedere nell'iter legislativo, al fine di consentire lo svolgimento di determinate attività a fronte di una regolamentazione e di una definizione di responsabilità, tese a ridurre il più possibile i rischi, anche ignoti.

La corretta attuazione delle regole dovrebbe rappresentare la misura precauzionale sufficiente a garantire la tutela dei diritti recessivi, rispetto a quelli ritenuti normativamente fondativi della previsione derogatoria.

Sempre maggiori sono le aree in cui le imprese sono incaricate delle azioni preventive e precauzionali, finalizzate ad evitare la trasformazione di un pericolo in danno.

La gestione del rischio assume sempre più i caratteri di un "sistema giuridico", dove si configurano obblighi di azione precauzionale a carico di operatori economici, varie ipotesi di responsabilità sociale d'impresa e profondi muta-

[16] Al proposito, Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale Europeo, *Relazione sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e di responsabilità*, 19 febbraio 2020, COM/2020/64 final.

[17] Si rinvia a F. Laus, *L'amministrazione del rischio. Tra regolazione e procedimento, principio di precauzione e approccio multidimensionale*, cit.

menti che il trattamento dei rischi da ignoto tecnologico determina sull'organizzazione e sull'attività dei pubblici poteri[18].

Il legislatore, in tema di ignoto tecnologico conseguente ad un servizio al cittadino, interviene con una valutazione *ex ante* di opportunità, operando previamente un'analisi costi-benefici, anche in relazione alla accettabilità del rischio residuo e incerto.

Nelle fattispecie, il legislatore comunitario ha svolto nel corso di un ventennio ampie analisi e consultazioni, giungendo con atti di *soft law*, prima, e di *hard law*, dopo, alla elaborazione di una regolamentazione supportata da una istruttoria cui ogni paese membro ha potuto contribuire, idealmente, così, esprimendo timori ed esigenze della popolazione rappresentata.

La natura mutevole dell'incertezza in cui opera il principio di precauzione e la delicatezza dei beni giuridici interessati dall'utilizzo di strumenti tecnologici, impongono la rigorosa cura delle valutazioni *ex ante* delle norme giuridiche e del sistema giuridico, la cui definizione è basata sul principio di precauzione.

A seguire, e solo a fronte di tale preliminare operazione, la valutazione ex post delle norme e l'attività di controllo sulla corretta osservanza della disciplina può aver un senso compiuto.

Il principio compare più spesso esplicitamente negli atti "preliminari" ai regolamenti.

Con riguardo alla disciplina in materia di gestione dei dati, pare opportuno, ad esempio, segnalare la specifica "valutazione d'impatto" riferita all'uso delle tecnologie informatiche prevista espressamente all'art. 35 del Regolamento UE 2016/679[19].

Sia che la valutazione sia affidata in prima istanza all'operatore economico sia che sia affidata direttamente all'autorità competente, è indubbio che la valutazione di rischi potenziali debba abbracciare ogni possibile direzione di indagine, anche ove rivolta a timori non ancora fondativi di certezze.

Si era detto che il potere pubblico deve assorbire l'incertezza[20], farsene carico, attraverso l'assunzione responsabile del rischio. All'esito del dialogo

[18] Così, A. Barone, *Il diritto del rischio*, cit., 249.

[19] In particolare, il relativo comma 7 prevede che la valutazione, affidata al titolare del trattamento, contenga almeno: a) una descrizione sistematica dei trattamenti previsti e delle finalità del trattamento, compreso, ove applicabile, l'interesse legittimo perseguito dal titolare del trattamento; b) una valutazione della necessità e proporzionalità dei trattamenti in relazione alle finalità; c) una valutazione dei rischi per i diritti e le libertà degli interessati di cui al paragrafo 1; e d) le misure previste per affrontare i rischi, includendo le garanzie, le misure di sicurezza e i meccanismi per garantire la protezione dei dati personali e dimostrare la conformità al presente regolamento, tenuto conto dei diritti e degli interessi legittimi degli interessati e delle altre persone in questione.

[20] Sull'assorbimento istituzionalizzato dell'incertezza, B. Sánchez Barroso, *El principio de*

con la società civile, tenendo conto dei valori, degli interessi e dei punti di vista specifici dei diversi attori coinvolti, il potere pubblico non si limita semplicemente a "gestire", amministrare, organizzare o dirigere il rischio, ma si trova ad incanalarlo, assorbirlo e valorizzarlo in un procedimento decisionale giuridicamente strutturato.

In questi casi, invece, la gestione del rischio affidata al privato[21] produce un'anticipazione dell'istruttoria, svolta, appunto, dal privato, con riduzione dei costi e semplificazione della procedura, almeno apparentemente. L'autorità conserva, ovviamente, una posizione di vigilanza sulla quota di gestione del rischio "esternalizzata", in virtù della quale l'eventuale intervento pubblico sulle misure adottate dal privato avviene in un momento successivo (ad esempio, successivo all'immissione del mercato) oppure in via preliminare e/o consultiva pre-diffusione del prodotto o prima dell'assunzione della condotta[22].

Giungendo ad un approfondimento anticipato nel titolo del paragrafo, in tal senso, la normativa vigente non sarebbe sufficiente a definire i termini della condotta delle biobanche[23], se non vi fosse una normativa parallela (certificazioni) che gli enti adottano per uniformarsi a elevati standard di garanzie.

precaución en España. Precisiones sobre el papel de los poderes públicos frente al riesgo en un Estado constitucional, Madrid, Congreso de los Diputados, 2021, 176 ss. Anche R. Lombardi, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, cit., 3.

[21] Analogo modello di gestione condivisa del rischio è stato adottato dal Regolamento (CE) n. 1907/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2006, concernente la registrazione, la valutazione, l'autorizzazione e la restrizione delle sostanze chimiche (REACH), e istitutivo di un'agenzia europea per le sostanze chimiche.

Tale regolamento si basa sul trasferimento della responsabilità di garantire la sicurezza delle sostanze chimiche prodotte, importate, vendute e usate nell'Unione europea, che passa dalle autorità pubbliche ai fabbricanti, agli importatori e agli utilizzatori a valle, cui spetta l'obbligo di fabbricare, immettere sul mercato o utilizzare sostanze che non arrecano danno alla salute umana o all'ambiente. Ciononostante, lo stesso art. 1 del Regolamento dichiara preliminarmente che le disposizioni del regolamento "si fondano sul principio di precauzione".

[22] Al proposito, ad esempio, come affermato dalla Giurisprudenza comunitaria "le procedure di autorizzazione e di approvazione preventiva istituite dal regolamento n. 1107/2009 (e, anteriormente, dalla direttiva 91/414) per i prodotti fitosanitari e le loro sostanze attive costituiscono una delle espressioni del principio di precauzione [v., in tal senso, sentenza del 12 aprile 2013, Du Pont de Nemours (Francia) e a./Commissione, T31/07, non pubblicata EU:T:2013:167, punto 133]".

[23] Sulla attività delle biobanche, fondamentale è il richiamo a C. Faralli, M. Galletti (a cura di), *Biobanche e informazioni genetiche. Problemi etici e giuridici*, Roma, 2011; A. Iacovino, *Biobanche e medicina personalizzata. "Life Sciences" alla prova dei diritti*, in *Comparazione e diritto civile*, 3, 2023, 1125-1193; L. Marilotti, *Ipotesi per una gestione partecipata delle biobanche genetiche concepite come beni comuni*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2, 2023, 383-409; L. M. Lucarelli Tonini, *Regolare le biobanche tra interessi pubblici e privati: il nodo dei campioni biologici*, in *federalismi.it*, 12, 2023, 232-250; S. Fanni, *Le biobanche di popolazione al vaglio della Suprema Corte di Cassazione: alcune note critiche sull'Ordinanza n. 27325 del 7 ottobre*, in

In tale contesto, è evidente l'incrocio tra interessi privati e benefici pubblici, rivolti allo sviluppo della ricerca scientifica, la cui chiarissima urgenza non può comunque consentire di scavalcare i diritti soggettivi dei pazienti/utenti cui il materiale biologico si riferisce.

L'attività delle biobanche[24] è ora, infatti, regolamentata nei requisiti dalla UNI ISO 20387:2019, nonché dalle prescrizioni del GDPR e dei provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali, ove applicabili, limitatamente agli aspetti di trattamento dei dati.

Come noto, le certificazioni ISO costituiscono il prodotto della International Organization for Standardization, organizzazione che si occupa di definire le norme tecniche che un soggetto deve rispettare per risultare conforme a specifici parametri di valutazione.

A livello sovranazionale, occorre considerare la discussione animata dalle istituzioni europee che, tra l'altro, hanno trattato la ricerca biomedica con una raccomandazione del Consiglio d'Europa del 2016, ove si è riconosciuta l'esigenza di una specifica regolamentazione. Indubbiamente, fondamentale è il già citato GDPR il quale, fissando le norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e alla libera circolazione di tali dati, disciplina anche l'uso dei dati genetici, intesi come patrimonio informativo derivante dall'analisi dei campioni biologici. E ricordiamo che esplicitamente il Regolamento interviene per proteggere i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali. In particolare, l'art. 4, n. 13, definisce come "dati genetici" «i dati personali relativi alle caratteristiche genetiche ereditarie o acquisite di una persona fisica che forniscono informazioni univoche sulla fisiologia o sulla salute

BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, 4, 2022, 277-299; C. Tuccillo, *L'inquadramento giuridico delle biobanche e i limiti del consenso informato*, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online*, 2, 2022, 1-17; M. Ciancimino, *Circolazione "secondaria" di dati sanitari e biobanche. Nuovi paradigmi contrattuali e istanze personalistiche*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 1, 2022, 37-69; C. Paris, *Biobanche di ricerca e banca dati nazionale del DNA: un difficile bilanciamento tra interessi contrapposti*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1, 2022, 83-106; L. Marilotti, *I dati genetici tra dimensione individuale e collettiva*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1, 2021, 165-189; F. Filosa, A. Iannuzzi, *Il trattamento dei dati genetici e biometrici*, in *dirittifondamentali.it*, 2, 2019; C. Ricci, P. Ricci, *Le biobanche di ricerca: questioni e disciplina*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 1, 2018, 93-142; I. Catarinozzi, A. Di Luca, N.M. Di Luca, L. Iovenitti, G. Montanari Vergallo, *Modelli regolatori del consenso del maggiorenne all'uso del materiale biologico in biobanche di ricerca*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 3, 2016, 1033-1049.

[24] Definite dal Comitato Nazionale di Bioetica, in data 11 aprile 2014, come "unità operativa e di servizio, preposta a raccogliere, conservare, classificare, gestire e distribuire materiali biologici umani (cellule, tessuti, DNA) d'individui o gruppi d'individui sani o malati, per finalità biomediche (di ricerca, di diagnosi, di prevenzione o di terapia)".

di detta persona fisica, e che risultano in particolare dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione».

Tale norma evidenzia il legame tra il dato personale e il campione biologico da cui il primo deriva, le cui sorti sono inevitabilmente connesse, come attesta il provvedimento n. 6/2016 "Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici" del Garante per la protezione dei dati personali, la quale espressamente prevede che «nel caso in cui l´interessato revochi il consenso al trattamento dei dati per scopi di ricerca, è distrutto anche il campione biologico sempre che sia stato prelevato per tali scopi, salvo che, in origine o a seguito di trattamento, il campione non possa più essere riferito ad una persona identificata o identificabile»[25].

Al proposito, si evidenzia che il trattamento è sostanzialmente affidato alla disciplina del GDPR considerato che il capo V del Codice privacy (dati genetici) è stato nel frattempo abrogato (ad opera del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101), in quanto la disciplina del relativo trattamento dei dati genetici è stato affidato alle cure dell'articolo 9, paragrafo 2, GDPR, dell'articolo 2-septies del codice, nel rispetto delle specifiche disposizioni di settore.

Al proposito l'art. 2 septies prevede che le misure di garanzia che riguardano i dati genetici debbano esse adottate sentito il Ministro della salute e che, tali misure di garanzia possono individuare, in caso di particolare ed elevato livello di rischio, il consenso come ulteriore misura di protezione dei diritti dell'interessato, a norma dell'articolo 9, paragrafo 4, del regolamento, o altre cautele specifiche.

Il GDPR ha trattato i dati genetici e li ha inseriti tra le "categorie particolari di dati personali" di cui in linea di massima è vietato il trattamento ai sensi dell'art. 9, par. 1, GDPR. Al par. 2, lo stesso Regolamento prevede una serie di deroghe al divieto del trattamento dei dati genetici che, oltre al caso del consenso prestato dall'interessato, in ambito sanitario il Garante privacy ha ricondotto, tra l'altro, ai trattamenti necessari per finalità di medicina preventiva e finalità di cura, gestione dei sistemi socio-sanitari (lett. h), a trattamenti necessari per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica (lett. i), per fini di ricerca scientifica (lett. j) o comunque necessari per motivi di interesse pubblico previa individuazione di misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato (lett. g). Quanto all'utilizzo dei dati sanitari in ricerca, nell'ambito del c.d. uso secondario dei dati, occorre ricordare che la normativa italiana, ai sensi dell'art. 110 del codice

[25] Garante per la protezione dei dati personali, Autorizzazione n. 8/2016 - Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici - 15 dicembre 2016 [5803688], reperibile in https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/5803688

privacy, ha anticipato parzialmente il favore derogatorio riconosciuto alla ricerca scientifica dal Regolamento (UE) 2025/327, prevedendo le ipotesi che consentono di prescindere dal consenso al trattamento dei dati. Peraltro, nel 2024 (d.l.19/2924) è stata prevista l'eliminazione della consultazione preventiva del Garante (ferma la possibilità per il Garante di fissare garanzie con regole deontologiche), semplificando enormemente le funzioni di enti come le biobanche.

Ovviamente, accanto alla disciplina del consenso per l'utilizzo dei dati genetici, occorre citare la normativa sul consenso informato al trattamento (nel caso di specie l'asportazione del materiale biologico) la cui osservanza è presupposto indefettibile per la liceità dell'azione della biobanca, ai sensi della L. 219/2017.

A seguire, in questa incessante rincorsa normativa, è intervenuto il Provvedimento del Garante del 13 dicembre 2018, che ha individuato le prescrizioni contenute nelle Autorizzazioni generali del Garante stesso (tra cui il citato provvedimento 8/2016) che risultavano compatibili con il GDPR e con il d.lgs. n. 101/2018, modificativo del Codice Privacy.

Per quanto interessa il presente approfondimento, nell'allegato 1 facente parte integrante del citato provvedimento, il punto 4 è dedicato alle prescrizioni relative al trattamento dei dati genetici[26].

Consapevole della delicatezza del bene tutelato, il provvedimento indica prescrizioni specifiche con riguardo a custodia e sicurezza dei dati genetici, nell'utilizzo, nella consultazione e nella conservazione.

Tra gli altri elementi, irrinunciabile è il momento dell'informazione che garantisce la consapevolezza dell'utente/paziente. Le informazioni da rendere agli interessati devono evidenziare i risultati conseguibili anche in relazione alle notizie inattese che possono essere conosciute per effetto del trattamento dei dati genetici, nonché la facoltà o meno, per l'interessato, di limitare l'ambito di comunicazione dei dati genetici e il trasferimento dei campioni biologici, nonché l'eventuale utilizzo di questi dati per ulteriori scopi.

Tale informazione si deve svolgere, dunque, con modalità e limiti tali non solo da garantire la consapevolezza delle misure di tutela della riservatezza, ma anche per proteggere la serenità dell'utente che ritenesse di non voler conoscere dettagli genetici e prognosi sullo stato di salute futuro, ad esempio quando l'eventuale predisposizione si riferisse ad una malattia, comunque, non curabile o prevenibile.

[26] Le prescrizioni ivi contenute sono poi state confermate, sempre ad opera del Garante, anche dal successivo provvedimento n. 146 del 5 giugno 2019, recante le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati, ai sensi dell'art. 21, comma 1 del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 [9124510]

Le biobanche sono realtà complesse in cui l'azione di custodia di campioni biologici di una persona e lo svolgimento della ricerca scientifica si intrecciano con una evoluzione tecnologica che permette analisi sempre più complesse, in cui l'anonimizzazione dei dati genetici e la conoscenza delle modalità di utilizzo del materiale rappresentano fattori essenziali per una adeguata tutela dei diritti di riservatezza e di tutela della salute dell'utente.

In tale ottica, la struttura e l'attività della biobanca di ricerca devono sempre necessariamente «tendere al perseguimento di interessi pubblici costituzionalmente tutelati, ossia garantire lo svolgimento della ricerca scientifica nel perseguimento del benessere della comunità e al contempo della persona nel rispetto della sua dignità, rifuggendo invece derive di accaparramento privatistico e di commercializzazione»[27].

In tale senso è opportuno responsabilizzare le strutture, al fine di garantire la migliore protezione possibile ai diritti degli interessati, parallelamente promuovendo una procedura di raccolta e gestione dei consensi che sia adeguata e coerente con gli scopi perseguiti e gli sforzi profusi.

Al riguardo, l'intreccio di competenze e oneri potrà solo aumentare, in previsione dell'adozione del regolamento sullo spazio europeo dei dati sanitari, in considerazione del fatto che tra le categorie minime di dati elettronici che i titolari dei dati devono mettere a disposizione per l'uso secondario, sono ricompresi i dati genetici e i dati sanitari elettronici provenienti da biobanche e banche dati dedicate[28].

[27] Così osserva, condivisibilmente, L. M. Lucarelli Tonini, *Regolare le biobanche tra interessi pubblici e privati: il nodo dei campioni biologici*, in *federalismi.it*, 12, 2023, 249.

[28] In tal senso l'art. 51, co.1, lett. f) e q), Regolamento (UE) 2025/327.

ISBN 979-12-235-0343-0

Euro 100,00