L'ARTE DEL DIALOGO

Liber amicorum

in onore di

Salvatore Prisco

a cura di

Fulvia Abbondante Carmela Capolupo
Marco Galdi Anna Maria Nico

Volume secondo

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 SECONDO

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 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

Gavina Lavagna[*]

LE PRINCIPALI DECISIONI DELLA CORTE COSTITUZIONALE DURANTE E *POST* L'EMERGENZA COVID-19

SOMMARIO: 1. Premessa. La disciplina normativa nella prima fase dell'emergenza da SARS-CoV-2 – 2. La sent. n. 198 del 2021 della Corte Costituzionale. Il rapporto sull'uso dei decreti legge e dei d. P.C.M. nell'emergenza sanitaria. – 3. I principali provvedimenti normativi adottati nella seconda fase emergenziale. – 4. La sent. n. 37 del 2021. La prima pronuncia della Corte sulla legislazione per la gestione dell'emergenza Covid-19. – 5. Brevi note sulla normativa in tema di vaccini anti Covid-19. – 6. La Corte Costituzionale si pronuncia sulla questione dei vaccini anti-SARS-COV-2. Una rapida ricostruzione in merito.

1. *Premessa. La disciplina normativa nella prima fase dell'emergenza da SARS-CoV-2*

La vicenda dell'emergenza da Covid-19, pur appartenendo al recente passato, sembrerebbe oramai costituire un fenomeno ad ogni buon conto superato o quanto meno sopito, con cui tutti abbiamo oramai imparato a convivere.

Sebbene il suddetto virus abbia cessato di operare nella sua fase emergenziale, questo non toglie che continuerà ad esistere e a generare effetti a tempo non qualificabile nella nostra realtà, senza però determinare quella sospensione di sistema che ha invece prodotto nel biennio pandemico.

Al fine di poter valutare il percorso tracciato dalla Corte Costituzionale sui diversi aspetti dell'emergenza sanitaria da Covid-19 risulta quanto più necessario, effettuare brevemente un'analisi preventiva della c.d. normativa emergenziale attraverso cui le istituzioni, con l'adozione di una sequenza di provvedimenti emanati sia a livello nazionale che in ambito regionale e locale, hanno gestito e coordinato l'azione nella fase pandemica al fine di arginare, per quanto possibile, la diffusione del contagio e la propagazione della malattia.

La pandemia da Coronavirus che ha travolto e sconvolto prima l'Asia orientale, poi l'Europa e a seguire gli Stati Uniti e tutto il resto del mondo, si è diffusa più specificamente all'interno del nostro territorio a partire dalla fine di gennaio 2020 e come è noto ha reso necessaria l'adozione di provvedimenti e misure di carattere straordinario rivolte a rendere quanto più possibile contenuto il numero dei contagi e tutelare la salute dei cittadini, con la costruzione di un quadro normativo emergenziale di tipo derogatorio rispetto a quello

[*] Associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Roma, gavina.lavagna@uniroma1.it.

ordinario e per questo rivolto a predisporre gli strumenti ritenuti più utili ed efficaci per il contenimento della situazione.

Non può non evidenziarsi allora, che in questa straordinaria realtà che abbiamo dovuto affrontare e di cui senza dubbio ancora viviamo gli effetti, il sistema delle fonti abbia subito uno "stordimento"[1] tanto da risultare costituito da una molteplicità di atti adottati da parte delle istituzioni statali dichiarate competenti (Consiglio dei Ministri, Presidente del Consiglio, Commissario Straordinario e Capo Dipartimento della Protezione Civile), quali deliberazioni, decreti del Presidente del Consiglio, decreti legge, circolari, ordinanze e decreti, mentre, in ambito regionale e locale si è assistito alla produzione senza precedenti da parte dei Presidenti delle Regioni, di ordinanze contingibili e urgenti quali strumenti rivolti «ad adeguare la norma nazionale alla criticità sorta all'interno dei territori interessati»[2].

Ciò posto risulta pertanto utile in prima battuta soffermarci brevemente ad analizzare il ruolo assunto dallo Stato e dalle regioni nella gestione dell'emergenza individuando, attraverso una ricostruzione dei livelli di conduzione e collaborazione tra i due enti, le diverse fasi che hanno caratterizzato la gestione della pandemia.

È a tutti noto che il 31 gennaio 2020, a seguito dello stato di emergenza globale dichiarato da parte dell'Organizzazione Mondiale per la Sanità

[1] M. Belletti, *La* "confusione" *nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in Osservatorio AIC, 3, 2020; F. Clementi, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in Osservatorio AIC, 3, 2020; M. Luciani *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista* AIC, 2, 2020 e in Consulta on line*, Liber amicorum* per il Prof. Pasquale Costanzo, 11 aprile, 2020.

[2] V. Di Capua, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in www.federalismi.it*,* Osservatorio Emergenza Covid-19*,* paper-20 maggio 2020; S. Agosta*, Il potere di ordinanza contingibile ed urgente quale laboratorio costituzionale a cielo aperto*, in M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte Costituzionale e giudici*, *Atti del Convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa*, Torino, 2011; A. Cardone, *Il rapporto tra ordinanze del Governo e decreti legge*, in Osservatorio sulle fonti, 2/2012; A. Cardone, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile* contro *le battaglie di retroguardia*, in osservatoriosullefonti.it, Fascicolo speciale, 2020; A. Fioritto *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008; C. Iannello, *Riflessioni su alcune conseguenze ordinamentali prodotte dall'emergenza Covid dalle limitazioni delle libertà costituzionali alla riemersione del sistema parallelo di amministrazione* extra ordinem, in osservatoriosullefonti.it, 1, 2021; M. Malo, *La nuova legge sulla protezione civile*, in F. S. Severi (a cura di), *La protezione Civile*, C. n. r., Roma, 1995, 20; E. Raffiotta *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019; G. Razzano, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010; G. Razzano, *Il Codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, Consulta on line, 2020.

(OMS)[3] il Consiglio dei Ministri dichiarò, quando ancora la situazione non mostrava la drammaticità che avrebbe successivamente assunto, lo stato di emergenza sanitaria nazionale, la prima volta per sei mesi poi, prorogandolo più volte[4] oltre il termine massimo biennale (il 31 gennaio 2022) previsto dal Codice della Protezione Civile[5], e disponendo di attuare le necessarie misure di prevenzione attraverso l'attribuzione del potere di ordinanza al Capo Dipartimento della Protezione civile, in deroga ad ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico[6].

A fronte della progressiva diffusione del contagio che in breve tempo ha condotto ad attribuire al fenomeno Covid-19 le proporzioni di una pandemia, il Consiglio dei Ministri, presa consapevolezza della presenza del virus sul territorio e soprattutto della sua alquanto rapida capacità di accrescimento e diffusione, decise di cambiare linea di azione affrontando l'emergenza non più con l'emanazione di ordinanze[7], ma attraverso l'adozione di due decreti legge:

[3] L'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha dichiarato l'«Emergenza Internazionale di Salute Pubblica» il 30 gennaio 2020. L'11 marzo 2020 l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha dichiarato lo stato di Pandemia in relazione alla diffusione a livello globale del COVID-19.

[4] «Lo Stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili» è stato prima prorogato al 15 ottobre, 2020, con delibera del Consiglio dei Ministri del 29 luglio 2020, poi al 31 gennaio 2021 con delibera del Consiglio dei Ministri del 7 ottobre, 2020, in seguito al 30 aprile 2021 con delibera del Consiglio dei Ministri del 13 gennaio, 2021 e poi al 31 luglio, 2021 con delibera del Consiglio dei Ministri del 21 aprile, 2021.

[5] La scadenza biennale di quanto prescritto nel Codice di Protezione Civile, in questa circostanza, come in altre, ha indotto il Presidente del Consiglio Draghi ad intervenire ex art. 1, comma1 del d.l. 24 dicembre 2021, n. 221, convertito nella l. 18 febbraio 2022, n. 11, e di conseguenza a prorogare lo stato di emergenza al 31 marzo 2022.

[6] Il nuovo "Codice della protezione civile" adottato, come noto, con Decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1 dispone all'art. 24, comma 2 che gli interventi da adottare durante lo stato di emergenza sono indicati nel successivo art. 25, comma 2 lettere a) e b), nella forma di «ordinanze emanate dal Capo dipartimento della Protezione Civile in deroga ad ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione Europea».

[7] Risulta che nel periodo di tempo trascorso tra il 3 febbraio e il 22 febbraio 2020 siano state adottate una serie di ordinanze da parte del Capo del Dipartimento della Protezione civile attuative dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei Ministri, ordinanze queste rappresentative dei primi provvedimenti della Protezione civile per coordinare gli interventi necessari al soccorso e all'assistenza della popolazione interessata dall'emergenza epidemiologica da Covid-19, e per garantire il funzionamento dei servizi pubblici. Ma non solo. Anche il Ministro della Salute, in seguito all'identificazione epidemiologica di alcuni pazienti ricoverati negli ospedali di comunità ristrette quali quelle dei Comuni di Lodi e di Codogno, in un clima di massima collaborazione con le autorità locali, decise di adottare due distinte ordinanze, datate 21 e 22 febbraio, d'intesa con i Presidenti della Regione Lombardia e della regione Veneto,

prima il d. l. 23 febbraio 2020, n. 6, (*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da* Covid-19)[8] e a seguire il d. l. 25 marzo 2020, n. 19 (*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da* COVID-19) strumenti questi usati dal Governo per affrontare la situazione che andava progressivamente diffondendosi su tutto il territorio e che, come noto, hanno costituito non solo una variazione nei mezzi, ma soprattutto hanno rappresentato un cambiamento nel modo di relazionarsi tra Stato e regioni. Se infatti fino alla fase di emanazione dell'ordinanze indicate il rapporto tra centro e periferia poteva definirsi di tipo collaborativo nell'affrontare la situazione imposta dall'epidemia, questo ha subito a livello pratico una trasformazione divenendo piuttosto di tipo competitivo. Il Governo infatti ha voluto accentrare a sé la gestione dell'emergenza contestualmente allontanando le regioni e disattendendo, di conseguenza, quanto prescritto dal Codice di Protezione civile che prevedeva l'intesa tra i due organi.

secondo l'art. 32 della legge 833 del 1978, in cui era prescritto che per dieci Comuni della Lombardia, e per il Comune di Vò Euganeo in Veneto, la c.d. Zona Rossa, che il territorio veniva sottoposto ad una situazione di quarantena e di conseguenza disposta, al fine del contenimento dell'epidemia, la sospensione di tutte le attività sociali, commerciali, lavorative, nonché quelle di carattere scolastico e religiose. A. Arcuri *Cose vecchie e cose nuove sui d. P.C.M. dal fronte (… dell'emergenza coronavirus)*, in www.federalismi.it, 28, 2020; R. Cavallo Perin, *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d'emergenza*, in Giustiziainsieme.it, 15 maggio 2020; M. Cavino, *Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in www.federalismi.it., Osservatorio Emergenza Covid - paper - 18 marzo 2020; M. Cavino, *Appunti sui limiti territoriali all'esercizio del potere di ordinanza (in tempo di pandemia)*, in Rivista AIC*,* 1, 2021».

[8] B. Caravita, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in www.federalismi.it, 18 marzo 2020; A. Cerri, *Spunti e riflessioni minime a partire dall'emergenza sanitaria*, in Nomos, 1, 2020; F. Cintioli, *Sul regime del lockdown in Italia, in federalismi.it*, focus, Osservatorio Emergenza COVID-19, 6 aprile 2020; F. Clementi, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza…, op. cit.;* M. Francaviglia, *Decretazione d'urgenza, poteri di ordinanza e riserve di legge. La produzione normativa dell'emergenza Covid-19 alla luce del principio di legalità sostanziale*, in Diritto pubblico, 2, 2020, 361-384; V. Lippolis, *Il rapporto Parlamento – Governo nel tempo della Pandemia*, in Rivista AIC, 1, 2021; M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto…, op. cit.;* G. Mobilio, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da COVID-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, in osservatoriosullefonti.it, Fascicolo speciale, 2020; D. Mone, Il *Covid-19 in Italia: salute e altri diritti fondamentali in Italia fra potere di ordinanza statale e regionale*, in Diritto Pubblico Europeo Rassegna on line, 1, 2020; A. Morelli, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in dirittiregionali.it, 1, 2020; I.A. Nicotra, *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2021; C. Pinelli, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni,* in Astrid*, Rassegna*, fasc. 5, 2020; F. Sorrentino, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in Costituzionalismo.it, 1, 2020; M. Tresca, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*, in Osservatorio Costituzionale AIC, 3, 2020.

Il primo segnale di questo passaggio risultava già dall'emanazione del suddetto d. l. n. 6 del 2020, un atto questo in cui all'art. 1, comma 1, il Governo, oltre ad indicare un lungo elenco non tassativo ed aperto di misure finalizzate al contenimento della diffusione del contagio, riconosceva nella Presidenza del Consiglio la figura chiave per frenarne la diffusione attraverso lo strumento del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM); al 2 comma, invece, conferiva alle «autorità competenti» il potere di adottare «ulteriori misure» di contenimento e gestione dell'emergenza al fine di prevenire la propagazione e di conseguenza "alleggerire" la pressione sul sistema sanitario[9].

Il successivo art. 2 autorizzava le autorità competenti ad adottare con le modalità previste dall'art. 3, commi 1 e 2 «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza anche fuori dai casi dell'art. 1, comma 1», così allargando la possibilità di esercitare il potere di ordinanza ad un numero alquanto non definito di possibili circostanze e non invece limitate a quanto disposto dall'art. 1, comma 1, del Decreto in oggetto[10].

Il Governo con l'adozione del successivo d. l. n. 19 del 2020 e coordinato con la legge di conversione 22 maggio 2020, n. 35, elaborato al fine di rimediare alle lacune e alle incertezze di alcune disposizioni alquanto controverse del precedente atto normativo[11], ha pressoché reimpostato il precedente decreto legge cercando di risolverne le criticità sorte nel periodo della sua vigenza, disponendo all'art. 1, co. 1, che per *contenere e contrastare* i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del Covid-19 su specifiche parti del territorio, ovvero all'occorrenza sulla sua totalità, potevano essere adottati tutta una serie di provvedimenti individuati dall'art. 1, co. 2 e dunque al comma successivo, con uno o più decreti

[9] F. Bilancia, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in Dirittopubblico.it, 2, 2020; C. Pinelli, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria,* cit.; F. Furlan, *Il Potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi di Covid19*, in www.federalismi.it, 23 settembre 2020.

[10] Il Decreto in oggetto, alla tipologia di atti di livello governativo aggiungeva di poi quelle misure indicate al fine del contenimento e la gestione dell'emergenza in ambito regionale e locale. G. Boggero, *Le* "more" *dell'adozione dei d. P.C.M. sono* "ghiotte" *per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in dirittiregionali.it, 1, 2020; S. Staiano, *Né modello, né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in Rivista AIC, 2, 2020, 539.

[11] Sul punto A. Morelli, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus…, op. cit.,* 520. Con riferimento al Decreto legge in oggetto: A. Algostino, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in costituzionalismo.it, 1, 2021; M. Borgato, *Prime riflessioni sulle ordinanze contingibili ed urgenti dopo il [d.l.] 25 marzo 2020, n. 19*, in Astrid Rassegna, 5, 2020; I. Nicotra, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in Rivista AIC, 1, 2021, 137; D. Trabucco, *Sull'(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in Astrid Rassegna, 5, 2020.

del Presidente del Consiglio dei Ministri assunti dopo l'acquisizione del parere dei Presidenti delle regioni interessate o, nel caso risultasse invece coinvolto l'intero territorio nazionale, del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome.

La questione che ha sollevato maggiori criticità è senza dubbio da riferirsi alla modalità di assunzione delle misure di contenimento del virus posto che l'impianto del d. l. legge n. 19 del 2020 conferiva ai d. P.C.M. centralità nella gestione dell'emergenza, attribuendo ad ogni altro provvedimento emergenziale un ruolo definibile come sussidiario in quanto adottabile solo nelle more dell'emanazione di tali decreti, con efficacia limitata a tale momento, e con contenuto tipico.

2. *La sent. n. 198 del 2021 della Corte Costituzionale. Il rapporto sull'uso dei decreti legge e dei d. P.C.M. nell'emergenza sanitaria*

La sintetica ricostruzione del quadro normativo adottato nella prima fase emergenziale da parte del Governo nella forma di decreti legge e d. P.C.M. ci induce a soffermarci sull'analisi della sentenza 22 ottobre 2021, n. 198, una pronuncia con cui la Corte Costituzionale, riferendo in ordine all'uso combinato dei suddetti atti in relazione alla gestione dell'emergenza epidemiologica, convalidò a pieno la strategia fino a quel momento adottata dal Governo, confermando la legittimità di modelli di regolazione dell'emergenza differenti rispetto a quelli indicati dalla Protezione civile come non solo l'uso di decreti legge, ma anche quello dei d. P.C.M.

La questione ha rappresentato ad ogni buon conto per il giudice costituzionale la seconda occasione per pronunciarsi sul tema della gestione pandemica dopo che già sette mesi prima, con la sentenza 12 marzo 2021, n. 37, era per la prima volta intervenuto e aveva avuto modo di esprimersi in ordine al riparto di competenze tra Stato e Regioni riconducendo la normativa di contrasto alla pandemia, adottata sotto forma di d. P.C.M., alla potestà esclusiva statale in materia di profilassi internazionale, di cui al disposto dell'art. 117, co. 2, lett. q, Cost.

In particolare con la sent. 198 del 2021[12] la Corte fu chiamata a esprimersi sulla legittimità costituzionale di alcune disposizioni dei richiamati d. l. n. 6 del

[12] Su tale decisione: A. Arcuri *La Corte costituzionale salva i dpcm. e la gestione della pandemia. Riflessioni e interrogativi a margine della sent. n. 198/2021*, in Giust. ins. 19 gennaio 2022; M. Cavino, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost*. n. 198/2021, in www. federalismi.it, 3 novembre 2021; A. Lamberti, *La Corte costituzionale e il salvataggio forzato dei DPCM: osservazioni a argine di Corte cost., sent n. 198/2021*, in Corti supreme e salute, 2022, 1, 9 ss.; S. Lieto, *L'impatto dell'emergenza sanitaria ed economica da Co-*

2020 e n. 19 del 2020 adottati, come è noto, dal Governo nella prima fase pandemica come meccanismi di contenimento e gestione della crisi da Covid-19. La questione in oggetto era stata sollevata con ordinanza 23 dicembre 2020, n. 27[13] dal Giudice di Pace di Frosinone che già era stato chiamato a pronunciarsi sull'opposizione di un cittadino alla sanzione amministrativa pecuniaria di 400 euro, inflittagli per aver violato le misure imposte relative al contenimento del virus quali, in particolare, il divieto di uscire dalla propria abitazione e spostarsi nel territorio comunale senza giustificato motivo, secondo il d. P.C.M. 22 marzo 2022, attuativo dei sopraindicati decreti legge[14].

Sulla base di quanto esposto il Giudice *a quo* evidenziò che la sanzione inflitta al cittadino costituiva una forma di delega illegittima della funzione legislativa realizzata attraverso l'adozione di meri atti amministrativi, i c.d. d. P.C.M., emanati, non solo in contrasto con il principio di tipicità delle fonti primarie del diritto, ma anche al di fuori dell'unica ipotesi di emergenza costituzionalmente rilevante quale quella dello Stato di guerra prescritta dall'art. 78 Cost.

Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli artt. 1, 2 e 3 del d. l. n. 6 del 2020 e degli artt. 2, 3 e 4 del d. l. n. 19 del 2020 per violazione degli artt. 76, 77 e 78 Cost., la Corte, nella sentenza in oggetto, dopo aver effettuato un'attenta ricostruzione della sequenza normativa attraverso cui Parlamento e Governo avevano fino a quel momento provveduto ad affrontare la gestione dell'emergenza sanitaria, si soffermò sulle diverse eccezioni sollevate dalla difesa dello Stato. In riferimento a quelle presentate per difetto di rilevanza relative al d. l. n. 6 del 2020, il giudice costituzionale dichiarò le questioni sollevate inammissibili evidenziando che sebbene il contendere principale avesse ad oggetto l'inosservanza del d. P.C.M. 22 marzo 2020, attuativo del d. l. n. 6 del 2020, il fatto da cui era scaturito il giudizio ricadeva sotto la vigenza

vid-19 sul sistema delle fonti tra livello statale, regionale e locale, in Osservatoriosullefonti.it, fasc. 2/2022; A. Lucarelli, *L'erosione del principio di legalità e gli atti amministrativi sufficientemente tipizzati*, in Giur. Cost., 4, 2020; A. Morelli, *Le "convergenze parallele" dei modelli di normazione impiegati per fronteggiare la pandemia*: «stato di emergenza» e «stato di necessità» *alla luce della sent. n. 198/2021*, in Nomos, 3, 2021; N. Viceconte, *La gestione della pandemia di Covid-19 nella giurisprudenza costituzionale, in Servizio Studi Corte Costituzionale*, marzo 2023, 23 ss.; M. Vittori, *I Decreti-legge e i D.P.C.M. dell'emergenza sanitaria tra riserva di legge, tipizzazione del contenuto dei provvedimenti e bilanciamento dei diritti*, in Consulta on line, 30 dicembre, 2022.

[13] Ord. 23 dicembre 2020, n. 27, in G.U., 1° Serie Speciale-Corte Costituzionale n. 10 del 10 marzo 2021.

[14] Il Giudice di Pace di Frosinone aveva dunque ricondotto da quanto esposto, il divieto di circolazione sul territorio al d. P.C.M. 22 marzo 2020, attuativo del d. l. n. 6 del 2020, ma in realtà al verificarsi dell'evento già risultava in vigore il d. P.C.M. 10 aprile 2020, attuativo del successivo d. l. n. 19 del 2020.

del d. P.C.M. del 10 aprile 2020, attuativo del d. l. n. 19 del 2020; la fattispecie oggetto del giudizio era stata commessa il 20 aprile 2020 e pertanto risultava soggetta non più al d. P.C.M. del 22 marzo, che aveva perduto di efficacia il 14 aprile per effetto dell'adozione del successivo d. P.C.M. 10 aprile che risultava attuativo, come riferito, del d. l. n. 19 del 2020.

Ciò posto la Corte ritenne di particolare importanza allora, nella seconda parte del giudizio, procedere all'analisi nel merito delle sole questioni riguardanti il d. l. n. 19 del 2020; partendo dalla relazione illustrativa al disegno di legge di conversione e, ciò posto, evidenziò che il decreto aveva come obiettivo principale di «sottoporre a una più stringente interpretazione del principio di legalità la tipizzazione delle misure potenzialmente applicabili per la gestione dell'emergenza» evidenziando che come tale ha realizzato con una compilazione che riconduce a livello di fonte primaria «il novero di tutte le misure applicabili all'emergenza stessa, nel cui ambito i singoli provvedimenti emergenziali potranno discernere, momento per momento e luogo per luogo, quelle di cui si ritenga esservi concretamente maggiore bisogno per fronteggiare… l'emergenza stessa».

Le questioni relative al d. l. n. 19 del 2020 furono dichiarate infondate in ragione del fatto che tale provvedimento «lungi dal dare luogo a un conferimento di potestà legislativa al Presidente del Consiglio dei ministri in violazione degli artt. 76 e 77 Cost.» si sarebbe limitato «ad autorizzarlo a dare esecuzione alle misure tipiche previste».

La tipizzazione delle misure contenuta nel suddetto decreto ha costituito uno strumento attraverso cui il Governo ha provveduto a reimpostare quasi integralmente lo schema normativo contenuto nel precedente d. l. n. 6 del 2020, elencando nell'art. 1, comma 2, le misure emergenziali che potessero essere usate al fine di frenare e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del Covid-19 indicando al contempo, che dovessero essere adottate «secondo principi di adeguatezza e proporzionalità»[15].

Inoltre, la dovuta tipizzazione delle misure di contenimento in riferimento sia alla responsabilità del Governo nei confronti del Parlamento, sia alla certezza dei diritti dei cittadini, è stata accompagnata, nella struttura del d. l. 19 del 2020, da ulteriori garanzie: tra queste rilevano la temporaneità delle misure restrittive adottabili solo «per periodi predeterminati» e reiterabili non oltre il termine finale dello stato di emergenza, l'informativa ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate, l'illustrazione preventiva alle Assemblee da parte del Presidente del Consiglio o da un ministro da lui delegato sul contenuto dei provvedimenti da adottare, salvo l'ipotesi di ragioni di urgenza intervenute

[15] A riguardo il d. l. n. 6 del 2020 prevedeva la clausola di apertura «ulteriori misure».

post, e da ultimo, il parere del comitato tecnico scientifico su quanto da decidere.

Sulla base di quanto ricostruito è di chiara evidenza che il legislatore statale abbia quindi scelto di tipizzare le misure adottabili da parte del Presidente del Consiglio «in tal modo precludendo all'autorità di Governo l'assunzione di provvedimenti *extra ordinem*», ma a questo la Corte ha aggiunto l'imposizione di un criterio rivolto a precludere l'esercizio della discrezionalità amministrativa, che di per sé risultava del tutto incompatibile con l'attribuzione di potestà legislativa al Presidente del Consiglio, ex art. 76 e 77 Cost.

In ordine al rapporto tra d. l. e d. P.C.M. la Corte Costituzionale ha dunque provveduto in conclusione a qualificare la natura giuridica di tale ultima categoria di atti, non senza richiamare quanto in precedenza affermato nella sentenza n. 4 del 1977 a proposito delle ordinanze prefettizie contingibili e urgenti quando il giudice delle leggi aveva distinto due tipologie di atti, aventi entrambi come presupposto l'urgente necessità del provvedere, ma se i primi, gli «atti necessitati», emessi in attuazione di norme legislative e con il contenuto prefissato dalle norme stesse, le seconde invece, le «ordinanze necessitate», autorizzate da una fonte primaria, ma dal contenuto libero[16].

Nella sent. n. 198 del 2021 la Corte ha dunque ricondotto le ordinanze prefettizie contingibili e urgenti al modello delle ordinanze necessitate che come tali sono perciò suscettibili di assumere vario contenuto per adeguarsi alle differenti situazioni; diversamente, i d. P.C.M. vengono emessi in attuazione di norme legislative che ne prestabiliscono il contenuto. In conclusione la Corte ritenne che le disposizioni oggetto di censura di cui al d. l. n. 19 del 2020 non avevano conferito al Governo una funzione legislativa, ma soltanto il compito di dare esecuzione alla norma primaria mediante atti amministrativi sufficientemente tipizzati. Pertanto, non era stata effettuata a riguardo alcuna delega impropria, come il giudice aveva avanzato; piuttosto, la situazione emergenziale ancora a pieno regime, teneva acceso il motore al fine di poter fronteggiare al meglio la pandemia in corso.

3. *I principali provvedimenti normativi adottati nella seconda fase emergenziale*

È noto che a seguito dei miglioramenti riscontrati sul piano sanitario e al progressivo allentamento delle misure di contenimento obbligatorio imposto durante il *lockdown*, il Governo intervenne con l'emanazione del d. l. 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, nella l. 14 luglio 2020, n. 74.

[16] L. Castelli, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*., Napoli 2021; L. Castelli, *Tra «disporre» e «provvedere». I dpcm pandemici al* test *di normatività*, in Osservatorio sulle fonti, n. 2/2022.

L'atto in oggetto, recante *Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19*, definiva fino al 31 luglio 2020, l'inquadramento relativo agli spostamenti e le misure finalizzate a consentire la ripresa delle attività nei diversi settori.

Il d. l. n. 33 del 2020, senza abrogare il precedente d. l. n. 19 del 2020, ma facendovi piuttosto richiamo in riferimento ai più volte ripetuti artt. 2 e 3, nonché mantenendo in vigore alcuni divieti in questo prescritti, come quello di espatrio con finalità turistica o di assembramento, conteneva due diverse modalità di coinvolgimento delle regioni realizzando pertanto una valorizzazione del ruolo delle stesse, rispetto a quanto fino a quel momento non avessero effettivamente avuto riconosciuto[17].

Se infatti all'art. 1, comma 14, del d. l. n. 33 del 2020, era indicato che fossero le Regioni o la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ad approvare, nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida a cui le imprese erano tenute ad uniformarsi e a rispettare per riattivare la loro attività economica, produttiva e sociale, il secondo periodo del suddetto comma disponeva che in mancanza di provvedimenti regionali, trovassero diretta attuazione i protocolli o linee guida adottati a livello nazionale.

Di particolare rilevanza risultava l'art. 1, comma 16, del decreto predetto che, oltre a demandare alle Regioni il compito di mantenere con cadenza giornaliera l'andamento della situazione epidemiologica nei loro territori e l'adeguatezza del sistema sanitario, al fine di garantire il pieno svolgimento in condizioni di sicurezza delle attività economiche, produttive e sociali, disponeva «che in relazione all'andamento della situazione epidemiologica sul territorio nazionale, accertata secondo i criteri stabiliti con Decreto del Ministro della Salute del 30 aprile 2020 (Adozione dei criteri relativi alle attività di monitoraggio del rischio sanitario di cui all'allegato 10 del d. P.C.M. del 26 aprile 2020) e sue modificazioni, la Regione, informando contestualmente il Ministro della Salute, può introdurre misure derogatorie, ampliative o restrittive rispetto a quelle disposte ai sensi del medesimo art. 2».

È certo che con le disposizioni in oggetto veniva rafforzato il coinvolgimento delle Regioni nella gestione dell'emergenza epidemiologica rispetto invece a quanto previsto dall'art. 3 del d. l. n. 19 del 2020 in cui, come precedentemente riferito, alle Regioni residuava solo la possibilità di introdurre misure ulteriormente restrittive rispetto a quelle fino a quel momento vigenti, e rivolte, come indicato, a far fronte a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario presente sul territorio.

[17] F. Bilancia, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in Diritto Pubblico, 2, 2020, 337.

Ora è indubbio che con il cambiamento di rotta ovvero di modalità sopra indicato le regioni, in relazione alla progressiva diffusione del virus su tutto il territorio e non solo in aree localizzate come invece si presentava all'inizio del contagio, furono investite di un potere rivolto a regolare le misure relative al contenimento della trasmissione del virus Covid-19 in modo pressoché autonomo nella propria realtà, inasprendo ovvero mitigando pertanto le misure suddette a seconda del quadro epidemiologico dell'area regionale di riferimento.

Con l'avvio della stagione autunnale è a tutti noto che il virus Covid-19 ha nuovamente ricominciato la sua rapida diffusione. La riapertura delle scuole e la ripresa delle attività lavorative hanno portato ad un aumento esponenziale dei focolai e di conseguenza indotto il Governo della Repubblica, nella riunione del 7 ottobre 2020, su parere del Comitato tecnico scientifico, non solo a deliberare la proroga dello stato di emergenza al 31 gennaio 2021, ma ad intervenire rapidamente al fine del contenimento della pandemia, adottando ulteriori misure di sicurezza, con l'emanazione del d. l. 7 ottobre 2020, n. 125, poi convertito con modificazioni in legge 27 novembre 2020, n. 159 intitolata «Misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19 e per la continuità operativa del sistema di allerta COVID, nonché per l'attuazione della direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020».

A rafforzare e rendere maggiormente incisive le misure di prevenzione indicate nel Decreto in oggetto, il Presidente del Consiglio, a fronte dell'incalzare dei contagi, ha di poi adottato nell'arco temporale di poco più di un mese quattro d. P.C.M.[18] aventi ad oggetto misure sempre più stringenti di contenimento della diffusione della pandemia sul territorio nazionale e modificative della normativa precedentemente adottata a riguardo.

In particolare se i d. P.C.M., 13,18 e 24 ottobre hanno introdotto misure rivolte all'obbligo dell'uso delle mascherine sia all'aperto che al chiuso, con la raccomandazione di utilizzarla anche all'interno della propria abitazione in presenza di persone non conviventi, o ancora hanno disposto il divieto di assembramento all'aperto o al chiuso ovvero prescritto limitazioni delle attività di ristorazione, religiose, sportive, formative e ricreative, di particolare rilevanza risulta l'adozione del d. P.C.M., 3 novembre 2020, in vigore dal 6 novembre 2020 e valido fino al successivo 3 dicembre, con misure più stringenti e più restrittive ordinate in sostituzione del precedente d. P.C.M., 24 ottobre 2021.

[18] DPCM,13 ottobre 2020, in G.U n. 253, del 13.10.2020; DPCM, 18 ottobre 2020, in G.U n. 258, del 18.10.2020; DPCM, 24 ottobre 2020, in G.U n. 265, del 25.10.2020; DPCM, 3 novembre 2020, in G.U n. 275, del 4.11.2020;

Il d. P.C.M. del dicembre 2020 ha segnato un cambiamento nella modalità di strategia per affrontare la diffusione della pandemia. Il Premier Conte infatti, con la misura in oggetto, ha posto le condizioni per poter contrastare la crescita esponenziale dei contagi e il rischio del collasso del sistema sanitario indicando una soluzione non più rivolta, come in precedenza, ad introdurre limitazioni uniformi su tutto il territorio con un *lockdown* impostato su base nazionale, ma realizzando piuttosto regimi differenti, con la suddivisione delle Regioni in diverse fasce di rischio ed improntate sulla base dei ventuno parametri indicati nel documento scientifico condiviso con la Conferenza delle Regioni e con il titolo "Prevenzione e risposta Covid-19, evoluzione della strategia per il periodo autunno-inverno".

In riferimento a quanto indicato, il d. P.C.M. in oggetto agli artt. 2 e 3 ha attribuito al Ministro della Salute il potere di adottare ordinanze rivolte ad individuare le Regioni che si collocano in uno scenario di "elevata gravità", ovvero di "massima gravità" e da un livello di rischio alto di diffusione del virus. La riconducibilità delle Regioni e delle Province autonome in uno degli scenari indicati è effettuata sulla base dei dati elaborati dalla cabina di regia istituita con il decreto del Ministro della Salute del 30 aprile 2020 e sentito il Comitato tecnico scientifico sulla base dei dati monitorati[19].

Nel quadro normativo in tema di emergenza Covid-19 è da evidenziare che oltre al d. l. n. 2 del 2021 e al successivo d. P.C.M. attuativo, del 14 gennaio 2021, con cui è stato disposto il differimento dello stato di emergenza epidemiologica al 30 aprile 2021, è stato emanato il d. l. 23 febbraio 2021, n. 15 che, oltre ad imporre il divieto di spostamento della popolazione sull'intero territorio nazionale, se non motivata da comprovate esigenze lavorative e per motivi di salute ovvero per situazioni di necessità, disponeva rilevanti novità in ordine alla denominazione, anche dal punto di vista normativo delle diverse aree in base al rischio epidemiologico in esse accertato e, distinguendo pertanto le Regioni in zone di colore rosso, arancione, giallo e bianco a seconda dell'andamento decrescente della curva dei contagi[20].

[19] Le misure in oggetto vengono disposte con ordinanza del Ministero della Salute, d'intesa con il Presidente della Regione interessata e con il CTS. Il periodo minimo di durata di validità è di 15 giorni.

[20] In base al grave rischio di diffusione epidemiologico e specificatamente con incidenza settimanale dei contagi ogni centomila abitanti fu fissata una diversa denominazione, anche in via normativa alle regioni. Oltre alle zone "rosse" e "arancioni" di cui ai commi 16-quater e 16-quinques, art. 1 del Decreto legge n. 33 del 2020 e, in via residuale le zone "gialle", venne definita la c.d. zona "bianca" di cui al nuovo comma 16-sexies del suddetto art. 1 del Decreto legge n. 33 del 2020, per territorio la cui incidenza settimanale dei contagi risultava inferiore a cinquanta casi ogni centomila abitanti per tre settimane consecutive e che si collocavano in uno scenario di rischio basso.

4. *La sent. n. 37 del 2021. La prima pronuncia della Corte sulla legislazione per la gestione dell'emergenza Covid-19*

Il particolare attivismo normativo manifestatosi dalle Regioni nel periodo pandemico e accresciutosi di fatto nella seconda fase dell'emergenza da Covid-19 ha generato non poche tensioni tra centro e periferia che venivano però trasferite dalle parti in causa ai Tribunali amministrativi regionali al fine della risoluzione delle controversie sollevate[21]. Il contenzioso tra Stato e Regioni nella fase epidemica Covid-19, sebbene a lungo lasciato alla giurisdizione amministrativa, ha subito una forte scossa, auspicabile già da tempo[22], quando la Corte Costituzionale, per la prima volta, con la sentenza 12 marzo 2021, n. 37 si pronunciò nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale sulla legge anti-pandemica della Regione Valle d'Aosta, 9 dicembre, 2020, n. 11 (Misure di contenimento della diffusione del virus-Sars-Cov-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza)[23].

In attesa di affrontare la trattazione nel merito della questione (fissata al 23 febbraio) la Corte, come è noto, sospese in via cautelare con l'ordinanza n. 4 del 2021 l'efficacia della legge valdostana, su ricorso presentato dal Presidente del Consiglio il 21 dicembre 2020 e iscritto al n. 101 del registro dei ricorsi 2020. Ciò che rileva è che con l'ordinanza in oggetto, depositata il 14 gennaio 2021, la Consulta ha, come riferito, sospeso in via cautelare l'efficacia dell'intera legge regionale ritenendo che essa invadesse la competenza esclusiva statale nella materia della profilassi internazionale, «con il rischio di un grave ed irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico e ai diritti delle persone». Quanto disposto ha rappresentato senza dubbio un "inedito" per la Corte che, per la prima volta in più di cinquant'anni di attività[24], nel corso di un giudizio in via

[21] E. Longo, *Episodi e momenti del conflitto Stato-Regioni nella gestione dell'epidemia da Covid-19,* in Osservatorio delle fonti, 2, 2020; I. Raiola, *Il regionalismo cooperativo alla prova dell'emergenza sanitaria*, Consiglio di Stato, Ufficio Studi, massimario e formazione, 19 ss.

[22] B. Caravita, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in www.federalismi.it, 21 aprile 2021, riferisce che «la Corte, adita tardivamente per mancanza di volontà politica dei possibili attori (ben si sarebbe potuto costruire un giudizio principale o un conflitto di attribuzione, che avrebbe permesso una pronuncia tempestiva del giudice costituzionale…) alla fine ha indicato una strada».

[23] La Corte in particolare si è pronunciata sugli artt. 2, commi 4, 6, 7, 9, da 11 a 16, 18 e da 20 a 25, 3, comma 1, lettera a), e 4 della legge della Regione Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11.

[24] A. Conzutti, *Un* "vaccino processuale" *per combattere il COVID-19? La prima "storica" pronuncia di sospensiva*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 1, 2021; R. Dickmann, *Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia delle leggi* (*Osservazioni a margine di Corte cost., ord., 14 gennaio 2021, n. 4*), in www.federalismi.it, 10 febbraio 2021; E. Lamarque, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale (Nota a*

principale ha accolto l'istanza di sospensione di una legge regionale servendosi del potere cautelare, uno strumento che sebbene non sia mai stato utilizzato in ambito processuale ha trovato, come è noto, il suo espresso riconoscimento nell'art. 9, comma 4, l. 131 del 2003 (Legge La Loggia)[25].

Con la sentenza n. 37 del 2021[26], la Corte Costituzionale ha messo un punto al difficile rapporto tra Stato e Regioni in relazione ai tratti fondamentali e strategici di contrasto all'emergenza sanitaria. A riguardo infatti, nel riconoscere quanto precedentemente segnato dall'ordinanza n. 4 del 2021, la Corte, con la sentenza in oggetto, accolse il ricorso del Governo contro la legge della Regione della Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11, che consentiva misure di contenimento della pandemia diverse da quelle statali, e dichiarò l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, 2, e 4, commi 1, 2, e 3 della Legge della Regione autonoma nella parte in cui regolava la gestione regionale dell'emergenza indotta dalla diffusione del Covid-19, facendo ricadere la materia oggetto dell'intervento legislativo regionale nella competenza esclusiva dello Stato a titolo di profilassi legislativa internazionale che risultava, come è noto, comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla.

La pronuncia rilevava per il contenuto complessivo della legge regionale impugnata che, distaccandosi da quanto prescritto a livello statale, prevedeva una disciplina regionale autonoma relativamente alla gestione del virus Covid-19. A tale riguardo infatti, il ricorso notificato a mezzo di posta elettronica

Corte cost. 14 gennaio 2021 n. 4), in giustiziainsieme.it, 26 gennaio 2021; N. Miniscalco, *Godot è arrivato! La Corte Costituzionale, per la prima volta, sospende la legge* (*note a margine di Corte Costituzionale, ord. n. 4 del 14 gennaio 2021*), in Consulta online, 1, 2021; A., Vuolo, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale: passato, presente e futuro*, in www.federalismi.it, 7 aprile 2021.

[25] Modificando il disposto dell'art. 35 della Legge n. 87 del 1953, il potere di sospensiva delle leggi nel giudizio di legittimità in via d'azione ha trovato disciplina nella Legge 5 giugno 2003, n. 131 c.d. Legge La Loggia, art. 9, comma 4, e lo ha indicato nel caso in cui la Corte «ritenga che l'esecuzione dell'atto impugnato o di parti di esso possa comportare il rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica, ovvero il rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini».

[26] V. Baldini, *Conflitto di competenze tra Stato e Regione nella lotta alla pandemia. Un sindacato politico della Corte Costituzionale? Riflessioni a margine della sent. n. 37 del 2021 della Corte costituzionale*, in dirittifondamentali.it, 1, 2021; B. Caravita, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta…, op. cit.;* L. Leo, *L'ascesa delle ordinanze…*, *op. cit*., 308; M. Gola, *Pandemia, Stato e Regioni: quando la "materia" non basta (nota a Corte Costituzionale n. 37/2021)*, in giustiziainsieme.it.; M. Mezzanotte, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in Consulta online, 1, 2021; D. Morana, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37 /2021*, in Forum di Quaderni costituzionali, 2, 2021.

da parte del Presidente del Consiglio evidenziava che la normativa regionale valdostana si poneva in contrasto con la competenza esclusiva statale in tema di profilassi internazionale (art. 117, comma 2, lett. q), Cost.) e di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, comma 2, lett. m), Cost.), ma anche con gli artt. 118 e 120 Cost., nonché con il principio di leale collaborazione e con l'art. 44 dello Statuto valdostano.

Ciò premesso la Corte affermò che il legislatore regionale, anche se dotato di autonomia speciale, non potesse invadere con la sua disciplina una materia avente ad oggetto la pandemia da Covid-19, diffusa a livello globale e per questo affidata per intero alla competenza esclusiva dello Stato a titolo di profilassi internazionale ex art. 117, comma 2, lett. q) Cost. La profilassi internazionale comprende infatti ogni misura atta a contrastare la pandemia, ma anche, come riferito dalla Corte a prevenirla e pertanto è richiesta a tale scopo «uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale». A fronte di una malattia altamente contagiosa in grado di diffondersi a livello globale, come quella risultante dal virus Covid-19 per l'elevato grado di diffusività che la caratterizza, era allora indubbio, affermò la Corte, che «ragioni logiche, prima che giuridiche (sent. 5/2018) radicano nell'ordinamento costituzionale l'esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'eguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività».

Dopo aver precisato che le autonomie regionali non potessero certo essere estranee alla gestione della crisi pandemica, in ragione delle attribuzioni loro spettanti nelle materie di competenza concorrente, quali la salute e la protezione civile, la Corte riferì che la loro azione potesse essere esercitata «nei limiti in cui esse si inseriscono armonicamente nel quadro delle misure straordinarie adottate a livello nazionale, stante il grave pericolo per l'incolumità pubblica».

Se sono dunque le strutture sanitarie regionali ad avere attribuito il compito di adoperarsi a fini profilattici, sulla base di una strategia unitaria di contrasto alla pandemia definita dal legislatore, la Corte ribadì che a fronte di malattie contagiose a livello pandemico, comunque il legislatore statale può imporre alle regioni «non solo criteri di azione vincolanti, ma anche modalità di conseguimento di obiettivi che la stessa legge statale, e gli atti adottati sulla base di essa, fissano quando coessenziali al disegno di contrasto di una crisi pandemica».

Per quanto l'apporto dell'organizzazione sanitaria regionale sia fondamentale per lo Stato al fine del raggiungimento dei propri scopi, è però necessario che il legislatore nazionale prefiguri tutte le misure occorrenti rivolte a frenare anticipatamente la possibilità che le Regioni, soprattutto quelle a Statuto Spe-

ciale, possano adottare provvedimenti che per quanto di efficacia circoscritta all'ambito di competenza locale, producano un «effetto a cascata potenzialmente anche significativo, sulla trasmissibilità internazionale della malattia e comunque sulla capacità di contenerla». Pertanto non applicare le misure necessarie – ovvero – riferisce la Corte «omettere… di spezzare la catena del contagio su scala territoriale, equivale a permettere che la malattia dilaghi oltre i confini locali e nazionali»[27].

Nel tralasciare la questione relativa alla natura dei DPCM, ritenendo di non potersi pronunciare sulla legittimità sollevata a riguardo dalla difesa della Regione autonoma della Valle d'Aosta, la Corte si soffermò invece sul punto centrale del giudizio risultante dal divieto per tutte le Regioni, sia ordinarie che speciali, «di interferire legislativamente con la disciplina fissata dal competente legislatore statale».

Inoltre la Consulta decise di rigettare la richiesta presentata dalla parte resistente di auto-rimettere la questione di costituzionalità dei decreti legge n. 19 e n. 33 del 2020, sia nelle parti in cui tali disposizioni comprimerebbero, ex artt. 117 e 118 Cost., l'autonomia delle regioni, sia in quella in cui invece darebbero vita a fonti di natura emergenziale come i d. P.C.M., non disciplinati all'interno del disposto costituzionale e pertanto lesivi degli artt. 70, 76 e 77 Cost. La risposta della Consulta a riguardo si presentò alquanto netta e decisa. Accertato dunque che la materia oggetto del contendere risultasse di competenza esclusiva statale, la Corte definì allora entrambe le questioni di legittimità costituzionale, così come prospettate, prive di rilevanza.

In seguito ad un'ampia ed articolata ricostruzione, il Giudice delle leggi, a fondamento delle argomentazioni avanzate, dichiarò l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, 2 e 3 della Legge della Regione Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11, per violazione del riparto di competenze stabilito dall'art. 117, comma 2, lett. q) Cost.; e inoltre la Corte, a sostegno della fondatezza di quanto deciso, evidenziò che già l'art. 36, comma 1, n. 1, della

[27] La Corte nella sentenza non manca inoltre di precisare che una situazione di emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari come quella in corso potrebbe portare il legislatore statale ad introdurre nel sistema "nuove risposte normative e provvedimentali" capaci di adattarsi alla mutevolezza della situazione in atto. E la risposta di questo risulta, come abbiamo avuto modo di analizzare nella prima parte della nostra indagine, dalla normativa prodotta a riguardo a partire dal primo d. l. n. 6 del 2020 e poi dai d. l n. 19 e 33 del 2020 e a seguire i d. P.C.M., su di essi basati, passando attraverso il potere di ordinanza del Ministro della Salute, nonché dallo spazio di intervento d'urgenza attribuito alle Regioni e ai Sindaci per i quali il d. l. n. 33 del 2020, all'art. 1 comma 9, per le entità locali, e comma 16, per quelle regionali, dispone che tali enti, soprattutto le Regioni, possono introdurre, previa intesa con il Ministro della Salute, misure derogatorie restrittive rispetto a quelle disposte dal d. P.C.M. o ampliative.

legge 16 maggio 1978, n. 196 (Norme di attuazione dello Statuto Speciale della Valle d'Aosta) escludeva dall'attribuzione delle funzioni amministrative alle Regioni quelle riguardanti i «rapporti internazionali in materia di assistenza sanitaria e ospedaliera, ivi compresa la profilassi internazionale», in questo modo «confermando l'estraneità di quest'ultima alla sfera delle competenze statutarie»[28].

Come riferito la Corte ha dunque specificato la profilassi internazionale una materia di competenza esclusiva dello Stato che, come tale, includeva la prevenzione e il contrasto delle malattie pandemiche in modo da assorbire ogni profilo della disciplina. La scelta della Corte di far rientrare in modo deciso la materia in oggetto nell'ambito di quelle di competenza esclusiva ha indotto pertanto non solo all'impossibilità di far rientrare la profilassi internazionale nell'ambito delle materie trasversali, senza a riguardo alcuna forma di compensazione, ma anche a non permettere l'attivazione di quelle forme di coinvolgimento rispondenti al principio della leale collaborazione tra organi dello stato[29] dal momento che la situazione di crisi emergenziale ha richiesto e condotto ad una disciplina unitaria e coordinata della materia suddetta che è stata gestita, come abbiamo avuto modo di analizzare, senza troppi vincoli da parte del titolare della stessa, quanto più che in altri momenti e in altre situazioni, a detrimento delle competenze delle regioni.

In realtà le argomentazioni del giudice costituzionale, al di là del caso specifico considerato, ci hanno condotto a riflettere su questioni senza dubbio di maggiore rilevanza riguardanti l'assetto dei rapporti tra Stato e Regioni che, così come prescritto in ambito formale, non rispondevano alle esigenze dell'attuale ordinamento giuridico e del modo in cui sono organizzati i livelli di competenza, con interessanti indicazioni in riferimento al possibile cambiamento per il futuro assetto dell'organizzazione costituzionale e nello specifico al rapporto centro-periferia.

Ripensare al Titolo V, a vent'anni dalla riforma del testo costituzionale, rielaborando in modo sistemico la parte attinente al sistema dei rapporti Stato-Regioni e quella relativa alla teoria delle fonti del diritto, potrebbe apparire, nel rispetto dei principi costituzionali, quanto mai auspicabile[30] o, più verosimilmente, inevitabile[31].

[28] V. Baldini, *Conflitto di competenze… op. cit.*, 447.

[29] L. Cuocolo, F. Gallarati, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, in Corti supreme e salute, 1, 2021, 16.

[30] M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto…*, *op. cit.*, 135.

[31] A. Vedaschi, L. Cuocolo, *L'emergenza sanitaria nel diritto comparato: il caso del Covid-19*, in DPCE Online, 2, 2020.

5. *Brevi note sulla normativa in tema di vaccini anti Covid-19*

Per concludere non si può certo mancare di evidenziare che la questione pandemica se in parte è stata arginata dall'emanazione nel corso del tempo di misure normative rivolte a frenare il contagio (uso obbligatorio di mascherine, divieto di uscire dalle abitazioni ed altro), determinante è risultato senza dubbio l'emanazione del Decreto del Ministero della Salute 2 gennaio 2021, con cui è stato adottato il *Piano Strategico Vaccinale. Vaccinazione Anti-Sars-Cov-2/ Covid-19. Elementi di preparazione e di Implementazione della Strategia vaccinale*, e l'avvio di una massiccia campagna di vaccinazione, già iniziata peraltro il 27 dicembre 2020 in tutti gli Stati UE, nel c.d. e simbolico *Vaccine D-day*.

Non può a riguardo non evidenziarsi infatti che la pandemia, pur nella sua negatività ha permesso alla scienza di sviluppare in modo alquanto rapido, meno di un anno, il vaccino anti-Covid-19[32], ma anche la modalità con cui è stato possibile avviare la campagna di vaccinazione che, sebbene nella prima fase risultava affidata per intero al senso di responsabilità della popolazione, già nella primavera del 2021, con l'emanazione del d. l. 1°aprile 2021, n. 44, convertito nella l. 28 maggio 2021, n. 76, veniva disposto l'obbligo di vaccinazione per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgevano la loro attività all'interno delle strutture sanitarie e socio-assistenziali di carattere sia pubblico che privato, nelle farmacie e nelle parafarmacie, nonché negli studi professionali.

Nel quadro degli interventi normativi adottati ai fini dell'estensione dell'obbligo vaccinale[33], di particolare rilevanza è risultato a seguire l'art. 2 del d. l. 10 settembre 2021, n. 122, convertito con modificazioni in l. 24 settembre 2021, n. 133, con il quale è stato introdotto, nel testo del d. l. n. 44 del 2021 l'art. 4-bis, così estendendo l'obbligo di sottoporsi al vaccino non solo ai soggetti che svolgevano prestazioni sanitarie, ma anche ai soggetti impiegati e cioè a coloro che esercitavano invece l'attività lavorativa nelle strutture sanitarie o socio sanitarie come il personale e gli occupati nelle segreterie e nelle amministrazioni.

Ma non solo. Un passo significativo relativamente all'estensione dell'obbligo vaccinale è stato realizzato con il d. l. 26 novembre 2021, n. 172 e convertito

[32] In Italia il primo Vaccino fu somministrato c/o l'Ospedale Spallanzani di Roma.

[33] V. De Santis, *Dalla necessità dell'obbligo vaccinale alla realtà del* green pass, in Nomos, 3, 2021; A. Maresca, *La vaccinazione volontaria anti-Covid nel rapporto di lavoro*, in www. federalismi.it, 24 marzo 2021; I. Nicotra, *Diritto alla salute, obbligo vaccinale e diritto al lavoro. Alla ricerca di un delicato bilanciamento nel tempo dell'emergenza permanente*, in Lavoro, Diritti, Europa, 4, 2021; R. Romboli, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19 come diritto, come obbligo e come onere* (certificazione verde Covid), in Questione giustizia, 6 settembre 2021; A. Ruggeri, *Covid-19 e obbligo vaccinale dal punto di vista della teoria della Costituzione*, in Nuove autonomie, 1, 2022.

in legge 21 gennaio 2022, n. 3 con il quale il Governo ha deciso di rendere obbligatoria la vaccinazione e i richiami ad essa connessi per determinate categorie particolarmente esposte quali i militari, le forze di polizia, anche penitenziaria, il personale di soccorso pubblico, nonché «il personale scolastico del sistema nazionale di istruzione».

Il momento di massima estensione dell'obbligo vaccinale e di contenimento contro il Covid-19 è stato raggiunto con l'adozione del d. l. 7 gennaio 2022, n. 1, convertito nella l. 4 marzo 2022, n. 18 che, inserendo tra gli obbligati a sottoporsi al vaccino i professori universitari, ha aggiunto coloro che avessero compiuto il cinquantesimo anno, in ragione della loro maggiore fragilità e degli effetti che il virus avrebbe potuto loro causare[34]

A fronte dell'abitudine della popolazione alla convivenza con il Covid-19, con alti e bassi si è arrivati al d. l. 24 marzo 2022, n. 24, convertito in legge 19 maggio 2022, n. 52 con il quale è stata disposta la chiusura di tutte quelle restrizioni imposte durante la fase pandemica, come la cessazione delle zone, delle restrizioni e dell'applicazione del *green pass* o *super green pass*, e lasciando attivo, ma solo per un particolare periodo e per determinate categorie, nonché nell'ambito di specificati contesti, l'obbligo di vaccinazione anti SARS-CoV-2. Solo il personale sanitario, infatti, fino al 1 novembre 2022 secondo quanto disposto dall'articolo 7 del d. l. 31 ottobre 2022, n. 162, convertito in legge 30 dicembre 2022, n. 199, era obbligato a vaccinarsi contro il Covid-19.

6. *Le Corte Costituzionale si pronuncia sulla questione dei vaccini anti-SARS-COV-2. Una rapida ricostruzione in merito*

La questione relativa all'obbligo di vaccinazione contro il SARS-COV-2 per i medici, gli operatori sanitari e socio sanitari è stata oggetto di giudizio della Corte Costituzionale che a riguardo si è pronunciata con tre distinte sentenze rubricate con i numeri 14[35],15 e 16 del 9 febbraio 2023. Sebbene il contenuto fosse già stato anticipato dal comunicato stampa della Corte del 1°dicembre 2022, la Consulta, con le sentenze indicate ha ritenuto non irragionevoli, né tantomeno sproporzionate le principali scelte adottate dal legislatore durante la fase pandemica sull'obbligo di vaccinazione imposto contro il Covid-19 dal

[34] Il d. l. n. 1 del 2022 ha disposto la distinzione tra *green pass* rafforzato o *super green pass* rilasciato come certificazione alle persone vaccinate o guarite dall'infezione, da quello rappresentato invece dal *green pass* base, indicativo del tampone molecolare o rapido,

[35] V. Baldini, *L'emergenza sanitaria: tra stato di eccezione, trasformazione della Costituzione e garanzie del pluralismo democratico*, in dirittifondamentali.it, 8 aprile 2023; M. Gasparro, *Ancora sull'obbligo vaccinale: il* placet *definitivo della consulta*, in www.federalismi.it, 31 maggio 2023; N. Viceconte, *La gestione della pandemia di Covid-19 nella giurisprudenza costituzionale, in Servizio Studi Corte Costituzionale*, marzo 2023, 34.

momento che l'obiettivo principe risultava, come del resto è stato, di prevenire e limitare la diffusione del virus, salvaguardando di conseguenza la funzionalità del sistema sanitario.

Le tre su indicate decisioni dunque, nell'esaminare tutte le argomentazioni sollevate innanzi ai giudici dai ricorrenti di diversa natura ed estrazione professionale hanno concluso, sempre per la legittimità di un vaccino obbligatorio e delle conseguenze in capo agli inadempienti.

Con la quarta sentenza sul tema in ordine di tempo, il giudice delle leggi è tornato nuovamente a pronunciarsi in ordine ai trattamenti sanitari obbligatori in fase emergenziale, da effettuarsi però, in un contesto del tutto differente quale quello dell'ordinamento militare.

Con la sent. n. 25 del 2023, la Corte Costituzionale dichiara l'incostituzionalità dell'art. 206-*bis*, comma 1, del d.lgs. n. 66 del 2010 (Codice dell'ordinamento militare), nella parte in cui autorizza la sanità militare ad imporre al personale militare la somministrazione di specifiche profilassi vaccinali, senza che queste siano indicate da parte del legislatore.

Da ultimo la Corte con la sent. n. 35 del 2023 relativa all'indennizzo da vaccinazione, ha colto l'occasione per estendere il novero delle garanzie riconoscibili ai soggetti danneggiati da vaccinazioni e trattamenti simili e ha dichiarato incostituzionale, per contrasto con gli artt. 2 e 32 Cost., l'art. 3, comma 1 della l. 25 febbraio 1992, n. 210 nella parte in cui faceva decorrere il termine di decadenza di tre anni dalla conoscenza del danno previsto per poter richiedere l'indennità, anziché da quello della sua indennizzabilità.

Con grande affetto e riconoscenza al Professor Prisco, fonte di stimolo e continue sollecitazioni allo studio e all'approfondimento.

Maria Chiara Locchi[*]

LA MACELLAZIONE RITUALE *ḤALĀL* COME OSSERVATORIO DELLE TENSIONI TRA LIBERTÀ RELIGIOSA, PRINCIPIO DI LAICITÀ E TUTELA DEL BENESSERE ANIMALE

SOMMARIO: 1. La strategia multiculturale nella gestione delle diversità culturali e religiose: il caso della macellazione *ḥalāl*. – 2. Il caso belga. – 3. Il caso francese. – 4. Osservazioni conclusive.

1. *La strategia multiculturale nella gestione delle diversità culturali e religiose: il caso della macellazione ḥalāl*

Nella ricca produzione scientifica e culturale di Salvatore Prisco grande spazio è dedicato alla riflessione su laicità, multiculturalismo e diritti fondamentali, nella convinzione che l'analisi giuridica non possa esimersi dall'affrontare le tensioni strutturali che attraversano l'«universo ormai multiculturale e multietnico dell'Occidente (un pluri-verso, dunque, a ben vedere), di valori differenti ed in sostanza di una molteplicità di patrimonî ideologici, politici e più largamente spirituali»[1]. Le sfide poste alla tenuta dei principi che sono a fondamento degli Stati costituzionali occidentali – e, in particolare, alla stessa funzione «costitutiva di unità» delle costituzioni democratiche contemporanee[2] – sono lucidamente identificate e scandagliate da Prisco, alla luce di una spinta ideale al dialogo che riconosce la dinamicità delle identità[3] pur senza negare le inquietudini connesse agli effetti deflagranti del «caos di particolarismi» sull'«unità di senso di comunità»[4].

Negli ultimi vent'anni, come è noto, il modello multiculturale (in senso prescrittivo) di gestione della diversità culturale e religiosa nelle società pluralistiche (o, potremmo dire, multiculturali in senso descrittivo) è stato sotto-

[*] Associata di Diritto Pubblico comparato. Università degli Studi di Perugia, maria.locchi@unipg.it.

[1] S. PRISCO, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, sec. ed., 2009, 57.

[2] P. RIDOLA, *Prefazione*, in *Paura dell'Altro. Identità occidentale e cittadinanza*, a cura di F. Bilancia, F. M. Di Sciullo, F. Rimoli, Roma, 2008, XII.

[3] S. PRISCO, *Laicità*, cit., 36, dove si contesta la ricostruzione secondo la quale «le identità siano date una volta per tutte e non invece aperte (come in fatto accade) alla contaminazione e perciò all'arricchimento e comunque alla reciproca trasformazione».

[4] S. PRISCO, *Nota introduttiva*, in *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*, a cura di F. Abbondante, S. Prisco, Napoli, 2015.

posto a dure critiche, sul piano tanto politico quanto dottrinale[5], e gli scritti di Salvatore Prisco puntualmente restituiscono il faticoso lavoro di messa in discussione e ripensamento di tale modello. Se l'opzione assimilatoria è in aperto contrasto con il costituzionalismo liberal-democratico, infatti, quella multiculturale – nella misura in cui aspira a «cingere le singole comunità che vivono in un determinato ambito territoriale di alte mura e tirare su i ponti levatoi» – condivide con la prima il suo carattere "a-dialogico"; la strada che Prisco vede come più ragionevole, e «forse obbligata», in realtà, sembra essere quella dell'inter-culturalismo, e cioè «dell'apertura ragionevole, della contaminazione, che mette capo – in prospettiva e come tendenza sulla linea dell'orizzonte – alla logica del meticciato […]»[6].

L'idea di questo scritto è di contribuire alla riflessione costituzionalistica e comparatistica su questi temi analizzando un caso di studio – la macellazione rituale *ḥalāl* – spesso considerato dalla dottrina come emblematico di una "strategia multiculturale" che trova la sua cifra caratteristica, sul piano tecnico-operativo, nell'ammettere deroghe alla regola generale, formulata in termini generali e universali, in vista della tutela dell'identità religiosa dei membri di un gruppo minoritario (e, in una certa misura, dell'identità del gruppo stesso)[7].

[5] Non potendo dar conto, in questa sede, dell'enorme dibattito sui fondamenti e i limiti, nonché sulla stessa denominazione, dei diversi approcci alla gestione del pluralismo culturale e religioso negli Stati occidentali di immigrazione, con particolare riferimento al "multiculturalismo", si rinvia all'efficace ricostruzione di E. Stradella, *Multiculturalismo e diritti delle donne: una riflessione, nella prospettiva del costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, 2-2021, 161-307.

[6] S. Prisco, *Laicità*, cit., 66: la strada per cui «tutte le identità, incontrandosi entro una situazione concreta e storicamente data e perciò anche condizionata, ne escono alla fine ciascuna trasformata». Il dibattito sulla specificità dell'interculturalismo rispetto al multiculturalismo è molto ampio; per alcune letture introduttive al tema, anche in chiave critica rispetto alle reali differenze tra i due modelli, cfr. N. Meer, T. Modood, *How Does Interculturalism Contrast with Multiculturalism?*, in *Journal of Intercultural Studies*, 2/2011, 175-196; G.B. Levey, *Interculturalism vs. Multiculturalism: A Distinction without a Difference?*, in *Journal of Intercultural Studies*, 2/2012, 217 ss.; C. Jopkke, *War of words: interculturalism v. multiculturalism*, in *Comparative Migration Studies*, 6/11, 2018. Sul significato e le implicazioni dell'interculturalismo nel diritto comparato cfr. *Interculturalismo. Lessico comparato*, a cura di S. Bagni, M.C. Locchi, C. Piciocchi, A. Rinella, Napoli, 2024.

[7] Gli strumenti di implementazione della strategia multiculturale di regolazione delle differenze culturali e religiose sono individuabili, ad esempio, nelle politiche di valorizzazione della lingua minoritaria in ambito educativo; nelle forme di riconoscimento attivo (c.d. azioni positive) a favore delle minoranze etniche o religiose; nella concessione di spazi di autonomia normativa e giurisdizionale, cfr. P. Parolari, *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli Stati costituzionali di diritto*, Torino, 2016, 177 ss. Sulle politiche multiculturali adottate dai paesi europei e sulla crisi del modello multiculturale negli ultimi anni v., tra gli altri, *Società multiculturali e percorsi di integrazione Francia, Germania, Regno Unito ed Italia a confronto*, a cura di G. Cerrina Feroni, V. Federico, Firenze, 2017, e R. Chin, *The Crisis of Multiculturalism in Europe. A History*, Princeton and Oxford, 2017.

La valenza sociale, culturale, religiosa e finanche politica del cibo, e dell'atto di cibarsi, è oggetto di numerosi studi nell'ambito delle diverse scienze sociali, nella misura in cui il cibo «appare il punto di convergenza tra una dimensione naturale-biologica e una dimensione di ordine sociale e più generalmente culturale»[8]. All'interno delle comunità religiose, in particolare, l'alimentazione integra un aspetto importante dell'appartenenza confessionale, alla luce delle due fondamentali funzioni svolte dalla sacralizzazione del cibo: «favorire la comunicazione tra gli uomini e i rispettivi dèi, per esempio sotto la forma del pasto sacro caro agli antichi; e favorire la comunicazione tra gli stessi uomini, per rafforzare e cementare l'identità della comunità religiosa di appartenenza»[9].

L'alimentazione *ḥalāl*, come si è detto, rappresenta indubbiamente un caso di studio rilevante e ormai consolidato del nesso tra cibo e religione. Il termine arabo "*ḥalāl*", traducibile come "lecito" e contrapposto a "*ḥarām*" (illecito)[10], per la verità non si riferisce esclusivamente all'ambito delle abitudini alimentari, identificando un perimetro di significato molto più ampio che investe molteplici aspetti della vita del credente[11]. L'alimentazione *ḥalāl*, nello specifico, ha un fondamento coranico: il versetto 3 della Sura 5 del Corano, infatti, contiene una serie di divieti e prescrizioni alimentari tra i quali rileva, ai fini di questo scritto, il seguente passaggio: «vi sono vietati […] l'animale soffocato, quello ucciso a bastonate, quello morto per una caduta, incornato o quello che sia stato sbranato da una belva feroce, a meno che non l'abbiate sgozzato [prima della morte] […]». La macellazione rituale *ḥalāl*, dunque, sul piano tecnico, si caratterizza per il divieto fondamentale di stordire l'animale prima dell'ab-

[8] P. Scarpi, *Il senso del cibo. Mondo antico e riflessi contemporanei*, Palermo, 2005, 9.

[9] G. Filoramo, *A tavola con le religioni*, in *Daimon*, numero speciale *Regolare il cibo, ordinare il mondo. Diritti religiosi e alimentazione*, 2014, 20. Si vedano anche M. Ricca, *Sapore, sapere del mondo. Tradizioni religiose e traduzioni dei codici alimentari*, in *Daimon*, num. spec., cit.; A. Fuccillo, *Il cibo degli dei. Diritto, religioni, mercati alimentari*, Torino, 2015; C. Cianitto, *Spunti di comparazione*, in *Strumenti e percorsi di diritto comparato delle religioni*, a cura di S. Ferrari, Bologna, 2019, 215 ss.

[10] Secondo il diritto islamico classico le azioni umane sono classificabili in cinque categorie: obbligatorie; consigliabili o raccomandabili; lecite; riprovevoli o biasimevoli; illecite o vietate, cfr. D. Santillana, *Istituzioni di Diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, Roma, 1925, I, 8-9.

[11] S. Lanni, J. Benarafa, *Dieta e ordine giuridico-morale secondo Maometto. Cibo* halal *e tutela del consumatore*, in *Calumet. Intercultural law and humanities review*, 17, 2023, 169, che osservano come si possa parlare di un vero e proprio "*halal lifestyle*". Nel contesto degli strumenti finanziari, ad esempio, cfr. V. Fronzoni, *Il bitcoin è halal? Una visione islamicamente orientata sulle valute virtuali*, in *Diritto e religioni*, 2/2017. Sulle complesse implicazioni del mercato nell'Islam contemporaneo cfr. G. Piccinelli, *I nuovi confini del principio* halal wa haram *nell'Islam contemporaneo*, in *La tutela del consumatore* halal *tra sfide e opportunità del mercato europeo*, a cura di S. Lanni, Milano, 2025, 11 ss.

battimento, che si ritiene potrebbe incidere negativamente sulla sua integrità compromettendone la salute, e per la realizzazione di un taglio simultaneo di giugulare, carotide e trachea, che consente il necessario, completo, dissanguamento dello stesso[12].

In un contesto segnato, dunque, dal carattere polisemico dell'alimentazione religiosamente orientata, gli studi antropologici e sociologici sulle comunità di migranti – così come di cittadini appartenenti a gruppi culturali e religiosi minoritari – consentono di far emergere ulteriori profili di complessità. L'osservanza delle prescrizioni alimentari della propria confessione di appartenenza, oltre a integrare un obbligo religioso, può e deve essere, infatti, vista come una forma di espressione di un'identità dinamica e stratificata, dai confini porosi. A dimostrazione di ciò, nell'ambito di un'interessante ricerca sui comportamenti alimentari dei musulmani con un *background* migratorio in Francia, è stato osservato come i giovani di seconda e terza generazione sarebbero da ricondursi al modello del "mangiatore consumatore", caratterizzato da un sincretismo di abitudini e stili di vita che consente loro di rispettare la dieta *ḥalāl* pur osservando i codici comportamentali (non soltanto in ambito alimentare) dei propri coetanei non musulmani[13].

Da una prospettiva giuspubblicistica il nodo problematico consiste nel bilanciamento tra principi e diritti fondamentali potenzialmente in conflitto tra loro, e in particolare: la libertà religiosa, protetta tanto a livello costituzionale quanto europeo e internazionale, considerando che la possibilità di nutrirsi di carne qualificabile come *ḥalāl* corrisponde alla dimensione "alimentare" di tale libertà fondamentale; il principio di non discriminazione per motivi religiosi, anch'esso tutelato in ottica multilivello[14]; il principio di laicità, il quale,

[12] F. Roggero, *Note in tema di macellazione religiosa secondo il rito islamico*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2/2016, 34. La macellazione *shechitah*, secondo le prescrizioni della religione ebraica, è realizzata con modalità molto simili a quella *ḥalāl*, cfr. E. Stradella, *Ebraismo e cibo: un binomio antico e nuove tendenze alla prova del multiculturalismo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 28, 2019.

[13] C. Rodier, *La question halal. Sociologie d'une consommation controversée*, Paris, 2014, 93-122, che identifica quattro principali modelli di comportamento, specificando che si tratta di una classificazione relativa nella quale le singole esperienze vanno ricondotte alle diverse classi secondo criteri di prevalenza: ritualisti, consumatori, rivendicativi e asceti.

[14] Un argomento spesso invocato in sede giurisdizionale contro il divieto di macellazione rituale, infatti, è che: da un lato, vengono trattati in modo diverso, senza alcuna ragionevole giustificazione, i fedeli tenuti a osservare le prescrizioni alimentari religiose e le persone che uccidono animali per motivi quali la caccia o la pesca ricreativa (i quali non sono tenuti a farlo stordendo preventivamente l'animale); dall'altro lato, vengono trattati allo stesso modo, pur trovandosi in situazioni di fatto diverse, i fedeli tenuti ad osservare le prescrizioni alimentari religiose e tutto il resto della popolazione (nella misura in cui la regola del previo stordimento della carne destinata alla macellazione ha carattere generale).

seppur nelle diverse declinazioni costituzionali osservabili a livello comparato, può entrare in tensione con l'idea che lo Stato tolleri, o addirittura promuova, una deroga, religiosamente fondata, alla disciplina legislativa ordinaria; i diritti degli animali o, più in generale, la promozione del benessere animale, che si configura quale obiettivo tanto positivizzato dal diritto europeo[15] quanto riconosciuto, in misura via via crescente, al livello costituzionale[16].

Nelle pagine che seguono saranno sinteticamente considerati due casi che appaiono emblematici delle diverse configurazioni che il bilanciamento *supra* richiamato può assumere – quelli del Belgio e della Francia. Si tratta, come è noto, di due paesi europei accomunati dalla presenza di una significativa componente musulmana della popolazione, legata in gran parte alle migrazioni economiche dei c.d. "Trent'anni Gloriosi" (1945-1975) e stabilizzatasi nel tempo anche per mezzo dell'accesso alla cittadinanza nazionale; pur a fronte di due diversi modelli di relazione Stato/chiese e, ancora prima, di tematizzazione costituzionale dei principi di neutralità e laicità, un altro tratto comune alle due esperienze è individuabile nella resistenza a forme di *reasonable accommodation* e, più in generale, di tutela della diversità culturale e religiosa nello spazio pubblico[17]. D'altra parte, come si dirà meglio nelle pagine seguenti, i due diversi atteggiamenti di Belgio e Francia rispetto alla macellazione rituale islamica ed ebraica (vietata in Belgio, con la sola eccezione della regione di Bruxelles, e ammessa in Francia) consentono di sviluppare alcune riflessioni comparative sul difficile e mutevole bilanciamento tra i molteplici principi, diritti e interessi in gioco.

In entrambi i paesi la disciplina nazionale sulla macellazione *ḥalāl* si inserisce nel quadro delineato dalla normativa europea, e in particolare dal Regolamento n. 1099/2009 relativo alla protezione degli animali durante l'abbattimento. Se il par. 1 dell'art. 4 del Regolamento stabilisce, come regola generale, che gli animali siano abbattuti esclusivamente previo stordimento, conformemente ai metodi stabiliti per legge, e che la perdita di coscienza e di sensibilità sia mantenuta fino alla morte dell'animale, il par. 4, secondo una logica multi-

[15] Nell'ambito del diritto unionale i principali riferimenti sono l'art. 13 del TFUE (Trattato sul funzionamento dell'UE) e, sul piano del diritto derivato, il Regolamento n. 1099/2009 relativo alla protezione degli animali durante l'abbattimento. Nell'ambito del Consiglio d'Europa vanno menzionate le Convenzioni dedicate alla protezione: degli animali tenuti a scopo di allevamento (1976, completata da un protocollo concluso nel 1992); degli animali da macello (1979); degli animali vertebrati usati per scopi sperimentali ed altri scopi scientifici (1986, completata da un protocollo concluso nel 1998); degli animali da compagnia (1987).

[16] Sul riconoscimento costituzionale dei diritti degli animali in prospettiva comparata cfr. F. Fontanarosa, *I diritti degli animali in prospettiva comparata*, in *DPCE online*, 1/2021, 169 ss.

[17] X. Delgrange, H. Lerouxel, *L'accommodement belge éclot entre égalité formelle, légalité et neutralité*, in *Revue du droit des religions*, 7, 2019, 111.

culturale, consente agli Stati di derogare alla regola generale con riferimento «agli animali sottoposti a particolari metodi di macellazione prescritti da riti religiosi, a condizione che la macellazione abbia luogo in un macello»[18]. Gli Stati che optano per non far valere tale regime derogatorio, e che anzi limitino o vietino i metodi di macellazione rituale per una maggior tutela del benessere animale[19], non possono in ogni caso proibire o ostacolare la messa in circolazione, all'interno del proprio territorio, di prodotti derivati da animali che siano stati abbattuti secondo quei metodi in un altro Stato membro (art. 26.4 Reg. n. 1099/2009).

2. *Il caso belga*

Nel corso del biennio 2017-2018 le due Regioni delle Fiandre e della Vallonia hanno posto fine alla deroga che autorizzava la macellazione rituale degli animali senza stordimento, sulla base della necessità di tutelare il benessere animale[20]. Nella nuova disciplina belga, dunque, si prevede che un animale vertebrato possa essere ucciso solo dopo essere stato stordito, necessariamente ad opera di una persona che abbia le conoscenze e le competenze necessarie e con il metodo meno doloroso e più rapido; l'obbligo di previo stordimento

[18] Al n. 18 dei "considerando" del Regolamento, in particolare, è esplicitata l'importanza di «mantenere la deroga allo stordimento degli animali prima della macellazione, concedendo tuttavia un certo livello di sussidiarietà a ciascuno Stato membro. Il presente regolamento rispetta di conseguenza la libertà di religione e il diritto di manifestare la propria religione o la propria convinzione mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti, come stabilito dall'articolo 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea».

[19] Ad oggi gli Stati europei nei quali la macellazione rituale senza previo stordimento risulta vietata con disciplina nazionale – seppur con diverse formulazioni che vanno dal divieto radicale a obblighi di realizzare forme "alternative" di stordimento – sono: il Belgio (regioni vallona e fiamminga), la Germania, la Danimarca, la Finlandia (provincia di Åland), l'Islanda, la Norvegia, il Regno Unito, la Slovenia, la Svezia e la Svizzera. Forme di limitazione di tale pratica – ad es. per mezzo del *post-cut stunning* – sono previste in Estonia, Finlandia (limitatamente ad alcune province), Lituania e Slovacchia.

[20] I decreti adottati nelle due regioni, in particolare, hanno modificato l'art. 15 della legge federale del 14 agosto 1986 sulla protezione e il benessere degli animali. I due provvedimenti sono stati adottati a larghissima maggioranza: nelle Fiandre la proposta di decreto è stata approvata con 88 voti a favore e un'astensione, senza voti contrari; nella regione vallona con 66 voti a favore e tre astensioni, senza voti contrari. Nella Regione di Bruxelles, invece, la proposta del partito centrista *Démocrate fédéraliste indépendant* (DéFI), sostenuta dagli ecologisti e dai liberali fiamminghi e volta a introdurre il divieto di macellazione senza previo stordimento, è stata respinta nel giugno 2022 con 42 voti contrari, 38 favorevoli e 6 astenuti. Sulla nuova normativa cfr. R. Bottoni, *I recenti decreti delle Regioni vallona e fiamminga sulla macellazione rituale nel contesto dei dibattiti belga ed europeo in materia*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2/2017, 545 ss.

è derogabile soltanto in tre casi: forza maggiore; caccia o pesca; controllo dei parassiti. Rispetto alla macellazione rituale – che, quindi, non integra più un'ipotesi di deroga – i due decreti fiammingo e vallone prevedono in realtà un regime attenuato (di applicazione della regola generale): lo stordimento può essere effettuato con modalità tali da risultare "reversibile", con la conseguenza che la morte dell'animale non possa essere considerata un esito di tale fase preliminare ma risulti necessariamente prodotta dal successivo dissanguamento causato dallo sgozzamento. Nelle intenzioni del legislatore tale previsione realizza un pregiudizio alla libertà religiosa "proporzionato" (nella misura in cui sarebbe comunque rispettato l'obbligo di provocare la morte dell'animale per emorragia), tutelando però in massima misura il benessere degli animali (visto che l'animale perde conoscenza prima dello sgozzamento).

Le riforme belghe hanno innescato una lunga controversia giudiziaria che ha visto l'intervento tanto della Corte costituzionale belga quanto delle due Corti europee – di Lussemburgo e di Strasburgo.

Nel 2018 diverse organizzazioni rappresentative delle comunità musulmane ed ebraiche avevano adito la *Cour Constitutionelle* chiedendo l'annullamento del decreto fiammingo in quanto adottato in violazione della garanzia della deroga, a favore delle macellazioni rituali, dall'obbligo del previo stordimento.

I giudici costituzionali avevano operato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea[21], la quale si è espressa nel 2020[22] ritenendo che la norma del Regolamento del 2009 che consente agli Stati di vietare la macellazione degli animali senza previo stordimento, anche nel contesto della macellazione rituale, non sia di per sé lesiva della libertà religiosa se sono ri-

[21] Il punto da chiarire, in particolare, era il rapporto tra l'art. 4 par. 4 del Regolamento – in base al quale l'obbligo dello stordimento precedente l'abbattimento è derogabile allo scopo di rispettare la libertà di religione – e l'art. 26 par. 2 primo comma, lettera c) – che autorizza gli Stati membri, al fine di promuovere il benessere degli animali, a derogare al suddetto art. 4 senza tuttavia precisare i limiti che gli Stati devono osservare al riguardo. La domanda di pronuncia pregiudiziale, dunque, era volta a comprendere se l'art. 26 dovesse essere interpretato nel senso che, in deroga all'art. 4 e al fine di promuovere il benessere degli animali, agli Stati membri fosse consentito adottare disposizioni che prevedono, da un lato, un divieto di macellazione degli animali senza previo stordimento che si estende anche alle macellazioni rituali e, dall'altro lato, un procedimento alternativo per la macellazione rituale basato sullo stordimento reversibile che non comporta la morte dell'animale.

[22] CGUE, Sentenza della Grande Sezione, C336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a.*, 17 dicembre 2020, sulla quale cfr. F. Guella, *I margini di intervento statale in materia di macellazione rituale e l'attenzione della Corte di giustizia per i "contesti in evoluzione"*, in *DPCE online*, 1/2021, 1375-1386. Per un'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE in tema di macellazione rituale cfr. M. Lottini, *La Corte di giustizia e le macellazioni rituali: schemi collaudati e nuove prospettive*, in *Nuovi orizzonti sulla tutela degli animali*, a cura di E. Battelli, M. Lottini, G. Spoto, E.M. Incutti, Roma, 2022, 119-129.

spettate determinate condizioni. In particolare, i giudici europei hanno ritenuto che il provvedimento belga – pur realizzando effettivamente una limitazione all'esercizio della libertà dei fedeli ebrei e musulmani di manifestare la loro religione ex art. 10 par. 1 della Carta UE dei diritti fondamentali – non abbia violato i vincoli posti dall'art. 52 par. 1 della Carta stessa, e in particolare: la riserva di legge; il rispetto del contenuto essenziale della libertà in questione (visto che si prevede una modalità alternativa di stordimento, reversibile, che produce «un'ingerenza limitata a un aspetto dell'atto rituale specifico costituito da tale macellazione, non essendo per contro quest'ultima vietata in quanto tale», par. 61); la tutela di un obiettivo di interesse generale (quale la promozione del benessere degli animali); il principio di proporzionalità.

A seguito di tale pronuncia la Corte costituzionale belga, con due sentenze del 30 settembre 2021 (nn. 117/2021 e 118/2021), ha dunque respinto i ricorsi di annullamento ritenendo, in particolare, infondati i motivi dei ricorrenti relativi alla violazione della libertà di religione (tutelata dall'art. 19 Cost. del Belgio, in combinato disposto con l'art. 9 della CEDU) e del principio di uguaglianza e non discriminazione. Rispetto al primo dei suddetti motivi, i giudici costituzionali hanno valorizzato la protezione del benessere degli animali in quanto "obiettivo legittimo di interesse generale", alla luce di un ragionamento fortemente sbilanciato sulle norme e le argomentazioni giuridiche sviluppate nel contesto del diritto europeo (e, in particolare, della giurisprudenza della Corte di Giustizia)[23].

L'anno successivo, con ricorso n. 16760/2022, le organizzazioni rappresentative delle comunità musulmane ed ebraiche si sono rivolte alla Corte europea dei diritti dell'uomo, che per la prima volta si è pronunciata sulla possibilità di ricollegare la protezione del benessere animale a uno degli obiettivi, sanciti dall'art. 9 par. 2, considerati legittime fonti di limitazione della libertà religiosa[24]. Nel giudicare i provvedimenti belgi conformi all'art. 9 CEDU, anche

[23] Rimarca criticamente l'assenza, da parte della Corte costituzionale, di un'autonoma ricostruzione della portata della libertà di religione ex art. 19 Cost. belga L. Vanbellingen, *Laïcité «à la belge»: vers une neutralité intrinsèquement plurielle?*, in *Reve du droit des religions*, 14, 2022, 60. Oltre che sul diritto europeo – e in assenza di un esplicito riconoscimento costituzionale dei diritti degli animali, introdotto soltanto nel maggio 2024 con il nuovo art. 7bis – la Corte ha fondato la sua argomentazione a favore della sussistenza di un obbligo di tutela del benessere animale considerando che l'obiettivo di evitare, al momento della macellazione, qualsiasi sofferenza non necessaria agli animali destinati al consumo costituisca un "valore morale" condiviso da molte persone nelle regioni fiamminga e vallona, sulla base, da un lato, della "tutela della morale" e, dall'altro, della "protezione dei diritti e delle libertà delle persone che attribuiscono valore al benessere degli animali nella loro concezione della vita" (Sent. 117/2021, B.19.3).

[24] CEDU, Seconda Sezione, *Affaire Executief Van De Moslims Van België et autres c. Belgique*, 13.2.2024, sulla quale cfr. L. Paladini, *Il benessere animale quale restrizione alla libertà*

la Corte di Strasburgo ha ritenuto giustificata l'ingerenza rispetto alla libertà religiosa nella misura in cui: è prevista dalla legge; è funzionale alla "tutela della morale pubblica", poiché il benessere degli animali – che la CEDU non protegge in quanto tale – deve essere considerato "questione di interesse generale" e "obiettivo legittimo di protezione della morale"[25]; è necessaria in una società democratica, alla luce di un margine di apprezzamento necessariamente ampio quando, come in questo caso, le profonde divergenze rispetto ai valori posti alla base della convivenza sociale devono trovare una sintesi nelle decisioni politiche assunte dai legislatori nazionali all'esito di processi democratici. I giudici di Strasburgo hanno valorizzato in modo particolare la previsione, da parte delle autorità fiamminghe e vallone, di un metodo di stordimento alternativo e reversibile, che consente di considerare la misura restrittiva (della libertà religiosa) proporzionata allo scopo perseguito (la protezione del benessere animale in quanto elemento della morale pubblica)[26].

Nel dibattito politico e giuridico-costituzionale belga, dunque, a risultare centrale è stato indubbiamente l'argomento della tutela dei diritti degli animali, di cui si è teso a sottolineare l'accresciuta rilevanza sul piano etico e morale. L'argomento della laicità dello Stato è apparso invece recessivo nell'ambito del dibattito pubblico e dello stesso *iter* legislativo che ha portato all'adozione dei due

di religione tra diritto dell'UE e CEDU, in *DPCE online*, 1/2024, 707-720. La Corte di Strasbrugo si era già pronunciata sulla protezione degli animali come "questione di interesse generale", ma alla luce di altre norme della Convenzione: l'art. 10 in tema di libertà di espressione (*PETA Deutschland c. Allemagne*, 8.11.2012; *Tierbefreier e.V. c. Allemagne*, 16.1.2014) e l'art. 11 in tema di libertà di riunione e associazione (*Friend et autres c. Royaume Uni*, 24.11.2009). Con quest'ultima sentenza, in particolare, la Corte aveva ritenuto che il divieto di caccia alla volpe perseguiva lo scopo legittimo della "tutela della morale" ex art. 11 CEDU, nella misura in cui mirava a eliminare la caccia e l'abbattimento degli animali a fini sportivi secondo modalità che il legislatore aveva giudicato dolorose e moralmente ed eticamente sbagliate. Rispetto al consumo di carne come profilo della libertà religiosa alimentare, la Corte aveva già dichiarato (*Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, 27.6.2000) che la libertà religiosa ex art. 9 non arrivasse fino a ricomprendere il diritto di svolgere personalmente la macellazione rituale e la conseguente certificazione, nella misura in cui i fedeli non siano stati privati concretamente della possibilità di procurarsi e consumare carni da loro ritenute conformi alle prescrizioni religiose.

[25] *Affaire Executief Van De Moslims*, cit., § 96-97: la nozione di morale – secondo i giudici – è da considerarsi "evolutiva" poiché la Convenzione è uno strumento vivo da interpretare alla luce delle condizioni di vita attuali e delle concezioni prevalenti negli Stati democratici nel tempo presente. Alla luce di ciò, la Corte ha preso atto dell'importanza crescente della tutela del benessere animale negli Stati membri del Consiglio d'Europa.

[26] La Corte ha altresì escluso la violazione dell'art. 14 CEDU (principio di non discriminazione) in combinato disposto con l'art. 9 – con riferimento al trattamento delle comunità dei credenti ebrei e musulmani in rapporto tanto a cacciatori e pescatori quanto alla popolazione generale (§142-151).

provvedimenti e in più occasioni, di fronte alle Corti europee, il Governo belga ha anzi voluto rimarcare come le ragioni della libertà religiosa dei gruppi minoritari fossero state tenute nella massima considerazione. D'altra parte, in termini generali, è innegabile che nell'ultimo ventennio si sia registrato, anche in Belgio, un processo di risignificazione del concetto di laicità, sempre più identificato come principio dalla forte carica identitaria (in chiave nazionale) e ritenuto incompatibile con misure di tutela giuridica delle differenze culturali e religiose[27].

3. *Il caso francese*

La Francia è tra quei paesi europei che hanno deciso di mantenere la deroga all'obbligo dell'abbattimento degli animali con previo stordimento, autorizzando la macellazione *ḥalāl*[28]. Il quadro delineato dalla normativa – per la verità riformata in chiave restrittiva a partire dal 2011 – è segnato da un intreccio di competenze tra autorità pubbliche, operatori economici privati e organizzazioni religiose che si dimostra particolarmente interessante sotto il profilo del bilanciamento tra diversi principi e diritti fondamentali e, in particolare, dalla prospettiva del rispetto del principio costituzionale di laicità.

Il Codice rurale e della pesca marittima, così come riformato, prevede alcune condizioni che devono essere osservate tanto dai macelli quanto dai "sacrificatori" (*sacrificateurs*) che concretamente eseguono le macellazioni rituali.

Rispetto ai primi la normativa stabilisce la necessità di un'autorizzazione *ad hoc* da parte della Prefettura (art. R214-70). Ai fini del rilascio di tale autorizzazione i macelli devono dimostrare di: essersi dotati di un sistema di registrazione atto a verificare che la macellazione senza stordimento corrisponda a effettivi ordinativi commerciali legati al circuito rituale; possedere attrezzature adeguate, in particolare per la contenzione degli animali; utilizzare personale sufficientemente formato; implementare procedure che garantiscano la corretta successione delle fasi e il livello di igiene adeguati a questa particolare tecnica

[27] In questa prospettiva è da inquadrarsi la proposta, avanzata nel 2015, di revisione della Costituzione al fine di inserire un articolo 7ter sulla laicità dello Stato (*Doc. parl.*, Ch., 2015-16, n° DOC 54-1582/1, 9). Nell'ambito di un dibattito organizzato presso il Senato belga sui temi della neutralità e della tutela delle libertà nella Costituzione, Henri Bartholomeeusen, presidente del *Centre d'action laïque*, ha efficacemente tracciato, con toni critici, le tensioni inerenti alla "laicità multiculturale", e quindi all'idea di una declinazione della laicità compatibile con il riconoscimento del diritto all'identità culturale e religiosa: «Pour vider un concept de son sens, il suffit de lui accoler un adjectif. Ainsi, la laïcité "ouverte", celle des "accommodements raisonnables", ressemble à tout sauf à la laïcité», *Constitution: impartialité et régime des libertés*, colloque du 23 févr. 2016, 41, www.senate.be/event/20160223_grondwet/doc/Colloque_constitution.pdf.

[28] Cfr. artt. R. 214-70 e s. del Codice rurale e della pesca marittima.

di macellazione. Ogni macello dovrà dunque effettuare regolari autocontrolli, avendo la responsabilità principale rispetto all'osservanza delle norme sul benessere animale; sulle stesse autorità pubbliche ricadono obblighi di controllo circa il rispetto delle norme in materia di igiene, sicurezza e protezione degli animali, che tuttavia consistono in verifiche di secondo livello.

Rispetto ai *sacrificateurs*, essi devono essere abilitati (*habilités*) da enti religiosi approvati (*agréés*) dal Ministro dell'Agricoltura, su proposta del Ministro dell'Interno (art. R214-75). In particolare, gli organismi approvati devono comunicare al Ministro dell'Agricoltura i nomi delle persone abilitate; in assenza di organizzazioni religiose approvate, sarà il Prefetto del Dipartimento in cui si trova il macello autorizzato a praticare la macellazione rituale a concedere abilitazioni individuali, su richiesta motivata degli interessati[29]. In Francia, ad oggi, sono tre le moschee "approvate" ai fini del rilascio dell'abilitazione a operare come sacrificatore[30]; tali organismi rilasciano le abilitazioni dietro pagamento di un corrispettivo e secondo regole proprie[31].

A fronte di un oggettivo – e problematico, come si dirà meglio *infra* – coinvolgimento dello Stato ai fini della corretta realizzazione della macellazione rituale *ḥalāl*, la tracciabilità dell'intera filiera prevede poi il fondamentale passaggio della certificazione, di appannaggio di organismi privati[32].

Se la normativa francese, dunque, autorizza la deroga all'obbligo dell'abbattimento con previo stordimento in funzione di tutela della libertà religiosa, la questione della macellazione rituale – e in particolare di quella *ḥalāl* così come praticata dalle comunità musulmane – è al centro di continue polemiche tanto nella società civile quanto nel dibattito politico. Periodicamente, ad esempio, associazioni di genitori si esprimono duramente sull'offerta, durante la settimana, di menu *ḥalāl* nelle mense scolastiche[33]: se l'offerta di menu

[29] I sacrificatori – che possono essere assunti direttamente dal macello o dall'organismo privato competente a certificare le carni come prodotti *ḥalāl* – sono inoltre tenuti a seguire un corso di formazione specifico, comprendente un modulo sulla macellazione senza stordimento, che porta al rilascio di un certificato di competenza in materia di "protezione degli animali durante l'abbattimento" da parte del Ministero della Salute.

[30] Si tratta, in particolare, della Grande Moschea di Parigi e delle moschee di Lione e di Evry.

[31] Cfr. J.R. Bowen, *Governing Islam in a Country of Laïcité: Mosques, Public Space, and Halal Food in France*, in *The Tocqueville Review/La revue Tocqueville*, 2/2023, 63 ss.

[32] Il processo di certificazione della carne come *ḥalāl* viene gestito da operatori economici del mercato libero; i relativi costi sono sostenuti dall'industria alimentare e, di fatto, inclusi nel prezzo finale pagato dal consumatore.

[33] L'offerta di pasti religiosamente conformi nell'ambito delle mense scolastiche, contrassegnata giuridicamente nei termini di una "facoltà" e non di un "obbligo", diventa spazio di sperimentazione di un accomodamento "alla francese", come rilevato da C. Picciocchi, *Courts, Pluralism and Law in the Everyday. Food, Clothing and Days of Rest*, Abingdon, 2024, 61: «The

ḥalāl senza possibilità per gli alunni di optare per un'alternativa – verificatasi in alcuni casi, peraltro eccezionali e da ascriversi a disservizi momentanei nella fornitura dei pasti – si configura in effetti come una violazione del dettato normativo, gli argomenti polemici mettono insieme, spesso in modo nient'affatto lineare, considerazioni sul piano etico, preoccupazioni legate alla sicurezza alimentare e alla salute e critiche relative al mancato rispetto del principio di laicità[34]. Sul fronte politico il partito di estrema destra *Rassemblement National* (fino al 2018, *Front National*) per lungo tempo ha tuonato contro l'"invasione" di carne *ḥalāl* sulle tavole dei francesi, ponendo la questione della macellazione rituale al centro della propria agenda politico-elettorale con argomenti riconducibili all'ideologia repubblicana (e in particolare alla centralità della *laïcité*), all'igiene pubblica e al discorso animalista[35]. Se, ancora in occasione della campagna elettorale presidenziale del 2022, la regolamentazione della filiera *ḥalāl* risultava altamente politicizzata – con dichiarazioni di Marine Le Pen a favore del divieto dell'abbattimento degli animali destinati alla macellazione senza previo stordimento[36] e un atteggiamento ambiguo della stessa destra di governo, animata dall'ostilità nei confronti delle rivendicazioni comunitariste – le elezioni legislative del giugno 2024 hanno per la verità segnato un cambio di rotta da parte del *Rassemblement National*[37].

4. *Osservazioni conclusive*

L'analisi delle due esperienze belga e francese, per quanto sintetica, consente di sviluppare alcune riflessioni intorno alla macellazione *ḥalāl* quale cam-

French way to accommodation is often marked by the lack of law, preserving the value of laïcité and state neutrality, and by a diversification of policies at municipal level, which do entail a kind of caseby-case accommodation

[34] Cfr., ad esempio, *«On bafoue le principe de laïcité et c'est assumé»: le menu halal d'un collège bordelais inquiète des parents d'élèves*, in *Le Figaro*, 21/05/2023, https://www.lefigaro.fr/bordeaux/on-bafoue-le-principe-de-laicite-et-c-est-assume-le-menu-halal-d-un-college-bordelais-inquiete-des-parents-d-eleves-20230521.

[35] Cfr. *Les sens du halal. Une norme dans un marché Mondial*, sous la direction de F. Bergeaud-Blackler, Paris, 2015, 296, che rimarca il ricorso a un paradigma oppositivo "loro"/"noi": «"eux" les étrangers musulmans qui nous envahissent, "nous" les Français chrétiens ou laïcs dont on usurpe la place».

[36] Cfr. *In France's election, a meaty issue unites Jews and Muslims*, in *The Associated Press*, 15/04/2022, https://apnews.com/article/sports-france-europe-paris-marine-le-pen-d77606f09df17415b94c273eb71be489.

[37] Cfr. *Législatives 2024: le RN lâche (encore) une mesure qu'il défendait en 2022*, in *Huffington Post*, 23/06/2024, https://www.huffingtonpost.fr/politique/article/legislatives-2024-le-rn-lache-encore-une-mesure-qu-il-defendait-en-2022_235893.html, che riporta le dichiarazioni di un dirigente del partito, Sébastien Chenu, nel senso della disponibilità a tenere in piedi la possibilità di derogare alla regola del previo stordimento a favore dell'*abbatage rituel*.

po di tensione di molteplici principi, diritti e interessi, oggetto di una tutela giuridica multilivello che si articola sui piani internazionale, europeo e nazionale (costituzionale e legislativo).

Il caso belga, in particolare, sta a dimostrare che l'obiettivo della promozione del benessere animale è ormai in grado di imporsi sulla libertà religiosa, pur nel rispetto della proporzionalità delle misure restrittive. Le due Corti europee, rispetto a questo punto, sono state molto chiare: l'accresciuta rilevanza del benessere animale, tanto sul piano del riconoscimento giuridico (in particolare, nell'ambito del diritto unionale) quanto come valore morale diffuso nella società (in particolare, in quelle "società democratiche" promosse dal sistema CEDU), porta a interpretare evolutivamente la Carta dei diritti fondamentali dell'UE e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Tale approdo, tuttavia, non è esente da profili problematici.

Un primo profilo è relativo alla tenuta del principio di legalità costituzionale, che le pronunce della Corte costituzionale belga hanno indubbiamente messo sotto pressione spingendo nettamente, peraltro sulla base quasi esclusivamente delle fonti europee, a favore di un'interpretazione evolutiva della protezione del benessere animale «en tant que motif justifiant une restriction de droits et libertas […] et, notamment, la restriction apportée à la manifestation extérieure des convictions religieuses»[38]. Come è stato puntualmente osservato, questa operazione si dimostra controversa nella misura in cui il benessere animale, al momento della pronuncia della Corte, non era un valore o un interesse garantito dalla Costituzione belga, con la conseguenza che l'equiparazione, nell'ambito dell'operazione di bilanciamento, tra la libertà religiosa dei credenti musulmani ed ebrei (negativamente condizionata dai divieti legislativi) e la libertà delle persone le cui convinzioni sarebbero urtate dalla prospettiva dell'abbattimento degli animali senza previo stordimento, appare scivolosa[39].

Un secondo profilo attiene alle possibili ricadute discriminatorie della tutela dei diritti degli animali.

Da un lato, infatti, non è difficile smascherare l'animalismo "a fasi alterne" di un certo discorso xenofobo e islamofobo che attraversa il dibattito pubblico sia in Francia che in Belgio, disposto a censurare la macellazione *ḥalāl* ma tollerante rispetto a pratiche considerate "identitarie" nell'ambito della comunità nazionale – quali, ad esempio, il *foie gras* (il fegato ingrassato di anatre o oche

[38] Sent. 117/2021, par. B.20.2.

[39] L. Vanbellingen, *op. cit.*, 61. Al *vulnus* costituito dalla mancata costituzionalizzazione dei diritti degli animali si è rimediato con la revisione costituzionale entrata in vigore il 27 maggio 2024, che ha introdotto un nuovo art. 7bis il cui secondo comma recita: «Dans l'exercice de leurs compétences respectives, l'État fédéral, les communautés et les régions veillent à la protection et au bien-être des animaux en tant qu'êtres sensibles».

alimentate forzatamente attraverso un tubo dopo essere state immobilizzate)[40] o la caccia con i cani (c.d. cinegetica)[41].

Dall'altro lato, in prospettiva storica, c'è chi ha segnalato le pulsioni antisemite interne ai movimenti animalisti sviluppatisi nei paesi del Nord Europa sul finire dell'Ottocento, che contestavano aspramente la macellazione senza stordimento preventivo praticata dalle comunità ebraiche[42]. Gli effetti potenzialmente stigmatizzanti e discriminatori del divieto della macellazione rituale non sono rilevati soltanto dalle organizzazioni rappresentative dei fedeli musulmani ed ebrei o dalla dottrina: nel 2022 la stessa Coordinatrice delle attività di contrasto dell'antisemitismo presso l'Unione europea, Katharina von Schnurbein, si era espressa in modo molto critico nei confronti dei provvedimenti belgi, che rischiavano di dipingere le minoranze coinvolte come comunità "medievali" prive di rispetto per il benessere animale[43].

Quanto al principio di laicità, tanto il caso belga quanto, e ancor di più, quello francese mostrano il carattere complesso di un concetto «contestato nella sua stessa essenza»[44], il cui utilizzo, tanto come norma giuridica quanto come argomento retorico, è idoneo a produrre effetti controversi e contraddittori.

Nell'ambito del dibattito pubblico e politico il richiamo alla laicità dello Stato, nelle società multiculturali e multireligiose contemporanee, può caricarsi di un potenziale escludente e discriminatorio rafforzando e legittimando

[40] Cfr. art. L654-27-1 del Codice rurale e della pesca marittima: «Le foie gras fait partie du patrimoine culturel et gastronomique protégé en France. On entend par foie gras, le foie d'un canard ou d'une oie spécialement engraissé par gavage».

[41] Con riguardo alla vicenda belga, è stato evidenziato l'utilizzo non neutro dell'argomento animalista rispetto al trattamento dei gruppi culturali e religiosi minoritari, e in particolare musulmani: «le bien-être des animaux semble désormais primer les rites ancestraux, partagés par deux religions du Livre, certes moins implantées chez nous que la troisième. Mais les souffrances générées par notre tradition cynégétique, parce qu'elle est bien de chez nous, n'émeuvent pas», cfr. X. Delgrange, H. Lerouxel, *op. cit.*, 129. In Belgio, peraltro, la caccia con i cani è vietata dalla legge fin dalla metà degli anni Novanta.

[42] R. J. Delahunty, *Does Animal Welfare Trump Religious Liberty? The Danish Ban on Kosher and Halal Butchering*, in *San Diego International Law Journal*, 16, 2015, 365. In area germanofona la pratica era stata ampiamente dibattuta dopo il 1870 e poi vietata nel Regno di Sassonia nel 1892, con un referendum nazionale in Svizzera nel 1893, per via legislativa o anche amministrativa in altre province tedesche (come la Baviera, nel 1930) e, infine, con decreto di Adolf Hitler nell'aprile del 1933. Nei paesi scandinavi furono adottati divieti nel 1902 in Finlandia, nel 1929 in Norvegia e nel 1902, 1939 e 1937 in Svezia.

[43] *Top EU official: Religious slaughter bans paint Jews, Muslims as 'medieval'*, in *Politico*, January 27, 2022, https://www.politico.eu/article/belgium-paint-jews-muslims-medieval-slaughter-ban-eu-anti-semitism-czar/.

[44] W.B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56, London, 1955-1956.

posizioni di rifiuto di pratiche, religiosamente connotate, ritenute controverse e inaccettabili. Un utilizzo che si pone agli antipodi, evidentemente, di una concezione di laicità «che unisce», in quanto «metodo del confronto», orientata alla «comprensione delle differenze, senza che nessuna opzione si imponga alle altre come qualitativamente superiore»[45].

Sul piano giuridico, in via generale, a tale principio è innanzitutto ricollegabile la creazione di uno spazio di libertà *dallo* Stato; in questo senso la laicità può considerarsi posta a tutela della libertà (religiosa) dei gruppi confessionali: la regola del previo abbattimento, posta dal diritto UE e vincolante per gli Stati membri, è infatti derogabile sulla base del rispetto della libertà religiosa, e *quindi* della laicità intesa come principio emancipatore che garantisce le religioni rispetto allo Stato[46]. Da questa prospettiva, quindi, la laicità risulta condizione della liceità (della deroga all'obbligo di abbattimento con previo stordimento), così come sostenuto dallo stesso Governo francese[47].

Quando vengono in rilievo obblighi di prestazione *dello* Stato, il discorso si fa più articolato: in questo caso, infatti, il principio di laicità implica l'assoluta neutralità, e quindi l'indifferenza rispetto al carattere religiosamente conforme del cibo fornito dai servizi pubblici. Nei servizi di ristorazione pubblica, quali le mense scolastiche, l'autorità incaricata di erogare la prestazione non è dunque tenuta a considerare le prescrizioni alimentari religiose (ad esempio, *ḥalāl* o *kashèr*), ma può decidere di offrire una varietà di menu tale da assecondare le molteplici esigenze della popolazione scolastica, purché sia sempre prevista un'alternativa ai pasti preparati secondo le regole alimentari confessionali. Tale disciplina conosce una limitazione in relazione a quelle istituzioni pubbliche "chiuse" (es. collegi, istituti penitenziari, ospedali) o nell'ambito delle forze armate: ai sensi della legge del 1905 sulla separazione di Chiese e Stato, infatti, il principio di laicità è in questo caso interpretato nel senso di imporre ai soggetti pubblici di garantire che le persone che si trovano sotto l'autorità dello Stato possano alimentarsi secondo le proprie convinzioni religiose, a condizione che

[45] S. Prisco, *Laicità*, cit., 15-16.

[46] Cfr., in questa direzione, la dichiarazione elaborata dall'*Observatoire de la laïcité* istituito presso il Governo francese, *Libertés et interdits dansle cadre laïque*, 2020, 6, https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2020/07/libertes_et_interdits_.pdf: «La laïcité garantit à chacun la liberté de conscience, ce qui inclut la liberté de croire ou de ne pas croire et celle de pratiquer une religion, d'être athée, agnostique ou adepte de philosophies humanistes, de changer de religion ou de ne plus en avoir […] Elle garantit aux croyants et aux non-croyants ou agnostiques les mêmes droits, en particulier le même droit à la liberté d'expression de leurs convictions».

[47] Cfr. la *Réponse du Ministère de l'économie et des finances*, pubblicata il 25/04/2019 in risposta alla *Question écrite n°03015*, https://www.senat.fr/questions/base/2018/qSEQ180203015.html.

ciò non incida negativamente sul funzionamento del servizio pubblico e non costituisca una pressione su quei membri del gruppo che non intendono conformarsi a tali prescrizioni[48].

Sul piano del diritto positivo, quindi, il principio di laicità non implica *di per sé* una restrizione, e tantomeno un divieto, della macellazione rituale, creando anzi i presupposti per la garanzia della sua liceità; d'altra parte, in ottica sistemica, il modello di separazione rigida tra Stato e confessioni religiose consacrato nella *laïcité stricte* francese sembra entrare in tensione con il ruolo delle autorità pubbliche nella disciplina giuridica del processo di *abbatage rituel*. Come si è visto, nell'originale modello francese di collaborazione tra autorità pubbliche, organismi religiosi e operatori economici coinvolti nella macellazione rituale, lo Stato interviene sostanzialmente in due modi: concedendo licenze ai macelli, come misura di igiene pubblica, e approvando gli organismi religiosi che concedono successivamente le autorizzazioni ai sacrificatori. Tale approvazione (*agrément public*) presenta più di un aspetto problematico: da un lato, infatti, lo Stato ha creato un sistema oligopolisitco dai contorni opachi che suscita polemiche nell'ambito della stessa comunità musulmana di Francia[49]; dall'altro lato, manca una definizione espressa delle condizioni alle quali una moschea può essere approvata dallo Stato[50] e la valutazione condotta sugli organismi richiedenti da parte del Ministero dell'Interno, alla luce di parametri indeterminati, finisce per riguardare la sufficiente legittimità e autorità *in materia religiosa* all'interno della comunità musulmana. Inoltre, pur non essendo previsto, in prima battuta, un diretto coinvolgimento delle autorità governative nella scelta dei sacrificatori, tale eventualità si verifica nel momento in cui non vi siano organismi approvati dal Ministero: in questo

[48] Conseil d'État, 10 février 2016, n°385929, *M. B.* I vincoli di bilancio e quelli legati alla sicurezza delle strutture hanno portato il Consiglio di Stato a ritenere conforme al rispetto della libertà religiosa la *policy* dell'istituto penitenziario di Saint-Quentin-Fallavier, che forniva quotidianamente pasti privi di carne di maiale, mentre la carne halal era messa a disposizione durante le festività musulmane oppure, su base quotidiana, dietro pagamento di un contributo. Su questa giurisprudenza cfr. C. Piciocchi, *op. cit.*, 57 ss.

[49] Cfr. H. Rezgui Pizette, *La République et le Halal. Histoire de l'abattage religieux musulman en France*, Paris, 2015, che contesta la mancanza di "democraticità" e di rappresentatività, nonché la vocazione spiccatamente "commerciale", della Grande Moschea di Parigi nella gestione della filiera *halal*.

[50] Nel Rapporto del Senato – a proposito della possibilità per qualsiasi organismo religioso, oltre alle tre moschee già abilitate, di fare richiesta di approvazione al Governo francese – si riportano le osservazioni di Thomas Campeaux, direttore del Dipartimento *Libertés publiques et affaires juridiques* del Ministero dell'Interno: «d'autres institutions ou mosquées musulmanes pourraient être agréées à condition de remplir les critères qui (…) ne sont pas écrits. Il s'agit, en fait, d'un contrôle a minima par les pouvoirs publics afin que les cartes de sacrificateurs ne soient pas délivrées par n'importe qui».

caso, con un effetto effettivamente straniante, è lo stesso Prefetto che potrà procedere ad autorizzare direttamente i sacrificatori[51]. Anche in merito alla successiva fase di certificazione – nella quale lo Stato si limita, formalmente, a garantire il rispetto delle norme sull'etichettatura *ḥalāl* con riferimento al contrasto delle frodi, senza intervenire nel merito del processo – un'analisi più attenta alla *governance* del rapporto Stato-religioni consente di concludere, di nuovo in termini spiazzanti rispetto alla retorica collegata al principio di laicità, che «the French state's actions gave to the three "great mosques" the opportunity to situate themselves at the center of a vast network of production and distribution»[52].

C'è un ulteriore aspetto interessante che contribuisce a rendere la macellazione *ḥalāl* un utile osservatorio delle tensioni che attraversano la regolazione giuridica della diversità culturale e religiosa nelle società contemporanee. Come si è già osservato, il diritto europeo – nello stabilire come regola lo stordimento dell'animale destinato alla macellazione prima del suo abbattimento – esclude che gli Stati possano impedire l'importazione di carni macellate secondo le prescrizioni rituali in altri paesi europei, sulla base del principio della libera circolazione delle merci (art. 26.4 Reg. n. 1099/2009). L'esigenza di sottrarsi allo scontro frontale tra libertà religiosa e benessere animale – che, come abbiamo visto, vede la prima recedere di fronte al secondo – potrebbe portare a valorizzare positivamente la logica di mercato, costitutivamente volta alla disponibilizzazione di merci (in questo caso, di alimenti religiosamente conformi) nella quantità e nelle forme più utili alle esigenze dei consumatori (in questo caso, interessati all'osservanza di prescrizioni alimentari religiose)[53]. Il divieto di limitazioni all'importazione di prodotti macellati ritualmente, in questo senso, sembra escludere strutturalmente che l'obbligo di abbattimento con stordimento preventivo, funzionale alla tutela del benessere animale, intacchi il nucleo essenziale della libertà religiosa[54]. Tuttavia, una tale prospettiva non pare risolutiva e lascia in realtà aperte le contraddizioni di fondo: da un lato, infatti, uno scenario che vede la generalizzazione della messa al bando della macellazione senza stordimento in tutti gli Stati membri porterebbe alla neutralizzazione della portata garantista dell'art. 26.4; dall'altro lato, anche con

[51] J.R. Bowen, *op. cit.*, 65, il quale si chiede: «does it fit within the logic of laïcité that the state judges whether or not an individual is capable of acting in accord with religious norms?».

[52] *Ibidem*.

[53] Cfr., in chiave critica, A. Ferrari, *Cibo, diritto, religione. Problemi di libertà religiosa in una società plurale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 15/2016, 10 ss.

[54] Questa è la conclusione a cui sono arrivate le due Corti europee: la Corte EDU nella già ricordata sent. *Cha'are Shalom*, cit., § 82 e la Corte GUE nella sent. *Centraal Israëlitisch Consistorie*, cit., par. 28.

riferimento al tema cruciale della certificazione dei prodotti *ḥalāl* e dei diritti del consumatore, non mancano voci critiche che mettono in guardia rispetto al ruolo (che si vorrebbe) "neutrale" del diritto e del mercato nell'ottica della tutela delle diverse identità culturali e religiose[55].

[55] Cfr. S. Lanni, J. Benarafa, *op. cit.*, le quali ritengono che il diritto, «nelle società caratterizzate dal consumo e da una diffusa e ben nota 'liquidità' […] [possa] rappresentare un espediente di agevolazione delle attività economiche, e proprio per questo uno strumento di rafforzamento della logica del consumo e del mercato […]», 184.

Aldo Loiodice[*]

LE REGIONI DIFFERENZIATE E, MEGLIO, PARTICOLARI: IL TENTATIVO FALLITO DI ROTTURA COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Nuova tipologia delle regioni per effetto dell'art. 116 c.3 innovato da L. Cost. n. 3/2021. – 2. Fonte normativa ed oggetto dell'autonomia differenziata (particolare). – 3. Limiti: art. 116 Cost. e principi generali. – 4. Limiti (segue): principi specifici e procedimentali. – 5. Disciplina puntuale del procedimento per l'intesa con la regione avente particolarità necessarie. – 6. Limiti procedimentali: effetti. – 7. Limiti sostanziali derivanti dall'unità del Paese e dallo sviluppo e dignità della persona – 8. La prima attuazione delle regioni differenziate: la legge-quadro. – 9. La prima attuazione con legge-quadro: materie sottratte all'esame del Parlamento per il trasferimento dei poteri e riduzione dei poteri parlamentari con riguardo ai LEP. – 10. La prima attuazione e l'elusione dell'osservanza dei limiti di attribuzione alle regioni particolari e della disciplina procedimentale. – 11. Pericolosità della dispersione di poteri normativi e di allocazione delle risorse a rischio di opacità. – 12. Rischio di mutamento della forma di Stato e collocazione fuori del quadro delle autonomie normali e degli obiettivi europei. – 13. I ricorsi in via principale, alla Corte costituzionale, delle regioni Campania, Puglia, Sardegna e Toscana. – 14. La sentenza n. 192/2024 della Corte costituzionale conclude il tentativo "infausto" di rottura costituzionale.

1. *Nuova tipologia delle regioni per effetto dell'art. 116 c.3 innovato da L. Cost. n. 3/2021*[1]

Nel 2001 il Parlamento ha approvato la Legge costituzionale n. 3 di modifica dell'art. 116; essa ha stabilito, nel c. 3, di consentire una più ampia dimen-

[*] Già Professore Ordinario di Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi A. Moro di Bari.

[1] Salvatore Prisco nella sua pregevole attività di ricerca scientifica, ha prodotto pubblicazioni di rilievo giuridico originale, nelle quali emerge anche l'attenzione critica al regionalismo differenziato, già nel 2019, prima ancora della L. 86/2024.

In un lavoro del 2019, con la collaborazione di Fulvia Abbondante, aveva segnalato i rischi per l'unità nazionale, in relazione all'art. 116, c. 3, qualora fosse assente l'attenzione ai principi costituzionali che illuminano il sistema delle autonomie; si è collegato alle iniziative di intesa del Veneto, della Lombardia, dell'Emilia-Romagna, che manifestavano un intento (insensibile o) indifferente al rischio dell'incremento delle diseguaglianze tra le diverse parti del paese.

Tale disegno, già da quel momento, lasciava apparire il rischio di «stravolgere l'impianto di regionalismo solidale e cooperativo, svuotando di senso il meccanismo della gestione concorrente delle materie tra Stato e regione»; è evidente come possa insorgere una «rincorsa emulativa» tra le regioni, che produce «un risultato disgregativo in contrasto con la logica di ricomposizione del pluralismo territoriale, nel quadro di unità "arricchita" di cui all'art. 5 della Costituzione». Vi era, in quel momento, una bozza della c.d. legge quadro sul procedimento da seguire per disciplinare l'autonomia regionale differenziata; senonché, già quel testo ignorava

sione delle autonomie regionali; in particolare ha stabilito che «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia», possono essere attribuite alle regioni nelle materie di cui al c. 3 dell'art. 117 Cost. e c. 2 dell'art. 117, lett. l) riguardante la giustizia di pace, n) riguardante le norme generali sull'istruzione, s) che riguarda ambiente, ecosistema e beni culturali, rispettando i principi di cui all'art. 119 Cost.[2].

Quest'ultimo articolo al c. 1 stabilisce l'equilibrio di bilancio ed il rispetto dei vincoli economici e finanziari; nel c. 2 impone l'osservanza del principio di coordinamento della finanza pubblica; nel c. 3 stabilisce il fondo perequativo

che la Costituzione richiede una maggioranza assoluta ed altri presupposti, che rendono la legge di approvazione dell'intesa, una legge rinforzata. In conseguenza, la legge quadro non può conferire alla decisione del Parlamento una «natura meramente ratificatoria», altrimenti sarebbe fuori dal sistema costituzionale.

L'autonomia differenziata, secondo la terminologia corretta proposta da Massimo Luciani (nel ricorso principale alla Corte Costituzionale per la regione Puglia), deve definirsi "particolare"; in conseguenza richiede di censire le effettive necessità dei territori sulla base del metodo della leale collaborazione (v. F. Abbondante, S. Prisco, *I nodi problematici nel processo di attuazione dell'autonomia regionale differenziata, tra questioni giuridiche ed obiettivi politico-economici*, pubblicato in *Consulta online* nel *Liber amicorum* per Pasquale Costanzo, pagg. 7,8,9).

La sentenza della Corte costituzionale ha accolto in pieno questa impostazione, unitamente a quella proposta da Vincenzo Tondi della Mura, sulla disciplina incostituzionale della L. n. 86/2024 riguardante i LEP (livelli essenziali di prestazione), il quale ha profuso il suo impegno di studioso di alto livello, serio e competente, capace di esprimere concetti validi in ogni tempo, per la loro scientificità e non mutabili a seconda delle contingenze politiche, economiche o sociali.

L'impegno, direi (quasi) la testimonianza di Vincenzo Tondi della Mura, riguarda l'unità nazionale e le necessità ed i bisogni delle regioni più povere con riferimento ai livelli essenziali delle prestazioni per i diritti civili e sociali dei cittadini. Il comitato per l'individuazione dei LEP presieduto da Sabino Cassese non ha inteso approfondire ulteriormente l'orientamento e la richiesta di chiarezza di Tondi della Mura, unitamente ad altri colleghi (Francesco De Leonardis, Massimo Luciani, Francesco Saverio Marini, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Tarli Barbieri, Filippo Vari, Giuseppe Verde) ed è, quindi, stata persa un'occasione per avviare l'eliminazione delle sperequazioni tra le varie aree territoriali del nostro Paese.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 192 del 3 dicembre 2024 (Presidente Augusto Barbera e redattore Giovanni Pitruzzella) ha condiviso pienamente questa impostazione, in gran parte precisata ed articolata nei ricorsi delle regioni Campania, Puglia, Sardegna e Toscana.

Il presente scritto, pertanto, tiene conto di queste impostazioni scientifiche e delle vicende amministrative e politiche che non hanno saputo accogliere i suggerimenti della dottrina costituzionale.

[2] Copiosa letteratura è reperibile nello scritto di P. Iassuozzo, *La posizione ed il ruolo del Parlamento nel procedimento di approvazione delle intese ex art. 116, c. 3 Cost*., in *PasS. Cost*., n. 1/2024, 51 e ss., spec. alla nota 1, che seleziona la maggior parte degli scritti scientifici sul tema dell'autonomia differenziata: G. Azzariti, E. Barboni, M. Bertolissi, M. Calamo Specchia, R. Calvano, G. Carboni, L. Castelli, O. Chessa, G. Deminico, P.V. Grossi, R. Di Maria, E. D'Orlando, A. Ferrara, G.M. Flick, C. Gardini, C. Tubertini, A. Giannola, P. Giovarusso, E. Iorio, G. Lauri, A. Lollo, E. Mangaro, G.M. Napolitano, G. Portalauri, M.G. Rodomonte, L. Spadaccini, A. Sterpa, G. Viesti, M. Olivetti.

per i territori di minore capacità fiscale per abitante; inoltre nel c. 4 stabilisce il finanziamento integrale delle funzioni regionali; nel c. 5 richiama l'obbligo di osservare la coesione sociale per evitare gli squilibri economici e sociali e per favorire l'effettività dell'esercizio dei diritti della persona.

In tal modo, pur restando le regioni divise in due categorie (quelle ordinarie e quelle a statuto speciale), tuttavia, la tipologia si è arricchita di una terza articolazione, perché sostanzialmente la disposizione costituzionale esaminata configura un terzo tipo di regioni[3].

In conseguenza la tipologia si estende dalle ordinarie normali alle particolari ed alle speciali.

La differenza tra quelle particolari e quelle speciali, da un lato, ed ordinarie normali, dall'altro, potrebbe ondeggiare superando i limiti della natura stessa del tipo di regione.

È evidente che le regioni ordinarie ad autonomia particolare non possono essere assimilate alle regioni a statuto speciale né tanto meno avere i medesimi poteri; ugualmente, rispetto alle regioni ad autonomia ordinaria, vi sono delle differenziazioni.

L'attuazione dell'art. 136, c. 3, perciò, risulta realizzabile solo nel rispetto dei limiti in cui le regioni ordinarie non si trasformino in misura tale da poter eguagliare e superare l'autonomia concessa alle regioni a statuto speciale.

Le regioni particolari rimangono sempre nella categoria delle regioni ordinarie, con la sola differenza di maggiori poteri e delle maggiori entrate, che non possono attingere il livello delle speciali, perché restano pur sempre nell'ambito della categoria delle regioni ordinarie.

Il quadro della tipologia delle regioni, fermo restando sempre le due categorie, ovviamente, lascia ferma anche il riparto generale di competenze tra lo Stato e le regioni.

Lo Stato è titolare di due poteri legislativi: quello nelle materie esclusive e quello relativo ai principi generali delle materie concorrenti.

A questo si aggiungono i poteri sostitutivi, su tutte le regioni in materia amministrativa e legislativa, per le violazioni contemplate nell'art. 120 Cost.

Le regioni a statuto speciale hanno poteri esclusivi come lo Stato e poteri concorrenti; i loro statuti sono approvati con legge costituzionale, che stabiliscono le competenze da assegnare, i loro limiti e la disciplina relativa.

Le regioni particolari appartengono da un lato alle regioni ordinarie e dall'altro ad un concetto generico che è quello di "regioni differenziate".

[3] A. Barbera, *Il peccato originale delle regioni*, in R. Bin, F. Ferrari (a cura di), *Il futuro delle regioni*, Napoli 2023.

In effetti quest'ultima categoria non può che essere, soltanto, particolare in senso stretto; nella prassi linguistica, ormai avviata, le regioni differenziate stanno ad indicare un genere di regioni che, non essendo dotate di statuto speciale ed appartenendo alle regioni ordinarie, tuttavia, sono differenti, limitatamente alle forme e condizioni di autonomia, rispetto alle altre regioni ordinarie.

È un quadro sintetico che permette di cogliere come sia necessario mantenere bene i confini sia tra le due grandi categorie di regioni, quelle ordinarie e quelle a statuto speciale, sia per la differenza tra quelle particolari e quelle a statuto speciale (che non possono essere assimilate), sia per l'identica differenza tra le regioni ordinarie particolari e quelle, le quali (ultime) che pur essendo di tipo ordinario e trovando la fonte dei propri poteri soltanto nelle norme costituzionali, tuttavia possono avere particolari, ulteriori forme e condizioni di autonomia.

2. *Fonte normativa ed oggetto dell'autonomia differenziata (meglio: particolare)*

La legge di approvazione dell'intesa costituisce la fonte normativa che ha competenza a trasferire le forme e condizioni particolari delle nuove attribuzioni.

Non sono previsti altri tipi di fonti, né fonti intermedie come la legge-quadro contenente principi, né forme collaterali, come i decreti legislativi o decreti-legge, né tanto meno atti regolamentari o atti amministrativi generali[4].

L'attribuzione di maggiori poteri e di maggiori entrate deve essere disposta nei limiti dell'attribuzione di «ulteriori forme e condizioni particolari»; solo in presenza di tali condizioni è ammissibile la procedura che giunge alla legge d'intesa, perché le attribuzioni particolari vengono consacrate nella legge d'intesa e non sono ammissibili altri tipi di trasferimenti di forme e condizioni di autonomia.

Il trasferimento normativo, in effetti, è collegato alla particolarità del contesto socioeconomico del territorio; pertanto, esso è definito dai dati che giustificano la particolarità sulla quale si fonda l'attribuzione delle ulteriori forme di potestà normativa o di compiti.

Non può essere oggetto dell'intesa la parte relativa al trasferimento degli uffici, del personale e delle risorse, che possono essere realizzate soltanto in esecuzione dell'avvenuta approvazione della legge d'intesa.

[4] M. Panebianco, *Autonomia differenziata, tra Mezzogiorno e sistema delle fonti*, in *PasS. Cost.*, n. 1/2024, 15 e ss.

3. *Limiti costituzionali ai procedimenti ed ai profili formali e sostanziali dell'attribuzione di competenze: art. 116, c. 3 Cost. e principi generali*

L'art. 116, c. 3, delinea un procedimento chiaro che non consente alcun equivoco: 1) vi deve essere la previa iniziativa legislativa della Regione interessata, 2) vi deve essere il coinvolgimento degli enti locali (sentiti gli enti locali), poi, 3) occorre l'approvazione con legge del Parlamento e non con atto avente forza di legge, 4) è necessaria la maggioranza assoluta dei componenti, 5) il conferimento delle ulteriori forme di autonomia deve avvenire con legge dello Stato sulla base di intesa tra lo Stato e la Regione interessata[5].

Da ciò emerge che una normativa quadro come è stata definita la legge n. 86/2024, non è contemplata nell'art. 116, c.3; questa norma costituzionale è del tutto autosufficiente e reca in sé stessa i principi della devoluzione.

La legge-quadro o sarebbe ripetitiva del testo costituzionale ovvero riduttiva o ampliativa, in ambedue i casi sarebbe in contrasto con la norma costituzionale.

L'art. 116 fa rinvio all'art. 117 Cost., c. 2, che riguarda la competenza concorrente tra Stato e Regione in materie ivi elencate, inoltre viene consentito anche la particolarità del trasferimento per il c. 2 dell'art. 117 (la competenza esclusiva dello Stato) lett. l) limitatamente alla giustizia di pace; inoltre, sempre tra le materie di competenza esclusiva, lett. n) che riguarda le norme generali sull'istruzione e lett. s) che si riferisce ad ambiente, ecosistema e beni culturali[6].

Nell'art. 119, c. 1, si stabilisce la necessità di equilibrio dei bilanci, nonché i vincoli economici e finanziari. Nel c. 2 si richiama il coordinamento della finanza pubblica quale principio applicabile; nel c. 3 viene stabilito il fondo perequativo per territori con minore capacità fiscale per abitante; nel c. 4 emerge la necessità di un finanziamento integrale delle funzioni svolte dalle Regioni; nel c. 5 si stabilisce la coesione sociale, nonché l'eliminazione degli squilibri sociali ed economici, ed infine favorire l'effettività dell'esercizio dei diritti delle persone.

A tale indicazione puntuale dei principi da rispettare, applicare ed osservare per effetto dell'art. 119, bisogna aggiungere anche i principi desumibili da altre norme della Costituzione e che non possono essere nemmeno oggetto di revisione costituzionale a maggior ragione non vanno né modificati e né tanto meno violati dalla legge di approvazione della intese, né tanto meno da

[5] G. Azzariti, *Sull'attuazione dell'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario*, in *Astrid online* Fascicoli, n. 6/2024.

[6] In particolare, rispetto alla competenza in materia di ambiente, v. M. Mezzanotte, *L'autonomia differenziata in materia ambientale: confini e limiti dell'art. 116, c. 3, Cost.*, in *Consulta online*, 06.06.2024.

una legge preliminare all'approvazione delle intesa con la denominazione di legge-quadro, con la conseguenza che poi sarebbero i decreti legislativi a modificare i principi costituzionali.

È evidente che è il legislatore ordinario (e non il governo legislatore nei casi delegati o di urgenza) che deve seguire il binario indicato dalla fattispecie normativa disciplinata con l'art. 116, c. 3.

Si tratta dei principi della tutela dello sviluppo della persona e della dignità della persona, l'eguaglianza, l'unità della Repubblica, la tutela delle autonomie che non devono trasmodare nel ruolo di Stati membri di uno Stato federale, la leale collaborazione tra Stato e Regioni, il rispetto dei vincoli europei ed internazionali, la copertura delle spese nel bilancio sia dello Stato che della Regione ai sensi dell'art. 81 Cost.[7].

Da quanto esposto emerge che la scelta costituzionale delle autonomie particolari può giungere ad una conclusione effettiva e legittima solo se segue il percorso puntuale con il rispetto degli indicatori di principio che sono nella normativa costituzionale.

4. *Limiti (segue): principi specifici sostanziali e procedimentali*

L'art. 116, c.3, prevede la caratteristica della particolarità per il nuovo tipo di Regione; in conseguenza non è ammissibile una generalità di attribuzione di forme e condizioni (particolari) a tutte le Regioni. Se le condizioni sono particolari, certamente non possono essere generali e generalizzate; va quindi individuata l'attribuzione di queste forme e condizioni di autonomia con riferimento ad ogni Regione. Da ciò emerge che non si può stabilire la devoluzione di tali competenze in tutte le materie; verrebbe meno il concetto di particolarità.

A tale profilo limitativo, sul piano territoriale e sociale, si contrappone, sul piano dell'intero territorio (e di tutte le materie), l'obbligo di rendere effettivi i livelli essenziali delle prestazioni per i diritti civili e sociali dei cittadini; non esistono materie per le quali tali prestazioni non debbano avere livelli essenziali comuni su tutto il territorio. Non si può immaginare che in una Regione a maggior capacità fiscale possa esserci tutela della salute superiore nel minimo a quella di altre Regioni meno abbienti. E così per l'istruzione, per la Protezione Civile e per altre materie che, se fossero escluse, verrebbero a costituire una modifica della stessa forma di Stato.

Se si riflette sulla particolarità dell'attribuzione di forme e condizioni di autonomia, la trasformazione in generalità, o per tutte le materie, o per tutti gli

[7] S. Pajno, *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi*, in *Federalismi.it*, n. 5/2020.

enti regionali, è fuori dalla fattispecie normativa costituzionale; si collega ad un disegno di Stato totalmente diverso da quello regionale.

Sotto altro profilo i livelli essenziali delle prestazioni per i diritti civili e sociali dei cittadini devono essere garantiti non solo dalla identificazione, determinazione e finanziamento, ma anche attraverso una perequazione nei vari territori. Equità e conformità alla Costituzione vorrebbero che i territori più svantaggiati possano avere, in maniera prioritaria, le risorse per eliminare la disparità di trattamento territoriale; soltanto in epoca successiva altre Regioni possono ottenere risorse per le condizioni particolari del territorio, o sociali, o economiche. Quindi, in sostanza, in primo luogo la particolarità delle condizioni della Regione, in secondo luogo i livelli essenziali di prestazione, in terzo luogo l'obbligo di perequazione costituiscono un limite specifico che va osservato ed applicato in sede di approvazione della legge d'intesa, nella quale si dovrà stabilire che la devoluzione non potrà essere eseguita in mancanza di tutti i presupposti necessari riguardanti i livelli essenziali delle prestazioni e la perequazione territoriale.

Con tale impostazione della fattispecie costituzionale è evidente che essa non può ritenersi autorizzativa di procedimenti legislativi delegati al Governo o addirittura di atti amministrativi; vi è, nell'art. 116, c.3, una riserva di legge e una riserva di organo: cioè una legge rinforzata con un procedimento interamente parlamentare. Si potrebbe ritenere che sia eccessivo tutto questo spiegamento di limiti e con il richiamo alla necessaria applicazione dei principi, perché è ovvio che in ogni caso i principi vanno applicati, indipendentemente dall'art. 116, ma in effetti ogni volta che una legge del Parlamento si trova a disporre una disciplina normativa che, o non applica interamente la Costituzione, lasciandola inattuata, ovvero la modifica arbitrariamente, non osservandola, necessariamente si rischia, da un lato la possibilità di ricorsi alla Corte costituzionale per cancellare leggi che rischiano di violare tutti i principi e di danneggiare economicamente e finanziariamente lo Stato e le Regioni; dall'altro la necessità sotto il profilo, ove la Corte costituzionale non dovesse ritenere la legge impugnata (di volta in volta) incostituzionale, di richiedere un procedimento di referendum, il cui svolgimento è sempre traumatico per l'unità del Paese, per la coesione sociale, per gli equilibri politici, per gli indirizzi politici del Governo, non solo della maggioranza, ma anche per il corretto esercizio del ruolo dell'opposizione.

In tale quadro si delinea una più chiara individuazione di quale sia il percorso corretto per realizzare uno strumento di autonomia di particolare importanza, che, come dichiarato nei lavori preparatori, serva a rilanciare e rendere più efficace l'autonomia regionale. Se, però, non si segue il procedimento previsto, né si rispettano i presupposti sostanziali della decisione parlamentare, si

finisce fuori del paradigma costituzionale e si rischia di far transitare le Regioni ordinarie non alla particolarità, nemmeno alla specialità, addirittura alla sovranità, che appartiene, in alcuni limiti, agli Stati membri degli Stati Federali.

5. *Disciplina puntuale del procedimento che conduce all'intesa con ogni Regione avente le particolarità necessarie*

Il procedimento da seguire per poter pervenire al risultato dell'intesa tra Stato e Regione non passa attraverso l'itinerario di una mera legge o atto equiparato che disponga l'attribuzione delle forme e condizioni di particolari autonomie, o che disponga i trasferimenti di funzioni e di risorse. Si tratta di un itinerario molto più articolato che è identificabile in ogni momento; vi è, infatti, una specifica competenza in capo ai singoli protagonisti del procedimento che porta alla intesa tra Stato e Regioni[8].

L'iniziativa di tale procedimento spetta soltanto al Consiglio Regionale e non al Governo e né tantomeno alla iniziativa legislativa parlamentare o popolare. L'approvazione finale si collega alla esistenza di un ordinato e normale procedimento legislativo, con particolari requisiti che caratterizzano la legge rinforzata, anche se con l'ausilio istruttorio del Governo e dei Ministeri, non con la appropriazione da parte dell'esecutivo di poteri delle Regioni o del Parlamento[9].

Il disegno di legge iniziale della Regione, dopo che sia stato presentato al Parlamento, può anche passare per una istruttoria, sempre in sede parlamentare, attraverso l'audizione dei rappresentanti del Governo e dei Ministeri, per raccogliere gli elementi necessari a verificare e controllare la particolarità della situazione e del contesto regionale. Dopo questa istruttoria, sempre parlamentare, alla quale parallelamente può seguire l'istruttoria nell'esecutivo, ma solo in ausilio non in sostituzione (né della Regione e nemmeno del Parlamento), si giunge alla legge che approva le intese. Si tratta di un percorso nel quale è evidente che non risulta ammissibile uno sdoppiamento di atti legislativi; il primo identificato come legge quadro che pone i principi; il secondo come legge d'intesa che conclude l'attribuzione alle singole Regioni, se non addirittura a più Regioni insieme. Questo sdoppiamento è inammissibile. Ogni Regione deve ottenere l'accordo con lo Stato tramite la volontà statale espressa in una singola legge rinforzata del Parlamento. I protagonisti dell'intera vicenda pro-

[8] Sul tema v., in generale, L. Violini, *Una forma di stato a regionalismo differenziato? Percorsi e argomenti per l'attuazione dell'art. 116, c. 3 Cost.*, Torino, 2021.

[9] Sul rischio di un ridimensionamento del Parlamento v. M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in *Federalismi.it*, n. 6/2019, 24 e ss.; C. De Fiores, *Autonomia differenziata e forma di governo*, in *Democrazia e diritto*, n. 1/2023, 70 e ss.; M. Galdi, *L'autonomia differenziata fra tipo di Stato e forma di governo*, in *PasS. Cost.*, n. 1/2024, 35 ss.

cedimentale sono, quindi, il Consiglio Regionale (al quale la Giunta si può anche affiancare) per quanto riguarda l'inizio del procedimento; i Comuni per quanto riguarda i pareri; il Parlamento per l'esame e approvazione delle intese, con maggioranza assoluta e con il rispetto nonché l'osservanza delle leggi costituzionalmente vincolate e con esclusione di qualunque delega.

L'esecutivo, tramite il Governo collegialmente, o i singoli Ministeri, può solo offrire elementi istruttori ed emendamenti durante l'iter legislativo, con audizioni o con la presentazione di emendamenti nelle commissioni parlamentari, ed anche in aula; ciò, perché qualunque percorso che escluda il Consiglio Regionale o che elimini la centralità del Parlamento non risulta previsto nell'art. 116, c. 3, della Costituzione.

6. *Limiti procedimentali nel percorso presso la regione e presso lo stato; effetti*

La legge d'intesa, che è l'atto finale, incide non solo sull'attribuzione di forme e condizioni particolari di autonomia della singola Regione, in determinate materie o parte di materie, ma esplica effetti ulteriori, nel senso che tali funzioni hanno incidenza sulla comunità regionale, sugli equilibri di bilancio, sull'organizzazione della Regione, sul personale, ma anche sulle altre Regioni, sia quelle contermini che le altre che possono subire ridondanza dalla eccessiva tutela della Regione particolare; infine vi è l'incidenza sulla comunità nazionale e sui poteri dello Stato e sul bilancio dello Stato.

Queste ragioni spiegano perché il procedimento che giunge all'intesa non si possa collocare nell'ambito dei poteri normativi del Governo, non solo in quelli legislativi delegati (delegati o d'urgenza), ma anche in quelli regolamentari. In effetti ogni contenuto attuativo dell'art. 116, c. 3, deve essere concretizzato e realizzato con una legge del Parlamento e con la presenza dei requisiti dettati dall'art. 116, c. 3, Cost.

7. *Limiti sostanziali rivenienti dall'unità del Paese, dalla coesione territoriale e dallo sviluppo e dignità della persona*

I livelli essenziali delle prestazioni per i diritti civili e sociali costituiscono un requisito fondamentale che esplica effetti dannosi o vantaggiosi su tutte le materie previste nell'art. 117. Cost. Un ritaglio delle materie, individuandone solo alcune, significa destabilizzare l'intero sistema costituzionale di bilancio e di coesione sociale, ma anche aumentare le sperequazioni e disconoscere i diritti dei cittadini. Il primo riconoscimento dei LEP, rispetto all'approvazione dell'intesa, si collega anche al principio della perequazione o quantomeno della riduzione, nel senso che vi deve essere la riduzione o eliminazione delle disparità territoriali, in attuazione anche dei vincoli europei, per quanto riguarda la

coesione territoriale, che è uno degli obiettivi del PNRR. Come si può vedere (e si può percepire anche da quanto riferito in precedenza), il richiamo dei vari principi generali e speciali nell'ambito dei procedimenti e dell'istruttoria sia per l'autonomia particolare, sia per i LEP, non costituisce una mera indicazione formale, è il segno di una realtà territoriale, economica, sociale, culturale, politica, che viene garantita nel suo sviluppo e nel raggiungimento degli obiettivi costituzionali, proprio dal rispetto del riparto delle competenze.

Non è ammissibile che alcune Regioni (o alcune materie per quelle Regioni) abbiano la sicurezza di avere le prestazioni essenziali per i diritti civili e sociali ed altre, invece, (materie o Regioni) ne debbano rimanere prive. È un limite sostanziale che, riportando ai principi già indicati, non è una mera formalità che si possa superare con una legge-quadro di delega, che riscrive il testo costituzionale per applicare alcuni principi e altri no; quindi, non è possibile assegnare alcune materie in blocco, senza LEP, mentre altre (soltanto poche) richiedono la previa individuazione e determinazione dei LEP. Emerge in definitiva, che il quadro costituzionale è talmente preciso e chiaro da permettere di prendere agevolmente cognizione più informata della disciplina di attuazione dell'art. 116, c. 3[10].

8. *La prima attuazione delle regioni differenziate: la legge-quadro*

La prima attuazione dell'art. 116, c.3, con la individuazione delle Regioni differenziabili è la Legge 86/2024.

La Legge 26 giugno 2024, n. 86, intesa ad attuare l'autonomia differenziata, si colloca come legge quadro perché individua: finalità; procedimento di

[10] Sui pericoli che il regionalismo differenziato presenta si registrano diversi interventi, sia di carattere scientifico che su quotidiani, a dimostrazione dell'interesse generale che la tematica suscita. Solo a titolo di esempio, per i primi si ricorda S. Staiano, *Salvare il regionalismo dalla differenziazione dissolutiva*, in *Federalismi.it*, n. 7/2023, 9 e ss.; M.A. Cabiddu, *La favola brutta dell'autonomia differenziata*, in *Democrazia e diritto*, n. 1/2023, 45 e ss. Quanto ai secondi v. A. Loiodice, *Una legge fatta male è anche pericolosa per le sue conseguenze*, in *Quotidiano di Bari*, 12.07.2024, 5; G. Vittadini, *Autonomia, rischio per il paese*, in *La Repubblica*, 19.08.2024, 26; M. Villone, *Intervista a Villone M.: il prof. Villone: l'autonomia porta a dividere l'talia*, sul quotidiano *Metropolis* del 22/06/2024, 2; V. Tondi della Mura, *Poche parole per cancellare un'ipocrisia vergognosa*, in Nuovo Quotidiano di Puglia, 15/11/2024; V. Tondi della Mura V., (intervista di Caione Matteo) *Guerra aperta sull'autonomia "sta decidendo tutto il Veneto*, in *Nuovo Quotidiano di Puglia*, 22/09/2024.

Ridimensiona le preoccupazioni A. Ruggeri, *La differenziazione dell'autonomia regionale, le aspettative ed i timori eccessivi che da essi si alimentano e il bisogno che gli uni e le altre siano opportunamente ridimensionati*, in *Diritti regionali*, n. 3/2023, 728 e ss. Nota le difficoltà di attuazione dell'autonomia differenziata e il rischio che si trasformi in un fenomeno meramente "amministrativo" L. Violini, *Regionalismo differenziato e riforma del regionalismo italiano: massimalismo politico e minimalismo amministrativo a raffronto*, in *PasS.Cost.*, n. 1/2024, 26 e ss.

approvazione; delega legislativa al Governo; trasferimento funzioni; criteri per l'intesa tra Stato e Regioni; trasferimento funzione amministrativa con risorse umane, strumentali e finanziarie; principi da rispettare. Vi è poi la fissazione della durata dell'intesa e della efficacia delle norme statali, che si riferiscono a materie attribuite alle Regioni particolari. Questo disegno si completa con il monitoraggio degli oneri finanziari; le clausole finanziarie; il riferimento alle Regioni non differenziate, con l'indicazione di principi puramente generici; la salvezza delle pre-intese delle leggi per Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna, già stipulate tra Governo e Regioni, con l'estensione dei principi della legge quadro anche alle Regioni a Statuto Speciale; vi è la conferma, infine, come se ce ne fosse bisogno, dell'esercizio del potere governativo sostitutivo, ex art. 120[11].

L'art. 1, nel fissare la finalità, definisce i principi generali, che sono indicati tramite mero rinvio all'art. 116 e non agli altri articoli della Costituzione (Comma 1). Nel comma 2, le forme particolari di attribuzione vengono subordinate alla determinazione dei livelli essenziali (LEP), che costituiscono la soglia costituzionalmente necessaria ed il nucleo invalicabile per l'effettività di tali diritti.

L'art. 2 delinea un procedimento che giunge all'approvazione delle intese con uno schema procedimentale singolare e del tutto autonomo dalla previsione costituzionale: l'iniziativa di avvio della Regione non è deliberata dal Consiglio, non è una iniziativa legislativa, perché può avviarla benissimo la Giunta.

L'iniziativa legislativa non si rivolge al Parlamento ma al Governo, che approva uno schema d'intesa e lo trasmette alla Camera per un parere, il quale, decorso il termine di 60 giorni, si intende reso favorevolmente; decorso tale termine, poi, lo schema d'intesa è trasmesso alla Camera, che esprime un atto di indirizzo entro 90 giorni, udito il Presidente della Giunta Regionale. Precisamente il Presidente del Consiglio svolge un ulteriore negoziato sullo schema di intesa definitivo, che viene trasmesso alla Regione perché lo approvi entro 45 giorni; quindi, viene deliberato dal Consiglio dei ministri. Alla fine di questo procedimento, il disegno di legge, con l'approvazione dell'intesa, viene trasmesso alle Camere per la "deliberazione" finale. Prima dell'approvazione del Parlamento, intanto, l'intesa definitiva viene sottoscritta dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal Presidente della Giunta.

L'art. 3 reca delega al Governo e i principi e i criteri direttivi sono reperibili nella Legge di Bilancio del 2023, tramite rinvio (principi che l'interprete non riesce a rinvenire). Sempre nell'art. 3 i LEP sono determinati soltanto nelle materie enumerate dall'art. 116 e vengono definite con D.lgs. procedure e modali-

[11] A. Poggi, *Il regionalismo differenziato nella "forma" del DDL Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, in *Federalismi.it*, n. 3/2024, 6.

tà per monitorare la effettiva garanzia dei LEP, in condizioni di appropriatezza; infine, i LEP sono aggiornati con DPCM.

L'art. 4 si riferisce al trasferimento delle funzioni con risorse umane, strumentali e finanziarie per materia o ambiti di materia. Qualora dalla determinazione dei LEP derivino nuovi e maggiori oneri per la finanza pubblica, occorrerà, prima, stanziare le risorse finanziarie e poi effettuare il trasferimento. Nelle materie diverse non condizionate dai LEP, il trasferimento può avvenire dalla data di entrata in vigore della legge.

L'art. 5 si riferisce all'intesa tra Stato e Regione; i criteri per i beni e le risorse, sono determinati con decreto del Presidente del Consiglio, insieme alle modalità di finanziamento, attraverso partecipazione al gettito erariale maturato sul territorio regionale.

L'art. 6 stabilisce che le funzioni amministrative sono attribuite contestualmente alle relative risorse umane, strumentali e finanziarie. In osservanza dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, restano ferme le funzioni fondamentali degli enti locali.

L'art. 7 si riferisce alla durata, per cui lo Stato può chiedere la cessazione, integrale o parziale dell'intesa, ove sulla base del monitoraggio emerge l'inadempienza regionale all'obbligo di garantire i LEP; sempre l'art. 7 individua le disposizioni delle leggi statali, che cessano di avere efficacia nel territorio regionale con l'entrata in vigore delle leggi regionali nelle materie per le quali vi è una attribuzione particolare di forme e condizioni di autonomia.

L'art. 8 disciplina il monitoraggio degli oneri finanziari, per la ricognizione dell'allineamento tra spesa e gettito, ma limitatamente alla Regione beneficiata.

L'art. 9 individua le clausole finanziarie, tra le quali l'invarianza finanziaria, per cui non devono derivare nuovi e maggiori oneri a carico della finanza pubblica; mentre il finanziamento dei LEP, sulla base di costi e fabbisogni standard, e degli equilibri di bilancio, restano un problema (vengono indicati ma restano un problema aperto). Per le singole Regioni, che non siano parte delle intese, è garantita l'invarianza finanziaria; è comunque garantita la perequazione per i territori e il coordinamento della finanza pubblica, con il concorso agli obiettivi di finanza pubblica (non si capisce chi e come).

L'art. 10 riguarda le Regioni che non sono titolari di intese, per le quali lo Stato adotta misure perequative di promozione dello sviluppo economico, coesione e solidarietà sociale.

L'art. 11 fa salvi gli atti autorizzativi delle Regioni già presentati al Governo (le pre-intese), di Veneto, Lombardia ed Emilia-Romagna, che saranno portate a conclusione secondo le disposizioni della Legge 86/2024.

Si conferma alla fine la permanenza dell'esercizio del potere sostitutivo del Governo, ai sensi dell'art. 120[12].

La disciplina legislativa (che viene indicata come legge-quadro), a prima lettura, potrebbe sembrare rispettosa ed ossequiente rispetto ai profili indicati dall'art. 116, sia procedimentali, che sostanziali e di principio; tuttavia, l'analisi della disciplina in concreto rispetto ai principi evocati e alle leggi collaterali alle quali si fa rinvio, non consentono di poter percepire chiaramente tre profili: 1) che fine possano fare i LEP sul territorio; 2) quale perequazione sarà attuata; ed infine 3) quali bilanci saranno salvaguardati e quali saranno danneggiati (almeno a prima lettura). Se si va ad approfondire il senso della legge-quadro possono emergere tanti altri profili e criticità che meritano una attenzione particolare.

9. *La prima attuazione legislativa: materie sottratte alla tutela dei LEP ed all'esame del Parlamento, con riduzione dei poteri conseguenti riguardanti i LEP*

La Legge n. 86 del 2024, per quanto riguarda i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, lascia un'incertezza nell'*an* e nel *quomodo*, configurando una categoria inesistente nel testo costituzionale, che sarebbe quella delle materie non riferibili ai LEP. Ne vengono individuate nove tra quelle dell'art. 116, c. 3. Ne consegue che la garanzia delle prestazioni per i diritti civili e sociali si restringe ad uno spazio molto limitato, già per quanto riguarda la determinazione dei relativi livelli.

Resta, comunque, fuori da questa sfera di poteri legislativi ed amministrativi ogni possibile intervento delle Regioni, con le quali vi dovrebbe essere una leale collaborazione. Non si può dimenticare che l'art. 117, c. 2, lett. m), attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni. Tale competenza non è una materia, è un potere normativo legislativo ed amministrativo che investe tutte le materie. Per ogni Regione il legislatore statale deve stabilire, anche per ogni materia, quale sia lo stato dell'arte. Né si può immaginare che si possa limitare tale garanzia solo alle attività che comportano l'erogazione di un servizio dietro pagamento. L'art. 117, quater, stabilisce una priorità nella determinazione dei LEP e nel conseguente finanziamento. La singolare "resecazione", come dice Luciani, si aggrava per il fatto che interferisce con le competenze riservate alla Regione; in particolare alle Regioni che non hanno chiesto autonomia particolare. Viene,

[12] Per un esame di questa disciplina v. già G. Tarli Barbieri, *Alcune notazioni sparse sul disegno di legge "Calderoli" per l'attuazione dell'autonomia differenziata ai sensi dell'art. 116, c. 3 Cost.*, in *Italian Paper On Federalism*, n. 3/2023, 39 e ss.

quindi, a contrastare con la competenza legislativa esclusiva dello Stato sul punto; si pone in contrasto con i principi stabiliti dalla Corte costituzionale e ripresi dalla Legge di Bilancio n. 197 del 2022.

La giurisprudenza costituzionale ha chiarito, anche tenendo conto del perdurante ritardo dello Stato per definire i LEP, che questa non è materia che possa essere sottovalutata in alcun modo. La soglia di spesa è costituzionalmente necessaria per il nucleo invalicabile di garanzie minime; esso è un elemento imprescindibile per la trasparenza dei rapporti finanziari e deve essere determinata per tutte le materie dell'art. 116, c. 3, Cost. Tale normativa è funzionale ad evitare l'approfondirsi dei divari territoriali, per i quali l'art. 116 fa rinvio all'art. 119 Cost. Trattasi, quindi, di un imprescindibile *prius* logico che crea un vincolo di condizionalità dei LEP all'attuazione dell'art. 116, c. 3. La legge 86 del 2024 arbitrariamente riduce ad alcune materie dell'art. 116, c. 3, Cost., come se queste fossero le uniche riferibili ai LEP e per le quali occorre che i livelli siano determinati preventivamente; mentre, invece, per altre 9 materie non vi è la predeterminazione dei LEP e, quindi, si può procedere al trasferimento delle attribuzioni particolari, prima ancora che sia assicurata un eguale livello per tutto il Paese e per tutte le materie.

A ciò si aggiunga che tale esclusione determina (per le suddette materie) la possibilità di una loro immediata devoluzione alle regioni richiedenti, che si pone in contrasto con i principi sopraindicati; con la possibilità, per il Governo, di adottare uno o più D.lgs. sulla base di principi e criteri direttivi di cui alla legge n. 197, del '22 (Bilancio 2022). Ciò significa escludere definitivamente il Parlamento da una valutazione e decisione in ordine allo stato dell'adeguato soddisfacimento delle prestazioni, richieste per i diritti civili e sociali dei cittadini, il quale interessa tutte le forze politiche e tutti i cittadini e, quindi, deve essere stabilita dal Parlamento anche in applicazione della riserva di legge stabilita a tal proposito.

Ritorna, per i LEP, un ulteriore tentativo (che si spera non raggiunga i suoi obiettivi) di porre il Parlamento in un angolo irrilevante, riducendone i poteri con i pretesti della delega al Governo (senza principi e criteri direttivi) e della totale attribuzione di un ruolo protagonista all'esecutivo, che costituzionalmente è solo una parte (maggioritaria) delle forze politiche che esistono in Parlamento. Non solo viene escluso il Parlamento in quelle componenti della maggioranza che potrebbero pure offrire qualche contributo di miglioramento, ma anche nelle forze dell'opposizione, che, in materia di diritti civili e sociali dei cittadini, non possono essere tenute fuori da qualunque valutazione e decisione, anche se, nella decisione, dovessero poi rimanere in minoranza.

Il disegno legislativo fissato nella legge di prima attuazioni dell'art. 116, c.3, della Costituzione, apre percorsi "di fuga" da ogni possibile controllo parla-

mentare e dell'opinione pubblica. L'autonomia particolare serve, come risulta dai lavori preparatori dell'art. 116, c. 3. Cost., alla migliore, più ampia ed efficiente autonomia delle regioni; viceversa, si trasforma in un ampio potere discrezionale, se non arbitrario, dell'esecutivo, di intervenire sulla finanza, sugli stanziamenti, sui poteri e su tutto quanto riguarda proprio una materia costituzionalmente vincolata, qual è quella dei diritti civili e sociali dei cittadini[13].

10. *La prima attuazione della legge sulle autonomie particolari: l'elusione dell'osservanza dei limiti di attribuzione alle regioni richiedenti l'autonomia particolare e della disciplina procedimentale*

La distinzione tra materie LEP-condizionate e materie che, invece, possono essere attribuite, senza previa determinazione dei LEP, è una distinzione arbitraria, in contrasto con lo spirito della Costituzione, escludendo la doverosa applicazione dei principi di tutela della persona e della dignità.

L'art. 117 Cost. stabilisce che i LEP siano previamente determinati. A tal fine vi è stata anche una legge (185 del 2022) che ha stabilito di attuare questo principio, proprio per avviare le autonomie particolari. L'avvenuta distinzione, recepita dalla prima legge di attuazione, n. 86/2024, può condurre ad un risultato abnorme e cioè che tutte le materie, non condizionate alla predeterminazione dei LEP, possono, in blocco, essere trasferite a tutte le regioni. Non vi è alcun ostacolo legislativo; vi sono, invece, poteri amministrativi (discrezionali, se non arbitrari), che intervengono su questi spostamenti di risorse (di ricchezza) e di servizi dai poteri centrali a tutte le regioni richiedenti. Tale effetto (della legge n. 86/24) si ricollega alla palese trascuratezza di un obbligo il cui adempimento è il presupposto della devoluzione di funzioni. Si tratta dell'obbligo di accertamento della particolarità che legittimi e giustifichi la diversità di trattamento tra le regioni.

La dichiarata volontà della legge n. 86/24 di voler attuare tutta una serie di principi, non passa infatti attraverso l'itinerario preliminare che delimita i soggetti destinatari delle nuove forme di autonomia soltanto per la particolarità del contesto sociale, politico ed economico territoriale e non in genere. La legge sposta l'attenzione dalla particolarità delle regioni (che chiedono un ruolo differente da quelle ordinarie) al riparto di poteri in ordine ai contenuti e procedimenti; spostamento che stabilisce un protagonismo dell'esecutivo statale e regionale con un procedimento nel quale la presenza del Consiglio Regionale e del Parlamento sono totalmente marginali.

[13] Sul punto v. la sollecitazione di V. Tondi della Mura, *Riportare il tema dei LEP in Parlamento è l'unica strada da percorrere adesso*, in *Quotidiano di Puglia*, 21/06/2024.

L'autonomia particolare ha la funzione (come emerge dai lavori preparatori della novella costituzionale) di migliorare la qualità delle autonomie; di attuare i vari principi generali e particolari connessi alla caratteristica dello Stato, come Stato ad autonomie, e, che, a seconda delle condizioni di ogni territorio, possono essere diversificate con l'attribuzione di forme particolari di autonomie. Lo spostamento dell'attuazione dei principi generali e speciali nel settore delle autonomie e della tutela della persona e della dignità, si colloca in maniera sintomatica nella circostanza che i LEP, che dovrebbero essere individuati, determinati, finanziati e garantiti prima di ogni trasferimento, vengono ristretti in una mera individuazione con atto avente forza di legge non del Parlamento; con l'aggravante che il successivo aggiornamento viene affidato ad un atto amministrativo; in altri termini, la funzione parlamentare e la garanzia dei diritti dei cittadini vengono spostate sulla decretazione legislativa o sulla decretazione amministrativa[14].

Tutto questo spostamento di poteri non consente di seguire il procedimento costituzionalmente corretto, indicato dall'art. 116, c. 3, Cost.

11. *Pericolosità rispetto ai principi costituzionali ed europei della dislocazione di poteri normativi e di decisione sulla allocazione delle risorse in sedi a rischio di opacità*

La scelta del legislatore di approvare una legge quadro al fine di attuare l'art. 116, c. 3 Cost., oggettivamente (non si sa se volontariamente), determina una linea di fuga dalla trasparenza dell'esercizio del potere decisionale garantita nel Parlamento; si sceglie la collocazione in sedi normalmente destinate all'attività amministrativa o di indirizzo politico, la cui trasparenza non è certamente pari a quella del Parlamento.

Nella dislocazione di poteri verso l'esecutivo vi sono poteri di tipo normativo (legislativo e regolamentare) e di tipo amministrativo e finanziario (allocazione di risorse e personale) che, essendo oggetto di istruttoria, valutazione e decisione nell'ambito degli uffici e delle strutture amministrative ministeriali e governative, non sono esenti da un palese rischio di opacità decisionale, oltre che di precisa volontà di escludere qualsiasi interferenza, su una materia come

[14] In materia si segnalano diversi interventi significativi di V. Tondi della Mura, *Non è Voltaire: le pagine bianche (e quelle grige) del "rapporto finale" del Comitato per l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Federalismi.it*, n. 15/2024; Id., *Audizione nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulla determinazione e sull'attuazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, Commissione parlamentare per le questioni regionali*, in *Dir. Pubbl. Eur. Rass. Online*, n. 1/2025. Ma si veda anche, V. Tondi della Mura, *Quella prova di forza del comitato LEP prima della Consulta*, in *Nuovo Quotidiano di Puglia*, 10/11/2024 e G. Viesti, *Cassese sta preparando l'imbroglio dei nuovi LEP*, in *Il fatto quotidiano*, 20.09.2024, 3.

quella dei LEP, che invece è di interesse dell'intera comunità e di tutte le Regioni e che può essere soltanto approfondita e decisa nella sede parlamentare, con riserva di legge e addirittura di legge rinforzata[15].

Non si ritiene di poter individuare uno specifico intento elusivo della trasparenza o della partecipazione, vi è, però, la completa frantumazione dei temi relativi ai livelli essenziali delle prestazioni dei diritti civili e sociali che, se dovesse sfuggire all'attenzione dei soggetti che hanno potere in questo tipo di decisioni, diventa appannaggio di pochi e ristretti circoli decisionali anche extra politici ed extra burocratici. In sostanza la istituzione di un CLEP, cioè Commissione per i Livelli Essenziali delle Prestazioni, ha già prodotto un primo spostamento: dal Parlamento al Governo, ed un secondo (più pernicioso) dal Governo al Ministero per gli Affari Regionali, come protagonista; in altri termini l'intera materia dei diritti civili e sociali dei cittadini, ai quali occorre assicurare livelli essenziali di prestazioni, è nella disponibilità di un Ministro, che attualmente è un esponente della Regione (destinataria dei benefici in particolare) e che ha nominato una commissione con esperti già componenti delle commissioni regionali per tale tipo di incombenza. È evidente che l'opinione pubblica è totalmente estranea, non solo sul piano dei giornali, o della televisione, ma anche dei social, che attualmente concorrono ad un nuovo modo di formazione dell'opinione pubblica. Si limita, quindi, ai ristretti circoli di coloro che hanno accesso all'esercizio di questi poteri che, come si è chiarito, dal Parlamento in tutte le sue componenti si trasferisce all'esecutivo per finire come approdo decisionale agli uffici del Ministero per gli Affari Regionali, che diventa l'effettivo gestore di tutta la transizione verso una forma di Stato, che non è disegnata assolutamente nella Costituzione, nella quale esistono da un lato autonomie particolari giustificate e, dall'altro, trasparenza totale con il rispetto inviolabile dei diritti civili e sociali dei cittadini.

12. *Rischio di mutamento occulto della forma di Stato e collocazione delle decisioni legislative ed amministrative finanziarie fuori dal quadro delle autonomie normali e lontane dalle esigenze imposte dalla partecipazione agli obiettivi europei*

È agevole comprendere che una Regione particolare, che riceve forme e condizioni particolari di autonomia, se non resta nel quadro normativo, puntuale ed articolato, che la Costituzione ha stabilito nell'art. 136, c. 3, e nei correlati artt. 117, 119 e 120, oltre che nei principi ad essi collegati, a partire dagli

[15] G. M. Salerno, *Con il proscioglimento di determinazione dei LEP "e relativi costi e fabbisogni standard" la legge di bilancio riapre il cantiere dell'autonomia differenziata*, in *Federalismi.it*, n. 1/2023, IV e ss.

artt. 2, 3 e 5 della Costituzione, l'attribuzione delle forme e condizioni particolari di autonomia si può trasformare in attribuzione di poteri quasi sovrani. Si intende chiarire che è comprensibile come, attribuendo una quantità maggiore di poteri, con la probabile scomparsa della competenza statale sui principi generali nella legislazione concorrente, la regione particolare si avvicina, se non proprio si identifica, con il ruolo di uno Stato membro nello Stato Federale[16]. Si tenga conto che alle singole regioni richiedenti se ne possono aggiungere tutte le altre; quindi, tutte le regioni potrebbero diventare dotate della stessa sovranità degli Stati membri. Questa prospettiva, che non trova limiti in alcun freno che potrebbe derivare dalla competenza parlamentare, viene attribuita e gestita sulla base di legittimi indirizzi politici esistenti nell'esecutivo; tuttavia, con la normale influenza degli apparati finanziari, economici, sociali ed altri; in tal modo si potrebbe creare uno squilibrio nell'attuazione del disegno costituzionale ed una vera e propria rottura.

Le forze politiche, con il voto popolare e con le necessarie maggioranze e garanzie, possono assumere qualsiasi scelta costituzionale che in tal modo sarebbe riferibile sempre al corpo elettorale. Non è consentito, però, di utilizzare meccanismi di trasferimento di poteri dal Parlamento all'esecutivo, dall'intero esecutivo ad un singolo Ministero che non rende trasparenti le attività interne dei burocrati, dei consulenti e gli organi collegiali nominati dallo stesso Ministro, a cui partecipano portatori di interessi, di esigenze o di aspirazioni non supportate da un voto popolare. Tale situazione viene, peraltro, a configurarsi come ridotta sensibilità per la dimensione europea, se non addirittura disconoscimento. L'Italia, essendo partecipe dell'Unione Europea, ha ottenuto finanziamenti e contributi con il PNRR e per attuare i suoi sei pilastri. Significa che lo Stato utilizzerà questi fondi per realizzare gli obiettivi di questi sei pilastri. Tra di essi vi è quello della coesione territoriale sociale. La legge (la prima legge di attuazione n. 86 del 2024) è lontana dalla possibilità concreta non solo di applicare gli obblighi comunitari, ma anche di portarli a termine, pur essendo già stato assunto l'impegno dell'Italia a realizzare quegli obiettivi. In definitiva il testo di legge di prima attuazione della norma costituzionale che (si ricorda) fu approvata per finalità di miglioramento dell'ordinamento regionale verso autonomie particolari, insieme al miglioramento, eliminazione o riduzione delle disparità di trattamento (con prospettive di vantaggi sull'equilibrio finanziario e di bilancio), si può tradurre in un ritorno di estrema dannosità per l'intero Paese.

[16] Per una comparazione con l'esperienza spagnola v. I. Spadaro, *Regionalismo differenziato e forma di Stato. Riflessione sull'attuazione dell'art. 116, c. 3 Cost. alla luce dell'esperienza spagnola*, in *Italian Papers On Federalism*, n. 2/2023, 151 e ss.

Dietro la facciata dell'autonomia particolare potrebbero apparire disegni costituzionali inavvertiti, e forse anche inconsapevoli, dettati da un egoismo "costituzionalmente inaccettabile". All'osservanza dei principi costituzionali non solo si ha l'obbligo, ma anche l'interesse di attenersi, perché, a seconda delle stagioni storiche e politiche, l'ago della storia, se non della bilancia, può pendere una volta da un lato e una diversa volta dall'altro, mentre la Costituzione richiede di seguire un itinerario e una navigazione che diano sicurezza all'Italia. Ogni sfaldamento di questa sicurezza ha una notevole, non condivisibile e non accettabile pericolosità.

13. *I ricorsi in via principale alla Corte costituzionale delle Regioni Puglia, Toscana, Sardegna e Campania*

La Legge n. 86/2024 è stata impugnata in via principale dalle Regioni indicate nel titolo per numerose censure di incostituzionalità[17].

Di seguito si descrive analiticamente l'articolazione delle censure.

a) Dopo l'entrata in vigore della L. 20.06.2024 n. 86 di attuazione iniziale dell'art. 136, c. 3 Cost., come innovato dalla L. Cost. n. 3 del 2021 intitolata «disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario ai sensi dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione», si è risvegliata un'attenzione culturale, economica e scientifico-accademica, con una collaterale reazione politica tramite richiesta di referendum.

b) Tre regioni ordinarie (Campania, Puglia, Toscana,) ed una speciale (Sardegna), hanno proposto ricorso in via principale alla Corte costituzionale per chiedere l'annullamento di tale legge, come si preciserà di seguito.

Il ricorso in via principale alla Corte costituzionale, com'è noto, può essere proposto dalle Regioni per violazioni delle competenze costituzionali attribuite ad ognuna di esse; in questo caso, il profilo di esame, sottoposto alla Corte, riguarda l'invasione delle competenze e cioè la delimitazione della materia attribuita e i suoi confini. Vi è, tuttavia, un altro criterio, in base alla giurisprudenza (C.cost. nn. 9, 6 e 229/2023), che apre anche la possibilità di censurare le leggi statali che siano in violazione di parametri non competenziali, i quali, tuttavia, nella loro disciplina, lasciano intravedere una lesione delle competenze delle regioni, o meglio, una "ridondanza" nella sfera di prerogative dell'autonomia della Regione.

[17] Numerose le sollecitazioni affinché la questione fosse portata all'attenzione della Consulta. Al riguardo v. M. Villone, *Le regioni devono andare alla Consulta. E poi il referendum*, in *Il Fatto Quotidiano* del 25/01/2024.

Tenendo presenti queste due modalità di censura delle leggi statali attraverso il ricorso della Regione, si può comprendere l'articolazione dei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale su iniziativa delle suddette Regioni.

Tenendo conto di questi due ambiti di censurabilità delle leggi statali (invasione e lesione-ridondanza), è meglio intellegibile il significato dei ricorsi che risultano pendenti dinanzi alla Corte costituzionale.

c) Si tratta di quattro ricorsi, in via principale, presentati dalle regioni Puglia, Toscana, Sardegna e Campania. Quello della Regione Puglia è pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 37 dell'11 settembre 2024 prima serie speciale, Corte costituzionale, da pagina 1 a 43; il secondo della Regione Toscana, è pubblicato sul medesimo numero della Gazzetta Ufficiale da pagina 44 a 68. Il terzo della Regione Sardegna è pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 38 del 18 settembre 2024 prima serie speciale, da pagina 1 a pagina 39.

Quello della Regione Campania è stato pubblicato in quest'ultima edizione della Gazzetta Ufficiale da pagina 41 a pagina 71.

Tutti e quattro i ricorsi utilizzano ampiamente la sfera di censurabilità delle leggi statali e delineano, in diversi modi, anche una possibilità di censura dell'art. 116 comma tre, qualora fosse ritenuto in contrasto con i principi fondanti della Costituzione, se interpretato in maniera conforme alla legge-quadro impugnata; la Corte, in questo caso, dovrebbe disporre un'auto rimessione dinanzi a sé stessa della questione (Vedi ricorso Regione Puglia e Regione Toscana).

Le Regioni invocano, non solo la violazione delle competenze proprie ma soprattutto la ridondanza lesiva nel proprio ambito regionale, seguendo così l'ampiezza consentita dalla menzionata giurisprudenza costituzionale sul punto.

d) La connotazione meramente politica delle iniziative regionali non è sufficiente a chiarire quale sia la loro importanza strategica e di tutela della Costituzione e dell'unità italiana; occorre, almeno, conoscere le gravi questioni che sorgono dall'approvazione ed esecuzione della legge impugnata.

I problemi derivanti da tale legge non sono solo politici né partitici; questo profilo, infatti, sarebbe ingeneroso e limitativo.

La questione di fondo attiene, invece, alla dimensione strettamente costituzionale dell'unità nazionale, dell'uguaglianza e dignità delle regioni, del superamento delle sperequazioni territoriali esistenti, del rispetto dei ruoli e delle competenze dello Stato e delle Regioni così delineate e dello stravolgimento del disegno costituzionale regionale non consentito attraverso un distorto uso dell'art. 116, c. 3 Cost., secondo le regioni ricorrenti.

Le censure proposte mirano alla tutela di questi aspetti, unitamente a quella dei principi e valori costituzionali, messi in crisi da uno stravolgimento che sarebbe irrazionalmente delineato e costruito.

Emergono la lesione del principio di separazione dei poteri e del loro bilanciamento, lo svuotamento della centralità del Parlamento, l'inosservanza della riserva di legge e della riserva di organo, l'omesso utilizzo della legge rinforzata, l'omissione o svilimento dell'iniziativa legislativa regionale e del parere degli enti locali, il mancato accertamento e la inesistente comprova delle condizioni socioeconomiche che giustificano la particolarità e la devoluzione dell'integrazione di autonomia.

La gradualità procedimentale della normativa di legge determinerebbe la dissoluzione inavvertita dei livelli essenziali di prestazione per i diritti civili e sociali (LEP).

Gli effetti distorsivi sul bilancio statale (e sulla copertura di bilancio), sono ignorati nella legge-quadro attraverso la clausola di presunta invarianza finanziaria; l'esonero delle regioni particolari dall'obbligo di contribuire alle spese per gli obiettivi di finanza pubblica; infine, si coglie anche la violazione della normativa europea e del PNRR che potrebbe determinare una revoca dei finanziamenti (assegnati anche alle altre regioni) per inosservanza, da parte dello Stato, degli obblighi di coesione derivanti dalle deliberazioni europee.

e) I quattro ricorsi sono ponderosi e ben motivati, redatti da Massimo Luciani (con l'ausilio di Rossana Lanza) per la Regione Puglia, Andrea Pertici per la Regione Toscana, Francesco Marone (con la collaborazione di Almerina Bove) per la Regione Campania, per la Regione Sardegna da un collegio difensivo composto da Omar Chessa, Andrea Deffenu, Antonio Saitta, Mattia Pani, Giovanni Parisi.

f) Si procede, di seguito, ad indicare in modo sintetico i profili di incostituzionalità contestati con la graduazione della priorità delle censure[18].

L'incostituzionalità dell'art. 116, c. 3, previa autorimessione, costituisce in via principale motivo assorbente rispetto agli altri.

Tale richiesta si riferisce all'ipotesi in cui l'art. 116 possa essere interpretato come titolo legittimante il disegno di legge-quadro che diventa sostitutivo dell'art. 116, invertendo così la gerarchia delle fonti.

In prima via subordinata possono risultare assorbenti l'illegittimità costituzionale della delega legislativa in bianco o della previsione di indeterminatezza dei LEP e dei finanziamenti.

In via ulteriormente subordinata si collocano le censure riguardanti l'omesso utilizzo della legge rinforzata (con violazione della centralità del Parlamento); omissione delle iniziative regionali e dei pareri comunali; decreto legisla-

[18] Sui profili di incostituzionalità v. già B. Volpe, *Intervista ad Aldo Loiodice: "occorre stare attenti a non svilire l'incostituzionalità palese dell'attuale testo sull'autonomia differenziata"*, in *Quotidiano di Bari*, 25/08/2024.

tivo per l'individuazione dei LEP e atto amministrativo per l'aggiornamento dei LEP.

In ultimo subordine:

Erroneo o fittizio finanziamento delle risorse occorrenti tramite compartecipazione al gettito erariale; violazione delle norme europee sulla coesione territoriale e rischio di sanzioni per l'Italia e danno per le Regioni destinatarie dei contributi.

14. *La sentenza n. 192/2024 della Corte costituzionale conclude il tentativo "infausto" di rottura costituzionale*

Si deve premettere, come limiti del presente paragrafo, che la sentenza viene qui richiamata nelle parti motive e decisionali, limitatamente alle questioni dichiarate fondate nella parte in diritto.

a) Le aree tematiche nel quadro dell'interpretazione dell'art. 116, c. 3 Cost.

La sentenza prima di esaminare le singole questioni, opera una premessa nella parte in diritto; nel capo 3 raggruppa le aree tematiche coinvolte dalle questioni sottoposte; nel capo 4 espone, in maniera articolata, l'interpretazione dell'art. 116, c. 3, Cost., introdotto con la riforma costituzionale del 2001.

Nella seconda parte del capo 4, la sentenza esamina alcune specifiche materie per la riconducibilità o meno nel tema delle competenze regionali differenziate.

Nel capo 5 supera tutte le questioni di inammissibilità.

Nel capo 6 esamina la questione relativa all'applicabilità dell'art. 116, c. 3, alle regioni speciali.

La questione viene dichiarata fondata in riferimento all'art. 116, c. 3 e, quindi, non potendo applicarsi alle regioni speciali la disciplina delle autonomie differenziate, dichiara l'inapplicabilità dell'art. 116, c. 3, alle regioni speciali.

La sentenza passa, quindi, ad esaminare le questioni di costituzionalità per gruppi tematici.

b) Distinzione tra materie e funzioni, LEP anche nelle funzioni.

Al capo 7, la sentenza esamina il primo gruppo relativo all'interpretazione dell'art. 116, c. 3, rispetto al quale alcune eccezioni vengono dichiarate non fondate ed altre inammissibili.

Le altre questioni vengono esaminate, nel merito, nel capo 8.3, precisando la fondamentale distinzione tra materie (o ambiti di materie) e funzioni; le materie comprendono tutte le funzioni amministrative e/o legislative rientranti in ognuna di esse; il trasferimento di competenze, riguarda le funzioni.

Al punto 8.4 sono dichiarate fondate le questioni concernenti l'incostituzionalità del trasferimento di materie, nel senso che esso non è ammissibile; il

trasferimento di cui all'art. 116, c. 3, riguarda specifiche funzioni di «natura legislativa e/o amministrativa»; deve essere basato su una ragionevole giustificazione, espressione di un'idonea istruttoria, alla stregua del principio di sussidiarietà; deve corrispondere, quindi, al modo migliore per realizzare i principi costituzionali.

L'adeguatezza dell'attribuzione deve essere valutata con riguardo ai criteri di efficacia, efficienza, equità e responsabilità nei compiti dell'autorità pubblica e, pertanto, dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 1, c. 2, L. n. 86/2024, e dell'art. 2, c. 1, per quanto attiene alle materie (o ambiti di materie) riferibili ai livelli essenziali delle prestazioni, nonché l'illegittimità dell'art. 2, c. 2 e dell'art. 3, c. 3, relativo ai LEP, in cui si prevede che i LEP siano determinati nelle materie anziché con riguardo alle specifiche funzioni incluse nelle singole materie; vi è, quindi, l'illegittimità costituzionale anche dell'art. 4, c. 1, nella parte in cui trasferisce materie (o ambiti di materie) riferibili ai LEP, anziché individuare specifiche funzioni riferibili ai LEP[19].

c) Fonti del diritto e delegazione legislativa.

La Corte passa, poi, ad esaminare il secondo gruppo di questioni, riguardante le fonti del diritto, rispetto alle quali dichiara fondato l'aspetto concernente la violazione dell'art. 76 Cost.

L'indicazione dei principi e dei criteri direttivi ben può avvenire *per relationem*; passa, quindi, ad esaminare l'idoneità sotto il profilo dell'osservanza dell'art. 76 Cost. delle norme richiamate dall'art. 3, c. 1, e cioè: della legge applicabile per effetto del rinvio, commi dal 791 a 801 bis dell'art. 1, L. 197/2022.

Questo rinvio configura, come principi e criteri direttivi, disposizioni che, però, regolano solo la procedura di determinazione dei LEP; il c. 791 fornisce solo una definizione dei LEP, ma le finalità di questi commi si rivelano alquanto generiche e inidonee a guidare il potere legislativo delegato.

L'art. 76, esige, poi, che il potere governativo sia guidato dalle Camere.

I LEP implicano una delicata scelta politica; si tratta di bilanciare l'eguaglianza dei privati e le autonomie regionali, nonché diritti ed esigenze finanziarie ed anche con riguardo ai diversi diritti fra loro; si tratta di decidere, per questi livelli, se vi siano le risorse necessarie per garantire uno standard uniforme in tutto il territorio nazionale.

L'art. 3, c. 1 della legge n. 86/2024 viene, quindi, dichiarato incostituzionale, perché pretende di indicare, con un rinvio inappropriato, principi e criteri

[19] V. Tondi della Mura V., *La necessaria terzietà degli organismi tecnico-economici: commissione fabbisogni e ufficio di bilancio nel prisma della sentenza costituzionale n. 192/2024*, in *Rivista AIC*, n. 2/2025.

direttivi *per relationem*, con riferimento a numerose e variegate materie, contemporaneamente.

È evidente, quindi, la violazione dell'art. 76 Cost.; tale incostituzionalità assorbe quelle successive e connesse.

d) Il declassamento della disciplina dei LEP a livello sub legislativo ed amministrativo.

Al capo 13 della sentenza si esamina l'art. 3, c. 7, della legge impugnata, che affida l'aggiornamento dei LEP ad un DPCM su proposta dei ministri competenti di concerto con il ministro per gli affari regionali e dell'economia; l'aggiornamento riguarda i LEP fissati, la prima volta, con decreto legislativo.

Nel merito, la Corte dichiara l'incostituzionalità di tale norma per irragionevolezza dell'art. 3, c. 7, della legge impugnata, rispetto all'art. 3, c. 1 Cost.

L'art. 3, c. 1, della L. 86/2024, infatti, conferisce una delega legislativa per la determinazione dei LEP; il c. 7 prevede, invece, un atto sub-legislativo per l'aggiornamento.

Secondo la Corte è evidente che l'art. 3, c. 7, della legge impugnata, non può disporre della forza dei decreti legislativi che individuano i LEP, perché essi ancora non esistono; inoltre, una fonte primaria non può creare una fonte con sé concorrenziale.

Anche per l'art. 3, c. 9, della L. 86/2024, al capo 13.3, la Corte dichiara la questione fondata, in quanto la procedura di determinazione dei LEP, con DPCM, determina un'anomala convivenza del percorso legislativo e di quello governativo.

Ne deriva, quindi, l'illegittimità costituzionale conseguenziale delle norme dei commi da 791 a 801 bis, dell'art. 1, della L. 197/22, essendo anche incostituzionale, in via conseguenziale, l'art. 3, c. 10, della L. n. 86/2024 che fa riferimento alle norme dichiarate incostituzionali per omessa adeguata considerazione e tutela dei LEP.

Anche l'art. 3, c. 8, della L. n. 84/2024, viene dichiarato incostituzionale in via conseguenziale.

Una volta venuta meno l'applicabilità delle norme di riferimento, risulta incongrua (o decaduta) la previsione della commissione tecnica per il fabbisogno di standard, istituita dall'art. 1, c. 29, L. 208/2015, in quanto, dovendo rispettare la procedura delineata da norme legislative incostituzionali, la commissione non ha più motivo di operare e di sopravvivere, non avendo da svolgere alcun compito.

e) I LEP come vincolo anche al legislatore regionale ed alla pubblica amministrazione e contrappeso della differenziazione.

Nel capo 14, la sentenza si occupa ancora dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP).

L'art. 117, c. 2, lett. m) Cost., attribuisce alla competenza legislativa esecutiva statale la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale.

Secondo la Corte, occorre, quindi, conciliare l'uguaglianza delle persone con l'autonomia degli enti territoriali; il legislatore ha il compito di garantire lo standard uniforme delle prestazioni relative ai diritti in tutta Italia, tenendo conto delle risorse disponibili.

Una volta che siano determinati dal legislatore statale, i LEP rappresentano una soglia vincolante che deve essere rispettata dalle autonomie territoriali; ciò implica, inoltre, che gli enti territoriali dispongano delle necessarie risorse.

Il nucleo minimo di LEP dei diritti è quindi un limite derivante dalla Costituzione e va garantito dalla Corte anche nei confronti della legge statale.

I LEP sono un vincolo posto dal legislatore statale tenendo conto delle risorse disponibili rivolto essenzialmente al legislatore regionale ed alla pubblica amministrazione; la loro determinazione origina poi il dovere dello stesso Stato di garantirne il funzionamento.

I LEP rappresentano il fulcro di un bilanciamento da operare tenendo conto delle risorse disponibili.

I principi di solidarietà, eguaglianza sostanziale e di unità, nel momento in cui il legislatore statale conferisce una maggiore autonomia a una determinata regione, con riferimento ad una specifica funzione che implica prestazioni concernenti i diritti sociali, deve essere previamente determinato lo standard uniforme di godimento del relativo diritto in tutto il territorio nazionale, in nome del principio di solidarietà.

La determinazione dei LEP rappresenta il necessario contrappeso alla differenziazione perché diventa una rete di protezione che salvaguardia condizioni di vita omogenee sul territorio nazionale.

f) Fabbisogni di spesa, compartecipazione al gettito erariale e deresponsabilizzazioni del decisore politico.

Nel capo 22.3 vengono esaminate le questioni promosse dalla Regione Puglia che sono dichiarate fondate; esse si riferiscono all'art. 8, c. 2 della legge impugnata, con riguardo alla variazione dei fabbisogni di spesa come fondamento di una possibile modifica delle aliquote di compartecipazione.

La norma non si riferisce, però, ai fabbisogni standard.

La previsione di una compartecipazione calibrata solo sul criterio della spesa storica, rischia di cristallizzare anche la spesa derivante dall'eventuale inefficienza insita nella funzione.

Il principio di responsabilità del decisore pubblico rende incostituzionale qualunque meccanismo che determini un effetto di deresponsabilizzazione in ordine all'esercizio regionale delle funzioni trasferite.

Se una regione riceve «forme e condizioni particolari di autonomia», essa diventa responsabile anche sotto il profilo finanziario dell'efficienza dei compiti da svolgere.

La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 8, c. 2, della legge impugnata, emerge, inoltre, anche come lesione di una prerogativa costituzionale delle regioni terze risultante dagli artt. 5 e 114 Cost.

Le altre questioni simili e conseguenziali restano assorbite.

Tutte le altre questioni sono state ritenute infondate e si possono conoscere attraverso la lettura dei ricorsi proposti dalle regioni.

g) Conclusivamente, si può affermare che la sentenza della Corte costituzionale n. 192/2024, ha portato chiarezza, coerenza e giustizia in un ambito, come le autonomie regionali, che è un cardine essenziale ed un punto di equilibrio dello Stato regionale.

Luca Longhi[*]

GIURISDIZIONE, SOVRANITÀ, DEMOCRAZIA

SOMMARIO: 1. Premessa. La stretta inerenza della funzione giurisdizionale alla sfera della sovranità statuale. – 2. La giurisdizione tra efficienza ed effettività. – 3. Evoluzione del ruolo del giudice nelle trasformazioni socio-istituzionali in corso. – 4. A mo' di conclusioni. Per una piena realizzazione del modello di "democrazia giurisdizionale" definito dal titolo IV, parte II Cost.

1. *Premessa. La stretta inerenza della funzione giurisdizionale alla sfera della sovranità statuale*

Il diritto processuale e, più in generale, l'esercizio della giurisdizione attengono, contrariamente a quanto spesso si è portati a pensare, all'ambito disciplinare (*rectius*, concettuale) del diritto pubblico, attenendo il processo alla «più augusta tra le funzioni dello Stato»[1], benché non sempre i giuspubblicisti dimostrino di dedicarvi la giusta attenzione.

Il medesimo, sia pure parziale, pregiudizio non si può dire che valga, invece, per l'opera di Salvatore Prisco, che spesso e volentieri, nell'arco della sua copiosa produzione scientifica[2], si è confrontato con i temi della giustizia e dell'ordinamento giudiziario, evidenziando una spiccata *curiositas* intellettuale per l'argomento, in uno ad un certo inconfondibile approccio di grande operatore pratico del diritto, quale egli certamente è, doti che non è sempre facile riscontrare messe insieme nel panorama dei giuristi in attività.

Non vi è dubbio, difatti, pur con tutti i distinguo che inducono i processi in atto di crisi ed erosione della sovranità statuale e sorvolando qui sul più ampio tema del monopolio statale della giurisdizione, che tale funzione costituisca una delle massime espressioni della sovranità e, di conseguenza, dell'autorità (*imperium*) dello Stato.

[*] Ordinario di Diritto costituzionale e pubblico, Università Telematica Pegaso (Napoli), luca.longhi@unipegaso.it.

[1] Così, F. CARNELUTTI, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1937, 298 ss.

[2] Si vedano, ad es., S. PRISCO, *Una nuova sentenza della Corte Costituzionale sull'esercizio delle libertà politiche da parte dei magistrati*, in *Federalismi.it*, n. 16/2009; ID., *Quando una telefonata (intercettata) non allunga la vita. Contributo al dibattito di Amicus Curiae sul Presidente intercettato*, in *forumaquadernicostituzionali.it*, 12 novembre 2012; ID., *Materiali per la riforma del C.S.M. Nota introduttiva*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, n. 2/2021.

Non è casuale, del resto, che, per espresso dettato costituzionale, l'attività in questione debba essere amministrata «in nome del popolo» (art. 101, co. 1 Cost.), a conferma della stretta inerenza della funzione alla sfera dell'interesse generale, elemento sul quale mi sembra che non si rifletta mai abbastanza nel dibattito corrente, come se una certa vulgata prevalente si fosse appiattita sull'idea, metodologicamente scorretta, che la giurisdizione rappresenti un appannaggio esclusivo dell'ordine magistratuale, precluso ad altri operatori del diritto.

In quest'ultimo senso si può comprendere come la natura *sovrana* della giurisdizione vada molto oltre ormai il carattere intrinsecamente autoritario del processo[3] (che pure gli apparterrebbe per definizione) per andare a definire i contorni di una vera e propria "democrazia giurisdizionale"[4], risultante dalla trama costituzionale considerata nel suo complesso.

Il collegamento con la sovranità statuale risiede, in primo luogo, nel contenuto dell'attività in questione, che consiste, indipendentemente dall'ampiezza del campo d'azione che si vuole riconoscere al giudice, in primo luogo, nell'attuazione di una volontà di legge ovvero, se si preferisce, nell'applicazione della legge al caso concreto (*ius dicere*) e, ad ogni buon conto, in una certa soggezione alla legge (come affermata dall'art. 101, co. 2 Cost.).

Il dato della soggezione alla legge (*iudex sub lege*), che costituisce tuttora uno degli aspetti più controversi all'interno del nostro ordinamento costituzionale, suscitando da sempre la reazione corporativa dell'ordine giudiziario[5], contempla, comunque la si veda, il dato della preesistenza della legge e una certa *prevedibilità* della sua lettura (in termini, ad es., di obbligo della motivazione dei provvedimenti e ragionevolezza delle decisioni, cfr. art. 111 Cost.)[6].

D'altronde, nel principio di legalità posto dalla Costituzione a fondamento dell'esercizio della funzione nei confronti del cittadino (art. 25 Cost. nelle plurime dimensioni ivi contemplate) si sancisce che la stessa dovrà svolgersi sulla

[3] Sul punto, si vedano, da ultimo, le considerazioni di G. Verde, *Sul potere giudiziale e* sull'inganno dei concetti, Torino, 2023, 9 ss.

[4] Su quest'idea si rinvia a L. Longhi, *La democrazia giurisdizionale. L'ordinamento giudiziario tra Costituzione, regole e prassi*, Napoli, 2021, *passim*.

[5] Si veda, sul punto, G. Maranini, *Funzione giurisdizionale ed indirizzo politico nella Costituzione*, in *Atti XII Congresso nazionale magistrati italiani* (Gardone Riviera, 25-28 settembre 1965), Roma, 1966, 7 ss. Il Congresso di Gardone fu la sede nella quale emerse con prepotenza una nuova concezione del ruolo del giudice, contrapposta alla tradizionale visione di mero «custode della legge», nonché una nuova visione della funzione giurisdizionale stessa, concepita come funzione «ordinante e costruttiva», in una prospettiva di diretta attuazione dei principi costituzionali, e non già meramente servente rispetto alla funzione legislativa.

[6] Sul tema della prevedibilità delle decisioni in relazione al principio della certezza del diritto, si vedano le illuminanti considerazioni di N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

base di regole preesistenti, in una prospettiva di eguaglianza (espressa, a sua volta, dai soggetti logici degli stessi artt. 24 e 25 Cost., rispettivamente "tutti" e "nessuno", collocati nella parte dedicata ai "diritti e doveri dei cittadini", ad ulteriore conferma della natura *democratica* della funzione) e di certezza del diritto.

Tuttavia, l'esercizio della giurisdizione non deve avere esclusivo riguardo all'esercizio del potere, che attiene al suo funzionamento concreto, ma deve potersi, altresì, riferire all'altrettanto essenziale presupposto della *solidarietà*, da intendersi qui soprattutto quale cooperazione tra i consociati e comune osservanza delle norme giuridiche (cfr. artt. 2 e 54 Cost.).

In un'accezione più ampia, la solidarietà rileva anche quale elemento sul quale deve necessariamente fondarsi lo stesso rapporto giuridico processuale (nella sua accezione originaria di *actus trium personarum*), in termini, ad esempio, di leale collaborazione tra le parti e tra le parti e il giudice, nella traccia indicata dall'art. 111 Cost., per poter arrivare a creare i presupposti effettivi di un *giusto* processo.

In assenza di tale necessaria dimensione, il ricorso alla giurisdizione finirebbe per rivelarsi del tutto insufficiente a rispondere alla missione che le è assegnata dall'ordinamento, sin dal primo comma dell'art. 101 Cost., non a caso la norma con la quale si apre simbolicamente il titolo IV, parte II della Carta.

Si tratta, in altri termini, di far vivere, nel quotidiano svolgimento del traffico giuridico-economico, l'antica triade romana «*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*» sulla quale si fonda tutt'ora il nostro stare insieme organizzato.

In particolare, il terzo elemento della richiamata triade («*suum cuique tribuere*») fa riferimento ad una delle definizioni più efficaci di giustizia ovvero ad uno dei principali obiettivi da perseguire nell'amministrazione della giustizia.

Ed è proprio partendo da questi elementi che in questa sede si cercherà di formulare alcune riflessioni intorno alla giurisdizione, quale categoria fondamentale del diritto pubblico, anche alla luce degli sviluppi conosciuti dall'ordinamento negli ultimi decenni.

2. *La giurisdizione tra efficienza ed effettività*

Il fatto che l'ordinamento giudiziario, a partire dalla modifica dell'art. 111 Cost., si sia rivolto sempre più nella direzione di un efficientismo dapprima non considerato (si pensi, ad esempio, all'obiettivo della ragionevole durata, non sempre perseguito, invero, con strumenti appropriati) non deve, tuttavia, condurre ad abdicare dalla missione fondamentale della giurisdizione, che consiste in primo luogo nel rendere *giustizia* al cittadino.

In questa prospettiva, si può cogliere la natura di *servizio* (anziché di mero potere) correlata alla funzione[7], in perfetta coerenza con il già richiamato disposto dell'art. 101 Cost., che, in assenza di tale inquadramento, rischierebbe di non essere messo a fuoco nel suo significato più autentico.

Come già accennato in precedenza, la giurisdizione, una volta depurata delle scorie dell'autoritarismo[8], corollario dell'antica concezione del monopolio statale, può assurgere a funzione pubblica, nell'accezione più alta dell'aggettivo.

Una funzione di cui il cittadino non è destinato a subire passivamente gli effetti (secondo lo schema ottocentesco del potere), ma alla quale è chiamato a partecipare, dandovi attivo impulso, attraverso soprattutto la necessaria mediazione dell'avvocato, nelle diverse sedi previste nel titolo IV, parte II della Carta (artt. 101 ss.), sebbene molte di esse non risultino il più delle volte valorizzate a sufficienza dall'ordinamento vigente.

Solo in quest'ottica si può comprendere appieno il collegamento della giurisdizione con la sovranità statuale ovvero, in altri termini, l'integrazione di tale funzione nei circuiti democratici definiti dall'ordinamento[9].

Difatti, l'assenza di una diretta investitura elettorale rischierebbe di far apparire *prima facie* la giurisdizione quasi come una vicenda avulsa dall'ordinamento, a differenza di quanto si è comunemente portati a pensare per gli altri poteri dello Stato, muniti di una più immediata legittimazione democratica, laddove, invece, tutti gli istituti previsti nel titolo IV cit., se letti in maniera sistematica, concorrono, a vari livelli, a definire le diverse dimensioni democratiche della funzione, che è bene tenere sempre nella giusta evidenza.

Va da sé, tuttavia, che una funzione democratica, nell'accezione poc'anzi osservata, concepita alla stregua di un servizio, debba essere erogata in maniera gratuita o, comunque, senza prevedere meccanismi che addirittura ne disincentivino il ricorso (si pensi, ad esempio, al *punctum dolens* dei costi per l'accesso alla giustizia, che la rendono spesso di fatto proibitiva per il cittadino).

Non è certo questo, evidentemente, il modo per avvicinare il cittadino ad una funzione che dovrebbe costituire manifestazione diretta della sovranità statuale, per tutti i motivi che si è fin qui avuto modo di considerare.

Del resto, la profonda (e più chiaramente visibile) legittimazione democratica che caratterizza, ad esempio, l'esercizio della funzione legislativa ai sensi degli artt. 1 e 70 Cost. risulterebbe essa stessa vanificata in assenza di un sistema giudiziario funzionale, essendo l'effettività il metro principale sul quale si deve andare a misurare la tutela giurisdizionale dei diritti.

[7] Su quest'idea, si veda G. VERDE, cit., 11 ss.

[8] Ivi, 9.

[9] Nell'accezione intesa in C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1982, 608-609.

Non è perseguendo a tutti i costi l'obiettivo dello smaltimento del contenzioso (anche mediante meccanismi di dissuasione dall'accesso alla giustizia a carico del cittadino e dell'avvocato) che si può realizzare il modello ideale del giusto processo e di una macchina giudiziaria veramente efficiente.

Ed anzi, in questo scenario, si rischia di allontanare il cittadino dalla giustizia, favorendo solo l'affermazione delle ragioni del più forte in danno dei soggetti più deboli e la negazione, dunque, di quell'idea di solidarietà già evocata in precedenza sulla quale dovrebbe essere fondato il nostro stare insieme organizzato.

In quest'ottica si può comprendere agevolmente il collegamento che intercorre tra i tre poteri dello Stato, che non possono più essere intesi quali compartimenti stagni, ma che devono essere messi in reciproca relazione nel contesto dei circuiti ordinamentali e si può, soprattutto, comprendere il senso profondo della giurisdizione, quale strumento di attuazione del diritto vivente, ovvero, com'è stato autorevolmente scritto[10], quale momento qualificato nel quale «il diritto si fa carne».

Ecco, dunque, spiegata l'urgenza di riaffermare la legittimazione democratica della giurisdizione, nella duplice dimensione sancita dall'art. 101 Cost., rispettivamente espressa dai richiami al popolo (co. 1) e alla legge (co. 2), in quanto, a sua volta, manifestazione della volontà generale.

Un'urgenza motivata principalmente dalla circostanza che la giurisdizione svolge un'insostituibile opera di mediazione tra la legge e il cittadino, che si trova a ricevere direttamente nella propria sfera giuridica gli effetti dell'esercizio di una – peraltro, delicatissima, per tutti i motivi descritti – funzione dello Stato.

3. *Evoluzione del ruolo del giudice nelle trasformazioni socio-istituzionali in corso*

La macchina giudiziaria, per tutti i fattori sopra considerati e per altri facilmente intuibili, riveste un'importanza cruciale per il cittadino e per la nostra vita sociale.

È assolutamente opportuno, dunque, che l'esercizio della funzione giudiziaria *lato sensu* intesa[11] possa rivelarsi quanto più possibile allineato alle istanze di una società e di un traffico economico-giuridico in continua evoluzione.

[10] P. Grossi, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2009, 865 ss.

[11] Sulla differenza tra i concetti di giudiziario e giurisdizionale, si veda A. Pizzorusso, *Problemi definitori e prospettive di riforma del C.S.M.*, in *Quad. cost.*, 1989, 483, secondo il quale il primo farebbe riferimento all'organizzazione e il secondo alla funzione, cioè l'attività.

In questa prospettiva, prendendo le distanze qui dalle polemiche che quotidianamente occupano le cronache politiche nazionali, si rende necessario valutare scenari di riforma percorribili per far sì che la giustizia possa adempiere appieno all'*augusta*[12] missione che le è affidata dalla Costituzione, superando quelle inefficienze che ancora la caratterizzano rispetto, ad esempio, a molti altri sistemi giuridici avanzati.

Il modello giurisdizionale sul quale abbiamo informato da ben oltre mezzo secolo ormai la nostra *forma mentis* non appare sempre al passo con le esigenze di uno scenario radicalmente cambiato rispetto all'epoca nel quale conobbe la sua prima elaborazione.

Come è stato autorevolmente sostenuto[13], ad esempio, il nostro processo civile risulta tutt'ora costruito sull'idea di *avere* (beni), che non può risultare idonea a disciplinare in maniera compiuta certe nuove fattispecie correlate all'*essere* (status), che pure, a loro volta, reclamano sempre più spesso una tutela effettiva in sede giurisdizionale.

Lo stesso concetto di avere (*rectius*, di proprietà) ha conosciuto nell'arco dei decenni profondi mutamenti, al punto da perdere quasi del tutto quella ancestrale relazione "fisica" tra *dominus* e *res*, a vantaggio di forme spersonalizzate e anonime di detenzione della ricchezza (azionariato)[14].

Certi istituti tradizionali, tipici di una concezione eminentemente patrimoniale del diritto civile, non si prestano più ad essere applicati a nuove fattispecie indotte dalle metamorfosi (sociali, istituzionali, economiche, tecnologiche) in corso.

Si pensi, ad esempio, al tema della tutela dell'ambiente dai fenomeni di inquinamento, che, per definizione, non possono essere rispettosi dei rigidi confini della proprietà o della sovranità statuale.

Più in generale, anche per effetto del progresso scientifico e tecnologico, destinato, per sua stessa natura, ad anticipare i percorsi evolutivi del diritto, si registra, invero già da alcuni decenni, l'emersione di nuove situazioni giuridicamente rilevanti, che fuoriescono dalle categorie classiche sulle quali si era andato a costruire il nostro sistema processuale e che, non per questo, possono essere lasciate sfornite di tutela.

A seguito di tali trasformazioni, cambia anche il ruolo del giudice, chiamato a regolare vicende estranee al proprio originario ambito operativo (al di fuori, cioè, del tradizionale schema contenzioso) e a sviluppare, di conseguenza, maggiori competenze e sensibilità.

[12] Vedi par. 1.
[13] G. Verde, cit., 20.
[14] Ivi, 29.

Allo stesso modo, la stessa legge vede notevolmente cambiate le proprie caratteristiche, avendo da tempo perduto quella pretesa potremmo dire *novecentesca* ad assumere un carattere di assolutezza (leggi: generalità ed astrattezza) per accentuare, invece, una natura provvedimentale[15].

In questo contesto, pertanto, al giudice è richiesto di indossare sempre più le vesti di mediatore di conflitti sociali, facendo ricorso a nuovi strumenti ed istituti messi a sua disposizione dall'ordinamento vigente, non potendo più essere sufficiente allo scopo la sola figura classica del giudice-giurista e rendendosi, quindi, necessarie forme di integrazione con esperti, se del caso, di diverse discipline[16], nel solco indicato dal titolo IV cit. (cfr. art. 102, co. 2 Cost.).

Analogamente, la paventata – e sempre più verosimile – introduzione in ambito giudiziario dell'intelligenza artificiale apre questioni oltremodo complesse sulla *disumanizzazione* del processo e sulla necessità di porre limiti a forme incontrollate di esercizio del potere, che possono, tuttavia, essere solo accennate e non certo affrontate in maniera compiuta qui.

Si può solo affermare in questa sede che uno svolgimento potenzialmente incontrollato della funzione rischia di sfuggire sempre più a quelle forme di responsabilità previste dall'ordinamento e già troppo spesso destinate a rimanere prive di effettività (pensiamo al tema della responsabilità civile dei magistrati), che devono, tuttavia, necessariamente accompagnarsi all'esercizio del potere, soprattutto se si tratta, come in questo caso, di un potere in grado di incidere in maniera così rilevante sulla vita dei consociati (*là où est la responsabilité, là est le pouvoir*[17]).

4. *A mo' di conclusioni. Per una piena realizzazione del modello di "democrazia giurisdizionale" definito dal titolo IV, parte II Cost.*

In questa fase del nostro ordinamento, che potrebbe essere definita di democrazia matura, è il caso di domandarsi, infine, se il modello di giustizia (che costituisce, come osservato, parte integrante dei nostri circuiti democratici) immaginato a suo tempo dai Padri corrisponde a quello che si è andato effettivamente delineando nel corso dei decenni[18] e quali sono, invece, gli effettivi sviluppi del sistema.

Ebbene, mi sembra che il titolo IV, parte II Cost. possa essere definito come una delle pagine maggiormente incompiute della Carta, perlomeno in

[15] Ivi, 23.
[16] *Ibidem*.
[17] L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1928, 832.
[18] In questi termini, G. Verde, cit., 37.

relazione a molti degli istituti ivi previsti, cui non si è ritenuto di dare fin qui piena attuazione o valorizzazione.

Ne risulta, dunque, un'imperfetta attuazione di quel disegno ideale di democrazia giurisdizionale, cui si è fatto più volte cenno nei paragrafi precedenti.

In particolare, anche alla luce delle tensioni tra poteri dello Stato che si ripropongono con cadenza costante nella vita del Paese, il modello di giurisdizione che si è andato ad affermare nella prassi ha dimostrato di non recepire fino in fondo tutti quei contenuti che si possono ricavare da una lettura sistematica del titolo IV cit.

De iure condendo, sarebbe auspicabile ipotizzare scenari di riforma in grado di realizzare appieno il modello di ordinamento giurisdizionale concepito dai Costituenti, sulle premesse indicate dall'art. 101 Cost., mai messe in luce a sufficienza dalla dottrina e, di conseguenza, dalla legislazione in materia, a partire, ad esempio, dalla più volte invocata (e, da altri, viceversa, osteggiata) separazione delle carriere o dalla ricerca di un più equilibrato rapporto tra Procure e mezzi di informazione, che pure rappresenterebbe di per sé un essenziale requisito di civiltà giuridica.

In altri termini, occorre inquadrare nella giusta prospettiva costituzionale il ruolo della magistratura, che non è da intendersi come titolare esclusiva di un potere, bensì tutt'al più quale ministra di una funzione (ovvero di un *servizio*) da esercitare «in nome del popolo».

Allo svolgimento di tale funzione, anzi, come si è già avuto modo di rilevare in precedenza, deve concorrere una pluralità di attori, tra i quali l'avvocatura e la dottrina, chiamati, ciascuno per quanto di rispettiva competenza, ad offrire un apporto indispensabile al suo *buon andamento*.

In caso contrario, senza considerare adeguatamente la giurisdizione nell'accezione democratica che si è cercato di evidenziare in questa sede, si finirebbe per avallare l'idea di una magistratura depositaria unica di un potere, in assenza di adeguati meccanismi di legittimazione e di responsabilità correlate al suo esercizio.

È quanto è avvenuto di fatto negli ultimi decenni, allorché si è assistito ad un progressivo aumento del peso corporativo della magistratura in danno degli altri poteri, ma anche delle altre componenti istituzionali, non meno rilevanti, invero, ai fini di un corretto funzionamento dei più volte evocati circuiti democratici (dalla classe politica all'avvocatura alla stessa accademia).

Ed invece, in quel riferimento al *popolo* contenuto nel primo comma dell'art. 101 Cost. e mai messo abbastanza a fuoco nel dibattito si racchiude il senso profondo della legittimazione democratica della giurisdizione, in collegamento diretto con il concetto di sovranità (art. 1 Cost.), che deve, tuttavia,

essere posta nelle condizioni di emergere nella sua effettività giuridica per non finire ridotta a vuota formula di stile priva di significato.

Si dimentica spesso che l'art. 101 Cost. – collocato, non a caso, in apertura del titolo IV – è posto a presidio della separazione dei poteri e che postula pur sempre in capo alla magistratura giudicante la garanzia del rispetto di regole etero-imposte[19], affermate, cioè, in altra sede, conformemente, del resto, alla vocazione originaria (potremmo dire etimologica) della giurisdizione, in quanto attività che consiste nel *dicere ius*.

Si tratta, per tutti i motivi illustrati, di una norma fondamentale del nostro modello di democrazia liberale, che conserva, evidentemente, anche nel contesto attuale, nel quale si assiste ad un graduale sgretolamento di alcune categorie tradizionali (a cominciare proprio dall'antico primato della legge), una certa validità concettuale.

L'instaurazione dello Stato costituzionale, con i vari mutamenti ordinamentali che ha comportato, ha certamente determinato un ampliamento dell'ambito operativo della funzione giurisdizionale, che, tuttavia, non può finire per promuovere il *caos* a condizione naturale dell'ordinamento[20] in danno dei consociati, tanto più in condizioni di sostanziale irresponsabilità nel giudicare, come quelle che si vengono di fatto a configurare nel quadro della normativa vigente[21], anche all'esito della riforma del 2015 della responsabilità civile.

[19] Ivi, 41.

[20] N. Irti, cit., 8.

[21] Su quest'idea, si rinvia a L. Longhi, *Studio sulla responsabilità disciplinare dei magistrati*, Napoli, 2017.

Alberto Lucarelli[*]

PIATTAFORME E DIRITTO PUBBLICO. LINEE DI UN PERCORSO COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Introduzione: il potere delle piattaforme e il rapporto autorità-libertà nella *global area*. – 2. Il ruolo del costituzionalismo democratico. – 3. La regolazione tra innovazione e senso della tradizione.

1. *Introduzione: il potere delle piattaforme e il rapporto autorità-libertà nella* global area

Trascorsi alcuni mesi dal voto per l'elezione del Parlamento europeo, si può affermare che, ancora una volta, il ruolo delle piattaforme digitali per l'informazione sia stato centrale[1]. Ciò conferma quanto sia diventato urgente/strategico dividere il vero dal falso[2].

Il problema delle *fake news* è maledettamente complicato.

La Commissione UE ha lanciato un allarme, ha pubblicato le raccomandazioni per le piattaforme *online* volte ad attenuare i rischi sull'integrità delle elezioni[3]. C'è al lavoro una *task force* dell'Osservatorio europeo dei media digitali.

Insomma, il tema delle grandi società digitali e del loro strapotere economico si presenta di estrema attualità[4].

[*] Ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II, alucarel@unina.it.

[1] Secondo J.M. BALKIN, *How to regulate (and not regulate) social media*, in *Journal of Free Speech Law*, 2021, 76-78, i *social media* svolgono almeno tre funzioni importanti: facilitano la partecipazione pubblica, la conversazione pubblica e curano l'opinione pubblica. La sfera pubblica – scrive lo studioso – è la casa della libertà di espressione, pertanto i *social media* contribuiscono all'inveramento di tre valori: la partecipazione democratica, la cultura democratica, la crescita e la diffusione della conoscenza.

[2] Oltre un quarto della popolazione mondiale si recherà alle urne nel 2024, che è stato definito "*super-election year*" da E. BRESSANELLI, S. BERNARDI, *Resilience of Democracy and European Elections against New Challenges*, European Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, 2024, 8.

[3] Orientamenti della Commissione per i fornitori di piattaforme *online* di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca *online* di dimensioni molto grandi sull'attenuazione dei rischi sistemici per i processi elettorali a norma dell'articolo 35, paragrafo 3, del Regolamento (UE) 2022/2065, C/2024/3014.

[4] M. BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e* antitrust, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2021, 746 ss. e F. PARUZZO, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al*

Un tema nuovo, ma che indossati gli occhiali del giurista, in realtà, coinvolge le categorie giuridiche classiche[5].

Proviamo a vedere perché.

Innanzitutto, si tratta di un tema che mette in relazione i nuovi mezzi di comunicazione, gli assetti imprenditoriali[6] e le soggettività politiche, in plurime dimensioni organizzative, intese sia come espressione dello Stato-apparato, che dello Stato comunità.

Dunque, le categorie giuridiche classiche sono coinvolte, direi anche stressate, soprattutto perché l'ambito spaziale giuridico, nel quale si svolgono i fatti, è molto ampio, difficile da definire e soprattutto da perimetrare.

L'interrogativo che percorrerà queste riflessioni ruota intorno alla domanda su quanto le categorie giuridiche classiche siano in grado di fornire risposte a fatti che si muovono in una *global area*.

In tale contesto globale che ruolo può continuare a svolgere il sistema delle fonti normative, ancorché in una dimensione sovranazionale e nazionale, per regolare i rapporti tra Autorità e libertà[7]?

Quanto il costituzionalismo democratico, sorto sulla base della fissazione di limiti all'esercizio del potere, sia in grado di svolgere il proprio ruolo, rispetto a processi di concentrazione dominante dei poteri, prevalentemente di natura privatistica?

Quanto le norme poste in essere, di recente dall'Unione europea[8], siano in grado di regolare quest'area, nella sua complessità spaziale, giuridica, economica, sociale?

potere privato, Napoli, 2022, capitolo IV.

[5] G. Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970, 63 ss.

[6] E. Laidlaw, *Private Power, Public Interest: An Examination of Search Engine Accountability*, in *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 17, n. 1, 2008. Il potere economico delle piattaforme si è sviluppato con le seguenti modalità: «*a platform company is launched as an online intermediary between buyers and sellers of goods and services – the ancient role of the middleman – enhanced with the modern power afforded by cloud computing, algorithmic matching, pervasive wireless Internet access, scaled user-networks, and near-universal customer ownership of smartphones and tablets*», così O. Lobel, *The Law of the Platform*, in *137 Minnesota Law Review*, 2016, 94. In tema anche la *Relazione annuale 2023 sull'attività svolta e sui programmi di lavoro*, presentata da AGCOM nel 2023, 71: «i motori di ricerca, i *social network* e le piattaforme di condivisione di video gestiti dai grandi *player* globali costituiscono veri e propri gatekeeper di accesso all'informazione in rete, per i cittadini e per gli editori *online*, i cui obiettivi di diffusione dipendono in maniera rilevante dalle piattaforme».

[7] Sul rapporto autorità-libertà e piattaforme F. Paruzzo, *I sovrani della rete,* cit., 110 ss.

[8] Il riferimento è al *Digital services package*. Sul ruolo dell'Unione come *global regulator* dell'innovazione digitale C. Pinelli, *Poteri e diritti nelle piattaforme. Problemi di una prospettiva costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2024, 453.

Parte della dottrina parrebbe favorevole non proprio ad una *deregulation,* ma comunque ad una sorta di primato del mercato, vedendo nel privato motivo di orgoglio e di certo sviluppo[9].

E, dunque, una parte di questa dottrina sostiene che la recente produzione normativa UE (*Digital Markets Act*[10] e *Digital Services Act*[11]) sia inadeguata.

Soprattutto, questa produzione normativa sarebbe mossa da una furia regolatrice che vedrebbe nelle soggettività private il rischio e il timore che le stesse impediscano l'insorgere di un'area riconducibile al costituzionalismo democratico.

Ciò farebbe sì che le nuove norme siano mosse: dal timore dello sviluppo dei poteri privati di dimensioni ben superiori a molti Stati; dalla paura che questi nuovi poteri si comportino come veri e propri governi, senza rendere conto a nessuno; dal pericolo delle intrusioni, sia nella vita privata dei singoli, sia nelle opinioni pubbliche nazionali; dall'ansia di proteggere i diritti fondamentali e i valori costituzionali; dalla preoccupazione di garantire il diritto alla *privacy,* la tutela della concorrenza; dalla necessità di produrre norme dirette a stabilire la responsabilità di produttori e utilizzatori, con l'introduzione di regole *antitrust*, di procedimenti tesi ad adottare autorizzazioni e licenze.

C'è dunque chi ritiene[12] che il tentativo di regolare dal *basso* lo spazio della c.d. *global area,* nel quale troviamo *global law, global politics and global economy,* rischi di non essere adeguato. E allora?

Il fenomeno universale è più ampio.

I rischi di questo intervento dal basso sarebbero tanti:

1. l'inutilità della produzione regolatoria (*governance*), per la difficoltà di sottoporre un fenomeno globale a discipline regionali, come quella europea o nazionale;
2. una regolazione parziale ad arlecchino;
3. il rischio del tecno-nazionalismo e della frammentazione della rete;
4. la persistenza delle c.d. zone grigie, prive di regolamentazione;

[9] S. Cassese, *Digitale, i giganti e gli Stati*, in *Il corriere della sera*, 17 aprile 2024, che richiama a più riprese L. Torchia, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Il Mulino*, n. 1, 2024, 31, la quale afferma «siamo di fronte a un passaggio da un mondo digitale libero e sregolato a un mondo che richiede sempre più regole pubbliche e private».

[10] Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

[11] Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

[12] S. Cassese, *Digitale, i giganti e gli Stati*, cit.

5. il rischio che l'azione di una regolazione nazionale o europea finisca per sabotare lo sviluppo dell'industria digitale.

Dunque, c'è chi sostiene che occorrerebbe ragionare su un modello globale, come quello che fu agli albori di Internet: l'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICAAN)*[13].

Una *non profit Corporation* che in questi anni ha operato da regolatore globale, assicurando uno sviluppo della rete.

L'idea sarebbe quella di lasciare la regolazione nelle mani dei c.d. *stakeholders*, poteri che in molti altri settori sono detenuti da organismi pubblici.

Insomma, la sintesi è che sarebbe meglio avere un regolatore privato globale.

Ma va evidenziato che tale regolatore potrebbe operare delle vere e proprie censure private, rimuovendo i contenuti ritenuti discrezionalmente inadeguati, secondo parametri da esso stesso unilateralmente fissati, incidendo sulla libertà di espressione.

2. *Il ruolo del costituzionalismo democratico*

La tesi di un regolatore privato globale appare distonica rispetto ai valori del costituzionalismo democratico.

Essa, infatti, semplifica la complessità, rinviando ai soggetti portatori di interessi economici la responsabilità della regolazione. Nondimeno, marginalizza del tutto il ruolo delle istituzioni pubbliche e, in senso ampio, delle soggettività politiche.

Tale modello si orienta verso una *deregulation*, una *devolution* di responsabilità pubbliche, che va ben oltre il rapporto tra *government* e *governance*; trascurando le tensioni tra *hard law* e *soft law*[14].

[13] Così S. Cassese, *Digitale, i giganti e gli Stati*, cit. In realtà occorre segnalare che negli anni più recenti ICAAN ha avviato politiche orientate ai diritti umani. In tema: C. Cath, L. Floridi, *The Design of the Internet's Architecture by the Internet Engineering Task Force (IETF) and Human Rights*, in *Science and Engineering Ethics*, n. 2, 2017, 449-468; N. Palladino, *The role of epistemic communities in the "constitutionalization" of internet governance: The example of the European Commission High-Level Expert Group on Artificial Intelligence*, in *Telecommunications Policy*, vol. 45, 2021, 1-15.

[14] M.R. Ferrarese, Soft law. *Funzioni e definizioni*, in A. Somma (a cura di), Hard law *e* soft law *nelle società postmoderne*, Torino, 2009, *passim*; più di recente F. Pacini, *Ai confini della normatività*. Hard law *e* soft law *in "tempi* difficili", in *Relazione Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa". Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza Firenze, 17 e 18 giugno 2022*, 2022, 11 ss., consultabile all'url: *https://www.gruppodipisa.it/images/convegni/2022_Convegno_Firenze/Fabio_Pacini_-_Ai_confini_della_normativita.pdf*

La *deregulation* si pone quindi in una area anarco-liberista, dove dietro al monopolio regolatorio dei privati[15], in realtà si nascondono interessi dominanti e rapporti di forza[16].

In questo modello, non si configurerebbe neppure la tensione naturale tra assetti imprenditoriali e soggettività politiche, o meglio, le soggettività politiche nelle plurime forme tenderebbero ad intrecciarsi con le prime – quanto meno sul profilo funzionale –, generando una politica prodotta da interessi anche contingenti, al di fuori di principi e valori di rango costituzionale[17].

Ma se la democrazia liberale non può essere anarchia, allora occorre immaginare un modello che sappia muoversi nella giusta relazione tra diritti e doveri.

Un modello di principi e regole che, tracciato un solco, sappia muoversi nell'ambito di una cornice posta dal decisore politico, in grado di coinvolgere, in una visione plurale, le differenti soggettività, rispettando le libertà individuali dei cittadini[18].

[15] Ancora su questo tema S. Cassese, *Administrative law without the State? The challenge of global regulation*, in *NYU Journal of International Law and Politics*, 37, 2005, 663 ss; C. Donnelly, *Delegation of governmental power to private parties: A comparative perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

[16] L'affermazione delle piattaforme nel mercato digitale ha trovato un *favor* non trascurabile nella disciplina *antitrust* e nelle sue autorità di vigilanza. Negli Stati Uniti, ad esempio, l'influenza della scuola di Chicago ha assecondato l'emergere di dinamiche che, sfuggendo al binomio "benessere del consumatore" ed "efficienza economica", hanno consentito la cristallizzazione di nuove forme e dinamiche anti competitive. In tema E. Cremona, *Le piattaforme digitali come public utilities: perché non applicare alcuni princìpi di servizio pubblico?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2023, 468.

[17] «La Rete smentisce le originarie promesse di libertà, e rischia quindi di essere piegata al servizio dei nuovi poteri privati che ne gestiscono i nodi. Secondo un paradosso tipico della società della tecnica, internet può divenire, da strumento al servizio dell'individuo, un ordinamento giuridico autonomo, portatore di fini antinomici al valore della persona umana», così C. Caruso, *I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei social network*, in *Consulta Online, Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, 2.

[18] «Quale dunque il compito di una politica del diritto costituzionale che voglia attrezzare una risposta che adatti le ragioni originarie del costituzionalismo alle sfide che le sono attualmente di fronte? Precisamente (…) costituire presidî proprio di "cittadinanza attiva"». Così S. Prisco, *Costituzionalismi antichi e moderni tra strutture invarianti e specificità storiche*, in *Diritti fondamentali*, 2012, 24. Gli studi sul costituzionalismo democratico sono numerosi e una nota bibliografica esaustiva eccederebbe i limiti di spazio consentiti. *Ex multis,* cfr. almeno: C.H. Mc Ilwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, trad. it., Bologna, 1990; M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009; G. Azzariti, *Diritto o barbarie: Il costituzionalismo moderno al bivio*, Roma-Bari, 2021; infine, sia consentito il rinvio a A. Lucarelli, *Tradition and Revolution: Law in Action*, Peter Lang Verlag, Bruxelles, 2024.

E dunque, al di là dei necessari effetti positivi dello sviluppo delle tecnologie, resta il timore verso gli assetti imprenditoriali, quanto siano in grado nelle varie forme, di trasformarsi e governare i processi?

Qual è il margine di rischio di un modello fondato sulla concentrazione del potere?

Certo, quello che occorre è una regolazione quanto più possibile di livello globale[19], tale da evitare la frammentazione, una regolazione partecipata con il necessario ruolo degli *stakeholders*. È evidente che questi ultimi non possano essere esclusi[20].

Il tema di fondo però resta come governare una *global area*, nella quale nuovi mezzi di comunicazione, assetti imprenditoriali e soggettività politiche non rischino di essere assorbite in un Leviatano dominante senza contrappesi. In una dimensione contrattuale autoritaria e liberticida dietro l'apparente dimensione libertaria.

Perché il vero rischio, anche in una dimensione prospettica, è questo: che soggettività private, che hanno quale obiettivo principale i profitti, siano, al contempo, i veri soggetti regolatori dei processi[21].

Sarebbero, cioè, gli stessi giocatori a stabilire le regole del gioco, che però non riguardano solo i loro interessi, ma producono effetti di notevole entità sui diritti e le libertà fondamentali di tutti.

Gli stessi metterebbero così a rischio il principio di eguaglianza, mediante operazioni di limitazione della libertà di manifestazione del pensiero che potrebbero apparire discriminatorie.

3. *La regolazione tra innovazione e senso della tradizione*

Si contrappongono due macro-visioni, con plurime e variabili differenze: una totalmente impegnata a fotografare, direi a garantire, rapporti di forza nel

[19] Il riferimento è alle posizioni di G. Teubner, *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonome della società globale*, in Id. (a cura di), *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Armando Editore, Roma, 2005.

[20] Il coinvolgimento dei portatori di interessi nel processo legislativo è uno degli strumenti chiave per sostenere il programma europeo della c.d. *better regulation*. Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Legiferare meglio: unire le forze per produrre leggi migliori*, COM(2021) 219 *final*.

[21] Si tratta del c.d. rischio di cattura, su cui G.J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, in *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, n. 1, 1971, 3-21. Sul rischio di cattura nel *Digital services package,* J. Laux, S. Wachter, B. Mittelstadt, *Taming the few: Platform regulation, independent audits, and the risks of capture created by the DMA and DSA*, in *Computer Law & Security Review*, vol. 43, 2021.

mercato, insofferente all'intrusione statuale (in senso lato) e regolatoria[22]; l'altra liberale, con uno Stato presente e pronto ad imporre obblighi e a individuare responsabilità, tesa a garantire concorrenza e libertà individuali.

La prima visione pone temi e problematiche complesse.

La *deregulation*, che caratterizza, appunto, il primo orientamento, ha generato un sentimento di diffidenza verso le piattaforme, ma soprattutto non ha saputo, né voluto cogliere la complessità della c.d. arena digitale[23].

Questo modello ha fatto sì che le soggettività pubbliche, i diritti costituzionalmente garantiti e anche gli spazi, apparentemente pubblici, nei quali si accumulano e si scambiano informazioni, sembrano cedere alle logiche ed alle regole del mercato[24], dettate unilateralmente da imprenditori privati[25].

Dal punto di vista della tenuta dei principi fondativi della civiltà giuridica qual è la conseguenza?

La conseguenza è quella di una protezione sbilanciata tra i soggetti coinvolti e di una forte compressione del diritto di difesa.

Si utilizzano, da parte di soggetti privati, strumenti di *governance*, di *soft law*, con una totale assenza di soggetti pubblici.

È evidente la configurazione di un modello basato su un *iper* centrismo del proprietario-gestore privato, tale da incidere nelle dinamiche politiche, economiche, sociali, ma anche evidentemente giuridiche.

[22] Su questa posizione anche T.E. Frosini, *L'ordine giuridico del digitale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2023, 339 che scrive: «L'ordine giuridico del digitale, quale statuto di norme, da intendersi come strutturata regolazione e codificazione, appare quale il metodo meno indicato per provare a dare un ordine giuridico al complesso mondo delle piattaforme digitali. Ecco perché non è da condividere la scelta della UE, peraltro opposta a quella adottata negli USA, di regolare gli sregolati con un profluvio di norme di dettaglio».

[23] C. Pinelli, *L'evoluzione della normativa dell'Unione europea*, in Id., U. Ruffolo (a cura di), *I diritti nelle piattaforme*, Torino, 2023, 17.

[24] Come il caso degli interessi economici connessi alla diffusione delle *fake news*, indagato da A. Christov, *Economy of the Fake News: Business Side And Effects*, in *Eastern Academic Journal*, n. 4, 2019.

[25] Soggetti privati hanno infatti potuto operare discrezionalmente delle vere e proprie forme di censura, così minando la libertà di espressione costituzionalmente garantita. In tema: J.M. Balkin, *Free Speech Is a Triangle*, in *Columbia Law Review*, vol. 118, no. 7, 2018, spec. 2016 ss.; G.L. Conti, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2018, 216; O. Grandinetti, *Le piattaforme digitali come "poteri privati" e la censura online*, in *Rivista Italiana di informatica e diritto*, n. 1, 2022, 175 ss.; M. Bassini, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati". Spunti di comparazione*, in *Rivista Italiana di informatica e diritto*, n. 2, 2021, 44 ss.; M. Monti, *Privatizzazione della censura e* Internet Platforms*: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1, 2019, 35 ss.; O. Pollicino, *Google rischia di "vestire" un ruolo para-costituzionale*, in *Il Sole24Ore*, 15 maggio 2014.

Questo modello ha suscitato diversi dubbi, ma, soprattutto, non lo si è ritenuto in linea con i cardini delle categorie giuridiche proprie del costituzionalismo democratico[26].

Pertanto, ciò ha spinto l'UE ad adottare il *Digital Services Act* e il *Digital Markets Act*, due regolamenti euro-unitari che vanno oltre il principio dell'autoregolamentazione.

Ma in ogni caso restano forti perplessità sulla reale capacità di questo modello regolatorio di tutelare i cittadini nell'agorà digitale.

È certamente da sottolineare un importante passo avanti: l'abbandono dell'esperienza dell'autoregolazione, sperimentando altre forme di co-regolazione[27].

Quest'ultima pensata quale strumento di flessibilità, utile ad adattare la regolazione alla rapidità degli sviluppi tecnologici[28].

L'autoregolamentazione ha presentato tutte le sue debolezze, non risolvendo la complessità dei problemi, lasciando a società private quello che avrebbe dovuto fare il pubblico, attraverso strumenti adeguati e di bilanciamento tra diritti coinvolti.

Un modello, quello dell'autoregolamentazione, altresì molto debole, che aveva mostrato tutti i suoi limiti, non riuscendo, o volendo, contrastare la disinformazione e le manipolazioni.

Insomma, il tema di fondo resta la *governance* e la fissazione di principi e regole nella quale muoversi, insieme alla capacità di controllare e valutare illeciti e consentire l'accesso alla giustizia, una volta configurati violazioni e reati.

Da qui la necessità di un modello capace di individuare le responsabilità e di sanzionarle, a partire dalle stesse piattaforme.

Il modello libertario, o anche dell'autoregolamentazione, ma anche quello della co-regolazione, secondo il modello del DSA – ancora debole nel senso che poco incide sulle responsabilità delle piattaforme e poco ruolo dà ai

[26] Ad esempio, nota C. Pinelli, *I diritti nelle piattaforme dall'entusiasmo alla diffidenza*, in Id., U. Ruffolo (a cura di), *I diritti nelle piattaforme*, cit., 3, che il passaggio dai vecchi ai nuovi mezzi di comunicazione non ha portato alla trasformazione attesa: un incremento della partecipazione democratica per effetto dell'aumento delle interazioni e degli scambi tramite le piattaforme.

[27] A. Simoncini, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 4, 2022, 1031 ss.

[28] Così: J. Busch, *Self-regulation and regulatory intermediation in the platforeconomy*, in M. Cantero Gamito, H.W. Micklitz, *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering. Standards, Contracts and Codes*, Elgar, Cheltenham 2019, 115-134; C.T. Marsden, *Internet co-regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyber space*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

pubblici poteri – hanno mostrato, seppur con sfumature differenti, i loro limiti[29].

Occorre una co-regolazione con un ruolo del pubblico forte, con una agenzia UE e con qualche spazio, ben definito, per le piattaforme digitali, volto ad evitare che le soggettività pubbliche appaiono serventi, soprattutto alle posizioni dominanti espresse dai gestori di tali piattaforme.

In questa grande arena, che si snoda ambiguamente tra *free marketplace of ideas* e sfera pubblica, tra contaminazione di pubblico e privato, l'obiettivo costituzionalmente orientato resta quello di salvaguardare i diritti, a partire dal diritto dei cittadini a ricevere una informazione non manipolata e non fraudolenta.

In altri termini, occorre costruire un sistema che sia in grado di individuare responsabilità ed eventualmente prevedere sanzioni, così da garantire la trasparenza.

Ma ciò necessita di un fondamento giuridico rigoroso, tale da consentire ai poteri pubblici di poter entrare in tale arena.

La risposta dei poteri pubblici non può allora che essere di natura globale.

Non è possibile fornire risposte di livello nazionale a problematiche nascenti da Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft (c.d. GAFAM).

Occorre prendere consapevolezza della necessità di porre in essere azioni tali da contrastare la disinformazione da parte dei pubblici poteri.

Il bene da garantire è il diritto ad una corretta informazione, presupposto di tutte le libertà di partecipazione politica, economica, sociale e il diritto a manifestare liberamente il proprio pensiero senza intaccare la libertà altrui.

Dal modello libertario, a quello dell'autoregolazione, fino ad arrivare al modello UE ordo-liberale della regolazione, questa dovrebbe essere la configu-

[29] La direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, agli artt. 12, 13, e 14, prevede che nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile: della trasmissione delle informazioni; della memorizzazione automatica temporanea; della memorizzazione delle informazioni su richiesta del destinatario del servizio. In altri termini la direttiva europea riproduce la Sezione 230 del *Communications Decency Act* statunitense del 1996, che riconosce la irresponsabilità penale e civile per i contenuti veicolati dal *provider* o dal soggetto che utilizza un servizio informatico e l'immunità per le attività di moderazione dei contenuti svolte in buona fede. Il DSA invero non supera tale modello di "irresponsabilità" riproducendo agli artt. 4, 5 e 6 i contenuti della direttiva sul commercio elettronico. A essere stato parzialmente modificato è solo il regime della responsabilità sull'attività di memorizzazione. L'art. 6 del DSA stabilisce che una piattaforma può essere ritenuta responsabile se non rimuove contenuti illegali di cui abbia conoscenza effettiva. La responsabilità sorge anche quando la piattaforma sia consapevole di fatti o circostanze che rendono evidente l'illegalità dell'attività o dei contenuti, indipendentemente dal fatto che vi siano state o meno segnalazioni da parte di terzi.

razione di un percorso teso a tutelare, secondo i principi del costituzionalismo democratico, i diritti, secondo criteri di solidarietà ed eguaglianza[30].

Per fare ciò occorre la costruzione di un modello che sappia definire la natura e la qualificazione giuridica dei soggetti coinvolti e, soprattutto, la natura e la qualificazione dei rapporti giuridici sottesi.

E qui l'innovazione richiede il ricorso alla tradizione[31].

Il soggetto titolare del potere di individuare le responsabilità e di far applicare la legge a tutela dei diritti, non può che spettare alle autorità pubbliche, bandendo forme di autoregolazione di natura privatistica.

La decisione finale sulla legittimità dei contenuti generati dagli utenti, dai cittadini, va presa da un'autorità giurisdizionale indipendente e non da un'entità commerciale privata.

A un'agenzia europea deve spettare il compito di controllare il rispetto delle norme stabilite per la gestione dei contenuti, sulla base di relazioni trasparenti e di algoritmi di monitoraggio utilizzati dalle piattaforme.

Quindi controllo, responsabilità e giustiziabilità: snodi importanti per costruire la *governance* delle piattaforme, secondo le categorie della tradizione giuridica pubblicistica e privatistica.

All'opposto, le piattaforme *on line* sono organizzate in modo da non poter ricondurre i diritti fondamentali che vi vengono esercitati a quella relazione fra potere pubblico e cittadino, che ha caratterizzato fino alla fine del secolo scorso lo sviluppo del costituzionalismo.

A questo punto qual è la parte debole?

La parte debole rischia di essere proprio lo Stato, rispetto a produttori di dati e informazioni e ai gestori degli stessi.

Secondo la dottrina occorre un modello di cooperazione, cosa diversa dalla co-regolazione, tra piattaforme e Stato, sul modello della *private governance,*

[30] Qui il riferimento è allo Stato regolatore nell'ottica del raggiungimento di obiettivi di equità e giustizia. Sulle potenzialità di un modello che combina economia sociale di mercato e principi socialdemocratici fondati su solidarietà e giustizia sociale, come disegnato nell'art. 3, par. 3 TUE, sia consentito il rinvio a A. Lucarelli, *Le radici dell'Unione Europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, n. 1, 2019; Id., *Scritti di Diritto Pubblico Europeo dell'economia*, Napoli, 2016, *passim*; Id., *Prefazione*, in Id. (a cura di), *Nuovi scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2023, VII ss.; Id., *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in *Liber amicorum per Pasqule Costanzo*, 2020, 2 ss. Con riferimento allo spazio digitale A. Iannotti della Valle, *Le regole di internet tra poteri pubblici e privati. Tutela dei diritti e ruolo dell'antitrust in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2023, 79.

[31] Sia consentito il rinvio a A. Lucarelli, *Tradition and Revolution*, cit. e Id., *Costituzionalismo e storia. Riflessioni sulle dimensioni epistemologiche del senso della tradizione*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2022, 52-71.

ma soprattutto necessita di un modello di cooperazione, fondato sulla simmetria informativa[32].

Peraltro, su altro e complementare versante rispetto a quello delle piattaforme, l'Unione, con il Regolamento n. 1925/2022 (*Digital Markets Act*), interviene sulla concorrenza, contro i monopoli del settore, con l'obiettivo di anticipare, quindi evitare, situazioni dominanti nei mercati digitali a protezione degli utenti.

Ci si domanda allora: i due regolamenti europei stanno andando verso un costituzionalismo digitale, qui inteso nell'accezione di limitazione al potere e conseguente tutela dei diritti dei cittadini[33]?

È possibile cominciare a configurare in questo modello complesso i principi del costituzionalismo liberal-democratico, a partire dal pluralismo?

La riposta a questa domanda, come si è cercato di evidenziare nel testo, non è semplice e non può ancora essere definitiva. Era certamente atteso un intervento dell'Unione europea attraverso lo strumento del regolamento, con una strategia pluriarticolata sia sul versante dei servizi dell'informazione che dei mercati. Nondimeno occorre ancora lavorare sulle latitudini globali del fenomeno, che mal si prestano a essere limitate solamente dal legislatore europeo. Infine, il versante della giustiziabilità dei diritti è ancora poco considerato; all'opposto del paradigma pluralistico si trovano, invece, quegli strumenti messi in campo per tutelare il diritto a informare e a essere informati e che si fondano sulla censura svolta dalle piattaforme.

Queste sembrano essere le sfide urgenti per l'affermazione del costituzionalismo nello spazio digitale.

[32] C. Pinelli, *L'evoluzione della normativa dell'Unione europea*, cit., 32 ss.

[33] Come affermano: O. Pollicino, *Potere digitale*, in *Enc. Dir., I tematici*, vol. V, 2023, 410 ss.; G. De Gregorio, *Digital Constitutionalism in Europe. Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambrige University Press, Cambrige, 2022, 64 ss.; E. Celeste, *Digital Constitutionalism: Mapping the Constitutional Response to Digital Technology's Challenges*, in *HIIG Discussion Paper Series*, no. 2, 2018; F. Pizzetti, *Un nuovo costituzionalismo per l'UE digitale*, in *Agenda Digitale*, 9 gennaio 2024.

Giovanni Luchena[*]

ECONOMIA SOCIALE DI MERCATO E DOTTRINA SOCIALE CRISTIANA: SPUNTI RICOSTRUTTIVI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La programmazione dell'ordine economico. – 3. Le encicliche sociali. – 4. Dottrina sociale e capitalismo. – 5. La contemporaneità: un ciclo all'inizio.

1. *Introduzione*

Il rapporto intercorrente tra dottrina sociale cristiana e modello dell'economia sociale di mercato è storicamente risalente. La dottrina tedesca considera l'etica cattolica fra le radici più solide del liberalismo moderno, cioè una delle varianti del «*societal liberalism*» e, in particolare, la concezione nota come «*economic and social humanism*» che, insieme alla *social market economy* e all'ordoliberalismo costituisce l'architrave della dottrina liberale[1].

Certo, non si può fornire una classificazione rigida delle diverse opzioni concettuali e qualunque schematizzazione andrebbe ricondotta all'aspetto, per così dire, fattuale o pratico, dunque politico, delle dinamiche che la sua evoluzione produce in un tempo dato o in un corso storico. Il *societal liberalism* ammette una "*certa*" quota di giustizia distributiva che indica che, all'interno stesso della dottrina, si colgono diversità degne di menzione. Sul punto, un apporto significativo è dato dalla più "concisa", e forse ibrida, concezione della Scuola di Friburgo che critica le leggi dello sviluppo storico e affronta in modo politicamente deciso le contingenze del momento nel quale essi vivono ed operano. Si tratta perlopiù della negazione delle idee marxiane e della scuola storica tedesca ma anche quella parte della teoria liberale che converge sull'idea dell'ordine naturale dell'economia quale veicolo per la garanzia delle libertà economiche.

In definitiva, al piano politico, la compressione delle libertà economiche e l'intervento di tipo dirigista come in Unione sovietica e la struttura in conglomerati e cartelli, come in epoca weimariana, non sono ritenuti elementi idonei a formulare una proposta politica per il rilancio dell'economia nella Germania

[*] Professore ordinario di diritto dell'economia, Università degli Studi di Bari Aldo Moro, giovanni.luchena@uniba.it.

[1] K.D. JOHN, *The German Social Market Economy – (Still) A model for the European Union?*, in *Theoretical and Applied Economics*, n. 3, 2007, 5.

post-bellica. La *Wirtschaftsordnungspolitik*, dunque, considera la costruzione di un sistema ordinamentale fondato sulla costruzione razionale di un modello economico fondato sulle regole.

Il punto controverso riguarda le regole e soprattutto quali: la prospettiva indicata è quella di un approccio al sistema regolatorio non indipendente dalle dinamiche istituzionali che influenza reazioni e comportamenti degli agenti economici. Un ordine ben costruito garantirebbe efficienza e porterebbe al minimo la regolazione in campo economico[2].

Quando si diffonde la teorica dell'economia sociale di mercato è piuttosto quest'ultima che prova ad agganciarsi alle encicliche socioeconomiche, quasi alla ricerca di un'ulteriore legittimazione politica. In momenti successivi della storia, dopo una prima "condivisione" del modello, è la stessa Chiesa cattolica che se ne discosta, soprattutto nelle encicliche più recenti.

Il punto di non ritorno è dato dall'«attacco dell'economia capitalista ormai trionfante, specie nella variante del suo sviluppo finanziario transnazionale»[3] alla dignità umana (la cui evoluzione semantica muta «nel passaggio dall'universo romano classico a quello cristiano»[4]), un'impostazione che la moderna dottrina sociale cristiana rifugge, orientando la propria dottrina verso le garanzie delle collettività, dell'ambiente e della persona umana, frustrate dal dominio dei mercati rispetto alla tutela dei diritti corrosi dall'*eco-*

[2] Cfr. K.D. John, *op. cit.,* 6.

[3] S. Prisco, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue, n. 2, 2019, 66.

[4] S. Prisco, *Le radici religiose dei diritti umani e problemi attuali*, in *Diritto e religioni,* n. 1, 2011, 179-180, il quale sottolinea che «ad esempio da Cicerone, dove essa è misura dell'estimazione sociale dell'uomo, a Severino Boezio, in cui il termine connota piuttosto il valore dell'individuo in se stesso». Più oltre, l'A. sottolinea che «Limitandoci alla storia moderna europea – e perciò restringendo la visuale, ma sottolineando che è dunque tendenza comune anche ad altre aree culturali esterne ad essa questo processo di filiazione del "politico" e del "giuridico" dal "religioso" (che a sua volta impiega peraltro, per costruirsi, "materiali". preesistenti, come le chiese cristiane furono ancor prima edifici pubblici greci e romani, nella nostra macroarea di insediamento territoriale) – possono allora elencarsi almeno le più evidenti di tali radici: la percezione della comune condizione di figli di Dio degli esseri umani (laddove nel pensiero stoico – come si è visto – il riferimento omologante era alla imperscrutabile e capricciosa sorte che governa l'universo), lo specifico recupero cristiano del giusnaturalismo del mondo classico (a sua volta investito dal vento della secolarizzazione, da Grozio in poi […]), l'almeno potenziale (se non sempre effettiva negli esiti reali) attitudine antistatualistica delle dottrine religiose cristiane, l'apporto del dibattito teologico e filosofico alimentato soprattutto da las Casas e da Vitoria a proposito della Conquista spagnola delle Indie occidentali (in realtà, dell'America scoperta da Colombo), lo spirito individualistico e critico della Riforma».

nomico autoreferenziale in anni di decomposizione del rapporto tra sovranità, diritti e mercati[5].

Una ricostruzione compiuta non può essere esaurita in poche pagine e, tuttavia, gli elementi essenziali del rapporto possono essere espunti da una serie di elaborazioni ed argomentazioni che vale la pena prendere in esame, anche considerate le posizioni assunte nel corso del Pontificato di Papa Francesco, che può essere considerato, nella prospettiva delle presenti note, come *difensore dei diritti sociali, dell'ambiente e delle generazioni future* e, in generale, *defensor societatis.* È stato affermato, infatti, come il Pontefice abbia «dedicato, fin dagli esordi del suo pontificato, molta attenzione ai temi dell'ambiente e della sostenibilità, nel contesto di una visione piuttosto critica verso il funzionamento di un capitalismo di mercato di orientamento liberale, complice forse anche la sua esperienza di vita in Argentina, dove il capitalismo è stato sempre molto fragile»[6].

2. *La programmazione dell'ordine economico*

La programmazione dell'ordine economico e sociale non può prescindere dall'aspirazione, secondo i teorici dell'economia sociale di mercato, di rendere «possibile – oltre che le opportunità di soddisfacimento dei bisogni materiali – l'opposizione più forte possibile alla commissione di peccati, la conservazione di uno spazio indipendente per la Chiesa per lo svolgimento dei suoi compiti autentici e la possibilità, senza eccessivi ostacoli, di poter operare nell'economia, conducendo una vita da cristiani praticanti»[7], dovendo, in fin dei conti, diventare "vincolante" il decalogo e, quest'ultimo, fondamento dell'ordine economico[8].

Invero, lo spazio indipendente della Chiesa cattolica sarebbe consistito nel suo *confinamento* per far posto alle istanze dell'economia di mercato quale contenitore dell'economia sociale di mercato. Secondo la dottrina sociale cristiana, le libertà economiche e il progresso sociale sarebbero garantiti dall'azione dello Stato nella sua funzione di equilibrio tra un intervento, per dir così, "motivato" nell'economia e la garanzia della socialità.

[5] S. Prisco, *Costituzionalismi antichi e moderni tra strutture invarianti e specificità storiche,* in *Dirittifondamentali.it,* n. 2, 2012.

[6] C. Bellavite Pellegrini, *Tra terra e cielo. Economia e finanza nella Bibbia*, Milano, 2021, XXIV.

[7] C. Dietze, W. Eucken, A. Lampe, *Ordine economico e sociale*, in F. Forte, F. Felice (a cura di), *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2016,94.

[8] C. Dietze, W. Eucken, A. Lampe, *op. cit.,* 95.

L'intervento "motivato" occhieggia, per così dire, all'opzione secondo la quale lo Stato sarebbe "legittimato" ad intervenire soltanto in presenza dei fallimenti del mercato e, dunque, in questo caso, si riscontra una simmetria fra le due posizioni concettuali. Del resto, la stessa nozione di sussidiarietà è considerata come un sinonimo di libertà, il che presuppone, dunque, non tanto (o non solo) un intervento sostitutivo, ma anche limitato a determinate situazioni di fatto. La c.d. costituzione economica italiana[9], ad esempio, a tale riguardo, osserva un orizzonte più lontano, perché non si limita alla previsione di interventi per porre ciascuno in una posizione uguale nei punti di partenza ma richiede che dinanzi a situazioni differenti la Repubblica metta in atto azioni differenziate, secondo quanto stabilito dall'art. 3, c. 2, Cost. che associa la dignità all'eguaglianza formando un'endiadi: «la prima nozione rinvia necessariamente all'altra, di talché (posto che in partenza esse devono essere riconosciute, benché di fatto non lo siano pacificamente e anzi sono da questo punto di vista sempre a rischio), allo stesso tempo per essere piene devono ricevere – socialmente e quindi quanto a protezione e promozione legale – costante incremento»[10]. In realtà, non si tratta puramente e semplicemente di un ordinamento giuridico che realizzi l'uguaglianza nei punti di arrivo, ma un ordinamento nel quale pubblico e privato convivano per il conseguimento di finalità comuni e realizzare l'obiettivo del benessere collettivo. Così, nella c.d. costituzione economica italiana si riscontra l'allusione «ad una compenetrazione tra pubblico e privato» al fine di realizzare gli obiettivi di «giustizia sociale, di equità, di democrazia pluralista, di partecipazione che (…) ambiscono a puntellare (…) la stabilità di una società»[11]. Al centro è la percezione cristiana dell'uomo, nel convincimento che, grazie a tale "filosofia", la persona umana possa contribuire efficacemente alla realizzazione dei suoi scopi. Mentre il mercato "estremizza" le ragioni delle libertà individuali e concentra l'azione finanziaria dello Stato sul versante del controllo della spesa pubblica e, in molti casi, anche sulla distribuzione territorialmente selettiva delle risorse, lo Stato costruisce (dovrebbe costruire) le sue politiche sulla base dell'obiettivo della giustizia sociale, "centralizzando" le politiche statali e finalizzandole alla garanzia dei diritti sociali[12].

[9] 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.

[10] S. Prisco, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, cit., 70.

[11] Q. Camerlengo, *Costituzione economia società*, Bari, 2017, 17.

[12] Invero, è stato sostenuto che oggi si assiste, più che altro, ad una sorta di supplenza da parte delle istituzioni europee anche in termini di programmazione e finanziamento della spesa sociale: cfr. A. Patroni Griffi, *Ragioni e radici dell'Europa sociale: frammenti di un discorso sui*

Su questo aspetto, le proposizioni di Wilhelm Röpke mostrano una significativa coincidenza con la dottrina sociale della Chiesa[13] che anticipa il recupero della «dimensione umana di questa economia globalizzata» attraverso la riattualizzazione del «suo secolare impegno nel campo convenzionalmente definito della "questione sociale"»[14]. "Questione" che, com'è noto, sarebbe stata risolta, secondo la Chiesa cattolica con il «rafforzato interventismo da parte dello Stato»[15]. E, infatti, «le Chiese cristiane sostennero misure – ritenute necessarie – finalizzate a correzioni in senso sociale dei risultati del mercato» operando, invero, non soltanto per il miglioramento delle condizioni del lavoratore ma anche per dar vita a forme di cooperativismo istituzionale, ad esempio, nell'economia agricola[16].

3. *Le encicliche sociali*

Le encicliche sociali non costituiscono un fattore sporadico nella storia politica della Chiesa: esse vengono da lontano. A partire dalla *Rerum novarum* di Leone XIII nel 1891, infatti, ribadendo il netto rifiuto del socialismo e confermando il diritto di proprietà come diritto naturale, la Chiesa diventa il baluardo, per così dire, della difesa dei diritti dei lavoratori (riposo festivo, limitazioni dell'orario di lavoro, ecc.) e del nascente movimento sindacale[17]. Lo Stato, secondo la citata enciclica, è chiamato sia a svolgere compiti caritatevoli dovendo intervenire quando la famiglia si trovi in «gravi strettezze» che da sola non è in grado di rimuovere (punto 11) sia a «provvedere al bene comune» (punto 27): un'enciclica che, in particolare in Italia, produsse conseguenze di rilievo sul piano sociale ed economico perché incoraggiò, fra l'altro, l'impegno

rischi del futuro dell'Unione europea, in P. Bilancia (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2018, 47.

[13] A. Cocozza, *Capitalismo, persona e società nel XXI secolo*, in *Amministrazioneincammino.luiss.it*, s.d.; D. Antiseri, *Liberi e solidali. La tradizione del liberalismo cattolico*, Soveria Mannelli, 2006; A. Somma, *L'economia sociale di mercato/1. Il fascino della terza via: torna di moda un passato mai passato,* cit., 1, 5 ss.; M. Toso, *Dottrina sociale della Chiesa ed economia sociale di mercato*, in *Civitas*, n. 3, 2015, reperibile *online* al sito *www.old.sturzo.it*; E. Pavione, *Social Market Economy and New Enterprise Models*, in J.M. Gil Robles, F. De Quadros, D. Velo (eds.), *The European Union and Social Market Economy,* Bari, 2014, 274.

[14] Cfr. S. Suppa, *A proposito di religione e politica*, in Aa.Vv., *Oltre i confini. Religione e società nell'Europa contemporanea*, Bari, 2010, 225.

[15] R. Klump, *Economia sociale di mercato: fondamenti intellettuali, pretese etiche, radici storiche*, in F. Forte, F. Felice, C. Forte (a cura di), *L'economia sociale di mercato e i suoi nemici*, Soveria Mannelli, 2012, 234.

[16] R. Klump, *op. cit.*, 240-241.

[17] C. Ciotola, *L'"orientamento" della carità verso fini di solidarietà sociale,* in A. Fuccillo (a cura di), *I mercanti nel tempio: economia, diritto e religione*, Torino, 2011, 84.

politico dei vescovi più sensibili alla questione sociale: al nord, avviato verso l'industrializzazione, al sud, gravato dalla crisi agraria e produttiva[18].

I contenuti della *Quadragesimo Anno* di Pio XI del 1931 – enciclica sociale ove per la prima volta compare l'espressione sussidiarietà[19] quale configurazione ed «elemento costitutivo» della struttura dell'ordoliberalismo[20] – saranno ripresi, benché riformulati alla luce del contesto economico e sociale di riferimento, a partire, fra le altre, dalla *Centesimus Annus* di Giovanni Paolo II[21].

Proprio su questo crinale, le due impostazioni trovano una coincidenza di prospettiva ed un nucleo comune; a tale riguardo, infatti, è stato rinvenuto il «nesso unificante» tra le due "scuole di pensiero" che «si trova appunto nel loro nocciolo cristiano dei valori della civiltà occidentale»[22] e in alcune proposizioni in ordine all'agire economico dello Stato e del rapporto tra questi e i soggetti privati.

Ad ogni modo, il minimo comune denominatore tra la dottrina sociale cristiana e la scuola friburghese sarebbe costituito dalla realizzazione di politiche economiche imperniate sulla legittimazione di un ruolo attivo dello Stato nell'affrontare le "questioni" sociali come, ad esempio, la lotta alla povertà, lo sviluppo del sistema d'istruzione e la tutela della salute, nell'alveo assiologico e fattuale della sussidiarietà, per la tutela dell'intrapresa individuale, quale cuneo del principio di responsabilità.

In questa prospettiva, l'etica è terreno di confronto anche nel corso delle crisi degli ultimi anni, in particolare a partire da quella del 2008 (dibattito proseguito anche a seguito della crisi causata dall'emergenza sanitaria) tanto che, com'è stato osservato, ove non si fossero manifestati danni rilevanti allo stesso sistema finanziario i comportamenti "non-etici" probabilmente sarebbero passati inosservati[23]. Da una parte, la confessione ortodossa e cattolica, maggior-

[18] A. Monticone, *L'episcopato italiano dall'Unità al Concilio Vaticano II,* in M. Rosa (a cura di), *Clero e società nell'Italia contemporanea*, Roma-Bari, 1992, 273.

[19] T.E. Frosini, *La lotta per i diritti. Le ragioni del costituzionalismo*, Napoli, 2011*,* 150.

[20] P. De Ioanna, M. Degni, *Il vincolo stupido. Europa e Italia nella crisi dell'euro*, n. e., Roma, 2019, 28.

[21] A. Loiodice, *"Centesimus annus" e Costituzione italiana,* in M. Basso (a cura di) *Dottrina sociale della Chiesa. Enciclica "Centesimus annus" e legge italiana,* Bari, 1993, 43 ss.

[22] F. Forte, *Introduzione*, in F. Forte, F. Felice (a cura di), *op. cit.*, XLIX.

[23] A. Quartarone, *Etica in finanza*, in *Riv. trim. dir. econ.,* suppl. al n. n. 1, 2018, 134. Su questo versante, la scienza giuridica può svolgere un ruolo assai significativo. Spesso, infatti, si è indotti a "ragionare" di etica in termini di separatezza dalla sfera giuridica, mentre si auspica, da più parti, una "lettura" del fattore economico secondo una prospettiva ed un'interpretazione più ampie, che includano, quindi, anche il fenomeno giuridico. La norma, infatti, non può essere considerata puramente e semplicemente come un fattore esterno al fenomeno economico ma come parte dell'attività economica (L. Mengoni, *Forma giuridica e materia economica*, in Id., *Diritto e valori*, Bologna, 1995, 1083) proprio in funzione di garanzia della generalità e dell'a-

mente incline all'approccio misericordioso, ha proposto soluzioni più "morbide", come di assoluzione dal peccato («la remissione dei debiti è da sempre parte della tradizione giudaico-cristiana»[24]); dall'altra, la religione protestante, ha posto quale priorità comportamentale ed etica il principio di responsabilità individuale del debitore il quale «deve sopportare le conseguenze del suo fallimento attenendosi a regole di giustizia»[25].

Può dirsi, allora che economia sociale di mercato e dottrina sociale cristiana siano state fonte di ispirazione reciproca, anche se, ad un certo punto della storia, non sono mancati taluni elementi di differenziazione, soprattutto per quel che concerne la visione dell'uomo nella società capitalista e, in particolare, nella prospettiva, da parte cristiana, della finanziarizzazione dell'economia (con la conseguenza nefasta della «repulsione del mondo finanziario verso il diritto»[26]). Un primo esempio si rinviene nell'opposizione di Müller-Armack all'enciclica *Populorum progressio* le cui proposizioni, a suo dire, «si avvicinano

strattezza della medesima, elementi che sarebbero pregiudicati ove prevalesse il *particulare*. Per sua natura, dunque, la norma non parteggia (o non dovrebbe parteggiare o non sarebbe tenuta a prender partito) ma può essere il veicolo privilegiato dell'agire etico. Il rapporto intercorrente tra diritto ed etica nell'economia pervade il pensiero europeo nel Novecento del secolo scorso, intriso, in quel periodo, di «scetticismo etico», essendo stato costruito sul presupposto in base al quale né il vero né il falso costituiscono una solida base per un giudizio di valore, generando una varietà di forme come il soggettivismo, il relativismo, il nichilismo (R. De Monticelli, *La questione morale*, Milano, 2010, 16). L'approccio da ultimo richiamato ha favorito il restringimento delle maglie poste dal diritto pubblico a garanzia dei diritti come posti dinanzi alle scelte di natura economica e finanziaria adottate da parte sia dell'operatore privato sia del decisore politico, il quale ultimo sarebbe ormai intrappolato nei labirinti costruiti dalle megastrutture finanziarie della globalizzazione.

[24] J. Stiglitz, *La bussola imprecisa. L'etica nel mondo della finanza globalizzata,* Roma, 2018, 36.

[25] M. Vellano, *Alla ricerca di un'etica globale nel diritto internazionale dell'economia,* in E. Triggiani, F. Cherubini, I. Ingravallo, E. Nalin, R. Virzo (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, vol. II, Bari, 2017, 934-935.

[26] G. Carraro, *Società di capitali e diritti dell'uomo*, in *Riv. Dir. Civ.*, n. 2, 2012, 206. Le costituzioni sociali hanno come punto di riferimento la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, il principio d'eguaglianza, la solidarietà, la mutualità, la progressività dell'imposta, ecc., mentre la controcultura "usa" la *tutela buona dei diritti* per affermare il dominio della *rule of law* quale stratificazione di un portato culturale egemonico legittimato dai gruppi dominanti: la norma, interna e internazionale, diviene lo strumento utilizzato dall'economia delle multinazionali per "aggredire" nuovi mercati e dominare le culture. Le stesse disposizioni dell'Unione europea sono "strutturate", per così dire, con l'obiettivo di affermare un determinato modello economico in funzione della spoliticizzazione del mercato. Ciò che è contrario alla *rule of law* del mercato – cioè alla sua legittimazione – diviene un fattore comportamentale "lontano dal diritto" che, al contrario, va affermato/esportato con tutta la forza di persuasione possibile: cfr. U. Mattei, L. Nadder, *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*, Milano, 2010, 5 ss.

pericolosamente a un rifiuto del liberalismo economico, che non ha nulla a che vedere con il liberalismo religioso»[27].

4. *Dottrina sociale e capitalismo*

Sulle conseguenze prodotte dal sistema capitalista e finanziario globale, la dottrina sociale della Chiesa sembra prendere le distanze dal modello dell'economia sociale di mercato «fortemente competitiva» e comunque dagli eccessi del liberismo: a tale proposito, vanno evidenziate le *encicliche sociali* – fra le altre la *Sollicitudo rei socialis* (Giovanni Paolo II)[28], la *Caritas in veritate* (Benedetto XVI) e la *Laudato sì* (Francesco)[29] – che hanno fortemente criticato la globalizzazione senza umanità[30], promosso il ritorno del primato della politica sull'economia, sostenuto la lotta contro le discriminazioni, difeso il principio della solidarietà universale[31], incoraggiato i governi a porre in essere adeguate politiche per la giustizia sociale e per la riduzione dei debiti dei Paesi meno sviluppati[32] e per la valorizzazione del concetto di sobrietà quale «nuovo paradigma» della «Chiesa verde»[33], sollecitando «l'Europa ad un maggiore

[27] A. Müller-Armack, *Il moralista e l'economista. Sulla questione dell'umanizzazione dell'economia,* cit., 300.

[28] Sulla *difficile* compatibilità fra l'economia sociale di mercato e la dottrina sociale cristiana, con particolare riferimento proprio alla posizione di Papa Giovanni Paolo II, F. Gabriele, *Un papa* "defensor constitutionis"?, in A. Loiodice, M. Vari (a cura di), *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia,* Roma, 2003, 554 ss. Più in generale, O. Chessa, *Pareggio strutturale di bilancio, keynesismo e unione monetaria,* in *Quad. cost*., 2016, 473-474.

[29] C. Decaro, *Tutela dell'ambiente e biodiversità. Illustrazione dei contenuti della sessione*, in G. Cerrina Feroni, T.E. Frosini, L. Mezzetti, L. Petrillo (a cura di), *Ambiente, energia, alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, Vol. I, Tomo I, Cesifin online 2016, 285 ss.

[30] V. Fazio, *Valori, istituzioni e strumenti della finanza islamica: i percorsi verso l'integrazione con la finanza occidentale*, in G. Dammacco, B. Sitek, A. Uricchio (a cura di), *Integrazione e politiche di vicinato. Nuovi diritti e nuove economie,* Bari, 2012, 53-54.

[31] Sul principio di solidarietà, 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; S. Prisco, *La solidarietà verticale: autonomie territoriali e coesione sociale,* in B. Pezzini, C. Sacchetto (a cura di), *Il dovere di solidarietà. La solidarietà verticale. Autonomie verticali e coesione sociale*, Atti del Convegno. Giornate europee di diritto costituzionale tributario, V ed., Milano, 2005, 15 ss.

[32] R. Coppola, *Etica cattolica, debito e giustizia sociale in vista di un nuovo assetto internazionale*, in A.M. Nico (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, vol. I, Bari, 2016, 375 ss.

[33] S. Fatal, *La nozione di "sobrietà" nel diritto francese. Transizione energetica, diritto dell'energia e diritto dell'ambiente*, in G. Cerrina Feroni, T.E. Frosini, L. Mezzetti, L. Petrillo (a cura di), *Ambiente, energia, alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, Vol. I, Tomo I, cit., 385 ss.

impegno a favore dell'ecologia e richiama alla responsabilità pubblica e personale di custodire il creato»[34]. In particolare, l'enciclica punta il dito contro «la compravendita di permessi di emissione» in quanto può trasformarsi «in una speculazione che non aiuterà a ridurre le emissioni»[35].

La *Caritas in veritate* (punto 9) mette in guarda dai rischi del nostro tempo che consistono nella non coincidenza dell'«interdipendenza di fatto tra gli uomini» con «l'interazione etica delle coscienze e delle intelligenze dalla quale possa emergere come risultato uno sviluppo veramente umano». Il presupposto teorico è la non infallibilità del mercato; la prospettiva è quella dell'esigenze di regole giuridiche che temperino «le ragioni del liberismo»[36].

La "presa di distanze" o la differenziazione dall'economia sociale di mercato e dalle sue conseguenze sul piano sociale emerge dalla *Sollicitudo rei socialis* in cui si abbandona l'adesione alla "terza via"[37]. Vi è una simmetria nel giudizio sulle responsabilità sia dell'Occidente sia del blocco orientale in termini di ostacoli al processo di sviluppo. In particolare, al mondo capitalista occidentale si imputa la mal celata tensione verso l'imperialismo o il neocolonialismo. Sul punto la Chiesa, si legge nell'enciclica, non propone soluzioni né «sistemi o programmi economici e politici» e, dunque, non sostiene una «terza via tra capitalismo liberista e collettivismi marxista». Il nucleo centrale della *proposta* della dottrina sociale è l'«integrale sviluppo dell'uomo e dei popoli» attraverso un «processo di revisione da svilupparsi all'interno dei due sistemi»[38]. Tale pensiero è ribadito da Papa Francesco il quale, in visita al Parlamento europeo il 25 novembre 2019, ebbe ad esprimere il senso e il radicamento dei valori fondanti l'Europa «quali la persona umana, la famiglia, le istituzioni educative, l'ecologia e il lavoro». Un obiettivo che può essere conseguito soltanto se si rilanciano gli ideali umanistici «al servizio della dignità dell'uomo» e se si respinge «il modello basato sul godimento individualistico di una condizione privilegiata, che viene difesa con toni impauriti da chi la può vivere e porta all'esclusione di chi, portatore

[34] F. Santagata, *Rivisitazione del sistema fiscale in materia ambientale: riflessioni e proposte,* in G. Cerrina Feroni, T.E. Frosini, L. Mezzetti, L. Petrillo (a cura di), *Ambiente, energia, alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, Vol. I, Tomo I, cit., 472.

[35] A. Boitani, *L'illusione liberista. Critica dell'ideologia di mercato*, Roma-Bari, 2021, 130.

[36] M. Orlandi, *Il commercio internazionale e la sua regolamentazione: una storia dei trattati economici e commerciali,* Padova, 2016, 778.

[37] M. Galdi, L. Longhi, *Stato, mercato e" terza via" nel contesto dell'emergenza sanitaria,* in M. Rispoli Farina, G. Rotondo (a cura di), *Il diritto dell'economia tra contesto emergenziale e nuovi paradigmi regolatori,* Roma, 2021, 17 ss.

[38] G. Bazoli, *L'impegno dell'operatore cristiano*, in Aa.Vv., *Etica ed economica. Riflessioni sul versante dell'impresa,* Bologna, 1987, 71-72.

di maggiore fragilità, finisce per diventare un ingombro in una prospettiva ormai troppo economicistica»[39].

Le religioni sono portatrici di *valori* avulsi dalle pure logiche del mercato che oggi sembrano dominare il mondo[40], guidato da quella che l'enciclica *Quadragesimo anno* di Pio XI aveva, a suo tempo, definito come «l'imperialismo internazionale del denaro», una delle «conseguenze funeste» dello «spirito individualistico»[41]. La dottrina sociale cristiana ha offerto un contributo fondamentale nella realizzazione di percorsi inclusivi e di introduzione di norme a tutela dei lavoratori[42]. La prospettiva protestante riconduce ad una visione pragmatica l'approccio al trascendente. La riforma luterana ha emancipato l'uomo dalla fede e dalla ragione facendo scaturire il primato della coscienza individuale anche per quel che concerne i rapporti sociali: «le regole che presiedono alle relazioni umane nella comunità civile non dipendono da schemi teologici, sono regole e principi propri, che non hanno nessun rapporto con il trascendente, e che rispondono ad una propria struttura materiale[43]». L'economia, dunque, secondo questa impostazione, ha una sua forza intrinseca che regola l'agire umano, e solo l'agire etico pone l'uomo in diretta relazione con Dio per il raggiungimento della salvezza. Del resto, i luterani «si attengono al principio della sottomissione all'autorità in misura maggiore dei ben più attivi calvinisti»[44]. La dottrina di Giovanni Calvino, infatti, ha quale suo obiettivo di fondo "liberare", per così dire, l'agire umano nello svolgimento delle attività in campo economico: egli pone il lavoro e la fedeltà in relazione all'attuazione dei propri compiti nella società come una sorta di "chiamata diretta" di Dio e come mezzo per avvicinarsi a lui. «La ricerca del benessere non nasce da un sano pragmatismo laico bensì da una cultura intrisa di etica protestante che invita l'individuo a possedere in quanto il possesso di beni materiali è il segno di essere in uno stato di grazia (*Bewärung*)»[45]. Questa prospettazione è alla base dell'impulso liberatorio rispetto all'economia emerso agli albori del capitalismo che, per l'appunto, libera l'uomo dai suoi vincoli proiettandolo nel mare aperto della

[39] C. Buzzacchi, *Bilancio e stabilità. Oltre l'equilibrio finanziario,* Milano, 2015, 252.

[40] A. Fuccillo, *La koinè giuridica tra economia, diritto e funzione nomopoietica delle religioni,* in G, Dammacco, C. Ventrella, (a cura di), *Religioni, diritto ed economia: peculiarità e fecondità di una relazione*, Bari, 2018, 29.

[41] Pio XI, *Quadragesimo anno*, 15 maggio 1931, punto 109.

[42] M. Faioli, *Fratellanza e lavoro. Contributo agli studi in materia di insegnamento sociale della Chiesa cattolica,* in *Federalismi.it,* 10 marzo 2021.

[43] G. Dammacco, *Fattore religioso mercato e impresa,* Bari, 2018, 35-36.

[44] C. Schmitt, *Terra e mare*, Milano, 2002, 84.

[45] J. Vender, *Etica e finanza*, in Aa.Vv., *Etica ed economia. Riflessioni sul versante dell'impresa,* Milano, 1988, 151.

competizione: questa prospettiva «gli consent[e] di reggersi con le proprie forze e di tentare la sorte. Egli divent[a] padrone del suo destino: suo [è] il rischio, e suo il guadagno»[46]. Sempre nell'ottica calvinista, ciascuno deve sentirsi responsabile del proprio lavoro in quanto "eletto", visuale per la quale la separazione tra fede ed opere è prova del rapporto diretto con il divino. In questo modo, il comportamento capitalistico si sottrae da qualunque giudizio etico lasciando alla "responsabilità individuale"[47] il solo criterio valutativo del *modus agendi* delle singole persone. Viene in evidenza la tendenza, manifestata nel corso delle crisi che si sono via via susseguite, come l'atteggiamento dei Paesi considerati fra quelli virtuosi, cioè con una «buona condotta economica»[48] sia, per l'appunto, quello dal quale l'Unione europea non sembra essere riuscita ad affrancarsi del tutto, anche durante la crisi pandemica nel corso della quale sono emerse, ancora una volta, posizioni, per dir così, rigoriste, poi sconfitte dalla propensione verso il solidarismo economico

Una «religiosità privata», dunque, che, ad esempio, è parte del pensiero di A.J. Toynbee il quale ritiene la pratica religiosa per l'appunto come «manifestazione della libertà privata» (…) che «si esaurisce nella vita privata»[49]. Così, ogni forma di partecipazione alla vita sociale ed economica si sviluppa nella sfera privata e rimane in essa conchiusa.

Tornando a Calvino, si può dire che la sua impostazione «apriva la strada ad uno sviluppo in cui l'uomo non solo doveva obbedire a delle autorità laiche, ma doveva subordinare la sua vita ai fini del progresso economico»[50]. Si tratta, in definitiva, della progressione della proposizione weberiana inerente all'influenza della religione protestante sul capitalismo, influsso da cui non sarà immune – pur essendo apparentemente distante dai precetti religiosi protestanti desiderosi di restituire ad un libero mercato rinnovato nella regolazione le chiavi dello sviluppo economico. È, per dir così, il sostrato culturale dell'approccio autonomistico dell'economia e del comportamento morale: un meccanismo riproduttivo inarrestabile perché intimamente connesso all'ottenimento della benevolenza divina. Teologia ed economia, secondo quest'ordine di ragioni, sono invariabilmente legate l'una all'altra: la ricchezza accumulata è un elemento valutato favorevolmente da Dio.

[46] E. Fromm, *Fuga dalla libertà*, Milano, 1979, 61.

[47] G. Dammacco, *Fattore religioso mercato e impresa,* cit., 36-37.

[48] S. Prisco, F. Abbondante, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it*, 24 marzo 2020, 13.

[49] G. Melis, *Toynbee e lo Stato liberale*, Palermo, 1983, 73.

[50] E. Fromm, *op. cit*, 79.

5. *La contemporaneità: un ciclo all'inizio*

Una sequenza di encicliche indica, per così dire, il cammino "politico" più recente della Chiesa dinanzi alle sfide economico-sociali. Di particolare importanza sono quelle encicliche che indicano un percorso di "contrapposizione" alle politiche che mortificano i lavoratori, che non hanno cura dell'ambiente, che non immaginano uno sviluppo economico sostenibile e inclusivo.

Va sottolineato, fra l'altro, come il radicamento della dottrina sociale cristiana – che non è solo riscontrabile nelle encicliche ma in una varietà di interventi e documenti sia del Pontefice sia degli organismi collegiali della Santa Sede – rappresenta un potente indice di coagulo o di divisione, a seconda dei punti di vista, che, tuttavia, per i suoi contenuti non neutrali per quel che concerne le esortazioni a rafforzare la garanzia dei diritti sociali ed a rivalutare il ruolo dello Stato e della comunità internazionale nell'economia costituisce un punto di riferimento imprescindibile nella valutazione delle dinamiche socio-economiche e politiche, oggi peraltro particolarmente incisive nella dottrina, definita «benicomunista»[51], di Papa Francesco il quale, a partire in particolare dalla *Laudato sì*, ha segnato in modo evidente il percorso del suo magistero giacché «per la prima volta nella storia moderna» un Pontefice ha avuto il coraggio di schierarsi apertamente a favore dei perdenti contro «quella dittatura dell'economia chiamata capitalismo»[52].

L'impostazione della Chiesa cattolica sembra abbia, per dir così, seguito un percorso che l'ha vista protagonista in termini sia di necessaria interlocuzione con lo Stato dovuta alle vicende storiche che ne hanno caratterizzato l'evoluzione sia di messaggio strettamente connesso alla fede quale strumento di esaltazione dei valori etici da questa propugnati[53].

L'ottica umanitaria/ambientalista sembrerebbe oggi prevalere (anche se non deve escludersi come l'interesse delle imprese nei confronti delle pratiche eco-sostenibili sia perlopiù determinato dalla presenza dei sussidi pubblici accordati per contribuire alla transizione ecologica), tracciando linee oppositive e propositive rispetto ai processi dell'economia globale. Tale impianto segna un vero e proprio momento di rottura che, a partire dalle encicliche sociali di Papa Giovanni Paolo II, costella il messaggio della Chiesa

[51] U. Mattei, *Introduzione. Con Francesco contro la dittatura dell'economia*, in Papa Francesco, *La dittatura dell'economia*, a cura di Ugo Mattei, Torino, 2020, 13 ss.

[52] U. Mattei, *Introduzione. Con Francesco contro la dittatura dell'economia*, cit., 18.

[53] F. Capriglione, *Etica e finanza in tempi di crisi*, I. Sabbatelli (a cura di), *Banche ed etica,* Padova, 2013, 7.

nei confronti del modello anarcocapitalista o del liberalismo classico (per «semplicità» "liberista")[54].

L'enciclica di Papa Francesco "*Fratelli tutti*" si spinge ancora oltre, giacché invita l'umanità intera a convogliare tutti gli sforzi possibili per una "rinascita" morale ed etica che consenta di promuovere un nuovo corso della storia in ordine all'economia, alla tutela dell'ambiente e alla protezione dei più deboli. L'obiettivo, criticato dal versante liberista, è il rafforzamento degli obiettivi politici a tutela del bene comune che si consegue per il tramite della fratellanza universale[55]. Taluno ne scorge il carattere paternalistico e illiberale, anche se, va detto, la teorica non è affatto nuova ed anzi essa costituisce un punto sempre ripreso sia dagli intellettuali cattolici sia dalla corrente di pensiero che del bene comune ne ha fatto non soltanto un *manifesto* ma anche una proposta concreta di "rivoluzione giuridica" nella gestione (anche) dell'economia.

Soprattutto la crisi pandemica ha imposto un nuovo approccio alla "questione europea": la «forza delle circostanze ha imposto insomma un incremento del legame di solidarietà ai suoi popoli e governi che fa sperare nella presa di coscienza che essa è una comunità di destino, che si salva solo nel suo insieme o è sommersa dai marosi»[56].

Va detto, tuttavia, che, a livello UE, la solidarietà e quindi la socialità hanno diritto di cittadinanza soltanto nel mercato, un elemento che, del resto, è figlio dell'ordoliberalismo di cui è innervato l'ordinamento europeo. L'art. 3, TUE, infatti, nel prevedere l'economia sociale di mercato quale modello economico di riferimento[57] ne stabilisce l'immediata sociabilità *ma* all'interno di una concorrenza altamente competitiva[58] e, nonostante le ritenute aperture al sociale individuate, ad esempio, nella giurisprudenza UE, anche risalente, inerente alla contrattazione collettiva (*Albany*)[59] o, ancora, alle questioni sollevate nei casi *Viking* (diritto di sciopero, libera circolazione di stabilimento) e *Laval* (libera circolazione dei servizi), pur sempre nel quadro della prevalente tutela del mercato aperto e in libera concorrenza. Ad onor del vero, va notato che la giurisprudenza *Laval* ha subito un *révirement* confermandosi,

[54] M. Barberis, *Lo Stato costituzionale e le sue alternative*, Modena, 2020, 40-41.

[55] S. Prisco, M. Tuozzo, *op. cit.*, 28 ss.

[56] S. Prisco, M. Tuozzo, *op. cit*., 23.

[57] G. Luchena, *Soziale Marktwirshaft e costituzione economica "conforme": una rilettura del pensiero giuridico-economico alle radici del modello europeo,* in *PasSaggi costituzionali*, n. 2, 2023, 393 ss.

[58] S. Prisco, M. Tuozzo, *op. cit.,* 31.

[59] G. Luchena, *Politica degli aiuti alle imprese: divieto aprioristico o coordinamento funzionale?,* in G. Luchena, S. Prisco (a cura di), *Aiuti di Stato tra diritti e mercato,* in *Nova Iuris Interpretatio in hodierna gentium comunione,* Quaderno n. 3, 2006, 2007, 66 ss.

per così dire, come anche i giudici europei tengano in considerazione il *contesto* nel quale una determinata questione è sottoposta alla sua cognizione: la Corte UE fa proprio l'orientamento volto all'affermazione del principio di sostenibilità sociale in base al quale non può applicarsi la legislazione interna sul minimo salariale bensì la retribuzione (nozione più ampia di salario minimo)[60].

[60] C. giust. UE, Ungheria e Polonia c. Parlamento e Consiglio, cause C-620/18 e C-626/18.

Gianfranco Macrì[*]

RELIGIONI, CULTURE, LAICITÀ NEL MEDITERRANEO INTERCULTURALE

SOMMARIO: 1. Il fattore religioso (e culturale) nello Stato pluralista: una breve introduzione. – 2. Bilateralità "all'italiana" e spazio pubblico come luogo della democrazia pluralista. – 3. Un diritto costituzionale europeo come "alimento" inesauribili di diritti e libertà. – 4. Laicità interculturale. – 4.1. Il Mediterraneo come spazio di mediazione interculturale.

1. *Il fattore religioso (e culturale) nello Stato pluralista: una breve introduzione*

I mutamenti in corso nell'Occidente – e in Europa in particolare – riguardano anche il modo come le religioni e le culture si interfacciano rispetto agli assetti politico-ordinamentali. Fino a quando gli stati europei non sono stati interessati da massicce ondate migratorie – fatta eccezione per alcuni stati storicamente connotati in senso multiculturale – la capacità di risposta degli ordinamenti alle istanze di natura identitaria[1] ha trovato compensazione dentro i canoni del costituzionalismo classico[2].

Per lungo tempo, infatti, tenuto conto del trattamento di favore riservato ad alcune religioni (e confessioni di riferimento) per ragioni di "anzianità", il resto – la presenza di religioni non tradizionali e di culture non autoctone – è stato collocato all'interno di un perimetro di regole sufficiente (nel migliore dei casi) a rispettare un livello minimo di tolleranza (con le dovute eccezioni di alcuni stati più virtuosi di altri). L'effetto trascinamento di leggi e prassi politiche risalenti alla fase storica che abbraccia il periodo precedente e di poco successivo alla Seconda Guerra mondiale ha determinato il progressivo incancrenirsi di situazioni di diseguaglianze chiaramente lesive dei valori e principi consacrati nelle Costituzioni post-belliche[3].

[*] Ordinario di Diritto interculturale e delle religioni, Università degli Studi di Salerno, gmacri@unisa.it.

[1] C. CROUCH, *Identità perdute. Globalizzazione e nazionalismo*, Roma-Bari, 2019.

[2] G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017, 13 ss.

[3] Si è assistito ad una divaricazione sempre più marcata tra quello che le Costituzioni post-belliche stabilivano in forma solenne e quanto gli stati riuscivano a dare in termini di risposte alle domande di inclusione. La causa di questo arretramento è da ascrivere, a nostro avviso, alla perdita di centralità della "Costituzione" nel discorso politico, nonostante il lavoro delle Corti, sia nazionali che sovranazionali, a supporto di una interpretazione dei valori-principi consacrati nelle Carte fondamentali sicuramente avanzato. In materia di rapporti tra Stato e religioni, per esempio – guardando al caso italiano – è stato grazie alla Corte costituzionale che

Ad oggi, in diversi paesi europei – l'Italia, per esempio – a fronte di un percorso politico di emancipazione dalla cultura del ventennio fascista e di adesione al progetto europeo, permangono disposizioni normative che marcano la differenza tra religioni favorite (confessioni con intesa) e religioni non favorite (confessioni sottoposte alla legge sui culti ammessi n. 1159/1929)[4]. La causa di questo regime discriminatorio è dovuta al modo come lo Stato ha deciso di costituzionalizzare la libertà religiosa delle confessioni non cattoliche. In pratica, fatte salve le organizzazioni che riescono a conseguire l'intesa con lo Stato (art. 8, co. 3 Cost.) – e la Chiesa col suo Concordato (art. 7, co. 2 Cost.) – il resto del panorama religioso a connotazione collettiva patisce le conseguenze di una *governance* deformata quanto a diritti e libertà, nel senso che – in assenza di una legge generale sulla libertà religiosa (in vigore nella maggioranza dei paesi dell'Unione europea) attuativa dell'art. 19 Cost., – lo strumento dell'intesa viene "concesso" e non riconosciuto come un diritto costituzionale[5]. In pratica, in Italia, la richiesta di intesa da parte di una confessione religiosa è soggetta ad una potestà discrezionale del Governo "senza limiti" che finisce col trasformare questo strumento (l'intesa) da dispositivo per assicurare la tutela dell'identità di ciascun gruppo in criterio selettivo attraverso il quale ottenere privilegi (*in primis* l'8Xmille)[6]. Al contrario, se ci fosse una legge generale idonea a fissare «i criteri sostanziali e [a] regola[re] i profili procedurali per l'accesso all'intesa (nelle varie fasi che lo scandiscono: selezione, contrattazione, approvazione, esecuzione) [oltre che a] disciplina[re] la condizione delle minoranze religiose "senza intesa"»[7], tutto sarebbe più in linea con un costituzionalismo multilivello della *libertà di pensiero, di coscienza e di religione* (art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE; art. 9 CEDU) idoneo a perimetrare uno

si è riusciti a garantire alle confessioni non cattoliche e ai cittadini di religione diversa da quella maggioritaria uno spazio di libertà e di autonomia che la Costituzione prevede in forma esplicita. La politica del fenomeno religioso in Italia per tanti anni ha voltato le spalle al pluralismo religioso, fatta eccezione per le intese con alcune confessioni, comunque sottoscritte a distanza di molti anni dall'entrata in vigore della Carta. La prima intesa con una confessione religiosa diversa dalla cattolica (tavola valdese) risale al 21 febbraio 1984 (legge n. 449/1984). Sul tema, si rinvia a G. LONG, *Alle origini del pluralismo confessionale. Il dibattito sulla libertà religiosa nell'età della Costituente*, Bologna, 1990.

[4] V. Tozzi, *I gruppi religiosi ed i rapporti con lo Stato*, in V. Parlato e G.B. Varnier (a cura di), *Principio pattizio e realtà religiose minoritarie*, Torino, 1995, 103-119.

[5] G. Macrì, *Serve una nuova governance della libertà religiosa in Italia, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 18 del 2022, 83-106.

[6] G. Macrì, *Il futuro delle intese (anche per l'UAAR) passa attraverso una legge generale sulla libertà religiosa. Brevi considerazioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 52 del 2016*, in AIC, *Osservatorio Costituzionale*, n. 3/2016.

[7] S. Berlingò, G. Casuscelli, *Diritto ecclesiastico italiano. I fondamenti. Legge e religione nell'ordinamento e nella società d'oggi*, Torino, 2020, 56.

spazio pubblico autenticamente laico e pluralista[8]. Insomma, il caso italiano spiega bene come, a fronte di un processo di progressiva adesione ai valori del costituzionalismo liberaldemocratico (Costituzione del 1947, Unione europea, Consiglio d'Europa) nella pratica persistano una serie di fratture a livello di Costituzione materiale esasperate dalla eccessiva concentrazione della politica del fattore religioso (e della *governance* del multiculturalismo) nelle mani del potere esecutivo[9] (meglio: la Presidenza del Consiglio dei ministri) che di fatto confina le confessioni "senza intesa" in una sorta di limbo dal quale ci si affranca *solo quando* le circostanze degli interessi e non dei diritti giungono a maturazione[10].

2. *Bilateralità "all'italiana" e spazio pubblico come luogo della democrazia pluralista*

Un circuito costituzionalmente virtuoso della laicità si costruisce avendo cura dei problemi pratici che la società multiculturale proietta nella dimensione politica e giuridica di un paese[11]. È vero che il nostro paese ha superato, su tante questioni che intersecano società, politica e diritto, la "fase acuta" del confessionismo (tardi – 1984 – ma lo ha fatto). Resta sullo sfondo, però, un confessionismo a connotazione "strisciante" (che il Tedeschi imputa in capo alla dottrina, alla giurisprudenza e alla legislazione) che «lede il diritto di libertà religiosa»[12] e rallenta la piena emancipazione del paese (e del suo ordinamento) dai retaggi del passato. In pratica, non basta aver abrogato l'art. 1 del Trattato Lateranense del 1929 per dire che l'Italia ha messo in piedi un sistema dei diritti e delle libertà senza privilegi per nessuno. Di fatto, com'è stato già ricordato in premessa, alcune confessioni si avvantaggiano del sistema premiale che il diritto di matrice pattizia riconosce loro e ne approfittano per marcare la differenza (*in melius*) nei confronti di quelle soggettività religiose

[8] A. Barbera, *Laicità. Alle radici dell'Occidente*, Bologna, 2023.

[9] G. Di Cosimo, *Chi comanda in Italia. Governo e Parlamento negli ultimi venti anni*, Milano, 2014, 139. Per quanto riguarda la gestione dei processi migratori e delle politiche di inclusione/interazione, queste sono tecnicamente marcate in senso securitario; l'approccio è "difensivo" e poco collaborativo (salvo rare eccezioni). Sul tema, recente, F. Pastore, *Migramorfosi. Apertura o declino*, Torino, 2023.

[10] V. Tozzi, *Le confessioni prive di intesa non esistono, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it),* gennaio 2011.

[11] L. Elia, *I problemi costituzionali della laicità*, in https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/elia/elia_laicit-.pdf. Per un approfondimento sulla laicità a cavallo tra vecchie e nuove questioni sociali, si rinvia a N. Colaianni, *La lotta per la laicità. Stato e Chiesa nell'età dei diritti*, Bari, 2017, 305 ss.; C. Galli, *Multiculturalismo*, Bologna, 2008; S. Prisco, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2009.

[12] https://summa.upsa.es/high.raw?id=0000005625&name=00000001.original.pdf

che restano escluse dal circuito dei privilegi. Il sistema della bilateralità (all'italiana) è sostanzialmente questo: uno spazio politico di manovra nell'arena pubblica che permette a qualcuno di negoziare, da una posizione di favore, privilegi a proprio conto in spregio del principio di eguaglianza tra le confessioni (art. 8, co. 1 Cost.) e di solidarietà (artt. 2 e 3, co. 2 Cost.). Per non dire delle organizzazioni (religiose) non riconosciute neppure come "confessioni"[13] che subiscono in maniera ancora più marcata le conseguenze di questo stato di minorità: tutto questo nonostante la Costituzione abbia introdotto una terminologia ampia per identificare il fattore religioso in senso collettivo: associazioni e istituzioni (art. 20), oppure forme associate della religiosità (art. 19). Questa semantica aperta e inclusiva dovrebbe, in pratica, agevolare, anziché ostacolare, l'emersione di *tutte* le soggettività a connotazione religiosa (e non solo), anche di quelle costrette (ancora oggi) a sottostare alla legge n. 1159 del 1929 sui "culti ammessi"[14]. Fino a quando, perciò, la materia religiosa non ritroverà la centralità politica (e parlamentare) che merita, ci sarà sempre qualcuno più eguale dell'altro, con l'aggravante di accrescere il divario (e pure la fiducia) tra le stesse "minoranze" una volta che qualcuna di esse – per ragioni che non dipendono dalla linearità formale delle procedure (assenti perché manca una legge che le definisca) bensì dalla capacità di fare *lobbying* sul *policy making* – riesce ad accedere all'intesa e, dunque, a far parte del club dei privilegiati[15].

Infine, un ultimo dato, di non secondaria importanza. La strada per conseguire privilegi e agevolazioni si può costruire anche pianificando relazioni di potere su scala diversa (locale, nazionale o sovranazionale[16]) grazie al carisma personale che alcuni leader e organizzazioni riescono a costruire negoziando col potere "*vis a vis*" senza bisogno di instaurare relazioni pattizie nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 117, co. 1 lett. c) Cost. Questa ultima opzione può, sia aggiungersi a quella tradizionale (artt. 7, co. 2 e 8, co. 3 Cost.) sia essere strutturata *al di là* dell'ingranaggio negoziale (opzione più rara perché si richiedono, come appena detto, peculiari capacità lobbistiche[17]). A prescindere, co-

[13] S. Baldassarre, *Contributo allo studio delle organizzazioni filosofiche e non confessionali nel diritto italiano e internazionale*, Pisa, 2023, 196 ss.

[14] M. Tedeschi, *Studi di diritto ecclesiastico*, Seconda edizione, Napoli, 2004, 177-192.

[15] Se la partita si riduce soltanto a come guadagnare l'intesa – "*costi quel che costi*" – le minoranze finiscono col perdere il ruolo di sentinelle delle libertà e concludono col degradarsi a gruppi di pressione impegnati a portare a casa il risultato (del patto sottoscritto) e a quel punto abbandonare chi è "senza intesa" al proprio infausto destino.

[16] G. Macrì, *Europa, lobbying e fenomeno religioso. Il ruolo dei gruppi religiosi nella nuova Europa politica*, Torino, 2004; R. Bottoni, *Diritto e fattore religioso nello spazio europeo*, Seconda edizione, Torino, 2023.

[17] Che di certo non mancano, soprattutto in capo ai referenti delle confessioni più strutturare, storicamente e culturalmente, nello spazio pubblico eurounitario. Sul tema si rinvia a G.

munque, di quale delle due ipotesi venga a discutersi, resta assodata la matrice non-liberale del sistema bilaterale degradato a strumento per depotenziare la democrazia.

3. *Un diritto costituzionale europeo come "alimento" inesauribili di diritti e libertà*

La composizione marcatamente pluralistica (in senso religioso e culturale) della società impone di uscire dagli schemi tradizionali di negoziazione degli interessi a base religiosa (concordati, intese) – oppure di riconfigurarli secondo una logica costituzionalmente laica (la laicità come "*metaprincipio*" direbbe Barbera[18]) – e di calibrare il diritto di libertà religiosa partendo dalle persone, e da queste arrivare alle formazioni sociali secondo il canone della Costituzione liberaldemocratica. Ma per fare questo è necessario che il "diritto vivente" (*law in action*) si arricchisca di efficaci strumenti di supporto (intendendo anche i saperi specialistici non giuridici) idonei a meglio sintonizzare il linguaggio normativo a quello comune, così da migliorare il modo come i bisogni e gli interessi prodotti dalle dinamiche interculturali si interfacciano alle piattaforme giuridiche via via allestite dall'ordinamento[19]. Un diritto verrebbe da dire, "*alla portata di tutti*", perché da *tutti* (da tutte le persone e da tutte le formazioni sociali) pienamente fruito in quanto "patrimonio" di valori universali[20]. Si tratta di un investimento sociale importante, anche in termini economici, di cui deve farsi carico prima di tutto la politica a fronte di una richiesta di assistenza che spazia ben oltre i canali (pur sempre necessari) della tutela giurisdizionale e che include saperi e figure professionali destinati a interagire fra loro in modo costante. Ecco perché il futuro dell'esperienza democratica e degli assetti politico-istituzionali caratterizzati in senso pluralistico e solidaristico dipenderà (*anche*) da quante risorse (umane e materiali) le amministrazioni pubbliche sapranno "mettere in campo" per meglio garantire l'effettività e la tenuta degli ordinamenti vigenti.

Restando al piano del ragionamento strettamente giuridico, quanto detto impone (è proprio il caso di dirlo) di ragionare attorno ad uno schema di fonti del diritto che, partendo, è ovvio, dalla Costituzione in quanto *lex superior*

Macrì, *Il lobbying religioso. Il caso italiano*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2022, 669-685.

[18] A. Barbera, *Laicità. Alle radici dell'Occidente*, *op. cit*., 146 ss.

[19] M. Ricca, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Palermo, 2012; A. Fuccillo, R. Santoro, F. Sorvillo, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica. Estratto*, Torino, 2023.

[20] M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006, 103 ss.

arriva a stabilire nuove ammorsature con l'insieme delle disposizioni che si muovono tra il piano nazionale dell'ordinamento e quello sovranazionale eurounitario. Se non fosse così si affievolirebbe quel significato di "super legalità costituzionale" faticosamente costruito dalla metà degli anni '50 del secolo scorso ad oggi. È il tema del momento: qualcuno (soggetto politico) non vede di buon occhio quella sinergia fruttuosa tra livelli ordinamentali da cui è scaturita la «costruzione politica e giuridica» europea[21].

La prova di ciò che una errata interpretazione/applicazione della Carta fondamentale può determinare è fornita dalla pandemia da Covid-19[22]. Tutto quanto appartiene all'essenza dei valori massimi sui quali si fonda la "Costituzione europea" non può trovare alcun ostacolo di sorta; l'adeguamento alle norme "esterne" (o meglio: l'adattamento a tutto quanto si produce grazie allo "scambio di cromosomi" tra piattaforme di valori e principi interni-esterni) è perciò automatico (Corte cost. sentenza n. 238/2014) specie se questo "*di più*" accresce la capacità del sistema di rispondere alla molteplicità di domande inerenti alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali.

4. *Laicità interculturale*

Lo scambio di materiali normativi e culturali – se prendiamo in prestito il progetto europeo come riferimento di un ordine costituzionale "universale" – fra livelli di governo diversi significa poter fare riferimento ad una identità "supplementare" riferita a un potere pubblico di nuovo conio, che possiamo definire come "integrato" (più che gerarchico) e aperto alla diversità. Una identità, quella euro-unitaria, diventata nel corso del tempo "multipla" anche grazie alla messa in circolazione di culture non-europee (alcune di queste definibili come culture "di ritorno", se pensiamo all'Islam). I processi migratori che (da sempre) attraversano il Vecchio Continente, rappresentano, nella versione temporale più aggiornata – quella della post-globalizzazione[23] – la caratteristica che meglio marca la metamorfosi dello Stato-nazione e dell'organizzazione sovrastatale europea. Da qui l'attivazione di procedure di composizione (di mediazione) a cui sono chiamate le istanze giuridiche e quelle politiche, così da prefigurare un progetto di società calibrato sul presente[24].

[21] C. Martinelli, *Il Parlamento europeo. simbolo o motore dell'Unione?* Bologna, 2024, 72.

[22] I.A. Nicotra, *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2021.

[23] U. Dessì, *Religioni e globalizzazione. Un'introduzione*, Roma, 2019.

[24] G. Macrì, *Per una mediazione interculturale costituzionalmente orientata*, in G. Macrì, L. Castagna (a cura di), *Le libertà in ostaggio. Mappe di mediazione interculturale tra storia, politica e diritto*, Roma, 2021, 67-86.

Ovviamente si tratta di un progetto che non raccoglie un consenso unanime; contro di esso si palesano istanze neo-sovraniste e populiste che il modello di società costituzionale e democratica non riesce a riportare nell'alveo della propria sfera di legittimazione, sia perché le pulsioni populiste non sono tutte eguali, sia perché le strutture intermedie dello Stato di diritto (costituzionale) – partiti politici *in primis* – non hanno ancora maturato un livello di rigenerazione politico-istituzionale tale da riuscire a intercettare le istanze delle nuove forme di rappresentanza dei bisogni e degli interessi, anche quelli più radicali[25]. Torna, allora, ancora una volta, a "farsi vivo" il riferimento ad una idea-principio di laicità come metodo per imparare a «camminare da soli»[26], a districarsi nei meandri delle pretese partigiane e a farle confluire (senza marginalizzarle, tranne quelle palesemente irriducibili alla legalità costituzionale) in un progetto di "casa comune" dove nessuno degli attori (sociali e istituzionali) può vantare posizioni di privilegio (politico, culturale e religioso) perché l'obiettivo è l'unità (*nella diversità*).

Questa laicità non potrà non essere, allora, che "interculturale", in quanto riflessiva di un diritto (interculturale) costruito lungo gli assi cartesiani del più avanzato costituzionalismo cosmopolita. Siffatta operazione, se sostenuta in sede politica (non potendo il diritto essere concepito se non come il prodotto della politica, dunque un diritto come scaturigine delle esperienze che l'uomo fa nel contesto dove si relaziona) stimolerà l'ordinamento a tenere conto delle domande poste dalle variabili culturali esistenti all'interno del suo perimetro operativo (potenzialmente "sconfinato") e a fornire risposte che siano il più possibile equivalenti sotto il profilo degli schemi culturali messi a confronto, salvaguardando, con opportuni strumenti tecnici, i profili identitari di ciascun individuo o gruppo. Siamo lontani, perciò, da un'idea di laicità come semplice "equidistanza" tra fattore politico e fattore culturale (religioso) che diventa, invece, *osmotica* rispetto ai mutamenti sociali in corso d'opera. Dopo più di trent'anni dalla storica sentenza della Corte costituzionale n. 203/1989, si avverte tutto il peso della sfida che la società multiculturale pone allo stato laico: dove la religione implementa (non solo dal versante confessionale) le problematiche scaturenti dall'incontro con sempre nuove alterità. Occorre, allora, cogliere le «diffuse resilienze dell'impronta religiosa all'interno del lessico delle istituzioni secolari» (Ricca) per meglio definire «un nuovo lessico equamente laico della soggettività pubblica» (Id.). Una laicità giuridicamente interculturale consentirà alle diverse piattaforme allestite nei campi istituzionali e ordinamentali dove si discute del futuro della convivenza fra le persone e le organiz-

[25] A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli. 2020.

[26] D. Bifulco, *Il disincanto costituzionale. Profili teorici della laicità*, Milano, 2015, 61.

zazioni di combinarsi tra loro in modo funzionale ai bisogni, aumentando, di conseguenza, l'importanza di avere operatori del diritto meglio attrezzati dal punto di vista delle conoscenze.

4.1. *Il mediterraneo come spazio di mediazione interculturale*

Un laboratorio interessante è il Mediterraneo[27]. Ancora una volta, il "grande lago" è teatro di scontri ideologici armati che non trasmettono affatto buone speranze; tutto questo dopo la parentesi delle "Primavere arabe" che avevano fatto sperare in una stagione di democrazia proprio all'interno di paesi[28], diversi tra loro, uniti però dalla comune matrice culturale e religiosa islamica. Quanto accaduto più di dieci anni fa nel Mediterraneo sudorientale non è stato qualcosa di circoscritto a una parte del mondo arabo, ma ha prodotto movimenti di protesta contro lo *status quo* anche ad altre latitudini, compreso il mondo occidentale. Del resto, se si riflette bene, è sempre stato così. Nulla di quanto accade in questa parte del pianeta resta confinata lì, bensì si riflette nelle dinamiche della geopolitica globale alterando equilibri e innescando mutazioni di ampio raggio. Per noi europei, in particolare, il Mediterraneo rappresenta una proiezione "naturale". La forte connotazione interculturale dello spazio euro-mediterraneo chiama in causa quanti aspirano a "*vivere-insieme* nella dignità"[29] al fine di dare un senso all'umano contro quanti rigettano il valore dell'accoglienza e dell'ospitalità. Nel valore della dignità umana, dunque, l'Europa si immerge nel Mediterraneo – senza alcuna pretesa egemonica (sarà così?) – e lo fa rivolgendo le sue esperienze normative a "ogni individuo" (Carta di Nizza, 2000).

Questo documento riveste una forza metagiuridica straordinaria, perché utilizza un vocabolario che espande lo spazio giuridico europeo a quello mediterraneo, facendolo diventare luogo di espansione universalistica della cittadinanza – di *fraternità* direbbe Bergoglio – e di tensione culturale non dogmatica bensì relazionale, permeabile alla comunicazione. Non a caso il *Documento sulla fratellanza umana per la pace mondiale e convivenza comune* di Abu Dhabi del 2019, sottoscritto da Papa Francesco e dal Grande Imam di Al-Azhar, Ahmad Al-Tayyeb, si apre proprio con un chiaro impegno alla «responsabilità religiosa e morale», senza la quale non sarà possibile «diffondere la cultura della tolleranza, della convivenza e della pace, né intervenire […] per fermare lo spargimento di sangue innocente […] il degrado ambientale e [il] declino

[27] C. Monge, G. De Simone, *La misura mediterranea dell'umano*, Roma, 2024.

[28] L. Mezzetti, *La libertà decapitata. Dalle primavere arabe al califfato*, Napoli, 2016.

[29] F. Triki, *Dignità e umanità: una possibile convivenza mediterranea*, in A. Cecere, A. Coratti (a cura di), *Lumi sul Mediterraneo. Politica, diritto e religione tra le due sponde del Mediterraneo*, Milano, 2019, 21-42.

culturale e morale che il mondo attualmente vive». Nel Mediterraneo si potrà consumare l'esperimento europeo in senso interculturale: fra europei ed extra-europei. Ovviamente, questa apertura richiederà il superamento (definitivo) dell'ideologia identitaria (*noi* contro *loro*); avrà bisogno, per poter funzionare, di cedere il passo alla politica del "riconoscimento": quella politica, cioè, che appartiene alla logica della relazione, del rispecchiamento nell'altro (lo "straniero").

Passare, perciò, dalla coesistenza multiculturale alla piena interazione *interculturale* significa concepire la presenza di una sfera pubblica dove *tutti* – cittadini e istituzioni, *insieme* (il concetto di Repubblica) – si riconoscono in un "nucleo forte" di valori comuni, coincidente, dal punto di vista giuridico, con la forza relazionale del primato personalista, unica condizione per immaginare la presenza di una mappa dei diritti fondamentali all'interno di uno spazio ampio e complesso come quello euro-mediterraneo. Il discorso diventa, perciò, prima che procedurale, *sostanziale*.

Raffaele Manfrellotti[*]

L'UTOPIA DELL'ECCELLENZA UNIVERSITARIA NELL'ART. 34 COST.

Chiunque si sia imbattuto nella ventura di conoscere il prof. Salvatore Prisco ha avuto l'occasione di cogliere uno dei tratti più evidenti del suo carattere: il totale rifiuto dell'ipocrisia del "politicamente corretto". Non si tratta, tuttavia, di quella provocatorietà ottusa che nasce dall'arroganza: nulla è più lontano di questo così diffuso vizio dello spirito dallo studioso che qui onoriamo. Ci si riferisce alla provocatorietà che scaturisce dall'intelligente osservazione e dal desiderio di migliorare la realtà, una sorta di declinazione dell'ironia e della maieutica di socratica memoria. Con questo scritto si è cercato di proporre questo tratto del prof. Prisco che lo ha reso così unico sul piano umano quanto su quello scientifico.

Il diritto soggettivo espresso dall'articolo 34 della Costituzione consiste nella possibilità di raggiungere i vertici della formazione universitaria per i capaci e i meritevoli, e, pertanto, deve necessariamente essere di eccellenza. La norma costituzionale è stata autorevolmente definita un'utopia[1].

Se si considera la normativa legislativa di attuazione del parametro costituzionale, che si è avvicendata soprattutto dal '99 ad oggi, la dimensione utopistica della previsione sembra accentuata.

Il primo *punctum dolens* è costituito dallo sciagurato sistema dei crediti dalla concentrazione dei corsi in intervalli di tempo inadeguati a dare agli studenti gli strumenti per affrontare una serie di tematiche, ossia i corsi semestrali, preludio alle cosiddette "mini-lauree".

Un ulteriore profilo di criticità, nella prospettiva della realizzazione di un modello di studio universitario riservato ai capaci e ai meritevoli, è il profilo del finanziamento degli enti pubblici universitari, legati, come è noto, al numero degli studenti laureati annualmente, che porta fisiologicamente ad un certo lassismo nella valutazione dello studente da parte del docente.

Tale stato di fatto ha condotto al proliferare di università private, rispetto alle quali è lecito interrogarsi se la qualità dei laureati sia, effettivamente,

[*] Ordinario di diritto costituzionale e pubblico presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

[1] F.P. Casavola, *Un'utopia per l'università*, ora in *Sententia legum tra antico e moderno*, Napoli, 2004, 25 ss.

all'altezza dell'eccellenza posta come obiettivo dal parametro costituzionale. L'università privata è, infatti, una struttura imprenditoriale il cui obiettivo primario è massimizzare il profitto incentivando le iscrizioni: ciò può condurre ad una certa disinvoltura nella valutazione degli studenti in sede d'esame, particolarmente nelle c.d. università telematiche, al fine di offrire la prospettiva di un titolo di studio con un impegno minimo, tal da poter essere agevolmente conciliato con altre attività. Eppure, il legislatore sembra guardare con particolare *favor* alle università telematiche private, sia concedendo loro finanziamenti almeno in passato nettamente superiori a quelli delle università pubbliche, sia valorizzandone la diffusione (al momento in cui si scrivono queste righe, è in discussione un provvedimento normativo che ammetterebbe la possibilità di convenzioni con università telematiche persino per i corsi di studio in medicina…).

Questo pone di fronte al problema del rapporto tra cultura e profitto: e invero, se è naturale che una struttura imprenditoriale abbia come obiettivo il maggior guadagno possibile, è altrettanto naturale e doveroso che una struttura che svolge un servizio pubblico renda quel servizio pubblico coerentemente con un determinato parametro e con un determinato livello qualitativo.

La circostanza che la università non sia più un centro di eccellenza di formazione è un dato che ci dà per acquisito lo stesso legislatore. Solo un esempio, tra i tanti possibili: lo scempio delle scuole forensi. Si tratta di centri di formazione diversi dalla pratica forense, in cui gli *ex* studenti universitari laureati in giurisprudenza, imparano il diritto: sono cioè tenuti a studiare quello che avrebbero dovuto imparare nei cinque anni precedenti, che è considerato dallo stesso legislatore insufficiente.

Questa stessa logica sottende la disciplina della c.d. "formazione continua" che riguarda talune categorie professionali, prima tra tutte gli avvocati. La disciplina si fonda su di un equivoco: la circostanza che sia possibile imporre un'attività di aggiornamento e di studio che è deontologicamente connessa all'esercizio di una formazione; e che, attraverso la previsione di corsi privi di qualsivoglia significativa interattività o di seria verifica, danno a chi li segue, spesso *obtorto collo*, una "patente" di aggiornamento professionale a cui non corrisponde nessuna sostanza.

Per quanto concerne la ricerca scientifica, ci si deve limitare a due considerazioni brevissime. *In primis*, la riforma che ha reso sostanzialmente la carriera universitaria una carriera essenzialmente precaria, con l'eliminazione della figura del ricercatore a tempo indeterminato, ha allontanato dal mondo accademico le esigenze più brillanti. I progetti di riforma della docenza universitaria che, anche attualmente, sono allo studio delle Camere, non risolvono quello che, ad avviso di chi scrive, è il punto centrale del problema: la rinunzia ad

offrire ai giovani una prospettiva di stabilità a breve o a medio termine analoga a quelle che le generazioni precedenti invece avevano.

Il secondo aspetto è costituito dal problema della valutazione della qualità della ricerca, ancorato a parametri quantitativi di produzione numerica di lavori e rimesso a valutazioni necessariamente soggettive di pochi. La ricerca scientifica, in Italia, è oggi intesa quale attività di produzione di carta stampata, ed è ancorata ad ipocriti meccanismi valutativi, per lo più infarciti di esterofilia, finalizzati a mascherare come oggettiva una valutazione che, necessariamente, tale non può essere. La qualità della ricerca, così "calcolata", rappresenta una reazione agli indubbi eccessi[2] di una logica cooptativa che, tuttavia, non costituisce un male in sé: avendo essa generato, sin dai tempi dell'Orlando, alcune delle figure scientifiche di più alto profilo della storia di questo Paese[3].

In conclusione, si deve osservare che una riforma dell'università che sia coerente col modello costituzionale è ancora al di là da venire; e si può solo sperare che l'attesa non sia vana.

[2] Eccessi, peraltro, non certamente recenti: si confronti il celebre B. Croce, *Il caso Gentile e la disonestà della vita universitaria italiana*, in *La Voce*, n. 12, 1909.

[3] E sulla cooptazione universitaria si veda, recentemente, il coraggioso scritto di D. Braga, *All'università la cooptazione funziona meglio dei concorsi*, in *Il Sole24ore*, 6 agosto 2019.

Gloria Marchetti[*]

LA TUTELA DELL'AMBIENTE IN RAPPORTO AI PRINCIPI E AI DIRITTI FONDAMENTALI DELLA COSTITUZIONE

SOMMARIO: 1. Introduzione. Una lettura sistemica della riforma costituzionale sull'ambiente. – 2. Il «principio costituzionale ambientalista» come presupposto per l'esercizio dei diritti fondamentali. – 3. La tutela dell'ambiente e il principio solidaristico (la concezione doveristica dei privati). – 4. Conclusioni. Una connessione tra l'art. 9 e l'art. 41 Cost. finalizzata a perseguire un equilibrio tra tutela ambientale e attività d'impresa e a creare un nuovo modello di sviluppo socio-economico.

1. *Introduzione. Una lettura sistemica della riforma costituzionale sull'ambiente*

La l.c. 11 febbraio 2022, n. 1, ha introdotto, nell'art. 9 Cost., la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni (art. 1) ed ha modificato l'art. 41 Cost., prevedendo che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi in modo da recare danno (anche) all'ambiente e disponendo che la legge determini i programmi e i controlli opportuni affinché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata (anche) a fini ambientali (art. 2)[1].

[*] Professoressa associata in Diritto costituzionale all'Università degli Studi di Milano.

[1] Sulla riforma costituzionale, in generale, si vedano: 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 *Forum Quad. cost.*, 2021, 309 ss., ora in M. Cecchetti, L. Ronchetti, E. Bruti Liberati (a cura di), *Tutela dell'ambiente: diritti e politiche*, Napoli, 2021, 7 ss.; ID., *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supr. sal.*, n. 1/2022, 127 ss.; ID., *La disciplina sostanziale dell'ambiente nella Carta repubblicana: spunti per un'analisi della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Ist. Fed.*, n. 4/2022, 797 ss.; A.O. COZZI, *La modifica degli artt. 9 e 41 Cost. in tema di ambiente: spunti dal dibattito francese sulla Carta dell'ambiente del 2004 tra diritti e principi*, in *DPCE online*, 2021, 3391 ss.; F. RESCIGNO, *Quale riforma per l'articolo 9*, in *federalismi.it*, *paper*, 23 giugno 2021, 1 ss.; A. RIVIEZZO, *Diritto costituzionale dell'ambiente e natura umana*, in *Quad. cost.*, 2021, 300 ss.; AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente. Atti del Convegno (28 gennaio 2022)*, Napoli, 2022; R. BIFULCO, *Primissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *federalismi.it*, *paper*, 6 aprile 2022, 1 ss.; ID., *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *An. giur. ec.*, n. 1/2022, 7 ss. (anche in AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, cit., 69 ss.); ID., *"Il compito che definisce la nostra generazione": la l. cost. 1/2022 nella prospettiva dell'Environmental Constitutionalism*, in *PasS. Cost.*, n. 2/2022, 44 ss.; ID., *Ambiente e cambiamento climatico nella Costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, n. 3/2023, 132 ss.; P. BILANCIA, *La riforma dell'art. 9 della Costituzione: prospettive e possibili criticità*, in A. LAMBERTI (a cura di), *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali, Atti del Convegno Interna-*

Al riguardo, appare opportuno sottolineare, in premessa, come una lettura sistemica degli articoli innovati con le altre disposizioni costituzionali – fatta propria in questo scritto – che tenga conto anche del diritto dell'Unione europea in materia ambientale e del cambio di paradigma eurounionale nella definizione delle relative politiche, sia imposta dall'effettiva necessità di tutelare l'ambiente – tenendo conto dell'attuale situazione di emergenza ecologica e climatica – in quando precondizione al godimento dei diritti fondamentali[2].

Da un lato, una lettura sistemica degli artt. 9 e 41 della Costituzione con le altre disposizioni costituzionali, oltre ad essere quella che appare maggiormente in linea con gli sviluppi dell'Unione europea in materia di ambiente, rafforza l'idea – qui sostenuta – che la novella costituzionale sia dotata di una grande potenzialità innovativa, comportando una vera e propria riforma «in senso ambientalista» della Costituzione; ciò attraverso l'introduzione di elementi innovativi che impongono un diverso approccio, da parte dei poteri pubblici, al tema ambientale, posto in stretta connessione con i principi e i diritti fon-

zionale di studi (Università degli Studi di Salerno – Comune di Cava de' Tirreni, 1, 2 e 3 dicembre 2022), in pubblicazione; L. Cassetti, *La riforma dell'art. 41 della Costituzione: modello economico e tutela dell'ambiente*, in Aa.Vv., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, cit., 141 ss. M. Cavino, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione nel quadro dei principi supremi*, in *PasS. Cost.*, 5 agosto 2022, 21 ss.; A. Cioffi, R. Ferrara, *Ambiente e costituzione*, in *Gius. ins.*, 7 aprile 2022; L. Imarisio, G. Sobrino (a cura di), *La riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione e le sue implicazioni: un primo confronto. Atti del seminario svoltosi a Cuneo il 29 aprile 2022, Torino*, 2022; A. Morelli, *La tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali: le ragioni e le potenzialità di una riforma*, in *PasS. Cost.*, 4 agosto 2022, 31 ss. A. Morrone, *Fondata sull'ambiente*, in *Ist. Fed.*, n. 4/2022, 783 ss.; Id., *L'«ambiente» nella Costituzione. Premesse di un nuovo «contratto sociale»*, in Aa.Vv., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, cit., 91 ss.; L. Salvemini, *Il nuovo diritto dell'ambiente tra recenti principi e giurisprudenza creativa*, Torino, 2022; G. Sorrentino, *La tutela dell'ambiente nella Costituzione dopo la legge costituzionale n. 1 del 2022. Considerazioni minime*, in *PasS. Cost.*, 4 agosto 2022, 64 ss.; S. Grassi, *La cultura dell'ambiente nell'evoluzione costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/ 2023, 216 ss. Si vedano, inoltre, gli interventi di A. Morrone, P. Maddalena, G. Amendola, E. Palici Di Suni, D. Cerini, D. Porena, M. D'Amico, M. Cecchetti, G. Azzariti, G. Grasso, P. Mazzoli, L. Trucco, F. Fracchia, *Audizioni alla I[a] Commissione Permanente del Senato della Repubblica (Affari Costituzionali) nell'ambito dell'esame dei disegni di legge costituzionale n. 83, n. 212, n. 1203 e n. 1532 recanti modifiche all'art. 9 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente (24 ottobre e 14 novembre 2019; 16 gennaio, 4 febbraio e 23 settembre 2020)*, disponibili su www.senato.it.

[2] Per un'analisi dei diversi aspetti della tutela dell'ambiente, prima della riforma del 2022, si vedano: B. Caravita, *Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna, 1990 e, successivamente, Id., *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005; A. Simoncini, *Ambiente e protezione della natura*, Padova, 1996; M. Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000; G. Cataldi, A. Papa (a cura di), *Ambiente, diritti ed identità culturale*, Napoli, 2007; D. Porena, *La protezione dell'ambiente tra Costituzione italiana e "costituzione globale"*, Torino, 2009; S. Grassi, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, 2012; B. Caravita, L. Cassetti, A. Morrone (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016.

damentali. Sembra, infatti, di poter cogliere l'effettiva portata innovativa della novella costituzionale solamente se si va al di là della sua formulazione letterale. Si tratta comunque di elementi innovativi che si pongono nel solco dei fondamenti dell'ordinamento costituzionale.

Dall'altro lato, la riforma costituzionale in esame deve essere altresì considerata in una prospettiva multilivello, che tenga conto dei diversi mutamenti delle discipline e delle politiche europee in materia di ambiente[3]. Va ricordato, in proposito, che l'Unione europea, a seguito soprattutto dell'*European Green Deal* e del *Next generation EU*[4], ha assunto una prospettiva nuova, rispetto alle tradizionali politiche ambientali, che pone al centro dell'attenzione la tutela e il ripristino degli ecosistemi e della biodiversità e la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra; tutela – che dovrebbe essere alla base di ogni politica, compresa quella economica – finalizzata a garantire, oltre al

[3] In proposito, sia consentito rinviare a G. Marchetti, *The Changes in the Approach to Environmental Protection by the European Union and its Member States and the Regulatory Innovations in Italy*, in *Athens Journal of Law*, Vol. 9, Issue 4, October 2023, 533 ss. e Id., *La portata innovativa degli artt. 9 e 41 Cost.: un'interpretazione Eu oriented*, in Aa.Vv., *Scritti in memoria di Beniamino Caravita di Toritto*, Napoli, 2024, sp. 382 ss.

[4] Al riguardo, A. Papa, *Transizione ecologica e transizione digitale: due milestones nella prospettiva della ripresa e resilienza del paese*, in P. Bilancia (a cura di), *L'impatto del PNRR sul sistema di governo multilivello. Opportunità e criticità*, Bologna, 2024, 228-229, osserva «Non è un caso (…) che il regolamento del Next Generation abbia espressamente richiesto che almeno il 37% della spesa per investimenti e riforme dei Piani nazionali di ripresa sia destinato a sostenere proprio gli "obiettivi climatici, ambientali ed energetici adottati dall'Unione"». Sui vari aspetti del PNRR, in generale, si vedano: P. Bilancia, *La solidarietà nell'Unione Europea e la delimitazione dell'indirizzo politico nazionale*, in P. Bilancia (a cura di), *L'impatto del PNRR sul sistema di governo multilivello. Opportunità e criticità*, cit., 7 ss.; N. Lupo, *Il nuovo «metodo di governo» delineato dal Piano nazionale di ripresa e resilienza e i suoi incoraggianti primi passi*, ivi, 27 ss.; A.M. Nico, *Next Generation EU, PNRR e coesione sociale: le opportunità per Regioni, città e piccoli Comuni*, ivi, 55 ss.; G. Rivosecchi, *Gli obiettivi, le riforme e la ripartizione di fondi del Piano nazionale di ripresa e resilienza*, ivi, 73 ss.; G. Cavaggion, *PNRR: il ruolo di Governo e Parlamento e la partecipazione degli enti territoriali*, ivi, 95 ss.; G. Montedoro, *Opportunità e criticità nell'attuazione dei Piani. I procedimenti, le responsabilità nel raggiungimento delle milestones e il monitoraggio dei risultati*, ivi, 119 ss.; P. Mazzina, *Il divario Nord-Sud e le opportunità per il riequilibrio territoriale*, ivi, 163 ss.; C. Buzzacchi, *Il potenziamento della dimensione sociale in prospettiva multilivello*, ivi, 183 ss.; F. Scuto, *Il PNRR nel quadro del rinnovato protagonismo dello Stato nell'economia*, ivi, 203 ss.; A.L. Mazzarolli, *La sfida per Regioni ed enti locali nell'utilizzo delle risorse nelle sei missioni previste dal PNRR*, ivi, 249 ss.; G. Marchetti, *Il coordinamento nella fase attuativa: modelli di governance (inclusi gli ADP)*, ivi, 271 ss.; L. Ferraro, *Il potere sostitutivo nei casi di inadempienza*, ivi, 291 ss.; G. Palombino, *L'attuazione del PNRR nel mezzogiorno, tra esempi virtuosi e alcune criticità*, ivi, 309 ss.; M. Falcone, *L'attuazione del PNRR nelle autonomie territoriali del Centro Italia tra buone pratiche e criticità*, ivi, 323 ss.; L. Salvemini, *Il PNRR e il sistema delle autonomie: opportunità e criticità. Esempi virtuosi e best practices nel Nord Italia*, ivi, 339 ss.

diritto alla salute e al benessere dei cittadini, un più generale interesse delle generazioni future[5] a godere degli stessi diritti e a soddisfare i propri bisogni e ad implementare, al contempo, uno sviluppo sociale ed economico, in un'ottica di sostenibilità (economica, sociale ed ambientale)[6]. Appare dunque evidente che l'interpretazione degli artt. 9 e 41 Cost. non possa trascurare i mutamenti di approccio al tema ambientale che si sono avuti a livello eurounionale.

In questa prospettiva di lettura della riforma, essa deve essere considerata non solo opportuna[7] e utile[8], ma altresì necessaria[9], allo scopo di garantire una maggiore tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle generazioni future, finalizzata, al contempo, a consentire un effettivo esercizio dei diritti fondamentali. Inoltre, un'espressa previsione in Costituzione della tutela dell'ambiente, letta in connessione con le altre disposizioni costituzionali, sembra funzionale anche ai fini di un più agevole adegua-

[5] Sul tema, si vedano: R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008; Id., *"Il compito che definisce la nostra generazione": la l. cost. 1/2022 nella prospettiva dell'Environmental Constitutionalism*, cit., 44 ss.; R. Bifulco, A. D'Aloia (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008; A. Celotto, *Art. 9 e diritti delle future generazioni*, ivi, 5 agosto 2022, 21 ss.; F. Clementi, *Le "generazioni future" come paradigma interpretativo dell'articolo 9 Cost.*, ivi, 48 ss.; A. D'Aloia, *L'art. 9 Cost. e la prospettiva intergenerazionale*, ivi, 26 ss.; G. Palombino, *Il principio di equità generazionale*, Milano, 2022, sp. 101 ss.

[6] Sottolinea questo aspetto, M. Orofino, *La tutela dell'ambiente nella costruzione della società digitale europea*, in Aa.Vv., *Le nuove sfide del diritto dell'ambiente dopo la riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione. Doveri e responsabilità delle imprese nella doppia transizione*, in *AstridRassegna*, n. mon. 4/2024, 6.

[7] In tal senso, M. Belletti, *La tutela dell'ambiente nella riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione. Quali i profili di precettività?*, in A. Lamberti (a cura di), *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali*, cit.

[8] È di questo avviso R. Bifulco, *Primissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, cit., 2 ss.

[9] In tal senso, E. Di Salvatore, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2022, 2 ss.; R. Fattibene, *Una lettura ecocentrica del novellato articolo 9 della Costituzione*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2022, 1 ss.; I.A. Nicotra, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *federalismi.it*, *paper*, 30 giugno 2021, 1 ss. In senso contrario, quella dottrina che considera la riforma inopportuna, inutile (in tal senso, T.E. Frosini, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *federalismi.it*, *paper*, 23 giugno 2021, 3 ss.) se non addirittura dannosa (in tal senso, G. Di Plinio, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, in *federalismi.it*, *paper*, 1 luglio 2021, 1 ss.; G. Severini, P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in *Giust. ins.*, 22 settembre 2021, sp. 5). Si vedano, sul tema, C. De Fiores, *Le insidie di una revisione pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, 137 ss.; R. Montaldo, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *federalismi.it*, 2022, 187 ss.

mento del nostro Paese agli obblighi europei, nonché internazionali, in materia di salvaguardia ambientale[10].

La novella costituzionale, dunque, non ha solo una valenza simbolica[11], ma ha posto le premesse per un rinnovato assetto costituzionale[12], maggiormente in linea con i recenti orientamenti dell'Unione europea, basato: sulla tutela dell'ambiente – quale principio fondamentale – anche allo scopo di garantire maggiore effettività ai diritti, in una nuova prospettiva che considera in maniera diversa il rapporto tra essere umano, di oggi e di domani, e ambiente, per un verso, e i concetti di sviluppo, economia e società[13], per altro verso.

2. *Il «principio costituzionale ambientalista» come presupposto per l'esercizio dei diritti fondamentali*

La riforma ha introdotto un «principio costituzionale ambientalista», che diventa fondante dell'ordinamento costituzionale e costituisce un riferimento per il legislatore, le pubbliche amministrazioni ed il giudice delle leggi. Sebbene la giurisprudenza della Corte costituzionale abbia affermato, in più occasioni, il valore costituzionale primario della tutela ambientale[14], la previsione di un vero e proprio principio costituzionale assume una portata diversa rispetto alle dichiarazioni giurisprudenziali oggetto, peraltro, in passato, di diverse valutazioni e di oscillazioni che sono dipese dai singoli casi. La tutela dell'ambiente, infatti, diventa un principio vincolante e costituisce ora un parametro "certo" di legittimità delle leggi[15].

[10] In merito a questo aspetto, R. Bifulco, *Primissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, cit., 1 ss., sottolinea come la norma di cui all'art. 9 Cost. obblighi, tra l'altro, «il Governo, in sede internazionale e sovranazionale, ad assumere le decisioni migliorative per l'ambiente».

[11] Al riguardo, P. Bilancia, *La riforma dell'art. 9 della Costituzione: prospettive e possibili criticità*, cit., ritiene che la riforma costituzionale sia «tutt'altro che irrilevante nel panorama costituzionale».

[12] Secondo alcuni autori, pur essendo la riforma costituzionale opportuna e necessaria, quest'ultima sarebbe, comunque, poco innovativa. Cfr., in proposito, 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*, cit., 309 ss.; G. Santini, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quad. Cost.*, n. 2/2021, sp. 473 ss.

[13] Sul tema si vedano: F. Scuto, *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo*, Torino, 2022; C. Buzzacchi, *Attività economiche e ambiente nel prisma (o mantra?) della «sostenibilità»*, in *Rivista AIC*, n. 4/2023, 108 ss.

[14] Si veda, più recentemente, Corte cost., sentt. n. 24/2022 e n. 201/2021, che si pongono in continuità con la giurisprudenza precedente che, nel tempo, aveva già individuato l'ambiente come bene primario (sentt. n. 189/2021, n. 246/2017 e n. 641/1987).

[15] In tal senso, si vedano: M. D'Amico, *Commissione Affari Costituzionali, Senato della Repubblica. Audizione sui Disegni di legge costituzionale nn. 83 e connessi (14 novembre 2019)*,

Ciò che si vuole qui particolarmente evidenziare è che il «principio costituzionale ambientalista» deve essere letto in maniera sistemica con le altre disposizioni costituzionali con le quali entra a far parte di un sistema di principi e di valori. I principi fondamentali, compreso quello ambientalista, si integrano e servono a realizzare un progetto comune di sviluppo della persona, di tutela della dignità[16] e dei diritti fondamentali e di garanzia dell'eguaglianza. In particolare, il nuovo principio ambientalista, introdotto all'art. 9 Cost., deve essere letto in connessione con gli altri principi e diritti costituzionali e, più in particolare, con gli artt. 2, 3[17] e 32 Cost.

Nell'ottica di un ripensamento del rapporto tra essere umano e ambiente, partendo dal principio personalista, di cui all'art. 2 Cost., che afferma il primato dei diritti della persona e la loro tendenziale incomprimibilità e pone l'individuo al centro dell'organizzazione politica, economica e sociale[18], assume un particolare significato la protezione dell'ecosistema di cui esso è parte e da cui esso trae gli elementi essenziali per vivere. L'individuo, come elemento dell'ecosistema, deve essere, dunque, considerato anche nel contesto del suo *habitat*: l'ambiente, pertanto, deve essere tutelato soprattutto al fine di evitare che l'inquinamento e il degrado ambientale impediscano il pieno sviluppo della persona, incidendo negativamente sulla sua salute e, quindi, anche sulla dignità della stessa. In tal senso, il principio ambientalista integra il principio personalistico nelle sue varie declinazioni. Mentre i padri costituenti hanno

cit., 3; M. Cecchetti, *La disciplina sostanziale dell'ambiente nella Carta repubblicana: spunti per un'analisi della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., 812 ss.; I. Rivera, *Le tonalità dell'ambiente e le generazioni future nel cammino di riforma della Costituzione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2022, sp. 228. In proposito, E. Rossi, *L'ambiente (e il resto) in Costituzione: fu vera gloria?*, in *Lessico di Etica pubblica*, n. 2/2022, sp. 5, esprime perplessità sulla possibile espansione del sindacato della Corte costituzionale sugli atti nomativi primari «in relazione a principi ed interessi tutt'altro che nettamente definiti: la tutela ambientale, gli interessi delle future generazioni», paventando il rischio di una riduzione dei margini decisionali del legislatore.

[16] Sul valore della dignità, in generale, si vedano, tra i più recenti: S. Prisco, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, in *BioLaw Journal*, *Special Issue*, 2/2019, 61 ss.; P. Bilancia, *Dignità umana e fine vita in Europa*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione. IV. I diritti fondamentali nel prisma del costituzionalista*, in *ConsultaOnline*, 2020, sp. 98.

[17] Sull'importanza degli art. 2 e 3 Cost. si vedano, per tutti, P. Bilancia, E. De Marco, F.G. Pizzetti, *"Nuovi diritti" e "tutela multilivello dei diritti"*, in P. Bilancia, E. De Marco (a cura di), *L'ordinamento della Repubblica. Le Istituzioni e la Società*, Milano, sp. 517 ss.

[18] Sull'art. 2 Cost., ci si limita a ricordare, senza pretesa di esaustività: A. Barbera, Art. 2 Cost., in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 7; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., vol. I, Padova, 1975, 156; E. Rossi, *Art. 2*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 54 ss.; M. Fioravanti, *Costituzione italiana: articolo 2*, ult. ed., Roma, 2021.

considerato lo sviluppo della persona in relazione alla sola dimensione politica, sociale ed economica, il legislatore riformista ha tenuto conto che, data l'emergenza ambientale e climatica che stiamo vivendo, il principio personalistico, attualmente, può essere realizzato solo se vi è un rapporto equilibrato tra l'uomo e l'ambiente che lo circonda e in cui vive la sua personalità.

Di conseguenza, si ritiene che non sia possibile un superamento della centralità della persona[19] nel suo rapporto con l'ambiente e che non siano condivisibili quelle posizioni della dottrina che hanno letto la riforma dell'art. 9 Cost. in una prospettiva ecocentrica che si sostituirebbe a quella antropocentrica[20]. L'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, pertanto, pur essendo considerati dalla riforma come fattori autonomi, degni di protezione[21], assumono rilevanza soprattutto perché devono essere posti in relazione alla persona. Tuttavia, sebbene l'ambiente sia ancora considerato in relazione alle esigenze dell'individuo, secondo un approccio antropocentrico che deriva, come si è visto, dal nostro impianto costituzionale[22], quest'ultimo approccio è in parte «temperato» da una visione maggiormente ecocentrica. La novella costituzionale, infatti, impone un'interpretazione della centralità della persona che riconsideri, comunque, il rapporto tra essere umano e ambiente; tale centralità non può tradursi in un rapporto di dominio sulla natura, ma di cura e di custodia, e la

[19] Sull'argomento, si veda P. Bilancia, *L'effettività della Costituzione economica nel contesto dell'integrazione sovranazionale della globalizzazione*, cit., 13, la quale sottolinea l'«Attenzione preminente alla centralità nell'ordinamento della persona e dei suoi diritti».

[20] In tal senso, M. D'Amico, *Una riforma costituzionale importante*, in *RGAonline*, 26 febbraio 2022, 2 e Id., *Commissione Affari Costituzionali, Senato della Repubblica. Audizione sui Disegni di legge costituzionale nn. 83 e connessi (14 novembre 2019)*, cit., 1; G. Azzariti, *Appunto per l'audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica del 16 gennaio 2020 – Modifica articolo 9 della Costituzione*, cit., 5; R. Fattibene, *Una lettura ecocentrica del novellato articolo 9 della Costituzione*, cit., *passim*. Si vedano, più in generale, sull'argomento: Q. Camerlengo, *Natura e potere. Una rilettura dei processi di legittimazione politica, Sesto San Giovanni*, 2020, *passim*; F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in negativo*, in Aa.Vv., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, cit., 128 ss.

[21] È di questo avviso R. Bifulco, *Primissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, cit., 7.

[22] In tal senso, L. Violini, in L. Violini, G. Formici, *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente: riforme costituzionali e interventi della giurisprudenza*, in P. Pantaleone (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui. Atti del Convegno svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano - 7 ottobre 2021*, Modena, 2021, 39 ss. Al riguardo, si vedano, prima della riforma, B. Caravita, A. Morrone, *Ambiente e Costituzione*, in B. Caravita, L. Cassetti, A. Morrone (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., 31, i quali, pur ritenendo che «il valore ambientale [sia] comunque subordinato alla centralità della persona umana», osservano che «una logica di tipo antropocentrico appare, se non insufficiente, quanto meno parziale e comunque insoddisfacente nel medio-lungo periodo per affrontare i problemi dell'ambiente».

tutela dell'ambiente non deve essere esclusivamente "funzionale" a soddisfare i suoi bisogni ma deve tendere a preservare l'equilibrio ecologico[23]; ciò, nella prospettiva di uno stretto rapporto di dipendenza tra persona e ambiente che considera l'essere umano come parte dell'ecosistema, in un rapporto armonioso[24] con tutte le specie e la natura[25]. La centralità dell'essere umano deve essere quindi intesa anche nel senso di una sua responsabilità, in quanto unico in grado di ripristinare e mantenere la biodiversità e gli ecosistemi[26], in una prospettiva intergenerazionale e di sostenibilità.

In questa prospettiva, dunque, la revisione costituzionale è destinata ad avere una portata fortemente innovativa in quanto impone un diverso approccio, rispetto al passato; approccio – in linea, peraltro, con l'evoluzione delle recenti politiche eurounionali – che mira alla tutela di tutte le componenti dell'ambiente che sono considerate in quanto tali, anche se il principio personalista impone di considerare gli interessi dell'individuo e di far prevalere questi ultimi in caso di conflitto con quelli ambientali[27].

3. *La tutela dell'ambiente e il principio solidaristico (la concezione doveristica dei privati)*

Dalla lettura sistemica degli artt. 9 e 2 Cost., inoltre, emerge che la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi – nonostante la riforma ponga un obbligo nei soli confronti della Repubblica – deve essere considerata come dovere condiviso, ricavabile dal dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.[28]. In altri termini, l'inderogabilità dei doveri di solidarietà politica,

[23] È di questo avviso A. Vuolo, *La modifica dell'art. 9 della Costituzione e la tutela degli animali*, in *Pass. cost.*, n. 1/2022, 46 ss.

[24] In tal senso, P. Maddalena, *Audizione Senato, 24 ottobre 2019. Modifica articolo 9 della Costituzione*, cit., 1.

[25] Al riguardo, L. Ronchetti, *Il bilanciamento tra tutela dell'ambiente e garanzia dei diritti costituzionali. Per un eco-costituzionalismo in nome della giustizia ambientale*, cit., 78 ss., utilizza il termine "ecocostituzionalismo".

[26] Si cfr., in proposito, G.M. Flick, *L'articolo 9 della Costituzione oggi: dalla convivenza alla sopravvivenza*, in *federalismi.it*, *paper*, 12 luglio 2023, 9.

[27] In tal senso, R. Bifulco, *Primissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, cit., 7.

[28] In proposito, G. Arconzo, *La tutela dei beni ambientali nella prospettiva intergenerazionale: il rilievo costituzionale dello sviluppo sostenibile alla luce della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in P. Pantalone (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente*, cit., 169, parla di «dovere che connota l'intero ordinamento costituzionale e che deve essere adempiuto da tutte le articolazioni della Repubblica, da tutti i cittadini e da tutti gli operatori economici». In tal senso, P. Ferretti, *La tutela dell'ambiente in Costituzione: tra dovere di solidarietà e prospettive di bilanciamento*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2/2023, 36.

economica e sociale implicherebbe anche una sorta di dovere di solidarietà ambientale[29] delle generazioni attuali di tenere conto degli interessi delle generazioni future. In tal senso, il principio solidarista, relativamente alla finalità di tutela ambientale, può essere declinato secondo una duplice connotazione, verticale e orizzontale. La connotazione verticale del principio solidarista, impone alla Repubblica un dovere di attivarsi per una tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi che garantisca i diritti fondamentali degli individui, anche in relazione all'*habitat* in cui vivono[30]. La connotazione orizzontale del principio solidarista, pur non essendo espressamente contemplato dalla novella costituzionale, può essere dedotta dall'art. 2 Cost., da cui si evince l'idea di un adempimento dei doveri e, più in particolare, dei doveri che caratterizzano il rapporto di solidarietà tra gli individui[31]. Si profila, pertanto, un dovere, in *primis* della Repubblica – la quale, oltre ad avere essa stessa il dovere di tutelare l'ambiente, deve garantire l'adempimento del dovere di solidarietà ambientale, responsabilizzando i privati attraverso l'imposizione di specifici doveri – ma anche – come si è visto – di ciascun individuo, di mantenere un equilibrio ambientale anche per salvaguardare i soggetti che verranno dopo di noi. Al riguardo, appare significativo che anche a livello europeo sia prevista

[29] Il particolare, prima della riforma, in riferimento proprio all'ambiente, ricava dall'art. 2 Cost. l'esistenza di un dovere di solidarietà ambientale, come fondamento della rilevanza giuridica dell'ambiente, F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. ec.*, n. 2/2002, 215 ss. (tesi poi ripresa dallo stesso Autore in *Amministrazione, ambiente e dovere: Stati Uniti e Italia a confronto*, in D. De Carolis, E. Ferrari, A. Police (a cura di), *Atti del primo colloquio di diritto dell'ambiente*, Teramo, 29-30 aprile 2005, Milano, 2006, 119 ss. e *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2010, 12 ss. Sul tema, si vedano, altresì: P. Dell'Anno, *La tutela dell'ambiente come 'materia' e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in *Amb. svil.*, n. 7/2009, 585 ss.; S. Zanini, *La tutela dell'ecosistema tra scienza e diritto*, in *Rivista AIC*, n. 3/2019, 467. Mettono in evidenza il rapporto tra il Next generation EU e il principio di solidarietà, più in generale: 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, 22 ss.; P. Bilancia, *La solidarietà nell'Unione Europea e la delimitazione dell'indirizzo politico nazionale*, cit., 7 ss.

[30] Sul tema, si veda 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 ediz., Milano, 2005, 15 ss.

[31] In proposito, si vedano: G. Grasso, *Appunti per l'Audizione resa il 4 febbraio 2020*, presso la 1a Commissione (Affari Costituzionali) del Senato della Repubblica sul disegno di legge costituzionale n. 83 e connessi, "Tutela costituzionale dell'ambiente", 2020, 3 (disponibile in *www.senato.it* nonché in *Osservatorio A.I.C.*, n. 2/2020, in *www.osservatorioaic.it*; A. Morrone, *Audizione alla I Commissione del Senato della Repubblica*, cit., 4; C. Buzzacchi, *Attività economiche e ambiente nel prisma (o mantra?) della «sostenibilità»*, cit., 215 ss.

una concezione doveristica delle istituzioni e dei privati, ricavabile soprattutto, dal Preambolo della Carta di Nizza.

4. *Conclusioni. Una connessione tra l'art. 9 e l'art. 41 Cost. finalizzata a perseguire un equilibrio tra tutela ambientale e attività d'impresa e a creare un nuovo modello di sviluppo socio-economico*

Dalla lettura sistemica dell'art. 9 e dell'art. 41 Cost. emerge chiaramente l'obiettivo di perseguire un equilibrio tra tutela ambientale e attività d'impresa. Ne deriva che il legislatore e i giudici sono chiamati, nell'attività di bilanciamento tra valori, a considerare gli interessi ambientali di preminente rilevanza rispetto a quelli economici, nel caso questi ultimi consistano nell'intraprendere o continuare un'attività d'impresa che possa danneggiare in maniera significativa l'ambiente (e la biodiversità e gli ecosistemi, in quanto si ritiene che l'iniziativa non debba arrecare danni non solo all'ambiente, come previsto dall'art. 41 Cost. ma nemmeno alla biodiversità e agli ecosistemi, in osservanza dell'art. 9 Cost.)[32]. Gli interessi ambientali e quelli economici non sono posti in un rapporto di preminenza assoluta dell'uno o dell'altro, ma di integrazione reciproca che implica la necessità di un equo bilanciamento degli stessi. Un bilanciamento che, però, tenga conto della costituzionalizzazione del principio ambientalista, nell'ottica anche dell'interesse delle future generazioni, e dell'effettiva necessità di tutela dell'ambiente – alla luce dell'attuale situazione di emergenza ecologica e climatica e in linea con il diritto e le politiche dell'Unione europea – in quanto precondizione al godimento dei diritti fondamentali. Bilanciamento che, al contempo, non dovrebbe arrivare a comprimere il nucleo essenziale delle libertà economiche perché ciò comporterebbe una decisione irragionevole del legislatore e del giudice.

È caso di sottolineare, infine, che l'equilibrio tra tutela ambientale e attività d'impresa si inserisce in una nuova ottica di sviluppo e sostenibilità. Si prefigura un nuovo modello economico e sociale[33], improntato alla sostenibi-

[32] Al riguardo, R. Bifulco, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, cit., 86 ss., sottolinea che «Per quanto non sia possibile tracciare una gerarchia tra i principi fondamentali, anche dopo la l. cost. 1/2022, è vero però che il bilanciamento del caso concreto non potrà non tener conto del fatto che il principio della tutela dell'ambiente trova ora due ulteriori concretizzazioni nel testo costituzionale, disposte proprio nel cuore della norma sull'iniziativa economica». In senso contrario, A. Morrone, *L'«ambiente» nella Costituzione. Premesse di un nuovo «contratto sociale»*, cit., 98 ss., sostiene che «la revisione costituzionale [abbia] introdotto una "gerarchia di valori" in cui l'ambiente ha una posizione di primarietà tale da porlo al di sopra degli altri (…) valori costituzionali».

[33] Sul modello economico definito dalla nostra Costituzione, si veda, per tutti, P. Bilancia, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996.

lità, in cui lo sviluppo è considerato nelle tre dimensioni: sociale, economico e ambientale. In questa nuova prospettiva, la tutela dell'ambiente non deve essere considerata come limite *strictu sensu* all'attività d'impresa ma, anche alla luce della strategia europea del *Green deal*, come elemento che deve integrarsi con un equo sviluppo socio-economico. Ne deriva che l'attività d'impresa non può più essere volta solo a realizzare una mera crescita economica ma deve essere finalizzata a garantire i diritti fondamentali delle generazioni attuali e del futuro. Si tratta di una prospettiva che privilegia l'idea di progresso, inteso come un processo di miglioramento non solo delle condizioni economiche ma anche della qualità di vita delle persone, desumibile, peraltro, già dall'art. 4 Cost. laddove fa riferimento «al progresso materiale o spirituale della società». In questa prospettiva, del resto, la riforma costituzionale pone le premesse per una ridefinizione dell'intervento dello Stato nell'economia, al fine di perseguire finalità non più solo sociali ma anche ambientali, secondo un nuovo paradigma di sviluppo, maggiormente diretto ad una effettiva garanzia dei diritti fondamentali e dell'eguaglianza, in un'ottica intergenerazionale.

Piero Marino[*]

LA 'VERA' STORIA DEL MERCANTE. LEGGE, SACRIFICIO E GIUSTIZIA NELLA CITTÀ DI VENEZIA

SOMMARIO: 1. Introduzione. Del capro espiatorio: tema o struttura? – 2. Gli stereotipi della persecuzione. – 3. Del rito, del simbolo e del moderno. – 4. 'Segni' disseminati – 5. Conclusioni. Legge, sacrificio e giustizia.

1. *Introduzione. Del capro espiatorio: tema o struttura?*

Il *Mercante di Venezia* rappresenta una delle commedie di Shakespeare più discusse, principalmente a causa dell'ambiguità con la quale viene presentata la figura di Shylock, l'ebreo usuraio che conclude col mercante Antonio (solo 'tecnicamente' il protagonista dell'opera[1]) il contratto di sangue che prevede, nel caso in cui il nobile veneziano non onorasse il prestito concessogli dall'ebreo, «una penale […] fissata esattamente in una libbra» di carne, «da prendersi e tagliarsi in quella parte» del corpo maggiormente gradita al creditore[2].

Come ha osservato Girard, Shylock è presentato secondo due differenti e contraddittorie prospettive. Se, da un lato, infatti, ritroviamo il classico stereotipo dell'ebreo, somaticamente e caratterialmente tratteggiato assecondando una crudele ed impietosa tradizione, dall'altro Shakespeare ci mostra una figura che, nel corso dell'opera, si rivela sempre più simile – nei comportamenti,

[*] RTDB Università degli Studi di Napoli Federico II - Dip. Giurisprudenza.

[1] Così Calimani: «Prima di essere rappresentazione di una storia, il *Mercante* è un personaggio. Il titolo con cui il dramma fu registrato nello *Stationers' Register* nel 1598, *The Marchaunt of Venice or otherwise called the Jewe of Venice*, dichiara già il sentimento diviso del testo, mente il titolo del *First Folio, The Merchant of Venice*, è ingannevole, perché fra la figura dell'ebreo e l'attività del mercante vi era all'epoca un nesso consolidato; ma nel dramma, il mercante non è l'ebreo Shylock, e il protagonista non è affatto Antonio» (D. CALIMANI, *Introduzione a* W. Shakespeare, *Il Mercante di Venezia*, Venezia, 2016, 14). Considerazione che spiega perché, come pure è stato osservato, «accade […] che alcuni lettori o spettatori credano […] che il mercante di Venezia sia Shylock» (A. L. Zazo, *Da Venezia a Belmonte: le tappe di un viaggio immaginato*, in W. Shakespeare, *Il Mercante di Venezia*, Milano, 2017, IX). La tesi di Calimani è del resto sostanzialmente questa, dal momento che «è Shylock a stagliarsi su tutti, malgrado il testo gli neghi il ruolo di voce preminente che spetterebbe a lui come a ogni protagonista che si rispetti» (D. CALIMANI, *Introduzione,* cit., 14). Vedremo come *il* protagonista della commedia sarà rappresentato dal *doppio mimetico* dei due.

[2] W. Shakespeare, *Il Mercante di Venezia* [I.III. 145-148].

nei desideri e nei pensieri – a quelle degli stessi cristiani che da essa si vantano di differenziarsi radicalmente[3].

Due sono gli elementi di tale *indifferenziata* somiglianza: in primo luogo, la venalità dei veneziani, portato della natura *intimamente* finanziaria di tutte le loro azioni e comportamenti[4], perfettamente speculare al *contratto* proposto da Shylock che, *mostruosamente*, mescola denaro e carne umana[5]; in secondo luogo, la vendetta che l'ebreo dichiara sin dal principio di voler perseguire e che, nell'evoluzione degli eventi e nel processo finale, si ribalterà nella vendetta, ben più perfida e sottile, ordita dai veneziani[6].

La natura contraddittoria dell'usuraio ebreo è tuttavia solamente apparente: essa serve infatti a rivelare al pubblico l'*oggetto* stesso della commedia, vale a dire «la vendetta e il risarcimento pecuniario»[7], un oggetto che Shylock riconosce esplicitamente e che invece i veneziani hanno la premura di occultare accuratamente[8]. Il che significa che, in conclusione, non siamo chiamati a «scegliere tra un'immagine favorevole ed una sfavorevole di Shylock»[9]: ciò che il testo *mira* a dissolvere, infatti, è proprio la pretesa *differenza* tra l'ebreo e i cristiani; *dissoluzione* che può essere drammaticamente rappresentata unicamente ricorrendo alla sovrapposizione di «diversi elementi testuali, che a livello superficiale rafforzano, e più in profondità sovvertono, l'idea di una differenza tra ebrei e cristiani»[10]. Del resto, di tale operazione ci rende edotti la stessa Porzia la quale, irrompendo nel mezzo del processo per porvi astutamente termine, si (e *ci*) domanda: «Chi è il mercante qui? E chi l'ebreo?»[11].

[3] R. Girard, *Shakespeare. Il teatro dell'invidia*, Milano, 1998, 388-389.

[4] *Ibid.*, 389-390. Così anche D. Calimani, *Introduzione a* W. Shakespeare, *Il Mercante di Venezia*, cit., 19-22, 26-28.

[5] R. Girard, *Shakespeare. Il teatro dell'invidia*, cit., 390-391.

[6] *Ibid.*, 392-394. Si veda anche D. Calimani, *Introduzione*, cit., 28-35.

[7] R. Girard, *Shakespeare. Il teatro dell'invidia*, cit., 394.

[8] *Ibid.*

[9] *Ibid.*

[10] *Ibid.*, 395.

[11] W. Shakespeare, *Il Mercante di Venezia* [IV. I, 171]. Per le citazioni del testo si è scelto di utilizzare la versione a cura di Calimani. Osserva Girard: «Anche se non avesse mai incontrato né Antonio né Shylock, come può Porzia esitare a distinguere l'elegante aristocratico veneziano e l'ebreo archetipico, l'orribile usuraio semita che ci viene presentato nel primo atto?» (R. Girard, *Shakespeare. Il teatro dell'invidia*, cit., 393-394). Su questo non concordiamo con la considerazione di Calimani secondo il quale l'affermazione di Porzia, «ricca di disorientante ironia», nell'evidente assurdità della domanda, avrebbe lo scopo di rimarcare il contendente «da piegare», mossa sostanzialmente dal bisogno di «continuare a *riconoscere* l'ebreo per guardarsene», oppure di fingere «imparzialità» (D. Calimani, *Introduzione,* cit., 29).

Nel corso dei secoli, la critica letteraria si è aspramente divisa tra chi ha propeso per una lettura tesa a sottolineare gli aspetti antisemiti dell'opera e chi, al contrario, ha tratteggiato con vigore l'immagine di uno Shakespeare intento a mettere in scena l'ipocrisia dei cristiani e la dolente vicenda di Shylock, nonché la sua umanità[12]. La questione resta complessa e decisamente non priva di interesse: da canto nostro, però, vorremmo spostare l'attenzione su di un elemento che salta agli occhi se guardiamo alla commedia attraverso la lente interpretativa suggerita da Girard, al tempo stesso applicandovi la nota riflessione dell'antropologo francese sulla natura *mimetica* del desiderio, sulla *crisi sacrificale*[13] e sul *capro espiatorio*[14].

Il duplice livello testuale cui abbiamo fatto riferimento si rivela attraverso una serie di eventi che, prendendo le mosse dalla stesura del *sacrilego* contratto di sangue, raggiungono il loro epilogo al termine del processo finale. L'*identificazione* tra Shylock e Antonio, che diventano progressivamente uno il *doppio* dell'altro[15], giunge a compimento attraverso un percorso che può a buona ragione essere rappresentato come un «naufragio mimetico»[16], vale a dire come una crisi sacrificale che, *vorticosamente*, vede ribaltare la condizione iniziale nella sua nemesi, con ciò rivelando l'identità indifferenziata dei «due vecchi rivali»[17]: se, infatti, l'usuraio ebreo entra nel processo quale parte querelante, ne esce condannato; se all'inizio della storia Egli è ricco e i veneziani in difficoltà economiche, al termine accade esattamente l'inverso; se al principio del racconto Egli è ebreo, al termine è costretto a farsi cristiano; se, infine, nelle prime scene, Shylock desidera vendetta tanto da ordirne una assai *cruenta*, al termine sarà oggetto dell'odio, ben più sottile e feroce, esercitato nei suoi confronti della città di Venezia[18]. Ma, soprattutto, se Antonio viene presentato quale vittima designata, il vero *capro espiatorio* dell'opera sarà piuttosto l'ebreo Shylock[19]: con la scomparsa di quest'ultimo dalle scene, infatti, si ristabiliranno finalmente l'ordine e la concordia a Venezia.

O meglio: magari Porzia ha effettivamente questo scopo ma, più in profondità, è Shakespeare a parlare attraverso di Lei.

[12] In questa sede non possiamo che far riferimento alle riflessioni di D. Calimani, *Introduzione*, cit., 14-19.

[13] R. Girard, *Delle cose nascoste sin dalla fondazione del mondo*, Milano, 1983 e Id., *La violenza e il sacro*, Milano, 1980.

[14] R. Girard, *Il capro espiatorio*, Milano, 1987.

[15] R. Girard, *Shakespeare. Il teatro dell'invidia*, cit., 393.

[16] *Ibid.*, 394.

[17] *Ibid.*

[18] *Ibid.,* 393, 395. Si veda anche D. Calimani, *Introduzione*, cit., 23-25, 28-30.

[19] R. Girard, *Shakespeare. Il teatro dell'invidia*, cit., 395.

Ed è proprio questa considerazione – che sorge spontanea a chi «percepisce l'ingiustizia della sorte di Shylock»[20] – a suggerire la domanda alla quale intendiamo dare risposta: in che senso, l'ebreo di Venezia è un *capro espiatorio*? Lo stesso Girard, nel porsi tale interrogativo, si chiede se, nella commedia, il *capro espiatorio* sia presente come *tema* o, piuttosto, come semplice *struttura*: nel secondo caso, la sorte di Shylock risponderebbe alla necessità di porre fine alla spirale della violenza e l'epilogo della storia sarebbe intrinsecamente condiviso dall'autore; al contrario, nella prima ipotesi, Shakespeare avrebbe messo in scena una riflessione *critica* sul destino di Shylock, il quale apparirebbe quale vittima *innocente* degli eventi, epilogo drammatico di una crisi sacrificale[21]. Si tratta qui di capire di fronte a che tipo di testo ci troviamo: il *Mercante di Venezia* rappresenta un testo di persecuzione o, piuttosto, un testo che *demistifica* la persecuzione[22]?

A tal proposito, la soluzione proposta da Girard ci lascia sostanzialmente insoddisfatti. Lo studioso francese, infatti, differenziandosi sia dai critici «*revisionisti*» che da quelli «*tradizionalisti*»[23], sostiene che la rappresentazione teatrale del *Mercante* produca simultaneamente il duplice effetto di far emergere sia il *tema* che la *struttura* del capro espiatorio; questo a seconda delle «differenze culturali all'interno del […] pubblico»[24]. Se, infatti, la *struttura* della narrazione porterebbe quest'ultimo ad identificarsi *mimeticamente* con la condanna di Shylock, il *testo*, con i riferimenti al sacrificio e alla vittima immolata – ironicamente destinati a chi vittima non diverrà, vale a dire al nobile veneziano –, suggerisce la presenza del *tema*, per certi versi smascherando la stessa *struttura*, in forza della componente ironica utilizzata dall'autore[25].

Tale interpretazione non ci lascia insoddisfatti in ragione della sua ambiguità[26], dal momento che essa ricalca la natura ironica del testo che, cosa del tutto evidente, è disseminato di paradossi e doppiezze. Lo stesso epilogo del processo, che della giustizia sembra quasi una parodia, deriva da un truc-

[20] R. Girard, *Shakespeare. Il teatro dell'invidia*, cit., 396. *Spontanea*, per *noi* contemporanei; certamente non per il pubblico del tempo.

[21] *Ibid.*, 396-397.

[22] Si veda, a tal proposito, R. Girard, *Delle cose nascoste sin dalla fondazione del mondo*, 159 ss.

[23] R. Girard, *Shakespeare. Il teatro dell'invidia*, cit., 397. Con questi termini l'antropologo francese si riferisce alle divergenti interpretazioni che vedono in Shakespeare un 'critico' della sua epoca o, piuttosto, un autore sostanzialmente 'integrato' col pubblico del tempo. Il corsivo è nostro.

[24] *Ibid.*

[25] *Ibid.*, 397-405.

[26] *Ibid.*, 397-398. Così, difensivamente, Girard.

co[27], così come da un'astuzia deriva la conquista amorosa di Bassanio[28]. Di più: il fatto che lo spettatore contemporaneo percepisca l'ingiustizia subita da Shylock (certamente non così accadeva al pubblico elisabettiano) sembrerebbe un argomento a favore della tesi di Girard. Ciò che manca è piuttosto una valutazione della *struttura* del testo e dell'*oggetto* che traspare dalla rappresentazione del dramma. A nostro giudizio, infatti, il *Mercante di Venezia*, dei testi di persecuzione, condivide gli elementi fondamentali; al tempo stesso, è un'opera disseminata di *segni* che sembrano volere in qualche modo rivelare il *tema* del capro espiatorio. E, tuttavia, non è solamente la chiave ironica a rendere possibile tale rivelazione: a trasparire dalla commedia, restituendoci l'immagine di un drammaturgo *intrinsecamente* critico del *meccanismo vittimario*[29], è infatti una riflessione sulla natura della Legge e del sacrificio che, dall'inizio alla fine, tiene le redini della commedia ponendovi al centro la rappresentazione di un vero e proprio *linciaggio.* La nostra tesi, dunque, è che il *Mercante di Venezia* è una *rappresentazione critica* di un testo di persecuzione.

2. *Gli stereotipi della persecuzione*

Nel corso della sua produzione, Girard si è occupato accuratamente di descrivere gli *stereotipi* dei testi di persecuzione. Con tale termine, l'antropologo francese si riferisce a quei testi, risalenti al tardo Medioevo e alla prima fase della modernità, che descrivono come una comunità, individuando il/i responsabile/i degli eventi catastrofici da cui è stata colpita, riesce a porvi termine grazie ad un massacro o ad un omicidio collettivo[30]. Come osserva Girard, gli autori di questi testi non nutrono alcun dubbio sulla veridicità dei fatti che narrano: in modo particolare, non dubitano del fatto che i responsabili di tali eventi catastrofici – irreali, eccessivi, sostanzialmente 'mitici'[31] – siano portatori di poteri eccezionali, evidentemente malvagi, quasi magici, che li mettono in condizione di porre a repentaglio la sopravvivenza della comunità stessa[32].

[27] Si veda, a tal proposito, lo stesso D. Calimani, *Introduzione*, cit., 23-25, 31-35. L'A. parla di «*carnevalate*» perché, nel testo, «ogni ostacolo è risolto dalla doppiezza» (*ibid.*, 23). Vedremo come risulterà possibile attribuire a tale doppiezza e a tali «*carnevalate*» un significato più drammatico.

[28] R. Girard, *Shakespeare. Il teatro dell'invidia*, cit., 391.

[29] Del resto, lo stesso Girard ha dichiarato, in un'intervista del '78, che il suo «unico interesse "letterario" vitale riguarda gli autori che arrivano a toccare quel meccanismo [vitttimario], in particolare William Shakespeare» (R. Girard, *Persecuzione e scienze dell'uomo. A confronto con Renè Girard*, in Id., *Miti d'origine*, *Persecuzioni e ordine culturale*, Milano, 2005, 114).

[30] R. Girard, *Il capro espiatorio*, cit., 11-17.

[31] *Ibid.*, 29 ss., 85 ss.

[32] *Ibid.*, 34-37.

Nessun dubbio, infine, viene mai suscitato in relazione alle responsabilità imputate ai colpevoli i quali, pertanto, vengono ad essere "giustamente" puniti, dal corso degli eventi o, più spesso, dalla collera divina chiamata a ristabilire l'ordine o, ancora, dai tribunali degli uomini[33]. Gli autori dei misfatti possono essere streghe, stranieri, minoranze etniche o religiose, molto spesso *ebrei*[34] e la connessione instaurata tra le loro colpe e gli effetti che ne derivano risponde ad una mentalità magica[35]. In buona sostanza, ciò che i testi di persecuzione *misconoscono* è l'epilogo degli eventi: il linciaggio finale finisce infatti sempre per essere trasfigurato in un *giusto* giudizio[36].

Nonostante ciò, i testi di persecuzione risultano perfettamente *leggibili* in quanto tali per noi contemporanei: nessuno dubita, ad esempio, del fatto che gli ebrei nulla c'entrino con la diffusione della peste, né crediamo che le streghe siano responsabili di malefici, avvelenamenti e così via[37]. Il lettore contemporaneo, e giustamente, opera selettivamente, giudicando verosimili alcuni degli avvenimenti trattati (o *taciuti*) – la violenza finale, l'esistenza di eventi catastrofici – al tempo stesso denunciando la falsità di altri, *in primis* le connessioni magico-mitologiche e la colpevolezza dei *capri espiatori*[38]. Ciò accade perché, sostanzialmente a partire dall'era moderna, il meccanismo vittimario ha progressivamente perso la sua *potenza*[39]. Potenza che si rivela invece negli antenati del testo di persecuzione moderno, vale a dire dei *miti*. L'idea dell'antropologo francese, infatti, è che i testi mitici – in modo particolare quelli di carattere *fondativo*[40] – altro non rappresentino che la trasfigurazione poetica di una persecuzione[41]. Solo che, a differenza dei testi moderni, riescono a nascondere la loro natura persecutoria, al punto che anche al lettore contemporaneo resta del tutto ignoto il significato arbitrario delle accuse mosse agli eroi mitici o, più in generale, la presenza del capro espiatorio nell'universo delle narrazioni mitologiche[42]: rispetto ai testi mitici, il lettore contemporaneo non opera selettivamente, generalmente rifiutando-

[33] *Ibid.*, 11 ss.

[34] *Ibid.*, 29, 37-39.

[35] *Ibid.*, 85-103. Si veda, inoltre, R. Girard, *Miti d'origine*, *Persecuzioni e ordine culturale*, cit., 94-111.

[36] R. Girard, *Delle cose nascoste sin dalla fondazione del mondo*, cit., 162 ss.

[37] R. Girard, *Il capro espiatorio*, cit., 17-28.

[38] *Ibid.*

[39] R. Girard, *Delle cose nascoste sin dalla fondazione del mondo*, cit., 170-178.

[40] Vale a dire quei miti che narrano del passaggio dal *caos* all'ordine attraverso la violenza collettiva (R. Girard, *Miti d'origine*, *Persecuzioni e ordine culturale*, cit., 80-81).

[41] R. Girard, *Il capro espiatorio*, cit., 47-85.

[42] *Ibid.*, 48 ss.

si di attribuire ad essi un referente *reale*[43].

Sia i testi di persecuzione che i miti, dunque, altro non *narrano* – nella *struttura* – che la storia di un linciaggio originario[44]. Sono quattro gli stereotipi atti ad individuare un testo di persecuzione. Innanzitutto, la comunità si trova di fronte ad eventi catastrofici: epidemie, carestie, disordini interni ne mettono a repentaglio la sopravvivenza[45]; in secondo luogo, i responsabili di tali eventi sono individuati in particolari categorie, portatrici di *segni vittimari* (possono essere minoranze etniche o religiose e, prima ancora, portatori di particolari *handicap*, ciechi, zoppi, malati, oppure categorie deboli e marginali)[46]; a tali soggetti è imputata ogni forma di misfatti, dall'incesto a crimini brutali, mostruosi o contronatura[47]; in terzo luogo, la violenza collettiva pone fine catarticamente alle catastrofi, ripristinando l'ordine sociale[48]. Nella versione *mitica*, infine, in quella che è una contraddizione solamente apparente, i colpevoli vengono poi elevati alla santità degli altari e divinizzati, in quanto responsabili di tale ripristino[49]: è questa la radice del *rito sacrificale*, inteso quale inconsapevole ripetizione *mimetica* – e dedicata ad un Dio che reca i segni dell'antica vittima espiatoria – del linciaggio originario[50].

3. *Del rito, del simbolo e del moderno*

L'ultimo degli stereotipi citati scompare quasi del tutto nei testi moderni ed è l'indizio principale da cui desumere l'indebolimento del meccanismo vittimario che, da quel momento in poi, per certi versi, si lascia leggere per quello che è[51]. Ma tale indebolimento assume particolare rilevanza se associato alla natura del rito. Abbiamo infatti visto come alla duplicità *narrativa* per la quale il *capro espiatorio* può essere *tema* o *struttura* se ne aggiunga una seconda, per la quale esso può essere *reale* (nel linciaggio) oppure *riprodotto* (nel rito). E, dunque, si

[43] *Ibid.*, 56 ss. Si veda anche R. Girard, *Delle cose nascoste sin dalla fondazione del mondo*, cit., 159 ss.

[44] R. Girard, *Delle cose nascoste sin dalla fondazione del mondo*, cit., 134-151.

[45] R. Girard, *Il capro espiatorio*, cit., 29 ss.

[46] *Ibid.*, 37 ss.

[47] *Ibid.*, 33 ss.

[48] R. Girard, *Delle cose nascoste sin dalla fondazione del mondo*, cit., 162 ss.

[49] R. Girard, *Il capro espiatorio*, cit., 72-83, ss.

[50] R. Girard, *La violenza e il sacro*, cit., 130-169. Lo stesso termine *capro espiatorio* ha un triplice significato: in *primis* biblico, in riferimento al rituale narrato nel *Levitico*, in secondo luogo antropologico, derivante dall'estensione del primo a rituali dal significato analogo e, da ultimo, psico-sociale, vale a dire incentrato sul meccanismo vittimario in quanto tale (R. Girard, *Miti d'origine. Persecuzioni e ordine culturale*, cit., 37-38).

[51] R. Girard, *Il capro espiatorio*, cit., 72-73.

può dire che il rito riveli il linciaggio obliterandolo, mentre il moderno testo di persecuzione lo oblitera iniziando a renderlo rivelabile.

Se la natura del meccanismo vittimario viene raccontata esplicitamente solo nei Vangeli[52] ed è praticamente assente dai racconti mitici, ciò che gioca un ruolo fondamentale nel moderno testo di persecuzione è la negazione della sacralizzazione della vittima; una negazione che può essere associata alla demistificazione del rito, fenomeno senz'altro caratteristico della modernità, dovuto all'esplicito riconoscimento della sua natura *simbolica*[53]. La natura simbolica di un'operazione 'immaginaria' e socialmente 'istituente' consiste nell'associazione di un 'significato' ad una 'cosa' attraverso un"immagine' creativa[54]; un'operazione che si nutre della duplice dimensione del *lègein* (catalogare, collocare, definire) e del *teuchèin* (operare 'in vista di')[55]. Nel caso specifico, la funzione 'salvifica' del linciaggio originario – il 'significato' – si lega, attraverso un'*immagine* artificialmente riprodotta – 'il rito' del capro espiatorio –, alla 'cosa' – vale a dire alla società in *crisi* (o alla società che, semplicemente, *teme* la crisi) – allo scopo di *ristabilire* (o anche semplicemente mantenere) l'ordine sociale. Rilevare la natura simbolica di tale associazione significa *disincarnare*, dopo averla riconosciuta e *desacralizzata*, l'immagine rituale del *capro espiatorio*.

Come è stato osservato, dal punto di vista storico, le pagine del *Mercante* si muovono certamente nel mezzo dello scisma eucaristico[56] e non può non colpire il riferimento alla carne e al sangue di Antonio, non versati in *sacrificio* ma, piuttosto, utilizzati da Porzia quale strumento di un trucco elaborato per mettere nell'angolo Shylock[57], vale a dire, desacralizzati e restituiti all'umano. Come vedremo, in forza del trucco di Porzia, il ruolo di *capro espiatorio* passerà

[52] *Ibid.*, 177-216.

[53] Già il rito dell'eucarestia, *sacrificio incruento*, si differenza dei rituali pagani, con ciò *esplicitando* il legame col linciaggio vittimario. Il *fatto* poi che l'eucarestia, coerentemente con la svolta voluta dalla *Riforma* rappresenti *simbolicamente* il corpo di Cristo ma non *sia* il corpo di Cristo (o che lo sia solo in ragione della fede con cui ad essa ci si accosta), non può che condurre progressivamente i fedeli alla consapevolezza di aver realizzato un'associazione *immaginaria* al mero scopo di ripetere (e dunque svelare) ciò che è affettivamente accaduto.

[54] Si veda, a proposito dell'immaginario simbolico, C. Castoriadis, *L'istituzione immaginaria della società (parte seconda)*, Torino, 1995, 259-264. Naturalmente non intendiamo suggerire alcuna identificazione del pensatore greco con le dottrine di Girard per il quale, lo si è visto, è fondamentale che l'*immaginario persecutorio* sia rivolto ad un referente *reale.* Tuttavia, l'operazione simbolica successiva al linciaggio si lascia spiegare dalla teoria di Castoriadis.

[55] *Ibid.*, 73-141.

[56] C. Lombardi, *Introduzione* a W. Shakespeare, *Il Mercante di Venezia*, Torino, 2014, XVI-XIX.

[57] Così Calimani: «Il *Mercante* non è, come vorrebbe chi si ostina a cercarne il principio unificante, un'allegoria che oppone Antico e Nuovo Testamento» (D. Calimani, *Introduzione*, cit., 35).

da Antonio a Shylock con ciò rendendo possibile, sotto le apparenti forme di un testo di persecuzione, l'*estrapolazione* critica del *tema* del linciaggio.

Nell'ottica di tale duplicità, intendiamo quindi mostrare come il *Mercante di Venezia* 1) contenga elementi mitici 2) risponda a tutti gli stereotipi del testo di persecuzione 3) sia disseminato di segni che rilevano il tema del capro espiatorio 4) possa essere riscritto in forma *reale* come *ogni* testo di persecuzione o racconto mitico 5) metta in scena il rapporto tra giustizia e sacrificio.

4. *'Segni' disseminati*

Il tema della libbra di carne è certamente un tema mitico. Innanzitutto, il nesso tra debito insoluto e *corpo* non viene dalla pura fantasia di Shakespeare. Secondo uno dei dettami delle 12 tavole, infatti, più creditori potevano sbranare il corpo del debitore insolvente in quante parti volessero, principio che si ritrova – più o meno modificato – nel Talmud[58]. Accanto a ciò, non può non stupire la totale assenza di dubbi circa la possibilità che il debito di sangue venga effettivamente saldato senza che ciò possa comportare la morte di Antonio. Nel corso della narrazione, la dinamica del 'pagamento' risulta completamente oscura e solamente alla fine – in modo ancora una volta *strumentale* – Porzia chiarisce che la penale dovrà essere versata senza che scorra il sangue di Antonio[59]. Ma anche gli altri stereotipi del testo di persecuzione sono presenti.

Innanzitutto, Shylock presenta tutti i tratti della selezione vittimaria: la sua figura è *mostruosamente* malvagia ed Egli eredita tale malvagità dalla sua gente, della quale condivide i perfidi tratti fisici e psicologici[60] ma, soprattutto, come nota Porzia al *termine* del processo – anch'Ella perfidamente – è uno straniero[61]; in secondo luogo, a Shylock viene imputato di progettare un crimine *mostruoso*, generatore di *indifferenziazione*, legato allo scambio tra denaro e carne umana, del quale poco si capisce come potrà venir messo in pratica e del quale, nel corso della storia, non si dubita *mai*; in terzo luogo, l'intera storia si svolge in un contesto in cui si teme la catastrofe: dai presagi di disastro al di-

[58] C. Lombardi, *Introduzione*, cit., VI-VII.

[59] W. Shakespeare, *Il Mercante di Venezia*, cit., [IV.I. 303-310] Così come certamente strumentali, in quanto tardivamente *realistiche*, sono la richiesta di Porzia a Shylock di rendersi disponibile ad un intervento 'medico' in seguito al pagamento della penale (*ibid.* [IV.I. 255-256]) e il riferimento al *peso esatto* (*ibid.*, [IV.I. 324-325]). Peraltro, solo a questo punto della commedia Shylock rivela che la libbra di carne dovrà essere presa «vicinissimo al cuore» (*ibid.* [IV.I. 251]). Certamente si tratta di rendere più evidente la *mostruosità* del contratto e, dunque, la natura 'mitica' di quest'ultimo.

[60] Il testo ne è talmente disseminato che è del tutto inutile portare dei riferimenti specifici.

[61] W. Shakespeare, *Il Mercante di Venezia*, cit., [IV.I. 355].

sastro reale – determinato dal naufragio delle navi di Antonio[62] – fino all'indifferenziazione e identificazione progressiva dei cristiani e degli ebrei nell'odio reciproco, passando attraverso l'amore di un cristiano per una giudea – amore realizzato con un trucco e foriero di un tradimento che è quasi un parricidio per ciò che determinerà[63] –, il tutto nella cornice del *carnevale* di Venezia, indice simbolico del sovvertimento dell'ordine stabilito[64]; da ultimo, è possibile ravvisare anche lo stereotipo della violenza collettiva: il processo finale, per come vede i presenti stringersi intorno all'ebreo, assume *effettivamente* le forme di un linciaggio – per quanto non mortale[65] –, tanta è la violenza dimostrata dai partecipanti[66], tanto l'odio dimostrato persino dal Doge che avrebbe dovuto rappresentare una figura imparziale: essi si vendicano e lo fanno in modo inquietantemente *unanime*[67]. Particolare non secondario, dal linciaggio dell'ebreo derivano il ripristino dell'ordine sociale e della pace; per certi versi, Shylock viene in qualche modo anche *santificato*, dal momento che è costretto a farsi cristiano[68].

Alcuni dei temi citati sono presenti sotto il velo dell'ironia, in un'apparente leggerezza. Tuttavia, a nostro giudizio, ciò che permette di considerare il *Mercante* un testo di persecuzione è la caratteristica relazione di elementi verosimili con elementi fantasiosi. Nel testo di persecuzione, come detto, ad essere reali sono la condizione della crisi e lo scioglimento violento della stessa; ad essere mitologici – cioè fantasiosi – sono i segni vittimari (o, spesso, il significato che ad essi si attribuisce) e le accuse che si imputano alla vittima. Soprattutto, il legame tra gli ultimi due elementi non è mai di causa-effetto ma decisamente *magico*[69]. Nello specifico, la storia *esige* che il contratto di sangue sia creduto per vero *proprio* perché a proporlo è l'ebreo usuraio, colui che, magicamente, sarebbe in grado di portare a termine la sua vendetta, in modi che, realistica-

[62] *Ibid.*, [II.V. 17]; [III.I. 1-20]; [III.I. 75-118].

[63] *Ibid.*, [II.III. 1-21]; [II.IV.1-39]; [II.VI. 1-58].

[64] *Ibid.*, [II. IV. 21-22]; [II.V.27-ss], passo in cui Shylock ordina alla figlia di sprangare porte e finestre.

[65] Invero, il nostro Shylock – e a ragione – non è d'accordo neanche con questo: «Ma prendetevi tutto con la mia vita, non risparmiatemi: vi prendete la mia casa e vi prendete il mio sostegno che regge la mia casa. Mi togliete la vita se mi togliete i mezzi per vivere» (W. Shakespeare, *Il Mercante di Venezia*, cit., [IV. I. 372-375]). Poi, la conversione *forzata* interviene a *mistificare* il linciaggio.

[66] «Fossi stato io il tuo giudice, ne avresti avuti una dozzina [di padrini] per portarti alla forca, anziché alla fonte» (*ibid.*, IV.I. 396-397]). Una delle tante espressioni violente di Graziano che, a nostro giudizio, *rappresenta* la folla.

[67] *Ibid.*, [IV.I.1-396].

[68] *Ibid.*, [IV.I. 384-385].

[69] R. Girard, *Il capro espiatorio*, cit., 50 ss.

mente, si fa fatica ad immaginare. Di più: meno verosimile risulta tale legame – meno verosimile il crimine imputato –, più verosimile diventa il racconto del *linciaggio*[70]. Ancora: tutta la storia sembra costruita allo scopo di porre l'ebreo in *debito* della sua colpa; davvero Bassanio ha bisogno di 3000 ducati[71]? Ma soprattutto, domandiamoci quanto pesi nella storia il disastro delle navi di Antonio – che, significativamente, è triste ed afflitto *sin* dal principio della commedia[72] – e proviamo a mettere tali elementi in relazione con la conclusione che vede Shylock privato di tutti i suoi beni e di sua figlia, in favore di Antonio e dei veneziani[73]. In questa prospettiva, il *Mercante* inscena la storia di una *vittima innocente*. Vediamo come può essere andata.

Verosimilmente, quando Antonio va da Shylock a chiedergli il prestito *potrebbe essere già a conoscenza* dei rischi che riguardano i suoi beni[74] e il finanziamento dell'impresa di Bassanio, un'impresa sostanzialmente commerciale, serve proprio a mettere al sicuro il Mercante dalle conseguenze di un possibile naufragio[75]. Alla richiesta del prestito, Shylock non domanda se non la restituzione del capitale con gli interessi, magari particolarmente alti. Quando i due siglano il contratto, le loro diversità sono evidenti: Shylock non vuole mangiare con i cristiani e pure Antonio sottolinea con forza le loro differenze[76]. A questo punto della commedia, Shakespeare inizia a mettere in scena l'odio, *reale* e *reciproco*, tra Shylock e i cristiani che, derivando da tali differenze, ne rivela la somiglianza e l'identità[77]. Il contratto tra *diversi* diventa dunque tra *identici-ne-*

[70] *Ibid.*, 69 ss.

[71] Come è stato segnalato, «Bassanio altro non ha bisogno se non di andare da Venezia a Belmont, e sembra difficile che questo gli costi tremila ducati». La realtà 'scenica' è che «Antonio *deve* prestare tremila ducati a Bassanio, dunque Bassanio *deve* aver bisogno di tremila ducati» (A. L. Zazo, *Da Venezia a Belmonte*, cit., X); questo affinché l'ebreo sia mostrato *colpevole* del disastro e *punito*. La realtà 'effettiva' è che l'impresa di Bassanio serve ad Antonio il quale, con i veneziani tutti, incolperà Shylock del fallimento, rifacendosi su di lui dei danni subiti.

[72] W. Shakespeare, *Il Mercante di Venezia*, cit., [I.I.1-7].

[73] *Ibid.,* [IV.I. 378-388]. La firma apposta dall'ebreo alla donazione *post-mortem* della sua metà di beni a Lorenzo altro non ratifica, rivelando la vera colpa dell'ebreo – essere ebreo! –, che la perdita di *tutto*. Sicché, la clemenza è peggiore della durezza. Anche la dilazione temporale concessa dal Doge a Shylock («Mandatemi l'atto, lo firmerò»), rimarca la violenza di una persecuzione («Va bene, ma vedi di firmarlo») che *non ha bisogno* della legge (*ibid.*, [IV.II. 392-395]).

[74] A nostro giudizio, il dialogo iniziale tra Antonio e gli amici (*ibid.*, [I.I. 45]), pur raccontando della 'tranquillità' di Antonio, può essere passibile di tale interpretazione. In ogni caso, il fatto che il tema del rischio sia sollevato basta alla nostra interpretazione.

[75] Il che spiega la cifra di tremila ducati, altrimenti incomprensibile.

[76] *Ibid.*, [I.III. 30-36; 58-61; 127-134].

[77] *Ibid.*, [I.III.103-134]. L'apice testuale di tale processo di *indifferenziazione* è rappresentato dalle famose parole di Shylock: «Non ha occhi un ebreo? Non ha mani un ebreo? Non ha organi, corpo, sensi, sentimenti, passioni? Non è sfamato dallo stesso cibo, non è ferito dalle stesse armi, soggetto alle stesse malattie, guarito dagli stessi rimedi, riscaldato e gelato dallo

mici e si sostanzia in un motivo mitico: la *libbra di carne*, a sua volta riallacciata agli stereotipi della persecuzione. Fin quando non si rivela la verità dell'odio e la paura della violenza indifferenziata, il tema mitico non mostra la sua *potenza*. Quando ad Antonio diventa chiaro di non poter ripagare il debito contratto con l'ebreo, l'immaginario persecutorio si intensifica: Shylock ormai è un vero e proprio mostro *perché* i cristiani stanno assistendo alla loro catastrofe. In tale contesto, l'invito a cena dell'ebreo è senz'altro un trucco ma il presunto amore tra Jessica e Lorenzo e la loro fuga, con ogni verosimiglianza logica, ci parla di un rapimento e, perché no, di uno *stupro* (crimine indifferenziato). Sogni di *catastrofe* e catastrofi reale si mescolano nel testo: l'ebreo è sempre più indicato come responsabile di tutto; persino il rapimento della figlia, al di là di ogni logica, è presentato come il frutto di una sua colpa[78]: a lui il compito di espellere l'identità indifferenziata della violenza.

Inizia quindi il processo, e qui Shakespeare da prova della sua genialità. Antonio è presentato come *finta* vittima sacrificale in modo esplicito[79]. In questo scenario, che è evidentemente parte di una costruzione *mitologica* e *fantasiosa*, la città di Venezia è in preda alla vendetta. Ma non a quella di Shylock, il quale verosimilmente è ricorso in tribunale per recuperare i suoi diritti di padre e per riscuotere il suo credito, bensì quella dei cristiani, che imputano all'ebreo la loro condizione di crisi. Quando arriva Porzia, i ruoli si invertono: l'indifferenziazione («Chi è il mercante qui? E chi l'ebreo?»)[80] permette un gioco di prestigio: l'ebreo diventa l'accusato ed Antonio, con tutti i cristiani, si presenta come l'accusatore; al termine del processo, l'ebreo viene *giustamente* condannato e i veneziani ottengono giustizia. La sentenza che condanna l'ebreo a morte, poi *alleggerita* attraverso l'obbligo alla conversione, rivela ciò che è realmente accaduto: i cristiani si sono impadroniti dei beni dell'ebreo e di sua figlia, rendendolo un apolide privo di patria, ad un tempo *espulso* dalla città di Venezia ed *inglobato* in essa[81].

stesso inverno e dalla stessa estate, proprio come un cristiano? Se ci pungete, non sanguiniamo? Se ci fate il solletico, non ridiamo? Se ci avvelenate, non moriamo? E se ci fate un torto, non ci dobbiamo vendicare? Se siamo uguali a voi in tutto il resto, vi somiglieremo anche in questo» (*ibid.*, [III.I. 52-60]).

[78] *Ibid.*, [II.VII. 12-24].

[79] «Io sono un impuro castrato del gregge, il più adatto a morire; il frutto più fragile cade a terra per primo» (*ibid.*, [IV. I. 114-115]).

[80] W. Shakespeare, *Il Mercante di Venezia*, cit., [IV. I, 171].

[81] Calimani osserva: «La società annulla l'estraneo inglobandolo e liberatasi di lui, ristabilito l'ordine scompigliato, può finalmente smettere di confrontarsi con le proprie contraddizioni […]. Con Shylock divenuto cristiano, il mondo gentile incorpora la malvagità» (D. Calimani, *Introduzione*, cit., 30). Considerazione senz'altro acuta, quella di Calimani, ma a nostro giudizio ancora incompleta. Il destino dell'ebreo, infatti, non è semplicemente quello di essere inglobato

Attraverso il passaggio dalla falsa alla vera vittima, Shakespeare mette in scena un testo di persecuzione riuscendo nell'intento di dissolvere i motivi mitici che quest'ultimo porta con sé. Vale a dire, si trasforma in *critico* del testo di persecuzione. Un'operazione possibile perché il drammaturgo inglese ha inscenato il nesso tra giustizia, legge e sacrificio.

5. *Conclusioni: Legge, sacrificio e giustizia*

Nel corso del processo, i protagonisti fanno spesso riferimento alle leggi di Venezia che imporrebbero – invero a dire di tutti – il rigoroso rispetto del contratto siglato da Antonio e Shylock. Soprattutto l'ebreo si richiama a tale rigore allo scopo esplicito di avere la sua *vendetta*: di fronte a tale inflessibilità i cristiani possono solo chiedere clemenza e pietà, null'altro[82]. Tuttavia, grazie all'inganno di Porzia, i rapporti di forza si invertono e la legge di Venezia *diventa* strumento speculare della vendetta dei veneziani i quali, lo si è detto, *mimano* ipocritamente un gesto di pietà.

A nostro giudizio, è del tutto evidente come tale pretesa inflessibilità non appartenga alle leggi della città lagunare e ai suoi decreti, dal momento che è stato decisamente facile aggirarne i termini. Tutti tranne uno che rimane costante ed immutato: la vendetta. Sicché Shakespeare ci sta parlando della Legge della *vendetta*, una legge tanto più inflessibile in quanto non scritta e legata, come osserva Girard, al sistema di rappresaglie cui va inevitabilmente incontro la 'città' nei momenti di *crisi mimetica*. Di fronte a tale crisi, secondo Girard, le comunità umane primitive hanno risposto col linciaggio pacificatore, poi sostituito dal sacrificio rituale, prima affiancato e poi superato, nelle civiltà dotate di un sistema giudiziario, da quest'ultimo inteso quale legge universale della vendetta pubblica. Non c'è invero, dal punto di vista antropologico, alcuna differenza di principio tra vendetta e giustizia, se non che quest'ultima si esercita nel nome di una comunità *unanime* per impedire che il sistema delle

perché estraneo ma, piuttosto, quello di essere ad un tempo *espulso* ed *inglobato* perché *troppo poco differenziato*, vale a dire, *troppo simile ai cristiani stessi.* Come osserva Girard, «non è mai la loro differenza specifica ad essere rimproverata alle minoranze religiose, etniche, nazionali; ciò che si rimprovera loro è di non differenziarsi nel modo giusto, al limite di non differenziarsi affatto», dal momento che «la differenza esterna al sistema è terrificante, poiché fa intravedere la *verità* del sistema, la sua relatività e fragilità» (R. Girard, *Il capro espiatorio*, cit., 44). Ciò che i veneziani temono nell'ebreo è proprio l'identità indifferenziata dell'odio perché sentono di appartenervi intimamente. Sicché, in questo caso, «non è l'altro *nomos* che si vede nell'altro, […] ma l'anormalità: […] lo straniero diventa *apolide*» (*ibid.*) *affinché l'estraneo non rappresenti l'identico*. Non è forse questo il destino di Shylock al termine dell'opera?

[82] W. Shakespeare, *Il Mercante di Venezia*, cit., [IV.I. 20 ss; 35 ss; 50 ss; 180 ss; 216 ss; 229 ss].

vendette private ne determini la distruzione[83]. Tuttavia, il *ponte* tra vendetta e giustizia è rappresentato dal sacrificio e, dunque, dal linciaggio originario, anch'esso significativamente *unanime*[84]. Il *vettore* della giustizia, dunque, prende le mosse dalla vendetta e, attraversando il sacrificio – reale e rituale –, giunge al sistema giudiziario[85].

A nostro giudizio, Shakespeare ripercorre tale *cammino*. La legge è primariamente rappresentata dalla giustizia di Venezia, sotto le cui spoglie si nasconde tuttavia l'inflessibilità della legge della vendetta. Ancora più a fondo, però, emerge la legge del sacrificio che, nella rappresentazione del *linciaggio* dell'ebreo, permette la conclusione della crisi mimetica e, dunque, il ripristino della 'giustizia' nella città lagunare. Nel percorso, e significativamente, manca un esplicito riferimento al rituale che, come detto, è presente in forma ironica e secolarizzata, smitizzato nel passaggio dalla *finta* alla *vera* vittima. Un dettaglio di una certa rilevanza, dal momento che, proprio tale *spostamento* permette all'autore di rivelare al suo pubblico la struttura di un testo di persecuzione.

[83] R. Girard, *La violenza e il sacro*, cit., 32; 34-36.
[84] *Ibid.*, 35.
[85] *Ibid.*, 42.

Salvatore Marino[*]

IUSTITIA. CONSTANS ET PERPETUA VOLUNTAS. BREVE DRAMMA IN TRE ATTI

SOMMARIO: 1. *Confessor*. – 2. *Actor*. – 3. *Memor*. – 4. Retroscena.

1. Confessor

Dramatis personae:

M. Aurelius Antoninus CARACALLA	*Augustus*	C.
Aemilius PAPINIANUS	*Praefectus Praetorio*	P.

Roma, luogo ignoto, 213 d.C.

(Voce fuori campo)

A pochi giorni dall'uccisione del fratello e correggente Geta, l'arguto ma spietato imperatore Antonino Caracalla convoca il Prefetto del Pretorio Emilio Papiniano.

Il principe, vestito di bianco, in testa il Diadema, siede sul suo scranno, in una stanza spoglia e quasi buia, attendendo il famoso giurista. Lo sguardo freddo del despota tradisce un attimo d'incertezza all'arrivo dell'esile funzionario, semplicemente vestito, eppure di modi eleganti e decisi.

C.: Salute a Te, Papiniano.
P.: Salute a Voi, Cesare, Felice Augusto.
C.: Il tuo servigio reso all'amministrazione è noto, e le lodi con cui può essere descritto sono superflue.
P: Ringrazio per queste parole.
C.: Ma è il tuo impegno di giurista che qui occorre. Che a me occorre.
P.: Il giurista esiste proprio per aiutare a dare ad ogni cosa il suo nome, così che li uomini comprendano come agiscono e come agire.
C.: No, Papiniano. Non è esatto. Ciò tocca alla somma sapienza, alla filosofia magari. No, Papiniano. Dare il loro nome alle cose non è ciò che qui urge. Il diritto serve, invece, per risolvere i contrasti tra le cose umane, i cui nomi spesso hanno causato.
P.: Nomi, appunto, non secondo diritto sistemati.

[*] Professore associato di Diritto romano al Dipartimento di Studi Umanistici dell'Università di Napoli Federico II, *salvatore.marino@unina.it*.

C.: (*Incupito, dopo un attimo di silenzio*) Credi tu, dunque, che la tua sia la scienza somma?

P.: (*Prima esitando, poi deciso*) No, mio Imperatore. Che quello spetti alla scienza che svela l'essenza delle cose. Essa è però per questo proprio incapace di parlare a tutti gli uomini. La scienza del diritto è invece spiegazione dell'ordine delle cose. Essa svela l'armonia delle cose umane.

C.: Essa fornisce, cioè, una interpretazione dell'agire umano?

P.: Non una, Cesare, *la* interpretazione dell'azione umana. Questo è il diritto. È lo specchio degli uomini che, non essendo Dei, ma non escludendo di poterlo diventare, vogliono comportarsi come se lo fossero.

C.: Il tuo parlare è oscuro.

P.: Vero, o Cesare. Ma è la durezza dell'argomento che lo richiede. Gli uomini si riconoscono mortali, ed è in questo loro riconoscersi nel mondo che si accettano reciprocamente, ponendo le leggi. La ricerca della propria origine li deve certo occupare, ma per prima cosa devono agire.

C.: Certo. Noi agiamo in ogni momento della nostra vita, né passa attimo in cui non si agisca. Ma se il compito della tua scienza è l'agire, allora cosa distingue te da me?

P.: Agire, significa, mio Cesare, agire secondo diritto.

C.: Io stesso non agisco, dunque, se non secondo diritto? (*Lungo attimo di silenzio*). Su questa strada ci si può intendere, Papiniano! Eppure, non credo di aver compreso nel profondo le tue parole.

P.: Non tutto ciò che può essere compreso necessita di spiegazione.

C.: Già. Prima, però, dicesti che la tua scienza parla a tutti gli uomini. Che non è opera di chi si considera dio, ma di coloro che agli Dei pur si pongono pari. Se è la scienza di questi simili agli Dei a parlare, e questa è la tua scienza, sei tu che parli?

P.: È lei che parla, non io. Io non son altro che un suo interprete, così come sono vostro funzionario.

C.: Per cui?

P.: Per cui a me tocca interrogarla. Ma se essa già non parla agli uomini, agli uomini non serve. Questo appunto la differenzia dalla filosofia.

C.: Cioè, che questa serve sempre e il diritto non sempre?

P.: Che quella è vera in sé e perciò sempre. Che il diritto è vero nelle cose umane e solo in quelle.

C.: Solamente se ce n'è dunque consapevolezza e applicazione.

P.: Per l'appunto.

C.: Non sono dunque nel campo del diritto se penso di non esserci? Ma ben ci posso essere, invece, e nel giusto per di più, anche se ciò che non considero è la filosofia?

P.: Perdonatemi, ma il parlare oscuro ora è il vostro.
C.: Non cerco il vero. La tua scienza ora non ti parla?
P.: Parla. Certo.
C.: Pensi che io non l'abbia ascoltata?
P.: Lungi da me. Non potete esprimere, tuttavia, un giusto ordine delle cose, se asserite di non voler considerarne la sostanza, ma al tempo stesso rispettarne i rapporti.
C.: Te lo ripeto, Papiniano. Non cerco il vero. Cerco la correzione.
P.: Vi rispondo in altro modo. Avete mai veduto un uomo comportarsi da tale senza saperlo? Si dice che la nostra scienza è oscura: ma servono gli occhi per osservare la natura dell'agire umano, e descrivere il diritto.
C.: (*leggermente adirato per la mancanza di rispetto*) Papiniano!
P.: Non voglio ledere la Vostra maestà. Voi mi avete interrogato, ed io rispondo da giurista. Perché altrimenti?
C.: Io sono la fonte dell'autorità. La tua carica ed il tuo ruolo esistono perché io li ho voluti. Io, primo del Popolo e del Senato romano.
P.: Vero, Cesare, ma perché me lo ricordate?
C.: Perché domando se la tua scienza possa contraddire la fonte, l'origine del potere.
P.: Il contrario semmai: che sarebbe il potere senza il diritto? Il potere senza la giustizia?
C.: L'autorità stessa potrebbe essere la vera giustizia, il diritto un'emanazione del potere. Il potere la vera giustizia.
P.: Ciò contraddirebbe il diritto stesso. Non c'è spazio per una simile teoria. Semmai la giustizia è il potere. La volontà da sola non è sufficiente, occorre che le cose siano date agli uomini secondo il loro posto.
C.: E la divinità? Può il diritto andare contro il volere degli Dei?
P.: Mio sommo Imperatore, siete sicuro di volere il mio impegno di giurista? Antichi filosofi hanno discusso tali questioni. Io posso dirvi che l'antico diritto dei Quiriti non era il diritto degli Dei, ma i due separati campi, in cui essi tuttora operano nelle nuove forme, non si contraddicono, regolano e costituiscono anzi il mondo in cui ci troviamo. Che tutto questo possa andare contro il volere di un Dio, è materia dei poeti tragici.
C.: Chi è dunque il Dio, Papiniano? Dobbiamo forse credere che tutto esista solo per caso e che casualmente seguiti a durare?
P.: Una fede astratta non persuade chi è uso a dedurre da cose concrete. È forse il mondo intorno a noi, lì al di fuori, governato dal caos?
C.: Non lo credo.
P.: Ed è per caso che esso esiste nel modo in cui lo vediamo?
C.: Non credo neppure questo.

P.: Siete d'accordo con me, dunque, mi sembra: il mondo, per prima cosa, esiste. Perché riporre il fondamento della sua esistenza altrove?
C.: Perché altrimenti non lo spieghi affatto: che esso esista, lo presuppongo anch'io. Ma per spiegarlo, occorre individuarne l'origine e il fondamento.
P.: E se non fossimo in grado di rintracciarne né l'origine né il fondamento?
C.: Non ci sarebbe il mondo.
P.: (*colpito dalla riposta*) E se, invece, origine e fondamento non fossero spiegabili con parole comprensibili agli uomini?
C.: Non conosceremmo il mondo, il che equivarrebbe a dire, nella nostra lingua, che non lo riconosceremmo. Lo chiameremmo altrimenti e, in definitiva, come tale non esisterebbe.
P.: (*riflettendo*) Ma così facendo, se non si confida nel discorso esatto, non si arriva forse a costruire un artefatto?
C.: Non credi nella ragione, Papiniano?
P.: Secondo diritto sistemata! O è quella il Dio di cui prima dicevate?
(*Lungo momento di silenzio*)
C.: Abbiamo parlato anche troppo, Papiniano. Ciò che voglio da te è la tua conoscenza e le tue capacità di giurista: per giustificare la morte di mio fratello. Di più non chiedo. È umano, non divino.
P.: (*Lungo momento di silenzio, quasi esitando*) Cesare, giustificare un omicidio non è facile come commetterlo.
C.: (*Lungo momento di silenzio*) Non mi aspettavo una risposta così decisa. Temevo, tuttavia, che ti saresti espresso in modo simile. (*pausa*) Ma cosa vorresti dire con questo, Papiniano? Che ho trovato facile ucciderlo? È falso, e lo sai bene. Ed è proprio questo comportamento che da te mi aspetto e desidero: non è facile, eppure vero. Lo farai!
P.: Cesare… (*lungo momento di silenzio*) no! Non potrei riuscirci: non è questo il mio compito. La mia scienza non ha qui nulla da dire. Di fronte a chi uccide, credendo che il diritto giustifichi, quando invece condanna, non c'è nessuna risposta possibile.
C.: (*sinceramente amareggiato*) Nessuna, che non sia la morte. (*breve pausa*) La morte chiama altra morte, e ha bisogno del diritto per non uccidere ancora. Ma se il diritto non ferma la morte, chi credi che ne potrà aver ragione? (*pausa*) Mi dispiace, Papiniano.

(Voce fuori campo)

Il soldato che aspettava nella sala vicina, non attendendo che un cenno dell'imperatore, si avvicina al giurista, il cui sguardo tradisce la paura, ma soprattutto la delusione. Senza dir nulla, voltando le spalle all'Imperatore, ritrovata alfine la sicurezza, Papiniano segue il carnefice che lo porta via.

L'imperatore non guarda la scena, ma rimane immobile, a fissare la luce che penetra dalla finestra in alto. Il suo sguardo tradisce tristezza e rassegnazione, ma anche la paura di aver perso ogni certezza. Il diritto, cioè, cui aveva rinunciato.

(cala il sipario)

2. Actor

Dramatis personae

Alexander Severus	*Augustus*	A.
Domitius Ulpianus	*Praefectus Praetorio*	U.
Marcus Aurelius Epagathus	*Praetorianus*	E.

Roma, Palazzo imperiale, 228[1] d.C.

(Voce fuori campo)

Il prefetto Domizio Ulpiano, per aver inflitto la pena capitale a due suoi predecessori da lui giudicati colpevoli di cospirazione, è vittima della ribellione del corpo dei pretoriani, che si vogliono vendicare di lui.

I ribelli, guidati da Epagato, già liberto del divo Caracalla, hanno assaltato il palazzo imperiale, dove Ulpiano si era rifugiato dopo aver vanamente cercato di sobillare la popolazione perché si opponesse con le armi ai soldati. Ma il palazzo è stato espugnato e il popolo si è ritirato.

Solo poche stanze separano i pretoriani dall'odiato prefetto e dal giovane Alessandro, imperatore, amico del giurista e suo protettore.

U.: (*Guarda dalla finestra*) La popolazione è fuggita. (*Si ritrae dalla finestra*) Anche a fronte all'ingiusto, trema l'uomo davanti al pericolo e sceglie la parte del più forte.

A.: (*Preoccupato*) Il male è dappertutto. Gli stessi Dei lo permettono. (*pausa*) Non basta essere attore di giustizia perché essa trionfi.

U.: (*Fissa l'imperatore, quindi riabbassa lo sguardo*). Vero. Gli Dei, tuttavia, sanno quello che fanno, quando permettono il male. A me e a Voi, invece, questo non è concesso (*guarda verso fuori*). Ma neanche a loro! Tra poco sono qui.

(*Entra Epagato seguito da altri due pretoriani*)

[1] Ovvero, più probabilmente, 223 d.C. Cfr. T. Honoré, *Ulpian. Pioneer of Human rights*, Oxford 2002, 30-36; R. Bauman, *The Death of Ulpian, the Irresistible Force and the Immovable Object*, in *ZSS.* 112, 1995, 385-399; nonché S. Faro, *Sull'anno della morte di Ulpiano*, in *Index* 30, 2002, 252-287; *contra* A. Guarino, *La data della morte di Ulpiano*, in *Pagine di diritto romano* V, Napoli 1994, 431-433.

A.: Per gli Dei! Fermi!
E.: (*ad Ulpiano, con veemenza*) Ignobile despota. Finalmente la tua falsa legge e vera tirannide avrà fine.
U.: (*Con voce ferma*) Falsa osi chiamare la legge che ho solo applicata! Tirannide hai il coraggio di chiamare il giusto potere che non ho simulato!
E.: (*Pieno d'ira*) Questo puoi raccontarlo ai tuoi amici, che però non sono qui ad ascoltarti. O al popolo, che fino all'ultimo hai tentato di sobillare. O alla maestà dell'imperatore che, incerto su cosa fare, attende una risposta dagli Dei che invece, per dignità, tacciono! (*Pausa. Riprende con altrettanta veemenza*) Ma non certo taccio io, né esito, prima che tu possa nuocere all'ordine ancora!
A.: (*Concitato*) Ordine? Epagato, fermati! Come può l'ordine prescindere dal volere degli Dei? Fermati, per l'Olimpo, per Mitra, per le Divinità che ti sono più care e che ti hanno guidato nella tua vita di soldato. Pace!
E.: (*con feroce sguardo su Ulpiano*) Cesare, Voi parlate di pace. Ma ben sapete cosa è la pace nell'agire di quest'uomo: guerra! Ed è per diritto di guerra che ricaccerò questo demonio nel mondo degli spiriti.
U.: (*Con veemenza e sicurezza*) La pace è un potere giusto. È normale che tu non capisca cos'è. Non sai cosa è la giustizia, e osi giudicare me!
E.: Giustizia sarebbe eliminare i tuoi nemici alla guida del corpo da cui dipende la difesa dell'impero? Tu vieni a raccontarmi che questo è giusto?
U.: (*Con sarcasmo*) Assurdo, che un prefetto faccia giustizia? Preferisci credere che essa consista nel vendicare chi difende l'impero cospirando.
E.: (*Accecato dall'ira*) Ormai non ti resta più da vivere.
A.: Per Giove, per Marna! Fermati! Per gli Dei, ti scongiuro!
U.: (*Con amarezza*) Nobile Cesare, contro canaglia come questa non sono gli Dei che ci tutelano: la nostra legge sola li può fare tacere. Invocatela! Usate tutta la vostra Autorità!
A.: (*Sfiduciato*) Certo. Lo farò. Vedi bene, però, cosa può la mia autorità quando non è sorretta da un intendimento di pace. (*Pausa*) Per attuare ciò che si sa giusto, è necessario disporsi alla discussione, dialogare con gli innumerevoli volti di questo mondo. Altrimenti tutto è vano.
U.: (*Evita un colpo*) Ma occorre saper interrompere la discussione, perché non si trasformi in menzogna. Distinguendo l'equo dall'iniquo!
E.: (*Sarcastico*) Stai tranquillo. Non ho certo intenzione di discutere con te dell'iniquità che hai operato!
U.: (*Evita un secondo colpo*) Già. Vi siete certo chiesti perché, invece di fermare la vostra licenza, non avessi limitato la mia curiosa esistenza a discorrere di filosofia nel silenzio della Biblioteca, consigliando gli Imperatori nel buio delle sale. (*Con voce caricaturale*) «Perché viene a disturbare qui? È certa-

mente al servizio di un qualche nemico! O forse semplicemente invidioso di potere». (*pausa*) È proprio dell'empio credere che al mondo vi sia solo empietà. Del facinoroso credere che vi sia solo corruzione.

E.: (*Adirato*) Eccolo ancora che si atteggia a filosofo! Eccolo a pontificare come se fosse un sacerdote! (*ferisce gravemente Ulpiano*)

U.: (*Con voce flebile*) Già… e tu invece?

E.: (*Lo colpisce in petto*) Basta! Lascia questo mondo!

(*Ulpiano muore sul colpo*).

A.: (*Sconvolto*) Cosa avete fatto! (*con riacquistata compostezza*) Che gli Dei lo accolgano tra loro.

E.: (*Con voce ferma*) Cosa guardate, nostro Imperatore? La folla è domata, la ribellione è finita. Un impostore è stato ucciso.

(Voce fuori campo)

Alessandro ed Epagato restano immobili a contemplare il cadavere di Ulpiano. L'uno con religiosa pietà, l'altro con l'animo di chi si è liberato di un fastidioso peso. Intanto i servi cominciano a cancellare i segni della lotta, e portano via il corpo.

(cala il sipario)

3. Memor

Dramatis personae.

Quintus Aurelius Symmachus	*Senator*	S.
Valerius Albinus	*Scholarius*	V.
Aurelius Ambrosius	*Archiepiscopus*	A.

Roma, Curia Iulia, 382 d.C.

(Voce fuori campo)

Incurante dell'opposizione e delle proteste dei membri pagani del Senato di Roma, l'imperatore cristiano Graziano ordina di rimuovere definitivamente dalla Curia l'altare dedicato alla Dea Vittoria, fatto istallare dal Divo Augusto 411 anni prima, a celebrazione della vittoria di Azio e simbolo dell'eterno favore degli Dei all'Urbe.

Quinto Aurelio Simmaco, alla guida della delegazione dei senatori pagani, tenta vanamente di impedirlo. All'imperatore neanche giungono le sue parole: l'influente Arcivescovo di Milano Ambrogio ha deciso di isolare definitivamente la comunità pagana, e il nobile retore viene bandito dalla città.

Prima di partire, Simmaco si reca un'ultima volta davanti all'altare, per pregarvi e implorare pietà alla Dea. Nel mentre, entra l'ufficiale incaricato della rimozione. Simmaco si accorge di conoscerlo.

S.: (*Allontanandosi dall'altare, con lenta solennità rivolgendosi al centurione che prende le misure del luogo*) Valerio. Duque sei tu colui che è stato incaricato di questa rovina, di questo scempio?

V.: (con *sorpresa e gentile deferenza*) Nobile Simmaco! Sono felice di rivedervi. Ma, già, avrei ben dovuto pensare che foste qui… (*pausa, in tono di rispettosa familiarità*) … questo è il Vostro posto, in fondo, non è vero?

S.: (*Mestamente*) Beh, il mio posto… Chi avrebbe mai pensato che gli Dei avrebbero riservato proprio a me e alla mia generazione il destino di assistere alla distruzione di quanto finora costruito, alla rimozione del Sacro da un impero costruito con il favore degli Dei. Chissà cosa significa. Forse una prova, o forse, solamente, che gli Dei non ci favoriscono più.

V.: Né l'uno nell'altro mio signore! È solo il segno del tempo, ecco. Sono passati più di quattrocento anni da quando questa pietra è stata poggiata qui. Da allora, tanto è cambiato. L'imperatore stesso non è neanche più a Roma.

S.: Tu, piuttosto. Mi ricordo benissimo di te. Quando frequentavi la casa di Pretestato, (*tra sé, con tono di nostalgia*) … al tempo in cui ancora si rendeva giustizia agli Dei, che da allora ne lodano il nome[2]. Spero tu sia ancora amico di suo nipote Vittorio (*tra sé*) … pensare che fu chiamato così proprio per la Dea, qui presente (*smorfia di rassegnazione*). Tu, piuttosto: mi ricordo come partecipassi solerte ai sacrifici. Ricordo anche la tua curiosità quando ti narravo degli aruspici etruschi – chissà se ce ne sono ancora – o quando ti svelavano come leggere le viscere degli uccelli che venivano sacrificati. È così, vero?

V.: Vedo che vi ricordate bene di me, nobile senatore. Sì, ho passato giorni felici a casa del nobile Pretestato, e i giochi con suo nipote ancora non hanno uguali nell'affetto nella mia memoria. Sono anni che non vedo Vittorio, da che sono partito per prestare servizio nelle legioni. Conto di ricercarlo, ora che sono tornato a Roma.

S.: Lo troverai, certo, dove era. Non volle intraprendere carriera civile o militare, per non scontrarsi con le solite avversità. O, almeno, così credeva. Qualche tempo fa lo convinsi a prendere moglie, ed io stesso ne celebrai il

[2] Vettio Agorio Pretestato, probabilmente di una generazione più vecchio di Simmaco, e di lì a poco, nel 384, consumato da un antico male (cfr. Symm. *rel.* 10-12), restaurò il portico dei *Dii Consentes* nel 367 (CIL 6, 102 = ILS 4003).

matrimonio. Poi con la moglie sono sorte le solite difficoltà, ed ora se ne sta pentendo (*sorride sarcastico*).

V.: Difficoltà? Mi dispiace.

S.: Eh, tu non le avresti. Si vede da come sei vestito. Da come guardi quell'altare: con *paura*. Vedi, sua moglie si è fatta cristiana, e vuole già battezzare il figlio che hanno avuto (*tra sé, con malcelato disprezzo*) … neanche aspettare può, come fanno tutti, superstiziosa (*pausa*). Scommetto che tu ti sei convertito per un motivo simile.

V.: Siete ingiusto, senatore. È vero, nell'esercito, ormai i Romani sono tutti cristiani. O, almeno, c'è una parte della truppa che ancora venera il Sole di Mitra. Ma di fedeli, certo, alle antiche divinità patrie non ce ne sono più…

S.: Lo so, lo so…

V.: … ma sbagliate se credete che mi sia convertito per convenienza o facilità di vita. Certo, immagino che sembrerò sciocco a pensare di essere il primo a parlarvi di Cristo, eppure, capite: i nostri peccati… se li è assunti Lui, sulle sue spalle!

S.: Fermati, che so dove vuoi arrivare. Anche il Sole ogni giorno, sorgendo, si carica le nostre colpe. Mi chiedo piuttosto chi si caricherà la colpa di questo gesto qui (*indica l'altare*).

V.: Capisco la tristezza del vostro cuore. Anche per me, che pure sono cristiano ormai da tanti anni, non è facile. Non è facile, e mi dispiace che sia io proprio ad aver ricevuto quest'ordine.

S.: Eh! Consolati, pensa che passerai alla storia, nelle cronache cristiane, come il restauratore dell'unico vero Culto, il distruttore degli idoli. Come dice la vostra Scrittura? «Distruggerò la sapienza dei sapienti» (*tra sé, con smorfia di ironia*) … appunto. È Paolo, no? o Mosè? Sai, li confondo.

V.: No, è Paolo, è Paolo. Dalla Prima lettera ai Corinzi.

S.: Ben mi ricordavo. Sai che era cittadino romano, vero? E che si appellò a Cesare. E fu condannato. Mi chiedo cosa ne penserebbe adesso. Chissà se anche per lui ciò che rappresenta questo Altare non avrebbe avuto altro senso (*breve pausa, mentre sorride sarcastico*), se non quello di aver permesso a uomini come lui il ricorso alla giustizia.

V.: Ma cosa dite? Vedete…

(*Nel mentre entra Ambrogio, seguito da un segretario*)

A.: Vuoi smetterla di tormentare l'animo di questo giovane, insinuandogli i soliti dubbi?

S.: Tu qui! Sei venuto a goderti gli ultimi rantoli di un'antica Dea?

A.: (*Ironico*) Muoiono dunque gli dèi, allora? Ciò che diviene è forse mai esistito? Sei sulla buona strada, dunque!
S.: Smetti di ragionare come un sofista. Sai perfettamente come stanno le cose, e c'è tutt'altro che da stare allegri. Con la vostra sciagurata condotta avete permesso che l'Imperatore si lasciasse lusingare dai fanatismi delle vedove che lo consigliano.
A.: (*Sarcastico*) E dai miei.
S.: Dai tuoi… Si, ma i tuoi non sono fanatismi. I tuoi sono i vaneggiamenti di un cieco. Di un religioso uomo di Stato che non sa cosa sta facendo.
A.: Nobile Aurelio, lo sappiamo. Se siamo giunti a questo punto, è perché i tempi sono maturi. Non c'è nulla di improvvisato o di fanatico. Capisco le tradizioni cui il Senato è legato, ma il Senato deve capire.
S.: Capire? Il Senato capisce benissimo la vostra ossessione: percorrere ostinatamente un'unica via, che peraltro non porta da nessuna parte. Quando però era il Senato a indicarvi una via, anche lei segno di tempi nuovi eppure nota da secoli a tutti, all'epoca del divo Giuliano, non ragionavate così voi!
A.: Giuliano! Dio abbia pietà della sua anima. Con simili uomini vi misurate! Uomini che nascondevano il loro vero volto ai loro stessi parenti…
S.: Non aggiungere l'infamia alla già triste sorte patita da chi ora siede a fianco alle Divinità olimpie. Che tuttavia…
A.: (*sarcastico*) Che tuttavia, come sempre, tacciono.
S.: (*altrettanto sarcastico*) Il vostro Dio parla sempre, invece. E vi rivela sempre cosa fare, a quanto vedo. Si è pronunciato Lui espressamente per questa barbarie?
A.: No, non si è pronunciato Lui. Si è pronunciata la ragione umana, illuminata da Dio e fortificata dalle preghiere.
S.: Ah, la *ragione*! (*Con tono stizzito ma sarcastico*) E questa ragione davvero mi sembra ben indirizzata, se si dirige contro tutto ciò che finora l'ha favorita! (*pausa*) Che almeno mi si faccia parlare con l'Imperatore!
A.: Aurelio, possibile che non capisci? Cosa vuoi che dica l'Imperatore?
S.: Siete voi che non volete capire (*breve pausa*) o piuttosto fingete. L'imperatore è Roma. E l'eterna Roma è *qui* (*indica l'altare*). Desidero che egli si accorga di ciò che sta facendo, che dia e lasci ogni cosa al suo proprio posto, e che non voglia porre come vero ciò che non lo è stato!
A.: 'Non porre come vero ciò che non lo è stato', dici. Ma cosa è mai stato? Cosa porre, allora, come vero? Vera è la Giustizia, vera è la Fede.
S.: La Fede è la fiducia che voi avete nel vostro Dio, Fede è però anche la fiducia che *tutti* noi, voi compresi, abbiamo in Roma. Ma Roma non nasce oggi!
A.: Ma neanche muore oggi, né muore con voi. Ti sembra?

S.: (*Stizzito, ma colpito nel ragionamento*) Dovremmo allora pregare perché questo non avvenga! (*Si gira, poi tra sé*) Mi chiedo solo dove, ora!
A.: (*Lo guarda perplesso, ma tira un sospiro di sollievo quando lo vede allontanarsi*) Un uomo intelligente. Dio saprà illuminarlo (*esce di scena*).

(Voce fuori campo)

Vittorio, che aveva ascoltato il dialogo nella sua interezza, prima di dirigere le operazioni, si segnò [segno della croce orientale e con due dita], quindi chiamò i soldati incaricati di rimuovere l'Altare.

L'operazione fu per lui più difficile del previsto: ogni pezzo dell'Altare che veniva rimosso era come un pezzo del suo proprio passato che veniva portato via. Invece di provare giovamento, dopo ogni colpo si trovava a pregare che l'operazione finisse presto.

Alla fine, si segnò nuovamente e con maggior fervore. Non aveva avuto, in fondo, una reale alternativa. Quando l'altare fu completamente rimosso, si sentì sollevato. Ma era triste.

Un pezzo del basamento, tuttavia, sembra sia stato lasciato.

(Cala il sipario)

4. *Retroscena*

Questa piccola *pièce* è un'opera di fantasia. Papiniano e Caracalla non hanno dibattuto di filosofia, Ulpiano non è morto discutendo di giustizia con Alessandro, Ambrogio e Simmaco non si sono incontrati davanti all'altare, Vittorio non è mai esistito. Ed è un'opera giovanile, composta tanti anni fa, prendendo licenza sulla realtà storica, ma sulla base degli spunti forniti dagli studi.

La composizione del primo atto risale a qualche anno dopo la laurea, durante il perfezionamento a La Sapienza di Roma, ancora senza alcuna conoscenza del *Trauerspiel* di Gryphius[3] e consapevole solo in parte del ricco dibattito scientifico[4], ma in grado di integrare il dialogo con pertinenti suggestioni esterne[5]. Il terzo atto fu composto durante i primi anni del dottorato, prima di

[3] A. Gryphius, *Großmüttiger Rechts-Gelehrter oder Sterbender Aemilius Paulus Papinianus. Trauer-Spil*, Breslaw 1659.

[4] Cfr. O. Behrends (1996), *Papinians Verweigerung oder die Moral eines Juristen*, in: U. Mölk (hrsg.), *Literatur und Recht. Literarische Rechtsfälle von der Antike bis zur Gegenwart*, Göttingen 1996, 243-291; sull'oscurità del giurista, H. Ankum, *Papinian, Ein dunkler Jurist*, in OIR 2, 1996, 5-32.

[5] La contrapposizione *potere – giustizia* è il tema portante della serie di animazione *Tiger Mask II* (Giappone, Tōei Dōga, 1981-1982, da noi *Uomo Tigre II°*), in originale proclamata

approfondire le fonti,[6] ma sotto la suggestione della letteratura[7] e di qualche spunto esterno[8]. Di qualche anno successivo è il secondo atto, che quindi è il più recente, nato come collegamento tra gli altri due. Corredato di maggiori allusioni alle fonti[9] e, con poche altre suggestioni[10], parimenti ispirato dalla discussione scientifica[11], è anche il più breve, perché incompiuto rispetto al progetto originario, che avrebbe dovuto includere anche Giulia Mamea.

Mi piace contribuire così a questo *liber amicorum*, sperando di aver saputo in qualche maniera toccare, in differente veste, i temi e gli interessi cari all'onorato.

anche prima della sigla iniziale: *chikara ga seigi dewa nai! seigi ga chikara da*! «La potenza non è la giustizia: la giustizia è la vera potenza!».

[6] Nell'edizione con testo a fronte tradotta da A. Traina, con introduzione di I. Dionigi e un saggio di M. Cacciari, *La maschera della tolleranza*, Bari 2006; cfr. anche *supra* nt. 2.

[7] Cfr. A. Momigliano (a cura di), *Il conflitto tra paganesimo e cristianesimo nel secolo IV*, Torino 1975; I. *Tantillo*, *L'imperatore Giuliano*, Bari 2001.

[8] G. Granzotto, *Carlo Magno*, Milano 1978, relativamente, ma con un'inversione di prospettiva, all'abbattimento dell'*Irminsul*.

[9] Cfr. Ulp. D. 1.1.1.1 (oltre che, ovviamente D. 1.1.10) e Dio. 80.2.2-4.

[10] Una frase messa in bocca ad Ulpiano proviene da un'intervista del *New York Times* al Cardinal Ratzinger del 24.11.1985: «I learned where discussion must stop because it is turning into a lie and resistance must begin in order to maintain freedom».

[11] *Supra* nt. 1.

Claudio Martinelli[*]

IL RITORNO DEI LABURISTI A *DOWNING STREET*: RISULTATI ELETTORALI E INTERPRETAZIONI COSTITUZIONALI

SOMMARIO: 1. Le elezioni del 2024 per la Camera dei Comuni: un'analisi numerica. – 2. Il sistema elettorale britannico come essenza di una cultura politica. – 3. Considerazioni sul rapporto essenziale tra regole elettorali e sistema politico. – 4. Riflessioni sul bipartitismo inglese, in una prospettiva comparata. – 5. Una legislatura riformatrice?

1. *Le elezioni del 2024 per la Camera dei Comuni: un'analisi numerica*

Nella tradizione politica britannica il momento elettorale costituisce, prima di ogni altra considerazione, una sorta di sentenza inappellabile sull'operato del partito che nella legislatura appena terminata, godendo della maggioranza assoluta ai Comuni, ha impresso l'indirizzo politico del Paese. Quindi, un giudizio che si articola su diversi fattori: il grado di corrispondenza tra quanto presentato nell'*Electoral Manifesto* e quanto poi effettivamente implementato, la capacità del Governo di dare risposte ai problemi emersi in corso d'opera, l'autorevolezza dimostrata dal Primo Ministro nella guida della compagine ministeriale (premiership) e nel mantenere l'unità del partito (leadership), oltre ovviamente al suo *standing* internazionale e alla sua comunicativa dentro e fuori i Palazzi istituzionali. Ma l'elenco degli elementi che concorrono a determinare il giudizio di ciascun singolo elettore potrebbe continuare all'infinito, tante sono le variabili che condizionano l'opinione pubblica in una moderna democrazia di massa.

Alcune di quelle citate si sono rivelate fatalmente decisive per orientare gli elettori a formarsi un'idea negativa sull'operato dei Tory nella legislatura 2019-2024 e a manifestare tutta la loro irritazione verso quel partito con il voto. Il primo e più fondamentale esito delle *General Elections* tenute il 4 luglio 2024 è essenzialmente questo: una sconfitta di dimensioni storiche del Partito conservatore.

Sul piano numerico le proporzioni della disfatta sono racchiuse nella differenza tra i seggi conquistati nel 2019 e quelli conseguiti cinque anni dopo: 365 contro 121, dunque con un disavanzo di ben 244 seggi[1].

[*] Ordinario di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Milano-Bicocca, claudio.martinelli@unimib.it.

[1] Per un'ampia e dettagliata analisi di tutti i risultati delle *General Elections* del 2024 cfr. R. CRACKNELL, C. BAKER, *General election 2024 results*, in *House of Commons Library Research Briefing*, n. 10009, 18 July 2024, 1-50.

Ma procediamo con ordine nell'analisi numerica delle elezioni, per apprezzare quanto le cifre possono dirci in termini politici e istituzionali.

Il primo dato da cui partire è il *Turnout*, cioè la percentuale di affluenza al voto, che in questa occasione è stata pari al 59,8%, contro il 67,3% della volta precedente. Si tratta della più bassa degli ultimi venti anni. Ne possiamo ricavare l'indicazione secondo cui, presso la generalità dell'elettorato, la volontà di portare comunque a termine la vicenda Brexit suscitò maggiore interesse della presumibile conclusione di un ciclo politico e l'apertura di uno nuovo. Probabilmente perché quest'ultimo esito veniva dato largamente per scontato, a prescindere dal tasso di partecipazione.

Ma le considerazioni più interessanti vertono attorno alle reali dimensioni del voto laburista. Il partito guidato da Keir Starmer ha vinto in 411 *constituency*, con il 33,70% dei consensi a livello nazionale. Questa percentuale è più alta di un 1,6% rispetto a quella fatta registrare dal partito nel 2019, ossia quando venne pesantemente sconfitto dai Tories di Boris Johnson, ma contemporaneamente è anche lo share più basso mai fatto registrare da un partito che ha ottenuto la maggioranza assoluta dal dopoguerra ad oggi.

Per capire fino in fondo le reali dimensioni della vittoria laburista è necessario completare il quadro con la performance del competitor più diretto. I 121 seggi conquistati dal Partito conservatore costituiscono il peggiore risultato mai conseguito dai Tory a partire dal 1832, ossia il "*dies a quo*" che di solito viene utilizzato in Gran Bretagna per questo tipo di classifiche perché è l'anno del *Great Reform Act*, vero e proprio *turning point* della storia della legislazione elettorale del Regno Unito. In termini percentuali, i Conservatori si sono fermati al 23,70%, ossia circa venti punti sotto la quota raggiunta cinque anni fa: anch'esso il risultato peggiore della loro storia dal 1832.

Ebbene, alla luce di tutti questi dati, quali considerazioni si possono proporre in merito ad una vittoria schiacciante e ad una sconfitta epocale? La tentazione naturale sarebbe di fermarsi qui, cioè di limitarsi a registrare, appunto, un trionfo e un crollo. E tuttavia, la complessità dei numeri, soprattutto se intrecciati tra loro, ci dice certamente qualcosa di più, e non di poco conto.

2. *Il sistema elettorale britannico come essenza di una cultura politica*

Il primo elemento che emerge è che non vi è stata alcuna "marea rossa", ossia non siamo di fronte a un massiccio incremento di consensi a favore del Partito laburista. Un elemento che trova conferma nei valori assoluti. Ovvero, i Laburisti hanno preso 9,7 milioni di voti, cioè mezzo milione di meno del 2019.

Il secondo è complementare al primo. L'incremento di 211 seggi rispetto al 2019 è la risultante del combinato disposto tra una migliore distribuzione dei

voti laburisti, assunti *constituency* per *constituency*, e il concomitante tracollo Conservatore. Ed è chiaro che queste tendenze si tengono insieme come due facce della stessa medaglia: se il Partito di Starmer non si fosse presentato come un'alternativa credibile sul piano del governo del Paese non sarebbe riuscito a convincere più di sette milioni di elettori a non votare Conservatore perché molti di questi avrebbero comunque confermato il loro precedente orientamento anche solo per bloccare le velleità laburiste.

Queste considerazioni, che si impongono sulla base della fredda contabilità numerica, non sminuiscono affatto le dimensioni politiche della vittoria laburista. Politicamente, infatti, si tratta di un vero e proprio trionfo elettorale poiché, nella logica stringente del sistema *First-Past-The-Post*, l'unico risultato che conta veramente per stabilire chi ha vinto e chi ha perso, e secondo quali relative proporzioni, è la dimensione della *overall majority* conseguita dal partito, ossia di quanti seggi esso può contare oltre i 326 coincidenti con la soglia. E nel caso specifico sono ben 85. Per non parlare del divario sul secondo partito che ammonta a 290 seggi. Dunque, nell'ottica britannica un trionfo assoluto e su tutta la linea.

Ma, a questo punto, conviene fermarsi un attimo a riflettere proprio sulla logica sottostante al sistema elettorale e alla concezione britannica della rappresentanza e della governabilità, soprattutto per mettere in luce le profonde differenze rispetto a quelle che caratterizzano la cultura politica e istituzionale italiana. L'obiettivo non è tanto di andare alla ricerca di scoperte strabilianti ma, più semplicemente, di sottolineare alcune direttrici pienamente confermate da questa tornata elettorale.

Ebbene, la premessa da cui partire riguarda la concezione tipicamente inglese, risalente nel tempo addirittura a prima della formazione del Regno Unito, della rappresentanza politica. Per gli inglesi essa è il frutto di una competizione. Come tutte le contese agonistiche organizzate secondo la loro cultura anche quelle elettorali necessitano di alcuni elementi essenziali: certamente talune regole scritte, ma anche un generale fair play capace di dettare comportamenti non disciplinati dalle norme; un terreno di gioco, definito secondo finalità legate al tipo di competizione a cui si vuole dare vita; giocatori che non solo accettino pienamente le regole del gioco ma se ne nutrano e ne facciano tesoro per orientare le proprie strategie di gara.

Questi elementi di fondo valgono, *mutatis mutandis*, per tutte le competizioni che animano le passioni al di là della Manica: dal rugby al football, dalle corse dei cani a quelle dei cavalli, dall'automobilismo alle scommesse su qualunque cosa.

Le elezioni per il Parlamento di Westminster non fanno eccezione, anzi ne costituiscono una delle espressioni più caratteristiche. In questo ambito,

le regole scritte sono quelle del *First-Past-The-Post* e di tutta la normativa di contorno[2], il fair play dovrebbe essere insito nei canoni di un sistema politico in cui la praticabilità dell'alternanza è patrimonio comune alle forze politiche, il campo di gara è una porzione di territorio, necessariamente di dimensioni ridotte per rendere praticabili proprio le dinamiche competitive, e infine i giocatori sono i candidati afferenti ai partiti.

Queste sono le premesse concettuali e organizzative della contesa elettorale, che informano tutta la procedura, come è possibile costatare perfino nella cerimonia di "proclamazione", seduta stante, del vincitore che va in scena in ciascuna *constituency*[3]: una volta contati i voti espressi, i candidati si dispongono in fila orizzontale nel salone della loro *constituency* destinato a questa funzione, lo speaker dà lettura dei risultati conseguiti da ciascuno e assegna il seggio a colui che ha preso anche solo un voto in più degli altri, e naturalmente costui fa un passo avanti, esulta e viene complimentato dagli altri, cioè dagli sconfitti. In sostanza, una specie di podio di una gara sportiva, con la differenza che qui viene assegnata solo la medaglia d'oro, ossia il seggio ai Comuni.

3. *Considerazioni sul rapporto essenziale tra regole elettorali e sistema politico*

La ricostruzione appena proposta aveva il compito di mettere nella luce più chiara e illuminante il concetto di fondo: se si prescinde dalla visione agonistica della rappresentanza tipica degli inglesi, non si possono capire le ulteriori conseguenze sistemiche sugli assetti politici e istituzionali. A cominciare dalla presenza di una linea di continuità tra la rappresentanza della singola *constituency* e la geografia politica nella House of Commons. Ossia, quest'ultima non sarà altro che la risultante della somma algebrica delle gare che si sono svolte all'interno delle 650 fette di territorio. Dunque, una concezione della rappresentanza intimamente legata ai risultati di competizioni in cui necessariamente si registrano vincitori e vinti.

Il passaggio logico successivo è altrettanto pregnante e risponde al seguente interrogativo: la funzione maggioritaria del sistema elettorale è giuridicamente garantita? Oppure, detto in altre parole, l'acquisizione di una maggioranza assoluta da parte di uno dei partiti politici in lizza è assicurata da una norma giuridica? Come è noto la risposta è negativa: nessun meccanismo previsto in tal senso dall'ordinamento, ma solo un effetto probabilistico di tipo matema-

[2] Come, per esempio, il *Political Parties, Elections and Referendum Act 2000*, che disciplina le campagne elettorali e referendarie, su cui cfr., tra gli altri, R. Taylor, *Referendums and Parliamentary Democracy*, in *House of Lords Library Briefing*, 13 July 2018.

[3] Ovviamente nei rispettivi edifici utilizzati in ciascun collegio come quartier generale delle procedure elettorali.

tico-statistico. Ciò che è opportuno ribadire è che questa classica costatazione non è un elemento accessorio del sistema ma ne costituisce un fondamento essenziale proprio perché qualunque artificio giuridico volto a determinare a priori una prevalenza maggioritaria, come per esempio un premio di maggioranza, verrebbe considerato un'intollerabile distorsione dei meccanismi "naturali" della competizione. Tra questi, troviamo l'idea che siano gli elettori, appunto con le somme algebriche dei loro voti, a conferire o meno una *overall majority*, non la legge. Se ciò accadrà, le procedure del modello Westminster, in larga misura dettate da consuetudini costituzionali, si dispiegheranno con grande linearità e rapidità, altrimenti sarà onere delle forze politiche, e non certo della moderna Corona, trovare pragmaticamente la soluzione più idonea caso per caso, come accadde nel 2010 con la formazione del *Coalition Government* Tory-LibDem.

L'accettazione di questa visione, appunto così risalente nel tempo e che si sostanzia in un sistema elettorale, peraltro perfino confermato da un voto popolare referendario, che non è affatto fondato sulla necessaria attribuzione di una maggioranza assoluta[4], consente di capire perché non vi è nulla di strano o di eversivo nella costatazione che, nel caso specifico, il Partito laburista abbia ottenuto 411 seggi con il 34% dei voti. Quei seggi sono il portato della capacità dimostrata dalla forza politica guidata da Keir Starmer di acquisire sul territorio una grande capacità rappresentativa, in grado di coagulare consensi talmente ben distribuiti da consentirle di vincere 411 gare.

Una caratteristica che invece non aveva mai dimostrato lo stesso partito quando era guidato da Jeremy Corbyn, pur incassando talvolta perfino un numero maggiore di voti in senso assoluto. Ma, appunto, come accade nello sport, cioè il terreno agonistico per eccellenza, le gare si vincono o si perdono non assumendo valori assoluti ma giocando le proprie possibilità dentro il quadro relativo che ciascuna competizione propone in quel momento, compreso lo stato di forma dell'avversario. E, come detto, quello dei Conservatori era disastroso, come un atleta che avesse dissipato ogni residua energia rincorrendo i propri errori.

A fronte di tutte queste costatazioni e considerazioni, quale dovrebbe essere il punto di caduta del discorso? Tutti i risultati richiamati sono pienamente iscritti nel novero delle conseguenze rese statisticamente possibili proprio dalle premesse concettuali che stanno alla base della tradizione elettorale inglese, del suo sviluppo in senso liberale e democratico, delle funzioni che in quel

[4] Ma, in termini matematici, nemmeno quella relativa visto che non vi è alcuna norma che impedisca a due partiti di ottenere lo stesso numero di seggi.

contesto devono svolgere i partiti, del rapporto tra sistema politico e forma di governo.

In questo contesto, vi è un caposaldo fondamentale dei costumi democratici di quella realtà che è sotto gli occhi di tutti ma di cui non viene mai abbastanza sottolineata la pregnanza sistemica: nelle dinamiche politiche della Gran Bretagna non esistono le coalizioni elettorali. I soggetti politici che concorrono nelle competizioni per i seggi a Westminster sono sempre e soltanto i partiti politici, ciascuno con la propria storia (anche molto risalente, come nel caso dei due principali), nonché propri: identità, programma, leadership e candidati. Questa è una costatazione decisiva per inquadrare il reale funzionamento del Modello Westminster. La sua linearità è garantita proprio dalla semplicità con cui le forze politiche si rivolgono agli elettori: un partito, un candidato nel collegio, un voto da parte dell'elettore, un leader nazionale la cui sorte dipende dalle competizioni locali[5].

È esattamente questo schema che instaura il legame tra misura del consenso popolare, livello di potere decisionale, quantità di responsabilità politica di cui farsi carico. Qui non ci sono alchimie astruse che rendono la relazione elettori/candidati molto tortuosa; non ci sono equilibri di coalizione da concordare e conservare, leadership da attribuire a tavolino e talvolta perfino da ricercare fuori dalla classe politica, necessarie contemperazioni da ricercare tra coalizioni da costruire e singole soggettività da mantenere, anche sul terreno della visibilità mediatica.

Nel Regno Unito le problematiche relative agli equilibri interni vengono definite nei congressi di ciascun partito, momenti spesso altamente drammatici dove le diverse convinzioni, impostazioni e sensibilità emergono e si sfidano per la prevalenza interna in quella determinata fase. Una volta costruita questa impalcatura, il soggetto politico, ossia il partito, porterà sé stesso nella competizione elettorale, in modo che l'elettore sappia con chi ha che fare, e possa decidere con piena cognizione a quale tra i soggetti in lizza affidare il proprio consenso, ossia chi premiare e chi bocciare[6].

[5] Per un'ampia riflessione generale sul ruolo esercitato dai partiti politici nel Modello Westminster cfr. T. Bale, *Britain's political parties and the constitution*, Institute for Government – Bennett Institute for Public Policy, London-Cambridge, February 2023, 1-24.

[6] Ovviamente la definizione preventiva dei contrasti interni non può di per sé preservare il partito dall'emersione durante la legislatura di divisioni tra le sue diverse anime, oppure di conflitti tra notabili, magari anche per ragioni di idiosincrasia personale. Come ricordato, i recenti psicodrammi dei Tory lo dimostrano plasticamente. Ma questa costatazione non incide sul tema che stiamo portando alla luce, che invece riguarda le modalità con cui il partito politico britannico si presenta davanti all'elettore nel momento in cui gli richiede il consenso attraverso il voto nel collegio uninominale.

4. *Riflessioni sul bipartitismo inglese, in una prospettiva comparata*

La sottolineatura del ruolo dei partiti come unico soggetto politico-elettorale è utile anche per fare chiarezza su che cosa si debba intendere per "sistema bipartitico" nel parlamentarismo anglosassone. Spesso si tende a confondere questa condizione con il dualismo o con il bipolarismo.

Innanzitutto è bene ribadire con forza che il sistema politico britannico è bipartitico non perché siano presenti ai nastri di partenza delle competizioni elettorali solo due partiti. Al contrario, nella società britannica di partiti se ne possono contare a dozzine[7], e collocati a tutti i livelli territoriali: *UK-wide, regional* e *local*.

Nella prima categoria, oltre ai due maggiori, nelle ultime elezioni abbiamo trovato: Liberal Democrat (12,2%; 72 seggi)[8]; Reform UK (14,3%; 5 seggi)[9]; Green Party (6,75%; 4 seggi)[10].

Nella seconda categoria ve ne sono una nutrita schiera, in cui spiccano alcune realtà particolarmente sedimentate e rappresentative della propria country di riferimento.

Lo Scottish National Party, con il 2,5% e 9 seggi, dopo anni di egemonia politica nelle Terre Alte ha subito una sconfitta storica (meno 39 seggi rispetto al 2019)[11], frutto di una crisi profonda in cui il partito si dibatte da circa due

[7] Per esempio, alle elezioni del 2024 hanno presentato candidature nei collegi ben 52 partiti politici.

[8] A dimostrazione di una acquisita capacità del partito di rendersi maggiormente competitivo nei singoli collegi. In passato, infatti, aveva ottenuto spesso percentuali più lusinghiere ma un numero di seggi sensibilmente inferiore.

[9] Un risultato che andrebbe letto attentamente da parte di coloro che all'indomani delle elezioni hanno parlato di successo travolgente degli estremisti. Costoro probabilmente dimenticano che nel 2015, l'allora partito di Farage (poi, appunto, fondatore del Reform UK), ossia il già citato Ukip, ottenne la ragguardevole percentuale del 12,6%, con la vittoria di un seggio. Dunque, la dirompente avanzata dell'estrema destra nel 2024 si risolverebbe in un incremento di meno di due punti, con quattro seggi di più (e con un Partito conservatore ai minimi termini, a differenza che nel 2015). Forse sarebbe il caso di riconoscere che tra le caratteristiche peculiari del FPTP c'è anche quella di costituire un argine rispetto ai partiti antisistema. Una barriera silenziosa, in pieno stile *understatement*, che non ha bisogno di "cinture repubblicane", coalizioni raccogliticce, doppi turni confusionari, soglie di sbarramento o premi di maggioranza: tutti elementi che poi si riverberano sulla formazione dei governi e sulla loro navigazione, come da ultimo dimostra plasticamente l'esempio francese.

[10] Per la precisione, questi dati sono la risultante della sommatoria dei consensi ottenuti da tre distinte formazioni politiche, e cioè Green Party of England and Wales, Scottish Green Party e Green Party Northern Ireland. Ho ritenuto opportuno presentare il risultato aggregato perché ovviamente si suddividono la partecipazione alle *constituency* appartenenti al proprio territorio di competenza.

[11] Tuttavia, si tenga conto del fatto che la redistribuzione delle *constituency* sulle diverse aree del regno, decisa periodicamente prima delle elezioni in funzione degli spostamenti relativi

anni, tra strategie perdenti e scandali giudiziari, di cui hanno beneficiato i Laburisti e, in parte, anche i LibDem.

Il gallese Plaid Cymru, che in questa occasione ha confermato i propri 4 seggi (con lo 0,68%); lo Sinn Féin, ovvero il principale partito della comunità cattolica in Irlanda del Nord, che ha mantenuto i suoi 7 seggi (con lo 0,73%); sul fronte opposto il Democratic Unionist Party che ha perso tre seggi, passando da 8 a 5 (con lo 0,60% dei voti).

Infine, nella terza categoria, sono ricompresi decine di partiti e partitini, talvolta al limite del folklore, che in molti casi si presentano in una quantità irrisoria di collegi, tanto da rendere la loro presenza nulla più che un dato statistico. Per esempio, nel 2024 ben 18 di queste formazioni hanno ottenuto lo 0,1% dei suffragi a livello nazionale.

Ebbene, tutta questa variopinta pluralità politica ci dice essenzialmente due cose: la legge elettorale non fonda la propria efficienza su sbarramenti all'ingresso; il sistema FPTP tende a ben rappresentare, e anzi a livello numerico forse sarebbe più corretto dire a sovrarappresentare, la dimensione locale, proprio perché strettamente legata alla concezione britannica della rappresentanza come risultante di un rapporto che si costituisce a partire dal basso.

E allora, come si coniuga questa apparente frantumazione con le dinamiche del modello Westminster, e in particolare con la struttura bipartitica del suo parlamentarismo? Per capirlo è necessario comprendere che il sistema è a tutti gli effetti bipartitico per tre motivi, inscindibilmente legati: perché fondato sui partiti e non sulle coalizioni; perché esiste un'alta probabilità statistica che dopo ogni elezione si formerà un *single party government* conservatore o laburista, coerente con la titolarità della maggioranza assoluta ai Comuni; perché questo risultato verrà serenamente accettato da tutte le forze politiche coinvolte nella competizione elettorale in quanto pienamente in linea con i dettami della Costituzione e nella convinzione che chiunque vinca quei dettami non saranno messi in discussione e che le scelte politiche della maggioranza e del governo non saranno mai volte a ridurre lo spettro dell'azione politica delle opposizioni.

Questo quadro non ha nulla a che vedere con un sistema politico fondato su un generico dualismo dicotomico, ovvero sull'alternativa tra due schieramenti che non si riconoscono reciprocamente il diritto a governare, pur nel tempo limitato di una legislatura. Ne fu un esempio il quadro politico italiano quando era egemonizzato dall'alternativa tra Democrazia cristiana e Partito comunista, e loro alleati: per lungo tempo è stato un sistema dicotomico ma

di quantità di popolazione, aveva determinato una riduzione dei collegi scozzesi di due unità. Sul tema cfr. C. Baker, N. Johnston, *Boundary review 2023: Which seats will change in the UK?*, in *House of Commons Library Insight*, 20 March 2024.

certamente non bipolare, e tanto meno bipartitico, proprio perché mancavano le condizioni di fondo, domestiche e internazionali, per una normale alternanza tra diverse ma legittime opzioni. In sostanza, si trattava di un'alternativa di sistema, non di una normale alternativa politica.

Così come sono evidenti le differenze rispetto alle varie forme di bipolarismo, più o meno radicato e compiuto, che caratterizza il sistema politico italiano da quando, verso la metà degli anni Novanta, complici la crisi dei partiti tradizionali e la discontinuità delle leggi elettorali, si sono proposte nuove forze politiche e nuove dinamiche sistemiche.

Proprio questa differenza dovrebbe indurre ad un'attenta riflessione coloro che si mostrano sempre pronti ad accusare di antidemocraticità il sistema politico-elettorale britannico perché irrispettoso del rapporto proporzionale tra voti e seggi. Ebbene, che cos'è più democratico e corrispondente alla volontà popolare? Un sistema in cui ciascun partito si presenta agli elettori a viso aperto e assumendo le proprie responsabilità, oppure un sistema in cui le forze politiche si aggregano in grandi agglomerati, chiamati coalizioni, costruiti solo per battere gli avversari nelle urne, senza alcuna cura della coerenza programmatica ma volti esclusivamente a raccattare più voti possibile? Senza contare che in certi momenti, poi sanzionati dall'intervento della Corte costituzionale, abbiamo disegnato leggi elettorali in cui all'impianto proporzionale si univa la previsione di un collegio unico nazionale di stampo maggioritario per la conquista del premio di maggioranza, con la variante della dimensione regionale al Senato.

La realtà ci dice che in Italia da trent'anni siamo impegnati nella brillante impresa di proporzionalizzare il maggioritario e rendere maggioritario il proporzionale. Come coerenza democratica forse non siamo i più titolati a dare lezioni in giro per il mondo, soprattutto a chi la competizione democratica tra partiti politici ha contribuito ad inventarla e la pratica da molto prima. Potranno non piacerci le basi competitive su cui si fonda la democrazia britannica, ma forse sarebbe elegante e intelligente accettarle come significative dell'identità di un popolo, della sua cultura politica, della sua storia costituzionale e della sua concezione della responsabilità insita nel rapporto di rappresentanza.

5. *Una legislatura riformatrice?*

L'apertura di un nuovo ciclo politico si caratterizza sempre per un certo grado di discontinuità rispetto al precedente, ma nel caso specifico il programma del nuovo Governo laburista pone in essere particolari profili di antitesi con quelli Conservatori che lo hanno preceduto.

L'elaborazione delle linee guida su cui il partito di Starmer intendeva incentrare la sua politica trovò un momento cruciale nel documento pubblicato

nel dicembre del 2022 al termine dei lavori di una Commissione appositamente istituita e guidata dall'ex Primo Ministro Gordon Brown[12]. Il Brown Report provvedeva a dare un'identità al nuovo corso del partito fondata su politiche presentate come in grado di rilanciare la crescita economica e ridurre le profonde disuguaglianze sociali riscontrabili tra le diverse aree del Paese[13].

Dal punto di vista giuridico è interessante notare come l'impostazione del documento sostenesse l'opportunità di intrecciare profili economici e costituzionali, letti sostanzialmente come profili diversi ma complementari di un unico indirizzo politico.

Il Manifesto elettorale del Partito laburista per le *General Elections* del 2024 ha ripreso molti aspetti del Brown Report, adattandoli ai canoni della campagna elettorale attraverso una descrizione specifica, peraltro non sempre particolarmente dettagliata e precisa, degli interventi legislativi da implementare[14].

Dal complesso di questo importante restyling è emerso un Labour Party caratterizzato da una calcolata miscellanea di solido statalismo vecchio stampo, notevoli capacità innovative di matrice blairiana e immancabili stilemi di cultura woke, ormai introiettati da buona parte dell'opinione pubblica[15].

[12] Cfr. Report of the Commission on the UK's Future, *A New Britain: Renewing our democracy and rebuilding our economy*, December 2022. Per analisi e commenti al Report Brown, con una particolare attenzione ai suoi profili costituzionali, cfr., tra gli altri, Institute for Government, *Labour's constitutional proposals: Report on the Commission of the UK's future*, 6th December 2022; A. McHarg, *The Future of the Territorial Constitution under Labour? The Report of the Commission on the UK's Future*, in *UK Const. L. Blog*, 8th December 2022; A. Tucker, *Entrenchment, Parliamentary Sovereignty, and the Limited Radicalism of the Brown Report*, in *UK Const. L. Blog*, 15th December 2022; M. Gordon, *A new Britain, A new Constitution? Labour's* Proposals for Constitutional Entrenchment, in *UK Const. L. Blog*, 16th December 2022; R. Greally, *The Brown Report: Political Legitimacy and the Power of the Assembly*, in *UK Const. L. Blog*, 26th January 2023; G. Guthrie, *Brown vs Dewar – The Labour Commission on the UK's Future*, in *UK Const. L. Blog*, 8th February 2023.

[13] Una lotta alle disuguaglianze che fa leva sui valori comuni che, secondo i Laburisti, permangono fortemente nei quattro angoli del regno e che debbono solo essere rivitalizzati. Sul punto specifico cfr. il contributo di G. Mannarini, *Un Regno Unito a misura di tutti*, a A. Torre (a cura di), *A New Britain: renewing our democracy and rebuilding our economy*, in *DPCE Online*, 3, 2024, Sezione Monografica, 1847-1861, secondo la quale «È così che, dunque, il *Labour* presenta se stesso come l'unico e solo portabandiera di un nuovo Regno Unito, basato su quella commistione fatta di eredità culturale e valori comuni che caratterizza il popolo britannico, incamminandosi verso una rinnovata prosperità e nuove opportunità di crescita, sfuggendo al pericolo del baratro sociale ed economico in cui recentemente, secondo i Laburisti, avrebbe rischiato di cadere».

[14] Cfr. Labour Party Manifesto 2024, *Change*, articolato su sei punti qualificanti, definiti come *Labour's first steps for change*: 1. Deliver economic stability; 2. Cut NHS waiting times; 3. Launch a new Border Security Command; 4. Set up Great British Energy; 5. Crack down on antisocial behaviour; 6. Recruit 6,500 new teachers.

[15] Per una dettagliata descrizione dei profili cruciali del Manifesto laburista cfr. Institute for Government, *General election 2024: 10 things we learned from the Labour manifesto. What*

Dentro questa piattaforma programmatica hanno trovato uno spazio non secondario alcune tematiche di natura prettamente costituzionale[16]. In particolare, credo meriti un focus specifico per portata istituzionale e pregnanza politica l'articolato progetto di riforma e trasformazione della House of Lords.

Ormai da decenni la Camera Alta è oggetto delle attenzioni riformatrici del Partito laburista. Come è noto, la drastica riduzione degli *Hereditary Peers* risale al 1999, ossia ai primi anni della stagione blairiana. Poi il *Coalition Government*, nonostante il forte impulso dei LibDem, non riuscì nell'intento di procedere ad una radicale revisione del suo ruolo nel sistema costituzionale. Ora i Laburisti intendono riprendere questo percorso con una serie di interventi che progressivamente dovrebbero trasformare la House of Lords in un'assemblea completamente diversa rispetto a quella disegnata dalle quasi millenarie evoluzioni della storia[17].

La direzione era già stata indicata dal Brown Report: sostituzione della House of Lords con una Seconda Camera elettiva e rappresentativa di «Nations and Regions»[18].

A sua volta, il Manifesto percorre la strada già delineata ma provvede a suddividerla in un tracciato step by step. Il primo di questi step è già stato affrontato. Il 5 settembre 2024 il Governo Starmer ha presentato ai Comuni un progetto di legge che cancella i residuali 92 Hereditary Peers rimasti in carica dopo la riforma del 1999[19]. In quella occasione, grazie ad un emendamento su cui era stato trovato un accordo bipartisan, invece di rimuovere la membership di tutti i Pari Ereditari venne stabilito di fare eccezione per 90, eletti dagli stessi componenti della medesima categoria tra coloro che avessero presentato la candidatura a mantenere la carica[20]. L'applicazione di tale modalità ha con-

is in the Labour manifesto?, 13th June 2024.

[16] Tra cui, oltre a quella di cui ci occuperemo in queste righe relativa alla Camera dei Lord, anche una modernizzazione delle procedure della Camera dei Comuni, lo sviluppo della Devolution, i rapporti con l'Unione europea dopo la Brexit, l'istituzione di una Commissione per l'Etica in politica, il conferimento del diritto di voto ai sedicenni.

[17] Per un'approfondita disamina di tutte le possibili prospettive di riforma della Camera dei Lord e delle numerose criticità che presenterebbero cfr. M. Russell, *House of Lords reform: navigating the obstacles*, Institute for Government – Bennett Institute for Public Policy, London-Cambridge, March 2023, 1-39.

[18] Cfr. Report of the Commission on the UK's Future, *A New Britain*, cit., *Reform of the House of Lords*, 135-143, su cui cfr. T. Khaitan, An Elected Second Chamber? *Some Thoughts on the Brown Report*, in *UK Const. L. Blog*, 25th January 2023.

[19] Si tratta del *House of Lords (Hereditary Peers) Bill*, su cui cfr. N. Winchester, *House of Lords (Hereditary Peers) Bill*, in *House of Lords Library*, *In Focus*, 10 October 2024. Il Bill ha poi ricevuto il suo *Second reading* ai Comuni il 15 ottobre 2024.

[20] R. Taylor, *Proposed legislation to remove hereditary peers from the House of Lords: 1999-2024*, in *House of Lords Library*, *In Focus*, 10 September 2024.

sentito in questi decenni di lasciare inalterato il numero dei restanti Pari Ereditari, pur nell'eventualità di decessi, dimissioni o espulsioni[21]. Ai 90 superstiti ne andavano aggiunti altri due, titolari di importanti attribuzioni in cerimonie ufficiali che vedono come protagonista il Sovrano, quali lo *State Opening* (con il *King's Speech*) e la *Coronation*: Earl Marshall e Lord Great Chamberlain.

Ebbene, il nuovo progetto di riforma cancella la membership per ciascuno di loro, comprese le due cariche istituzionali, per le quali tuttavia è comunque previsto che continuino ad assicurare le loro funzioni anche senza essere membri della Camera Alta.

Il Manifesto prevede poi un secondo step consistente nell'introduzione di «a mandatory retirement age. At the end of the Parliament in which a member reaches 80 years of age, they will be required to retire from the House of Lords»[22].

Ora, questi due step hanno in comune di avere riguardo all'efficientamento e al *size* della House of Lords, ossia si collocano nel solco di una sua ulteriore modernizzazione. Invece, il successivo, sempre previsto dal Manifesto, ha una natura diversa perché, se portato fino in fondo, implicherebbe non una riforma dei Lord, bensì la trasformazione della House of Lords in Camera delle autonomie territoriali: «Labour is committed to replacing the House of Lords with an alternative second chamber that is more representative of the regions and nations. Labour will consult on proposals, seeking the input of the British public on how politics can best serve them»[23].

Di fronte a questa prospettiva di portata storica per la *British Constitution* è auspicabile che durante la consultazione pubblica emergano tutte le possibili implicazioni di questa radicale trasformazione sulle dinamiche della forma di governo, a prescindere da qualunque giudizio di merito se ne possa dare. Passare da un bicameralismo plasmato dalla storia, e articolato tra una Camera democratica e una nominativa, a uno sancito da uno *statute* e in cui viene introdotta una seconda Camera anch'essa legittimata democraticamente, non solo non sarebbe una semplice riforma dell'esistente, ma imporrebbe all'intero Modello Westminster un ripensamento in funzione dei caratteri di questa innovazione.

Certo, nulla di impossibile, ma molto di impattante.

[21] Sul punto cfr. E. Scott, *Hereditary By-elections: Results*, in *House of Lords Library Briefing*, 23 November 2018.

[22] Cfr. Labour Manifesto, 108.

[23] *Ibidem*.

Giuseppe Martinico[*]

LA RAPPRESENTAZIONE DEL GIURIDICO NELLA LETTERATURA E NELLA CULTURA POP. IL CASO DI HARRISON BERGERON

SOMMARIO: 1. La rappresentazione del giuridico nel pensiero di Salvatore Prisco. – 2. Diritto e distopia in Vonnegut. – 3. Conclusioni.

1. *La rappresentazione del giuridico nel pensiero di Salvatore Prisco*

È con grande piacere che ho accolto l'invito delle curatrici e dei curatori di questo volume a omaggiare il Prof. Salvatore Prisco, finissimo giurista, ma soprattutto grande intellettuale, come dimostrano non soltanto i suoi studi più famosi fra i cultori del diritto costituzionale e pubblico in generale[1], ma anche i suoi scritti sul rapporto fra diritto e letteratura.

Inoltre, il Prof. Prisco è sempre stato generosissimo con i più giovani, aiutandoli e accogliendoli nella comunità scientifica con grande entusiasmo, come può confermare il Vostro autore che di tale generosità ha beneficiato in più occasioni.

Vorrei proprio concentrarmi sul contributo dato al filone "diritto e letteratura", prendendo le mosse da un saggio pubblicato sulla *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*[2]. In quell'occasione il Prof. Prisco spiegava in maniera magistrale il valore aggiunto che la prospettiva "diritto e letteratura" può dare alla formazione e alla ricerca giuridica, contestando subito l'idea che tende a relegare questi studi a mere forme di "evasione"[3].

[*] Professore ordinario di diritto pubblico comparato, Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa. giuseppe.martinico@santannapisa.it.

[1] Fra i tantissimi, richiamo solo le monografie principali *Fedeltà alla Repubblica e Obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato 'laico'*, Napoli, 1986; *Solidarietà. Profili evolutivi di un valore costituzionale*, Napoli, 2001; *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2007.

[2] S. PRISCO, *Diritto, Letteratura, Discipline umanistiche. Teorie, metodi e casi*, in *Rivista AIC*, 2016, *https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2016_Prisco.pdf*

[3] «Coniugare Diritto e letteratura e più largamente Diritto e studî umanistici, che traduce l'espressione inglese Law&Humanities, non significa coltivare un divertimento evasivo e una moda – ovvero: potrebbe implicare questo rischio, ma un'operazione così intesa non sarebbe corretta – bensì ed al contrario proporre un preciso progetto culturale, al punto che chi scrive, dopo nove anni di sperimentazione condotta con successo interno (presso studenti e colle ghi) ed esterno (nell'attenzione della città), ha promosso l'istituzione del relativo insegnamento – non materia, in realtà, ma metodo e sensibilità – nel Dipartimento di Giurisprudenza della Università

In quel saggio il Prof. Prisco partiva dalla considerazione secondo cui "il richiamo al valore della letteratura extra-giuridica per illuminare le condizioni di contesto dell'impianto e dello sviluppo del diritto è metodo consolidato per i diritti più antichi"[4]. Sempre in quell'occasione, si ricordava come molti giuristi italiani avessero utilizzato questo approccio nei lori scritti[5], impiegandolo grosso modo negli stessi anni (o poco dopo[6]) in cui veniva pubblicato negli Stati Uniti il pionieristico volume di Benjamin Cardozo *Law and Literature*[7].

Facendo perno su questa tradizione, il Prof. Prisco ha contribuito a introdurre una serie di corsi e seminari su diritto e letteratura presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Federico II di Napoli, creando con allieve e allievi un vero e proprio gruppo di ricerca, che ha continuato a sviluppare questi interessi anche dopo il suo collocamento a riposo:

> L'orizzonte che il gruppo si propone è ora (mentre continueranno le sue attività, fatte di seminarî che persistano a coinvolgere in letture e readings studenti, colleghi, scrittori, registi, attori, attrici, anche collegandosi ad iniziative dirette – nella nostra sede universitaria o altrove – in analoga direzione) quello di inventariare letteratura, precedenti ed esperienze che – come si rilevava all'inizio – non sono solo anglosassoni, ma vivono in un ambito anche italiano ed europeo, sono risalenti nel tempo e fondano una fiorente tradizione autonoma, poi messa tra parentesi dall'egemonia delle scuole giuridiche formalistiche, per documentare con ricca esemplificazione ampiezza e varietà dei metodi, delle pratiche, dei risultati nel settore indagato. Questo approccio ambisce in tal modo a trasfondersi alla fine in una complessiva proposta scientifico-didattica non tradizionale nella cultura giuridica italiana e perciò di rinnovamento degli studî, costruita e vivificata di continuo, grazie alle suggestioni provenienti dai partecipanti, con un metodo di lavoro di impronta 'socratica'[8]

Quest'attività è poi proseguita grazie al lavoro delle allieve e degli allievi, come ad esempio l'amica Prof. Fulvia Abbondante, che in tempi di pandemia ha anche sviluppato un canale *YouTube* dedicato ai seminari tenuti da ospiti

Federico II, seguendo una tendenza diffusa all'estero, ma ormai documentata e ben sviluppata in Italia in diverse sedi universitarie analoghe», S. Prisco, *Diritto, Letteratura, Discipline umanistiche cit.*

[4] S. Prisco, *Diritto, Letteratura, Discipline umanistiche cit.*

[5] A. Condello, T. Toracca, *Letteratura e Diritto: breve tracciato di una disciplina. Il caso italiano: qualche riflessione*, 2015, *https://www.academia.edu/21498058/Letteratura_e_Diritto_breve_tracciato_di_una_disciplina*

[6] Per esempio: A. D'Amato, *La letteratura e la vita nel diritto*, Milano, 1936.

[7] B. N. Cardozo, *Law and Literature*, New York, 1931

[8] S. Prisco, *Diritto, Letteratura, Discipline umanistiche cit.*

esterni per gli studenti della Federico II[9]. In una di queste occasioni ho avuto il piacere di contribuire ai seminari con una breve lezione su diritto e distopia in Kurt Vonnegut, concentrandomi, in particolare, sulla rappresentazione del giuridico in *Harrison Bergeron*.

Personalmente credo molto in questo approccio e penso che possa essere applicato anche ai prodotti della *cultura pop* e non soltanto al cinema o alla letteratura, anche perché il diritto è un innanzitutto fenomeno culturale.

Nel 2019 sulle pagine del *New Yorker* Neima Jahromi sosteneva che la serie *Big Bang Theory* avesse "normalizzato la cultura nerd"[10], cambiandone la percezione nel grande pubblico. Inoltre, grazie alla diffusione di internet e delle piattaforme di streaming è anche mutato il rapporto fra il *fandom* tradizionale e i fumetti, i cartoni animati e i giochi di ruolo, una volta visti come sottocultura e oggi rivalutati. Neanche gli accademici sono rimasti immuni a questa atmosfera culturale, dando un contributo agli adorati universi narrativi, esplorandoli da un punto di vista sociologico, filosofico o giuridico. L'approccio *comics and law* ha preso molto piede negli ultimi anni, perché il modo in cui il diritto viene raccontato nei fumetti (ma anche nelle serie TV) offre una prospettiva privilegiata anche sul ruolo del giurista nell'immaginario collettivo[11].

Il mio personaggio preferito in questo senso è Batman che a ben vedere non è un super eroe: non ha super poteri, anche se è fra i membri fondatori della *Justice League*. Batman è anche il prodotto di un sistema che non riesce ad assicurare giustizia, in un universo di regole infrante, in cui il potere pubblico ha risorse modeste: piegare ("bend") senza spezzare ("break") le regole è l'essenza della legalità liminale a cui Batman accetta di aderire e che, allo sguardo di chi volesse limitarsi alla logica del diritto positivo, non è poi così diversa da quella dei delinquenti che combatte. Proprio a causa dell'insufficienza della legge è pronto a rompere tale legalità appellandosi a un desiderio di giustizia (che è, però, altro rispetto alla vendetta). Il fumetto può anche offrire una prospettiva interessante per studiare la rappresentazione diffusa della realtà giuridica (e politica) nella società, con tutti i *cliché* e le distorsioni del caso, naturalmente. Cercando di sviluppare questa intuizione, il gruppo di ricerca STALS

[9] *https://www.youtube.com/@dirittoeletteraturafederic3141*

[10] N. Jahromi, *How 'The Big Bang Theory' Normalized Nerd Culture*, 2019, *https://www.newyorker.com/culture/culture-desk/how-the-big-bang-theory-normalized-nerd-culture*

[11] R. K. Sherwin, *When Law Goes Pop: The Vanishing Line between Law and Popular Culture*, Chicago, 2000; A. Wagner, R. K. Sherwin, *Law, Culture and Visual Studies*, Berlino, 2014; T. Giddens (a cura di), *Graphic Justice: Intersections of Comics and Law*, Abingdon, 2015. A. Ligustro, R. Tarchi, G.M. Ruotolo, G. Martinico (a cura di), *La rappresentazione delle tradizioni giuridiche nella Pop Culture. Narrazione e percezione del giuridico tra immagini statiche e immagini dinamiche*, Napoli, 2023.

(*Sant'Anna Legal Studies*[12]) della Scuola Superiore Sant'Anna organizza con cadenza regolare eventi su diritto e cultura pop[13], pensati per un pubblico non esclusivamente universitario, in cui giuristi e non giuristi (sociologi dei media, filosofi della politica) riflettono sulle questioni relative al rapporto tra diritto e morale in alcuni universi di finzione, legati in prevalenza al mondo del fumetto di matrice statunitense, ma non solo.

In piena pandemia e con la collaborazione dell'Università di Foggia (in particolare con l'amico Gianpaolo Maria Ruotolo), STALS ha organizzato un evento *online* dedicato, più in generale, a "Diritto, giustizia e cultura pop. Un dialogo interdisciplinare"[14].

Visto il successo di queste iniziative, abbiamo deciso di percorrere anche un'altra strada, provando a usare l'approccio *comics and law* come strumento per affiancare l'insegnamento del diritto e dell'educazione civica, discutendo in maniera meno convenzionale di questioni che hanno a che fare, appunto, con la relazione fra diritto e giustizia. Con un ciclo di incontri intitolato "Lampade e specchi" (dal titolo di un bel saggio di Asimow[15]) abbiamo quindi portato questa idea nelle aule di alcune scuole superiori, a partire da quella che è diventata la capitale europea del fumetto: Lucca.

L'iniziativa, oltre che da STALS, è promossa dal Centro di ricerca "Maria Eletta Martini", col supporto della *Fondazione per la Coesione Sociale Onlus* e di *Lucca Crea*. Nel primo ciclo di incontri si è discusso di alcuni temi giuridici non banali (il divieto di tortura nella lotta al crimine, la condizione giuridica delle persone disabilità) analizzando i mondi di Batman, Daredevil e Harry Potter, chiedendo ad alunne e alunni di riflettere sugli argomenti appena citati, leggendoli alla luce del potere trasformativo della giustizia e dei principi costituzionali.

[12] Il progetto di STALS è stato creato dal compianto Prof. Paolo Carrozza nel 2008, originariamente come archivio paper. Il sito di STALS è visibile al seguente URL: *www.stals.santannapisa.it*. Negli anni abbiamo anche creato un canale YouTube dove carichiamo le registrazioni di molti dei nostri (tantissimi) seminari: *https://www.youtube.com/channel/UC79gkeuXP67r1AnMLNeZxUQ/videos*

[13] Il primo evento è stato la conferenza organizzata presso la Scuola Superiore Sant'Anna il 20 novembre 2019 e intitolata "Is the Dark Knight Above the Law? Diritto e giustizia nell'universo narrativo di Batman" *https://www.stals.santannapisa.it/sites/default/files/poster_2019_11_20_Is_The_Dark.pdf*; Il secondo evento è stato un webinar intitolato "Eroismo, diritto e disabilità: il caso di Daredevil" che si è tenuto il giorno 11 novembre 2020, *https://www.stals.santannapisa.it/sites/default/files/poster_2020_11_11_il_caso_di_daredevil.pdf*

[14] "Diritto, Giustizia e Cultura Pop. Un dialogo interdisciplinare", 18 novembre 2021 *https://www.youtube.com/watch?v=ldxUcsHKXCI*

[15] M. Asimow, *The Mirror and the Lamp*, in *Journal of Legal Education*, 2018, 115.

Chiarita l'importanza della prospettiva avanzata dal Prof. Prisco e dal suo gruppo di ricerca, nella prossima sezione mi dedicherò al tema che mi era stato assegnato in quel seminario "pandemico" su Vonnegut, cercando di ripercorrere alcune delle considerazioni sviluppate in quell'occasione[16].

2. *Diritto e distopia in Vonnegut*

Vonnegut ha sempre attirato l'attenzione dei giuristi negli Stati Uniti[17] (e non solo), sia perché le sue Opere sono spesso state al centro di dispute risolte dalle corti[18] – tentativi di censura visti i toni dissacranti e le scene di sesso spesso presenti nei racconti –, sia perché sono state spesso citate dalla giurisprudenza statunitense,

Fra le citazioni più illustri, vi è sicuramente quella del giudice Scalia che citò Vonnegut in una delle sue *dissenting opinion*, nel caso *PGA Tour Inc v Martin*:

> Complaints about this case are not 'properly directed to Congress,' ante, at 27-28, n. 51. They are properly directed to this Court's Kafkaesque determination that professional sports organizations, and the fields they rent for their exhibitions, are 'places of public accommodation' to the competing athletes, and the athletes themselves 'customers' of the organization that pays them; its Alice in Wonderland determination that there are such things as judicially determinable 'essential' and 'nonessential' rules of a made-up game; and its Animal Farm determination that fairness and the ADA mean that everyone gets to play by individualized rules which will assure that no one's lack of ability (or at least no one's lack of ability so pronounced that it amounts to a disability) will be a handicap. The year was 2001, and 'everybody was finally equal.' K. Vonnegut, Harrison Bergeron, in Animal Farm and Related Readings 129 (1997)[19]

[16] La registrazione dell'evento può essere recuperata al seguente link: *https://www.youtube.com/watch?v=h2lzjTz1u0w*

[17] Si veda il saggio di D. E. Lazaroff, *Vonnegut: Lessons for Law & Policy*, in *Cardozo Public Law, Policy, and Ethics Journal*, 2010-2011, 487.

[18] Per esempio: Parducci v. Rutland (U.S. District Court for the Middle District of Alabama - 316 F. S upp. 352 (M.D. Ala. 1970) 9 giugno 1970); Minarcini v. Strongsville City School (US District Court for the Northern District of Ohio - 384 F. Supp. 698 (N.D. Ohio 1974) 9 agosto 1974; Board of Education v. Pico, 457 U.S. 853 (1982); Todd v. Rochester Comm Schools (41 Mich. App. 320 1972); Random House, Inc. v. Rosetta Books LLC (US District Court for the Southern District of New York - 150 F. Supp. 2d 613 (S.D.N.Y. 2001) 11 luglio 2001.

[19] Corte Suprema degli Stati Uniti, PGA Tour, Inc. v. Martin, 532 U.S. 661 (2001). *https://supreme.justia.com/cases/federal/us/532/661/#tab-opinion-1960917*

È interessante, tuttavia, notare come lo scrittore di Indianapolis non avesse proprio un'opinione positiva dei giuristi:

> There is a magic moment during which a man has surrendered a treasure, and during which the man who is due to receive it has not yet done so. *An alert lawyer will make that moment his own*, possessing the treasure for a magic microsecond, taking a little of it, passing it on. If the man who is to receive the treasure is unused to wealth, has an inferiority complex and shapeless feelings of guilt, as most people do, the *lawyer can often take as much as half the bundle, and still receive the recipient's blubbering thanks*[20] (enfasi aggiunta).

L'attenzione dei giuristi e delle corti per Vonnegut non deve stupire, dato che numerosi sono i temi di rilevanza giuridica che sono stati trattati nella sua Opera e declinati in scenari spesso distopici[21], in cui l'elemento temporale gioca quindi un ruolo fondamentale[22]. Basti pensare al rapporto fra uomo e nuove tecnologie[23], al tema dell'intrusione dello Stato nella vita privata o della manipolazione e del controllo sociale[24]. Molte di queste tematiche ricorrenti sono presenti in Harrison Bergeron, la cui storia è ambientata negli Stati Uniti in un futuro distopico (anno 2081). In effetti, già dall'*incipit* si può notare il ruolo svolto dal diritto costituzionale nella trama:

> THE YEAR WAS 2081, and everybody was finally equal. They weren't only equal before God and the law. They were equal every which way. Nobody was smarter than anybody else. Nobody was better looking than anybody else. Nobody was stronger or quicker than anybody else. All this equality was due to the 211th, 212th, and 213th Amendments to the Constitution, and to the unceasing vigilance of agents of the United States Handicapper General[25].

Nella storia la Costituzione statunitense – notoriamente fra le più difficili da emendare secondo i comparatisti[26] – è stata oggetto di centinaia di revisioni

[20] K. Vonnegut, *God Bless You, Mr. Rosewater*, New York City, Holt, Rinehart and Winston, 1965

[21] K. Vonnegut, *Harrison Bergeron*, in *The Magazine of Fantasy and Science Fiction*, ottobre 1961, poi ripubblicato in K. Vonnegut, *Welcome to the Monkey House*, New York, 1968.

[22] K. Vonnegut, *Slaughterhouse-Five; or, The Children's Crusade: A Duty-Dance With Death*, New York, 1969

[23] K. Vonnegut, *Player Piano* New York, 1952

[24] K. Vonnegut, *Sirens of Titan* New York, 1959

[25] K. Vonnegut, *Harrison Bergeron cit*.

[26] R. Albert, *The World's Most Difficult Constitution to Amend?*, in *California Law Review*, 2022, 2005.

e, attraverso, alcune di esse il potere politico ha voluto imporre un regime di eguaglianza assoluta. Ci sono diverse ipotesi sul nome del protagonista; per esempio è stato detto che "the name Bergeron has a derivation from the Old German word berg, meaning hill or mountain, or it may be derived from the old French which means shepherd"[27]. In effetti "there has been much significance in his name. In short, Harrison Bergeron is both a shepherd (a leader) and a mountain (a strong, tall figure)"[28].

È curioso ricordare che in uno degli adattamenti cinematografici (il film *Harrison Bergeron* del 1995) si fa riferimento a un Paese uscito dalla "second American Revolution" e, a ben pensarci, gli emendamenti n. 211, 212 e 213 sono tre come tre erano quelli introdotti dopo un'altra vicenda traumatica della storia statunitense, la Guerra Civile (mi riferisco, ovviamente, agli emendamenti XIII, XIV e XV).

Il diritto costituzionale, in questo scenario, non contribuisce a garantire diritti e libertà, quanto, piuttosto, a realizzare un controllo pervasivo dello Stato sui cittadini, con l'ausilio dei mass media:

> Mass media are considered to be tools for manipulating the audience and in this story, through the setting, Vonnegut renders the greatest theme in the story. First of all as the story starts we see that Hazel and George are in front of TV watching a dance show. This television-watching setting goes on all over the story, and they even watch their son's murder on TV. The influence of TV on Hazel Bergeron, Harrison's mother, is to the extent that as she witnesses the murder of her own son on television, she cries but can't remember why! Here Vonnegut portrays television as a means to block thinking. This will happen to average intelligent people as is the case with Hazel. The story uses TV programs to prevent people from thinking[29].

La trama è nota, ma conviene richiamarla brevemente: in un futuro alternativo, la Costituzione statunitense prescrive l'eguaglianza assoluta sotto ogni aspetto e, per garantire l'effettività del dettato costituzionale, prevede anche che una terribile autorità governativa, chiamata *Generale Handicappatore*, possa imporre l'adozione di dispositivi capaci di limitare le capacità di quegli individui che risultino superiori alla media per intelligenza, bellezza, forza, agilità o altro.

[27] *https://www.archives.com/genealogy/family-history-bergeron.html*

[28] M.A. Mwestwood, *What does the title "Harrison Bergeron" mean in Kurt Vonnegut's story?* 2021, *https://www.enotes.com/homework-help/what-title-mean-kurt-vonneguts-harrison-bergeron-297149*

[29] A. Hossein Joodaki, H. Mahdiany *Equality versus Freedom in "Harrison Bergeron" by Kurt Vonnegut: A Study of Dystopian Setting*, in *International Journal of Applied Linguistics & English Literature*, 2013, 70, 71.

Andando avanti nel racconto facciamo la conoscenza di una coppia, Hazel e George, i genitori del protagonista, che vengono descritti con le seguenti parole da Vonnegut:

> Hazel had a perfectly average intelligence, which meant she couldn't think about anything except in short bursts. And George, while his intelligence was way above normal, had a little mental handicap radio in his ear. He was required by law to wear it at all times[30].

Mentre Hazel ha un'intelligenza che rientra nella norma, George è superiore alla media. Di conseguenza, affinché venga garantita l'eguaglianza assoluta prescritta dalla Costituzione, George deve indossare delle cuffie che trasmettono suoni disturbanti ogni venti secondi, al fine di alterare le sue facoltà intellettive, oltre che dei pesi.

George non sente il bisogno di privarsi del dispositivo, nemmeno quando la moglie gli propone di alleviare le sue sofferenze. L'obbedienza cieca di George alle leggi emerge chiaramente da questo dialogo:

> 'You been so tired lately-kind of wore out,' said Hazel. 'If there was just some way we could make a little hole in the bottom of the bag, and just take out a few of them lead balls. Just a few.'
> '*Two years in prison and two thousand dollars fine for every ball I took out*,' said George. 'I don't call that a bargain.'
> 'If you could just take a few out when you came home from work,' said Hazel. 'I mean-you don't compete with anybody around here. You just sit around.'
> 'If I tried to get away with it,' said George, 'then other people'd get away with it-and *pretty soon we'd be right back to the dark ages again, with everybody competing against everybody else*. You wouldn't like that, would you?'
> 'I'd hate it" said Hazel.
> 'There you are,' said George. '*The minute people start cheating on laws, what do you think happens to society*?'
> If Hazel hadn't been able to come up with an answer to this question, George couldn't have supplied one. A siren was going off in his head.
> '*Reckon it'd fall all apart*,' said Hazel.
> 'What would?' said George blankly.
> 'Society,' said Hazel uncertainly. 'Wasn't that what you just said?'
> 'Who knows?' said George[31].

[30] K. Vonnegut, *Harrison Bergeron cit*.
[31] K. Vonnegut, *Harrison Bergeron cit*.

Hazel e George hanno un figlio, Harrison, che spicca per bellezza e intelligenza e che rappresenta una minaccia per la collettività, tanto da finire in prigione[32], con l'accusa di aver cospirato contro il governo. Nelle parole di Vonnegut:

> He was held on suspicion of plotting to overthrow the government. He is a genius and an athlete, is under-handicapped, and should be regarded as extremely dangerous[33].

Harrison riesce, però, a fuggire di prigione e organizza una rivolta, facendo irruzione negli studi televisivi. Dopo essersi presentato come l'Imperatore ed essersi tolto la maschera e i pesi che ne nascondevano la bellezza e ne limitavano i movimenti, sceglie la sua «Imperatrice», una ballerina – i cui tratti meravigliosi erano nascosti da una maschera grottesca – e si lancia con lei in una danza sfrenata. Alla liberazione dalle leggi degli uomini, che impongono dispositivi invalidanti ed eguaglianza assoluta, corrisponde anche la liberazione dalle leggi della gravità, sfidate in un ballo bellissimo con la misteriosa ballerina:

> Not only were the laws of the land abandoned, but the law of gravity and the laws of motion as well[34].

In questa scena il ballo, quindi, viene rappresentato anche e soprattutto come rottura della legalità imposta, come ribellione:

> When Diana Moon shoots the dancing couple dead, she kills the chance for new meanings, insisting on the 'finalized meanings' which are already

[32] «Harrison is considered as a threat and is kept in jail but no one in the society is aware of this person until the news about him is on television screen and the society gets to know him through the words and pictures and descriptions in the news, and their accuracy is taken for the granted … More surprisingly Harrison himself believes in the power of television as he himself goes to the television station to make his words publicly known. He claims 'I am the Emperor!' Again this is a reinforcement Vonnegut makes on the role TV has on public knowledge … In 'Harrison Bergeron Vonnegut wrote a critique of the influence of media on the public world-view, by means of controlling, not only, what they should see, but also how they should feel about the things they see and by so doing shows that the concept of equality is used by the government as a means to turn the human society into a clump of soulless, robot like creatures. Harrison Bergeron is a concise depiction of a dystopian society in which people, being deprived of their right for normal dialogues, use nonverbal ways like dancing to communicate their thoughts and feelings as much as they can and even then they are repressed by the ruling power. 'Vonnegut has satirized this ideology by depicting a life without a right to live like a real human and not even being allowed to escape'», A. Hossein Joodaki, H. Mahdiany, *Equality versus Freedom cit.*, 73.

[33] K. Vonnegut, *Harrison Bergeron cit.*

[34] K. Vonnegut, *Harrison Bergeron cit.*

> defined by her. In Harrison Bergeron, the dancing, happy, powerful, freedomseeking Harrison and Ballerina are shut to death so that the viewer wouldn't even have the chance to develop any kind of identification with them which would even least probably make them want to be real humans … Considering the fact that recent studies on dance anthropology show dance as a way to reflect the relations of power and protest, the dance scene and that Vonnegut chose Ballet dance show as his setting where Harrison first appears on screen has a significant role in the theme analysis[35].

Tuttavia, la ribellione dura poco. Diana Moon Glampers, che riveste il ruolo del *Generale Handicappatore*, fa irruzione negli studi uccidendo Harrison e la ballerina. George sembra riconoscere il figlio, prima che il dispositivo invalidante intervenga disturbandone la lucidità. A quel punto, la trasmissione viene interrotta bruscamente e la società ritorna alla sua condizione di eguaglianza forzata. George e Hazel, che stavano guardando la trasmissione, non riescono a capire cosa sia successo (o a ricordarlo nel caso di Hazel, che eppure ha pianto davanti al televisore), anche se qualcosa li ha colpiti, come capiamo dalla scena finale:

> George came back in with the beer, paused while a handicap signal shook him up.
> And then he sat down again. 'You been crying' he said to Hazel.
> 'Yup,' she said.
> 'What about?' he said.
> 'I forget,' she said. 'Something real sad on television.'
> 'What was it?' he said.
> 'It's all kind of mixed up in my mind,' said Hazel.
> 'Forget sad things,' said George.
> 'I always do,' said Hazel[36].

È stato inoltre suggerito un certo parallelismo fra Hazel e a Diana Moon Glampers, con la prima che in effetti sembra ispirarsi alla seconda, che rappresenta per Hazel un modello, anche se quest'ultima ammette di avere pensato a dei piccoli cambiamenti nella gestione del sistema:

> Hazel, as a matter of fact, bore a strong resemblance to the Handicapper General, a woman named Diana Moon Glampers. 'If I was Diana Moon

[35] A. Hossein Joodaki, H. Mahdiany *Equality versus Freedom*, cit. 70.
[36] K. Vonnegut, *Harrison Bergeron*, cit.

> Glampers,' said Hazel, '*I'd have chimes on Sunday-just chimes. Kind of in honor of religion*.'
> 'I could think, if it was just chimes,' said George.
> 'Well-maybe make 'em real loud,' said Hazel. 'I think I'd make a good Handicapper General.'
> 'Good as anybody else,' said George[37].

Come ricordato, Harrison Bergeron ha avuto vari adattamenti cinematografici; fra questi si possono ricordare il breve film *2081*[38], in cui la prospettiva utilizzata è quella di George, e il già citato film intitolato *Harrison Bergeron* del 1995[39]. Ci sono alcune differenze fra questi film e l'Opera di Vonnegut. A parte quelle già menzionate, in *2081* Harrison Bergeron minaccia di far esplodere una bomba (elemento non presente nel racconto). Nel racconto è Harrison a scegliere la sua imperatrice, in *2081*, invece, è lei ad alzarsi e a togliersi i dispositivi invalidanti dopo il discorso di Harrison.

Nel racconto, Harrison è più giovane che in *2081* e un'altra differenza cruciale riguarda il contenuto del discorso pronunciato dal protagonista. In *2081*, infatti, Harrison non si presenta come l'Imperatore, ma semplicemente come un ribelle che vuole anche contribuire alla libertà e al miglioramento delle condizioni di vita dei consociati. Se nel racconto di Vonnegut George rappresenta l'obbedienza alla legge e la passività, questo aspetto viene parzialmente meno in *2081*[40].

Nel film del 1995[41], invece, non vi è traccia della scena del ballo e in generale la trama viene stravolta. I fatti si svolgono nel 2053, Harrison viene arruolato da una sorta di *élite* segreta ("National Administration Center") che domina il mondo e che è formata da uomini che non indossano dispositivi invalidanti. Harrison si innamora di Philipa, che ha conosciuto in una sorta di bordello ("head house"), dove delle donne ("mind whore") sprovviste di dispositivi invalidanti vengono pagate per intrattenere conversazioni intelligenti e impegnate con i loro clienti. Mentre nel racconto Harrison viene ucciso dal *Generale Handicappatore*, nel film del 1995 Harrison si suicida in diretta dopo aver preso il controllo dell'emittente nazionale. Inoltre, in questo film Harrison ha un figlio da Philipa.

[37] K. Vonnegut, *Harrison Bergeron cit*.

[38] Diretto e scritto da Chandler Tuttle e visibile al seguente link: *https://www.teaching2081.org/*

[39] Vi sono anche altri adattamenti cinematografici, ma per questo scritto mi concentrerò solo sui due richiamati nel testo principale.

[40] Usnavi, *Harrison Bergeron Compare and Contrast (text vs. movie)*, 2020, *https://ccplwritersblock.wordpress.com/2020/07/14/harrison-bergeron-compare-and-contrast-text-vs-movie/*

[41] Diretto da Bruce Pittman.

3. *Conclusioni*

L'interesse che gli scritti di Vonnegut generano fra i giuristi conferma anche l'importanza dell'insegnamento del Prof. Prisco che, fra i costituzionalisti, è stato sicuramente uno dei pionieri dell'approccio *diritto e letteratura*.

Sullo sfondo della storia narrata da Vonnegut rimane il grande tema del governo e del potere nel controllo della vita e della morte dei consociati, uno dei grandi fili conduttori dell'Opera di Vonnegut, un Vonnegut quasi biopolitico, potremmo dire. Basti pensare alle scene relative agli stupri correttivi o al suicidio etico in *Welcome to the Monkey House*, con riferimento a un futuro distopico in cui vi è il problema del sovrappopolamento e della scarsità delle risorse. Altro elemento ricorrente è l'importanza giocata dai mass media, utilizzati dal governo per controllare le masse e quindi oggetto dell'attacco di Harrison (nelle sue varie versioni), perché è da lì che Harrison cerca di risvegliare le loro coscienze, raggiungendoli nelle case grazie alla televisione.

Le riflessioni suscitate da un'opera così breve come Harrison Bergeron sono davvero di stringente attualità per i giuristi e non solo, basti pensare alle implicazioni che le nuove tecnologie presentano per quanto riguarda il rapporto fra l'individuo e il potere pubblico. Lo scandalo suscitato dal caso *Cambridge Analytica* in questo senso è emblematico delle conseguenze che la manipolazione delle informazioni può generare nella vita dei sistemi politici (democratici e non).

In conclusione, il diritto non esce bene da questa rappresentazione e viene per lo più visto come strumento di controllo sociale in un contesto totalitario, dove non vi è spazio per la ricerca della felicità richiamata nella Dichiarazione d'indipendenza degli Stati Uniti d'America e per i diritti richiamati dalla Costituzione americana. Anzi, nella storia raccontata da Vonnegut si è riusciti a pietrificare nella lettera della Costituzione un progetto politico che punta tutto sull'annientamento della libertà, come dimostrano gli emendamenti richiamati all'inizio di *Harrison Bergeron*.

Antonella Massaro[*]

REATI CULTURALMENTE ORIENTATI E RESPONSABILITÀ PENALE

SOMMARIO: 1. I reati culturalmente orientati commessi dallo straniero: tra motivazione e condizionamento. – 2. L*'error de comprensión culturalmente condicionado* nel codice penale peruviano. – 3. La c*ultural defense* nell'esperienza giuridica statunitense – 4. Il fattore culturale nell'ordinamento italiano. – 5. Considerazioni critiche sulla fisionomia tradizionalmente attribuita ai reati culturalmente orientati. – 6. L'arte del dialogo, anche sul complesso palcoscenico del diritto penale.

1. *I reati culturalmente orientati commessi dallo straniero: tra motivazione e condizionamento*

Le convenzioni sociali o culturali, a certe condizioni, possono influenzare la risposta dell'ordinamento penale, fondandola o, al contrario, limitandola. Questa considerazione deriva da una premessa tanto evidente quanto, a volte, sottovalutata: il diritto penale è un "diritto culturalmente orientato", nel senso che rappresenta il prodotto e, al tempo stesso, l'espressione della cultura di un popolo.

La "non-neutralità culturale" del diritto penale[1] è legata a filo doppio al suo localismo e, dunque, alla necessità per un sistema "territorialmente contingente" di confrontarsi con modelli culturali diversi da quelli di cui un certo ordinamento giuridico è espressione[2].

A venire in considerazione è, prima di tutto, la questione dei c.d. reati culturalmente e/o religiosamente orientati. La cornice più ampia è offerta del multiculturalismo e della laicità, temi ai quali il Maestro che stiamo onorando ha dedicato numerose e importanti riflessioni[3], tutte ispirate non solo dall'equilibrio e dalla solidità teorica che contraddistinguono la sua intera produzione scientifica, ma anche da una profondità "assiologica" con la quale, inevitabil-

[*] Professoressa associata di diritto penale – Università degli Studi "Roma Tre"

[1] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 89.

[2] F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., spec. 81 ss.

[3] A titolo meramente esemplificativo, S. PRISCO, voce *Laicità*, nel *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. IV, Milano, 2006, 3335 ss.; ID. *Le radici religiose dei diritti umani e i problemi attuali*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 201; ID., *I modelli istituzionali di integrazione musulmane: il caso dell'"Islám italiano"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2011.

mente, il giurista è chiamato a confrontarsi, specie di fronte a interrogativi la cui risposta mal si presta alla logica binaria del "bianco o nero".

Quando, poi, il multiculturalismo incrocia le traiettorie del diritto penale, diviene ancor più complesso individuare le coordinate di riferimento, specie in presenza di un sistema giuridico che, come quello italiano, non è storicamente avvezzo alla gestione della complessità culturale.

Secondo le definizioni più diffuse, per "reato culturalmente orientato/motivato" si intende un fatto che, pur essendo considerato penalmente rilevante in un certo ordinamento, costituisce una condotta del tutto lecita nel contesto socio-culturale e giuridico cui appartiene e fa riferimento l'agente: in certi casi può trattarsi addirittura di condotte esplicitamente facoltizzate o imposte, anche se non necessariamente per mezzo di una norma giuridica[4]. Da parte di alcuni, si pone l'accento sul conflitto esistente tra la cultura di minoranza (cui appartiene l'agente) e la cultura di maggioranza[5], anche se, a ben vedere, il conflitto rilevante è quello che contrappone la cultura di cui è espressione un certo ordinamento giuridico e la cultura che, invece, fa da sfondo a un sistema giuridico differente.

È interessante notare come l'inquadramento del reato culturalmente motivato valorizzi in maniera evidente la "motivazione soggettiva" che sta alla base della commissione del reato, la quale, tuttavia, si colloca in un quadro complesso, in cui la scelta individuale si "spiega" all'interno di un condizionamento socio-culturale. Si è precisato, per esempio, che una nozione di "cultura" funzionale alle esigenze del diritto penale debba necessariamente tener conto del ruolo che il fattore culturale svolge sulla capacità d'orientamento del singolo e sulle motivazioni a delinquere, conformemente a quelle teorie sociologiche che hanno individuato l'essenza della cultura nella sua dimensione simbolica e nella sua capacità di incidere sulla prospettiva cognitivo-valutativa del soggetto agente[6]. Il riferimento è al pensiero di autori come Talcott Parson[7] e Clifford

[4] Sia pur con accenti differenti, F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., 2010, 41-42; A. Bernardi, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010, spec. 57; C. de Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 30; F. Parisi, *Cultura dell'«altro» e diritto penale*, Torino, 2012 e 43-44;

[5] J. Van Broeck, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, in *European Journal of Crime*, *Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, 5.

[6] F. Parisi, *Cultura dell'«altro»*, cit., 16, il quale, in particolare, ritiene riduttiva la nozione "etnica" di cultura proposta da Will Kymlicka (W. Kymlicka, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1995) e ampiamente valorizzata, a fini penalistici, da C. De Maglie, *I reati culturalmente motivati*, cit., spec. 25 ss. Sulla rilevanza "condizionate" del fattore culturale, v. anche F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., spec. 27.

[7] T. Parson, *The Social System,* Londra, 1951, (trad. it.), *Il sistema sociale*, Milano, 1965.

Geertz[8], che, muovendo dall'idea della cultura come un sistema strutturato e ordinato di simboli e di significati, rispetto ai quali si registra un "consenso cognitivo" degli appartenenti a un certo gruppo, giungono a ritenere che il sistema di simboli culturali condivisi funzioni quale meccanismo di controllo per dirigere il comportamento: la cultura, in definitiva, svolgerebbe una funzione di decodificazione della realtà e di orientamento nella scelta dell'azione dell'individuo[9].

Pur senza entrare nel dettaglio delle ricostruzioni sociologiche relative ai rapporti tra azione individuale e cultura, è innegabile la convergenza rispetto a quelle ricostruzioni penalistiche che, come precisato, valorizzano la peculiarità del "movente culturale". Non si è esitato a ritenere che il fenomeno in questione si caratterizzi proprio per la «peculiarità dei motivi che inducono il soggetto alla commissione del fatto, i quali affondano le radici nell'intenzione di rispettare i dettami di un ordinamento normativo, che può essere etico, religioso o sociale, diverso da quello che pone la disposizione penale violata»[10]. La motivazione individuale, detto altrimenti, diviene una "motivazione culturale" a condizione che, lungi dal restare confinata entro la sfera del singolo agente, costituisca l'espressione di un "modello di comportamento" sufficientemente consolidato nel gruppo di appartenenza e in grado di orientare le scelte dell'individuo.

Si è altresì precisato che, affinché possa accertarsi, nell'ambito del processo penale, la sussistenza di un "fatto culturalmente motivato", sarebbero necessari i seguenti requisiti[11]: a) il *motivo culturale*: la causa psichica che ha determinato il soggetto ad agire trova spiegazione del bagaglio culturale dell'agente; b) la *coincidenza di reazione*: la motivazione culturale dell'agente è dotata di una sua "dimensione oggettiva", nel senso che il motivo culturale non fa solo parte dell'etica individuale dell'agente, ma è anche espressione del bagaglio culturale di un certo gruppo; c) il *divario di culture*: la cultura del gruppo cui appartiene l'agente deve divergere in maniera significativa da quella del Paese ospitante (*rectius*, di cui è espressione l'ordinamento giuridico della cui applicazione si discute).

[8] C. Geertz, *The Interpretation of Culture*, New York, 1973, (trad. it) *Interpretazione di culture*, Bologna, 1987, spec. 86.

[9] F. Parisi, *Cultura dell'«altro»*, cit., 10 ss. e 16 ss.

[10] G. Fornasari, *Nuove riflessioni sulle categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in *La magistratura*, 2010, fasc. 1-2, 24.

[11] Si fa riferimento al modello ricostruttivo proposta da C. De Maglie, *I reati culturalmente motivati*, cit., 31. V. anche, in termini sostanzialmente coincidenti, J. Van Broeck, *Cultural Defence*, cit., 15 ss.

Le definizioni di reato culturalmente motivato, detto altrimenti, ruotano attorno al baricentro della "scelta condizionata" dell'agente, la cui azione può essere "interpretata" e, quindi, riempita di "significato" solo se inserita in più ampio contesto culturale di riferimento. Il movente del soggetto, questo è il punto, non rileva in una dimensione esclusivamente soggettiva: è un movente che nulla chiarisce rispetto ai motivi interiori dell'agente, ma che rappresenta l'indice di un oggettivo scollamento tra modelli di comportamento, riconoscibile da parte di un osservatore esterno.

L'esigenza diviene quella di verificare se il giudizio di responsabilità penale possa e/o debba valorizzare il significato di una condotta che risponda a queste caratteristiche. Le "risposte" di un ordinamento a fronte del fenomeno della diversità culturale, tanto sul versante legislativo quanto su quello giurisprudenziale, possono ispirarsi a un atteggiamento di tolleranza, di intolleranza o di indifferenza[12], sebbene non tutti gli ordinamenti nazionali mostrino delle opzioni chiare o, comunque, agevolmente riconoscibili.

2. *L'*error de comprensión culturalmente condicionado *nel codice penale peruviano*

Una delle soluzioni più interessanti per la gestione del fattore culturale sul piano tecnico-giuridico è senza dubbio quella seguita dall'art. 15 del codice penale peruviano del 1991, il quale, rubricato *Error de comprensión culturalmente condicionado*, esclude la punibilità del soggetto che *por su cultura o costumbres* commette un fatto penalmente rilevante senza poter comprendere il carattere delittuoso della sua condotta o, comunque, senza potersi determinare secondo quella comprensione[13]. L'obiettivo dell'art. 15 del codice penale peruviano è evidente: il legislatore intende valorizzare il modello culturale dei popoli indigeni, superando l'idea che gli stessi debbano essere considerati come selvaggi e/o come soggetti non imputabili e pericolosi[14].

[12] A. Bernardi, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, cit., 9 ss., il quale precisa che i modelli in questione, lungi dal porsi in un rapporto di reciproca incompatibilità, possono operare congiuntamente nel medesimo ordinamento penale e addirittura nello stesso momento storico.

[13] Art. 15 codice penale peruviano: «*Error de comprensión culturalmente condicionado. El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena*».

[14] R. Peña cabrera, *El error de prohibición y el error culturalmente condicionado de los artículos 14 (2.º párrafo) y 15 del Código penal peruano*, in *Rev. der. pen. crim.*, 1993, 603 ss.; J. Cerezo Mir, *La regulatión del error de prohibición culturalmente condicionado en el Código penale peruano*, in *Universitas Vitae*, *Homehaje a Ruperto Núñez Barbero*, Universidad de Salamanca, 2007, 102.

La natura giuridica dell'art. 15 del codice penale peruviano è estremamente controversa.

Secondo l'impostazione più risalente, l'errore di comprensione culturalmente condizionato rappresenterebbe una *species* del *genus* "*error de prohibición*", (errore sull'antigiuridicità penale), disciplinato al secondo comma del precedente art. 14: quest'ultimo stabilisce che l'errore invincibile sulla illiceità del fatto costitutivo di reato esclude la responsabilità, prevedendo invece un'attenuazione di pena in caso di errore vincibile[15].

La prima elaborazione della categoria dell'errore culturalmente condizionato viene comunemente attribuita a Eugenio Raúl Zaffaroni, il quale riteneva che al soggetto che conosce il divieto penale, ma non è in grado di "internalizzarlo" per ragioni di tipo culturale, non può rimproverarsi, come regola generale, questa mancanza di internalizzazione (o comprensione)[16]. Se un soggetto nato e cresciuto in una comunità indigena, con i propri usi culturali, esegue una inumazione conformemente ai suoi rituali, ma in violazione delle leggi vigenti, ben potrebbe conoscere il divieto e sapere che le inumazioni in quelle condizioni possono diffondere una malattia pericolosa, ma, nonostante ciò, non potrà internalizzare (comprendere) l'antigiuridicità della propria condotta, perché, a fronte dell'importanza del rito funebre, il rischio gli sembrerà sempre minimo e non potrà da lui esigersi una visione differente. In questi casi, la colpevolezza dovrebbe considerarsi diminuita o, in casi eccezionali, esclusa, posto che da parte del soggetto non sarebbe esigibile una condotta conforme alla consapevolezza dell'antigiuridicità formale della stessa.

L'*error de comprensión culturalmente condicionado*, tuttavia, non sempre è un errore determinato da una "consapevolezza dissidente" (*conciencia disidente*), ben potendo consistere nella erronea supposizione di una causa di giustificazione (*justificatión putativa*): così, per esempio, gli appartenenti alla popolazione amerinda dei Waorani, nell'Ecuador orientale reagivano in maniera aggressiva nei confronti dei bianchi, perché, temendo uno sterminio da parte loro, ritenevano sussistente uno stato di legittima difesa[17].

Quel che importa, ad ogni modo, è che, secondo queste premesse, l'errore di comprensione culturalmente condizionato rientrerebbe nella categoria dell'errore di proibizione.

[15] Art. 14 codice penale peruviano (*Error de tipo y error de prohibición*), secondo comma: «*El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena*».

[16] E.R. Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, IV, Buenos Aires, 1982, 200 ss.

[17] E.R. Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*, cit., 201.

In senso contrario, si è ritenuto che quella disciplinata dall'art. 15 del codice penale peruviano debba piuttosto qualificarsi come una causa di esclusione dell'antigiuridicità[18], come una causa di esclusione dell'imputabilità[19] o che la condotta posta in essere per convinzioni culturali sia una condotta atipica, in quanto socialmente adeguata[20].

3. *La* cultural defense *nell'esperienza giuridica statunitense*

Analoghe incertezze ricostruttivo-sistematiche si registrano nell'esperienza giuridica nordamericana che, per evidenti ragioni storico-sociali, ha riservato ampio spazio al dibattito relativo alle *cultural offences* e, in particolare, alla rilevanza attribuita alla c.d. *cultural defence*.

Il termine *defence*, che, in senso stretto, fa riferimento a una determinata strategia processuale, finisce per indicare, sul versante sostanziale, delle cause di esclusione o di riduzione della responsabilità molto differenti tra loro: dalle *justifications*, corrispondenti in sostanza alle nostre cause di giustificazione, alle *excuses*, riferibili a quelle situazioni in cui, pur restando intatta la *wrongfulness* (antigiuridicità, ingiustizia) della condotta, la "scusano" in ragione di particolari caratteristiche dell'agente (età o infermità mentale, per esempio)[21].

Tra le critiche più ricorrenti che la *cultural defense* si è attratta negli ultimi decenni[22], si segnalano quelle relative al rischio di un'autentica eterogenesi dei fini dell'istituto, il quale finirebbe per assicurare un trattamento più benevolo a fronte di forme di violenza che l'ordinamento non dovrebbe giustificare, ma, anzi, condannare più severamente. Il riferimento è, in particolare, alla violenza maschile contro donne e bambini, posto che le forme di violenza domestica o di *gender-based violence* rappresentano alcune delle ipotesi più ricorrenti nella casistica del "reato culturale". La *cultural defence*, teorizzata come reazione all'imposizione del modello occidentale e come espressione di una risposta penale proporzionata e individualizzata[23], finirebbe per tradursi in uno strumen-

[18] J. Villa Stein, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, San Marcos, 1998, 442 ss.

[19] I Meini, *Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal*, in, Derecho PUCP, 2007, 17 ss.

[20] J. Armaza Galdós, *El condicionamiento cultural en el Derecho penal peruano*, in *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, 2002, 543 ss.

[21] S. Vinciguerra, *Diritto penale inglese. I principi*, Padova, 1992, 201 ss.

[22] Per un'ampia e documentata rassegna degli argomenti a favore e contro la *cultural defence*, si rinvia a L. Mobbley, *American Kaleidoscope: An Intersectional Approach to the Cultural Defense*, 53 Loy. U. Chi. L. J. 623, 2022, 649 ss.

[23] A.D. Renteln, *The Cultural Defense*, 2004, 5 ss. e 347.

to di omologazione culturale e di immobilismo dei costumi[24] o, addirittura, in un possibile scudo per la violenza.

4. *Il fattore culturale nell'ordinamento italiano*

È innegabile che il condizionamento culturale, nelle esperienze che in maniera più significativa sono state chiamate a gestire i potenziali effetti del multiculturalismo (Perù, Stati Uniti), sia divenuto uno strumento attraverso il quale attenuare o, addirittura, escludere la responsabilità penale, conformemente a un modello multiculturale (non importa se forte o debole). L'impostazione tradizionale, detto altrimenti, è quella che valorizza un "condizionamento culturale con effetti *in bonam partem*.

La tendenza che si registra nell'ordinamento giuridico italiano si rivela, invece, più complessa, evidenziando a tratti un atteggiamento assimilazionista-discriminatorio[25] tanto da parte del legislatore quanto da parte del giudice: il fattore culturale, da causa di esclusione o di attenuazione della responsabilità, diviene, in altri termini, una circostanza in grado di determinare l'applicazione di una pena più severa.

Sul versante legislativo, risulta particolarmente emblematica l'introduzione, con la l. n. 7 del 2006, di una fattispecie autonoma per il delitto di mutilazione e di lesione degli organi genitali femminili (art. 593-*bis* c.p.), che prevede pene più severe rispetto alle lesioni personali gravi o gravissime. Lasciando in sospeso l'interrogativo sul rafforzamento di tutela realizzato con l'introduzione dell'art. 583-*bis* c.p., reso più complesso anche dalle rare applicazioni giurisprudenziali delle fattispecie in questione[26], quel che importa è che le pratiche di mutilazione genitale femminile rappresentino, senza particolari dubbi, una tipologia di "reato culturalmente orientato".

Analoghe considerazioni potrebbero valere, *mutatis mutandis*, per l'art. 558-*bis* c.p, introdotto dalla l. n. 69 del 2019 (c.d. codice rosso), che punisce la «costrizione o induzione al matrimonio»[27]. I matrimoni forzati, magari accom-

[24] A. Phillips, *When Cultures Means Gender: Issues of Cultural Defence in the British Courts*, in *Modern Law Review*, 2003, n. 66, 510 ss

[25] Così, C. de Maglie, *I reati culturalmente motivati*, cit., 32.

[26] Tra le rare applicazioni giurisprudenziali dell'art. 583-*bis* c.p., si segnalano App. Venezia, 23 novembre 2012, n. 1485, su cui F. Basile, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583* bis *c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 23 luglio 2013; Cass., Sez. V pen., 14 ottobre 2021, n. 37422.

[27] Per tutti i necessari riferimenti sulle ragioni che hanno condotto all'introduzione della fattispecie, A. Panetta, *Costrizione o induzione al matrimonio*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di G. Fidelbo, Torino, 2021, 113 ss.

pagnati dal pagamento del "prezzo della sposa", rappresentano un fenomeno tipico delle comunità Rom e sono espressione di una distanza rispetto ai valori sui quali si fonda l'ordinamento giuridico italiano (attuale).

Passando all'esame della giurisprudenza, gli orientamenti evidenziatisi in riferimento alla "motivazione culturale" sono stati indubbiamente oscillanti ed eterogenei.

La Corte di cassazione tende ad escludere che il fattore culturale possa trovare ingresso nell'ordinamento italiano attraverso le cause di giustificazione del consenso dell'avente diritto e/o dell'esercizio di un diritto (artt. 50 e 51 c.p.)[28], mentre il riferimento all'art. 5 c.p. (ignoranza inevitabile della legge penale), al quale pure si è fatto ricorso in certi casi[29], non sembrerebbe poter assumere un rilievo generalizzato.

La soluzione più frequente, allora, diviene quella di valorizzare il fattore culturale in sede di commisurazione della pena (art. 133 c.p.). La "motivazione culturale", tuttavia, non necessariamente produce effetti favorevoli, ben potendo essere valutato in senso sfavorevole al reo.

In un caso di maltrattamenti in famiglia nei confronti della moglie, per esempio, la Corte di cassazione ha osservato che «atteggiamenti derivanti da subculture in cui sopravvivono autorappresentazioni di superiorità di genere e pretese da padre/marito-padrone non possono rilevare né ai fini dell'indagine sull'elemento soggettivo del reato (nella fattispecie dolo generico, pacificamente sussistente secondo la ricostruzione dei giudici di meriti) né a quella concernente l'imputabilità dell'imputato, peraltro mai messa in dubbio dalla stessa difesa. Il fatto che tali atteggiamenti siano proseguiti per ben trent'anni – costituendo perciò il costume abituale di un anacronistico *pater familias* maschilista e intollerante, refrattario alla modificazione del costume e alla vigenza delle leggi della Repubblica che hanno progressivamente dato attuazione al principio costituzionale di uguaglianza tra i coniugi – lungi dal potersi considerare una scriminante o un'attenuante, è stata correttamente valutata dai giudici di merito ai fini dell'intensità del dolo e dell'entità della sofferenza e del danno patiti dai famigliari conviventi»[30].

Particolarmente note, poi sono le prese di posizione con cui la Corte di cassazione ha escluso il "giustificato motivo" *ex* art. 4 l. n. 110 del 1975 (porto di armi od oggetti atti ad offendere) per l'indiano appartenente alla religione Sikh

[28] Cass., Sez. VI pen., 20 ottobre 1999, n. 3398. *Amplius*, G. Salcuni, *Libertà di religione e limiti alla punibilità. Dalla "paura del diverso" al dialogo*, in Ind. pen., 2006, 620 ss.

[29] Cass., Sez. IV pen., 24 novembre 2011, n. 43646.

[30] Cass., Sez. IV pen., 26 aprile 2011, n. 26153, in Cass. pen., 2012, fasc. 9, 2960, con nota di F. Piquè, *La subcultura del marito non elide l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti né esclude l'imputabilità del reo*.

che indossasse il kirpan, individuando come «essenziale l'obbligo per l'immigrato di conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale, in cui ha liberamente scelto di inserirsi, e di verificare preventivamente la compatibilità dei propri comportamenti con i principi che la regolano e quindi della liceità di essi in relazione all'ordinamento giuridico che la disciplina»[31].

In una recente pronuncia, ad ogni modo, la Corte di cassazione ha ritenuto corretta l'applicazione delle circostanze attenuanti generiche in ragione della condizione sub-culturale dell'agente, in un caso di "vendita della sposa"[32]. Proprio quest'ultima sentenza offre spunti interessanti sul versante più strettamente teorico-ricostruttivo. I giudici di legittimità, più esattamente, non hanno esitato a ritenere che la questione posta dai reati a movente culturale consista nella «rilevanza di un conflitto normativo determinato dall'antinomia tra la norma penale ed una regola di matrice culturale ai fini dell'affermazione della responsabilità di colui che ha violato la prima per conformarsi alla seconda»[33]. In un'altra sentenza si chiarisce altresì che l'interferenza del movente culturale sugli elementi strutturali del reato andrebbe valutata nell'ottica di un «attento bilanciamento tra il diritto, pure inviolabile, del soggetto agente a non rinnegare le proprie tradizioni culturali, religiose, sociali ed i valori offesi o posti in pericolo dalla sua condotta»[34].

La Corte di cassazione[35], poi, ha precisato che dal regime di pluralismo confessionale e culturale delineato dalla nostra Costituzione agli artt. 2 e 8, ma anche da numerose fonti internazionali e sovranazionali (artt. 8, 9 e 14 CEDU, la Convenzione ONU di Parigi del 20 ottobre 2005 sulla protezione e la promozione delle diversità delle espressioni culturali, e l'art. 22 della Carta di Nizza) deriva il diritto del singolo alla tutela della propria identità culturale e religiosa: tutti i diritti fondamentali, però, si troverebbero tra loro in rapporto di integrazione reciproca, senza che ad uno solo di essi possa attribuirsi una prevalenza assoluta sugli altri, perché altrimenti si verificherebbe una illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Proprio muovendo da queste premesse, la Corte ha escluso la configurabilità di una "scriminante culturale" in tutti quei casi in cui l'esercizio del diritto dell'agente a rimanere fedele alle regole sociali del proprio gruppo identitario di riferi-

[31] Cass., Sez. I pen., 31 marzo 2017, n. 24084.

[32] Cass., Sez. V pen., 13 maggio 2021, n. 30538.

[33] Cass., Sez. V pen., 13 maggio 2021, n. 30538, punto 4.1. del *Considerato in diritto*.

[34] Cass., Sez. III pen., 29 gennaio 2018, n. 29613, punto 3.4. del *Considerato in diritto*.

[35] Il riferimento è, ancora, a Cass., Sez. V pen., 13 maggio 2021, n. 30538, punto 4.4. del *Considerato in diritto*.

mento si traduce nella negazione dei beni e dei diritti fondamentali configurati dall'ordinamento costituzionale presidiati dalle norme penali violate[36].

5. *Considerazioni critiche sulla fisionomia tradizionalmente attribuita ai reati culturalmente orientati*

Alcune delle coordinate definitorie e sistematiche alle quali si è soliti fare riferimento in materia di reati a movente culturale, a ben vedere, sono meno solide di quanto possano *prima facie* apparire.

a) *Dal movente alla causa del reato*. Anzitutto, come già precisato, le peculiarità della categoria in questione non risiedono nel movente del reato, inteso, in un'accezione meramente psicologica, come l'impulso psichico che ha sorretto la condotta dell'agente nel caso concreto. Risultano invece più convincenti le ricostruzioni che valorizzano l'oggettivo contrasto tra modelli culturali e, quindi, giuridici, il quale rappresenta la "causa" in grado di "spiegare" la commissione del reato. L'accertamento, di conseguenza, deve avvenire secondo un parametro oggettivo, che valorizzi il punto di vista di un osservatore esterno e non il foro interno dell'agente concreto. La prospettiva, detto altrimenti, dovrebbe essere non tanto quella *culturally-motivated crimes*, bensì quella dei *culturally-based crimes*.

b) *Il problematico riferimento all'inesigibilità*. L'oggettivo contrasto tra culture è legato a filo doppio alla "costrizione" che sarebbe alla base dei reati culturalmente orientati: visto l'effetto condizionante del modello culturale di riferimento, la scelta del soggetto non potrebbe considerarsi davvero libera, anche perché la maggioranza degli appartenenti al suo gruppo sociale, nella medesima situazione, si sarebbe comportata allo stesso modo. La tentazione, detto altrimenti, potrebbe essere quella di fondare l'esclusione della punibilità sulla proteiforme categoria dell'inesigibilità, la quale, a sua volta, affonda le radici storiche nella concezione normativa di colpevolezza[37]. L'idea di fondo da cui muove la concezione normativa della colpevolezza è sufficientemente nota: deve ritenersi penalmente responsabile solo il soggetto che si è potuto motivare "normalmente" nelle circostanze del caso concreto (Frank fa riferimento alla "normalità delle circostanze concomitanti all'azione" e, poi, alla "normalità della motivazione"), con la rimproverabilità (*Vorwerfbarkeit*) che si vede attribuito un ruolo autonomo nella costruzione del concetto

[36] Cass., Sez. V pen., 13 maggio 2021, n. 30538, punto 4.4. del *Considerato in diritto*, con ampie citazioni della giurisprudenza di riferimento.

[37] L'atto di nascita della teoria normativa della colpevolezza, come noto, si fa tradizionalmente risalire a R. Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Festschrift für die Juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts – Jubiläum*, Giessen, 1907, 543 ss.

di colpevolezza[38]. Al rapporto tra l'autore e il fatto, che si esaurisce nella rappresentazione degli elementi del reato, si aggiunge il rapporto tra l'autore e la norma, che dovrebbe condurre a "scusare" il soggetto in tutti i casi in cui il soggetto si trovi nella impossibilità (non materiale, ma) morale di adeguarsi al comando espresso dalla norma penale.

Indipendentemente da come la categoria dell'inesigibilità si collochi rispetto al diritto positivo italiano[39], il giudizio in questione sembrerebbe presupporre una omogeneità di valori tra chi giudica e chi è giudicato. Affinché la condotta conforme alle pretese dell'ordinamento possa ritenersi inesigibile, detto altrimenti, è necessario che l'impossibilità morale derivi da un ostacolo "conforme" ai "valori" che fanno da sfondo al nostro ordinamento: nel caso di uno stupro o di un omicidio punitivo nei confronti di una donna per un suo presunto tradimento, quindi, non ci sarebbe inesigibilità che tenga, anche se, oggettivamente, la condotta dell'agente è stata determinata dalle convinzione del gruppo socio-culturale cui lo stesso appartiene.

c) *L'inadeguatezza dello schema del conflitto di norme a fronte di una violazione dei diritti fondamentali*. Prendendo in esame, infine, i reati culturalmente orientati che si risolvono in una violazione dei diritti fondamentali della persona offesa (vita, integrità fisica, libertà morale, libertà sessuale), neppure sembra convincente il riferimento a un preteso "conflitto" tra diritti fondamentali, da risolversi attraverso la logica di un "bilanciamento".

Non è un caso che l'art. 2 della *Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali* del 2005, ratificata dall'Italia con la l. 19 febbraio 2007, n. 19, dopo aver stabilito che «la protezione e la promozione della diversità culturale presuppongono il rispetto dei diritti umani, delle libertà fondamentali quali la libertà di espressione, d'informazione e di comunicazione nonché la possibilità degli individui di scegliere le proprie espressioni culturali», precisi che «le disposizioni della presente Convenzione non possono essere invocate al fine di pregiudicare le libertà fondamentali e i diritti umani, sanciti dalla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani o dal diritto internazionale, oppure di limitarne la portata».

In caso di lesione di diritti fondamentali, detto altrimenti, non c'è un diritto che soccombe rispetto a un altro, ma c'è un solo diritto (quello della vittima) che deve ricevere tutela a fronte di una sua violazione.

[38] R. Frank, *Über den Afbau*, cit., 530, individuava nella *Vorwerfbarkeit* più un "riepilogo" degli elementi della colpevolezza che un elemento dotato di una sua autonomia ricostruttivo-sistematica.

[39] Per tutti, G. Fornasari, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990.

I diritti fondamentali, più in generale, sono spesso chiamati a svolgere il ruolo di "colonne d'Ercole" rispetto a una possibile rilevanza (attenuante o "scusante") del fattore culturale: può forse discutersi della rilevanza penale di un seguace del movimento rastfariano che, per ragioni religiose, detenga una significativa quantità di marujana, ma ben pochi sarebbero disposti a "trattare" sulla rilevanza penale di pratiche di mutilazione genitale femminile.

L'argomento dei diritti fondamentali, beninteso, non risulta scontato, a partire dalla complessa dialettica tra universalismo e particolarismo dei diritti riconosciuti (e tutelati) dall'ordinamento giuridico.

Muovendo dalla distinzione tra diritti umani e diritti fondamentali, se il concetto di diritti umani evoca la categoria dei diritti naturali, i quali prescindono da uno specifico riconoscimento giuridico-formale, attraverso il riferimento ai diritti fondamentali si attribuisce rilievo prioritario al riconoscimento degli stessi da parte del diritto positivo[40]. La positivizzazione dei diritti naturali, senza dubbio, ha reso meno abissale la distanza tra giusnaturalismo e giuspositivismo, dotando il diritto naturale di quella vincolatività che avrebbe dovuto funzionare da argine nei confronti delle degenerazioni di un "formalismo cieco". Allo stesso modo, i diritti fondamentali mantengono una dimensione pre-giuridica, tale per cui il diritto positivo, secondo cadenze chiaramente visibili nell'art. 2 della Costituzione italiana, non li crea ma li riconosce. Resta però il fatto che, da una parte «mentre i diritti umani possono essere oggetto di un'argomentazione puramente morale, i diritti fondamentali riconosciuti da norme giuridiche figurano in un'argomentazione giuridica, e ne subiscono i vincoli e i condizionamenti»[41]; dall'altra parte, solo la positivizzazione rende il diritto giustiziabile, tanto nel diritto interno quanto in quello internazionale: «gli esseri umani sono soggetti di diritti non soltanto entro i loro ordinamenti statali, ma anche nell'ordinamento internazionale e, se necessario, *contro* i loro Stati»[42].

"Positivizzazione" e pretesa "vocazione universale" rappresentano, per certi aspetti, un autentico ossimoro nella grammatica dei diritti fondamentali, se non altro nella misura in cui il diritto positivo costituisce l'espressione di un ordinamento giuridico contingente (nel tempo e nello spazio). Il conflitto tra modelli giuridico-culturali di riferimento e la prevalenza della norma penale "nazionale" rappresenta, indubbiamente, una peculiare forma di manifestazione del "dilemma" in questione.

[40] G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna,
[2]010, 13.

[41] G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., 13.

[42] G. Zaccaria, *Universalità e particolarismo dei diritti fondamentali*, cit., 136.

È inevitabile, quindi, che quando si discute di diritti fondamentali la prospettiva sia quella, relativa, dell'ordinamento giuridico nazionale, eventualmente "arricchito" dalle indicazioni ricavabili dalle fonti europee e internazionali: si tratta di diritti che si "impongono" su diversi modelli sociali, culturali e giuridici, assumendo l'intransigente consistenza di diritti non trattabili e, quindi, non bilanciabili.

6. *L'arte del dialogo, anche sul complesso palcoscenico del diritto penale*

La cultura, come noto, è un concetto estremamente volubile, tanto in una prospettiva sincronica quanto, soprattutto, in una dimensione diacronica.

Non sono passati molti decenni da quando il codice penale italiano prevedeva pene irrisorie per l'omicidio, le lesioni e l'infanticidio commessi "per causa d'onore", per non parlare della "speciale causa di estinzione del reato" in caso di c.d. matrimonio riparatore dopo una violenza sessuale. Quelle previsioni, espressione della cultura alla quale faceva riferimento il codice penale del 1930, sarebbero inaccettabili nel contesto attuale, che, pure, fatica a introdurre delle norme rivolte in maniera univoca al contrasto dei *gender-based crimes*.

La cultura, allora, si definisce solo attraverso la paziente arte del dialogo, cui questo volume è intitolato e che Salvatore Prisco, con la sua esperienza professionale e umana, insegna pazientemente e instancabilmente a praticare.

Il diritto penale, è cosa nota, non si caratterizza per una natura particolarmente incline al dialogo, vista la sua vocazione strutturalmente dicotomica, esclusiva, punitivo-repressiva. Il riconoscimento dell'altro, ad ogni modo, resta il primo passo necessario, anche al fine di definire, in maniera netta ma consapevole, degli argini di tutela solidi e capaci di contenere la piena del multiculturalismo, muovendo da quella "non trattabilità" dei diritti fondamentali che, almeno sul versante del diritto penale, non dovrebbe cedere alle lusinghe di un proteiforme bilanciamento.

Giuseppe Mastrominico[*]

DIRITTO, LETTERATURA, STORIA

SOMMARIO: 1. Diritto e letteratura e storia del diritto. – 2. L'arte di raccontare storie: il ricorso del giurista alle narrazioni letterarie. – 3. Ferite della storia e cure risarcitorie: il diritto quale "valore freddo" dell'esistenza umana. – 4. La questione del "diritto vivente". – 5. Il valore delle indagini giusletterarie.

1. *Diritto e letteratura e storia del diritto*

Individuare nella norma i concetti, le vedute e i principi che percorrono l'intero sistema, consentendo alla norma stessa di riassumere e regolare svariate fattispecie, fino a conferire alla decisione del singolo caso esattezza e rigore scientifico: a violare questa precisione geometrica, pubblicizzata dalla scuola storica come il vero segreto degli antichi giuristi, è intervenuta la costante rimozione dei confini tra le scienze sociali, promossa da un gran numero di discipline e movimenti: *law & literature*, *law & economics*, *law & society*, *law & gender*, *law & race*, *critical legal studies*, ecc. Tra questi, il *Law & Literature*, visto dall'angolo prospettico della storia del diritto, assume un peso specifico nell'insegnamento della disciplina.

L'avvio ufficiale in Italia degli studi su "diritto e letteratura" è stato fatto coincidere con un saggio di Antonio D'Amato del 1936[1], sostenuto in prefazione da Alfredo De Marsico. Entrambi gli autori manifestarono nell'opera la consapevolezza di aver abbracciato un nuovo ambito disciplinare, al quale tuttavia essi guardavano con la convinzione di trovarsi dinanzi ad una corrente proveniente principalmente dalla Germania di Fehr e Radbruch oltre che dall'America di Wingmore e Cardozo. Il contributo di originalità della cultura italiana era da ricercare semmai nel senso più intimo della lezione crociana, per cui la lettura congiunta di diritto e letteratura affondava le proprie radici nell'unicità dello spirito umano e di conseguenza nella molteplicità delle sue modalità espressive nel corso della storia. Più esattamente. Si riservava alla letteratura un ruolo di "servizio" ritenuto indispensabile per il diritto, giacché la prima avrebbe fornito al secondo non solo le sue componenti estetiche, ma anche e soprattutto il materiale necessario per rispondere alle esigenze reali della vita, garantendone una corretta evoluzione. In pratica la letteratura, con la sua

[*] Ricercatore assegnista - Università degli Studi di Padova.

[1] A. D'AMATO, *La letteratura e la vita del diritto. Saggi*, Milano, 1936.

capacità di penetrare nel fondo della coscienza umana, d'interpretare i bisogni più profondi della società e d'intuire le forti aspirazioni dei popoli, offriva una gran messe di "lavori preparatori" utili per la scrittura di un codice degno di questo nome, specchio fedele dell'opinione comune.

In quegli stessi anni Ferruccio Pergolesi faceva della letteratura l'abito civile del giurista, la fonte somministratrice sia di importanti cognizioni positive («il diritto effettivamente in vigore in un dato ambiente"[2]) sia di appropriati fondamenti teorici ("problemi di giustizia naturale, che trascendono le formule codificate e si appellano alla coscienza, tra la fluttuazione e il cozzo di interessi contrastanti […]»[3]). In questa direzione egli selezionò – con scritti che coprono più di trent'anni di lavoro accademico – una varietà di documenti letterari con l'intento di approfondire – sul terreno della prassi – temi allora d'attualità, come l'istituto della famiglia, il diritto pubblico e quello successorio, il processo, le professioni legali e così via; e – sul terreno della teoria – argomenti attinenti alla formazione sociale del diritto o all'essenza intima della giustizia. Lo studioso quindi passava in rassegna opere tanto classiche quanto contemporanee per compiere un sapiente esercizio di autocritica teso a dimostrare la idoneità della letteratura a fornire al giurista spunti di incivilimento etico.

Questi, dunque, gli inizi italiani del movimento nelle sue due articolazioni originarie: *diritto nella letteratura* e *letteratura nel diritto*.

La strada nel frattempo percorsa è stata descritta – con sempre maggiore frequenza negli ultimi anni – da una pluralità di autori e riviste che puntualmente hanno consegnato all'attenzione scientifica aggiornate rassegne bibliografiche di orientamento. Se ne ricava che, nel momento in cui anche in Italia il *Law and Literature Movement* si è andato organizzando in termini di scuola, forte viene avvertito il bisogno d'interrogarsi sull'effettivo raggio d'azione delle analisi proposte dallo stesso nonché sulla genealogia dell'approccio ufficiale ai temi di "diritto e letteratura".

Occorre sottolineare che le indagini giusletterarie novecentesche, benché rientranti a pieno titolo nel novero delle ricerche sostanziose, accortamente motivate sul piano del metodo, in Italia con difficoltà hanno trovato consenso effettivo od immediata corrispondenza, almeno fino agli anni Ottanta del secolo scorso. La riflessione che per mezzo dello strumento letterario alcuni nostri giuristi andavano compiendo sulla finitezza della giustizia umana, sull'imperfezione delle leggi, sugli errori dei tribunali, sulle pressioni del potere politico,

[2] F. Pergolesi, *Diritto e giustizia nella letteratura moderna narrativa e teatrale: note aggiunte*, Bologna, 1956, 15.

[3] Ivi, 14.

sulla sfiducia dei consociati, sul loro senso di solitudine e sul loro desiderio di riscatto, assai di rado fu accolta con entusiasmo dalle scuole giuridiche nostrane.

La diffidenza, in verità, dura tuttora.

E in questo clima appare quantomeno paradossale che da noi la storia giuridica per molto tempo abbia rinunciato a coltivare i diversi aspetti del movimento in questione, che è stato lasciato al dominio pressoché esclusivo della filosofia del diritto o dei giuristi positivi.

Ha forse pesato su ciò una certa autoreferenzialità disciplinare. Lo storico del diritto, sapendo che la coppia diritto/letteratura è un elemento strutturale della propria disciplina, l'ha considerata come un dato normale, naturale, quasi scontato e perciò non meritevole di speciali sottolineature. Altrettanto scontata e banale, però, è l'osservazione secondo cui il valore di una "cosa" è solito rivelarsi in tutta la sua consistenza solo allorquando se ne accusi la perdita o lo smarrimento. Pertanto, se negli ultimi anni il *Law and Literature Movement* è stato in grado di trasformare letterati, sociologi, filosofi, comparatisti e giuristi positivi in accorti storici del diritto, è pur vero che questi ultimi non sono stati sempre scelti o individuati quali interlocutori privilegiati.

A questa difficoltà esterna di riconoscimento se n'è aggiunta un'altra di ricerca e di metodo, tutta interna al discorso storico-giuridico. In tale ambito, infatti, se non si è mancato di proiettare sull'antico regime modelli teorico-normativi tipicamente ottocenteschi, più raramente è avvenuto il contrario: interrogarsi cioè sulla sopravvivenza ottocentesca dei modelli di antico regime, sulle eredità che il diritto comune ha lasciato al secolo dei codici e della pandettistica, ivi compreso il binomio "diritto e letteratura" scisso in nome di una ricercata specializzazione dei saperi.

2. *L'arte di raccontare storie: il ricorso del giurista alle narrazioni letterarie*

La lettura congiunta di diritto e letteratura è stata solitamente interpretata dai giuristi o come solenne richiesta d'aiuto o come pura e semplice necessità.

Come richiesta d'aiuto in quanto il diritto, nella descrizione della realtà, ha cercato di mutuare dalla poesia, destinata al medesimo compito, la sua luce di sogno e di speranza (lo si è detto a proposito dei germanisti della scuola storica impegnati a ricercare le radici del proprio diritto consuetudinario); come necessità perché la letteratura rappresenta per certi versi un'incarnazione della legge stessa, fornendo al diritto la sua struttura narrativa (si pensi «alle grandi narrazioni che hanno segnato la storia dell'umanità», cominciando da Omero).

Quest'ultimo approccio ha riscosso senz'altro i maggiori consensi, tanto da essere considerato "tappa culturale obbligata" per le moderne scienze. E a

dire il vero basta una semplice ricognizione per constatare come dalla psicologia alla pedagogia, dalla medicina alla giurisprudenza, dalle scienze politiche a quelle sociali, dalla teologia alle scienze cognitive, il "racconto" ha assunto una dimensione imperiale, colonizzatrice, adatta ad ogni impiego e al raggiungimento di qualunque obiettivo. Il che lascia supporre la strumentalizzazione o la banalizzazione cui l'idea narrativa viene spesso sottoposta, trasformandosi in un concetto tanto promiscuo quanto ambiguo. La propaganda utilizzata per costruire gli orizzonti narrativi della politica, ad esempio, è stata assunta quale modello negativo del fenomeno in parola, ma il lavoro dello storico non si sottrae alle critiche giacché l'idea di "fonte" come sistema narrativo radicalmente inventato sembra condurre alla perdita irrimediabile dei "fatti" sottoposti – così si paventa – ad uno sconfinato arbitrio soggettivo[4].

Dopotutto il termine anglosassone *storytelling*, l'arte di raccontare storie, condivide poco o nulla dell'antica *narratio*, ossia dell'esposizione fattuale tipica della retorica classica, e rimanda perlopiù ad un immaginario confuso in cui non è facile distinguere tra realtà e finzione. Spiega Christian Salmon: «Le grandi narrazioni che hanno segnato la storia dell'umanità […] raccontavano miti universali e trasmettevano lezioni di saggezza, frutto dell'esperienza accumulata. Lo *storytelling*, invece, percorre il cammino inverso: incolla sulla realtà racconti artificiali, blocca gli scambi, satura lo spazio simbolico di sceneggiati e di *stories*. Non racconta l'esperienza del passato, ma disegna i comportamenti, orienta i flussi di emozioni, sincronizza la loro circolazione»[5]. L'autore ne ricava la distinzione tra *narrative* e *stories*, cioè tra vera narrazione e semplice scambio di aneddoti, tra testimonianza e racconto di fantasia, tra narrazione spontanea e rapporto ufficiale.

In altri termini, soltanto al di là di una certa cortina ideale – talvolta difficilmente individuabile – sarebbe possibile intraprendere quei «percorsi del riconoscimento» che troverebbero nella *Poetica* di Aristotele un illustre natale

[4] G. Cianferotti, *La storia del diritto al tempo della "Iconic Turn" in un libro sull'arco trionfale di Alfonso d'Aragona*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XL, n. 1, giugno 2010, 255-259.

[5] Ch. Salmon, *Storytelling. La fabbrica delle storie*, Roma, 2008, 13. Sul punto anche M.C. Nussbaum, *Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno della cultura umanistica*, Bologna, 2011, 111: «I cittadini non possono relazionarsi bene alla complessità del mondo che li circonda soltanto grazie alla logica e al sapere fattuale. La terza competenza del cittadino, strettamente correlata alle prime due, è ciò che chiamiamo immaginazione narrativa. Vale a dire la capacità di pensarsi nei panni di un'altra persona, di essere un lettore intelligente della sua storia, di comprenderne le emozioni, le aspettative e i desideri». Si v., inoltre, M.P. Mittica, *Raccontando il possibile. Eschilo e le narrazioni giuridiche*, Milano, 2006; O. Roselli, *Diritto, letteratura e una più ampia comprensione del "possibile"*, in *ISLL Papers*, v. 11/2018, 2-14.

e in altri scritti miliari una storia buona da raccontare[6]. In siffatta direzione l'attenzione è stata rivolta soprattutto verso le persone comuni e il modo in cui queste cercano [hanno cercato] di dare senso alla quotidianità[7]: un'ulteriore reazione alla costruzione pandettistica del diritto inteso come sistema astratto e dogmatico, distinto e lontano dalla realtà della vita sociale.

Nonostante le buone intenzioni, però, è facile cadere in alcuni eccessi.

Anzi, è opportuno rammentare la segnalazione secondo cui è occasione piuttosto frequente riconoscere alla storia o l'intreccio tipico di una celebrazione trionfalistica del progresso o, al contrario, l'intreccio tragico e nostalgico derivante dalla consapevolezza di aver subito perdite irrimediabili.

La storia di Roma e del suo diritto, sotto questo profilo, è emblematica[8]. Se si pensa tuttavia che da tempo immemore la letteratura ha guardato con diffidenza sia il diritto sia la legge, potrebbe sostenersi quanto segue: non disdegna di ricorrere alle narrazioni letterarie il giurista che riconosce la «virtù del dubbio»[9].

3. *Ferite della storia e cure risarcitorie: il diritto quale "valore freddo" dell'esistenza umana*

La citazione di cui sopra, fin troppo eloquente, intende riecheggiare i numerosi altri titoli che negli ultimi anni hanno contribuito a ridimensionare l'obiettività della conoscenza, compresa quella ricavabile dalle fonti storiche.

Forse però ancora poco si è riflettuto sulle conseguenze giuridiche di questo diverso modo di pensare, visto che le parole utilizzate dagli studiosi come segno linguistico del cambiamento culturale in parola (*invenzione*, *costruzione*, *immaginazione*, *produzione*, *mito*) annullano l'approccio al diritto nei termini classici di "fede" (la fede nel testo scritto della legge) e di "scienza" (esattezza e rigore dei procedimenti logico-giuridici), disegnando per i suoi cultori un ruolo nuovo nell'ambito della società. D'altra parte, nel momento in cui si è

[6] «Percorsi del riconoscimento» è un'espressione utilizzata da Paul Ricoeur. Per un rapido chiarimento bibliografico J. Bruner, *La fabbrica delle storie. Diritto, letteratura, vita*, Roma-Bari, 2002, 123-126. La *Politica* (e non la *Poetica*) di Aristotele viene assunta quale valido punto di partenza per un interessante discorso su diritto e tempo, con particolare riferimento alla cultura inglese del '600, da M. Bretone, *Tempo e ragione giuridica fra antico e moderno*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXVI-2, 2006, 285-304.

[7] Negli ultimi anni la "quotidianità" è stata messa al centro di numerosi e rilevanti studi dedicati all'antichità romana, che qui è superfluo citare data la loro notorietà.

[8] Si trova una conferma di ciò anche nel lavoro di L. Capogrossi Colognesi, *Dalla storia di Roma alle origini della società civile. Un dibattito ottocentesco*, Bologna, 2008.

[9] G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, a cura di Geminello Preterossi, Roma-Bari, 2007.

interrotta la naturale alleanza tra diritto e letteratura in nome della specializzazione ottocentesca dei saperi, si è dato avvio ad una lacerazione del vivere sociale così profonda da lambire le sponde del nichilismo, riconosciuto oramai come malattia ufficiale della cultura occidentale[10].

Va da sé allora che, di fronte ad una simile ferita apertasi nel tessuto della storia, il problema del confronto con il passato supera il ristretto ambito della "cura risarcitoria"[11], aprendosi a spazi narrativi da considerare – mai come adesso – essenziali al vivere quotidiano e quindi irrinunciabili per il diritto[12].

Alle soglie del Duemila Claudio Magris registrò con puntualità «il senso profondo di una trasformazione radicale della civiltà e dell'umanità e, dunque, il senso di un'indiscutibile fine di un determinato modo di vivere il mondo, di concepirlo e di amministrarlo», base per una pluralità di contraddizioni. «La più vistosa quella che vede processi di unificazione – si pensi all'unione europea – contrapposti a paralleli processi di atomizzazione particolaristica – la rivendicazione, ad esempio, di identità locali che negano furiosamente il più ampio contesto statale, nazionale o culturale che le comprende –».

E proprio in questa lotta senza esclusione di colpi, «in cui diversità sempre più selvagge si contrappongono a livellamenti sempre più generali», è dato scorgere una moltitudine di *ferite* corrispondenti alle tante ragioni che hanno contribuito ad allontanare il passato (anche quello giuridico) dalla sfera degli odierni interessi[13].

Tra le varie cause si è preferito indicare le dominanti visioni del mondo, che hanno mutato la nozione di tempo e di distanza; il cambiamento della famiglia

[10] N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004.

[11] L'espressione "ferite della storia" rimanda a questioni specifiche: alla possibilità, ad esempio, di considerare la responsabilità civile – sia degli individui sia degli Stati – quale efficace strumento risarcitorio per i torti di cui si è rimasti vittime nel corso della storia o all'opportunità di introdurre nei nostri ordinamenti apposite "leggi sulla memoria". È possibile leggere in questo atteggiamento dei giuristi positivi (nella loro inclinazione cioè a ridurre il problema del confronto con il passato al profilo esclusivo delle riparazioni in senso tecnico e specialistico) il riflesso di quel rivolgimento epocale che ha trasformato il diritto – da patrimonio di valori qual era – in un semplice *instrumentum regni*, sottraendolo stabilmente ai territori della letteratura e del sentimento. Per un inquadramento generale A. Garapon, *Peut-on réparer l'histoire? Colonisation, esclavage, Shoah*, Paris, 2008; in Italia P. Rossi, *Il passato, la memoria, l'oblio*, Bologna, 1991; sul rapporto memoria-diritto A. Mazzacane, *I giuristi e la memoria*, in *Filosofia e storia della cultura. Studi in onore di Fulvio Tessitore*, a cura di Giuseppe Cacciatore, Maurizio Martirano, Edoardo Massimilla, v. III (*Teoria e metodo*), 111-135.

[12] Si v. le osservazioni di P. Grossi, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quaderni fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 32 (2003), 25-53.

[13] Così C. Magris, *Utopia e disincanto. Storie, speranze, illusioni del moderno*, Milano, 1999, 9.

tradizionale, dove tende a scomparire il ruolo educativo degli anziani; e ancora, le trasformazioni intervenute nel paesaggio urbano e rurale, che hanno rivoluzionato l'identificazione con l'ambiente circostante; l'omologazione tanto materiale quanto mentale, che trova nelle attuali abitudini di viaggio un'efficace esemplificazione; non ultima la riforma dei programmi didattici[14].

In questa sequenza potrebbe inserirsi anche la burocratica propensione (dalla quale non è immune lo storico giurista) a considerare il diritto come "valore freddo" della propria esistenza.

4. *La questione del "diritto vivente"*

Nel mondo letterario si è amato distinguere tra "valori freddi" e "valori caldi" dell'esistenza umana. Si tratterebbe della fredda aridità del diritto contrapposta alla calda moralità della poesia; del cinismo logico della legge o della giustizia non riducibile al rigoglio colorato dei sentimenti o delle passioni. Da un lato, quindi, il formalismo delle regole giuridiche, la rigidità dei principi logici, la generalità e l'astrattezza delle regole normative; dall'altro lato, invece, l'umanità della vita.

Questa distinzione, che sembra negare qualsiasi spiraglio di umanità al diritto e ai suoi cultori, cancella d'un colpo la faticosa ricostruzione delle origini del positivismo giuridico in Europa, a partire dalla Francia. È noto infatti che i dogmi dell'"onnipotenza del legislatore" e della "completezza dell'ordinamento giuridico" (colpevoli della lamentata discrasia tra reale e razionale, tra fatti e norme, tra valori e principi, tra necessità e possibilità) furono il frutto più degli interpreti del Codice Napoleone che non dei suoi redattori.

Vale la pena riprendere per un attimo alcune delle celebri parole pronunciate da Portalis per la presentazione del *Code civil* dinanzi al Consiglio di Stato francese:

> […] in mancanza di un testo preciso su ogni materia, un uso antico, costante e ben stabilito, una serie non interrotta di decisioni simili, un'opinione o una massima accolta, tengono luogo di legge. Quando non si è diretti da nulla di ciò che è stabilito o conosciuto, quando si tratta di un fatto assolutamente nuovo, si risale ai principi di diritto naturale. […] Quando la legge è chiara, bisogna seguirla; quando è oscura, bisogna approfondirne le disposizioni. Se manca la legge, bisogna consultare l'uso o l'equità[15].

[14] Si cfr. S. Pivato, *Vuoti di memoria. Usi e abusi della storia nella vita pubblica italiana*, Roma-Bari, 2007, in particolare 37-48.

[15] *Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'Etat et du Tribunal*, v. I, Paris, 1855, 4-5.

Il giudizio d'equità rappresentava, secondo Portalis, la porta aperta al potere creativo del giudice. Che la scuola dell'esegesi l'abbia chiusa e preclusa alla riflessione giuspositivistica, non dovrebbe annullare – storicamente – le reali intenzioni della commissione napoleonica: realizzare cioè un codice che non escludesse completamente le valutazioni soggettive e personali del magistrato, pronto ad applicare il diritto precedente – consuetudine e diritto comune romano – almeno in quei casi per i quali la nuova legislazione non avesse stabilito alcuna norma.

Similmente, su un piano parallelo, è facile registrare che la rivendicazione dell'origine romanistica dell'idea codicistica – basata sul compromesso tra legge e sistema scientifico ideato da Windscheid – viene solitamente condotta azzerando il tributo che la stessa romanistica deve allo storicismo tedesco. Se quest'ultimo venne tacciato di anti-illuminismo fu per il senso irrazionale delle forze storiche che esso intese promuovere. Troppo spesso, infatti, si è portati a dimenticare che nella prospettiva originale di De Maistre, Burke o Möser, il diritto avrebbe dovuto veder compensata la propria perdita di razionalità con la valorizzazione del sentimento di giustizia "scolpito nel cuore di ogni uomo"[16].

Sulla coppia semantica storia/vita ci si potrebbe trattenere all'infinito.

Essa ha dominato la riflessione culturale degli ultimi due secoli, consentendo la riformulazione di ogni statuto scientifico o disciplinare. Andrebbero indicati, a titolo dimostrativo, i nomi di Marc Bloch e Lucien Febvre (che fecero dell'umanizzazione della storia il manifesto delle *Annales*), di Friedrich Nietzsche (per il quale invece la vita doveva dominare su ogni forma di conoscenza), di Max Weber (che ben distinse tra oggetto e soggetto della storia), di Ernst Troeltsch (che diede allo storicismo una precisa destinazione etica), come pure di Bergson, Ranke, Droysen, Burckhardt, Huizinga e così via; ci si limiterà a dire che in Italia fu Benedetto Croce a presentare tutte le possibili inclinazioni del rapporto tra storia e vita:

> Il rapporto della storia con la vita come rapporto di unità, non certamente nel senso di un'astratta identità, ma in quello di unità sintetica, che importa la distinzione e l'unità insieme dei termini; l'interesse per la vita presente come molla per indagare un fatto passato; la certezza e l'utilità della storia fondate sull'indissolubile nesso di vita e pensiero, vere fonti della storia; l'impossibilità di smarrirsi nella storia perché a volta a volta il problema di

[16] F. Meinecke, *Le origini dello storicismo*, Firenze, 1954, X-XI. Si v., inoltre, gli studi raccolti da F. Tessitore, *Storicismo e pensiero politico*, Milano-Napoli, 1974.

> esso è preparato dalla vita, e a volta a volta il pensiero lo risolve passando dalla torbidezza della vita alla distinzione della coscienza[17].

Queste parole hanno avuto una ricaduta notevole anche sul diritto e la sua storia. Si rammenterà che Giovanni Cassandro chiamò *Lex cum moribus* l'indagine della realtà concreta del diritto, dell'effettiva esperienza giuridica vissuta dalle società del passato, distanziandosi in ciò non solo dagli autori dediti a coltivare l'indirizzo storico-dogmatico, come Guido Astuti, ma anche da Francesco Calasso o da Bruno Paradisi, certo non estranei alla lezione crociana. Era, il suo, il tentativo di fondare un nuovo indirizzo di studi che facesse del "diritto vivente" l'autentico tema d'indagine dello storico giurista[18].

L'incontro tra universale e particolare che Cassandro perseguiva ascoltando Croce è stato commentato da Mario Caravale così: «Il diritto, fattosi vita nella realtà effettiva del mondo sociale, doveva essere inteso come momento di detta unità, di modo che la sua analisi doveva necessariamente legarsi con questa in un rapporto circolare, in virtù del quale il diritto era studiato alla luce dell'unità del fenomeno storico in cui operava e al contempo consentiva di questa stessa unità una migliore comprensione»[19]. Ma veniamo direttamente alle parole dello studioso:

> Che la storia del diritto (come ogni altra storia), sia storia del concreto, sembran persuasi tutti, perché a nessuno è dato di sfuggire alla legge della storia (o se si vuole alla legge della vita), che si vuole in mezzo a individualità, che in perpetuo si svolgono. E difatti gli storici del diritto, anche i meno propensi a considerazioni di questo tipo, diciamo così speculativo, affermano che il loro indagare o il fine della loro ricostruzione è il diritto concreto, non già il diritto astratto delle leggi e dei dogmi giuridici. Sennonché, contraddicendosi nel medesimo istante, intendono per diritto concreto, ad esempio, i contratti *figure o forme negoziali tipiche o individue*, non già il contratto, che sarebbe un'astrazione della dottrina (Astuti); o gli istituti giuridici intesi nella loro singolarità e anche nel loro insieme, non le leggi la dottrina i formulari notarili e via (Niccolini); o, infine, il sistema giuridico, nel quale soltanto i singoli istituti hanno vita e significato, collocato il quale, essi, viceversa,

[17] B. Croce, *Teoria e storia*, 16-17 (la citazione è tratta da A. Musi, *Memoria, cervello e storia*, introduzione di Alberto Oliverio, Napoli, 2008, di cui si sono riprese le pagine 95-97).

[18] Per i giuristi positivi, invece, il "diritto vivente" si identifica essenzialmente con l'interpretazione giurisprudenziale delle "supreme corti" (Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e Corte Costituzionale), che si vogliono sensibili ed attente alle esigenze manifestate dalla società. Si v. N. Lipari, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008 e M. Nardozza, *Diritto vivente. Radici e tradizioni della scienza giuridica italiana*, Roma, 2018.

[19] G. Cassandro, *Lex cum moribus. Saggi di metodo e di Storia giuridica meridionale*, v. I, Bari, 1994, p. IX.

> diventano sparsi frammenti senza vita (Calasso): che è trasferita in sede storica, espressione della fede nella virtù taumaturgica del sistema, inteso, pur nella sua ambiguità, come condizione e suggello della giuridicità, la *cosa in sé*, nella quale tanti trovano pace e s'acquietano. Ma sono tutti ripieghi, che non danno la soluzione giusta al problema, dato che, per restare agli esempi addotti, astrazione sono i contratti, gli istituti giuridici, il sistema, non meno dei contratti, delle leggi, della dogmatica[20].

La lunga citazione è propedeutica ad una curiosità metodologica che può essere articolata in un duplice interrogativo: cosa è rimasto di questa lezione, se di recente si è sentito il bisogno di invocare il "ritorno alla società" della storia del diritto[21]? e quella stessa lezione come si trasforma oggi, se i "bisogni" e gli "interessi culturali" descritti da Cassandro come molla di ogni attività conoscitiva soffrono di *literal mindedness* ovvero della criticata impossibilità di andare oltre il senso letterale di una parola o la forma apparente dei fatti[22]?

5. *Il valore delle indagini giusletterarie*

In risposta a siffatte domande, diritto e letteratura si candidano a sanare la tautologia cui vengono spesso consegnate le "analisi culturali" avviate dai giuristi sul terreno della storia: queste ultime, in molti casi, ignorerebbero il carattere intrinsecamente problematico della trama sociale e, viceversa, quando della trama sociale evidenziano la complessità, finiscono col perdere di vista il diritto che avrebbero voluto indagare, assieme a tutte quelle posizioni individuali che non si lasciano mai dedurre completamente da un "testo culturale"[23].

Non solo. Andando a ritroso nel percorso che abbiamo svolto, dovremmo ammettere che le indagini giusletterarie aiuterebbero il giurista ad oltrepassare diversi limiti o a scansare diversi ostacoli, come superare la forma apparente dei fatti, andare oltre il senso letterale delle parole, restituire il diritto alla società. E, ancora, valorizzare il sentimento di giustizia scolpito nel cuore degli uomini, umanizzare il diritto fino a renderlo valore caldo della propria esistenza, curare le lacerazioni profonde del vivere sociale, riflettere sull'obiettività

[20] Ivi, 168-169.

[21] P. Caroni, *Per una storia finalmente sociale del codice*, in *Tavola rotonda. Conversazioni di storia delle istituzioni politiche e giuridiche dell'Europa mediterranea*, I, Milano, 2004, 25-49. Si v. pure P. Alvazzi Del Frate, *Individuo e comunità. Considerazioni storico-giuridiche sull'individualismo*, Torino, 2019 (in particolare, sull'affermazione dell'individualismo in relazione al Codice Napoleone, si cfr. 97 ss.).

[22] C. Gerrtz, *Oltre i fatti. Due paesi, quattro decenni, un antropologo*, Bologna, 1995.

[23] J. Le Goff, *Histoire médiévale et histoire du droit: un dialogue difficile*, in *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*, Atti dell'Incontro di studio (Firenze, 26-27 aprile 1985), a cura di Paolo Grossi, Milano, 1986, 23-63.

della conoscenza, sull'incarnazione letteraria della legge, sui criticati attributi della moderna tecnica legislativa; senza trascurare i vantaggi che normalmente derivano dalla comparazione: ricostruzione ed esplorazione dei particolari, consapevolezza delle distanze culturali, comprensione delle regole che muovono l'altrui linguaggio, confronto con le altrui ragioni, conoscenza dei meccanismi di traduzione e di adattamento. Si tratterebbe della meditata ricerca delle implicazioni umane derivanti dagli "incontri rivelatori" capaci di indurre chiunque, attraverso il confronto, a comprendere meglio se stesso, i valori che lo hanno formato, i fondamenti del contesto culturale in cui si esplica la propria personalità.

La letteratura, inoltre, potrebbe arricchire in modo rilevante quei cammini epistemologici che sono affrontati soltanto marginalmente nei manuali di metodologia o di storia giuridica: spiegare così il valore della memoria, l'individuazione delle diverse fasi dell'apprendimento, l'utilizzazione dei sensi, l'influenza dei sentimenti e delle emozioni, la creazione l'imitazione e l'interpretazione dei segni, la necessità di un codice linguistico, le difficoltà comunicative, la quotidiana attività di traduzione dei segni in immagini e delle immagini in parole, la moltiplicazione vertiginosa degli avvenimenti concretamente valutabili, il susseguirsi di mode e stili, le conseguenze derivanti dalle trasformazioni ambientali, la successiva ricerca e costruzione della propria identità, la considerazione dei rapporti esistenti tra spazio e tempo, realtà e pensiero, fatto e concetto, norma e principio…

Si potrebbe in effetti proseguire ben oltre sulla falsariga di quanto già affermato autorevolmente da altri, a cominciare da Salvatore Prisco[24], dal cui magistero discende l'indicazione di merito che nelle osservazioni fin qui svolte abbiamo reso nostra. Diritto e letteratura devono essere visti come componenti fondamentali di un complesso sistema culturale che, in modo tanto evidente quanto occulto, collaborano in una duplice direzione: modellare le categorie mentali che guidano la società contribuendo, nel medesimo tempo, alla loro decostruzione.

Ecco perché al giurista di oggi suona come conveniente – e in parte urgente – la scrittura di una storia anche per il "diritto e letteratura", come pure di una storia del diritto che non faccia più a meno della letteratura.

[24] Si v. 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, Relazione al seminario *Il diritto incontra la letteratura*, per il 791° anniversario della fondazione dell'Università Federico II, Napoli, 5 giugno 2015], 1-23.

Mauro Mazza[*]

LA RELIGIONE LUTERANA E IL COSTITUZIONALISMO: L'ESEMPIO NORVEGESE IN PROSPETTIVA COMPARATA

SOMMARIO: 1. Modelli costituzionali comparati delle relazioni tra lo Stato e la Chiesa. – 2. Il diritto costituzionale del Regno di Norvegia *in subiecta materia*. – 3. I lavori preparatori e la riforma costituzionale norvegese del 2012. 4. – Alcune conclusioni comparative, con riguardo al diritto costituzionale e pubblico dei Paesi nordici.

1. *Modelli costituzionali comparati delle relazioni tra lo Stato e la Chiesa*

Nel diritto costituzionale comparato si possono individuare (almeno) otto modelli di rapporti costituzionali tra lo Stato e la Chiesa[1]. Il primo modello delle relazioni tra le religioni e la Costituzione è quello dello "Stato ateista", ovvero della stretta separazione tra lo Stato e la Chiesa, inaugurato sul piano storico nel 1917 con la Rivoluzione russa. Nel *continuum* dei modelli di rapporti tra Stato e religione, esso si presenta come il più anti-religioso, con lo scopo di sradicare le idee religiose nella vita pubblica. Il secondo modello è quello del secolarismo assertivo, che si identifica nella forma dello "Stato laico", con la separazione formale tra Stato e religione e la laicità come principio fondamen-

[*] Associato di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Bergamo, mauro.mazza@unibg.it. Il presente contributo, non pubblicato in altro luogo, riproduce il testo, rivisto e aggiornato, della relazione presentata al convegno svoltosi presso l'Università degli Studi di Bergamo il 7 giugno 2022 su «Riforma, diritto e potere. A 500 anni dagli scritti di Lutero sull'autorità secolare».

[1] Per questa (possibile) tassonomia, v. R. HIRSCHL, *Comparative Constitutional Law and Religion*, in T. Ginsburg, R. Dixon (Eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham (UK), 2011, 422 ss. Come è naturale, esistono anche altri criteri classificatori; v., per esempio, P. CLITEUR, A. ELLIAN, *The Five Models for State and Religion: Atheism, Theocracy, State Church, Multiculturalism, and Secularism*, in *ICL Journal. Vienna Journal on International Constitutional Law*, 2020, 103 ss. Nella dottrina ecclesiasticistica, v. per tutti S. FERRARI, *Church and State in Europe. Common Pattern and Challanges*, in *European Journal for Church and State Research*, 1995, 149 ss., e in H.J. Kiderlen, H. Tempel, R. Torfs (Eds.), *Which Relationships between Churches and the European Union? Thoughts for the Future*, Leuven, 1995, 33 ss., sui sistemi separatista, concordatario o di cooperazione e unionista. Recentemente, cfr. altresì R. BOTTONI, *Diritto e fattore religioso nello spazio europeo*, Torino, 2023 (*ivi sub* cap. I, spec. 8 ss., su sistemi di subordinazione o unione, sistemi di cooperazione e sistemi di separazione). Più in generale, con riguardo all'apporto delle comunità di fede nella vita collettiva delle democrazie occidentali, v. ora R. LUPPI, *Ragione pubblica e religioni in tempo di ingiustizia. Ricostruzione di un dibattito sempre attuale*, Torino, 2024 (*ivi* cfr. spec. *sub* cap. IV.b, sull'importanza delle tradizioni religiose nelle democrazie post-secolari).

tale. Ne costituiscono un esempio la Quinta Repubblica francese, ovvero la Costituzione turca. Il terzo modello è quello della separazione come neutralità. Esemplificativo di tale modello è il Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America, dove si stabilisce che il Congresso (federale) non può approvare leggi che stabiliscono una religione, o che proibiscono il libero esercizio della religione. Il quarto modello è definibile come stabilimento "debole" della religione. Esso contempla la designazione di una religione come «religione di Stato», sul piano formale, o cerimoniale. È il caso della designazione della Chiesa luterana evangelica come «Chiesa di Stato» in Norvegia, Danimarca[2], Finlandia e Islanda[3]. Il Capo dello Stato della Norvegia è, infatti, (anche) il capo della Chiesa. L'art. 2 della Costituzione norvegese, nella versione originaria del 17 maggio 1814, garantisce la libertà di religione, ma sta-

[2] Nelle Isole Faroer, che fanno parte del Regno di Danimarca, vi è la Chiesa luterana delle Faroer, ovvero in faroese *Fólkakirkjan*, che letteralmente significa «Chiesa del popolo». Essa è autonoma dalla Chiesa luterana danese. Il capo della Chiesa del popolo faroese è il Primo Ministro dello Stato delle Faroer, mentre la Chiesa evangelico-luterana danese è retta dal sovrano della Danimarca. Nelle cerimonie religiose viene utilizzata la lingua faroese. La diocesi delle Faroer è unica, suddivisa in quattordici parrocchie. Fino al 2007, le Isole Faroer costituivano la dodicesima diocesi della Chiesa luterana danese. Vi sono attualmente undici diocesi della Chiesa luterana di Danimarca, di cui una in Groenlandia (che viene chiamata in groenlandese *Ilagiit*, ossia «La Congregazione»). Il vescovo più anziano diventa vescovo di Copenaghen, quale *primus inter pares*. Le parrocchie danesi sono 2.200. La Chiesa cattolica delle Isole Faroer è, invece, parte della diocesi di Copenaghen.

[3] Sugli aspetti giuridici pubblicistici del luteranesimo, v. lo studio del compianto J. Luther, *L'idea dei diritti fondamentali nel protestantesimo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1991, 329 ss. Secondo l'autore, occorre distinguere due significati di diritto protestante. In senso stretto, il diritto protestante è il diritto delle Chiese protestanti. In senso (più) ampio, il diritto protestante comprende invece quelle parti degli ordinamenti, sia nazionali che internazionali, nelle quali si sono impresse idee e valori protestanti. Ciò vale tanto per i Paesi nordici quanto, per esempio, per i Paesi dell'Est europeo, su cui v. G. Brogi Bercoff, R. Marti (a cura di), *La riforma protestante nei Paesi slavi*, Milano, 2018. Sull'influenza della Riforma luterana negli ordinamenti giuridici contemporanei, le opere fondamentali si devono a H.J. Berman, *Diritto e rivoluzione*, II, *L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, ed. it. con presentazione di D. Quaglioni, Bologna, 2010 (ed. orig. *Law and Revolution, II, The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass. - London, 2003), e (per certi versi ancora più utile in quanto maggiormente dettagliata) J. Witte jr., *Diritto e protestantesimo. La dottrina giuridica della Riforma luterana*, ed. it. a cura di A. Pin e con introduz. di B.E. Ferme, Macerata, 2013 (ed. orig. *Law and Protestantism. The Legal Teachings of the Lutheran Reformation*, Foreword by M.E. Marty, Cambridge, 2002). Un (ampio) approccio comparativo, sia per confessioni che per Paesi, si trova ora in M. Schmoeckel, *Le droit de la Réforme. La scission de l'ordre juridique et l'*épistémologie *du droit au début des Temps modernes*, Paris, 2022 (ed. orig. *Das Recht der Reformation. Die epistemologische Revolution der Wissenschaft und die Spaltung der Rechtsordnung in der Frühen Neuzeit*, Tübingen, 2014). Per gli Stati nordici (c.d. *Nordic Law*), v. G. Scala, *Diritto pubblico subiettivo e libertà religiosa. Profili di diritto comparato*, Padova, 2021, 103 ss.

bilisce che il Luteranesimo evangelico è la religione ufficiale dello Stato. L'art. 12 richiede che più della metà dei membri del Consiglio di Stato (Esecutivo) norvegese deve essere membro della Chiesa di Stato. Il quinto modello garantisce la separazione costituzionale formale tra lo Stato e la Chiesa, ma con la preminenza di una singola religione, in virtù di tradizioni culturali e religiose. Esempi sono rappresentati dalla posizione della Chiesa cattolica in molti Paesi dell'America Latina, nonché in Spagna, Irlanda e Polonia. Il sesto modello è il c.d. Stato multiconfessionale (*multidenominational state*), quale realizzato per esempio in Canada e in Sudafrica. In questo modello, tutte le religioni sono trattate egualmente, sulla base dei princìpi del multiculturalismo e della diversità. Si configura, così, una sorta di "approccio mosaico" alla differenza religiosa. Il settimo modello è quello delle *enclaves* giurisdizionali religiose. In questo caso, la legge generale è secolare, tuttavia un certo livello di autonomia giurisdizionale viene garantito alle comunità religiose, principalmente in materia di *status* personale e di diritto familiare. L'ottavo modello è quello delle teocrazie costituzionali. In tal caso, una sola religiosa è sostenuta dallo Stato. Si ha la costituzionalizzazione delle religioni. I tribunali religiosi operano accanto al sistema delle corti civili, mantenendo però la separazione tra autorità politiche e autorità religiose. Un esempio di questo modello è fornito dalla Repubblica islamica dell'Iran dopo il 1979. In tal caso, i testi e le interpretazioni religiose sono le fonti principali della legislazione e della interpretazione giudiziale delle leggi. Naturalmente, si tratta di modelli ideali, in quanto vi sono caratteristiche specifiche locali che dipendono dall'ordinamento costituzionale nazionale.

2. *Il diritto costituzionale del Regno di Norvegia* in subiecta materia

Nella Costituzione norvegese, prima della riforma del 2012, le relazioni tra Stato, Chiesa e religione erano le seguenti: la religione luterana evangelica è la religione ufficiale dello Stato, con l'aggiunta, dopo la revisione del 1964, che in base all'art. 2 tutti gli abitanti del Regno possono esercitare liberamente la loro religione[4]. Questa disposizione, per un verso, contiene una sorta di contraddizione in termini, ma, per altro verso, è espressione di creatività costituzionale in uno specifico contesto storico e culturale. Essa, infatti, intende garantire la

[4] Si veda U. Schmidt, *State, Law and Religion in Norway*, in *Nordic Journal of Religion and Society*, 2011, n. 2, 139 ss. Sulle origini storiche della costituzionalizzazione del luteranesimo in Norvegia, cfr. J. Madeley, *The Curious Case of Religion in the Norwegian Constitution*, in A. Bâli, H. Lerner (Eds.), *Constitution Writing, Religion and Democracy*, Cambridge, 2017, 29 ss. La Riforma luterana causò non soltanto la separazione tra le Chiese del Nord e quella di Roma, ma altresì la fine della presenza degli Ordini monastici e Cavallereschi Militari (le cui proprietà furono confiscate); cfr. L.G. de Anna, *L'Ordine Giovannita nei Paesi Nordici. Dalle origini alla Riforma*, in *Studi Melitensi*, XXV, 2017, 35 ss.

libertà di religione in generale per tutti i cittadini e l'autonomia della Chiesa in particolare, sia per le chiese maggioritarie che per quelle minoritarie, in un Paese che accoglie il sistema della Chiesa di Stato[5].

In conformità all'art. 4 della Costituzione, nella versione *ante* riforma, il Re deve professare, sostenere e proteggere la religione evangelica luterana ed è il capo della Chiesa ufficiale[6]. Secondo l'art. 21 della Costituzione, il Re nomina i funzionari ecclesiastici di rango più elevato nonché i vescovi; per l'art. 12 della *lex fundamentalis*, (non meno del)la metà dei membri del Governo nazionale deve professare la religione di Stato, con la finalità che il c.d. Consiglio di Stato (Esecutivo) ecclesiastico possa trattare le materie che riguardano la Chiesa di Norvegia.

Questo assetto costituzionale è rimasto sostanzialmente immodificato a partire dalla Costituzione del 1814 e fino alle riforme del 2008 e poi del 2012.

Entrando un poco più nel dettaglio, il Re è considerato garante che l'insegnamento della Chiesa sia conforme alla dottrina evangelica luterana. Le questioni religiose vengono discusse dai membri del Governo nazionale che aderiscono alla religione di Stato, secondo le previsioni dell'art. 27 della Costituzione. Tuttavia, molti dei poteri che spettano al Re come capo della Chiesa ex art. 16 della Costituzione sono stati progressivamente delegati al Sinodo della Chiesa.

La Corte suprema della Norvegia, con decisione del 1987, ha statuito che le disposizioni costituzionali sulla confessione luterana evangelica non impediscono al Parlamento di legiferare in relazione all'evoluzione degli *standards* religiosi e morali. Non vi sono, dunque, limiti religiosi alla sovranità del Parlamento nazionale[7].

In definitiva, fino al 2012 vi era la coesistenza di clausole costituzionali che prevedono il confessionalismo e la libertà di religione. Ma la Norvegia fa altresì parte della Convenzione europea per i diritti umani, il cui art. 9 stabilisce in ordine al rispetto della libertà di religione e di credo. La Commissione europea per i diritti umani e la Corte EDU hanno chiarito che il c.d. sistema Stato-Chiesa in sé non confligge necessariamente con la libertà di religione. Nella decisione della Corte EDU del 23 ottobre 1990 relativamente alla vertenza *Darby v. Sweden*, i giudici convenzionali hanno stabilito che occorre salvaguardare

[5] J.L. Ernst, *Making the Case for Antiestablishmentarianism: The Church and State in Norway*, in *Fordham International Law Journal*, 2015, 543 ss.

[6] In base all'art. 16 della Carta costituzionale del Regno di Norvegia.

[7] Si tratta di una caratteristica generale dei sistemi parlamentari nordici, su cui v. ora P. Bianchi, *Parlamentarismi nordici*, Napoli, 2022 (*Collana della Scuola di giurisprudenza della Università di Camerino*, n. 66); S. Regasto, *Brevi note sul peculiare modello parlamentare dei Paesi nordici*, in *Cammino Diritto (Rivista Giuridica)*, luglio 2023, 49 ss.

la libertà individuale di religione, e che dunque nessuno può essere forzato a entrare, od obbligato a non uscire, dalla Chiesa-Stato[8].

3. *I lavori preparatori e la riforma costituzionale norvegese del 2012*

In vista di una riforma dell'assetto costituzionale, anche a seguito delle sollecitazioni provenienti dalla Corte EDU, venne creata in Norvegia la Commissione per i rapporti Stato-Chiesa, istituita con il decreto reale del 14 marzo 2003. La Commissione era formata da rappresentanti dei partiti politici, deputati del Parlamento nazionale (*Storting*), organi delle Chiese, esponenti della popolazione Saami (Lapponi), del Consiglio norvegese delle Chiese libere, dell'Associazione umanista norvegese[9], nonché da ulteriori esperti. Il mandato della Commissione era raccomandare se il sistema Stato-Chiesa dovesse essere mantenuto, riformato o abbandonato. Nel gennaio 2006 la Commissione presentò tre proposte. Diciotto sul totale dei venti componenti della Commissione raccomandavano cambiamenti. Quattordici su diciotto componenti suggerivano di adottare il

[8] Il caso deciso dai giudici di Strasburgo riguardava un cittadino finlandese esercente la propria attività professionale in Svezia, il quale veniva perciò sottoposto a tassazione in quest'ultimo Paese. In questo modo, egli era tenuto a corrispondere la c.d. "tassa ecclesiastica" (sved. *Kyrkoavgift*, lett. «tassa della Chiesa»), in favore della locale Chiesa luterana (*Svenska Kyrkan*). L'istanza del ricorrente di essere esentato dal detto pagamento, in quanto non appartenente a quella confessione religiosa, era stata tuttavia respinta dalle autorità svedesi, con la motivazione che la disciplina dell'esenzione si riferiva ai soli residenti in Svezia. La Corte EDU ha, invece, ritenuto che la condotta dello Stato convenuto fosse stata discriminatoria. Sul caso *Darby*, v. M. Greggi (a cura di), *Materiali di diritto tributario internazionale e comparato (per una Costituzione europea)*, Università di Ferrara, www.dirittotributario.eu, 2007, 189-191. Entrando più nel dettaglio, l'esenzione per i cittadini residenti permanenti era pari al 70 per cento della tassa, e quindi il ricorrente, nella sua qualità di residente temporaneo, ha ottenuto di pagare soltanto il 30 per cento della tassa medesima (c.d. *dissenterskatten*, lett. «tassa di dissenso»), con diritto alla restituzione di quanto già pagato, maggiorato degli interessi legali. La tassa ecclesiastica svedese è calcolata sul reddito imponibile. Per la maggior parte delle comunità religiose, tra cui la Chiesa luterana e quella cattolica, ammonta a una quota pari all'1 per cento. Tuttavia, per la Comunità bosniaca islamica e per le Associazioni islamiche unite in Svezia, l'ammontare è fissato allo 0,7 per cento. Il mancato pagamento della tassa ecclesiastica comporta, in particolare, l'impossibilità di avvicinarsi ai sacramenti e di ricevere una sepoltura religiosa. V. anche *infra*, nel paragrafo 4.

[9] Norv. *Human-Etisk Forbund*, HEF. All'associazione, fondata nel 1956, aderisce circa l'1,7 per cento della popolazione norvegese. Nel settembre 2021, la HEF ha chiesto (ma non ottenuto) che venga abbandonata la tradizione per la quale, all'inizio dell'anno scolastico, viene distribuita a ogni alunno una copia della Bibbia. Il ministro norvegese dei Bambini e delle Famiglie, appartenente al Partito Popolare Cristiano, ha infatti ritenuto che la conoscenza della fede cristiana e della Bibbia sia una parte importante del *curriculum* e del bagaglio culturale e, di conseguenza, deve essere ammesso che le Bibbie siano distribuite agli studenti.

modello della c.d. Chiesa popolare[10] legislativa, ossia la Chiesa disciplinata da una apposita legge approvata dallo *Storting*. In tal modo, si viene a instaurare un rapporto speciale della Chiesa con lo Stato. Altri quattro componenti della Commissione erano, invece, favorevoli alla realizzazione della c.d. Chiesa popolare indipendente, vale a dire non disciplinata da legge statale. Restava, comunque, il fatto che ben diciotto su venti membri della Commissione erano a favore della revoca degli articoli, sopra esaminati, della Costituzione, relativi ai rapporti tra lo Stato e la Chiesa. Inoltre, la maggioranza (quattordici componenti) era favorevole all'approvazione di nuovi articoli della Costituzione, da porre a base di una altrettanto nuova legge sulla Chiesa.

Con riguardo alle reazioni suscitate dalle raccomandazioni della Commissione, il ministro della Cultura e degli Affari della Chiesa approvò, nel 2007, il contenuto delle raccomandazioni medesime. A sua volta, il Sinodo generale della Chiesa di Norvegia si era detto favorevole ad abrogare le disposizioni costituzionali sulla religione ufficiale, aggiungendo però la necessità – nell'opinione del Sinodo – di inserire nel testo costituzionale un riferimento all'eredità cristiana e umanista.

Fece seguito, quindi, l'Accordo Stato-Chiesa raggiunto il 10 aprile 2008 tra tutti i partiti politici del Parlamento nazionale norvegese. In quell'anno, erano complessivamente presenti nello *Storting* sette partiti politici. In conformità a quanto previsto dall'art. 112 della Costituzione, il 13 giugno 2008 vennero approvate all'unanimità dallo *Storting*, in prima lettura, le riforme delle disposizioni pertinenti della Costituzione. In particolare, a seguito della revisione dell'art. 2 della Costituzione, è stato eliminato il riferimento alla religione ufficiale dello Stato, mentre rimane il richiamo all'eredità cristiana e umanista. La nuova formulazione dell'art. 16 della Costituzione stabilisce che tutti gli abitanti del Regno hanno il diritto al libero esercizio della loro religione. Rimane, però, nella norma costituzionale in esame l'enunciazione del sostegno alla Chiesa popolare norvegese, ossia la Chiesa evangelica luterana. D'altra parte, l'art. 16 dispone che anche le altre religioni sono sostenute dallo Stato.

Gli art. 12, 21, 22 e 27 sono stati parimenti modificati dalla revisione costituzionale del 2012, allo scopo di sopprimere i riferimenti alla Chiesa di Norvegia come Chiesa di Stato. Resta, comunque, la previsione ex art. 4 della Costituzione, in base alla quale «Il Re deve professare la religione evangelica-luterana».

[10] Sulla (peculiare) nozione di Chiesa popolare (c.d. *folk Church*), v. P. MARKKOLA, *The Long History of Lutheranism in Scandinavia. From State Religion to the People's Church*, in *Perichoresis*, 2015, n. 2, 3 ss. Il saggio citato si riferisce in particolare al caso finlandese, ma attribuisce grande spazio alla comparazione con gli altri Paesi scandinavi. Per la Finlandia, v. P. TYÖRINOJA (Ed.), *The Evangelical Lutheran Church in Finnish Society*, Helsinki, 1994.

Infine, i vescovi e in generale i clerici non sono più nominati dal Re[11], ma conservano lo *status* di impiegati pubblici, come tali stipendiati dallo Stato. L'intreccio tra la Chiesa evangelica luterana e lo Stato, dunque, almeno sotto questo profilo permane.

La riforma costituzionale è stata definitivamente approvata, in seconda lettura, dallo *Storting* il 21 maggio 2012, con votazione quasi unanime. Sul totale dei 169 membri del Parlamento nazionale, i voti favorevoli sono stati 162, quelli contrari (soltanto) tre. Poco prima della decisione parlamentare, il Sinodo generale della Chiesa di Norvegia aveva rinnovato il proprio sostegno alla revisione costituzionale in materia di rapporti tra lo Stato e la Chiesa[12].

Con successiva legge n. 17 del 27 maggio 2016, entrata in vigore il 1° gennaio 2017, sono state apportate alla legge sulla Chiesa norvegese n. 31 del 7 giugno 1996 (norv. *Lov om Den norske kirke*)[13] le modifiche necessarie per adeguare il testo legislativo a quello costituzionale. La legge del 2016 ha recato alcune innovazioni[14], soprattutto con riguardo al finanziamento della Chiesa luterana. Questo perché, con l'entrata in vigore della legge del 2017, che è dunque intervenuta dopo cinquecento anni esatti dall'avvio della Riforma protestante, sarà la Chiesa stessa a versare le somme in favore dei suoi circa 1250 dipendenti, inclusi diaconi, pastori e vescovi. Tuttavia, il cambiamento è prevalentemente nominale. Infatti, la Chiesa luterana attinge in larga parte (quasi per la totalità) a fondi stanziati dal Governo nazionale norvegese. Le confessioni religiose ufficialmente riconosciute ricevono trasferimenti economici proporzionati al numero dei fedeli registrati; si calcola che, attualmente, il 74 per cento[15] della popolazione norvegese appartenga alla religione luterana[16]. Il sistema, tuttavia,

[11] La relativa competenza spetta ora alla Chiesa di Norvegia. Viene, altresì, eliminato il c.d. *Church Cabinet*, ossia il Consiglio di Stato (Esecutivo) ecclesiastico (su cui v. *supra*, nel paragrafo 1).

[12] Il Sinodo, composto da centosedici membri (vescovi, pastori e membri laici della Chiesa), si era tenuto a Oslo dal 12 al 17 aprile 2012; Si veda la nota, datata 27 aprile 2022, della Lutheran World Federation (LWF), *Norwegian Church to Support Constitutional Proposal to Change Relations with State Structures*, reperibile nel *webiste* www.lutheranworld.org.

[13] La legge si compone di quaranta articoli, suddivisi in cinque capitoli.

[14] Cfr. C. Geymonat, *La svolta laica della Norvegia*, documento recuperabile nel sito Internet della Chiesa Evangelica Luterana in Italia (www.chiesaluterana.it), 9 gennaio 2017. Nella (nostra) dottrina (propriamente) giuridica, v. G. Scala, *Profili peculiari nella riforma costituzionale norvegese del 2017. Il concetto di Folkekyrkja tra mancato* disestablishment *e novazione dello* status, in *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, 2017, 811 ss.

[15] Per l'esattezza, secondo i dati elaborati dalla stessa Chiesa luterana di Norvegia, il 74,3 per cento.

[16] La popolazione norvegese è di poco superiore ai cinque milioni di persone. Soltanto il 3 per cento dei norvegesi, peraltro, si dichiara praticante (ossia: si reca in chiesa per pregare più di una volta al mese; tanto per fare un raffronto, secondo dati aggiornati al 2022 in Italia il 22 per

appare perfettibile. Questo perché in definitiva sono le Chiese che comunicano alle autorità svedesi il dato relativo ai fedeli registrati. La Chiesa luterana norvegese ha attivato una piattaforma *online*, nella quale è possibile controllare il proprio *status* nonché, eventualmente, cancellare la propria iscrizione. Inoltre, vi sono stati alcuni scandali[17]. Nel 2015, il vescovo cattolico[18] di Oslo, Markus Bernt Eidsvig[19], ha dovuto affrontare un processo penale per frode, in quanto accusato di avere registrato come fedeli persone che non avevano prestato il proprio consenso, talvolta tratte a caso dagli elenchi telefonici[20]. Nel 2016, però,

cento della popolazione osserva una pratica religiosa regolare nell'àmbito della Chiesa cattolica, come rileva R. Cipriani, *Gente di poca o incerta fede? Ecco i nativi secolarizzati*, in *Vita e Pensiero. Bimestrale di cultura e dibattito dell'Università Cattolica*, marzo-aprile 2022, 71 ss., spec. 72). Si consideri altresì che, in base alla legge del 2016, ogni bambino con un almeno un genitore membro della Chiesa luterana diventa membro in modo automatico, con la conseguenza che molti, dunque, lo sono diventati "senza saperlo". Un interessante studio norvegese ha evidenziato che gli abitanti del Paese sono forse diventati religiosi in modo diverso (rispetto al passato). Cambiano, infatti, gli atteggiamenti nei confronti delle altre religioni, dell'omosessualità, dell'aborto ovvero della Chiesa di Stato. Per altro verso, sul piano dei rituali, si va certamente sempre meno in chiesa, ma si accendono candele sulle tombe. Cfr. U. Schmidt, P.K. Botvar (Red.), *Religion i dagens Norge. Mellom sekularisering og sakralisering* [*La religione nella Norvegia di oggi. Tra secolarizzazione e sacralizzazione*], Oslo, 2010 (testo in norvegese). Si potrebbe dire che vi è appartenenza senza credenza, nel senso che pochi dichiarano di credere in Dio, ma molti si considerano membri della Chiesa luterana. Ciò ha a che fare, più che con la religione nel senso tradizionale della parola, con la memoria culturale, e dà così vita a una sorta di «religione culturale». La religione luterana, infatti, è stata un importante fattore per la costruzione della cultura nordica; cfr. H. Stenius, *The Good Life is a Life of Conformity. The Impact of the Lutheran Tradition on Nordic Political Culture*, in Ø. Sørensen, B. Stråth (Eds.), *The Cultural Construction of Norden*, Oslo, 1997, 161 ss. In particolare, circa la composizione religiosa della Norvegia, sulla base di dati aggiornati all'inizio del 2022 i cristiani rappresentano l'84,70 per cento del totale, gli atei il 10,10 per cento, i musulmani il 3,70 per cento, i buddhisti lo 0,60 per cento, gli induisti lo 0,50 per cento, altre religioni lo 0,20 per cento; vedasi D. Lawson, *Was Ist Die Religiöse Zusammensetzung Von Norwegen?*, nel *webiste* www.ripleybelieves.com, gennaio 2022.

[17] Cfr. C. Geymonat, *Gonfiato il numero di fedeli, multata la chiesa cattolica di Norvegia*, in *Riforma.it. Quotidiano on-line delle Chiese evangeliche battiste, metodiste e valdesi in Italia*, 2 dicembre 2016 (https://riforma.it).

[18] Dal 2005. La nomina a vescovo della capitale è stata disposta dal Papa Benedetto XVI.

[19] Il vescovo cattolico ha un passato multiforme. Ha lavorato per circa un decennio come giornalista. Ha poi studiato teologia all'Università di Oslo, per accedere al ministero nella Chiesa luterana. Si è convertito al cattolicesimo nel 1977. Nel 1976, è stato arrestato a Mosca, con l'accusa di distribuire volantini e un manuale di "ribellione". È rimasto nella prigione di Lefortovo per 101 giorni, prima di essere liberato dalle autorità (allora) sovietiche, e ciò anche a seguito delle pressioni internazionali. Tra l'altro, il vescovo Eidsvig ha effettuato studi presso l'Università di Londra ed è stato cappellano militare nelle Forze armate norvegesi. Sull'*iter* per accedere al sevizio sacerdotale (*id est*, per la consacrazione, che esprime il riconoscimento della vocazione al ministero pastorale), v. F. Messner, S. Wydmusch, *Le droit ecclésial protestant*, Strasbourg, 2001.

[20] La frode, secondo l'accusa, avrebbe determinato l'illecita percezione, o comunque rivendicazione, di 50 milioni di corone norvegesi, che equivalgono a quasi cinque milioni di euro. Con

le accuse sono cadute nei confronti del vescovo, pur mantenendosi le contestazioni contro il *manager* finanziario della diocesi di Oslo. È abbastanza evidente che il meccanismo legale per il quale il finanziamento statale è condizionato, nel suo ammontare, al numero dei fedeli registrati, si può prestare ad abusi, perché esiste (e si è verificata) la tentazione di "gonfiare" arbitrariamente il numero medesimo. Anche per quanto riguarda la Chiesa luterana norvegese, comunque, si è osservato un andamento decrescente delle iscrizioni *online*, ossia un saldo negativo tra cancellazioni e nuove iscrizioni. La decisione di semplificare l'*iter* di registrazione, adottata dalla Chiesa luterana, è stata sostenuta sia dalla presidente[21] del Consiglio della Chiesa luterana, Kristin Gunleiksrud Raaum, che dal direttore del Consiglio stesso[22], Jens-Petter Johnsen. La pubblicazione su Internet dei registri dei fedeli della Chiesa luterana è, probabilmente, da mettere in relazione con l'inchiesta che ha coinvolto la Chiesa cattolica[23]. D'altro canto, se inizialmente vi è stata una notevole emorragia di iscritti[24], dopo pochi giorni il flusso si è attestato. Ciò non toglie che sia stato avviato un dibattito in ordine ai canali di finanziamento delle Chiese in Norvegia, che implica un ripensamento delle stesse modalità di appartenenza alle proprie comunità religiose[25].

un separato procedimento civile, lo Stato norvegese ha chiesto alla diocesi cattolica di Oslo la restituzione di quattro milioni di euro. La diocesi, tuttavia, ha resistito in giudizio, contestando in primo luogo l'ammontare della somma, ritenuta eccessiva. Inoltre, i difensori della diocesi sostengono che non è agevole contattare singolarmente i fedeli da registrare, anche perché soltanto il 15 per cento dei cattolici norvegesi sono nati nel Paese, mentre i rimanenti provengono dall'estero. Infine, vi è una contestazione ancora più di fondo: la diocesi sostiene infatti che, anche in assenza di esplicite indicazioni dei singoli, «si diventa membri della Chiesa cattolica universale con il battesimo, e si appartiene alla diocesi in cui si vive». La richiesta di risarcimento civile si aggiunge alla multa di un milione di corone norvegesi. Le indagini sono state avviate anche a seguito dell'asserito incremento dei fedeli della Chiesa cattolica in Norvegia, passati da circa 70.000 nel 2010 a circa 140.000 nel 2015. Molti nominativi di fedeli sarebbero stati attinti dagli elenchi telefonici, con riferimento ai cognomi di immigrati che apparentemente provenivano da Paesi/nazioni a maggioranza cattolica; la registrazione veniva quindi effettuata all'insaputa degli interessati. Ma gli avvocati difensori della Chiesa cattolica sostengono che non pochi immigrati, provenienti specialmente dalla Polonia, sono stati registrati tardivamente, anche a distanza di anni dal loro arrivo in Norvegia, e perciò la Chiesa cattolica sarebbe addirittura creditrice verso lo Stato norvegese, poiché le registrazioni tardive hanno aggiornato le liste, ma già in precedenza le casse della Chiesa avrebbero effettuato esborsi, non compensati dall'ottenimento del corrispettivo statale dovuto.

[21] Dal 2016.

[22] Dal 2006 al 2018.

[23] Anche per la Chiesa luterana, infatti, la gestione dei registri cartacei si è dimostrata piuttosto difficoltosa, e i numeri degli iscritti sono generalmente ritenuti poco attendibili.

[24] Cfr. la nota redazionale dal titolo *In Norvegia la Chiesa è in crisi: in quattro giorni perde 15mila fedeli*, in www.linkiesta.it, 6 settembre 2016.

[25] Vedasi C. Geymonat, *Essere membri di chiesa, questione di denaro o di fede?*, in *Riforma.it. Quotidiano on-line delle Chiese evangeliche battiste, metodiste e valdesi in Italia*, 31 agosto

4. *Alcune conclusioni comparative, con riguardo al diritto costituzionale e pubblico dei Paesi nordici*

Dal punto di vista comparativo, gli Stati nordici sono stati spesso associati all'idea di Chiesa-Stato[26]. Vi sono state, però, importanti trasformazioni, non solo in Norvegia, ma anche in Svezia, Finlandia e Islanda[27]. La società non è più

2016 (https://riforma.it), dove riferimenti alla *Kirchensteuer*, o *Kirchenbeitrag*, la tassa sull'appartenenza religiosa (tassa sulle religioni/imposta di culto) contemplata dall'ordinamento tedesco. Tale tassa venne per la prima volta introdotta dall'art. 137 della Costituzione di Weimar. La sua disciplina è stata modificata l'ultima volta nel 2012. La tassa, riscossa dallo Stato, varia dall'8 al 9 per cento delle imposte sul reddito. Se non si versa la somma, e non si dichiara di lasciare la Chiesa, si è responsabili di evasione fiscale. Ad esempio un ex calciatore, Luca Toni del Bayern Monaco, si era dichiarato «cattolico» ma non ha pagato per tre anni la tassa in questione, per un ammontare di circa 1,7 milioni di euro (comprensivi degli interessi legali). Per non versare la tassa, senza diventare evasore fiscale, occorre presentare l'atto ufficiale di rinuncia (*Kirchenaustritt*), con cui si abbandona la Chiesa (il costo fisso è di circa 30 euro). Per un'approfondita disamina storica, a partire dal Medio Evo, cfr. F. Hammer, *Rechtsfragen der Kirchensteuer*, Tübingen, 2002 (*Jus Ecclesiasticum*, 66). Nell'ottica comparativa, v. I. Pistolesi, *I diversi modelli di finanziamento pubblico: uno sguardo d'insieme*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 34, 2012 (www.statoechiese.it), nonché prima I. Bolgiani (a cura di), *Enti di culto e finanziamento delle confessioni religiose. L'esperienza di un ventennio (1985-2005)*, Bologna, 2007, e R. Astorri, *Il finanziamento tributario delle confessioni religiose. Profili comparatistici*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2006, 3 ss.

[26] T. Ditlev, *Les relations* Églises-États *dans les pays nordiques*, Strasbourg, 1995.

[27] In quest'ultimo caso, gli aderenti alla Chiesa luterana evangelica d'Islanda sono diminuiti dal 90 per cento della popolazione nel 1990 all'82 per cento nel 2009 e al 64 per cento nel 2021. Sono in crescita, invece, i culti nordici di origine pre-cristiana (*id est*, i fedeli alla religione degli dei nordici, *old Norse gods* nella letteratura medievale islandese); v. J. Duin, *Thor Is Beating the Lutheran Church in a Battle for Believers in the Land of Fire and Ice*, nel sito Internet www.newsweek.com, 24 settembre 2021. La religione neopagana Ásatrú (parola che significa «fede negli Æsir», i quali sono appunto gli antichi dei), panteista e politeista, è legalmente riconosciuta in Islanda (così come in Norvegia, Svezia e Danimarca). Essa si rifà a tradizioni e credenze delle antiche mitologie nordiche; consiste in una sorta di *revival* moderno del politeismo scandinavo. Il rituale per gli dei nordici prende il nome di *blót* (il sacrificio rituale rappresenta il *dark side* della pratica religiosa propria del paganesimo *old Norse*); alcune chiese luterane sono state edificate nei luoghi (chiamati *hov*) dove si svolgeva il *blót*. Cfr. M. Nordvig, *Asatru. La via spirituale delle antiche culture nordiche*, Milano, 2021, nonché prima S. von Schnurbein, *Norse Revival. Transformations of Germanic Neopaganism*, Leiden, 2016; G. Steinsland, *Norrøn religion. Myter, riter, samfunn* [*Religione norrena. Miti, riti, società*], Oslo, 2005 (testo in norvegese, l'opera è disponibile anche nella traduzione svedese, *Fornnordisk religion*, Stockholm, 2007), e J. Kaplan, *The Reconstruction of the* Ásatrú *and Odinist Traditions*, in J.R. Lewis (Ed.), *Magical Religion and Modern Witchcraft*, New York, 1996, 193 ss. Sul *blót* e la festa sacrificale, cfr. D. Bray, *Sacrifice and Sacrificial Ideology in Old Norse Religion*, in *Sydney Studies in Religion*, 2014, 123 ss. Si tratta di una religione anti-monoteista, forse di una religione della natura, per alcuni sarebbe una "*Art-Religion*". Al culto neopagano aderisce l'1,2 pe cento della popolazione islandese (di cui il 27 per cento donne), cosicché l'antica religione "vichinga" costituisce la maggiore comunità religiosa del Paese, dopo quella cristiana (sia evangelico-luterana che cattolica

omogenea, con riguardo (anche) all'appartenenza religiosa. Vi è, infatti, (crescente) divisione tra fedi diverse, con un conseguente problema di identificazione con le istituzioni pubbliche se lo Stato adotta ufficialmente una di queste religioni. Si afferma, così, il pluralismo religioso, etico e culturale, che rende in definitiva obsoleta l'identificazione giuridica tra lo Stato e una religione[28].

L'esperimento nordico è dunque estremamente attuale, nella misura in cui è impegnato a ridefinire la speciale relazione della Chiesa con lo Stato, senza peraltro abbandonare del tutto la speciale relazione della Chiesa con la nazione. Da tutto ciò emerge la peculiare nozione di Chiesa popolare[29], di cui

e ortodossa). Le congregazioni neopagane *old Norse* in Islanda sono due: *Reykjavíkurgoðorð* e Ásatrúarfélagið. La seconda – per esteso *Islenska Asatruarfelagid*, che significa «Fratellanza islandese della fede negli Æsir» – conta un numero più elevato di aderenti. È stata fondata nel giorno del solstizio d'estate 1972, venendo riconosciuta come organizzazione religiosa registrata dal Governo islandese l'anno seguente (atto del 16 maggio 1973). Sempre nel 1973, a capo della Ásatrúarfélagið venne designato Sveinbjörn Beinteinsson (1924-1993), quale *high priest* («sommo sacerdote») ovvero, in lingua islandese, *Allherjarsgóði* (lett. «invocatore di tutto il popolo»). Egli sosteneva l'esistenza della «Chiesa pagana» islandese. Suoi successori sono stati Jörnmundur Ingi Hansen, dal 1993 al 2002, quindi Jónína Kristín Berg, prima donna in carica (provvisoria) dal 2002 al 2003 (le venne attribuito l'*interim* poiché il predecessore era stato rimosso per conflitti interni), seguita dall'attuale «sommo sacerdote» Hilmar Örn Hilmarsson. Cfr. F.P. Miller *et al.* (Eds.), Ásatrúarfélagið, Mauritius, 2010. I "ministri" del culto pagano (in islandese *Goði*, plurale *Goðar*) possono celebrare matrimoni, come pure i funerali. Gli adepti non svolgono attività missionaria o di proselitismo. Le cerimonie religiose si tengono con cadenza settimanale. Viene considerata una religione naturale perché sottolinea l'interconnessione di tutte le cose, e specialmente il rispetto per la natura. Il culto sostiene l'uguaglianza e la tutela dei diritti umani, inclusi quelli delle persone LGBTQIA+. I "ministri" hanno officiato decine di matrimoni omosessuali, al punto che vi sono coppie dello stesso sesso che si recano in Islanda proprio per unirsi in matrimonio secondo il rito neopagano. Tutti possono praticare il culto, ma per essere membri della «Chiesa pagana» è necessario essere cittadini islandesi, oppure avere un domicilio in Islanda. Il paganesimo moderno è presente, sia pure in misura minore, anche negli altri Paesi nordici, tra cui la Norvegia, dove questa forma di spiritualità alternativa combina aspetti delle religioni pre-cristiane con altri elementi (v., per es., G. Uldal, G. Winje, *Paganism in Norway*, in H. Bogdan, O. Hammer, Eds., *Western Esotericism in Scandinavia*, Leiden, 2016, 367 ss.). Le peculiarità islandesi in materia di organizzazioni religiose sono molteplici. Per esempio, vi è un culto chiamato Zuismo (fondato nel 2013), i cui adepti dichiarano di venerare antichi dei sumeri. I cittadini versano circa 75 euro all'anno all'organizzazione religiosa presso la quale sono registrati. Le c.d. imposte parrocchiali sovvenzionano più di quaranta comunità religiose. Secondo un sondaggio, il 55 per cento degli islandesi è favorevole alla soppressione della tassa ecclesiastica. In base all'art. 62, comma 1, della Costituzione islandese del 1944, la Chiesa evangelica luterana (isl. *Hin evangelíska lúterska kirkja*) è Chiesa di Stato (*id est*, Chiesa nazionale, isl. Þjóðkirkjan) in Islanda. I luterani concedono l'uso delle loro chiese nelle località in cui i cattolici non dispongono di luoghi di culto.

[28] Con riguardo alla Norvegia, v. H. Elstad, D. Thorkildsen, *Der Abschied von Der Staatskirche: Das Multireligiöse Norwegen*, in *Kirchliche Zeitgeschichte*, 2020, n. 1, 213 ss.

[29] Su cui v. *supra*, nel paragrafo 3.

troviamo il riferimento non soltanto nell'art. 16 della Costituzione norvegese come riformata nel 2012, ma anche per esempio nell'art. 4 della Costituzione danese del 1953[30]. La legislazione svedese contempla anch'essa la Chiesa luterana nella dimensione della Chiesa popolare, formalmente separata dallo Stato

[30] La denominazione per esteso è «Atto costituzionale del Regno di Danimarca»; v. la traduzione italiana in G. Cerrina Feroni, T.E. Frosini, A. Torre (a cura di.), *Codice delle Costituzioni*, I, Milano, 2016, 2ª ed., 59 ss., e ivi il saggio introduttivo A. Torre, *La Costituzione della Danimarca (1953)*, 53 ss. Sulla posizione della Chiesa luterana, ora Chiesa danese (dan. *Folkekirken*), v. C. Bach-Nielsen, *The Role of the Lutheran Church in Denmark*, in *Kirchliche Zeitgeschichte*, 2012, n.2, 293 ss. In base all'art. 68 della vigente Costituzione danese, nessuno può essere obbligato a versare un contributo (economico) personale a una confessione religiosa diversa da quella alla quale appartiene. L'adesione è volontaria, nel senso che ciascuno può chiedere la cancellazione dai registri dei fedeli tenuti dalle autorità ecclesiastiche. Una peculiarità danese è rappresentata dalla c.d. *sognebåndsløsning*, ovvero il «rilascio del titolo parrocchiale» in attuazione della c.d. opzionalità (o facoltatività) parrocchiale. Questo significa che, qualora un membro della Chiesa luterana danese sia insoddisfatto del particolare pastore della sua parrocchia di residenza, può scegliere di essere servito da un altro pastore che corrisponde meglio alle sue opinioni cristiane, ad esempio in una parrocchia vicina. La Chiesa luterana era tutelata anche in base all'Atto costituzionale danese del 1849. Ad essa dichiara di aderire circa il 74 per cento della popolazione, sebbene appena il 3 per cento partecipi alle funzioni domenicali. Negli ultimi anni, sono in crescita i membri della Chiesa cattolica, della Chiesa cristiana ortodossa nonché i fedeli musulmani. Dal 2017, i predicatori delle confessioni religiose che provengono dall'estero (e che intendono officiare matrimoni religiosi in Danimarca) sono tenuti a frequentare un corso di formazione sui «valori danesi». Un progetto di legge del 2021 prevede che i sermoni siano pronunciati in lingua danese, oppure tradotti in danese e inviati alle autorità statali. A tacere d'altro, è evidente che tali previsioni metterebbero in seria difficoltà le confessioni religiose più piccole, che non dispongono del tempo necessario per le traduzioni in danese, né tantomeno delle risorse per pagare i traduttori, senza contare poi il fatto che molti sacerdoti predicano non utilizzando un manoscritto. Si tratta, *in primis*, dei musulmani, ma anche di anglicani, ortodossi e luterani tedeschi (questi ultimi concentrati nella zona meridionale della Danimarca e in una comunità a Copenaghen), che usano nei loro sermoni e/o predicazioni lingue diverse dal danese. La stessa Chiesa luterana danese è contraria al progetto di legge, per solidarietà con le altre Chiese e (forse) anche perché alla Chiesa luterana appartengono le comunità della Groenlandia e delle Isole Faroer, le quali hanno una lingua propria e sarebbero dunque soggette alla nuova legge. Il progetto legislativo vuole (implicitamente) prevenire la radicalizzazione delle comunità islamiche ma, per evitare ogni discriminazione, si è pensato a una legge che si applica a tutte le confessioni religiose. L'effetto è abbastanza paradossale, poiché le comunità più radicalizzate non sono riconosciute dallo Stato, né in verità vogliono esserlo, e quindi per tali comunità la legge in fase di elaborazione non troverebbe applicazione. Quanto, poi, all'aspetto del finanziamento della Chiesa luterana in Danimarca, esso avviene mediante il pagamento della «tassa ecclesiastica». La tassa viene corrisposta da coloro che sono iscritti nei registi delle comunità luterane locali, sulla base del battesimo ricevuto (circa il 70 per cento dei danesi è battezzato nella Chiesa luterana). Per esercitare l'*opt-out*, e così venire esentati dal pagamento della tassa, occorre inoltrare domanda scritta all'ufficio della chiesa locale, chiedendo di essere cancellati dagli elenchi e allegando il certificato di nascita. A seguito della cancellazione, non sarà più possibile ottenere la presenza del pastore in occasione di eventi religiosi, come matrimoni e funerali.

dal 2000[31]. Viene in considerazione, sul piano storico, la legge sulla Chiesa del 1992, la quale ha sostituito la previgente legge del 1686, a sua volta adottata in sostituzione dell'ordinanza sulla Chiesa del 1571. Con due leggi, entrambe approvate il 26 novembre 1998, la prima dedicata alla Chiesa di Svezia e la seconda relativa alle confessioni religiose, integrate dalla deliberazione adottata dal Sinodo generale della Chiesa di Svezia nel 1999, si è completato, con decorrenza dal 1° gennaio 2000, il processo di separazione della Chiesa (di Svezia) dallo Stato[32]. La Chiesa luterana svedese continua a essere finanziata, anche dopo il 2000, mediante una tassa riscossa direttamente dallo Stato[33]. In ulti-

[31] Sulle istituzioni giuspubblicistiche svedesi, sia consentito il rinvio a M. Mazza, *Diritto pubblico svedese. Linee prospettiche*, Bergamo, 2013. In Svezia, circa l'85 per cento della popolazione dichiara la propria appartenenza alla Chiesa evangelica luterana (Chiesa di Svezia, sved. *Svenska kyrkan*), ma di essi soltanto all'incirca il 2 per cento frequenta regolarmente le funzioni domenicali. Fino alla riforma del 2000, gli ecclesiastici di rango più elevato (arcivescovi, vescovi e loro assistenti) venivano designati dal Governo, attraverso un atto di competenza del ministro della Cultura. Ora tali nomine sono, invece, effettuate direttamente dalla Chiesa evangelica luterana.

[32] Si è trattato di una «rivoluzione tranquilla» nel Regno di Svezia. Cfr. D.-K. Pontvik, *Il* disestablishment *della Chiesa di Svezia*, Firenze, 2007; K. Hansson, *Political and Politicized?: Two Perspectives on the Church of Sweden in the Twenty-First Century*, in *Journal of Church and State*, 2021, 693 ss.; O. Bexell, *Sveriges kyrkohistoria*, 7, *Folkväckelsens och kyrkoförnyelsens tid* [*Storia della chiesa svedese*, 7, *Il tempo del risveglio popolare e del rinnovamento della chiesa*], Stockholm, 2003 (in svedese). L'autore da ultimo citato è un pastore protestante, nonché professore emerito di «Storia della chiesa» nella Facoltà teologica dell'Università di Uppsala; ha ricoperto altresì la carica di presidente della *Svenska kyrkohistoriska föreningen* [Società svedese di storia della chiesa].

[33] Questa modalità di finanziamento è disponibile, dal 2000, anche per le altre confessioni religiose ufficialmente registrate. In materia dispone la Legge sulle tasse per le comunità religiose registrate del 1999. La registrazione delle confessioni religiose non è, infatti, obbligatoria, ma soltanto quelle registrate presso l'Agenzia per il supporto alle comunità religiose possono ricevere finanziamenti governativi (e ottenere ulteriori agevolazioni fiscali). La tassa si paga in proporzione alle entrate. Per evitare l'abbandono della Chiesa da parte delle persone (più) ricche, la Chiesa luterana ha proposto di introdurre un limite alla tassazione per coloro che hanno un reddito più elevato; inoltre, si propone di ridurre le tasse per le persone giovani, come anche per i disabili. È evidente che il finanziamento della Chiesa luterana dipende sia dal numero dei membri che dal loro livello di tassazione. Nel complesso, il trattamento finanziario è privilegiato per la Chiesa di Svezia. Quest'ultima dispone (dati del 2022) di circa 24.000 dipendenti, che hanno persino indetto uno sciopero nell'aprile del 2022 per rivendicare un miglioramento delle condizioni salariali. Per altro verso, la manutenzione delle oltre trecento chiese antiche luterane rimane a carico dello Stato, dal momento che vengono considerate parte del patrimonio culturale nazionale. In base a una legge del 1988, la Chiesa luterana riceve un finanziamento *ad hoc* per l'amministrazione e preservazione delle chiese antiche, molte delle quali edificate nel Medio Evo. Per l'anno 2021, tale finanziamento è stato pari a 46 milioni di euro. In dottrina, per la disciplina successiva al 2000, v. G. Scala, *Recenti mutamenti nelle relazioni tra Stato e confessioni religiose nel nord Europa. Due «case studies»: Svezia e Norvegia*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2009, 339 ss.

ma istanza, le Chiese luterane hanno tuttora una responsabilità speciale verso l'intera nazione, sia per motivi storici che per il fatto che la maggioranza della popolazione vi aderisce.

In tale contesto, l'esame del caso norvegese ha permesso di evidenziare come il legame Stato-Chiesa sia uscito indebolito dopo la riforma del 2012, sebbene il legame stesso non sia venuto del tutto meno, come dimostrano i riferimenti ancora oggi contenuti nella Carta costituzionale. I critici della riforma hanno osservato che si è passati da una situazione istituzionale che sanciva il monopolio luterano a una condizione di semi-egemonia pseudo-luterana[34]. La revisione costituzionale del 2012, perfezionata e attuata nel 2017, ha certamente allentato la simbiosi tra lo Stato (norvegese) e la Chiesa (luterana), ma il risultato ottenuto non consiste in una separazione netta; probabilmente, ha pesato in tal senso la storia costituzionale del Regno di Norvegia. Gli stessi lavori preparatori della riforma costituzionale[35] mettono quantomeno in dubbio che la completa separazione tra lo Stato e la Chiesa fosse il fine precipuo della riforma medesima.

[34] Cfr. T. Lindholm, *The Tenacity of Identity Politics in Norway. From Unabashed Lutheran Monopoly to Pseudo-Lutheran Semi-Hegemony*, in L. Christoffeersen, K. Modéer, S. Andersen (Eds.), *Law & Religion in the 21st Century - Nordic Perspectives*, Copenhagen, 2010, 210 ss.

[35] Esaminati sopra, nel paragrafo 3.

Paola Mazzina[*]

INTELLIGENZA ARTIFICIALE E NUOVE FRONTIERE DELLA DECISIONE AMMINISTRATIVA

SOMMARIO: 1. L'Intelligenza artificiale al servizio della decisione amministrativa: il contesto. – 2. Orientamenti della giurisprudenza amministrativa ed intelligenza artificiale. – 3. Procedure amministrative automatizzate e nuovo Codice dei contratti pubblici: opportunità e rischi.

1. *L'Intelligenza artificiale al servizio della decisione amministrativa: il contesto*

Fin dai primi anni Novanta dello scorso secolo l'utilizzo delle nuove tecnologie ha rappresentato uno dei principali strumenti con i quali si provveduto ad un'opera di modernizzazione della P.A.[1].

In merito, il legislatore ha, nel tempo, introdotto una serie di previsioni tese a regolare il processo di evoluzione tecnologica della P.A.[2].

[*] Ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

[1] Il ruolo dell'attività informatica nell'ambito dell'attività amministrativa trova dei primi riscontri in Massimo Severo Giannini nel *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, 16 novembre 1979, 13-14. Sugli sviluppi dell'informatica giuridica M.G. LOSANO, *I primi anni dell'informatica giuridica in Italia*, in AA.VV., *La cultura informatica in Italia. Riflessioni e testimonianze sulle origini. 1950-1970*, Torino, 1993, 193 ss., dopo aver evidenziato come il progresso tecnologico che si era registrato negli ultimi dieci anni non avesse trovato preparate le pubbliche amministrazioni, sottolineava che «*gli elaboratori elettronici, […] all'inizio apparecchi di semplice registrazione di dati complessi, sono diventati poi apparecchi di accertamento e verificazione, di calcolo, di partecipazione a fasi procedimentali di istruttoria, e infine di decisione*». Di qui la conseguenza che «*i sistemi informativi non servono più alle amministrazioni per fatti di gestione interna, ma servono proprio per amministrare, si proiettano cioè sempre più verso l'esterno*». Come è noto, più di recente, la digitalizzazione delle PP.AA. ha assunto un ruolo centrale nel contesto del Piano di Ripresa e Resilienza, costituendo, assieme alla innovazione e alla sicurezza nella P.A., una delle tre componenti progettuali attorno cui si sviluppano le linee di intervento della Missione n. 1.

[2] La letteratura sull'argomento è già molto vasta. Per gli aspetti maggiormente legati all'utilizzo dell'IA nei processi decisionali pubblici oggetto di riflessione del presente contributo e senza pretesa di completezza, si rinvia, per tutti, a: A. CARDONE, *Decisione algoritmica vs decisione politica*, Napoli, 2021; nonché, G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informativi. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, 2019; P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *Federalismi.it*, 2018, 2, 2 ss.; ID., *Riflessioni in tema di decisioni amministrative, intelligenza artificiale e legalità*, in *Federalismi.it*, 7/2021, 187 ss.; N. RANGONE, *Intelligenza artificiale e pubbliche amministrazioni: affrontare i numerosi rischi per trarne tutti i vantaggi*, in *BioLaw Journal. Rivista di Biodiritto*, 2/2022, 476 ss; A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4/2019, 1149 ss.

In questo contesto si inserisce, ad esempio, il dlgs. 82/2005, recante il "*Codice dell'amministrazione digitale*" (d'ora in poi CAD) testo che, pur ricoprendo tuttora un ruolo di centrale rilievo rispetto alle questioni attualmente poste dall'intelligenza artificiale (I.A.), si pone, tuttavia, fuori del suo perimetro regolatorio[3].

Riflessioni sul rapporto fra prevenzione della corruzione e nuove tecnologie sono presenti, tra gli altri, negli atti del Convegno "*Tecnologia e Anticorruzione*" e pubblicati in *Passaggi costituzionali*, 1/2021, 13 ss. ed, in particolare, nelle *Conclusioni* di S. Prisco, nella parte in cui sottolinea il ruolo servente della tecnologia informatica al rispetto dei valori costituzionali e, tra essi, della trasparenza dell'amministrazione pubblica, 158 e, Ivi, puntualmente sull'argomento, M. Galdi, *Tecnologia, anticorruzione e gestione degli interessi nella pubblica amministrazione*, 125 ss. Per un inquadramento generale del tema si rimanda anche a: C. Benetazzo, *Intelligenza artificiale e nuove forme di interazione tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, 16/2020, 24 ss.; P. Bilancia, *Le sfide informative della democrazia*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 3/2021, 159 ss.; B. Caravita di Toritto, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale*, Milano, 2020, 451 ss.; A. Carleo (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019; C. Casonato, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, 101 ss.; A. D'Aloia (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2020; Id., *Intelligenza artificiale, società algoritmica, dimensione giuridica. Lavori in corso*, in *Quad. cost.*, 3/2022, 651 ss.; F. Fabbrizzi, L. Dust (a cura di), *Controllo e predittività. Le nuove frontiere del costituzionalismo nell'era dell'algoritmo*, Napoli, 2024; L. Grimaldi, *Costituzionalismo «post-umano» alla prova della decisione pubblica algoritmica*, in *Federalismi.it*, 34/2022, 75 ss.; M. Ladu-N. Maccabiani, *L'individuo e la realtà digitale. Una questione costituzionale e democratica oltre la virtualità*, Napoli, 2023; D. Martire, *Intelligenza artificiale e Stato costituzionale*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2022, 397 ss; A. Papa, *Intelligenza Artificiale e decisioni pubbliche tra tecnica, politica e tutela dei diritti*, in *Federalismi.it*, 22/2022, 101 ss.; A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, Bologna, 2022, Volume I-II-III; O. Pollicino, *Il potere digitale*, in *Enc. dir.*, V, *Potere e Costituzione*, diretto da M. Cartabia-M. Ruotolo, Milano, 2023, 410 ss.; A. Simoncini, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. Cavallo Perin, D. U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'Amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, 1 ss; A. Sterpa (a cura di), *L'ordine giuridico dell'algoritmo*, Napoli, 2024; L. Torchia, *Lo Stato digitale. Un'introduzione*, Bologna, 2023.

In tema, diffusamente, si rimanda a: E. Belisario, G. Cassano (a cura di), *Intelligenza artificiale per la pubblica amministrazione. Principi e regole del procedimento amministrativo algoritmico*, Pisa, 2023; V. Visone, *Contributo allo studio della dimensione algoritmica della funzione amministrativa*, Napoli, 2023 anche per la copiosa bibliografia ivi citata; A. Di Martino, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Napoli, 2023, che si segnala per l'approfondimento scientifico e sistematico al tema; e, il più recente lavoro di M. Francaviglia, *L'intelligenza artificiale nell'attività amministrativa: principi e garanzie costituzionali nel passaggio dalla* regula agendi *alla regola algoritmica*, in *Federalismi.it*, 17/2024, 114 ss.

[3] Con riferimento al più recente, ma connesso, fenomeno della digitalizzazione delle PP.AA. – specie a partire dall'adozione del c.d. Codice dell'Amministrazione digitale e in relazione ai suoi periodici aggiornamenti – cfr. J. B. Auby, *La digitalizzazione come motore dell'evoluzione dell'organizzazione della pubblica amministrazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2/2023, 394; E. Carloni (a cura di), *Codice dell'amministrazione digitale*, Rimini, 2005; Id., *La riforma del codice*

Il presupposto su cui poggia il CAD è ritenere lo strumento digitale un supporto all'attività amministrativa (istruttoria, valutativa, provvedimentale) svolta, comunque, dall'essere umano.

Il dlgs. 82/2005 si limita, infatti, ad affermare che la riorganizzazione strutturale e gestionale delle PP.AA. debba avvenire anche attraverso il migliore e più esteso utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nell'ambito di una strategia che garantisca lo sviluppo del processo di digitalizzazione[4].

Il decreto legislativo di cui si discorre, infatti, nell'occuparsi della realizzazione di infrastrutture digitali, della interoperabilità e sicurezza dei sistemi informativi, della cittadinanza digitale, introduce, quanto al procedimento amministrativo, le misure sull'organizzazione amministrativa e sull'accesso aperto alle informazioni e ai dati delle P.A., sui principi di disponibilità, fruibilità, accesso telematico e riutilizzo dei dati pubblici.

Sul punto, infatti l'art. 3-bis della l. 241/1990 introdotto dalla l. 120/2020 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*), gli artt. 12 e 41 del CAD e l'art. 1, 1° co., lett. b) della l. 124/2015 (*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*) rappresentano disposizioni riferite all'attività amministrativa e al procedimento secondo il principio c.d. "innanzitutto digitale" (*digital first*) e non alla decisione automatizzata[5].

dell'amministrazione digitale, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 496 ss.; D. De Grazia, *Informatizzazione e semplificazione dell'attività amministrativa nel "nuovo" codice dell'amministrazione digitale*, in *Dir. pubbl.*, 2/2011, 611 ss; A. Masucci, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, 2011; Id., *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line. Lineamenti del disegno normativo*, in *Dir. pubbl.*, 1/2019, 117 ss.; F. Costantino, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Napoli, 2012.

[4] Cfr., nello specifico, l'art. 3 del dlgs. 82/2005.

[5] In particolare, l'art. 3-*bis* della l. 241/1990 stabilisce che: «*Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati*». L'art. 12 del dlgs. 82/2005 fissa, più diffusamente, le "*Norme generali per l'uso delle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni nell'azione amministrativa*", mentre l'art. 41 si occupa del procedimento e del fascicolo informatico. In ultimo, l'art. 1 della l. 124/2015 ("*Carta della cittadinanza digitale*"), al 1° co., prevede che: «*Al fine di garantire ai cittadini e alle imprese, anche attraverso l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, il diritto di accedere a tutti i dati, i documenti e i servizi di loro interesse in modalità digitale, nonché al fine di garantire la semplificazione nell'accesso ai servizi alla persona, riducendo la necessità dell'accesso fisico agli uffici pubblici, il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, con invarianza delle risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente, uno o più decreti legislativi volti a modificare e integrare, anche disponendone la delegificazione, il codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n.*

Nel privare di una base legale organica proprio l'automazione dei procedimenti amministrativi[6], le previsioni indicate lasciano fuori dal perimetro tracciato l'ipotesi che possa essere proprio la tecnologia a determinare il contenuto dell'atto amministrativo compiendo la scelta sottesa al soddisfacimento dell'interesse pubblico, mettendo in relazione tra loro norme e dati, e, quindi, sostituendosi al funzionario amministrativo.

Un primo riscontro normativo, come è noto, è stato inserito nel dlgs. 36/2023 (*Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*) che, come si approfondirà nel prosieguo, pur essendo rivolto alla disciplina dello specifico settore dei contratti pubblici, ha positivizzato alcuni dei principi teorizzati dalla giurisprudenza amministrativa in merito alle decisioni algoritmiche e ripresi, recentemente, anche dall'art. 9 del dlgs. 103/2024 recante *Semplificazione dei controlli sulle attività economiche in attuazione della delega al Governo di cui all'art. 27, 1° co., della l. 118/2022*.

Quanto, invece, al livello comunitario, l'attenzione va posta sulla recente definizione di un modello globale per la regolamentazione dell'I.A. contenuta nel *Regolamento* UE n. 2024/1689 *del Parlamento europeo e del Consiglio* del 13 giugno 2024 *che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*[7]

82, di seguito denominato «CAD», nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:[…] b) ridefinire e semplificare i procedimenti amministrativi, in relazione alle esigenze di celerità, certezza dei tempi e trasparenza nei confronti dei cittadini e delle imprese, mediante una disciplina basata sulla loro digitalizzazione e per la piena realizzazione del principio «innanzitutto digitale» (digital first), nonché l'organizzazione e le procedure interne a ciascuna amministrazione».

[6] Al fine di orientare l'edificazione di uno statuto giuridico dell'IA, sono stati redatti vari documenti di *soft law* e di gruppi di studio da cui emergono i principali criteri da applicare e cioè: l'approccio "antropocentrico" secondo cui l'approccio tecnologico non deve sovrastare l'uomo e imporsi sui suoi valori, primo tra tutti, la dignità; la "sostenibilità", questo affinché la regolazione non ponga impedimenti irragionevoli al suo sviluppo; l'"affidabilità", in quanto l'I.A. non deve essere dannosa per l'umanità; l'"inclusività" perché l'I.A. deve essere fruibile da chiunque.

[7] *Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828* (Regolamento sull'Intelligenza artificiale). Il Regolamento ha l'obiettivo di migliorare il funzionamento del mercato interno e promuovere l'adozione di un'I.A. affidabile e incentrata sull'uomo, garantendo, nel contempo, un elevato livello di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dell'UE, compresa la democrazia, lo Stato di diritto e la tutela dell'ambiente dagli effetti dannosi dei sistemi di I. A. nell'Unione, nonché sostenendo l'innovazione. La definizione di sistema di I.A. formulata nel Regolamento è quella di «[…] *un sistema basato su una macchina progettato per funzionare con diversi livelli di autonomia e che può mostrare adattività dopo l'implementazione e che, per*

che definisce l'accesso al mercato europeo dei sistemi e dei prodotti di I.A., classificandoli in base al rischio che essi possono causare e richiedendo attività di conformità differenti a seconda del livello di rischio[8].

Il Regolamento, in particolare, individua tre tipologie di I.A. a cui fa corrispondere tre regimi regolatori a seconda dell'intensità del rischio connesso[9] e risulta incentrato solo sulle condizioni per l'immissione in commercio

obiettivi espliciti o impliciti, deduce, dall'input che riceve, come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali».

La nuova disciplina non intende introdurre una normazione esaustiva e dettagliata di ogni aspetto connesso all'I.A., così definita. Tiene conto che diversi profili della materia sono già riconducibili ad atti legislativi vigenti o in corso di adozione a livello UE. In particolare, il Regolamento introduce: a) regole armonizzate per l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso dei sistemi di I.A. nell'Unione; b) il divieto di determinate pratiche di I.A.; c) requisiti specifici per i sistemi di IA ad alto rischio e obblighi per gli operatori di tali sistemi; d) regole di trasparenza armonizzate per alcuni sistemi di IA; e) regole armonizzate specifiche per l'immissione sul mercato di modelli di IA di uso generale; f) regole sul monitoraggio del mercato, sulla *governance* e sull'applicazione della vigilanza del mercato stesso; g) misure a sostegno dell'innovazione, con particolare attenzione alle PMI, comprese le *start-up*. Il Regolamento si applicherà ai soggetti pubblici e privati, all'interno e all'esterno dell'UE, a condizione che il sistema di I.A. sia immesso sul mercato dell'Unione o che il suo uso abbia effetti su persone situate nell'UE. Per maggiori approfondimenti cfr. Camera dei deputati, *Il Regolamento UE in materia di intelligenza artificiale*, Documentazione per le Commissioni. Attività dell'Unione europea, XIX legislatura, 2/2024.

[8] Tra i vari commenti in argomento, C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale*, in *Biolaw Journal. Rivista di BioDiritto*, 2022, 415; F. Ferri, *Il giorno dopo la rivoluzione: prospettive di attuazione del regolamento sull'intelligenza artificiale e poteri della Commissione europea*, in *Quaderni AISDUE - Rivista quadrimestrale*, fasc. spec. 2/2024, 1 ss.; G. Finocchiaro, *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2, 2022, 303; F. Lamberti, *La proposta di regolamento UE sull'Intelligenza Artificiale alla prova della privacy*, in *Federalismi.it*, 29 giugno 2022, 2 ss.; D. Messina, *La proposta di Regolamento europeo in materia di intelligenza artificiale: verso una "discutibile" tutela individuale di tipo consumer-centric nella società dominata dal pensiero artificiale*, in *Medialaws*, 2022, 2.

[9] Vengono, così, delineati nello specifico: 1) i sistemi a rischio inaccettabile; 2) i sistemi ad alto rischio; 3) e, infine, i sistemi a basso e minimo rischio. G. Lo Sapio, nel saggio *Il tormentato rapporto tra* blockchain *e pubblica amministrazione nel prisma dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 16/2024, 265 ss., evidenzia che l'A.I. ACT «*(g)iunge nell'ordinamento nazionale, quando, sul tema delle decisioni della pubblica amministrazione fondate su algoritmi (decisioni robotiche, decisioni automatizzate, decisioni algoritmiche, secondo le diverse nomenclature; anche ADM,* Automated Decision Making*), orientamenti giurisprudenziali ed elaborazioni dottrinali hanno già compiuto notevoli passi avanti, conducendo alla elaborazione di una versione "in salsa digitale" del principio di legalità: la cd. legalità algoritmica che ruota intorno ai principi della trasparenza, della sorveglianza umana e del divieto di discriminazione*», 270; della stessa Autrice si suggerisce la lettura anche di *Intelligenza artificiale: rischi, modelli regolatori, metafore*, in *Federalismi.it*, 27/2022, 232 ss.; *La* black box*: l'esplicabilità delle scelte algoritmiche quale garanzia di buona*

del prodotto senza distinguere tra soggetti pubblici e privati che usufruiscono dell'I.A. e senza contenere disposizioni utili ad adattare gli schemi operativi dell'I.A. allo statuto della P.A.

Tale aspetto comporta la necessità di un intervento normativo specifico che disciplini almeno l'uso degli algoritmi rispetto alle specifiche missioni amministrative, le regole dell'automazione dal punto di vista giuridico, le modalità di organizzazione e dotazione di sistema di I.A. e di ricorso al mercato e, segnatamente, il regime della responsabilità e della proprietà del *software*.

Questa esigenza, considerata la scelta del legislatore europeo di regolare una realtà così articolata come l'I.A., avendo come parziale bussola la tutela dei diritti fondamentali e dei valori democratici alla base delle tradizioni costituzionali comuni in Europa, ha fatto, tuttavia, sollevare, sul piano generale, la preoccupazione che l'A.I. ACT possa tramutarsi in una direttiva mascherata in ragione dell'altissimo numero di clausole aperte che attribuiscono un significativo margine di manovra agli Stati[10].

A questo riguardo, a seguito dell'approvazione dell'A.I. ACT, applicabile integralmente dal 2026, hanno preso avvio svariate iniziative legislative nazionali che si muovono nello spazio lasciato libero dall'A.I. ACT.

In Italia, a fronte di una decina di iniziative parlamentari, si segnala il disegno di legge sull'I.A. approvato il 23 aprile dal Consiglio dei ministri, presentato il 20 maggio al Senato (A.S. 1146, "*Disposizioni e delega al Governo in materia di intelligenza artificiale*") ed attualmente in corso di esame in Commissione, che si propone di disciplinare, a partire dai principi, gli aspetti più rilevanti per lo sviluppo e l'applicazione dell'I.A. nel rispetto di quanto fissato dall'Europa.

Si tratta di scelte che attengono all'utilizzo corretto e responsabile dell'I.A., ad una *governance* credibile, a strumenti che, in una ottica antropocentrica, devono assicurare la necessaria trasparenza e la "sorveglianza" umana sulle decisioni ed un sistema di tutela affidabile per salvaguardare le posizioni di diritto e di interesse dei cittadini.

Mantenendo l'attenzione all'ambito pubblico, la prima questione che viene in evidenza è far sì che l'utilizzo dell'I.A. non comporti un arretramento dei

amministrazione, in *Federalismi.it*, 16/2021, 114 ss.; *La trasparenza sul banco di prova dei modelli algoritmici*, in *Federalismi.it*, 11/2021, 239 ss.

[10] Si osserva che: «*In un momento in cui l'Unione europea sta affrontando la sfida cruciale dello stato di diritto anche al suo interno, rappresenta un aspetto di evidente criticità la decisione di non aver preso una posizione a favore dell'accertamento giurisdizionale, decisione che, quando sono in gioco i diritti personalissimi, resta la sola conforme alle radici del costituzionalismo europeo*». Così, O. Pollicino, Ai Act*, l'amaro in bocca per una sfida che la Ue ha raccolto solo in parte*, in *Il Sole 24 Ore*, 10 maggio 2024.

diritti già riconosciuti ai cittadini nelle procedure amministrative a partire, nel solco del quadro normativo vigente riguardante la legge sul procedimento amministrativo ed il CAD, da tutto quanto attiene alla trasparenza, al diritto alla motivazione, alla partecipazione, all'accesso ai documenti e alle prestazioni[11].

Pari attenzione dovrà essere rivolta al tema della responsabilità in capo al funzionario pubblico per i provvedimenti e i procedimenti in cui sia stata utilizzata l'I.A.[12]

Sul fronte relativo ad una riforma della P.A., per scongiurare il rischio di privarsi delle opportunità di sviluppo offerte dalla I.A., la ricerca dovrebbe favorire l'individuazione di ambiti di operatività comuni alle diverse procedure amministrative e sistemi affidabili e certificati idonei a sollevare almeno in parte dalla responsabilità i funzionari pubblici.

Infine, si sottolinea l'indispensabilità di approntare una tutela giudiziaria solida quale concreto ed effettivo presidio della «riserva di umanità» in caso di un cattivo funzionamento di un sistema di intelligenza artificiale «[…] considerato che la decisione assunta attraverso l'I.A. può anche essere errata, come può esserla quella del funzionario umano […]»[13].

2. *Orientamenti della giurisprudenza amministrativa ed intelligenza artificiale*

In carenza, finora, di un quadro organico di disposizioni normative relative all'uso degli algoritmi, il tema dell'utilizzo dell'I.A., in ausilio o in sostituzione di funzioni pubbliche, nel nostro Paese è stato trattato per la prima volta dal Consiglio di Stato, sez. VI, che, con la sentenza n. 2270 dell'8 aprile 2019, ha stabilito i (primi) principi giurisprudenziali in materia di applicazione dell'I.A. alla P.A.

[11] Tra le disposizioni di settore l'art. 13 regola l'utilizzo dell'I.A. nel settore dell'attività della P.A. ("*Uso dell'intelligenza artificiale nella pubblica amministrazione*") prevedendo, in primo luogo, la promozione dell'utilizzo dell'I.A. nella P.A. per garantire il buon andamento e l'efficienza dell'attività amministrativa; inoltre, introduce la centralità del principio dell'autodeterminazione e della responsabilità umana, stabilendo che l'utilizzo in funzione strumentale all'attività provvedimentale non fa venire meno la responsabilità e il potere decisionale della persona. Si prevede che le PP.AA. sono tenute a garantire autonomia decisionale responsabilità favorendo anche la formazione dei dipendenti pubblici. Infine, si ribadisce che le PP.AA. provvedono agli adempimenti previsti dalla disposizione *de qua* con le risorse finanziarie, umane e strumentali disponibili a legislazione vigente.

[12] Sul punto, il Regolamento europeo prevede, quanto agli utilizzatori di sistemi di I.A., che la sorveglianza umana venga affidata a persone che dispongano della competenza, della formazione e dell'autorità. Sul punto, si rinvia alle prime riflessioni di A. Corrado, *Intelligenza artificiale, regole e cautele*, in *Corriere della sera*, 12 maggio 2024.

[13] *Ibidem*.

L'organo supremo della giustizia amministrativa ha impiegato i concetti di "giustizia robotizzata" e "*cyber*giustizia" come sinonimi di decisioni assunte da algoritmi nella P. A.

Nel caso di specie, i ricorrenti lamentavano l'impiego di un algoritmo per gestire integralmente il processo di assunzione degli insegnanti di scuola secondaria che, a loro avviso, aveva dato luogo a risultati illogici e irrazionali anche a causa dell'opacità del funzionamento dell'algoritmo e dell'assenza di qualsiasi coinvolgimento umano (*id est*, il funzionario amministrativo) nella valutazione dei casi concreti, violando l'art. 97 Cost.[14].

I giudici di Palazzo Spada, nel ritenere lesi i principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza in considerazione dell'impossibilità di comprendere le modalità e le ragioni delle assegnazioni effettuate dall'algoritmo, hanno affermato che la digitalizzazione della P.A. è un aspetto imprescindibile per il progresso del Paese e che l'utilizzo degli algoritmi per automatizzare i processi decisionali amministrativi standardizzati può recare beneficio all'intero comparto organizzativo dello Stato.

In particolare, il Consiglio di Stato ammette la possibilità che l'I.A. sia impiegata se l'essere umano indica le regole per l'elaborazione dei dati e, sulla base di queste, programma il calcolatore. In questo modo l'algoritmo si limita a svolgere una funzione sostanzialmente binaria, automatizzata, che non richiede in alcun modo l'uso dell'intelletto.

Non a caso, infatti, nella sentenza è precisato che l'I.A. può essere adoperata purché sia assicurata la garanzia del principio di buon andamento della P.A. (art. 97 Cost.), i principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1 l. 241/1990) solo se si tratta di un processo amministrativo c.d. standardizzato (ovvero che prescinde dalla discrezionalità amministrativa).

Questi principi sono stati precisati dalla successiva sentenza adottata dalla sez. VI del Consiglio di Stato, la n. 8472 del 13 dicembre del 2019 con la quale l'opportunità e la liceità dell'impiego degli algoritmi nelle decisioni amministrative è stata estesa anche a quelle discrezionali e, pur tuttavia, limitate alla c.d. discrezionalità tecnica[15].

I giudici di Palazzo Spada hanno stabilito che affinché la P.A. possa avvantaggiarsi dei servizi dell'I.A. è necessario che sia garantita la totale conoscibilità dell'algoritmo e del relativo funzionamento, prescindendo dunque dalle even-

[14] Distingue in due gruppi le controversie sottoposte in materia all'attenzione del giudice amministrativo L. IANNOTTA, *Decisioni algoritmiche e valutazione dell'offerta*…, cit., 38.

[15] Tra i tanti, riflette sulle problematiche riguardanti la natura dell'attività in concreto esercitata dall'amministrazione alla luce della distinzione tra attività vincolata e discrezionale, L. IANNOTTA, *Decisioni algoritmiche e valutazione dell'offerta*…, cit., 42 ss. al cui contributo si rimanda anche per ulteriori approfondimenti bibliografici.

tuali obiezioni relative alla tutela del segreto industriale da parte dei proprietari del codice sorgente del *software*.

Inoltre, ad avviso del Supremo Organo di giustizia amministrativa, è sempre necessaria la garanzia della possibilità di imputare la responsabilità della decisione al soggetto titolare del potere amministrativo e giudiziario, il quale a sua volta ha il diritto – e se dal caso anche il dovere – di verificare in ogni fase del procedimento e del processo la legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo.

Questa giurisprudenza si è ulteriormente sviluppata con la sentenza della sez. VI del Consiglio di Stato n. 881 del 4 febbraio del 2020, quando è stato ammesso l'impiego degli algoritmi nell'azione amministrativa, a patto che essi non pregiudichino le posizioni giuridiche soggettive delle persone che possono subirne gli effetti[16].

In altri termini, si tratta di affermare precisi limiti a garanzia dei diritti fondamentali che[17] riguardano specialmente il trattamento dei dati personali, ovvero i valori della "conoscibilità", della "non esclusività" e della "non discriminazione".

Sotto il primo profilo si precisa la necessità che l'algoritmo possa essere conosciuto giacché la comprensione del percorso logico che ha portato a quel provvedimento permette anche di valutarne la fondatezza e la legittimità giuridica.

Da qui, il problema che attraverso il ricorso all'I.A. sia proprio la logica ad essere ignota, poiché l'"intelligenza" della macchina non è oggettivamente conoscibile in quanto deriva dalla relativa capacità di autoapprendimento e di perfezionamento di criteri di conoscenza e di scelta per rispondere al quesito sottoposto.

Questo problema non potrebbe neppure essere risolto conoscendo l'algoritmo che consente il funzionamento dell'I.A., il quale potrebbe verosimilmente essere decrittato – ma non necessariamente compreso – da persone altamente qualificate.

Se costoro fossero in grado di comprendere la "logica" dell'algoritmo, resterebbe la questione del rischio di sfociare in una decisione tecnocratica capace di eludere i principi posti alla base dell'ordinamento democratico.

[16] Il Consiglio di Stato ha infatti affermato che non «*vi sono ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse*».

[17] Non diversamente da quanto già affermato dal *Regolamento UE n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27/4/2016, 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* (GDPR).

La giurisprudenza amministrativa pone in guardia anche dal rischio della non esclusività[18] che potrebbe essere risolto prevedendo in ogni fase del procedimento la possibilità che l'essere umano intervenga per correggere i possibili errori dell'I.A.

In questo modo, tuttavia, si torna al rischio appena prospettato di inciampare nella tecnocrazia poiché potrebbero essere pochi esperti a intervenire sulla – e se dal caso a contrastare la – risposta (*rectius*: decisione?) offerta dall'I.A.

Se così fosse potrebbe, peraltro, porsi un'ulteriore complessità giacché ai risultati dell'I.A. si aggiungerebbero – e non si sostituirebbero – quelli dell'intelligenza umana che, in ogni caso con buone probabilità, resterebbe incapace di comprendere le ragioni della prima.

Si pensi all'aggiunta dell'intervento umano nell'ambito di un'attività di tipo tecnico-discrezionale della P.A., come potrebbe essere la redazione di una graduatoria: se il giudice annullasse la decisione dell'I.A. rispetto a una persona in graduatoria, i destinatari del provvedimento sarebbero giudicati in maniera diversa (cioè dall'I.A. e dall'essere umano), con chiare ripercussioni sul principio di eguaglianza, di parità di trattamento e, forse anche, di imparzialità della P.A.

Non a caso la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha sancito che è possibile impiegare l'I.A. nell'attività amministrativa purché non si verifichi alcun pregiudizio nei confronti del principio di non discriminazione (ovvero che allo stesso *input* deve corrispondere lo stesso *output*)[19].

[18] Così come peraltro sancito dall'art. 22 del *Regolamento UE n. 2016/679* (GDPR) riguardante il *Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione* al paragrafo 1, prevede che «*L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona*», salvo poi individuare alcune fattispecie, al paragrafo 2, per le quali il paragrafo 1 non si applica. Questi attengono al caso in cui «[…] *la decisione: a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; b) sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato*». Inoltre: 3. «*Nei casi di cui al paragrafo 2, lettere a) e c), il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione*».

[19] Come ha avuto modo di precisare il Consiglio di Stato nelle pronunce più significative dedicate alla questione (cfr. CdS sez. VI, n. 2270 /2019 e le sentt. 8472, 8473, 8474 del 2019), il ricorso alla funzione algoritmica all'interno del procedimento amministrativo non è vietato di per sé, neppure in relazione a quei procedimenti caratterizzati da discrezionalità, anche tecnica. La condizione affinché una decisione algoritmica sia legittima, tuttavia, è che siano rispettati determinati requisiti, derivanti sia dai principi di diritto interno che dalle norme del diritto europeo (cfr. Cons. Stato, sez. VI, sentt. 881/2020 e 1206/2021). In merito, F. Patroni Griffi, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in A. Carleo (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna,

Il TAR Napoli, inserendosi nel solco dell'orientamento giurisprudenziale esaminato, pronunciandosi in merito alla legittimità di un provvedimento amministrativo di secondo grado avente ad oggetto la revisione dell'erogazione di contributi agricoli, ha tentato, più di recente, di delineare le linee guida che legittimano una decisione automatizzata della P.A. (sent. 7003/2022). Nella sentenza, innanzitutto, si ribadisce il principio di origine europea della "non esclusività della decisione algoritmica" per cui le spinte semplificatorie ed acceleratorie della decisione automatizzata vanno controbilanciate con la necessità di assicurare un controllo umano del procedimento, attribuendo al responsabile la possibilità di intervenire, validare o, al contrario, smentire la decisione automatica in funzione di garanzia (cd. *human in the loop*).

Inoltre, con l'attenzione rivolta alla normativa interna, il Collegio osserva come il ricorso all'algoritmo, in funzione integrativa e servente della decisione umana, non può mai comportare un abbassamento del livello delle tutele garantite dalla legge sul procedimento amministrativo ed, in particolare, di quelle relative all'individuazione del responsabile del procedimento, all'obbligo di motivazione e alle garanzie partecipative.

Con particolare riferimento al rispetto del principio di trasparenza, che trova il suo precipitato nell'obbligo di motivazione degli atti amministrativi (cfr. art. 3 della l. 241/90), il TAR Napoli assume che tale onere motivazionale sia assolutamente insopprimibile anche quando lo strumento della decisione amministrativa sia un complesso computo matematico-informatico e che il provvedimento emanato sulla scorta di una complessa operazione di calcolo richiede il rafforzamento dell'obbligo motivazionale al fine di rendere la decisione finale della P.A. conoscibile e comprensibile[20].

Ne discende che, in caso di decisione fondata su un algoritmo, va assicurata una "declinazione rafforzata del principio di trasparenza", intesa come "piena

2019; nonché R. Calvara, *Provvedimento algoritmico: sì, ma come?*, in *Irpa.eu*, Osservatorio sullo Stato digitale, 7 dicembre 2022; V. Canalini, *L'algoritmo come "atto amministrativo informatico" e il sindacato del giudice*, in *Giornale Dir. Amm.*, 6/2019, 781, (nota a sentenza); A. Mascolo, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*, in *Giornale Dir. Amm.*, 3/2020, 366 (nota a sentenza); R. Mattera, *Processo – Decisioni algoritmiche. Il Consiglio di Stato fissa i limiti*, in *Nuova Giur. Civ.*, 4/2020, 809 (nota a sentenza); N. Muciaccia, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, in *Federalismi.it*, 10/2020, 344 ss.; M. Timo, *Algoritmo – il procedimento di assunzione del personale al vaglio del Consiglio di Stato*, in *Giur. It.*, 5/2020, 1190 (nota a sentenza); A. Valsecchi, *Algoritmo, discrezionalità amministrativa e discrezionalità del giudice*, in *usinitinere.it*, 2020 (nota a sentenza).

[20] Il riferimento è alla sent. Cons. St., sez. VI, n. 2270/2019, secondo la quale, «[…] *la decisione amministrativa automatizzata impone al giudice di valutare in primo luogo la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla sua costruzione, all'inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione*».

conoscibilità della regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico"[21].

In ultimo, trattandosi di una decisione presa proprio da una P.A., viene in rilievo anche l'art. 41 della Carta di Nizza ed il diritto ad una "*good administration*", in quanto la P.A., quando intende adottare una decisione che può avere effetti avversi su di una persona, ha l'obbligo di sentirla prima di agire, di consentirle l'accesso ai suoi archivi e documenti, nonché di "motivare le proprie decisioni". La piena conoscibilità dell'algoritmo, dunque, deve essere garantita dai programmatori in tutti gli aspetti, a partire dal procedimento usato per l'elaborazione al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti[22].

3. *Procedure amministrative automatizzate e nuovo Codice dei contratti pubblici: opportunità e rischi*

Dagli orientamenti giurisprudenziali esaminati il legislatore ha ricavato le indicazioni di principio per disciplinare per la prima volta il tema in argomento attraverso l'art. 30 contenuto nel dlgs. 36/2023 "*Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*".

Sebbene l'intervento venga circoscritto al solo settore dei contratti pubblici si tratta della prima previsione normativa nazionale che cristallizza i principi da rispettare in caso di utilizzo di procedure automatizzate.

L'articolo 30 al 1° co., per migliorare l'efficienza, riconosce la possibilità che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedano «[…] *ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia*».

Nel collegarsi all'art. 1, 2° co., lett. t) della legge di delega 78/2022, nella parte in cui fa espresso riferimento alla «[…] *individuazione delle ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere ad automatismi nella valutazione delle offerte* […]», la disposizione di cui si discorre riprende anche l'art. 3-*bis* della l. 241/1990 modificata dalla l. 120/2020 e già richiamata nel par. 1, laddove

[21] Cons. St., sez. VI, n. 2270/2019. Il principio di conoscibilità, infatti, comporta per l'interessato il diritto a conoscere sia l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino, sia a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata dall'algoritmo, così come previsto dagli artt. 13 e 14 del GDPR (Regolamento 2016/679) che risultano formulati in maniera generale e, perciò, applicabili sia a decisioni prese da soggetti privati che da soggetti pubblici. cfr. Cons. St. s. 8472/2019.

[22] Così R. Calvara, *Provvedimento algoritmico: sì, ma come?*, in *Irpa.eu*, Osservatorio sullo Stato digitale, 7 dicembre 2022.

ammette che le PP.AA., per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, possano avvalersi di «[…] *strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati*».

In questa prospettiva, il legislatore, nell'elencare una serie di principi destinati a governare l'utilizzo di sistemi di I.A. da parte delle stazioni appaltanti[23], ha codificato – come si riferiva – alcuni degli ormai noti principi affermati sul punto sia in ambito europeo, sia dalla giurisprudenza amministrativa, quale quello della conoscibilità, della comprensibilità, della non esclusività e della non discriminazione.

In particolare, all'art. 30, 2° co., si legge che: «*Nell'acquisto o sviluppo delle soluzioni di cui al comma 1 le stazioni appaltanti e gli enti concedenti: a) assicurano la disponibilità del codice sorgente, della relativa documentazione, nonché di ogni altro elemento utile a comprenderne le logiche di funzionamento; b) introducono negli atti di indizione delle gare clausole volte ad assicurare le prestazioni di assistenza e manutenzione necessarie alla correzione degli errori e degli effetti indesiderati derivanti dall'automazione*».

Mentre il successivo 3° co. precisa che: «*Le decisioni assunte mediante automazione rispettano i principi di: a) conoscibilità e comprensibilità, per cui ogni operatore economico ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata; b) non esclusività della decisione algoritmica, per cui comunque esiste nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata; c) non discriminazione algoritmica, per cui il titolare mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici*».

È evidente che il legislatore ha fatto suo un approccio antropocentrico al tema: da una parte, si stabilisce che le stazioni appaltanti debbono, in sede di acquisto o sviluppo delle soluzioni tecnologiche, assicurarsi la disponibilità del

[23] Esprime speranza unita a preoccupazione D. U. Galetta, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *Federalismi.it*, 12/2023, X s. in relazione «[…] *all'utilizzo di sistemi di I. A. basati sul machine learning: che siano in grado, cioè, di elaborare un modello matematico-numerico che, sulla base dell'allenamento fatto su vecchi set di dati, sia in grado, quando viene presentato un nuovo set di dati, di effettuare una previsione con un certo grado di accuratezza. Al momento tuttavia, come ha sottolineato lo stesso Consiglio di Stato nella sua relazione sullo schema definitivo di Codice, nell'ambito delle procedure di gara sono utilizzati algoritmi semplici o "condizionali" (e non di apprendimento). Questi rispondono allo schema semplice "if …, then…" e vengono utilizzati per il confronto automatico di alcuni parametri caratterizzanti le offerte e conoscibili. Tuttavia, non si può escludere che, a breve, la disponibilità di grandi quantità di dati (c.d. Big Data) possa consentire l'addestramento di algoritmi di apprendimento da applicare alle procedure di gara più complesse*».

codice sorgente e di ogni altro elemento che sia utile a comprendere le logiche di funzionamento dell'algoritmo (art. 30, 2° co.); e, dall'altra, nel configurare l'attività prodotta attraverso l'I.A. come di supporto rispetto alla decisione finale imputabile al funzionario pubblico, si esclude che la decisione algoritmica possa venire adottata senza alcun intervento umano di controllo o di validazione, considerato anche che la decisione, pur assunta all'esito di un processo automatizzato, resta imputabile solo ed esclusivamente alla stazione appaltante[24].

Il problema che, tuttavia, viene posto in luce attiene alla disponibilità del funzionario di assumersi «[…] *la responsabilità di discostarsi dal risultato che gli viene proposto dalla onnipotente "macchina"*», circostanza che conduce al risultato di addivenire ad una decisione, formalmente adottata dal funzionario, ma che nel 99% dei casi sarà quella suggerita dal sistema di I.A. di supporto[25].

L'attenzione va, quindi, incentrata, come opportunamente fa l'art. 30, ai commi 3 e 4, sui rischi di discriminazione che potrebbero scaturire dalla decisione algoritmica e, segnatamente, sulla scelta dei dati di cui si nutrirà l'algoritmo, in quanto l'utilizzo di dati di scarsa qualità determinerà la creazione di algoritmi di scarsa qualità forieri di risultati inevitabilmente altrettanto scarsi (se non discriminatori)[26].

Pari impegno dovrà necessariamente essere riservato, nel rispetto di quanto prescritto dall'art. 30, 3° co. lett. a) al tema della "comprensibilità", intesa come attitudine a fornire "*informazioni significative sulla logica utilizzata*" dal sistema di automazione della decisione utilizzato dalla P.A. e questo, come si è già riferito, soprattutto in considerazione della necessità di bilanciare l'uso di algoritmi di *machine learning* con l'obbligo di motivazione del provvedimento

[24] Una certa lacunosità della disposizione è stata ravvisata nella parte in cui «[…] *nell'affermare il generale principio di non esclusività algoritmica a salvaguardia del potere discrezionale dell'amministrazione, non effettua alcun distinguo sulla base della natura dell'attività concretamente esercitata dall'amministrazione e, dunque, tra procedimenti aggiudicati con il criterio del prezzo più basso e quelli governati dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*». Più diffusamente, L. Iannotta, *Decisioni algoritmiche e valutazione dell'offerta*…, cit., 57.

[25] D. U. Galetta, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni*…, cit., IX ss.

[26] L'art. 30 ("*Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici*") prevede, inoltre, al 4° co. che: «*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano ogni misura tecnica e organizzativa atta a garantire che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori, nonché a impedire effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della nazionalità, dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione, delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dei caratteri somatici, dello status genetico, dello stato di salute, del genere o dell'orientamento sessuale*»; e, al 5° co., che: «*Le pubbliche amministrazioni pubblicano sul sito istituzionale, nella sezione «Amministrazione trasparente», l'elenco delle soluzioni tecnologiche di cui al comma 1 utilizzate ai fini dello svolgimento della propria attività*».

che rimane uno dei capisaldi dell'agire di una P.A. che possa considerarsi in linea con i principi di imparzialità e buon andamento espressamente enunciati dall'art. 97 Cost.[27].

[27] Conciliare l'obbligo giuridico di motivare le proprie decisioni quando la stessa viene assunta in base a strumenti basati sull'uso dell'I.A. richiede, nella logica propria della previsione di cui all'art. 41 della Carta dei diritti dell'Unione europea (e dell'art. 3 della l. 241/90) e, coerentemente con l'art. 30, 3° co., lett. a), del nuovo Codice dei contratti pubblici nella parte in cui si riferisce alla necessità di conoscere dell'esistenza di processi decisionali automatizzati e, in tal caso, di "ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata", «[…] *lo standard di intelligibilità delle decisioni adottate dalle pubbliche amministrazioni rimanga intatto o, meglio ancora, aumenti* […]». D. U. Galetta, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni*…, cit., XIII s.

Franca Meola[*]

I "NUOVI CONFINI" DELL'AUTODETERMINAZIONE, QUALE DIRITTO DELLA PERSONA A DISPORRE DEL PROPRIO CORPO

SOMMARIO: 1. Autodeterminazione e Costituzione. – 2. Sul fondamento del diritto della persona ad autodeterminarsi nelle scelte che coinvolgo il proprio corpo. – 3. Le proiezioni odierne dell'autodeterminazione tra diritto fondamentale alla salute e inviolabilità della libertà personale: a proposito del potenziamento cognitivo. – 4. L'esercizio del diritto di autodeterminazione tra "nuovi confini" e "vecchi limiti" a tutela della persona.

1. *Autodeterminazione e Costituzione*

Inteso quale pretesa della persona di divenire «il centro decisionale sovrano delle scelte che riguardano la sua esistenza»[1], il diritto all'autodeterminazione[2] sconta *ab origine* il limite dato dalla mancanza di una sua espressa previsione a livello fondamentale. In effetti, ancorata ad una certa impostazione di chiara matrice civilistica, che «anche quando limita o vieta […] non presuppone una sfera di autodeterminazione, ma fa riferimento al concetto di "disposizione"»[3], la nostra Costituzione non contiene al suo interno al-

[*] Avvocato e cultrice della materia di diritto pubblico e costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza - Università degli Studi della Campania "L. Vanvitelli". Mail: franca.meola@unicampania.it.

[1] Così, V. MARZOCCO, *Il diritto ad autodeterminarsi e il "governo di sé". La "vita materiale" tra proprietà e personalità*, in A. D'Aloia (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Napoli 2012, 33.

[2] Al riguardo, ai fini di un inquadramento generale del tema, P. VERONESI, *Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all'autodeterminazione*, in *BioLaw Journal*, 2019, 2, 27 ss. In senso critico rispetto alla configurazione di questa «nuova» situazione giuridica, A. SPADARO, *I «due» volti del costituzionalismo di fronte al principio di autodeterminazione*, in *Pol. Dir.*, 2014, 3, 403 ss.; S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2009, 1 ss.; M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei «nuovi diritti»*, in *Quad. cost.*, 2009, 3, 537 ss. Più di recente, in argomento, cfr. A. RUGGERI, *Autodeterminazione (principio di)* (voce), in *Digesto/Disc. Pubbl.*, VIII Agg. 2021, 1 ss., nonché C. CASONATO, *Il Principio di autodeterminazione. Una modellistica per inizio e fine vita*, in *www.osservatorioaic.it*, 2022, 1, 1° febbraio 2022, 51 ss.

[3] «Emblematico, in questo contesto, l'art. 5, sugli atti di disposizione del proprio corpo, per il quale "Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume"»; così, S. MANGIAMELI, *ult. op.*, cit., 1. A proposito di tale disposizione, «generica e tormentata» (tale è la definizione offertane da B. PEZZINI, *Il diritto alla salute:*

cuna disposizione che, riconoscendolo, esplicitamente chiarisca contenuto e limiti di tale diritto. In qualche misura, anzi, il linguaggio impiegato nella normazione codicistica, che si esprime solo in termini di diritti (di natura per lo più patrimoniale) e libertà (di tipo sostanzialmente negoziale), del singolo o delle parti, resi di volta in volta oggetto di riconoscimento e tutela nei diversi ambiti in cui l'uno o le altre esercitano la propria autonomia[4], ha addirittura concorso ad alimentare nei costituenti il (falso) convincimento che quella dell'autodeterminazione non potesse essere considerata «come una espressione giuridica»[5].

Sconfessata perciò la riconoscibilità, all'interno della normativa civilistica, ma anche in quella penale[6], di una dimensione unitaria dell'«autodeterminazione»[7], suscettibile piuttosto di assumere valenza giuridica «solo per frammenti, riconducendo i diversi aspetti delle scelte e decisioni individuali all'ambito giuridico che le è loro proprio, e cioè ad una disposizione puntuale che contempla una determinata situazione e la qualifica giuridicamente»[8], la necessità di stabilire se l'«autodeterminazione», di cui la Carta fondamentale espressamente tace[9], sia un diritto e se abbia uno spessore costituzionale sposta la ricerca di una qualche risposta sul piano giurisprudenziale.

profili costituzionali, in *Dir. soc.*, 1983, 1, 50), ed in particolare, riguarda alla «frantumazione assiologica» delle proprie strutture fondative, soprattutto in ragione del profondo cambiamento che ha interessato il contesto storico, sociale, culturale e scientifico dalla sua emanazione ad oggi, cfr. C.M. D'Arrigo, «*Integrità fisica*» (voce), in *Enc. dir.*, *Agg. IV*, Milano, 2000, 723 ss.

[4] Per una disamina delle disposizioni del codice civile che supportano tale tesi, S. Mangiameli, *ult. op.*, cit., 2, 3.

[5] Sul punto, per un approfondimento, sempre S. Mangiameli, *ult. op.*, cit., 2.

[6] È ancora una volta S. Mangiameli, *ult. op.*, cit., 3, a ricordare che anche altri rami del diritto, come quello penale, «hanno contribuito alla redazione della parte prima della Carta». «Basti considerare la perfetta coincidenza tra alcuni disposti costituzionali e i principi del codice penale: il principio di legalità penale, la regola del *favor rei*, la presunzione di non colpevolezza, ecc., che toccano situazioni individuali specifiche, ma non contemplano un principio generale di autodeterminazione individuale».

[7] In effetti, il concetto di «autodeterminazione» ha rilevanza giuridica quasi esclusiva nel diritto internazionale. In particolare, su tale piano, l'espressione, originata dalla lotta per i diritti civili e sociali delle donne, viene successivamente ad arricchirsi di un ulteriore riferimento: il diritto all'autodeterminazione dei popoli. Sul punto, per un approfondimento, S. Mangiameli, *ult. op.*, cit., 1.

[8] Così, S. Mangiameli, *ult. op.*, cit., 3.

[9] Sul punto, C. Iannello, *Salute e libertà. Il* fondamentale *diritto all'autodeterminazione individuale*, Napoli, 2023, 20, il quale, efficacemente, avverte: «nel nostro ordinamento costituzionale non esiste un generico e onnicomprensivo diritto all'autodeterminazione individuale, declinato sulla falsariga della *privacy* statunitense, in grado di trasformare i nostri desideri, per quanto legittimi possano essere da un punto di vista etico o morale, in pretese dotate della dignità dei diritti giuridicamente garantiti».

È solo infatti attraverso la giurisprudenza costituzionale e l'interpretazione da questa data delle diverse facoltà della persona, giuridicamente qualificate in Costituzione in termini di diritti e libertà, che è possibile definire la meritevolezza della tutela da accordare alle singole scelte e decisioni che l'individuo compie o prende, ovverossia a specifici atti volitivi della persona, espressione della propria autodeterminazione, resi dalla stessa manifesti nei diversi, singoli ambiti che la riguardano, ovvero la coinvolgono.

2. *Sul fondamento giurisprudenziale del diritto della persona ad autodeterminarsi nelle scelte che coinvolgo il proprio corpo*

Come è noto, l'approccio della Corte costituzionale al tema dell'autodeterminazione[10], una volta declinato il concetto in quella che è la specifica prospettiva fatta qui oggetto d'indagine[11], risulta già chiaramente compendiato nella

[10] Tale approccio è stato di certo favorito da una precedente pronuncia, e specificamente dalla sent. 471/1990, in cui, per la prima volta, viene marcato il passaggio dal «potere» alla «libertà» dell'individuo di disporre del proprio corpo, conseguente all'entrata in vigore della Costituzione del '48, «sulla base del principio personalista in particolare». È «sul presupposto del valore unitario ed inscindibile della persona come tale» che – giusto quanto chiarito nell'occasione dalla Corte – la questione viene a porsi in «termini di libertà di decidere e di autodeterminarsi in ordine a comportamenti che in vario modo coinvolgono ed interessano il proprio corpo».

[11] In realtà, prima di interessare i giudici costituzionali, l'affermazione dell'autodeterminazione a decidere sulle questioni che interessano il proprio corpo ha costituito motivo di lotta di vari Movimenti diffusisi nel nostro ordinamento per il riconoscimento dei diritti civili, e tra questi, in particolare, il Movimento femminista.

Non meno significativa, però, è stata anche l'incidenza esercitata sulla Corte dalla maggiore attenzione mostrata dalla dottrina nei riguardi del «corpo» e degli atti di disposizione che lo interessano. E ciò anzitutto in ragione dei problemi che, nella definizione delle problematiche poste dalle «nuove» possibilità di disposizione del corpo rese possibili dall'avanzamento delle conoscenze e delle applicazioni biomediche, il giurista incontra nel tentativo di far uso del principio di coerenza e/o di consequenzialità. In ragione di essi, infatti, concetti per il passato indissolubilmente legati tra loro sono stati al contrario scissi, mentre altri, che pure apparivano necessariamente distinti, sono stati, al contrario, indistricabilmente connessi. Così, ad esempio, nozioni quali procreazione e sessualità, parto e maternità, morte e salma, che pure sono stati sempre considerati strettamente correlati tra loro, oggi, invece, sono sempre più spesso concepiti distintamente. Ai nostri giorni, infatti, la donna può procreare senza intrattenere rapporti sessuali e può partorire senza per questo essere stata geneticamente coinvolta nel concepimento. E la salma, fino a ieri destinata alla consunzione, può essere sottratta a questa per fornire un aiuto ad altre persone che versino in precarie condizioni di salute. D'altro canto, produzione e riproduzione che pure sembravano, in passato, concetti profondamente distinti, oggi, invece, risultano più spesso strettamente connessi tra loro. È difficile, infatti, stabilire se la scelta della donna incinta di un bambino anencefalo di non abortire e di far nascere ugualmente il figlio al solo scopo di consentire l'espianto degli organi possa essere qualificato quale atto di riproduzione e/o di produzione. Su questi profili, benché risalenti, sono ancora attuali le riflessioni L.

sent. n. 438/2008[12]. È in essa, infatti, che, per la prima volta, la Corte riconosce «l'esistenza di un autonomo diritto all'autodeterminazione in ordine alla propria salute, distinto dal diritto alla salute stesso»[13], rintracciandone il fon-

VIOLANTE, *Bio-jus. I problemi di una normativa giuridica nel campo della biologia umana*, in A. Di Meo, C. Mancina (a cura di), *Bioetica*, Bari-Roma, 1989, 261-262.

Né meno complessi sono i problemi di qualificazione giuridica del fatto che, in tale contesto, il giurista è spesse volte obbligato ad affrontare. Ad intenderne la portata basterebbe anche solo ricordare gli interrogativi posti dal libro francese su *L'affaire de la main volée*, la storia della mano rubata (J. P. BAUD, *L'affaire de la main volée. Une historire juridique du corps*, Paris, 1993). Il saggio, che trae spunto dalla vicenda di un carcerato francese che si taglia un dito per protesta e ne fa dono al Ministro di Grazia e Giustizia, sollecita, infatti, il giurista alla risoluzione di una problematica di non facile definizione, quale quella della qualificazione dell'eventuale sottrazione del contenitore in cui il dito è conservato. È qui che la povertà del diritto si appalesa in maniera del tutto evidente. «Si è in presenza di mutilazione, nel senso che ci si appropria di qualcosa che la tecnica non è capace di reinserire nel corpo […], o di un furto, o bisogna servirsi della categoria civilistica delle cose abbandonate, parlandone come di una *res derelicita* che consente, come accade per le cose di nessuno, l'apprensione da parte del primo 'occupante'?».

Peraltro, la vicenda *de qua* è altresì espressiva di un'ulteriore problematica conseguente alla diffusione delle nuove possibilità di disposizione del corpo: la messa in discussione della famosa *summa divisio* tra persone e cose. Su tale profilo, benché risalenti, si leggano le notazioni di M.M. MARZANO PARISOLI, *Il corpo tra diritto e diritti*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1999, 29, 527.

[12] Corte cost., sent. n. 438/2008. Di contenuto analogo è la sent. n. 253/2009. Entrambe in *www.giurcost.org*. È in esse che la Corte ha, per la prima volta, sentenziato che «il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto», radicandone il fondamento negli artt. 2, 13 e 32 Cost., e ritenendo lo stesso atto a svolgere una «funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute». Diversamente, «nella sentenza n. 471 del 1990, spesso citata da dottrina e giurisprudenza a sostegno del fondamento costituzionale del consenso informato, la Corte, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 696, comma 1 c.p.c., "nella parte in cui non consente ad un soggetto di ottenere che sia disposto accertamento tecnico od ispezione giudiziale sulla propria persona", aveva riconosciuto il "valore costituzionale della inviolabilità della persona costruito, nel precetto di cui all'art. 13, primo comma, della Costituzione, come 'libertà', nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo". Se non si può disconoscere l'importanza di questa pronuncia nel cogliere "il passaggio dal 'potere' alla 'libertà'" di disporre del proprio corpo, deve però sottolinearsi che tali affermazioni sono state rese nell'ambito di una questione di legittimità costituzionale riguardante l'ammissibilità di accertamenti sulla persona umana per fini probatori in sede giudiziale e a quella specifica ipotesi si riferiscono, mentre l'importanza della sentenza che qui si commenta sta proprio nell'aver parlato di un diritto all'autodeterminazione specificamente in relazione al diritto alla salute. Inoltre, mentre nella sentenza n. 471 del 1990 la Corte aveva chiaramente indicato nella "dignità della figura umana", di cui all'art. 32, comma 2 Cost., il limite alla libertà di disporre del proprio corpo, nella sentenza in esame non viene fatto alcun accenno a possibili limitazioni del diritto all'autodeterminazione»; in questo senso, R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008, 4953.

[13] Così, R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, cit.

damento nel disposto degli artt. 2, 13 e 32 Cost. E tale impostazione, oramai risalente, ha poi trovato successive conferme anche in ulteriori decisioni in cui la Corte è tornata ad occuparsi di autodeterminazione, confrontandosi però con quelle differenti possibilità di disposizione del corpo rese oggi possibili dall'avanzamento delle scienze biomediche e delle relative applicazioni tecniche. Si considerino, al riguardo, i contenuti dell'ord. n. 207/2018[14], poi ripresi dalla sent. 242/2019[15], in cui si affronta uno dei profili forse più problematici delle questioni di fine vita, ovvero l'aiuto al suicidio. In particolare, nell'occasione, occupandosi della rispondenza a Costituzione della norma penalistica che incrimina l'aiuto al suicidio, in funzione dell'accoglimento della richiesta di porre fine alla propria sofferenza da parte di chi, in ragione delle proprie condizioni di vita e salute, ritiene intollerabile il prosieguo della propria esistenza, la Corte torna a ragionare di una «*libertà di autodeterminazione* del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze»[16], desumendone nuovamente il fondamento nel dettato degli artt. 2, 13, e 32 Cost.

Ebbene, anche in ragione dell'insistenza con cui, in queste come in altre pronunce ugualmente significative in tema[17], il giudice costituzionale rimarca la primazia degli articoli anzidetti quanto al radicamento dell'autodeterminazione a livello fondamentale, anche la dottrina ha da tempo ritenuto di poter trarre da esse, direttamente e immediatamente[18], «una declinazione negativa della libertà che consente all'individuo di disporre autonomamente e responsabilmente del proprio corpo, al riparo dalle altrui interferenze, comprensiva del potere di rinunciare alle cure ritenute insopportabili, seppure non riconducibili a ingiustificate forme di accanimento terapeutico»[19]. Il tutto, secondo una chiave di lettura che, nell'interpretazione qui proposta, trova riscontro non soltanto nel riferimento che, per effetto del richiamo all'art. 32, co. 2, Cost, la Corte fa al limite dato dal «rispetto della persona umana», di per sé confermativo dell'ampia autonomia che la persona ha di disporre del proprio corpo[20],

[14] Corte cost., ord. n. 207/2018, in *www.giurcost.org*.

[15] Corte cost., sent. n. 242/2019, in *www.giurcost.org*.

[16] Così, Corte cost., sent. n. 242/2019, cit., punto 2.3 del *Considerato in diritto.*

[17] Anche in materia di vaccinazioni obbligatorie, la Corte, a partire dalla sentenza n. 307/1990, ha parlato dell'«autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale».

[18] Ossia, senza la necessità di una quale mediazione legislativa. Sul punto, in senso critico, cfr. G.U. Rescigno, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 1, 88.

[19] In questo senso, L. Chieffi, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Torino, 2019, 98.

[20] Sul punto, più diffusamente, L. Chieffi, *ult. op.*, cit., 99.

ma anche nel rinvio che la stessa opera all'art. 13 Cost. ed alle garanzie da esso offerte a tutela della libertà personale contro eventuali interventi dei soggetti pubblici o privati. E ciò in ragione del chiaro ampliamento del valore costituzionale della inviolabilità della persona che ne risulta[21].

3. *L'autodeterminazione tra diritto fondamentale alla salute e inviolabilità della libertà personale*

Sebbene si tratti di un'elaborazione giurisprudenziale che, anche di recente, è stata oggetto di severe critiche[22], è peraltro indubbio che, a far data dalle sen-

[21] Particolarmente critica nei confronti del richiamo che la Corte fa al disposto dell'art. 13 Cost. al fine di fondare un generale diritto all'autodeterminazione e al consenso informato è G. Morana, *A proposito del fondamento costituzionale per il "consenso informato" ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2008, 4978, secondo cui «tale ricostruzione risente di una consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione che ha riferito il diritto in questione agli artt. 13 e 32 (oltre che all'art. 2) Cost». Su uguali posizioni si attestano altresì R. Balduzzi, D. Paris, *ult. op.*, cit., i quali, valutando negativamente la dissociazione operata dalla Corte tra l'autodeterminazione in materia di trattamenti sanitari e il concetto giuridico di salute in cui da tempo era stata collocata, a proposito di quanto deciso dai giudici costituzionali in ordine al fondamento del consenso informato, osservano «che l'affermazione della Corte risulta tanto più significativa, in particolare nel suo richiamo all'art. 13, in considerazione del fatto che alle stesse conclusioni si poteva giungere impostando l'argomentazione esclusivamente in termini di diritto alla salute *ex* art. 32 Cost. Il consenso informato, infatti, ben può essere spiegato come punto di sintesi fra le diverse posizioni giuridiche soggettive tutelate dall'art. 32 Cost., primo e secondo comma, e in particolare fra il diritto alla salute come diritto a prestazione e il suo risvolto negativo di libertà della scelta terapeutica, senza necessariamente richiamare l'art. 13 Cost.». Infine, tra le posizioni critiche espresse sul punto, si ricordi altresì quella di M. Cartabia, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2012, 455 ss. In argomento, toni ugualmente critici sono quelli utilizzati da A. Barbera, *Un moderno* "Habeas Corpus"?, in *www.forumcostituzionale.it*, 27 giugno 2013, 3, per il quale: «Poco convincente il richiamo all'art. 13 della Costituzione che riguarda in modo specifico le restrizioni fisiche poste in essere dalle autorità inquirenti (e non come pure talvolta prospettato la "libertà morale"), vale a dire il vecchio *Habeas Corpus* […]. Più corretto il riferimento rappresentato dall'art. 32 della Costituzione che, richiedendo il consenso della persona per le terapie, e quindi riconoscendo il "diritto a rifiutare le cure", implicitamente riconosce un diritto del paziente a che la malattia faccia il suo corso, anche scontando un esito letale della stessa».

[22] Qui il riferimento è non solo alle incertezze linguistiche di cui si nutre la giurisprudenza costituzionale in tema, ben riflesse nel richiamo dubbio che la Corte fa ora al «principio di autodeterminazione» ora invece al «diritto all'autodeterminazione», ma anche ad una serie di criticità più specificamente legate all'individuazione delle diverse disposizioni su cui ugualmente la stessa fonda il riconoscimento a livello costituzionale dell'autodeterminazione. Con riferimento alle prime, emergenti anche solo dal confronto tra la sent. n. 438/2008 (lì dove si parla di diritto all'autodeterminazione) e la sent. n. 162/2014, ma anche l'ord. n. 207/2018 e la succedanea sent. n. sent. 242/2019 (lì dove si parla di *libertà di autodeterminarsi*), si rinvia a P. Veronesi, *ult. op.*, cit., nota n. 2. Con riferimento al secondo dei profili menzionati, invece, oltre agli autori e

tenze con le quali la Corte ha inaugurato il filone interpretativo che porta oggi ad intendere la piena autonomia e diversità del diritto all'autodeterminazione terapeutica rispetto ai relativi costrutti costituzionali su cui regge, la libertà di disporre del proprio corpo ha fatto registrare un suo significativo ampliamento anzitutto in quello che è il suo «lato attivo»[23]. È in questo che, spogliata dei contenuti tradizionalmente attribuitile, tale libertà è giunta infine ad atteggiarsi quale possibilità di compimento di «scelte personali relative al proprio profilo corporeo»[24], ovvero quale «disponibilità del proprio corpo, senza che altri ne possano impedire il libero "utilizzo" (o altrimenti costringerlo)»[25].

Al tempo stesso, l'evoluzione del concetto e della portata della libertà personale, già spinta in avanti dalla stessa giurisprudenza costituzionale, fino a ricomprendere in essa una dimensione nella quale è «postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo»[26], ha poi portato la dottrina a intendere tale libertà quale individualità demarcata da una linea «tracciata dall'individuo stesso, che ne ha la comprensione e l'autorità»[27].

Ebbene, sia pur espressive delle tante possibilità già da tempo offerte dalle nuove tecnologie biomediche di disporre del proprio corpo in molti dei profili che lo riguardano nelle fasi estreme della vita (nascita, morte), in realtà formule dottrinali quali quelle su riportate risultano oggi giorno per lo più strumentali ad interrogarsi su quel ri-confinamento dell'autodeterminazione che è conseguenza delle possibilità attualmente offerte dalle tecniche di potenziamento,

alle opere citati alla nota n. 21, si rinvia, per una trattazione unitaria delle problematicità insite nell'indirizzo giurisprudenziale su riassunto, a C. Iannello, *ult. op.*, cit. *passim.*

[23] L'espressione è di R. Romboli, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto «attivo» ed in quello «passivo»*, in *Foro it.*, 1991, I, 17, il quale identifica l'aspetto attivo della libertà di disporre proprio corpo nel «diritto del singolo di decidere liberamente e volontariamente in ordine ad attività» che comunque lo coinvolgano.

[24] P. Veronesi, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. Rodotà, P. Zatti (dir. da) *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, tomo I, Milano, 2011, 146.

[25] P. Veronesi, *ult. op*, cit., 150.

[26] Corte cost., sent. n. 471/1990, cit. Nell'occasione, la Corte, nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 696, co. 1 c.p.c., «nella parte in cui non consente ad un soggetto di ottenere che sia disposto accertamento tecnico od ispezione giudiziale sulla propria persona», ha riconosciuto il «valore costituzionale della inviolabilità della persona costruito, nel precetto di cui all'art. 13, primo comma, della Costituzione, come "libertà", nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo». (punto 3 del *Considerato in diritto*).

[27] Così, A. Santosuosso, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2016, 68. È proprio tale studioso che, nel ripercorrere i motivi ispiratori di questa disposizione, ricorda come essi avessero, in origine, spinto i Costituenti a contenere la protezione offerta dall'art. 13, limitandola alla libertà «dagli arresti», così da restringere il suo «campo di operatività a quello essenzialmente penalistico e di polizia». Sul punto, si richiama altresì la posizione già anni fa espressa da G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967.

sia fisico che cognitivo[28], dell'uomo. Ciascuna di queste tecniche, infatti, essendo in grado di incidere in maniera più o meno significativa sull'identità dell'individuo, nonché sui caratteri stessi della nostra specie, ci restituisce «un affresco del divenire dell'uomo trasfigurato nelle sue più tipiche ed identitarie caratteristiche»[29]. In particolare, dando espressione a quell'aspirazione puramente umana a superare i limiti imposti dalla propria condizione, spostando l'asticella delle proprie possibilità sempre un po' più in là, e fornendo in questo senso un fondamento alle teorie *trans* e *post* umanistiche del nostro tempo[30], queste tecniche si propongono addirittura il superamento di quella situazione di sofferenza «che deriva all'uomo dall'essere "corpo" – per questo soggetto a morte e malattie, come a "limiti" che impediscono l'espressione di svariate potenzialità»[31].

Per tali profili, in verità, il dibattito sul potenziamento umano (meglio noto con l'espressione *human en-hancement*), che già da tempo stimola la riflessione dei più diversi saperi di stampo umanistico, solo più recentemente ha attirato a sé anche l'attenzione del giurista, richiamandolo alla necessità[32] di confrontarsi con le non poche problematiche ad esso connesse, a cominciare da quelle poste dal significato stesso ad esso tecnicamente attribuito.

Ed è proprio nell'intersezione con tali problematiche che le considerazioni precedentemente svolte a proposito del progressivo e continuo ri-confinamento dell'autodeterminazione individuale nelle scelte che riguardano il proprio corpo finiscono per arricchirsi di nuovi risvolti, solo pochi anni fa assolutamente inediti.

In effetti, laddove inteso quale «amplificazione, oltre i parametri fisiologici dell'organismo umano, delle facoltà fisiche e/o psichiche di una persona sana,

[28] Tra l'altro, a proposito delle tecniche di potenziamento, accanto al distinguo tra corporee e cognitive, secondo la classificazione che ne fornisce la letteratura in materia, (per la quale si rimanda a Commissione Bioetica delle Chiese Battiste, Metodiste e Valdesi, *Ragioni e limiti del potenziamento umano. Riflessioni sul ruolo sociale delle biotecnologie*, Documento n. 17, giugno 2014, 17-19), occorre operare una differenziazione anche tra forme di potenziamento umano "esistenti", "emergenti" e "speculative". Il documento appena citato, che le riporta, si preoccupa altresì di specificare quali siano le singole tecniche incluse in ciascuna delle tre categorie.

[29] Così, R. Fattibene, *La tensione delle garanzie di libertà e diritti là dove il potenziamento cognitivo incontra l'intelligenza artificiale*, in *Federalismi.it*, 2022, 2.

[30] Per i distinguo tra *post*-umano e *trans*-umano, si rinvia a B. Henry, *Post-umano* versus *trans-umano. Contesti di interlocuzione e potenziamento umano*, in *La società degli individui*, 2016, 55, 9 ss.

[31] Così, R. Fattibene, *ult. op.,* cit., 4.

[32] A marcare il carattere necessitato di tale confronto, e le ragioni a ciò sottostanti è R. Fattibene, *ult. op.*, cit., 3, 4.

dunque non affetta da patologie o disturbi né "predisposta" agli stessi»[33], il bio-potenziamento, ancor più che sollecitare una chiara demarcazione dai trattamenti, anche chirurgici, tradizionalmente volti al soddisfacimento di una delle finalità proprie dell'arte medica (prevenzione, diagnosi, prognosi, terapia, riabilitazione, palliazione)[34], obbliga il giurista a riflettere sulle diverse tecniche ad esso strumentali, per poter di qui intendere le possibilità di una loro attrazione nell'alveo del diritto all'autodeterminazione, quali sue «nuove» modalità espressive.

E tale analisi, già di per sé intrisa di profili di certo interesse, acquista ancor più pregnanza allorquando, per mezzo di queste tecniche, si finisce addirittura per toccare «il nucleo ad oggi considerato maggiormente "identitario" dell'essere umano: la mente ed il "suo" pensiero»[35].

È nei profili appena menzionati che si riassumono, nello specifico, le peculiarità proprie del potenziamento cognitivo (meglio noto quale *cognitive enhancement*)[36]. Si tratta peraltro degli stessi profili che danno altresì conto della maggiore problematicità che le tecniche preposte alla realizzazione di tal genere di potenziamento presentano nel confronto con la più ampia area della medicina potenziativa cui appartengono[37].

Ebbene, anche solo circoscrivendola all'interno di questo tipo di potenziamento cognitivo[38], la ricerca di possibili soluzioni alla questione precedente-

[33] In questi termini, C. Casella, *Il potenziamento cognitivo tra etica deontologia e diritti*, in *BioLaw Journal*, 2020, 2, 152.

[34] A demarcare la distanza tra le finalità proprie delle diverse tecniche di potenziamento e quelle da sempre riferite all'*ars* medica è sempre C. Casella, *ult. op.*, cit., 152, la quale, al riguardo, precisa perciò che il potenziamento «si realizza solo nel caso in cui concorrono congiuntamente due condizioni: la prima, che i trattamenti, anche chirurgici, vengono eseguiti su una persona sana (dunque non affetta da alcuna patologia né a rischio di contrarla) pertanto non giustificati da esigenze direttamente o indirettamente connesse alla tutela della salute, dunque in alcun modo riconducibili a nessuna delle finalità tradizionali (prevenzione, diagnosi, prognosi, terapia, riabilitazione, palliazione) dell'Arte medica; la seconda, che si amplificano le capacità psichiche e/o fisiche oltre i limiti del fisiologico funzionamento dell'organismo umano».

[35] Così, R. Fattibene, *Il potenziamento cognitivo tra autodeterminazione e salute: tutele costituzionali tradizionali per possibilità scientifiche nuove,* in *BioLaw Journal*, 2017, 3, 47 ss. A favorire l'emergere del c.d. potenziamento cognitivo sono stati soprattutto gli sviluppi delle neuroscienze, la cui importanza è sottolineata da C. Casella, *ult. op.*, cit., 151, 152.

[36] In tema di potenziamento cognitivo, più di recente, P. Perlingieri, *Note sul «potenziamento cognitivo»*, in *Tec. Dir.*, 1/2021.

[37] Sul rapporto *genus/species* tra medicina potenziativa e potenziamento cognitivo, di nuovo R. Fattibene, *ult. op.,* cit., 49.

[38] Con esclusione, quindi, del potenziamento dell'intelligenza artificiale, su cui, per un approfondimento, Comitato Nazionale per la Bioetica - Comitato nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze della Vita, *Sviluppi della robotica e della roboetica*, 17 luglio 2017. Il parere è consultabile all'indirizzo: *http://bioetica.governo.it*.

mente prospettata pare tutt'altro che scontata, stante il carattere prodromico di un'ulteriore problematica naturalmente discendente dall'«architettura a coppie oppositive» che caratterizza il *cognitive enhancement*[39]. Potendo, in effetti, volgere verso il «potenziamento di capacità o funzioni esistenti» ovvero verso la «creazione di nuove dotazioni organiche e mentali», oppure ancora al «potenziamento delle capacità umane che rimane all'interno della normalità statistica», ma anche, all'opposto, al «potenziamento che punta invece a innalzare al di là della "normalità" le prestazioni di particolari individui o il livello generale della popolazione», il *cognitive enhancement* interroga il giurista su quale sia o debba essere, nei casi indicati, la direzione da intendere confacente al quadro giuridico-costituzionale di riferimento. E quale quella da considerare tale nell'ipotesi in cui lo stesso tenda invece al «potenziamento di capacità o funzioni trasmissibili» ovvero «non trasmissibili ai discendenti».

Diversamente detto, al giurista è il compito di stabilire se la legittimità delle tecniche *de quibus* sia in funzione della sola conservazione delle capacità cognitive del soggetto ovvero della cura di suoi eventuali *deficit*, oppure se la stessa possa riferirsi anche alle possibilità che tali tecniche offrono di assicurare un «miglioramento» di quelle stesse capacità.

E ciò perché, in realtà, pur nella loro diversità[40], le diverse tecniche di potenziamento cognitivo ad oggi conosciute risultano tutte chiaramente finalizzate allo scopo di «migliorare» le capacità intellettive del singolo[41]. Sia che si tratti di farmaci o sostanze chimiche atte a potenziare le capacità mentali dell'individuo, ovvero di tecniche di neurostimolazione elettrica cerebrale, oppure ancora di protesi impiantate nel cervello, in grado di stimolarne o simularne funzioni biologiche o psichiche[42], è comunque oramai indubbio che si tratti di «"trattamenti amplificativi"», ossia accrescitivi «oltre i margini fisiolo-

E con esclusione altresì di ogni riferimento ai *cyborg*, ponte tra l'uomo potenziato e l'intelligenza artificiale evoluta, su cui già A. CARONIA, *Il* cyborg. S*aggio sull'uomo artificiale*, Milano, 2008, 14, e, più recentemente, E. PERUCCHIETTI, Cyber*uomo. Dall'intelligenza artificiale all'ibrido uomo-macchina*, Bologna, 2020.

[39] Sul punto, R. FATTIBENE, *ult. op.,* cit., 50.

[40] Una diversità ben colta da R. FATTIBENE, *ult. op.,* cit., 47 ss., la quale, premesso che «il *range* delle possibilità scientifiche e tecnologiche di potenziamento delle capacità umane è particolarmente ampio», puntualizza altresì che, allo stato attuale delle conoscenze, esso «va circoscritto all'utilizzo di farmaci o sostanze chimiche atte a potenziare le capacità mentali dell'individuo, al ricorso a tecniche di neurostimolazione elettrica cerebrale ed all'impianto di protesi nel cervello, in grado di stimolarne o simularne funzioni biologiche o psichiche».

[41] Per dirla con R. FATTIBENE, *ult. op.*, cit., 55, il potenziamento cognitivo «consiste essenzialmente in un miglioramento».

[42] Su queste, per una attenta individuazione ed una più articolata trattazione, R. FATTIBENE, *ult. op*, cit., 48.

gici, dei processi mentali che consentono di ricevere, selezionare, memorizzare, elaborare e utilizzare le informazioni dall'ambiente in cui si vive e quindi di relazionarsi con il mondo esterno»[43].

Ed allora, se tale è la connotazione delle tecniche di potenziamento cognitivo, è inopinabile che chiedersi se il ricorso alle stesse possa oggi essere attratto, quale sua più recente espressione, in quel diritto all'autodeterminazione che, ormai da anni, rende la persona interessata la sola protagonista delle scelte che investono il suo corpo equivale a domandarsi se l'atto di volizione di cui esso si sostanzia debba essere compresso in scelte di sola cura, e quindi semplicemente riparatorie dell'esistente, ovvero anche promozionali di ciò che il singolo ancora non è, ma aspira ad essere. Così impostata, però, la *querelle* risulta questa volta di subitanea e facile soluzione. Quell'evoluzione del concetto di autodeterminazione, pur sommariamente tracciata in precedenza, evidenzia, infatti, l'indubbia proiezione dei suoi sviluppi in direzione di una sua connotazione in termini di «auto-destinazione». Ovverossia, quale possibilità per il singolo di disegnare «una sorta di autoritratto creativo, nel rapporto con la medicina e in generale, in tutte le esplicazioni della sua vita»[44].

Peraltro, ugualmente indubbia è altresì la riferibilità del concetto di «miglioramento» in seno alla nozione di salute, per come accolta in Costituzione, oltre che in importanti atti e documenti di portata internazionale. Ed infatti, sebbene non espressamente definita dalla prima, non sembra possa negarsi che, in prospettiva costituzionale, la salute, quale diritto fondamentale, «esiga un contenuto adeguato all'idea di persona come unità di tutti quegli aspetti che il pensiero, nel suo ragionare per distinzioni ed opposti, osserva e cataloga come "componenti" della persona, in particolare corpo e psiche»[45]. Dal canto suo, l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha già da tempo fatto proprio un

[43] Tale è la definizione offerta da C. Casella, *ult. op.*, cit., 153, che, in forza di essa, differenzia il potenziamento cognitivo da quello morale, inteso invece come «la "manipolazione" del modo di porsi della persona rispetto al contesto sociale in cui è inserita, incidendo, ad esempio, sul suo senso etico, sulla sua propensione alla empatia e alla solidarietà umana, sul suo senso religioso, sul suo rapporto con le regole che governano la società». In tema, per delle riflessioni di tipo etico-filosofico, L. Palazzani, *Il potenziamento cognitivo e morale: riflessioni bioetiche*, in *Supplement to Acta Philosophica* FORUM, Vol. 6 (2020), 7 ss.

[44] Così, R. Fattibene, *ult. op.*, cit., 52, riprendendo le parole di A. Santosuosso, *ult. op.*, cit., 249 ss. Peraltro, la stessa studiosa, alla nota 29, riprendendo M. Luciani, voce *Salute. I) Diritto alla salute -Dir. cost.*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVIII, 1992, 10, ricorda come una tale possibilità discenda al singolo dalle stesse previsioni costituzionali. Infatti, «la Costituzione non pretende di imporre all'individuo una immagine preconfezionata della personalità umana, e al contrario lo lascia libero di autodeterminarsi, di definire e di sviluppare se stesso come "persona"».

[45] Così, A. Santosuosso, *ult. op.*, cit., 287.

concetto di salute che lo assimila ad «uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non semplicemente l'assenza di malattie o infermità»[46].

Quasi inutile insistere sulla ricchezza contenutistica della nozione di salute che da ciò risulta. Più proficuo, invece, sottolineare la carica fortemente soggettiva che essa oggi assume, tale da richiedere che le «determinanti bio-fisiche», siano interpretate «alla luce del particolare vissuto di ogni persona»[47].

Ecco, allora, che, in tale contesto, in cui lo stesso concetto di malattia muta, e con essa muta pure, in senso soggettivo, la percezione di ciò che é fisiologico e ciò che è, al contrario, patologico[48], i contorni distintivi tra trattamento terapeutico e trattamento di potenziamento finiscono sostanzialmente per sfumare, con quanto ne consegue in termini di uguale attrazione nel concetto di salute.

4. *L'esercizio del diritto di autodeterminazione tra "nuovi confini" e "vecchi limiti" a tutela della persona*

Le capacità espansive del diritto all'autodeterminazione, di cui sin qui si è solo accennato, peraltro con riferimento al solo impiego delle tecniche di potenziamento cognitivo, non consentono tuttavia di riferire ad esso delle potenzialità sconfinate.

Non si vuole con ciò semplicemente rimarcare la già rilevata assenza di un generale «diritto all'autodeterminazione», espressione di una «sovranità su di sé e sul proprio corpo» che l'impianto giuridico-costituzionale in realtà non contempla[49].

La puntualizzazione precedente vale piuttosto ad ammonire che quelli incisi dall'esercizio del diritto *de quo* sono campi in cui è più che mai necessario il ricorso al «bilanciamento di interessi e valori»[50].

Del resto, non è un caso che negli studi dei maggiori costituzionalisti che si sono confrontati con il tema, l'attenzione non è mai stata limitata alla sola

[46] «*Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*» si legge tra i primi principî della Costituzione dell'OMS (Organizzazione Mondiale della Sanità).

[47] Al riguardo, V. Durante, *La salute come diritto della persona*, in S. Rodotà, P. Zatti (dir. da), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, cit., 587.

[48] Sul punto, più diffusamente, R. Fattibene, *ult. op.*, cit., 55.

[49] In argomento in termini critici nei riguardi degli studiosi che, al contrario, hanno tentato una sua individuazione nei termini predetti tanto nella Costituzione italiana, quanto nelle più recenti carte internazionali e sovranazionali, A. Barbera, *ult. op.*, cit., che di essi e delle loro opere fa menzione alla nota 2.

[50] In tema di bilanciamento e ragionevolezza, il rinvio è a R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; nonché a A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.

analisi delle possibilità di implementazione a sistema di sue più recenti declinazioni. Al contrario, a fronte di un diritto che «presenta "più facce", interpreta più "parti in commedia" e potrebbe potenzialmente assumere, se "lasciato a sé stesso", effetti incontrollati e dirompenti»[51], la riflessione giuridica sull'autodeterminazione si è sempre impegnata nel cercare di intendere «fin dove è tollerabile che essa si spinga»[52].

Anche perché, in mancanza, ci si potrebbe facilmente imbattere in sue estensioni assolutamente improprie. Tale ad esempio sarebbe, per rimanere nell'ambito materiale di elezione, una scelta di potenziamento delle proprie capacità cognitive o di assunzione di nuove in grado di mettere in discussione il benessere fisico della persona interessata.

Tuttavia, a fronte dell'ipotesi qui astrattamente considerata, non possono tacersi i limiti contro cui la stessa impatta, «anche accedendo alla concezione di salute quale benessere (comprensivo della componente fisica, mentale e sociale) ed acquisendo il dato – inevitabilmente soggettivo – di un maggior benessere […] che la persona dovesse percepire in conseguenza del suo potenziamento»[53]. E proprio tali limiti, già denunciati dalla dottrina, dimostrano l'irrinunciabilità in tema di quel bilanciamento atto a consentire la migliore tutela dei plurimi diritti ed interessi che vengono in rilievo nella fattispecie.

Ed infatti, se nell'ipotesi considerata il ricorso alle tecniche di potenziamento cognitivo trova un chiaro limite nel rispetto di quell'insopprimibile benessere fisico di cui la salute si sostanzia e di cui la stessa non può mai essere privata[54], è indubbio che considerazioni analoghe valgono anche per gli ulteriori impieghi che di tali tecniche sia possibile fare in danno di diritti fondamentali della persona. Ed infatti, pur continuando a limitare l'attenzione alle sole tecniche di *cognitive enhancement* consistenti nell'utilizzo di farmaci o sostanze chimiche, nel ricorso a tecniche di neurostimolazione elettrica cerebrale, ovvero nell'impianto di protesi nel cervello, è indubbio che non pochi sono i casi che necessitano di essere rigorosamente attenzionati in funzione delle esigenze di bilanciamento del diritto di autodeterminazione individuale al potenziamento cognitivo con gli ulteriori beni e/o interessi che vengono in rilievo nella fattispecie.

[51] In questi termini, P. Veronesi, *Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all'autodeterminazione*, cit., 30. In tema, altresì A. Barbera, *ult. op.*, cit., *passim.*

[52] Così, V. Marzocco, *ult. op.*, cit., 36.

[53] R. Fattibene, *La tensione delle garanzie di libertà e diritti là dove il potenziamento cognitivo incontra l'intelligenza artificiale*, cit., 13.

[54] Per una puntuale ricostruzione del dato costituzionale, ostativo ad un'estensione delle possibilità di ricorso alle tecniche di potenziamento cognitivo in danno del benessere fisico della persona, cfr. R. Fattibene, *ult. op.*, cit., 13 ss.

In particolare, anche a tacere delle molte preoccupazioni già espresse riguardo alla genuinità della scelta del singolo a favore di un potenziamento delle proprie capacità cognitive, che potrebbe essere infatti diversamente coartata[55], non possono al contrario non affrontarsi le problematiche connesse alla possibile compressione del libero arbitrio del singolo quale effetto dell'impiego degli strumenti di potenziamento cognitivo di tipo tecnologico. Sotto tale profilo, il riferimento, ancor più che alle tecnologie di *neuroimaging* funzionale e alle tecniche di neuro-stimolazione cerebrale, già attualmente di largo impiego, corre a tecnologie ad oggi ancora d'avanguardia e di uso prettamente sperimentale, quali quelle d'interfaccia cervello-computer. Ed è riflettendo anzitutto su di esse che la dottrina più attenta ha già delineato lo «"scacchiere" delle tutele costituzionali»[56] da apprestare, in esso ricomprendendo una serie di diritti e libertà che dalla stessa autodeterminazione individuale (artt. 2, 13, 32) spazia alla libertà di manifestazione del pensiero (art. 21), anche declinata come libertà di voto (art. 48), fino al diritto alla riservatezza (art. 13), nella sua nuova accezione di «"privacy cerebrale"»[57]. Certo diverse, ma non meno rilevanti sono però anche le preoccupazioni che, in relazione alle tecniche ad ora già in uso, vengono sollevate in ragione di una possibile finalizzazione dei risultati delle loro applicazioni a scopi diversi da quelli clinici, e specificamente a quelli industriali, commerciali, o anche ludici[58].

Sullo sfondo, però, è inopinabile che, nel loro insieme, le tecniche di *human en-hancement* ripropongono, sia pur in diverse vesti, alcuni dei temi più cari al costituzionalismo del dopoguerra, che, all'affermazione della primazia della persona[59], ha sempre affiancato la lotta per il contrasto di ogni forma di diseguaglianza. E quale principio, se non proprio quello egualitario, rischia di esser messo anche grandemente in discussione dall'affermarsi di una nuova società «catastale», «in cui, però, le caste non si distinguono più – com'è storicamente – per le diverse condizioni di vita, bensì per le diverse condizioni dell'essere»[60]? In questo senso, la società immaginata è quella in cui il riconoscimento del diritto ad autodeterminarsi quanto all'impiego delle tecniche di potenziamento è frustato non soltanto dalla possibilità che il singolo non possa concretamente avvantaggiarsene, ma anche dalla consapevolezza che il ricono-

[55] Al riguardo, per un approfondimento R. Fattibene, *ult. op.*, cit., 10.

[56] L'espressione è di R. Fattibene, *Il potenziamento cognitivo tra autodeterminazione e salute: tutele costituzionali tradizionali per possibilità scientifiche nuove*, cit., 64.

[57] In argomento, sempre R. Fattibene, *ult. op.*, cit., 64, 65.

[58] Sul punto, sempre R. Fattibene, *ult. op.*, cit., 64.

[59] Su cui, sempre attuali sono le riflessioni svolte anni fa da L. Chieffi, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993.

[60] Così, R. Fattibene, *ult. op.*, cit., 65.

scimento in sé di un diritto è cosa ben diversa dalla sopportabilità dello stesso in termini economico-finanziari da parte dello Stato. Al tempo stesso, però, tale società è anche quella in cui le disuguaglianze alimentate dalle già diverse possibilità di accesso alle tecniche *de quibus* potrebbero accentuarsi in ragione di un'inaccettabile proiezione di tale condizione sul piano dell'accesso a esami e concorsi, con finalità di studio o lavorative[61].

Ed allora, se è indubbio che già l'impiego delle tecniche di potenziamento oggi disponibili, ed ancor più quello che è fin d'ora possibile ipotizzare, anche nell'incrocio con l'intelligenza artificiale, spinge in direzione di una progressiva ridefinizione dei confini del diritto all'autodeterminazione individuale, è altresì inopinabile che i profili di criticità appena evidenziati, nel richiamare l'insopprimibile esigenza di un giusto bilanciamento tra i diversi beni e/o interessi di volta in volta in gioco, ne mostra anche i limiti. E ciò all'evidente scopo di consentire che il forgiarsi, attraverso il suo esercizio, di un'individualità plasmata dallo stesso interessato si esplichi in un sistema che non tradisca ed anzi tuteli, anche nel suo interesse, quei principi fondamentali e quei diritti di libertà che sono al contempo patrimonio del singolo e dell'intera comunità, quali sue assi portanti.

[61] Per un approfondimento di tutti i profili qui considerati, il rinvio è di nuovo a R. Fattibene, *ult. op.*, cit., 65 ss.

Roberto Miccú[*]

ALLE ORIGINI DEL DIBATTITO SUL METODO NELLA DOTTRINA WEIMARIANA DELLO STATO: NOTE BREVI

SOMMARIO: 1. Premessa. Le origini filosofiche del *Methodenstreit* weimariano. – 2. Il variegato fronte antipositivista e la ricaduta sulla interpretazione del principio di eguaglianza nella Costituzione di Weimar. – 3. La difficile collocazione di Carl Schmitt nel *Methodenstreit* weimariano. L'importanza degli scritti giovanili tra neokantismo e idealismo. – 4. Conclusioni.

1. *Premessa. Le origini filosofiche del Methodenstreit weimariano*

In uno scritto recente dedicato all'attualità del pensiero di Carl Schmitt Salvatore Prisco rileva «che i giovani studiosi non sono spontaneamente portati, né vengono comunque invitati a farlo spesso da parte di chi li segue, a rileggere le opere dei Maestri: ovviamente (quando si sia consapevoli del problema) le si conoscono almeno *de relato* e a grandi linee, ma si evita perlopiù di problematizzarle con opportune riconsiderazioni e di attualizzarle. In altre parole, non si leggono più – o comunque non si analizzano con l'attenzione dovuta – i "classici". Il rilievo non vale beninteso per gli storici del diritto, né per i filosofi che riflettono su di esso, per i quali tale operazione è costitutiva dei loro stessi DNA', ma per molti fra quanti fanno ricerca in discipline giuspositive»[1].

Orbene, i primi ricordi del mio incontro con Salvatore Prisco presso l'Ateneo federiciano sono proprio all'insegna del comune sentire espresso in questo monito. Addirittura, la memoria corre ancora a quando ero giovane studente delle cattedre di diritto costituzionale e poi laureando nella facoltà di Giurisprudenza e Salvatore si distingueva già come brillante giovane professore di quella scuola napoletana del diritto costituzionale che tanti insigni Maestri ha conosciuto. In particolare credo di non errare nel riandare con la memoria a quei formidabili anni di formazione nel collocare la mia conoscenza diretta e personale di un giovane professore Prisco in occasione di un suo acutissimo intervento in un convegno kelseniano della fine degli anni ottanta o dei primissimi mesi del novanta in cui si coglieva tutta la sua capacità di coniugare insieme la conoscenza dei "classici" del pensiero, l'attenzione alla loro valenza

[*] Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Roma "La Sapienza", roberto.miccu@uniroma1.it.

[1] S. PRISCO, *Attualità di Carl Schmitt: un cattivo maestro e la sua ineludibile lezione*, in *PasSaggi costituzionali*, n. 1/2021, 238 ss.

metodologica nello studio del diritto costituzionale e l'impegno nel cogliere le ricadute positive delle diverse prospettive teoriche. Quella attenzione non è mai venuta meno in tutta la produzione scientifica di Salvatore e ha segnato profondamente il dialogo, anche a distanza, che in tutti questi anni di conoscenza e di apprendimento mi ha accompagnato in quella che poi è diventata una sincera amicizia.

* * *

In uno scritto del 1930, nel pieno della *Verfassungswandlung* che investiva l'ordinamento weimariano, Eric Schwinge indicava con chiarezza alcuni tratti salienti della controversia sui metodi nella scienza giuridica dell'epoca: la vasta eco che le lotte metodologiche trovavano nel lavoro scientifico individuale; il fatto che la scienza del diritto pubblico fosse il "teatro" principale della disputa; il fatto che la "lotta" mirasse al superamento del metodo giuridico formale che aveva dominato la scuola positivistica tedesca del diritto pubblico da Gerber a Laband, metodo poi rifondato su base neokantiana e portato avanti con il massimo rigore da Hans Kelsen[2].

La natura di quella controversia non era, tuttavia, soltanto metodologica, come lo stesso Schwinge faceva notare, ma nascondeva dietro di sé contrasti filosofici di concezioni del mondo, radicati in definitiva in decisioni del volere, opzioni di valore, in quanto tali radicalmente inconciliabili.

Di questo precipuo carattere della "lotta per Weimar", specchio della sua "tragicità", mostravano di avere consapevolezza tutti i principali rappresentanti dei diversi orientamenti, i membri di quella "*Kampfgemeinschaft*" di cui parlava Rudolf Smend, «uniti soltanto nel rifiuto del formalismo positivistico fino ad allora dominante»[3], non meno dei difensori, a vario titolo, di quello stesso formalismo, da Anschütz a Kelsen. Non si trattava quindi soltanto di un *Methodenstreit*, ma anche e soprattutto di un *Richtungsstreit*[4] che investiva con il suo carattere generale e di principio tutta la scienza giuridica, non solo quella del diritto pubblico che per prima aveva maturato consapevolezza della crisi[5].

[2] Cfr. E. Schwinge, *La controversia sui metodi nella scienza giuridica odierna*, tr. it. in Aa., Vv., *Metodologia della scienza giuridica*, a cura di A. Carrino, Napoli, 1989, 203 ss.

[3] R. Smend, *Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und der Richtungsstreit*, in *FS Scheuner*, Berlin, 1973, 578.

[4] Sul punto molto chiaramente: M. Friedrich, *Der Methoden- und Richtungsstreit*, in *AöR*, Bd. 102, 1977, 165-166.

[5] L'espressione «crisi del nostro pensiero giuridico» fu adoperata per la prima volta da Holstein al Congresso degli studiosi di diritto pubblico tenutosi a Münster nel 1926: cfr. G. Holstein, *Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer*, Heft 3, Berlin und Leipzig, 1927, 35 ss.

Anche Smend, diretto partecipe della controversia, mostrava la chiara consapevolezza del suo carattere: «La corrente denominazione di *Methodenstreit* tende ad ingannare. È vero che si chiedeva un altro pensiero metodologico, ma si avevano al tempo stesso obiettivi materiali e perciò politici […]»[6].

La scienza giuridica, di fronte ai problemi interpretativi radicalmente nuovi posti dalla Costituzione di Weimar del 1919, avvertiva sempre più l'inadeguatezza di una *Staatslehre* chiusa in una condizione meramente giuridico-formale ed era portata a riscoprire il lato squisitamente storico e filosofico della giustificazione dello Stato, del ruolo delle idee e delle concezioni del mondo, ponendo allo stesso tempo il problema del rapporto con la considerazione sociologica e politologica dello Stato.

In questo contesto il nodo metodologico fondamentale nel quale si concentrano le differenti concezioni del mondo, le diverse posizioni ideali e politiche presenti nella scienza giuridica può riassumersi nell'interrogativo se sia il metodo che condiziona e determina l'oggetto della conoscenza scientifica o viceversa. E, ancora, se sia ammissibile un metodo unico delle scienze dello spirito (e quindi anche della giurisprudenza) oppure se occorra, per cogliere l'oggetto nella sua concreta realtà, una pluralità di metodi[7].

Nella cultura europea a cavallo del secolo scorso fu, come è noto, il neokantismo a raccogliere la sfida che veniva dall'enorme sviluppo delle scienze della natura, sostituendosi al positivismo acritico dell'Ottocento. In nome del ritorno al trascendentale kantiano si consumò il tentativo di dare alle scienze dello spirito, ivi compresa la giurisprudenza, una forza conoscitiva pari a quella delle scienze della natura[8]. Nelle parole di Gottfried Hohenauer, «la

[6] R. Smend, *Die Vereinigung*, cit., 578. Più di recente non ritiene, invece, che il termine *Methodenstreit* possa essere sostituito con quello di *Richtungsstreit*, Helge Wendenburg per il quale si ridurrebbe così la discussione ad una contrapposizione tra positivismo tradizionale nel diritto pubblico e "*geisteswissenschaftliche Richtung*" della "nuova" dottrina dello Stato: cfr. H. Wendenburg, *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik*, Göttingen, 1984 215. L'Autore, peraltro, riconosce che si possa parlare anche di *Richtungsstreit* almeno nella misura in cui si faccia riferimento al problema ancora attuale del rapporto con le scienze cd. ausiliarie, soprattutto le scienze sociali come la politologia, la sociologia e la psicologia, ma anche all'influenza della filosofia sulla scienza giuridica autonomamente intesa.

[7] Cfr. A Carrino, Presentazione in Aa.Vv., *Metodologia della scienza giuridica*, cit., 6.

[8] Una ricostruzione quanto mai completa della genesi e dello sviluppo delle concezioni neokantiane si ritrova in K. C. Köhnke, *Entstehung und Aufstieg des Neukantianismus. Die deutsche Universitätphilosophie zwischen Idealismus und Positivismus*, Frankfurt a.M., 1986. Si veda anche H L. Ollig, *Der Neukantianismus*, Stuttgart, 1979; H. Holzhey, *Cohen und Natorp: Band I: Ursprung und Einheit. Die Geschichte der Marburger Schule als Auseinandersetzung um die Logik des Denkens; Band II: Der Marburger Neukantianismus in Quellen. Zegnisse kritischer Lektüre. Briefe der Marburger. Dokumente zur Philosophiepolitik der Schule*, Basel, 1986.

Kant-Reinassance rese nuovamente consapevoli della struttura formale della conoscenza, indipendente da ogni esperienza, intorno alla quale poteva cristallizzarsi l'enorme materia dell'esperienza»[9].

Furono soprattutto i neokantiani di Marburgo ad impegnarsi in questa direzione, riducendo il sistema kantiano delle categorie alle pure forme matematiche e alle funzioni causali, i concetti-sostanza a concetti-funzione. Essi si sforzarono di estendere al campo della libertà morale ed etica i principi ed il metodo della ragione teoretica, perdendo così di vista un'acquisizione del pensiero post-kantiano che riconosceva il fenomeno giuridico come specifico fenomeno culturale. L'a-priori giuridico, inteso alla stregua della ragione teoretica, non poteva che risultare vuoto e formale.

La scuola del Baden, invece, pur approfondendo la conoscenza del metodo delle scienze della natura, ne individuò anche i limiti con riguardo alle scienze della cultura e dello spirito, ricercando di queste i principi autonomi. Essa pensò di fare del *valore* il principio a priori della sfera del diritto, ma non riuscì ad evitare comunque la deriva formalistica.

Per entrambi gli indirizzi ne derivarono, come scriveva ancora Hohenauer, «quelle antitesi insuperabili tra fattualità causale e validità normativa o valore, tra essere (Sein) determinato causalmente e dovere (Sollen) valido normativamente, tra natura e cultura»[10].

A partire da qui anche la giurisprudenza venne concepita all'insegna della dottrina del metodo e dei concetti, di una dottrina, cioè, puramente formale[11]; ciò mentre la scienza dell'inizio del ventesimo secolo scopriva di dubitare della forza veritativa del proprio metodo e, incapace di accertare alcunché sui valori ultimi, si vedeva costretta o a rinunciare del tutto ad una spiegazione o a ridurla ad una opinione personale[12]. La conseguenza sul metodo che conobbe nel positivismo giuridico dei Gerber e dei Laband, e poi di Kelsen, una delle sue massime espressioni fu un relativismo filosofico e politico.

[9] G. Hohenauer, *Il neokantismo e i suoi limiti come filosofia sociale e giuridica*, in R. Miccú (a cura di), *Neokantismo e diritto nella lotta per Weimar*, Napoli, 1992, 112.

[10] Ancora G. Hohenauer, op. cit., 114.

[11] La migliore esposizione del neokantismo filosofico-giuridico rimane quella del contemporaneo G. Wielikowski, *Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie*, München, 1914. Nella letteratura italiana fondamentale è ancora R. Treves, *Il diritto come relazione. Saggio critico sul neokantismo contemporaneo*, Torino, 1934. Nel filone di studi da questi inaugurato si veda anche A Carrino, *L'irrazionale nel concetto. Comunità e diritto in Emil Lask*, Napoli, 1983; Id., *Kelsen e il problema della scienza giuridica*, Napoli, 1987; Id., *L'ordine delle norme. Stato e diritto in Hans Kelsen*, Napoli, 1992.

[12] Su questi aspetti il fondamentale studio di W. Bauer, *Wertrelativismus und Werbestimmtheit im Kampf um die Weimarer Demokratie*, Berlin, 1968, 43 ss.

Il primo scossone a questo tipo di mentalità e, in particolare, al così detto metodo giuridico nel diritto pubblico venne nel 1921 dalla *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie* di Erich Kaufmann[13] che, tra gli scritti polemici contro il neokantismo e contro Kelsen fu quello che trovò l'eco più durevole[14].

Gli oggetti principali della polemica venivano individuati da Kaufmann nel formalismo astratto, nella mancanza di metafisica, nel razionalismo trascendentale e nell'intellettualismo di cui si rendevano colpevoli il neokantismo giuridico-filosofico e la dogmatica giuridica tecnicistica.

Tuttavia, la critica kaufmanniana incorreva in almeno due limiti che vanno segnalati: l'uno più generale, l'altro che riguarda in particolare la polemica con Kelsen.

Quanto al primo aspetto, esso si riferisce all'assimilazione operata da Kaufmann tra dogmatica giuridica e filosofia neokantiana. Già Treves nel 1934 obiettava giustamente a Kaufmann che un fondamentale elemento di discrimine era invece rinvenibile nel processo di pensiero che caratterizza la formazione dei concetti della dogmatica giuridica e quella del formalismo filosofico neokantiano. Il formalismo dei giuristi comporta una totale adesione alla realtà, una indistinzione tra sfera dell'essere e sfera del dovere che riduce la realtà giuridica al diritto positivo e storico. Da questa realtà si fa poi astrazione, ricavando con le regole della logica i principi ordinatori del sistema. Non così invece il processo che conduce i neokantiani al formalismo: un processo non «diretto a superare, ma […] ad accentuare la distinzione tra concetto e idea, forma e materia nel diritto. […] se il Kaufmann ha rilevato esattamente una certa quale analogia, un certo qual parallelismo della distinzione fra forma astratta e contenuto concreto operata dal neokantismo, con quella fra proposizione giuridica e realtà sociale, fatta dalla teoria generale del diritto, egli non ha però ricordato che, mentre per la teoria generale il contenuto concreto costituisce la realtà giuridica e la forma del diritto rappresenta un semplice astratto, una pura generalizzazione logica, per il neokanstismo è invece proprio la forma, e non già il contenuto, quella che rappresenta la realtà giuridica (Kelsen) o almeno la condizione a priori, l'universale logico di questa realtà (altri indirizzi neokantiani)»[15].

[13] E. Kaufmann, *Critica della filosofia neokantiana del diritto*, in R. Miccú, *Neokantismo e diritto*, cit. 5 ss.

[14] Così E. Schwinge, *op. cit.*, 206. Si tratta di un giudizio largamente condiviso; in tal senso anche la testimonianza di E. R. Huber, *Verfassungswirklichkeit und Verfassungswert im Staatsdenken der Weimarer Zeit*, in *FS. Schmelzheisen*, Berlin, 1980, 128 ss. Sul pensiero giuridico di Erich Kaufmann si veda E. Castrucci, *Tra organicismo e "Rechtsidee"*, Milano, 1984.

[15] R. Treves, *op. cit.*, 58-59.

Per quanto riguarda l'altro aspetto, va ricordato che, secondo Kaufmann, Kelsen sarebbe costretto ad abbandonare il presupposto della separazione tra essere e dovere, tra considerazione sociologica e normativa, nella costruzione della civitas maxima, dello «Stato universale come organizzazione universale»[16]. La funzione dichiaratamente solo gnoseologica del puro dovere verrebbe ribaltata nel concetto di una validità universale spaziale: «questa validità universale spaziale, che è per il momento ancora astratta, si trasforma poi nella *totalità concreta* della universalità del mondo o per lo meno si proietta sulla "realtà" sociologica di una organizzazione mondiale»[17].

Nuovamente, tuttavia, Kaufmann fraintende le premesse neokantiane di Kelsen. Questi con la sua "teoria pura" non descrive ciò che è dato, ma costruisce, appunto neokantianamente, un modello teorico di ordinamento giuridico. Il sistema giuridico unitario – l'ordine delle norme – è il risultato del metodo logico-trascendentale del conoscere puro indirizzato al "giuridico" sulla base di un'ipotesi produttiva originaria, di un postulato epistemologico. E alla scienza che produce il suo oggetto "diritto" non si potrà negare anche un compito "promozionale": quello di promuovere l'idea di uno Stato universale, la kantiana "pace perpetua" che per Kelsen è il massimo di eticità[18].

2. *Il variegato fronte antipositivista e la ricaduta sulla interpretazione del principio di eguaglianza nella Costituzione di Weimar*

La critica di Kaufmann ai presupposti teoretici del positivismo si presta tuttavia anche ad una obiezione apparentemente di minor peso, ma essenziale ai fini di una corretta ricostruzione del dibattito metodologico weimariano. La si può esprimere con le parole di Wilhelm Sauer: «Egli sceglie soltanto alcuni tipi di filosofia neokantiana per sviluppare la sua critica contro l'indirizzo in generale»[19]. In effetti all'interno del movimento neokantiano, unito nel "ritorno a Kant", le strade si diversificarono in maniera talvolta radicale, con immediati riflessi sulle teorie del diritto ad esse ispirate. Se poi si analizzano da vicino le

[16] H. KELSEN, *Il problema della sovranità*, tr. it. a cura di A. CARRINO, Milano, 1989, 469.

[17] Così E. KAUFMANN, *op. cit*., 23.

[18] In tal senso A. CARRINO, *Presentazione* ad H. KELSEN, *Il problema della sovranità*, cit. XXXVIII; sul fondamento epistemologico del diritto in Kelsen e nella tradizione neokantiana, nonché sul significato dell'ordinamento giuridico quale struttura ipotetica, v. anche H. DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, 1986, 27 ss.

[19] W. SAUER, *Neokantismo e scienza giuridica in un'atmosfera autunnale*, in *Neokantismo e diritto*, cit., 83.; in senso analogo anche E. SCHWINGE, *op. cit.*, 206-207, che salva dagli attacchi generalizzati di Kaufmann la scuola neokantiana sud-occidentale, i cui principali esponenti, Lask, Radbruch e Binder, sulle orme di Rickert, erano lontani dal «formalismo senz'anima» dei concetti giuridici

posizioni del positivismo giuspubblicistico dell'epoca weimariana emergono ulteriori differenze. Soprattutto l'accusa di *isolare* le norme giuridiche dal loro contesto politico, se può valere nella sua assolutezza per la vecchia *Begriffsjurisprudenz*, e soltanto in una certa accezione per Kelsen, non è sicuramente applicabile alle posizioni di "positivisti moderati" come Thoma o Anschütz[20]. Infatti, la valutazione del positivismo dell'epoca di Weimar risente fortemente dell'immagine riduttiva datane dagli anti-positivisti e, probabilmente, osservate con gli occhi dell'oggi molte di quelle posizioni si rivelano le più convincenti anche per l'interpretazione che offrivano della Costituzione di Weimar.

In realtà, tra gli stessi antipositivisti che accolsero con entusiasmo la *Kritik* di Kaufmann il ventaglio di posizioni fu molto articolato. Il fronte di coloro che in nome di un ritorno alla metafisica nelle cose giuridico-politiche rivendicavano i bisogni della vita concreta, della realtà sociale e storica, irriducibile alla astratta ragione formale, si divideva poi sulle soluzioni alternative da offrire.

Le correnti anti-neokantiane che Kaufmann nella premessa alla *Kritik* dichiarava di non conoscere si muovevano infatti lungo almeno due direttrici quella "neohegeliana", con la restaurazione della dialettica, della metafisica dello spirito e il ritorno al pensiero della totalità nella comprensione delle strutture sociali; quella della "*geisteswissenschaftliche Methode*"[21] con il suo richiamo alla *Lebensphilosophie* di Dilthey, alla filosofia sociale e culturale di Theodor Litt e alla fenomenologia di Husserl. Quest'ultimo indirizzo, al quale può essere ascritto in certa misura lo stesso Kaufmann, oltre a Smend, Holstein e Triepel, si presentava a sua volta, nei nomi appena indicati, in tre diverse varianti: una teoretico-conoscitiva, una storica ed una politico-sociologica, accomunate comunque dalla volontà di superamento del dualismo metodico neokantiano.

L'espressione più compiuta, nonché la migliore traduzione positiva di questo variegato complesso di posizioni, si rinviene in quella autentica miniera culturale che è costituita dagli Atti della *Vereinigung der Deutschen Staastsrechtslehrer* degli anni Venti[22].

[20] Una difesa del positivismo giuspubblicistico nella Repubblica di Weimar si trova in W. Heun, *Der staatsrechtliche Positivismus in der Weimarer Republik*, in *Der Staat*, 28 Bd., 3, 1989, 378 ss.

[21] Una ricostruzione di questo indirizzo, con particolare riferimento all'opera di Kaufmann, Smend e Holstein è contenuta in K. Rennert, *Die "geisteswissenschaftliche Richtung" in der Staatsrechtlehre der Weimarer Republik*, Berlin, 1987. Nella letteratura italiana, in particolare su Smend, si veda l'*Introduzione* di G. Zagrebelsky a R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, tr. It. di F. Fiore e J. Luther, Milano, 1988, 1 ss.; e i contributi di G. Gozzi e J. Luther, in Aa.Vv., *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima Guerra mondiale*, a cura di G Gozzi e P. Schiera, Bologna, 1987, 131 ss., 177 ss.

[22] Per un panorama, M. E. Geis, *Der Methoden- und Richtungsstreit in der Weimarer Staatslehre*, in *Jus*, 2, 1989, 91 ss; J. Lege, *Neue methodische Positionen in der Staatsrechtslehre und*

Particolarmente significativo fu il dibattito alla *Tagung* di Münster del 1926 sul tema dell'eguaglianza davanti alla legge ai sensi dell'art. 109 della Costituzione del Reich. La discussione che ebbe il suo punto di partenza ancora una volta in una relazione di Erich Kaufmann rivelò, da un lato il radicale confliggere delle direttrici teoriche, dall'altro la consapevolezza dell'insanabile contrasto tra concezioni del mondo[23].

Il dibattito sul principio di eguaglianza si collegava ad un altro problema estremamente controverso riguardante il controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi.

La "*geisteswissenschaftliche Richtung*" rifiutava, infatti, con forza la tesi positivistica della onnipotenza del legislatore e il dogma di una illimitata possibilità di revisione costituzionale. Mentre però quest'ultimo aspetto rimase ai margini dell'interesse, il primo collegato all'interpretazione dell'art. 109 co. 1 WR suscitò un grande approfondimento metodologico.

La concezione positivistica tradizionale, difesa alla *Tagung* da Nawiasky, riferiva la proposizione «tutti i tedeschi sono eguali davanti alla legge» esclusivamente all'applicazione del diritto, mentre la nuova dottrina riteneva che il principio di eguaglianza fosse indirizzato non solo al potere giurisdizionale e a quello esecutivo, ma anche al potere legislativo. In altri termini, l'art. 109 WR veniva così inteso come un generale divieto di arbitrio, nel senso di un divieto di trattare situazioni eguali in maniera diversa e viceversa. In questo modo la disposizione acquistava il contenuto di una norma generale di giustizia – vincolante anche per il legislatore – sia pure orientata in senso solo formale.

Dal momento che però la nuova interpretazione era destinata a rimanere priva di effetti senza l'individuazione di un organo che potesse sindacare e controllare e applicare il principio nella prassi, i suoi fautori sostennero il ricorso al sindacato diffuso ad opera dei giudici. Questo indirizzo si scontrava tuttavia con il dato formale per il quale l'art. 109 non si poneva, a differenza di altre norme costituzionali, come esplicita direttiva e limite per il legislatore.

Particolarmente interessante risulta la soluzione offerta da Kaufmann che giungeva così ad una chiarificazione tanto delle «positività» che intendeva

ihr Selbsverständnis, in E. W. Böckenförde (Hrsg.), *Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich*, Heidelberg, 1985, 24 ss.

[23] Già il coreferente di Kaufmann alla *Tagung*, Hans Nawiasky descriveva la differenza tra la sua posizione e quella di Kaufmann in maniera molto drastica: «Kaufmann è idealista, cioè giusnaturalista, io sono scettico, cioè positivista […]», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 3, cit. 25. Cfr. K. SONTHEIMER, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik*, München, 1962, 86. Un esame approfondito delle diverse posizioni della giuspubblicistica weimariana sul tema dell'eguaglianza davanti alla legge si trova in C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966, 147 ss.

contrapporre alla metodologia del neokantismo e alla scuola positivistica del diritto pubblico, nella *Kritik* soltanto annunciate, quanto di ciò che intendeva con la richiesta di una nuova metafisica. Egli rinveniva il fondamento della vincolatività anche per il legislatore in principi giuridici e di giustizia sovrapositivi, e tra questi il principio di eguaglianza, che costituivano, secondo lui, la *vera realtà* del diritto.

La sua posizione risulta chiaramente dall'affermazione per cui «lo Stato non crea diritto, lo Stato crea leggi, e Stato e leggi sono subordinati al diritto»[24]. Questa frase fece levare gli scudi contro una «rinascita del diritto naturale»[25], ma più correttamente sarebbe richiamare la dottrina hegeliana della realtà dell'idea: «Come infatti per Hegel, così anche per Kaufmann, l'idea del diritto ha un significato non solo regolativo, ma anche costitutivo, essa non è solo misura di valutazione, ma anche principio di formazione del diritto positivo»[26].

Kelsen, a sua volta, nel polemico contributo alla discussione di Münster, sottolineò come la svolta verso il diritto naturale e la metafisica avessero un significato politico, ponendo ancora una volta l'accento sul fatto che la discussione sui problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, nonostante l'alto livello scientifico, si risolvesse in un contrasto tra concezioni del mondo e politiche in quanto tale difficilmente conciliabile[27]. Lapidariamente Anschütz concluse il dibattito affermando: «[Alla tesi di Kaufmann] io contrappongo un'altra fede. Discutere è impossibile»[28].

3. *La difficile collocazione di Carl Schmitt nel Methodenstreit weimariano. L'importanza degli scritti giovanili tra neokantismo e idealismo*

In questo contesto del *Methodenstreit* weimariano risulta particolarmente interessante cogliere la posizione di Carl Schmitt che in questa fase giovanile della sua opera si muove chiaramente tra neokantismo e idealismo.

Questa rilevanza degli scritti giovanili di Schmitt, ai fini di una corretta ricostruzione storico-evolutiva del suo approdo metodologico, è stata sottolineata da diversi interpreti dell'opera del giurista di Plettenberg, a partire dalla

[24] E. Kaufmann, *Veröffentlichungen*, cit. 20. Interessante è osservare che in termini analoghi argomenta una sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco, cfr. *BVerfGE* 1, 208 (233).

[25] Così G. Anschütz alla *Tagung* di Münster, *Veröffentlichungen,* cit. 47 ss.

[26] E. Schwinge, *op. cit*., 208. Sulla natura della "Rechtsidee" in Kaufmann, v. E. Castrucci, *op. cit*., 127 ss.

[27] H. Kelsen, in *Veröffentlicgungen*, cit., 54.

[28] G. Anschütz, in *Veröffentlicgungen*, cit., 47.

puntuale e pionieristica analisi di Hasso Hofmann nel suo *Legittimità contro legalità*[29].

L'ambito problematico viene ancor più posto in risalto dal confronto con la pressocché coeva riflessione di Hans Kelsen. Ne risulta una metodologia che fin dai suoi primi passi si muove con autonomia in un ambito compreso tra neokantismo e idealismo. Il punto di partenza di Schmitt è, infatti, proprio la contestazione del sistema positivistico dominante: «Gli inizi del lavoro di Schmitt vanno compresi a partire dalla reazione al positivismo giuspubblicistico e dallo sforzo di mettere in discussione i suoi fondamenti, riportando il problema della validità giuridica nuovamente al centro di una rinnovata teoria del diritto e filosofia dello Stato»[30].

Questa impostazione fa sì che le sue prime ricerche – che precedono la Prima guerra mondiale – risultino ascrivibili al neoidealismo tedesco dell'epoca, ma non si esauriscano in esso, in quanto anche «l'avvicinamento ed il temporaneo collegamento con il neokantismo si collega […] con la tendenza di Schmitt ad abbandonare la camicia di nesso del positivismo»[31].

Il rapporto con il neokantismo, come Schmitt stesso rivela nella intervista a Fulco Lanchester, ricordando la sua profonda conoscenza dell'indirizzo neokantiano – soprattutto Radbruch, ma anche Lask e la prospettiva neokantiana orientata ontologicamente[32] – inducono una certa cautela nel vedere nel preteso neokantismo di Schmitt soltanto un'infatuazione giovanile. Giustamente

[29] H. HOFMANN, *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt*, tr. it. a cura di R. Miccú, Napoli, 1999, 15 ss. Questo autore ricorda nella premessa alla nuova edizione del 1992 che «non è un caso che, a dispetto dei motivi di contrasto, il fatto che per primo mi sia accostato agli scritti giovanili abbia trovato l'esplicita adesione di Schmitt. Del resto, lo stesso Schmitt nella citata intervista a Lanchester, sottolineava come né il suo periodo iniziale né quello più maturo fossero stati fino ad allora studiati a sufficienza. Questa lacuna può dirsi oggi colmata nella letteratura critica su Schmitt, a partire proprio dall'opera di Hasso Hofmann che per primo ha mostrato la centralità della problematica della realizzazione del diritto nel pensiero schmittiano. Sulla sua scia anche M. NICOLETTI, *Die Ursprünge von Carl Schmitts Politischer Theologie*, Berlin, 1988, che, interpretando filosoficamente il pensiero di Schmitt come un pensiero problematico e teso alla mediazione, ha accentuato il peso di Hegel nella prima fase. Più di recente C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, 1996, 313 ss.

[30] Così H. HOFMANN, *op. cit.*, 45.

[31] Cfr H. HOFMANN, op. cit., 224. Hofmann è qui influenzato anche da Karl Löwith che riteneva *Wert des Staates* un testo normativistico, ma se ne discosta sottolineando le differenze al di là del comune punto di partenza con Kelsen: cfr. K. LÖWITH, *Der okkasionelle Dezisionismus von C. Schmitt*, 1935, in Id., *Gesammelte Abhandlungen. Zur Kritik der geschichtlichen Existenz*, 1960 93 ss, ora in Id. *Sämtlcihe Schriften*, Bd. VIII, 1984 32 ss. (tr. It. di A. M. POZZAN, *Il decisionismo occasionale di Carl Schmitt*, ora in Id., *Marx, Weber, Schmitt*, Roma-Bari, 1994, 145.

[32] C. SCHMITT, *Un giurista davanti a sé stesso. Intervista a Carl Schmitt*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 1983, 34 ss.

viene rilevato che «dal punto di vista del contenuto, anche il "diritto naturale senza naturalismo" di Schmitt è molto più vicino all'idealismo trascendentale di Rickert che alla dottrina giusnaturalistica cattolica»[33].

Significativo da questo punto di vista sarebbe anche un approfondimento della vicenda della recezione schmittiana del finzionalismo di Hans Vaihinger nei primi scritti e dall'uso che Schmitt ne fa per la critica della scienza positivistica del diritto pubblico[34].

In particolare, già nel primo lavoro sul concetto di colpa nel diritto penale emerge quella centralità del fine quale criterio di giudizio nell'azione concreta che resterà, sia pure con oscillazioni, una costante "epistemologica" nell'intera opera di Schmitt: la verità di un fatto non sta nella sua coerenza rispetto ad un ordine interiore o esteriore preesistente di tipo naturale o metafisico, quanto piuttosto rispetto ad una finalità storicamente o socialmente posta (non una finalità ideale) rispetto alla sua capacità di istituire e realizzare un ordine concreto. Questo orientamento schmittiano, che si potrebbe avvicinare al pragmatismo in senso teoretico, trova certamente uno sviluppo nelle opere successive nelle quali si consolida l'influenza dell'opera di Vaihinger[35].

Schmitt sente il finzionalismo filosofico affine alla propria problematica di partenza perché la sua genesi nel particolare clima socio-culturale della *Jahrhundertswende* esprimeva il legame, di ispirazione pragmatistica, tra neokantismo e *Lebensphilosophie*. Invero, il programma dell'intera speculazione filosofica di Vaihinger si può cogliere nel tentativo di conciliare le esigenze dell'idealismo con i presupposti teoretici del positivismo sulla linea di una mediazione resa possibile dalla revisione concettuale del criticismo kantiano.

Il confronto con la contemporanea recezione kelseniana del finzionalismo pone ulteriormente in evidenza un parallelismo di tematiche e di problemi, ma

[33] «I primi scritti di Schmitt sono debitori in grande misura nei riguardi dell'idealismo trascendentale di Rickert Questo aspetto era stato già dimostrato a suo tempo da Walter Köhler Tanto la tesi schmittiana per cui la regola generale viene creata soltanto nella sentenza del giudice, quanto la sua dottrina dello Stato quale mediatore necessario del diritto. Che in quanto tale è sempre Stato di diritto, si possono ricondurre alla teoria di Rickert della "necessità del giudizio". Questo spiega che lo Stato compreso nella sua idea, nel senso di Schmitt, sia stato definito una rappresentazione gnoseologica»: così H. Hofmann, *op. cit.*, 66.

[34] Si veda C. Schmitt, *Finzioni giuridiche*, recensione ad H. Vaihinger, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 12, 1913, 804-806, tr. It. di R. Miccú, in *Diritto e cultura*, 1-2, 1991, 65-67; Id. *Gesetz und Urteil*, 99 ss.; Id, *Der Wert des Staates*, 103 ss. Sul ruolo del finzionalismo nel pensiero schmittiano, cfr R. Mehring, 25 ss.; e M. Nicoletti, *Trascendenza e potere. La teologia politica di Carl Schmitt*, Brescia, 1990, 28 ss., 59 ss.

[35] Cfr. M. Nicoletti, *Trascendenza e potere*, cit., 20-21. «Prammatista» Schmitt viene definito da C Lavagna, *La dottrina nazionalsocialista del diritto e dello Stato*, Milano, 1938, 81-103.

anche le differenti soluzioni e i differenti sviluppi degli orientamenti teorico-filosofici dei due grandi giuristi del Novecento[36].

Nel confrontare il punto di partenza di Schmitt con quello di Kelsen emerge anche il tema del rapporto con la filosofia hegeliana. Infatti, pur condividendo l'assunto rappresentato dal dualismo metodologico fondamentale tra essere e dovere, tra diritto e potere, tra fatticità e norma, mentre gli sforzi rigorosamente normativi, puramente gnoseologici conducono l'autore della *Reine Rechtslehre* all'ipotesi di una costruzione a gradi del diritto (presunta logica) e ad un processo di concretizzazione normativa infinito, la discrasia tra forma e sviluppo della realtà costituzionale induce Schmitt a cercare un ponte tra questi due mondi, individuando il punto di concrezione finale del diritto[37].

Sotto la chiara influenza della filosofia del diritto di Hegel, Schmitt mirava cioè ad un superamento dialettico dell'antitesi di principio, nel noto senso hegeliano, all'unità tra normatività e fatticità nell'unità del diritto "positivo" che invece restava per Kelsen un problema irrisolvibile e un compito che si rinnovava di continuo. Schmitt cerca il punto in cui è reale ciò che è razionale e razionale ciò che è reale. Egli condivide il "pathos della concezione (finita)" di Hegel, senza però partecipare alla sua teologia della storia.

La connessione con la metafisica hegeliana dello Stato spiega anche in Schmitt – apparentemente come in Kelsen – la totale funzionalizzazione dell'individuo mediante il riconoscimento dello Stato come grandezza etica sopra – e non intra-individuale.

La perdurante influenza del pensiero hegeliano, che ritorna puntuale in tutti i passaggi decisivi della riflessione schmittiana è stata approfondita da diversi autori negli anni più recenti[38]. Inoltre, il complesso problema del rapporto di Schmitt con l'idealismo e con il neokantismo induce a ritenere che un'attenta analisi degli "inizi" di Schmitt si gioverebbe di un confronto più approfondito con quella varietà di posizioni che anche, ma non solo, attraverso il richiamo a queste due correnti filosofiche muoveva verso un rinnovamento della scienza giuridica. Il solo confronto con Kelsen si dimostra infatti insufficiente per cogliere la collocazione di Schmitt all'interno del *Methoden- und Richtungsstreit* nella dottrina weimariana dello Stato la cui natura non era sol-

[36] Cfr. S. PAULSON, *Hans Kelsen et les fictions juridique*, in *Droits*, 21, 1995, 65 ss.

[37] Il problema consiste per Schmitt nel collegare l'un l'altro i due ambiti, nel determinare «il punto a partire dal quale – fatto salvo il primato del diritto sul potere (!) – si esercita un'azione sull'essere nel senso delle norme giuridiche», così C. SCHMITT, *Wert des Staates*, cit., 38.

[38] Sull'ascrizione al neoidealismo degli inizi di Schmitt, v. H. HOFMANN, *op. cit*., 46. Nella letteratura schmittiana l'autore che più di ogni altro ha proceduto ad un confronto sistematico con l'opera di Hegel è senza dubbio J. F. KERVÉGAN, *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*, Paris, 1992, insieme ai già citati Nicoletti e C GALLI, *op. cit*., 3 ss.

tanto metodologica ma nascondeva, come si è detto, contrasti di concezioni del mondo radicati in opzioni di valore in quanto tali radicalmente inconciliabili. Un carattere, quest'ultimo, precipuo della *lotta per Weimar*, specchio della sua "tragicità" di cui avevano consapevolezza tutti i principali rappresentanti dei diversi orientamenti, tanto i membri della "*Kampfgemeinschaft*" contro il positivismo, quanto i suoi difensori a vario titolo, da Anschütz a Kelsen a Thoma.

Un'analisi degli aspetti principali della "controversia sul metodo" che opponeva la vecchia scuola positivistica alle nuove posizioni "spirituali" sarebbe in grado di far spiccare maggiormente la peculiarità del metodo di Schmitt, ponendone in luce anche i rapporti con il variegato fronte degli antipositivisti[39]. Si tratta di un panorama di posizioni estremamente articolato, «unite soltanto nel rifiuto del formalismo positivistico fino ad allora dominante»[40].

Si trattava di un rinnovamento metodologico "imposto" dalla nuova Costituzione di Weimar rispetto alla quale molta parte della dottrina avvertiva l'inadeguatezza di una *Staatslehre* chiusa in una considerazione meramente giuridico-formale e la necessità di giungere, anche per vie diverse da quelle di Schmitt a riscoprire il lato squisitamente storico e filosofico della giustificazione del potere dello Stato, il ruolo delle idee e delle concezioni del mondo, ponendo al contempo il problema del rapporto con la prospettiva sociologica e politologica dello Stato.

Pur inserendosi chiaramente fin da principio in questo dibattito, Schmitt lo fa in maniera del tutto peculiare, non risultando la sua collocazione facilmente determinabile, a conferma della natura sfuggente del suo pensiero. Per quanto, infatti, si possa dire che già con la sua relazione sui poteri del Presidente del Reich alla prima storica riunione del Congresso dei giuspubblicisti tedeschi[41] egli inauguri quel metodo "realista" e "politico" esplicitato nello scritto sui *Tre tipi di*

[39] In tal senso Fulco Lanchester ha sottolineato che «sarebbe interessante valutare – in modo più preciso di quanto fatto finora – la valenza dei rapporti culturali ed umani tra Schmitt, Smend, Triepel, Heller, Koellreutter per individuare come nel 1926 sia iniziato ufficialmente il distacco dalla vecchia dottrina positivistica e la fase di accesa polemica con il kelsenismo»: F. Lanchester, *Carl Schmitt: un giurista scomodo*, cit., 230. Per una prima valutazione dell'indirizzo antiformalistico nelle sue premesse teoriche e filosofiche sia consentito rinviare a R. Miccú, *La controversia metodologica nella dottrina weimariana dello Stato*, Postfazione a E. Kaufmann, W. Sauer, G. Hoheauer, *Neokantismo e diritto nella lotta per Weimar*, cit. 149 ss. Un confronto tra le posizioni di Schmitt e quelle degli antiformalisti, limitatamente a Triepel, Smend ed Heller, si trova in C. Galli, *op. cit*., 683 ss., il quale riconosce come sia «il variegato ambito dell'antiformalismo giuridico il più ovvio luogo di contestualizzazione del pensiero di Schmitt» (ivi, 692).

[40] Così R. Smend, *Die Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, cit., 578.

[41] C. Schmitt, *Die Diktatur des Reichspresidenten nach art. 48 der Reichsverfassung*, in *VVDStRL*, Heft 1, Berlin und Leipzig, 1924, 63 ss.

pensiero giuridico[42], rimane poi piuttosto a margine dello svolgimento successivo del dibattito che trovò nel successivo Congresso di Münster la sua espressione più compiuta con riferimento all'interpretazione del principio di eguaglianza.

La difficoltà di classificare l'opera di Schmitt anche da questo punto di vista e, peraltro, confermata da tutte quelle ricostruzioni che da diversi angoli visuali e con diverso approfondimento hanno esaminato la controversia weimariana sul metodo della scienza giuridica. Si passa, infatti, da una sua definizione come teoria del decisionismo, intendendo con ciò un metodo che unendo quello delle scienze sociali con quello giuridico argomenta a partire dalla realtà costituzionale del momento[43], alla sua inclusione tra i metodi sociologici in quanto dottrina politica dello Stato[44]. Altri ancora sono costretti a prenderlo in considerazione da solo, data la sua estraneità ai quattro indirizzi principali in cui vengono divise le posizioni emerse nel corso del dibattito weimariano[45]. Né, d'altra parte, la sua prospettiva si esaurisce, come si è visto, nel quadro della "rinascita hegeliana" di inizio secolo e nella conseguente applicazione del metodo dialettico alla teoria giuridica.

Ma la conferma più significativa della "imprendibilità" anche sotto il profilo metodologico del pensiero schmittiano viene dallo stesso Schmitt e dalla caratterizzazione che egli fa del proprio metodo quando scrive: «Ho un metodo peculiare: aspetto che i fenomeni si avvicinino a me, attendo e, per così dire, penso a partire dalla materia, non da categorie preconfezionate. Questo potreste definirlo fenomenologico, ma io non mi faccio prendere volentieri da simili problematiche generali e metodologiche»[46].

4. *Conclusioni*

La complessità dei temi toccati e la stretta interdipendenza problematica di questioni filosofiche, di teoria costituzionale e di diritto positivo in queste

[42] Schmitt parla in questa sede di un concettualismo realista necessario nel diritto pubblico: cfr. C. Schmitt, *I tre tipi di pensiero giuridico*, tr. It. a cura di P. Schiera e G. Miglio, in C. Schmitt, *Il concetto di «politico»*, Bologna, 2014, 248 ss.

[43] Così H. Wendenburg, *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., 174 ss.

[44] Cfr. P. Badura, *Die Methoden der neueren allgemeinen Staatslehre*, cit., 201 ss. A Badura appartiene anche il seguente, tranciante, giudizio sul metodo di Schmitt: «una teoria generale di questo tipo lavora sì con un metodo, ma non può in nessun caso pretendere per sé il grado della scientificità (ivi, 203).

[45] Cfr. K. Rennert, *Die "geisteswissenschaftliche Richtung" in der Staatslehre der Weimarer Republik. Untersuchung zu Erich Kaufmann, Günther Holstein und Rudolf Smend*, Berlin, 1987, 44 ss. Secondo Rennert, Schmitt non legittima mai espressamente il suo metodo né contribuisce alla rifondazione metodologica della giuspubblicistica weimariana.

[46] *Carl Schmitt im Gespräch mit Joachim Schickel*, in J. Schickel (Hrsg.), *Guerrilleros, Partisanen: Theorie und Praxis*, Berlin, 1970, 11.

pagine non possono che essere semplicemente evocate. Tuttavia, sia consentita soltanto qualche brevissima considerazione che dal "laboratorio Weimar" si spinga sin quasi alla contemporaneità.

Fermi restando tutti i limiti della comparazione con quell'esperienza riguardo ai principali nodi istituzionali oggi sul tappeto, quella straordinaria stagione di riflessione teorica esprime ancora un'esigenza quanto mai viva, quella cioè di una più attenta riflessione sul metodo della scienza giuridica e di quella pubblicistica in particolare. In tal senso non si può fare a meno di notare che proprio uno dei fuochi di quel dibattito rappresentato dalla capacità di costruire un organico discorso sul metodo e sulle sue inevitabili implicazioni valutative pare oggi meritevole di approfondimento e di attualizzazione.

Stimoli importanti sono venuti dalla giuspubblicistica straniera e dall'incontro, ad esempio, con le prospettive di "*political science*" di derivazione anglo-americana o con le teorie sistemiche[47]. Analogamente sul terreno del confronto con le scienze sociali è possibile ritrovare la parte migliore della nostra "tradizione" giuspubblicistica[48]. Né, contrariamente, sarebbe facile provare che l'abbandono dell'approfondimento metodologico e delle sue implicazioni filosofiche abbiano giovato ad una maggiore certezza ed obiettività della scienza del diritto pubblico.

A segnalare invece l'importanza che anche da questo punto di vista il crogiuolo weimariano continua a conservare è rimasta, anche se non esclusivamente – in Italia, ma anche in Germania – l'opera meritoria degli storici del

[47] Sul ricorso alla scienza politica di stampo anglo-americano, cfr., ancora validamente, P. BADURA, *Die Methoden der neueren allgemeinen Staatslehre*, Erlangen, 1959, 220 ss.; in generale sul rapporto tra scienza giuridica e scienze politologiche, cfr. D. GRIMM, *Die Gegenwartsprobleme der Verfassungspolitik*, in *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a.M., 1991, 336 ss.

[48] Si pensi a quegli ampliamenti nozionali che si registrano nella dottrina costituzionalistica degli anni Quaranta, e ad un nome su tutti, quello di Costantino Mortati. Su questa vicenda Massimo Severo Giannini rilevava che essa trovava una specifica scaturigine, ossia «l'influenza della politologia sulla scienza giuridica, col conseguente sforzo di questa di portare nei propri quadri istituzionali nozioni provenienti da altre discipline; è una vicenda che, specie sul piano normativo, ancor oggi è in corso»: M S. GIANNINI, *Scienza Giuridica e teoria generale in Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia e P. Grossi, Milano, 1990, 10. Sul rapporto di Mortati con la tradizione giuspubblicistica italiana si veda, nello stesso volume: M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, 45 ss. Sul colloquio con le altre discipline indicazioni fondamentali anche in G. GUARINO, *Oggetto funzioni e metodo della teoria generale del diritto*, in *Atti del Congresso di studi metodologici*, Torino, 1954, 315 ss.; ID. *Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi,* in *RTDP,* 1970, 955 ss.; né si può dimenticare la lezione di L. Elia nella esemplare *voce Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, 634 ss.

diritto e dei filosofi della politica[49]. Eppure, ritornare oggi su quei problemi e sulle impostazioni teoriche di fondo non può risultare utile soltanto allo storico ma anche e soprattutto al giurista positivo. Come è stato scritto, i segnali di un mutamento di valori, di oggetto e di metodo, i quali investono ancora e innanzitutto il diritto pubblico non mancano e sono tali da giustificare una nuova riflessione sulla cultura giuridica che da Weimar prende le mosse[50].

[49] In tal senso pare di poter dire che certuni limiti della storiografia della cultura giuridica degli ultimi decenni, segnalati qualche anno fa da Cassese, non solo possano ma debbano essere colmati innanzitutto dai giuristi positivi, largamente ancora assenti dall'impegno storico e teorico: cfr. S. Cassese, *Che la storiografia della cultura giuridica si conceda un benefico letargo*, in *RTDP*, 4, 1990, 1159 ss. Un'interessante lettura parallela della scienza del diritto e dello Stato tedesca e italiana, relativa però alla seconda metà del 19. Secolo è presente nel volume a cura di R. Schulze, *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Berlin, 1990.

[50] In tal senso A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. Dir.*, 4, 1991, 639; e, per un confronto degli indirizzi metodologici nella scienza del diritto costituzionale affermatisi in Italia, Francia, Austria, Germania, Inghilterra e Stati Uniti, almeno il fondamentale studio di M. Galizia, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, 1963, 33 ss.

Daniela Mone[*]

LA PROSPETTIVA ANTISTORICA ED ANTIECONOMICA DELL'AUTONOMIA DIFFERENZIATA DI CALDEROLI: LE REGIONI COME PICCOLE PATRIE[**]

SOMMARIO: 1. Le Regioni fra Europa e Stato. – 2. Le Regioni nella prospettiva di attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. tra dato giuridico e realtà economico-sociale. – 3. Il ddl Calderoli e i rischi della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni finalizzata alla differenziazione anziché alla tutela dei diritti. – 4. Gli effetti del principio di invarianza sulla garanzia dei diritti, nell'ipotesi della differenziazione.

1. *Le Regioni fra Europa e Stato*

Prendendo la parola alla Conferenza interparlamentare europea di Parigi del 21 aprile 1954, De Gasperi spiegava che quelle riunioni non erano sedi in cui prendere decisioni politiche proprie dei Parlamenti, «detentori delle sovranità nazionali», ma «liberi incontri, colloqui tra le varie tendenze e le varie nazionalità, un foro nel quale possono confrontarsi pareri diversi, ma tutti egualmente animati dalla preoccupazione del bene comune delle nostre patrie europee, della nostra Patria Europa».

La prospettiva di superamento dei nazionalismi emerge nettamente anche dal seguito del discorso dello statista per il quale l'Europa, quale «casa comune» risulterà dal riconoscimento di «principi di una sintesi politica, sociale, economica e morale in base alla quale gli Stati sovrani possono decidere di edificarla»[1].

De Gasperi parlava di Patria Europa ma anche di patrie europee, evidentemente, però, riferendosi a Stati non più chiusi in egoismi nazionali a difesa di propri interessi, secondo una visione potenzialmente foriera di conflitti, come quelli risalenti a pochissimi anni prima[2].

[*] Associata di Diritto pubblico – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

[**] Il presente contributo è stato pubblicato, con il medesimo titolo, in *Diritto Pubblico Europeo-Rassegna Online*, 1, 2024, in *Dall'Europa delle Regioni alle piccole patrie* (a cura di M. C. Girardi, D. Mone).

[1] A. DE GASPERI, *Discorso di De Gasperi: «La nostra patria Europa»*, in *Archivi Storici dell'Unione Europea, ASUE* – Fondo Alcide De Gasperi, Esteri, III, Europa, 7, Fondazione De Gasperi.

[2] V. J.D. DURAND, *Alcide De Gasperi e la Patria Europea*, 19 agosto 2007, in *degasperitn.it*. Sul tema della pace in Europa e la necessità di una difesa comune per garantirla, recentemente, I.A. NICOTRA, *L'ingenua illusione della pace perpetua e la necessità di una difesa comune europea*, in *Percorsi costituzionali*, 1, 2023, soprattutto 105-109 e 122 ss.

Una tale prospettiva, nonostante gli innegabili passi avanti da allora compiuti in direzione di una maggiore integrazione europea, può ritenersi senz'altro tradita da un evento dirompente quale la secessione della Gran Bretagna[3] ma altrettanto da tendenze nazionalistiche emerse in più Stati nel corso degli anni[4] o dal rifiuto di politiche europee più integrate sul versante economico-monetario da parte dei Paesi del Nord-Europa, cd. frugali, tuttora ben radicate in essi[5].

Dal discorso di De Gasperi non emergeva alcun riferimento alle entità infrastatuali cui l'Unione europea ha destinato progressiva attenzione ma solo molto tempo dopo l'inizio dell'esperienza sovranazionale[6].

Per anni, infatti, esse sono state totalmente ignorate, oggetto della cd. *Landesblindheit*, come icasticamente la definì Ipsen[7], da tradurre come «cecità regionale» e certo non federale, proprio per evidenziare il peso rilevante degli Stati, Signori dei trattati, nell'ordinamento *in fieri*, secondo i principi propri del diritto internazionale cui il diritto comunitario è stato assimilato almeno nella sua fase iniziale di sviluppo[8].

In seguito, l'approccio dell'Europa rispetto alle entità infrastatuali si è modificato sebbene, ovviamente, mai al punto da fare delle Regioni o, comunque, delle entità infrastatuali, dei soggetti parificati agli Stati[9].

Invero, nel Manifesto di Ventotene del 1941, lì dove si auspica una federazione europea che consenta il superamento dello Stato assoluto e del nazionalismo, origine dei conflitti mondiali che hanno insanguinato il Novecento, non può non cogliersi contestualmente l'auspicio di un ruolo significativo per istituzioni rappresentative e vicine ai cittadini, quali le Regioni, nell'ottica del

[3] V. F. Balaguer Callejón, *L'Unione europea di fronte alla Brexit e ad altri processi disgregativi nel contesto globale*, in *federalismi.it*, 4 maggio 2020.

[4] V. T. Vissol, *Il Gruppo di Visegrad e l'UE: conflitto d'interessi o diverse visioni del futuro?,* in *italianieuropei.it,* 29 gennaio 2021; A. Martinelli, *Torna davvero lo spettro del nazionalismo?,* in *ispionline.it*, 29 agosto 2019; F. Chittolina, *Se il nazionalismo tracima nell'Unione europea*, in *apiceuropa.com*, 20 novembre 2022; F. Nelli Feroci, *Il progetto europeo contro l'Europa delle patrie* in *affariinternazionali.it*, 7 gennaio 2024.

[5] Recentemente v. G. Marcone, M. Villa, *Il freno dei Paesi frugali*, in *ispionline.it*, 17 maggio 2024.

[6] Si rinvia a O. Chessa, *L'«Europa delle Regioni»: illusioni e delusioni*, in *federalismi.it*, 27 marzo 2020, 46 ss.

[7] H.P. Ipsen, *Als Bundesstaat in der Gemeinschaft*, in E.V. Caemmerer, H.J. Schlochauer, E. Steindorff, *Probleme des Europaischen Rechts. Festschrift für Hallstein*, Frankfurt 1966, 256.

[8] G. Falcon, *La «cittadinanza europea» delle Regioni* in *Le Regioni*, 2, 2001, 329.

[9] V. O. Chessa, *L'«Europa delle Regioni»,* cit., 47-49; G. Rivosecchi, *Le autonomie territoriali nell'architettura istituzionale dell'Unione europea*, in A. Morelli, A. Iannuzzi, C. Aliberti (a cura di), *Autonomie territoriali e Unione europea*, Napoli, 2018, 37 ss.

principio di sussidiarietà[10]: interpreti di bisogni ed esigenze presenti sui territori quindi funzionali al loro soddisfacimento a garanzia dello sviluppo della persona, secondo una prospettiva radicalmente opposta a quella dello Stato totalitario, com'è noto, fondato sulla funzionalizzazione della persona alla sua potenza[11]. Le Regioni sono concepite come istituzioni da valorizzare, secondo un'idea di Europa sempre più integrata, anche allo scopo di colmare il mai superato *gap* fra istituzioni della prima e popolazioni dei diversi Stati membri[12].

Da tempo ci si è interrogati, in dottrina, sul modello di Europa delle Regioni da perseguire: un'Europa in cui esse prendono il posto degli Stati nazionali

[10] In tal senso A. Lucarelli, *Introduzione. Dall'Europa delle Regioni alle piccole patrie*, evidenzia come nel progetto di Altiero Spinelli si auspicasse un'Europa che «fosse, da un lato, un'Unione federale di Stati e, dall'altro, però, anche un assetto con un forte decentramento interno dei singoli Stati membri». Il punto è sottolineato recentemente da A. Filippetti, G. Vecchione, *Trent'anni di politiche di coesione nel Mezzogiorno. Luci, ombre e luoghi comuni* in R. Coletti, A. Filippetti (a cura di), *Ue, la sfida della coesione, Obiettivi, politiche, risorse per lo sviluppo dell'Europa*, Il Sole 24 Ore, 2022, 14, che rilevano come «nella politica di coesione i confini nazionali sono sfumati, mentre assumono una maggiore importanza i confini delle regioni», così tornando d'attualità l'intuizione di Rossi e Spinelli ne Il Manifesto di Ventotene, di ridurre il ruolo degli Stati nazionali, promuovendo, invece, quello delle Regioni nella costruzione di un'Europa federale.

[11] "La nazione non è più ora considerata come lo storico prodotto della convivenza degli uomini, che, pervenuti, grazie ad un lungo processo, ad una maggiore uniformità di costumi e di aspirazioni, trovano nel loro stato la forma più efficace per organizzare la vita collettiva entro il quadro di tutta la società umana. È invece divenuta un'entità divina, un organismo che deve pensare solo alla propria esistenza ed al proprio sviluppo, senza in alcun modo curarsi del danno che gli altri possono risentirne. La sovranità assoluta degli stati nazionali ha portato alla volontà di dominio sugli 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. Questa volontà di dominio non potrebbe acquietarsi che nell'egemonia dello stato più forte su tutti gli altri asserviti. In conseguenza lo stato, da tutelatore della libertà dei cittadini, si è trasformato in padrone di sudditi, tenuti a servirlo con tutte le facoltà per rendere massima l'efficienza bellica (Il Manifesto di Ventotene, 1).

[12] Sul tema della democratizzazione europea anche attraverso le autonomie v. G. Rivosecchi, *Gli effetti del processo di integrazione europea sulle autonomie territoriali,* in *Rivista AIC*, 3, 2017, 2 ss. In tal senso si veda anche il ruolo assegnato alle Regioni (e alle Città dell'UE), nell'ambito della Conferenza sul futuro dell'Europa. In particolare, attraverso tale Conferenza, il Comitato europeo delle regioni (CdR) tende a perseguire la sua prima priorità politica che è «Avvicinare l'Europa ai cittadini». La sua delegazione, partecipando alle sessioni plenarie della Conferenza, potrà instaurare rapporti con tutti gli altri 420 delegati «per rafforzare il ruolo degli enti locali e regionali nel funzionamento democratico dell'Unione europea e promuovere la dimensione territoriale delle politiche dell'UE» (La Conferenza sul futuro dell'Europa e il ruolo delle regioni e delle città dell'UE, in *cor.europa.eu*). Sul tema della democratizzazione delle istituzioni europee, più in generale, si v. l'interessante dossier *Conferenza interparlamentare sulla democrazia in Europa*, Stoccolma, 18-19 giugno 2023, in *documenti.camera.it* nonché P. Scarlatti, *Democrazia e istituzioni nell'Unione europea: il Trattato di Lisbona* in *Rivista AIC*, 1, 2011.

che si dissolverebbero, una volta compiuto il processo di integrazione sovranazionale o un'Europa in cui le Regioni rappresentino un terzo livello istituzionale generalizzato, «dotato di piena soggettività comunitaria»[13].

La prima prospettiva sembra propria di quelle entità infrastatuali, protagoniste di recenti esperienze riconducibili alla secessione come la Catalogna[14] o, comunque, a forme molto radicali di autonomia come Lombardia, Emilia-Romagna e Veneto[15]. Queste, infatti, mentre anelano un'autonomia spinta (di indipendenza, addirittura, parlava il Veneto) o la secessione dallo Stato nazionale, non mirano anche ad uscire dall'Europa. In tale ottica, dunque, il tema, che sicuramente esula dalle presenti considerazioni, è quello dei requisiti caratterizzanti lo *status* di membro dell'Unione europea, che pone questioni delicate di livello costituzionale interno agli Stati rispetto al quale si profilerebbero esperienze di rottura della continuità.

La seconda prospettiva è armoniosa con il quadro costituzionale degli Stati membri[16], in quanto fondata sulla presenza contestuale di Stati nazionali ed autonomie infrastatuali. Queste ultime, tuttavia, sono concepite in modo non lineare[17]: da un lato, si vorrebbero quali soggetti politici, interpreti delle esigenze dei cittadini e, quindi, intermediari fra questi e le istituzioni europee (e statali) al fine di ridurre la distanza che li separa; dall'altro, le si ingabbia in decisioni assunte a livello europeo e statale che poco spazio lasciano loro, proprio quali enti esponenziali della collettività di riferimento, relegandole, piuttosto, al ruolo di enti di decentramento amministrativo[18].

[13] L. Torchia, *Regioni e Unione europea: temi e problemi*, in *le Regioni*, 3-4, 2000, 497.

[14] In argomento v. L. Cappuccio, G. Ferraiuolo (a cura di), *Il futuro politico della Catalogna*, in *federalismi.it*, 26 novembre 2014; G. Ferraiuolo, *La petita patria catalana nello scontro tra unilateralismi*, in *Rivista AIC*, 1, 2019; E. Bindi, *Oltre i confini dell'autonomia. La Catalogna tra diritto a decidere e Costituzione* in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2019.

[15] Si rinvia sul punto a: *Dossier del Servizio Studi del Senato, Il regionalismo differenziato con particolare riferimento alle iniziative di Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto, XVII Legislatura*, Dossier, n. 565, novembre 2017; Id., *Il regionalismo differenziato e gli accordi preliminari con le regioni Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto, XVIII Legislatura*, Dossier n. 16 maggio 2018; Id., *Il processo di attuazione del regionalismo differenziato, XVIII Legislatura*, Dossier n. 104, 1° marzo 2019.

[16] Per O. Chessa, *L'«Europa delle Regioni»,* cit., 49, «nella misura in cui la previsione, l'istituzione e la garanzia delle autonomie territoriali è parte integrante delle costituzioni nazionali, ne discende che, per effetto della sintesi costituzionale che si realizzerebbe a livello europeo, anche le regioni e le autonomie territoriali (e non solo gli Stati) debbano considerarsi soggetti del diritto dell'Unione sovranazionale».

[17] G. P. Manzella, *Europa e «sviluppo armonioso», La strada della coesione europea: dal Trattato di Roma al Next Generation EU,* Svimez, Bologna, 2022, soprattutto 150 ss.

[18] V. P. Ciarlo, *L'inevitabile nanismo legislative delle Regioni e il loro avvenire amministrativo,* in *dirittiregionali.it*, 1/2023, 13 marzo 2023, soprattutto 222-225.

Per l'Europa il territorio di riferimento è suddiviso in zone connotate da comuni caratteristiche di tipo geografico, economico, sociale e, dunque, da esigenze omogenee che richiedono interventi, specifici per ciascuna zona, per il loro soddisfacimento. Le Regioni, quali entità amministrative, non appaiono rilevanti secondo quest'ottica sostanzialistica. Tuttavia – e probabilmente da ciò nasce un approccio contraddittorio – lo sono negli Stati membri (sebbene con denominazioni varie) e, allo stesso livello europeo, è stato loro riconosciuto rilievo giuridico, come testimoniato dall'istituzione e progressivo sviluppo del Comitato delle Regioni[19].

L'approccio unionale rispetto alle autonomie, invero, sembra riproporre la dicotomia da sempre connotante l'esperienza europea: un'esperienza, da un lato, caratterizzata da fini esclusivamente economici, dall'altro, con finalità politiche. Nel primo caso, l'omogeneità delle zone è essenziale per la riuscita delle strategie finalizzate allo sviluppo, laddove le diversità interne possono rappresentare fattori critici; nel secondo, al contrario, è essenziale la legittimazione da parte della base sociale e, dunque, lo sono le istituzioni rappresentative, quindi, anche le Regioni quali soggetti politici che interpretino le diversità della base.

Non si tratta di visioni inconciliabili dal momento che entrambe favoriscono, sebbene per ragioni diverse, il miglioramento delle condizioni di vita delle persone. Tuttavia, è innegabile che ne deriva una contraddittorietà nella normativa che regola i rapporti fra Unione e Regioni, fra idea di Regione quale soggetto istituzionale rappresentativo e Regione quale soggetto di mero decentramento che si riflette, all'interno, sui rapporti fra tale ente e lo Stato cui appartiene.

Se l'idea di Regione quale mero soggetto amministrativo è più coerente con la visione formalistica cui si faceva riferimento, di contro, è inadeguata ad avvicinare la popolazione alle istituzioni sovranazionali, obiettivo cui pure le Istituzioni europee puntano e contrasta con la concezione di Regione della Costituzione italiana, quale soggetto politico.

Un tale scenario, in un contesto globalizzato, si traduce nell'adozione di politiche europee condizionanti pressoché totalmente le decisioni statali nonché, a maggior ragione, quelle regionali, in particolare attraverso l'accentramento delle decisioni di tipo economico-finanziario. Rispetto ad esso sono maturate convinzioni secondo cui oggi non residuerebbe alcuna discrezionalità agli Stati, e a maggior ragione, alle Regioni, a livello politico[20].

[19] O. Chessa, *L'«Europa delle Regioni»,* cit., 50, distingue fra integrazione funzionale ed integrazione istituzionale delle Regioni; la seconda non è stata adeguatamente sviluppata nel tempo, benché una sua espressione significativa sia rappresentata dall'istituzione e, poi evoluzione, del Comitato delle Regioni (50-51).

[20] Si rinvia alla nota 20.

Non si può, tuttavia, negare che, pur fortemente condizionato dalle decisioni europee, residua uno spazio discrezionale nell'ambito di decisioni politiche, tanto in capo allo Stato quanto in capo alle Regioni. In particolare a livello economico-finanziario, le decisioni redistributive starebbero, almeno formalmente, interamente nella disponibilità dello Stato. Esso, sul piano formale, può infatti decidere in quali politiche investire e se lasciare, delle sue politiche, una parte alle Regioni, evidentemente nei limiti dei vincoli costituzionali.

È evidente che tali differenti letture sono entrambe legittime e, per quanto detto, entrambe compatibili con i due differenti approcci europei rispetto alle autonomie, che anzi, le alimentano entrambe, prevalendo l'approccio sostanzialistico o formalistico, in base allo scopo, volta per volta, da raggiungere.

L'attuale esperienza di implementazione dell'autonomia differenziata, sicuramente finalizzata ad ampliare la dimensione politica regionale e che si muoverebbe lungo la traiettoria della valorizzazione politica delle Regioni va calata nel contesto europeo sommariamente descritto, senza trascurare quello economico-sociale che rileva in modo significativo sull'opportunità di determinate scelte politiche, giuridicamente inattaccabili.

2. *Le Regioni nella prospettiva di attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. tra dato giuridico e realtà economico-sociale*

Se, in effetti, non si può negare che lo spazio discrezionale dello Stato e delle Regioni risulta ridotto in termini di elaborazione dell'indirizzo politico, sebbene per lo Stato tale riduzione risulti compensata dalla partecipazione all'elaborazione di quello europeo, non si può tuttavia affermare che non ne residui affatto.

Più precisamente, sul piano formale, nonostante il contesto globalizzato suggerisca l'adozione di politiche accentrate[21], allo Stato residua uno spazio discrezionale, pur nel rispetto dei vincoli di natura economico-finanziaria posti dall'appartenenza all'Unione[22].

[21] F. Cerniglia, *L'autonomia differenziata*, cit., soprattutto 86-87. Id., *Fra Stato e mercato*, in *Rivista trimestrale di cultura e di politica*, 2, 2023, 38-47. In particolare, l'A., 46-47, sottolinea l'inadeguatezza perfino della dimensione europea a fronteggiare le sfide cui è chiamato il soggetto pubblico nel mondo attuale: «[…] È altresì evidente che alcune grandi emergenze (si pensi all'ambiente) rendono vacuo l'intervento pubblico se limitato non solo all'azione di un solo Stato ma finanche a gruppi di Stati, come nel caso in cui la sola Ue dovesse agire a livello mondiale verso una transizione *green*». In tal senso A. Lucarelli, *Introduzione*, cit.

[22] O. Chessa, *L'«Europa delle Regioni»,* cit., 55-56, ritiene che per l'Italia, l'«unificazione europea ha determinato una compressione delle sovranità statali in termini assoluti, il cui costo però è gravato specialmente sulle autonomie territoriali sub-nazionali, inducendo di conseguenza un potenziamento relativo del governo centrale».

Nell'ambito di tali vincoli, cioè, sul piano giuridico, le decisioni di tipo allocativo/redistributivo sono discrezionali e, quindi, nella disponibilità della maggioranza di governo, nel rispetto dei vincoli costituzionali.

In tale quadro, l'autonomia differenziata, questione di grande attualità oggi sia a livello politico che giuridico, non è oggetto di alcuna preclusione normativa europea, riguardando una redistribuzione di funzioni e risorse fra Stato e Regioni, nel rispetto dei vincoli che derivano dall'appartenenza all'Unione europea, per disposto costituzionale.

È chiaro, tuttavia, che lo scenario attuale, a livello geopolitico, tende ad un accentramento delle politiche per far fronte alla concorrenza globale e risolvere questioni di analoga dimensione per cui risulta quanto meno anacronistico ed in controtendenza proiettarsi verso realtà frammentate, addirittura a livello infrastatuale[23]; tra l'altro, una tale scelta appare controproducente per l'intero Paese il cui debito pubblico, ormai arrivato al 140% del PIL, diventerebbe più costoso perché più rischioso per effetto dei meccanismi di finanziamento delle funzioni trasferite alle Regioni differenziate, previsti dalla normativa attuativa dell'art. 116, c. 3, Cost. L'UE è fortemente critica rispetto a tale progetto, proprio per i rischi che ne potrebbero conseguire in termini di rispetto degli obblighi europei, sotto tale profilo[24].

Rivendicare ulteriori competenze nel campo dell'istruzione o della salute o dell'energia, o della comunicazione, creando venti sistemi diversi e non comunicanti fra loro è, oggi, perciò, evidentemente inopportuno (probabilmente lo era già nel 2001, quando la spinta all'autonomia, com'è noto, fu alimentata dall'intento di sedare quella alla secessione[25]) e, al di là di certi limiti, anche illegittimo.

[23] V. nota 23.

[24] Comunicazione Commissione su autonomia differenziata, Documento di lavoro dei servizi della Commissione, Relazione per paese 2023 - Italia che accompagna il documento Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2023 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2023 dell'Italia {COM(2023) 612 final}, 24.5.2023, 19: «Un siffatto livello di autonomia può essere concesso alle regioni solo dopo la definizione del livello essenziale dei servizi e del loro finanziamento; si tratta di un'operazione cruciale e complessa che richiede un'analisi dettagliata e una consultazione approfondita di tutti i portatori di interessi. La legge impone che tale riforma sia neutra dal punto di vista del bilancio delle amministrazioni pubbliche. Senza risorse aggiuntive potrebbe tuttavia risultare difficile garantire i medesimi livelli essenziali di servizi nelle regioni con una spesa storica bassa, anche a causa della mancanza di un meccanismo di perequazione. Nel complesso, la riforma prevista dalla nuova legge quadro rischia di compromettere la capacità delle amministrazioni pubbliche di gestire la spesa pubblica, con un conseguente possibile impatto negativo sulla qualità delle finanze pubbliche dell'Italia e sulle disparità regionali».

[25] Sono note le vicende politiche che portarono alla revisione del Titolo V, per scongiurare velleità secessionistiche della Lega Nord.

Tuttavia, considerata la nozione indefinita di materia di cui all'art. 117 della Costituzione[26], si potrebbero rivendicare funzioni determinate, fra le numerose riconducibili alle materie «differenziabili» ex art. 116, c. 3, Cost., senza intaccare l'unitarietà del sistema e, quindi, garantendo la legittimità del processo e, forse, anche la sua funzionalità[27].

L'autonomia differenziata, cioè, potrebbe non essere aprioristicamente «archiviata», né essere semplicisticamente «bollata» come incostituzionale, fermo restando che medesimi risultati, sotto il profilo dell'efficienza e della responsabilità degli enti, si potrebbero raggiungere per altre strade, come ad es., *in primis*, attuando l'art. 119, Cost., l'art. 117, Cost. previa opportuna revisione, e l'art. 118 Cost. L'attuazione delle richiamate disposizioni, peraltro, come si vedrà, è presupposto della corretta implementazione dell'art. 116, c. 3, Cost.

Com'è noto, questa è legittima se condotta nel rispetto dei principi dell'art. 119 Cost., richiamato esplicitamente dalla norma e nel rispetto dei principi fondamentali della Costituzione: essa, in definitiva, non può pregiudicare l'unità dell'ordinamento.

Entro tali paletti, se intesa quale possibilità di disciplinare funzioni in modo più adeguato alla realtà regionale, liberandola da vincoli talvolta privi di funzione garantistica ma asfittici rispetto allo svolgimento di attività da parte di cittadini e di imprese, soprattutto se duplicati ai diversi livelli istituzionali, l'autonomia differenziata non si pone in contrasto né con il diritto europeo, né con l'ordinamento costituzionale italiano. Piuttosto ne concorre ad attuare il fine ultimo, ossia lo sviluppo della persona, nel pieno rispetto dell'idea di

[26] Sia consentito rinviare a D. MONE, *La promozione dell'autonomia nel rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni a garanzia dell'uguaglianza e dell'unità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2020, in particolare, 166 ss. e alla bibliografia ivi citata. L. CASTELLI, *I nodi pendenti dell'attuazione dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione* in *Diritti regionali*, 23 gennaio 2024, 842, esclude che in base all'art. 116, c. 3, Cost., sia possibile il trasferimento in blocco di intere materie «riferendosi piuttosto [la disposizione *de qua*] a compiti specifici individuati all'interno dei singoli ambiti materiali»; A. LUCARELLI, R*egionalismo differenziato e incostituzionalità diffuse,* in *Dir. pubbli. eur., Rassegna on line*, 2, 2019, paventa la sostanziale decostituzionalizzazione dell'art. 117, c. 3, Cost. per effetto del meccanismo di cui all'art. 116, c. 3, Cost., 5 ss.

[27] In tale prospettiva, decisiva sarebbe stata la previsione, nel ddl cd. Calderoli (su cui si rinvia avanti), di un obbligo di motivazione della richiesta di trasferimento delle materie da parte della Regione, in ordine alla maggiore efficienza di esercizio delle relative funzioni rispetto all'efficienza dell'esercizio di tali funzioni da parte dello Stato. Sia consentito rinviare sul punto a D. MONE, *Il modello di autonomia differenziata del ddl Calderoli tra finalità dichiarate e finalità perseguite: il nodo delle risorse finanziarie*, in *Nuove Autonomie,* 1, 2024, (in corso di pubblicazione), 104 ss.

regionalismo affermata in sede costituente e accolta all'art. 5 Cost., quale funzionale all'unità[28].

Al di là di considerazioni legittime sulla possibilità di raggiungere i medesimi risultati per altre vie, come sopra evocato, non si può non ritenere il ricorso all'art. 116, c. 3, Cost., nel rispetto dei vincoli costituzionali[29], scelta pienamente rientrante nella disponibilità delle forze politiche al Governo[30].

3. *Il ddl Calderoli e i rischi della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni finalizzata alla differenziazione anziché alla tutela dei diritti*

Il disegno di legge Calderoli, intitolato «Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma della Costituzione», approvato in prima lettura dal Senato il 23 gennaio 2024 ed attualmente in discussione alla Camera (C. 1665), (d'ora in poi ddl), delinea un regionalismo differenziato del tutto estraneo alle finalità sopra evocate[31]. Sebbene quelle espressamente indicate all'art. 1 siano perfettamente inscritte nel perimetro costituzionale, infatti, vengono poi disattese dagli articoli successivi.

Tali finalità, del resto, erano evidentemente assenti nei processi che, a partire dal 2017[32], hanno sostanzialmente portato all'approvazione del testo richiamato ed i cui esiti più avanzati sembrano essere oggetto specifico dell'art. 11 del ddl. Questa disposizione prevede che siano «esaminati secondo quanto previsto dalle pertinenti disposizioni della presente legge»[33] evidentemente allo

[28] Sia consentito rinviare a D. Mone, *Costituzione, regionalismo e coesione territoriale*, Napoli, 2023, 69-84.

[29] G. M. Salerno, *L'autonomia differenziata nell'evoluzione del regionalismo: da problema a prospettiva costituzionale*, in *Riv. Giur. Mezz.*, 4, 2023, 982, esorta a considerare l'autonomia differenziata «non come un «problema», ma come una «prospettiva costituzionale».

[30] In tal senso da ultimo A. Morrone, *Differenziare le regioni senza un disegno di Repubblica*, in *Nuove Autonomie*, 1, 2024*, Numero speciale*, (in corso di pubblicazione), soprattutto 1-4 del dattiloscritto.

[31] Si delinea in esso un "regionalismo degli egoismi" che A. Lucarelli, *Introduzione*, cit., colloca al di fuori del progetto di «unità europea».

[32] Sull'incompatibilità di tali processi con i «principi fondativi della Repubblica che regolano il funzionamento della forma di Stato, del tipo di Stato e della forma di Governo», v. A. Lucarelli, *Regionalismo differenziato e incostituzionalità diffuse*, cit., 6-8. Sia consentito rinviare anche a D. Mone, *Costituzione, regionalismo*, cit., 193 ss.

[33] La modifica del testo presentato dal Governo in Commissione Affari Costituzionali al Senato, non riduce le criticità di una previsione che, comunque, «recupera» (che vuol dire «esaminati secondo quanto previsto dalle pertinenti disposizioni della presente legge»?) accordi formatisi sulla base di una procedura riformata perché evidentemente ritenuta inadeguata se non illegittima. S. Staiano, *Salvare il regionalismo differenziato dai suoi epigoni attardati*, in *Riv. Giur. Mezz.*, 4, 2023, 988, invita ad intervenire sul testo licenziato dal Senato in modo da "stabilire

scopo di velocizzarne l'*iter* gli accordi preliminari delle Regioni da sempre più interessate alla maggiore autonomia, sottraendoli alle regole fissate per la loro formazione che, seppur insufficienti, hanno migliorato anche quanto previsto dal progetto originario approvato dal Governo il 16 marzo 2023[34].

Sia i richiamati processi che il ddl appaiono inequivocabilmente orientati al fine prioritario del trattenimento di risorse sul territorio regionale in cui vengono prodotte, secondo la nota teoria del residuo fiscale i cui limiti sono stati in più occasioni convincentemente messi in luce[35].

Ciò inficia la compatibilità con la Costituzione del testo normativo, che, sebbene si ponga quale attuativo dell'art. 116, c. 3 Cost.[36], lo viola in più pun-

espressamente che, con l'entrata in vigore della legge, cessi l'efficacia degli accordi preliminari stipulati con le Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna. Quelle intese, peraltro, sono del tutto incompatibili, nell'impostazione e nei contenuti, con l'impianto stesso del d.d.l. 1665".

[34] Al riguardo, in particolare sotto il profilo del coinvolgimento degli enti locali, v. R. Di Maria, *Ruolo degli Enti locali: dalla consultazione da parte della Regione all'assegnazione di una parte delle funzioni trasferite. Ovvero, della ambigua collocazione istituzionale (e dello sfortunato destino politico?) degli Enti locali nel sistema costituzionale italiano di governo multilivello*, in *Nuove Autonomie*, 1, 2024, (in corso di pubblicazione), 149 ss. In particolare, l'A. rileva, condivisibilmente, 155, come il testo attualmente risulti «sostanzialmente modificato e, per alcuni aspetti, adeguato ad alcune delle prime (rilevate) criticità», sebbene «le novità procedurali non abbiano eliso completamente tutte le perplessità *illo tempore* condivise ed espresse in dottrina».

[35] Sul punto da ultimo F. Cerniglia, *L'autonomia differenziata, i profili finanziari*, in *Nuove Autonomie,* 1, 2024, (in corso di pubblicazione), 82. In particolare, S. Staiano, *Salvare il regionalismo differenziato*, cit., 987, parla in proposito di sviamento della *ratio* dell'art. 116, c. 3, Cost.: «piuttosto che razionalizzazione delle competenze secondo sussidiarietà, devoluzione indiscriminata delle materie (che non sono trasferibili senza revisione costituzionale) al fine di conseguire il trattenimento nei singoli territori regionali del «residuo fiscale», obiettivo impossibile nella legalità costituzionale, essendo in contrasto, non solo con l'art. 119 Cost., recante un principio di perequazione territoriale totale, ma anche con i princìpi che informano i sistemi tributari moderni, come enunciati anche dall'art. 53 Cost., che sono orientati alla redistribuzione. Alla nota 1, 987-988, l'A. chiarisce l'erronea interpretazione in chiave antimeridionalista della costruzione teorica di Buchanan che, piuttosto, pensa al concetto di residuo fiscale come base di partenza di politiche perequative. *Ex multis*, G. Pisauro, *L'autonomia differenziata e i limiti della riforma del Titolo V, in Diritto pubblico, 2, 2023,* cit., 578, ha confutato tale teoria. Se si vuole, si veda anche D. Mone, *Il modello di autonomia differenziata del ddl Calderoli tra finalità dichiarate e finalità perseguite: il nodo delle risorse finanziarie*, in *Nuove Autonomie*, 1, 2024, in particolare, 101.

[36] Sulla necessità o opportunità di una legge attuativa dell'art. 116, c. 3, Cost. si registrano diverse posizioni in dottrina. In effetti, si esclude la necessità di una legge che si reputa, invece, opportuna. La differente posizione è significativa, considerata l'impossibilità di sottoporre, eventualmente a referendum, una legge costituzionalmente necessaria e, dunque, la legge Calderoli ove qualificata in tal senso. Sul punto sia consentito rinviare, anche per le ulteriori ragioni di esclusione della legge al referendum, a D. Mone, *Il modello di autonomia differenziata,* cit., 108, nota 45. Tra i primi a sostenere l'opportunità di una legge A. Morrone, *Il regionalismo differenziato, Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *federalismo fiscale*, 1, 2007, 153 ss., che oggi, condivisibilmente, tuttavia, non rinvenendo nel ddl in discussione alla Camera

ti, ad esempio ledendo i principi di cui all'art. 119 Cost. e il suo combinato disposto con l'art. 117, c. 2, lett. *m)*[37] e, in definitiva, il principio di unità e di uguaglianza, laddove, secondo la lettura del principio autonomistico coerente col testo costituzionale, il regionalismo concorre ad entrambe, contribuendo alla coesione economica, sociale e territoriale[38].

Tali erano le finalità dei Costituenti regionalisti, in particolare con riferimento alla funzionalizzazione del regionalismo alla risoluzione della questione meridionale, come emerge dalla lettura dei lavori in Assemblea costituente[39].

La differenziazione pregiudicherebbe l'unità soprattutto per effetto della subordinazione del trasferimento delle funzioni alle Regioni, nelle materie *ex* art. 116, c. 3, Cost., alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (d'ora in poi LEP) secondo una disciplina di dubbia legittimità costituzionale sotto molteplici profili, a partire dalla sua attribuzione ad un organo diverso dal Parlamento o, quando affidata più correttamente ad una fonte adeguata (primaria), per l'inadeguata procedura di formazione della stessa ivi delineata[40].

il carattere di legge contenente norme generali, lo reputa anche inidoneo a vincolare le future leggi approvative dell'intesa, leggi rinforzate (A. Morrone, *Differenziare le regioni,* cit., 8-9 dattiloscritto). Per E. Balboni, C. Buzzacchi, *Autonomia differenziata: più problemi che certezze*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2023, 47, la legge attuativa non è necessaria; per O. Chessa, *In tema di «autonomia differenziata»: sui profili procedurali del DDL Calderoli come "legge generale di attuazione",* in *Astrid Rassegna*, 5, 2023, 10, si tratterebbe di legge incostituzionale o inutile; G. M. Salerno, *L'autonomia differenziata nell'evoluzione del regionalismo: da problema a prospettiva costituzionale,* in *Riv. Giur. Mezz.*, 4, 2023, 983-985, reputa la legge attuativa dell'art. 116, c. 3, Cost. riconducibile alla competenza esclusiva statale (nota 2, 983) e «non soltanto costituzionalmente opportuna ma anche costituzionalmente necessaria» (983).

[37] L. Violini, *Livelli essenziali e regionalismo differenziato: riflettendo sui nessi tra l'art. 117, II comma, lett. m) e l'art. 116, III comma della Costituzione, alla luce dei lavori del CLEP*, in *federalismi.it*, 21 febbraio 2024, 8: «tra le condizioni previste per giungere a conferire alle Regioni richiedenti "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» vi è il rispetto dei principi dell'art. 119 Cost., specificato dalla legislazione nell'ambito della legge delega sul federalismo fiscal (l. n. 42/2009). Il combinato disposto tra il vincolo costituzionale e la legislazione attuativa di quest'ultimo, (federalismo fiscale), avrebbe consentito di chiudere il cerchio, connettendo differenziazione, livelli essenziali e costi e fabbisogni standard: tutte questioni da definirsi, però, dando priorità ai secondi e ai terzi e non già – come appariva dalla prassi delle due precedenti legislature – alla differenziazione, che pure veniva vincolata – come si è detto – quantomeno al rispetto della lett. *m)*».

[38] Sia consentito rinviare, sul punto a D. Mone, *Costituzione, regionalismo*, cit., 2023, 239 ss.

[39] Ivi, 69 ss.

[40] Sulla centralità in termini di unitarietà e coerenza della prossima forma di Stato regionale della questione della determinazione dei Lep, della loro indefinitezza, delle contraddittorietà e discutibilità di soluzioni proposte per la determinazione stessa di tale variabile, v. V. Tondi della Mura, *I LEP sulle montagne russe. Primi rilievi sul «Rapporto finale» del Comitato per*

È sulle disposizioni del ddl e di altre fonti da esso richiamate relative alla disciplina dei LEP e sul loro impatto sul principio di solidarietà e di unità che connotano il sistema costituzionale italiano che si intende circoscrivere, principalmente, l'analisi che si proverà a sviluppare nelle pagine che seguono.

In via preliminare, va chiarito che il procedimento di determinazione dei LEP è disciplinato dalla l. n. 197/2022[41], la legge di bilancio per il 2023, che sarà applicabile fino all'entrata in vigore dei decreti legislativi, previsti dal ddl, all'art. 3, quali fonti competenti al riguardo.

Considerato che, presumibilmente, tali decreti legislativi non entreranno in vigore nel termine di due anni dall'entrata in vigore della legge, come previsto dall'art. 3, c. 1, del d.d.l, ne deriva l'applicazione della normativa di cui alla legge di bilancio (art. 3, c. 9, d.d.l.[42]) per un notevole lasso di tempo nonché la vigenza dei LEP sulla sua base determinati, fino ad eventuale modifica, anche successivamente all'entrata in vigore dei decreti, come espressamente disposto all'art. 3, c. 10, del d.d.l.

Da ciò la necessità di approfondire e sottolineare le criticità di tali previsioni a partire dalla possibilità di determinare, in base ad esse, i LEP, sbloccando il trasferimento di materie e relative risorse, attraverso un procedimento sostanzialmente in mano all'esecutivo statale e regionale. La rilevanza della circostanza è di tutta evidenza, soprattutto se si considera che attualmente tali esecutivi sono accomunati dall'appartenenza alle stesse forze politiche con riferimento a Lombardia e Veneto, cioè le Regioni tradizionalmente interessate al trattenimento delle risorse: il che induce a riprendere le riflessioni sull'uso congiunturale del regionalismo[43] laddove, nella fattispecie, la congiunturalità si riduce addirittura ad utilità di una singola forza politica e di singole Regioni.

l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni, in *Nuove Autonomie,* 1, 2024, (in corso di pubblicazione), 10 ss.

[41] L. 29 dicembre 2022, n. 197, recante Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025.

[42] Tale disposizione prevede che, nelle more dell'approvazione dei ddl ivi previsti, «continua ad applicarsi l'articolo 1, commi da 791 a 801-*bis*, della legge 29 dicembre 2022, n. 197». L'art. 3, precisa, inoltre, al successivo c. 10, che «È fatta salva la determinazione dei LEP e dei relativi costi e fabbisogni standard, svolta ai sensi dell'articolo 1, commi da 791 a 801-*bis*, della legge 29 dicembre 2022, n. 197, alla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di cui al presente articolo».

[43] Parlano di «uso "evenimentale"» della Costituzione, in obbedienza di contingenti interessi partigiani», E. Balboni, C. Buzzacchi, *Autonomia differenziata: più problemi che certezze*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2023, 42. Si rinvia a A. Ruggeri, *Il federalismo all'italiana e l'uso «congiunturale» della Costituzione* in *Forum costituzionale,* per l'origine della fortunata espressione che A. Morelli, *Dinamiche del regionalismo differenziato e declinazioni congiunturali dell'autonomia territoriale* in *Dir. Pubbl. eur. Rassegna online*, n. spec. 2, 2019, applica alla specifica questione dell'autonomia territoriale intesa «come un «valore da esaltare» o come una «diseco-

La Cabina di regia e non il Parlamento, ai sensi dell'art. 1, c. 793, della l. n. 197/2022, determina sostanzialmente i LEP che saranno formalmente adottati con d.P.C.m (c. 796). Ove non siano rispettati i termini previsti all'art. 1, c. 795 della legge citata e, cioè, il 31 dicembre 2024, subentrerà addirittura un commissario (c. 797) che, pertanto adempierà, nella sostanza, ad una funzione che la Costituzione riserva in via esclusiva alle Camere, tanto è centrale per la garanzia dei diritti e dell'uguaglianza dei cittadini, in violazione dell'art. 117, c. 2, lett. *m)*, Cost[44].

La determinazione dei LEP è condotta con una finalità meramente ricognitiva degli stessi. Escludendosi una finalità innovativa, invero, si disattende la *ratio* della relativa previsione costituzionale (art. 117, c. 2, lett. *m)*) di rimuovere, per il loro tramite, disuguaglianze esistenti in un certo momento storico e garantire livelli di diritti civili e sociali ancora non soddisfatti o dove ancora non lo sono in modo sufficiente[45].

In particolare, la Cabina di regia[46] ha compiti di ricognizione della normativa statale e delle funzioni esercitate dallo Stato e dalle Regioni a statuto

nomia», a seconda che questa potesse essere sfruttata come mezzo di esercizio del potere o che, al contrario, si rivelasse un elemento d'intralcio alla loro azione di governo».

[44] Sulla natura di riserva relativa della disposizione, v. L. Castelli, *I nodi pendenti*, cit., 847, che sul punto richiama altresì la sentenza n. 88 del 2003 della Corte costituzionale. F. G. Cuttaia, *L'ampliamento dell'autonomia regionale e il rispetto dei profili unitari, formali e sostanziali: le basi poste dal disegno di legge quadro approvato dal Consiglio dei ministri*, in *Italian Papers on Federalism,* 1, 2023, 24, nello stesso senso ricorda, come la Corte cost. nella sentenza n. 134 del 2006 (e già nella 88 del 2003), aveva chiarito che, sulla base di quanto previsto dall'art. 117, c. 2, lett. *m)*, Cost. a proposito dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, la fissazione di standard qualitativi, strutturali, tecnologici, di processo, quantitativi, ecc. possa avvenire tramite una procedura non legislativa, «dal momento che, operandosi nell'ambito di una materia di competenza esclusivamente statale, la potestà normativa secondaria spetta allo Stato, ai sensi dell'art. 117, sesto comma della Costituzione». L'A. rileva che è, tuttavia, necessario definire i principi in base ai quali i LEP saranno determinati, attraverso i d.P.C.m. Sebbene si ritenga che la fonte d. lgs. sia più adeguata rispetto ad un d.P.C.m, pure in teoria legittimo, con legge si tratta di «di delineare in maniera compiuta il concetto stesso di «essenzialità», esigenza, questa, che proprio in una legge quadro non può essere disattesa, in quanto il Parlamento è tenuto ad esprimere in termini normativi il proprio indirizzo».

[45] G. Arachi, *Audizione dell'Ufficio parlamentare di bilancio nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulla determinazione e sull'attuazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali presso la Commissione parlamentare per le questioni regionali*, 1° febbraio 2024, 17, relativamente all'operazione di determinazione dei LEP delineata dalla legge di bilancio, definita «essenzialmente come una sistematizzazione dell'esistente», sottolinea che «Manca una chiara distinzione fra l'ambito tecnico, che riguarda la ricognizione dell'esistente, e la scelta eminentemente politica di fissazione dei LEP».

[46] Detto organo è costituito dal Presidente del Consiglio che la presiede e che può delegare il Ministro per gli Affari regionali e le autonomie, da quest'ultimo, dal Ministro per gli affari europei, il Sud, le politiche di coesione e il PNRR, dal Ministro per le riforme istituzionali e la

ordinario in ognuna delle materie di cui all'articolo 116, terzo comma, della Costituzione (art. 1, c. 793, lett. *a)*, l. n. 197/2022); di ricognizione della spesa storica a carattere permanente dell'ultimo triennio, sostenuta dallo Stato in ciascuna Regione per l'insieme delle materie di cui all'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, per ciascuna materia e per ciascuna funzione esercitata dallo Stato (art. 1, c. 793, lett. *b)*); di individuazione delle materie o ambiti di materie che sono riferibili ai LEP (c. 793, lett. *c)*); di determinazione, nell'ambito degli stanziamentii di bilancio a legislazione vigente, dei LEP (c. 793, lett. *d)*).

Ove si porti a termine il processo *de qua*, invero, non si ridurranno le disuguaglianze e non si garantiranno diritti neppure in relazione ad un livello essenziale dove allo stato attuale non sono garantiti o se non sono ancora garantiti fino a quel livello ma si manterrà lo *status quo*, notoriamente connotato da notevoli differenze nel loro godimento fra Nord e Sud e non solo.

Lo scopo che, invece, si raggiungerà, all'esito di una tale determinazione, scopo del tutto estraneo alla *ratio* dell'art. 117, c. 2, lett. *m)* e, anzi, come si vedrà, potenzialmente idoneo a contrastare il superamento delle disuguaglianze, è la possibilità di procedere alla differenziazione nelle materie cd. LEP, garantendo i LEP risultanti dall'operazione di ricognizione, con la conseguenza di cristallizzare ed anzi acuire le disuguaglianze attuali[47].

Su tale questione si ritornerà avanti per ulteriori considerazioni critiche relative anche a modifiche della disciplina dei LEP nel d.d.l. che in parte sostituiscono in parte ripropongono, con integrazioni, le disposizioni ora richiamate.

La concreta determinazione dei LEP, nello svolgimento del processo attuativo, è affidata ad un Comitato di esperti, il c.d. Comitato per la determinazione dei LEP (d'ora in poi CLEP), nominato con d.P.C.m del 23 marzo 2023 e composto originariamente da 61 componenti, 11 dei quali si sono, in seguito, dimessi con nomina di ulteriori 6[48].

Tra le ragioni delle dimissioni di autorevoli componenti del CLEP, si annovera, appunto, la natura meramente ricognitiva del compito affidato alla Cabina di regia, poi al Comitato, di individuare i LEP, cui subordinare il trasferimento di funzioni, soltanto se già esistenti nella normativa, che equivarrebbe

semplificazione normativa, il Ministro dell'economia e delle finanze, i Ministri competenti per le materie di cui all'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, il presidente dell'Unione delle province d'Italia e il Presidente dell'Associazione nazionale dei comuni italiani, o loro delegati (art. 1, c. 792, l. n. 197/2022).

[47] Sulle conseguenze della determinazione dei LEP finalizzata alla differenziazione anziché alla garanzia dei diritti sia consentito rinviare a D. Mone, *Il modello di autonomia differenziata*, cit., soprattutto 101 ss.

[48] Comitato tecnico scientifico con funzioni istruttorie per l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni, Rapporto finale, disponibile in *affariregionali.it*, 4.

a consentire una differenziazione svincolata dalla garanzia di rimozione delle disuguaglianze[49].

Alla base della fuoriuscita ci sarebbero ulteriori criticità, tutte pienamente condivisibili: *in primis*, la subordinazione del trasferimento alla determinazione dei LEP soltanto nelle materie oggetto dell'art. 116, c. 3, Cost.[50], con la conseguenza di definire il fabbisogno per la loro copertura rispetto ad una necessità inferiore a quella reale, lasciando le funzioni collegate alle materie non trasferite, ma in cui comunque vanno assicurati i LEP per disposto costituzionale (non solo quelle *ex* art. 116, c. 3, Cost., ma anche quelle statali e residuali), prive di copertura. Dal momento che le risorse per la garanzia dei LEP vengono trasferite con le relative materie e, in un primo tempo, addirittura, stanziate soltanto a favore delle Regioni richiedenti il trasferimento (previsione quest'ultima superata dal passaggio in aula al Senato del testo, il 23 gennaio 2024[51]), l'esito non può che essere quello paventato.

[49] Lettera di Giuliano Amato, Franco Bassanini, Franco Gallo, Alessandro Pajno al Ministro Calderoli e al Presidente Cassese concernente le motivazioni delle dimissioni dei firmatari dal Comitato tecnico per la determinazione dei Livelli Essenziali delle Prestazioni e l'incostituzionalità di alcune disposizioni della Legge di bilancio per il 2023 in tema di attuazione della autonomia regionale differenziata, Roma 26 giugno 2023, disponibile in *astrid-online.it*

[50] Nella lettera sopra richiamata, 2, si legge: «Nel *paper* di *Astrid*, che tu ben conosci, abbiano esposto le ragioni per le quali riteniamo che questa disposizione della legge di bilancio interpreti correttamente il dettato costituzionale, quale si ricava dagli artt. 116, c. 3, 117, c. 2, lett. *m)*, e 119 della Costituzione. E che questo comporti inevitabilmente, prima della attribuzione di nuovi specifici compiti e funzioni ad alcune Regioni con le corrispondenti risorse finanziarie, la determinazione di tutti i LEP attinenti all'esercizio di diritti civili e sociali e la definizione del loro finanziamento, secondo i principi e le procedure dell'art. 119 della Costituzione. Essendo le risorse disponibili determinate dai vincoli di bilancio (imposti dall'art. 81 della Costituzione), è evidente che la determinazione dei LEP richiederà una valutazione complessiva dei LEP che il Paese è effettivamente in grado di finanziare, valutazione che non può essere fatta materia per materia, perché ci si troverebbe alla fine nella condizione di non potere finanziare i LEP necessari ad assicurare l'esercizio dei diritti civili e sociali nelle materie lasciate per ultime».

[51] Invero, con il passaggio in Senato, il testo viene emendato subordinando chiaramente il trasferimento delle funzioni all'entrata in vigore dei provvedimenti legislativi di stanziamento delle maggiori risorse finanziarie necessarie a coprire eventuali maggiori o nuovi oneri a carico della finanza pubblica derivante dalla determinazione dei LEP anche a favore delle Regioni non differenziande, ma il trasferimento delle funzioni e delle risorse relative alle materie in cui i LEP non determinano nuovi o maggiori oneri è subordinato semplicemente alla determinazione dei medesimi Lep e dei relative costi e fabbisogni standard, nei limiti delle risorse rese disponibili nella legge di bilancio. Nulla si dice circa la necessità di calcolare tali Lep e costi e fabbisogni anche con riferimento alle Regioni non differenziande né tanto meno circa le risorse eventualmente da stanziare per soddisfare anche questi. In tal senso va notato come il procedimento di determinazione previsto dal ddl, all'art. 3, c. 2, riduce il ruolo della Conferenza unificata, ove sono rappresentati anche gli enti non richiedenti la differenziazione, rispetto al procedimento delineato dalla legge di bilancio che prevede l'acquisizione dell'intesa sugli sche-

Problemi di copertura, e quindi di risorse finanziarie, emergono anche con riferimento all'immediato trasferimento di materie cd. NON LEP, insieme alle risorse, dal momento che le prestazioni ad esse riferibili dovranno essere immediatamente finanziate, senza alcuna contezza, tuttavia, circa le risorse necessarie a coprire le prestazioni delle materie LEP (tutte le materie in cui i LEP devono essere determinati) e ad attuare la perequazione ai sensi dell'art. 119, c. 3 e c. 5[52]. È del tutto probabile che queste ultime risultino, poi, prive di copertura.

Riguardo il rapporto fra determinazione dei LEP e delle risorse, sembrano opportune una riflessione di carattere generale e, come sopra accennato, una precisazione con riferimento alla modifica della normativa di cui alla legge di bilancio per il 2023 per effetto del ddl.

La riflessione di carattere generale attiene alla *ratio* della determinazione dei LEP nella nostra Costituzione. Nel 2001 il Legislatore costituzionale ha previsto tale competenza legislativa esclusiva statale con riferimento a qualunque prestazione concernente i diritti civili e sociali, prestazioni, cioè, riconducibili tanto alla competenza esclusiva statale quanto a quelle concorrente Stato-Regioni o residuale. La *ratio* è quella di conciliare unità, autonomia e vincoli finanziari: assicurare un livello essenziale uguale di prestazioni connesse a diritti civili e sociali, sull'intero territorio nazionale[53].

mi dei d.P.C.m anziché il parere sugli schemi di d. lgs. Anche alle Commissioni competenti per materia e per i profili finanziari è richiesto soltanto un parere che, peraltro, può essere disatteso, che non è contemplato dalla procedura di cui alla legge di bilancio.

Per G. Arachi, *Audizione,* cit., 8, «[…] è probabile che, come nel caso degli Enti locali, anche per le RSO l'individuazione dei LEP richieda un riequilibrio delle prestazioni fra territori da finanziare con nuove risorse. È dunque opportuno che il federalismo simmetrico proceda insieme a quello asimmetrico per consentire una valutazione complessiva delle esigenze finanziarie collegate ai due ambiti". Il Consigliere dell'UPB inoltre denuncia il rischio di rallentamento dell'attuazione della riforma del finanziamento delle Regioni a statuto ordinario (RSO) inserita come abilitante nel Piano di ripresa e resilienza (PNRR) e da completare entro il primo trimestre del 2026. La riforma, già prevista dal D. lgs. 68/2011, è rimasta inattuata anche per l'assenza dei LEP e dei relativi fabbisogni, che rappresentano un cardine dei meccanismi perequativi». E inoltre, sarebbe altresì opportuno un percorso parallelo fra determinazione dei LEP su materie da differenziare e su materie non oggetto della differenziazione perché già di competenza regionale, «data la complementarietà fra le prestazioni attualmente erogate dallo Stato che rientrano fra le materie del terzo comma dell'articolo 116 della Costituzione e quelle già di competenza regionale come, ad esempio, nei casi delle politiche attive del lavoro e della formazione in relazione all'assistenza sociale e delle norme generali sull'istruzione in relazione all'istruzione».

[52] L. Castelli, *I nodi pendenti*, cit., 846.

[53] Per G. Arachi, *Audizione*, cit., 5, «Ai LEP spetta il ruolo di coniugare l'autonomia finanziaria degli Enti territoriali con la garanzia di accesso a prestazioni uniformi sul territorio da parte dei cittadini" ed essi "rappresentano un elemento essenziale per l'applicazione dei principi del Titolo V della Costituzione».

Una volta determinati i LEP, infatti, come sancito dalla giurisprudenza costituzionale[54], maturano in capo ai cittadini, sull'intero territorio nazionale, diritti esigibili nei confronti del soggetto pubblico e, in ultima istanza, dello Stato che ne è responsabile quando la Regione non li garantisce[55].

La subordinazione alla determinazione dei LEP del trasferimento di materie *ex* art. 116, c. 3, Cost. dallo Stato alle Regioni richiedenti non è prevista da tale norma costituzionale.

In dottrina, è stata evidenziata la natura politica della scelta operata nel ddl Calderoli[56]. Invero, tenuto conto del richiamo espresso dell'art. 116, c. 3 Cost., all'art. 119 Cost. e della giurisprudenza costituzionale sull'art. 119 Cost. che ne lega l'attuazione espressamente al rispetto dell'art. 117, c. 2, lett. *m)*[57] nonché

[54] Si v. ad es. Corte cost., sent. 23 luglio 2021, n. 168 e Corte cost., sent. 6 ottobre-26 novembre 2021, n. 220. Nella prospettiva del testo, G. Rivosecchi, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, in *Annuario AIC*, 2018, 270 ed Id., *L'autonomia finanziaria regionale e il regionalismo differenziato*, in *Bilancio Comunità Persona*, 2, 2019, 24 dove l'A. chiarisce che l'art. 117, c. 2, lett. *m*, Cost., non è soltanto norma di ripartizione delle competenze fra Stato e Regioni ma costituisce «garanzia delle situazioni giuridiche soggettive azionabili davanti al giudice come pretese nei confronti dei pubblici e privati poteri, in relazione alle scelte del legislatore sulle prestazioni esigibili».

[55] *Ibidem*

[56] V. ad es. A. Morrone, *Differenziare le regioni*, cit., 9 ss dattiloscritto. Nello stesso senso G. Rivosecchi, *Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia e norme costituzionali sulla finanza territoriale (art. 119 Cost.),* in *Nuove Autonomie*, (in corso di pubblicazione), 1, 2024, 4-12 dattiloscritto.

[57] La mancata determinazione dei LEP rappresenta per il Giudice costituzionale un ostacolo «alla piena attuazione dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali», oltre che «al pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni inerenti ai diritti sociali» (sentenza n. 220 del 2021. La stessa legge n. 42 del 2009 collega l'attuazione dell'art. 119 Cost. alla determinazione dei LEP, in più punti: ad es., art. 2, c. 2, lett. *z)*; art. 9, c. 1, lett. *d*). Parlano, in proposito, di processo di trasferimento di funzioni di cui all'art. 116, c. 3, Cost., «in sintonia con la Costituzione», se ancorato al rispetto dei LEP, ritenuto un «punto di passaggio» «obbligato» per un «armonico sviluppo del modello», E. Balboni, C. Buzzacchi, *Autonomia differenziata: più problemi che certezze,* in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2023, 47-48. In senso contrario, rispetto alla pregiudizialità della determinazione dei LEP all'attuazione della differenziazione, A. Morrone, *Differenziare le regioni*, cit., 9 ss. dattiloscritto. L'A., invece, concorda sulla pregiudizialità alla sua implementazione dell'attuazione della costituzione finanziaria (230). Analogamente G. Rivosecchi, *Ulteriori forme e condizioni particolari,* cit., 3-12 dattiloscritto, che a proposito della determinazione dei LEP precisa che essa «costituisce premessa necessaria per assicurare l'effettiva rispondenza ai richiamati limiti «di sistema» delle proposte di attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost., sebbene debba essere ricordato che la determinazione dei LEP non è da ritenersi costituzionalmente necessaria né in assoluto, trattandosi di atto di indirizzo politico con cui lo Stato fissa la soglia di eguaglianza necessaria in ordine alle prestazioni da erogare sull'intero territorio della Repubblica, la spesa per le quali – quella sì – una volta fissati i LEP diventa costituzionalmente necessaria, né quale condizione costituzionalmente prevista ai fini dell'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. negli ambiti materiali non «intercettati» dalla determinazione

della definizione di LEP da parte del giudice supremo[58], la subordinazione del trasferimento alla garanzia, previa determinazione, dei LEP, appare un presupposto giuridico[59].

Ma a prescindere da tale premessa, il punto centrale è che nel ddl Calderoli è espressamente prevista tale condizione.

La determinazione e garanzia dei LEP, che nel d.d.l. è, dunque, presupposto necessario della differenziazione, non può, però, pregiudicare la garanzia dei LEP in tutte le altre materie e per tutte le altre Regioni in cui la Costituzione

dei LEP stessi. Sulla necessità che il regionalismo differenziato non preceda ma proceda «sullo stesso binario del fisco regionale» come semplice «aggiustamento al margine al sistema di finanziamento delle Regioni», v. F. Cerniglia, *L'autonomia differenziata, i profili finanziari*, cit., 94.

[58] V. per tutte, Corte cost., n. 220 del 2021, ove il giudice sancisce che i LEP «indicano la soglia di spesa costituzionalmente necessaria per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale, nonché «il nucleo invalicabile di garanzie minime» per rendere effettivi tali diritti», che «una volta identificato con norme non può essere finanziariamente condizionato» (sentenza n. 142 del 2021), richiamate da G. Arachi, *Audizione*, cit., 8-9. È chiaro come, rispettare i principi di cui al 119, Cost., c. 4, tra cui quello dell'integrale copertura delle funzioni delle autonomie e dello Stato, attraverso le risorse indicate ai commi precedenti, implica garantire i LEP tanto nelle Regioni differenziate quanto nelle Regioni che non si differenziano. Ancora in tal senso, G. Arachi, 26, dove nel riferirsi alla sentenza 220 della Corte costituzionale, ricorda che ivi il giudice costituzionale ritiene che «i LEP costituiscono la base per calcolare la spesa per erogare le prestazioni sociali di carattere fondamentale, il cui finanziamento deve essere garantito sulla base dell'articolo 119 della Costituzione». Del resto, il giudice costituzionale, nella sentenza n. 220 considera la mancata definizione dei LEP «un ostacolo [non solo] alla piena attuazione dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali», autonomia finanziaria che indubitabilmente è un principio di cui all'art. 119 Cost. che l'art. 116, c. 3, Cost. chiede espressamente di rispettare per attuare l'autonomia differenziata.

[59] In tal senso L. Chieffi, *I persistenti dubbi di conformità a Costituzione del d.d.l. recante «disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della costituzione» (atto camera n. 1665, già approvato in prima lettura dal senato della repubblica il 23 gennaio 2024,* Testo dell'audizione svolta il 4 marzo 2024 presso la Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati nell'ambito dell'esame, in referente, del disegno di legge C. 1665 Governo, approvato dal Senato, recante «Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione», disponibile in *Dir. pubbl. eur. Rassegna online,* 1, 2024, 310: «Un possibile approfondimento delle autonomie territoriali, come previsto dall'ultimo comma dell'art. 116 Cost., che non voglia rappresentare una deroga ai principi contenuti nella Parte Prima di questo testo normativo non potrebbe, in alcun modo, trascurare lo svolgimento di una significativa azione di riequilibrio (sull'esempio di quanto avvenuto in Germania dopo la caduta del muro di Berlino) resa possibile proprio dalla garanzia di uniformi livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, c. 2, lett. *m)*, Cost.) e dallo svolgimento da parte dello Stato di significativi interventi perequativi (anche di tipo infrastrutturale) a favore dei territori con minore capacità fiscale per abitante (art. 119, c. 3, Cost.)».

la prevede *ex* art. 117, c. 2, lett. *m)*, all'unico scopo di assicurare diritti civili e sociali dei cittadini, rispetto ad un certo livello, su tutto il territorio nazionale[60].

Da tale banale e logica constatazione, considerati gli effetti del ddl Caderoli finora illustrati, deriva l'illegittimità della subordinazione del trasferimento alla determinazione dei LEP limitata alle sole materie ricomprese nell'art. 116, c. 3, Cost., oltretutto solo se «arbitrariamente» ritenute collegabili a prestazioni relative a diritti civili e sociali[61].

In altri termini, va detto che la determinazione dei LEP disciplinata dalla normativa *de qua*, paradossalmente, mette a rischio i diritti dei cittadini italiani laddove in Costituzione essa è finalizzata esclusivamente alla loro garanzia ed è, nei fatti, finalizzata solo a dare un apparente volto solidale alla differenziazione[62].

Chiarita, pertanto, l'ottica nella quale andrebbe collocata la determinazione dei LEP seppure legata all'autonomia differenziata ed evitando di confondere il fine con il mezzo, tenuto conto che l'autonomia, anche quella differenziata, è funzionale ai diritti e la determinazione e garanzia dei LEP un passaggio necessario in tale direzione[63], un aspetto insidioso del ddl sotto tale

[60] D. Mone, *Il modello di autonomia differenziata*, cit., 102.

[61] Come si vedrà avanti, il ddl distingue fra materie riconducibili ai LEP e materie non riconducibili ai LEP, in modo del tutto discrezionale, senza ancorare, cioè, tale decisione ad alcun parametro o criterio.

[62] L. Violini, *Livelli essenziali e regionalismo differenziato*, cit., 7, chiaramente, in tale senso: «Per un giudizio equilibrato e non fazioso, è opportuno non sottovalutare il contesto in cui il lavoro del Comitato si è inserito, concernente non tanto i problemi del *welfare* – che pure è inevitabilmente sotteso alla discussione sui livelli essenziali – quanto il tema della differenziazione: il senso del lavoro richiesto era, infatti, di procedere alla ricognizione della legislazione relativa a tutti quei livelli essenziali facenti capo alle materie ex art. 116, c. 3, Cost. in funzione dell'attuazione del regionalismo differenziato". L'A., a pagina 10, tuttavia, evidenziando il nesso fra attività della Cabina di regia nella determinazione dei LEP e l. n. 42/2009, unitamente al d. lgs. n. 68/2011, parzialmente inattuato, e ribadendo che la ripresa del percorso di attuazione del federalismo fiscale è finalizzata a rimanere circoscritta solo ad alcune materie collegate all'art. 116, c. 3, Cost., ritiene necessario a questo punto "creare le condizioni per ricongiungere i due processi, anche per dar ragione a coloro che hanno visto nella attuazione di quest'ultima norma costituzionale una eccellente occasione per ripensare al nostro regionalismo nel suo insieme, aprendo a sperimentazioni che però dovrebbero tornare a vantaggio di tutti».

[63] In tal senso il ddl Calderoli in sede di individuazione, all'art. 1, delle sue finalità, che sono purtroppo disattese dalle disposizioni successive. Sul punto C. Tubertini, *Alle soglie dell'autonomia regionale differenziata: i capisaldi dell'unità nazionale* in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2023, 452 vede nella enunciazione delle finalità «una forte enfasi sul principio di unità nazionale» rilevando, sembra in modo critico, che l'obiettivo della garanzia dei LEP su tutto il territorio nazionale, «risulta, addirittura, non più solo una condizione preliminare al riconoscimento dell'autonomia differenziata, e quindi limite all'eventuale trattamento «di maggior favore» concesso – specie sul piano finanziario – alle Regioni «differenziate» (art. 3), ma addirittura una delle finalità della procedura ex art. 116, c. 3, che dovrebbe, per l'appunto, secondo il nuovo testo

profilo – venendo alla precisazione sopra preannunciata – è la scelta, dopo il suo passaggio in Commissione Affari costituzionali, al Senato, di subordinare la differenziazione alla predeterminazione dei LEP ma operando la distinzione fra materie LEP e non LEP[64] e, poi, nelle materie LEP, fra prestazioni per le quali ricorrerebbe l'obbligo di determinare il LEP e prestazioni per le quali tale obbligo non sussisterebbe, senza ancorare tale distinzione ad alcun criterio predefinito[65]. Tali distinzioni da cui dipende, in sostanza, la natura solidale o competitiva della differenziazione, non sono guidate da alcun criterio idoneo a conformarle all'art. 117, c. 2, lett. *m)*, Cost. Ciò tanto quando la scelta è operata direttamente dal Legislatore (art. 3, c. 3, d.d.l.), tanto quando è affidata al Presidente del Consiglio dei ministri, con suo decreto, ma, di fatto, alla Cabina di regia (art. 1, c. 792, l. n. 197/2022) (*rectius* al Comitato per la determinazione dei LEP), o al Commissario, (ex art. 1, c. 797, l. n. 197/2022).

La Costituzione, rigida, quindi vincolante nei confronti dello stesso Parlamento, a questo, in effetti, non assegna il compito di valutare ove determinare i LEP ma stabilisce che quando le prestazioni concernono diritti civili e sociali, il LEP deve essere determinato dal Parlamento.

L'operazione del ddl Calderoli di affidare al Parlamento la discrezionalità di scegliere dove si determinano e, perciò, si garantiscono i LEP, è espressione di un percorso inverso rispetto a quello sotteso in Costituzione e, quindi, il suo risultato non è quello di garantire i LEP, ossia i diritti ma solo i LEP di alcuni diritti civili e sociali, su tutto il territorio nazionale, lasciando potenzialmente disattesi altri diritti o lasciando diritti disattesi in alcune zone del Paese.

del disegno di legge, anche «rimuovere discriminazioni e disparità di accesso ai servizi essenziali sul territorio» (art. 1). A. Iacoviello, *Autonomia regionale e unità giuridica ed economica delle Repubblica: i limiti costituzionali per l'attuazione dell'articolo 116, comma 3, della Costituzione*, in *Italian Papers On Federalism* 2, 2023, non rinvenendo nei lavori preparatori una risposta alla domanda sulle finalità della differenziazione ex art. 116, c. 3, Cost., le riconduce a quella dell'autonomia in generale, per cui «Così inteso il regionalismo asimmetrico diviene una possibilità di evoluzione del modello delineato dal legislatore costituzionale, nei limiti della neutralità dei possibili riflessi della maggiore autonomia riconosciuta ad alcune Regioni rispetto alle altre».

[64] Compito che la legge di bilancio per il 2023, all'art. 1, c. 793, lett. *c)*, affida addirittura alla Cabina di regia.

[65] Sul punto, G. M. Flick, *Autonomia differenziata delle Regioni: perplessità e interrogative*, in *federalismi.it*, 17 aprile 2024, 6. S. Staiano, *Salvare il regionalismo differenziato*, cit., 992: «Soprattutto, in assenza di premesse metodologiche, si mostra del tutto priva di fondamento dimostrativo la distinzione tra funzioni Lep e funzioni non-Lep, queste ultime suscettibili, per la loro stessa natura, di devoluzione immediata, senza attendere la definizione previa dei Lep (art. 4, c. 2, d.d.l. 1665): tanto si ricava anche dalla nota inviata il 30 ottobre 2023 al Presidente del Clep dai componenti del Sottogruppo 5, e sottoscritta da altri componenti del Clep, della quale non si è ritenuto di dare conto nel Documento finale».

Una tale discrezionalità caratterizza anche la legge n. 42 del 2009. Essa, tuttavia opta per una tale soluzione in attuazione di un approccio graduale per il passaggio del sistema dalla spesa storica ai costi e fabbisogni standard (art. 2, c. 2, lett. *m)*): «superamento graduale, per tutti i livelli istituzionali, del criterio della spesa storica […]»)[66] ma, soprattutto, non connette la determinazione dei LEP alla differenziazione.

Nel caso del ddl, dal momento che il trasferimento delle materie LEP implica l'impegno di determinate risorse per garantire i corrispondenti LEP che, di conseguenza, risultano sottratte alla copertura delle materie LEP di competenza esclusiva statale o residuale (per le quali la determinazione dei LEP non è prevista dal ddl ma è prevista, tuttavia, dall'art. 117, c. 2, lett. *m*) e, dal momento che le materie che si ritengono, opinabilmente, non LEP, passano, con tutte le risorse[67], immediatamente, alle competenze residuali regionali senza che ne sia prevista alcuna garanzia neppure essenziale delle relative prestazioni, determina uno spostamento di risorse e, quindi, di garanzia di diritti a favore della popolazione di determinate Regioni, a danno della popolazione di altre[68].

[66] G. Arachi, *Audizione*, cit., 9, infatti, chiarisce che una problematica rilevante nella determinazione dei Lep è rappresentata «dalla questione distributiva che emerge nel momento in cui si intendono stabilire livelli uniformi di prestazioni sull'intero territorio nazionale in un paese caratterizzato da consistenti divari territoriali, in presenza di un vincolo di bilancio stringente. Una volta qualificate talune prestazioni come livello essenziale, si pone la necessità di finanziarne ed assicurarne l'erogazione su tutto il territorio nazionale, anche nelle aree più sguarnite. Di fronte a queste problematicità la legge delega in materia di federalismo fiscale ha adottato un approccio graduale stabilendo che, fino alla determinazione per legge, sono considerati LEP quelli già fissati in base alla legislazione statale, prevedendo la definizione di obiettivi di servizio cui devono tendere le Amministrazioni regionali e locali nell'esercizio delle funzioni riconducibili ai livelli essenziali delle prestazioni o alle funzioni fondamentali e delineando un percorso di progressivo avvicinamento di tali obiettivi ai LEP, nonché di convergenza dei costi e dei fabbisogni standard dei vari livelli di governo».

[67] S. Piperno, *Soluzioni diverse per il finanziamento dell'autonomia differenziata: le ambiguità del disegno di legge Calderoli*, in *il Piemonte delle Autonomie*, 4, rileva che per le materie non LEP non sono indicate «modalità da seguire per valutar[n]e il «costo storico»» in ciascuna Regione, dal momento che a differenza che per quelle riferibili alle materie LEP, non è esplicitamente previsto il parametro dei costi e fabbisogni *standard*.

[68] S. Staiano, *Salvare il regionalismo differenziato,* cit., 992-993: «È perciò irragionevole e fonte potenziale di sperequazioni non rimediabili la richiamata diversità di regime quanto alla devoluzione tra funzioni Lep e funzioni non-Lep: è altamente consigliabile che la delega contenuta nell'art. 3 d.d.l. 1665 sia estesa anche alla definizione di tale demarcazione, integrando i princìpi e criteri direttivi con la determinazione dei criteri operativi necessari a determinare i Lep. Per la fase intermedia, occorrerà stabilire che nessuna devoluzione sarà possibile, non solo se non sarà stata definita la demarcazione in discorso, ma anche se non saranno stati definiti i Lep, rifuggendo la logica delle due fasi, poiché, in tutta evidenza, il trasferimento immediato di funzioni non-Lep comporterebbe un assorbimento irreversibile di risorse rendendo definitivo il divario, così compromettendo la conformità dell'intero processo all'art. 119, c. 3, Cost.».

Il rischio di trasferire materie e risorse senza garantire necessariamente diritti civili e sociali, neppure ad un livello essenziale, ricorre, peraltro, anche con riferimento alle materie LEP, perché, nell'ambito di esse, la determinazione dei LEP è in concreto affidata a scelte libere (se non arbitrarie) del Governo, se operata con d. lgs., vista la sostanziale inesistenza di principi e criteri direttivi[69], o del Presidente del Consiglio, *rectius* della Cabina di regia (e quindi del Clep) o del Commissario, se operate con d.P.C.m., ai sensi della legge di bilancio per il 2023.

Ciò non garantisce affatto, ovviamente, che siano determinati LEP a garanzia dei diritti. Allo stato, anzi, la determinazione dei LEP appare orientata al criterio del risparmio di risorse e finalizzata piuttosto a consentire la differenziazione nel rispetto del principio di invarianza e, quindi, il trasferimento di risorse[70].

4. *Gli effetti del principio di invarianza sulla garanzia dei diritti, nell'ipotesi della differenziazione*

Quanto a quest'ultimo centrale punto, va precisato che al trasferimento delle materie corrisponderà un trasferimento di risorse che saranno trattenute sui territori regionali differenziati, per effetto del meccanismo della compartecipazione al gettito di tributi erariali maturato nel territorio regionale, ai sensi dell'art. 5, c. 2, del d.d.l. Ciò inciderà, presumibilmente, sulla capacità dello Stato[71] di coprire non solo le funzioni di competenza esclusiva statale e quelle

[69] Il ddl, all'art. 3, c. 1, prevede per la determinazione dei LEP l'approvazione, entro 24 mesi dalla sua entrata in vigore, di uno o più decreti legislativi, «sulla base dei principi e criteri direttivi di cui all'articolo 1, commi da 791 a 801-*bis*, della legge 29 dicembre 2022, n. 197. Al riguardo, non si può non rilevare che i principi e criteri direttivi cui il ddl rinvia non esistono, dal momento che la legge di bilancio precedente il ddl che ne riconosce natura di legge delega non ne fissa ma stabilisce una procedura» (Sul punto G. De Minico, *Occorre stare attenti alle tre illusioni del disegno Calderoli* in *Il Sole 24 Ore*, 13 dicembre 2023).

[70] V. Tondi della Mura, *I LEP sulle montagne russe*, cit., 9 ss. e soprattutto, 23-26, che dà conto «dell'orientamento perseguito, progressivamente raffinato e infine solo apparentemente dismesso nel testo finale» (23) nell'ambito della fase preparatoria dei lavori del Clep da cui non risulta certo come obiettivo principale quello di garantire il soddisfacimento dei diritti nel rispetto e nei limiti del sistema costituzionale (26).

[71] L. Castelli, *I nodi pendenti dell'attuazione*, cit., 847: «Il finanziamento delle funzioni aggiuntive, come noto, avviene attraverso il meccanismo della compartecipazione al gettito di uno o più tributi erariali maturato sul territorio. Ne deriva che se la spesa per la funzione trasferita fosse maggiore rispetto al gettito compartecipato dovrebbe essere per forza di cose lo Stato ad intervenire versando le risorse mancanti. Le quali – qui sta il punto – potrebbero anche essere sottratte alla redistribuzione nei confronti di altre Regioni provocando inevitabili effetti sperequativi, a dispetto dell'esplicito divieto contenuto nel disegno di legge». Sul punto, da ultimo, G. Rivosecchi, *Ulteriori forme e condizioni particolari,* cit., 13-14 dattiloscritto.

da continuare ad esercitare sui territori in cui le Regioni non hanno chiesto la differenziazione (in cui, si ribadisce, comunque vanno determinati i LEP)[72] oltre che i LEP nelle materie di competenza residuale regionale (neanch'essi determinati), ma anche di garantire la funzione perequativa finalizzata a finanziare integralmente le funzioni dei territori con minore capacità fiscale per abitante, ai sensi dell'art. 119, c. 3, Cost. e a colmare le asimmetrie infrastrutturali, ai sensi dell'art. 119 Cost., c. 5[73].

In tale prospettiva, peraltro, dispone lo stesso d.d.l. che, all'art. 10, individua «Misure perequative e di promozione dello sviluppo economico, della coesione e della solidarietà sociale», «Al fine di garantire l'unità nazionale, nonché la promozione dello sviluppo economico, della coesione e della solidarietà sociale, dell'insularità, della rimozione degli squilibri economici e sociali e del perseguimento delle ulteriori finalità di cui all'articolo 119, quinto e sesto comma, della Costituzione, anche nei territori delle Regioni che non concludono le intese […]» (art. 10, c. 1 e 2, d.d.l)[74].

La scelta del meccanismo di compartecipazione per il finanziamento delle funzioni trasferite, tanto quelle riconducibili alle materie LEP che quelle NON LEP[75] (art. 5, d.d.l, c. 2), è incoerente anche rispetto al fine dichiarato all'art. 1 del d.d.l di responsabilizzare le istituzioni locali, oltre che rischioso per la tutela dei diritti sui territori non differenziati[76]. Va evidenziato che, fra le di-

[72] In tal senso le preoccupazioni espresse da C. Tubertini, *Alle soglie dell'autonomia regionale differenziata,* cit.,454-455: «Se è vero, infatti, che il trasferimento delle funzioni, con le relative risorse umane, strumentali e finanziarie, concernenti materie o ambiti di materie riferibili ai LEP può essere effettuato, secondo le modalità e le procedure di quantificazione individuate dalle singole intese, soltanto dopo la determinazione dei medesimi LEP e dei relativi costi e fabbisogni standard, l'insieme delle disposizioni sembra anzitutto orientata in termini di garanzia a favore delle Regioni che otterranno l'autonomia differenziata, affinché non siano chiamate a erogare prestazioni essenziali con risorse insufficienti. Manca, infatti, un impegno generale del legislatore ad adeguare gli stanziamenti necessari per i LEP, da qualunque amministrazione siano al momento prestati, e non solo nelle materie oggetto delle intese, ma in tutte le materie».

[73] L. Castelli, *I nodi pendenti dell'attuazione*, cit., 846: «E, tuttavia, oltre a reperire le risorse per finanziare i LEP, devono anche essere individuate quelle da accantonare nel fondo perequativo per assicurare il finanziamento integrale delle funzioni attribuite ai territori con minore capacità fiscale (art. 119, c. 3.), per non dire delle risorse che servono a finanziare gli ulteriori interventi perequativi speciali di cui al quinto comma dell'art. 119. Viene pertanto da chiedersi come sia possibile finanziare immediatamente le prestazioni nelle materie non riferibili ai LEP se prima non si ha un quadro chiaro dei vincoli che derivano al bilancio dello Stato tanto dal finanziamento dei LEP, quanto da quello delle misure di perequazione previste dall'art. 119".

[74] Per considerazioni critiche su tali aspetti v. F. Pallante, *Attacco al Sud, complice la destra «meridionalista»*, in *Il manifesto*, 11 maggio 2024.

[75] S. Piperno, *Soluzioni diverse,* cit., 5.

[76] Sul punto si rinvia a F. Cerniglia, *L'autonomia differenziata, i profili finanziari*, cit., 94, che chiarisce come grazie a questo meccanismo, la politica regionale «si assicura un trasferi-

verse modalità di finanziamento delle funzioni trasferite previste dall'art. 119 Cost., si è optato per la compartecipazione al gettito dei tributi erariali maturato nel territorio regionale che non è che un trasferimento statale mascherato, nuocendo all'autonomia perché non dipendente esclusivamente dalle scelte regionali[77]. Tale scelta è, inoltre, rischiosa, in termini di tutela di diritti nelle Regioni non differenziate, dal momento che da un lato è complesso quantificare l'ammontare di risorse corrispondente al costo delle funzioni da trasferire[78], dall'altro, risulta complicato modificare l'aliquota in base agli andamenti del ciclo economico, come pur previsto migliorando il testo in sede di approvazione del d.d.l. in aula al Senato. Si tratta, infatti, di una previsione difficilmente

mento certo, poco o tanto che sia, dal governo centrale imbellettato con un'aliquota di compartecipazione» senza assumersi alcuna «responsabilità finanziaria». In effetti, l'A., intravede nel meccanismo delineato dal ddl la base di uno «scaricabarile fra Stato, Regioni, Europa». «Se poi, nei prossimi anni, il governo dovesse essere obbligato a ridurre le risorse, rivedendo i fabbisogni e dunque riducendo l'aliquota di compartecipazione, le regioni potranno sempre dare la colpa allo Stato che non finanzia i LEP. Il governo centrale potrà dare la colpa all'Europa e ai suoi vincoli di finanza pubblica».

[77] In senso critico sul ricorso alla modalità di finanziamento delle compartecipazioni A. Morrone, *Differenziare le regioni*, cit., 12 ss. dattiloscritto. Sul punto M. Bordignon, F. Neri, C. Orlando, G. Turati, *Autonomia differenziata senza autonomia fiscale? Nota dell'OCPI*, 19 gennaio 2023, in *osservatoriocpi.unicatt.it*: «Il disegno di legge del ministro Calderoli parla vagamente di "compartecipazioni a uno o più tributi erariali" come fonte di finanziamento principale delle nuove spese devolute, ma non sembra esservi coscienza dei possibili effetti distorsivi derivanti dall'attribuire forti competenze di spesa ad un ente territoriale senza introdurre allo stesso tempo meccanismi di responsabilizzazione su questa spesa» (10). Gli A., in particolare, evidenziano come negli anni Novanta, «il tema fondamentale era quello di aumentare la responsabilità finanziaria delle Regioni nei confronti della propria spesa per evitare il sorgere di disavanzi e la susseguente necessità dello Stato di assumersene l'onere aumentando il debito pubblico, una costante di quel periodo. A tal fine, il sistema di finanziamento regionale venne pesantemente riformato, riducendo radicalmente il ruolo dei trasferimenti erariali a vantaggio di tributi propri, cioè di imposte su cui le Regioni avessero la facoltà di variare almeno le aliquote. In tal modo, i governi regionali che avessero deciso di aumentare la spesa, avrebbero dovuto farlo tassando di più i propri contribuenti-elettori, inducendo così un meccanismo di responsabilizzazione sul proprio bilancio. Col tempo questa esigenza è stata dimenticata e l'autonomia tributaria regionale si è fortemente ridotta, anche perché – durante il periodo di duro aggiustamento finanziario seguito alla crisi finanziaria del 2007 e a quella del debito nel 2011-13 – la spesa regionale (e locale) è stata fortemente condizionata dal governo centrale, anche al di là di quanto previsto dall'attribuzione formale delle competenze» (2-3). Così G. Pisauro, *L'autonomia differenziata,* cit., 566 ss.

[78] Sulle difficoltà relative alla raccolta di informazioni necessarie al calcolo di risorse per il finanziamento delle funzioni LEP da trasferire alle Regioni, v. M. Bordignon, L. Rizzo, G. Turati, *Ma come si finanziano i Lep*?, in *lavoce.info*, 10 febbraio 2023 che, anche alla luce del caso del processo di definizione di fabbisogni standard per i comuni, ritengono difficile poter «liquidare la definizione dei Lep nello spazio di pochi mesi con un d.P.C.m., come proposto dal disegno di legge e dalla legge di bilancio per il 2023».

attuabile e, quindi, non risolutiva del problema del trattenimento delle risorse al di sopra del fabbisogno[79], fermo restando che «se la spesa per la funzione trasferita fosse maggiore rispetto al gettito compartecipato dovrebbe essere per forza di cose lo Stato ad intervenire versando le risorse mancanti. Le quali – qui sta il punto – potrebbero anche essere sottratte alla redistribuzione nei confronti di altre Regioni provocando inevitabili effetti sperequativi, a dispetto dell'esplicito divieto contenuto nel disegno di legge»[80].

Tali considerazioni scaturiscono dalla sostanziale immodificabilità dell'aliquota di compartecipazione. La possibilità di adeguarla «alla variazione dei fabbisogni ovvero all'andamento del gettito dei medesimi tributi, anche alla luce delle variazioni del ciclo economico», prevista dall'art. 8, c. 2, quando al ribasso, risulta, infatti, problematica su un piano politico oltre che in termini di quantificazione: difficile immaginare che si riesca a ridurla con un procedimento che coinvolge Ministro dell'economia e delle finanze, il Ministro per gli

[79] In tal senso è stato visto con preoccupazione tale sistema di finanziamento delle funzioni trasferite alle Regioni differenziate sostanzialmente costruito sul modello di quello delle Regioni a statuto speciale: «Preoccupa dunque che il ddl Calderoli sembri prefigurare un processo di finanziamento per le funzioni devolute alle Regioni del tutto analogo a quello descritto sopra per le RSS. Da quello che si capisce, il modello di finanziamento del d.d.l. prevede un processo di devoluzione in cui al tempo zero le risorse vengono attribuite al livello regionale (tramite compartecipazioni al gettito dei tributi erariali) in modo da coprire la spesa attuale dello Stato nelle funzioni delegate. Se poi le risorse delle compartecipazioni cresceranno in futuro più di quanto necessario per finanziare queste funzioni, le risorse addizionali resteranno alle Regioni; se no, tramite la Commissione paritetica prevista dal d.d.l., lo Stato interverrà comunque per finanziare le spese aggiuntive. Ma così non può evidentemente funzionare: è un chiaro *win-win* per le Regioni, ma rischia di essere un *lose-lose* per lo Stato e la restante collettività nazionale, costretti a rincorrere con extra risorse gli squilibri che così si possono generare. Non ci sembra un modello sostenibile» (Così M. Bordignon, F. Neri, L. Rizzo, R. Secomandi, *Le attuali Regioni a statuto speciale: un modello per l'autonomia differenziata?*, in *osservatoriocpi.unicatt.it*, 14 marzo 2023). In tal senso, S. Piperno, *Soluzioni diverse*, 7, che avverte che «nel tempo l'evoluzione del gettito erariale sul quale insistono le compartecipazioni, soprattutto quello riferito alle Regioni più dinamiche del Paese, potrebbe garantire risorse superiori ai fabbisogni standard di spesa riducendo conseguentemente le risorse erariali disponibili per il resto del paese per finalità perequative». In questa prospettiva anche G. Pisauro, *L'autonomia differenziata,* cit., 576 ss.

[80] L. Castelli, *I nodi*, cit., 847. In tal senso, va ancora una volta ribadita la pregiudizialità dell'attuazione dell'autonomia finanziaria regionale ai sensi dell'art. 119 Cost. (e della perequazione, tanto territoriale che strutturale) e della l. n. 42/2009 e suoi decreti attuativi, segnatamente il d. lgs. n. 68/2011, rispetto all'implementazione dell'art. 116, c. 3, Cost., nello spirito costituzionale. Se, infatti, le Regioni avessero capacità tributaria (ossia impositiva autonoma) dovrebbero coprire le spese delle funzioni trasferite superiori al gettito aumentando le tasse dei contribuenti della Regione, esponendosi al loro giudizio in occasione delle elezioni (*Ibidem*). Parlano di riluttanza delle autonomie italiane ad assumersi la «responsabilità e l'impopolarità della esazione diretta» (42) «la dimensione autentica – e la prerogativa qualificante – dei sistemi federali […]», (42-439, E. Balboni, C. Buzzacchi, *Autonomia differenziata*, cit., 42-43.

Affari e le autonomie, la Conferenza unificata, la Commissione paritetica che ha l'onere di dare inizio allo stesso, con sua proposta (art. 8, c. 2, d.d.l.). Molto probabile che le uniche variazioni possibili, appunto, saranno quelle in aumento laddove gli esecutivi, regionale e nazionale, dovessero essere espressione della stessa parte politica, considerando che le Commissioni paritetiche (art. 5, c. 1, d.d.l.) sono costituite «per lo Stato, [da]un rappresentante del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, un rappresentante del Ministro dell'economia e delle finanze e un rappresentante per ciascuna delle amministrazioni competenti e, per la Regione, [da]i corrispondenti rappresentanti regionali, oltre a un rappresentante dell'Associazione nazionale dei comuni italiani (ANCI) e un rappresentante dell'Unione delle province d'Italia (UPI)».

Si tratta, in sostanza, di contrattazioni bilaterali all'interno di Commissioni paritetiche, ciascuna separata dalle altre. Anche tale circostanza rappresenta un punto critico della disciplina: non si garantisce l'applicazione di valutazioni uniformi né alcun coordinamento delle decisioni allo scopo di rispettare i vincoli di bilancio con potenziali risvolti negativi per il Paese e, quindi, per la tutela dei diritti nei territori non differenziati[81].

Questi sono messi a rischio, ancora, per effetto della previsione del principio di invarianza ribadito in più punti del d.d.l. e sancito all'art. 9, quale principio cui la differenziazione deve essere informata al pari della garanzia dei LEP, che ne è *condicio sine qua non* e che, dunque, va effettuata a costo zero[82].

Il trasferimento delle materie è implicitamente subordinato, oltre che alla determinazione, alla copertura finanziaria dei LEP. Ciò è desumibile dalla previsione *ex* art. 1, c. 2, del ddl, secondo cui la determinazione dei LEP è effettuata nel rispetto dell'articolo 1, c. 793, lett. *d)*, della legge 29 dicembre 2022, n. 197, che stabilisce avvenga «nel rispetto dell'art. 17 della legge 31 dicembre 2009, n. 196 e, comunque, nell'ambito degli stanziamenti di bilancio a legislazione vigente, sulla base delle ipotesi tecniche formulate dalla Commissione tecnica per i fabbisogni standard […]». Se a tale previsione si aggiungono quella di cui all'art. 4, c. 1, per cui il trasferimento delle funzioni nella materie LEP può essere effettuato «nei limiti delle risorse rese disponibili nella legge di bilancio»; quella di cui all'art. 4, c. 2, secondo cui il trasferimento delle funzioni relative a materie NON LEP, può essere effettuato «nei limiti delle

[81] G. Arachi, *Audizione*, cit., 49, al riguardo ravvisa la necessità di individuare una sede istituzionale unica in cui svolgere tale attività. Rileva tale criticità altresì S. Piperno, *Soluzioni diverse*, cit., 5, per il quale la mancanza di qualsivoglia coordinamento tra le diverse intese bilaterali e orientamento per le Commissioni paritetiche si basa sulla erronea convinzione che «una operazione di questa delicatezza possa essere svolta senza un quadro di indirizzi univoci» (5).

[82] Sull'impossibilità di garantire i LEP a finanza invariata, v. E. Balboni, C. Buzzacchi, *Autonomia differenziata: più problem,* cit., 45.

risorse previste a legislazione vigente»; quella di invarianza di cui all'art. 9, c. 1, secondo cui «dall'applicazione della presente legge e di ciascuna intesa non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica» e al c. 3, secondo cui «Per le singole Regioni che non siano parte delle intese […] è garantita l'invarianza finanziaria nonché il finanziamento delle iniziative finalizzate ad attuare le previsioni di cui all'articolo 119, terzo, quinto e sesto comma, della Costituzione», risulta confermato quanto precedentemente rilevato circa la assoluta inidoneità del procedimento di determinazione dei LEP di cui al d.d.l. e alla legge di bilancio, ai fini della rimozione delle disuguaglianze. Non potrà essere cioè assicurata la tutela dei diritti ad un livello essenziale omogeneo sull'intero territorio nazionale, dato che nessuna risorsa aggiuntiva può essere prevista, almeno in una prima fase di determinazione dei LEP, per la loro garanzia[83].

[83] G. Trovati, *Rischio costi e caos sulle procedure: dall'Autorità sui conti alert autonomia*, *Il Sole 24 Ore*, 2 febbraio 2024, riporta tali preoccupazioni espresse nel corso della citata Audizione dell'UPB, del 1° febbraio 2024. In particolare in essa si legge, 5 e 6: «In un contesto in cui le prestazioni degli Enti territoriali sono storicamente differenziate sul territorio, l'introduzione di LEP che implichino l'aumento delle prestazioni nelle realtà più deficitarie richiederà necessariamente il reperimento di risorse che, dati i vincoli di bilancio, potrà avvenire attraverso una redistribuzione di quelle esistenti fra gli Enti interessati attraverso i meccanismi perequativi, oppure con tagli alla spesa delle Amministrazioni centrali o, infine, con aumenti della pressione fiscali. Per questo motivo l'introduzione di nuovi LEP è stata generalmente associata allo stanziamento di apposite risorse principalmente destinate agli Enti che necessitano di potenziare i propri servizi e prevedendo un percorso di graduale convergenza». In merito a tale considerazione interessanti le parole di A. Poggi, *Il regionalismo differenziato nella "forma" del d.d.l Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, *Editoriale*, in *federalismi.it*, 7 febbraio 2024, 7, circa le ragioni della scelta di individuare i LEP a legislazione vigente: «evidentemente motivate dal vincolo dell'invarianza dei saldi di bilancio, è tuttavia, una opzione discutibile, ma era l'unica possibile per far partire il percorso e per garantirsi inizialmente la copertura (teorica) dei LEP. Se, infatti, – questo è stato il ragionamento – vi sono leggi che prevedono LEP, dato il vincolo dell'art. 81 Cost, la Ragioneria centrale dello Stato deve aver vigilato sulla copertura e, dunque, essi sono «già» coperti. Allo stesso modo è evidente che la mera ricognizione costituisce un opzione dell'«essere» e non del «dover essere», poiché quelle leggi non sono state adottate con la finalità di individuare dei LEP associati al percorso del regionalismo differenziato […]». Analogamente per la Banca d'Italia un tale tipo di differenziazione deve ritenersi realizzabile soltanto a discapito dell'obiettivo di riduzione delle disuguaglianze, dal momento che sarà consentito soltanto il trasferimento successivo alla determinazione dei LEP, «per le funzioni per le quali l'erogazione di livelli territorialmente uniformi di servizio non richiede maggiori risorse rispetto alla spesa storica» o delle «funzioni non presidiate da LEP», *Memoria della Banca d'Italia*, Disegno di legge AS 615 «Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione», resa il 30 ottobre 2023 presso la Commissione parlamentare per le questioni regionali, pagina 10. In argomento v. L. Chieffi, *I persistenti dubbi*, cit., 314. In tale prospettiva, G. De Minico, *Memoria per la Commissione Affari Costituzionali, Camera dei deputati, Audizione del 12 marzo 2024, sul disegno di legge a.c. 1665, approvato in prima lettura dal Senato della*

Ciò spiega il ricorso al criterio della spesa storica, in base alla legge di bilancio (art. 1, c. 793, lett. a), b, c, d)[84] cui rinvia il d.d.l., art. 3, c. 1, riferendosi impropriamente ai «principi e criteri direttivi» da essa posti.

Non si vede come, dato il limite delle risorse disponibili a legislazione vigente e dell'intangibilità delle risorse spettanti alle singole Regioni o finalizzate alla perequazione, si possa modificare la situazione vigente, nel senso di migliorarla superando le disuguaglianze, attraverso simile procedura di determinazione dei LEP a costo zero.

La stessa previsione, all'art. 4, c. 1, dell'ipotesi che «dalla determinazione dei LEP […] derivino nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica» al verificarsi della quale «si può procedere al trasferimento delle funzioni solo successivamente all'entrata in vigore dei provvedimenti legislativi di stanziamento delle risorse finanziarie volte ad assicurare i medesimi livelli essenziali delle prestazioni sull'intero territorio nazionale» si presta a due considerazioni riferibili, in genere, al d.d.l. *de qua*: da un lato, si pone in contraddizione evidente con l'art. 9, c. 1 («Dall'applicazione della presente legge e di ciascuna intesa non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica») che lo rende inapplicabile[85]; dall'altro, chiarisce la natura politica del concetto di LEP.

Onde evitare che la mancanza di risorse necessarie a fronteggiare i maggiori oneri derivanti dalla determinazione dei LEP (effettivamente finalizzati a rimuovere le asimmetrie, in tal caso) possa bloccare la differenziazione, si

Repubblica il 23 gennaio 2024, recante disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, in *Dir. pubbl. eur. Rassegna online*, 1, 2024, 375.

[84] L'UPB, nell'Audizione richiamata, ha altresì evidenziato che subordinare il trasferimento di materie alle Regioni alla determinazione dei LEP, laddove questa operazione è limitata alla ricognizione di LEP già implicitamente o espressamente esistenti nella normativa vigente, effettivamente non richiederebbe risorse ulteriori rispetto a quelle oggi destinate dallo Stato dal momento che lo Stato, appunto, garantisce servizi omogenei sul territorio. Il trasferimento, piuttosto, dovrebbe essere subordinato alla determinazione dei LEP che mancano dal momento che tale circostanza potrebbe acuirsi a seguito della differenziazione. Sarebbe dalla garanzia di questi LEP relativi a funzioni oggi svolte dagli enti territoriali (o dallo Stato in mancanza di loro determinazione) a derivare un elevato divario fra fabbisogni standard e spesa storica da doversi colmare con interventi perequativi. Attraverso un'operazione del genere si rispetterebbe la *ratio* dell'art. 117, c. 2, lett. *m)*, colmando le disuguaglianze attraverso il livellamento di servizi oggi «caratterizzati da una forte eterogeneità che riflette, oltre alla diversità dei bisogni sul territorio, le profonde differenze nelle dotazioni finanziarie che discendono dal sovrapporsi nel corso del tempo di interventi di finanziamento non coordinati» (G. Arachi, *Audizione*, cit., 37).

[85] Significativamente A. Morrone, *Differenziare*, cit., 12 dattiloscritto, parla di «guazzabuglio delle norme sul finanziamento della differenziazione».

fanno coincidere i LEP con le prestazioni finora già erogate, sostanzialmente adottando il criterio della spesa storica[86].

Il risultato di tale sovrapposizione di fattori è che, verosimilmente, le asimmetrie si accentueranno[87], atteso che, per l'illustrato meccanismo dei trasferimenti e, tenuto conto del principio di invarianza, le risorse, indipendentemente da quelle che residuano e soprattutto necessitano per la garanzia delle funzioni differenziabili ma non richieste da tutte le Regioni, quelle non differenziabili e quelle residuali (quando si riesca a determinare il loro ammontare), saranno trasferite alle Regioni differenziate e, quindi, sottratte allo Stato e a tutte le altre Regioni[88].

[86] Si rinvia alla nota 85. Nulla cambia con riferimento al concetto di costo e fabbisogno standard, parimenti politico, dal momento che ci sarebbe notevole differenza, ad esempio, fra il fissarlo al livello della spesa storica o, invece, al valore medio dei fabbisogni delle tre regioni più prestanti. I costi ed i fabbisogni standard, infatti, rappresentano la misura delle risorse da garantire a copertura dei LEP: non si tratta di grandezze matematiche obiettive ossia di entità scientificamente determinate, ma di valori frutto di decisioni discrezionali sulle modalità di calcolo selezionate in base all'obiettivo che si vuole raggiungere: tanto spiega G. Viesti, *Autonomia, i «lep»* sono una cortina fumogena, Il Fatto quotidiano, 15 febbraio 2024. Sia consentito rinviare sul punto a D. Mone, *La legge n. 42 del 2009 e la violazione dei principi costituzionali*, in *costituzionalismo.it*, 3 novembre 2010, 11 ss., ove si evidenzia la natura politica e, solo in un secondo momento tecnica, dei lep e costi e fabbisogni standard. G. Arachi, *Audizione*, cit., 6, del pari, chiaramente spiega come lo «stretto legame fra LEP e fabbisogni implica che non possano essere determinati in modo indipendente: è necessario il coordinamento fra i due processi e la collaborazione fra le strutture tecniche e gli organi politici. Alle prime spetta il compito di suggerire le metodologie di calcolo più adeguate sulla base delle caratteristiche delle prestazioni e delle informazioni disponibili e di fornire una quantificazione degli oneri finanziari in maniera chiara e trasparente; agli organi politici spetta, invece, tenendo conto di questi elementi, la scelta delle priorità e del livello dei fabbisogni, sulla base delle risorse disponibili». Si rinvia, su tali profili, a V. Tondi della Mura, *I LEP sulle montagne russe*, cit., 23 ss., in particolare sul «ruolo politico della Commissione tecnica fabbisogni standard» nella fase preparatoria di determinazione dei LEP affidata al CLEP. In tale prospettiva, non è irrilevante considerare, come si legge in G. Viesti, *Autonomia, i "lep" sono una cortina fumogena, Il Fatto quotidiano*, 15 febbraio 2024, che tale organo, formalmente tecnico, ossia privo di qualsivoglia responsabilità verso gli elettori, è attualmente presieduto dalla giurista D'Orlando, componente della «delegazione trattante» della Regione Veneto a supporto del Veneto.

[87] A. Giannola, *Il disegno di legge C. 1665 Governo approvato dal Senato: un pacato, necessario processo alle intenzioni,* in *Riv. Giur. Mezz.,* 4, 2023, 1000, con riferimento al trasferimento di funzioni NON LEP, spiega come il sistema previsto dal DDL porta a confermare e cristallizzare il criterio della spesa storica e ad «una «assegnazione» di risorse che diviene irreversibile per la natura dell'Intesa […]».

[88] G. Trovati, *Rischio*, cit., riferisce le parole del consigliere dell'UPB Arachi, per il quale, il reperimento di risorse necessario ad implementare i LEP potrà derivare da tre vie: «spostamento di risorse dalle Regioni ricche a quelle più povere (prospettiva curiosamente fuori dai radar dei tifosi più accesi dell'autonomia differenziata), tagli o aumenti di tasse. Il tutto mentre l'affanno

Nella stessa direzione, il d.d.l., all'art. 3, c. 7, prevede la possibilità di aggiornare i LEP con d.P.C.m.[89], «anche al fine di tenere conto della necessità di adeguamenti tecnici prodotta dal mutamento del contesto socioeconomico o dall'evoluzione della tecnologia». I costi e fabbisogni standard, da cui dipende la quantificazione dell'eventuale nuovo fabbisogno, saranno determinati ed aggiornati almeno ogni tre anni sulla base di ipotesi tecniche della Commissione tecnica per la determinazione dei fabbisogni standard, ai sensi dell'art. 3, c. 8 del d.d.l., che rinvia, per il procedimento di determinazione, integralmente all'art. 793, lett. *d)*, della legge di bilancio per il 2023, lasciando scelte evidentemente anche politiche ad un organo formalmente tecnico[90], come dimostrato dalla possibilità finora colta di identificare i LEP con quelli già esistenti, nei lavori del CLEP, che ha trasformato la differenziazione in un «gioco delle tre carte» che toglie ai poveri per dare ai ricchi.

Tale previsione che potrebbe potenzialmente consentire il superamento dello *status quo* in termini di disuguaglianze, come si è detto per la previsione di cui all'art. 4, c. 1, è sostanzialmente neutralizzata dal generale principio di invarianza di cui all'art. 9, c. 1[91].

In effetti, consideratane l'irrealizzabilità, potrebbe rendere inattuabile la differenziazione rispetto ad un significativo numero di materie ridimensionandone l'effetto disgregante, sempre che il d.d.l. Calderoli, una volta approvato, quale semplice legge ordinaria, sia in grado di vincolare le leggi rinforzate di approvazione dell'intesa previste dall'art. 116, c. 3, Cost.[92].

del bilancio pubblico ha spinto il Governo a muoversi in senso contrario, tagliando da 4,6 miliardi a meno di 900 milioni il fondo per la perequazione infrastrutturale».

[89] Tale fonte dovrebbe modificare disposizioni di un decreto legislativo, in violazione del criterio gerarchico.

[90] V. nota 88.

[91] S. Piperno, *Soluzioni diverse*, cit., 5-6, spiega che, per effetto dell'art. 9, c. 1, «una volta fatta la ricognizione dei LEP presenti nelle funzioni aggiuntive è molto probabile che emergono dei vincoli finanziari alla copertura completa dei fabbisogni legati ai loro costi standard non coperti dalla capacità fiscale regionale attraverso trasferimenti perequativi. In pratica nei primi anni si potranno soddisfare i LEP solo parzialmente attraverso le risorse già destinate dallo Stato a quei servizi (Banca d'Italia, 2023). In sintesi, non si parte dai fabbisogni per determinare i finanziamenti, ma dalle risorse attualmente stanziate e evidenziate nella ricognizione che saranno ripartite pro quota e potranno arrivare al finanziamento completo dei LEP solo nel medio lungo periodo. Va sottolineato che a volte il processo descritto sembra riferirsi solo ai LEP relativi alle materie in cui si prevede un meccanismo di differenziazione ma appare ovvio che il sistema dei LEP debba essere definito in maniera unitaria con riferimento anche alle funzioni già svolte dalle Regioni incluse le residuali, tra cui, ad esempio, quelle relative all'assistenza e i relativi LEPS, nonché tenendo conto dei servizi che sono gestiti in condivisione da parte di più livelli di governo (i c.d. LEP multilivello)».

[92] Sulla questione del rapporto legge ordinaria di attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost. e fonte rinforzata per l'approvazione delle intese di cui alla medesima disposizione, v. D. Mone, *Costi-*

Con tali leggi che, peraltro, vedrebbero un ruolo piuttosto limitato del Parlamento, esautorato dei suoi poteri,[93] a fronte di un Presidente del Consiglio centrale invece nel processo delineato, e rinforzato ove fosse approvata la riforma costituzionale sul cd. premierato[94], si potrebbe avallare la nascita di staterelli regionali autonomi[95], privi di coordinamento fra loro e legati da

tuzione, cit., 214 e bibliografia ivi citata. Sul punto di recente S. Staiano, *Salvare il regionalismo*, cit., 990, per il quale il vincolo politico della cd. legge di principio all'attività del Governo è un auspicio più che una soluzione. G. M. Salerno, *L'autonomia differenziata nell'evoluzione del regionalismo: da problema a prospettiva costituzionale*, cit., 983-985, reputa la legge attuativa dell'art. 116, c. 3, Cost. «fonte di norme interposte» (984).

[93] Non pare del tutto chiarito il ruolo del Parlamento rispetto all'intesa. Il d.d.l., all'art. 2, c. 8, prevede che il d.d.l. «è immediatamente trasmesso alle Camere per la deliberazione, ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione». Può il Parlamento modificare? Per R. Bin, *L'autonomia differenziata: politica o burocrazia?,* in *Le Regioni*, 1, 2022, 1154, nel testo in discussione alla Camera, sarebbe stato «rimosso ogni esplicito (e maldestro) tentativo di ridurre l'intervento parlamentare nella definizione dell'intesa con la Regione», sia a monte, «nel momento della definizione del testo»; sia a valle, nella fase di «approvazione finale dell'intesa». Invero, è ancora aperto il dibattito fra i sostenitori di un ruolo sostanziale del Parlamento (su cui sia consentito rinviare a D. Mone, *Autonomia differenziata come mezzo di unità statale: la lettura dell'art. 116, comma 3, Cost., conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, 1, 2019, 342 ss.) nell'approvazione della legge di intesa e sostenitori di un ruolo, invece, meramente formale. C. Buzzacchi, *L'autonomia differenziata: un'analisi del ddl Calderoli*, testo dell'Audizione del 4 marzo 2024 alla I Commissione Affari costituzionali della Camera dei Deputati, in relazione al disegno di legge C. 1665 Governo, approvato dal Senato (c.d. ddl Calderoli), «Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione», in *laCostituzione.info*, 6 marzo 2024, spiega come «è presumibile che il ruolo predominante svolto dal Governo nella costruzione dell'intesa non possa trovare una battuta d'arresto o un intervento di modifica nella fase di approvazione parlamentare: non è difficile dedurre, visto lo scarno passaggio riguardante il lavoro parlamentare, che gli spazi per l'esercizio delle prerogative parlamentari non ci siano, e che ci si aspetti un passaggio parlamentare che non incide sull'intesa».

[94] Sul nesso fra d.d.l. Calderoli e riforma costituzionale del c.d. «premierato elettivo» rappresentato dalla c.d. ideologia del Capo, v. C. De Fiores, *Commissione affari costituzionali, Camera dei deputati, lunedì 4 marzo 2024. Audizione resa dal prof. Claudio De Fiores sul disegno di legge c. 1665, approvato dal Senato, recante «disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della costituzione»,* in *Dir. pubbl. eur. Rassegna online*, 1, 2024, 336-337. Sugli effetti congiunti della legge sull'autonomia differenziata e della riforma costituzionale sul c.d. premierato, v. G. M. Flick, *Autonomia,* cit., 17 aprile 2024, 3-4.

[95] È stato altresì paventato l'obiettivo di segmentare l'Italia in macro-regioni come esito di una «parte non esplicitata del «modello Calderoli» attraverso il ricorso all'art. 117, c. 8, Cost., da parte delle Regioni che abbiano singolarmente ottenuto l'autonomia differenziata, allo scopo di «istituire organi comuni, non escluse assemblee rappresentative» del «Grande Nord» (20): così M. Villone, *L'autonomia differenziata dai preaccordi del 28.02.2018 alla macroregione*, in M. Volpi (a cura di*), I rapporti tra Stato e Regioni nella pandemia e le prospettive dello Stato regionale*, Bologna, 2024, 20.

rapporti bilaterali con lo Stato (*rectius* con il Governo, o con il Ministro per gli Affari regionali[96]).

Ne risulterebbe un sistema in cui non ci sarebbe alcun posto per la solidarietà perché non ne sarebbero assicurati i presupposti e le condizioni, con grave pregiudizio dell'unità. Ci si troverebbe di fronte a Regioni, piccole patrie, in una prospettiva, evidentemente, non solo incostituzionale ma antieconomica e antistorica[97].

[96] Nella stessa logica si muove la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri intitolata «Esame delle leggi delle regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano e delle questioni di legittimità costituzionale ai sensi e per gli effetti dell'articolo 127 della Costituzione. Razionalizzazione dell'attività istruttoria del Governo», del 23 ottobre 2023: si introduce nell'ordinamento «una «terza opzione» (fra impugnativa o meno della legge regionale) cui è assegnata (laddove vi sia impegno della regione) una posizione preferenziale rispetto all'impugnativa (che invece viene ad assumere la qualifica di *extrema ratio*)». (3), ossia la proposta di non impugnazione della legge regionale o provinciale a fronte dell'impegno assunto dalla Regione (o dalla Provincia autonoma), di abrogare o modificare le disposizioni legislative e a non applicare medio *tempore* le disposizioni impugnate. La direttiva sembra appunto proporre soluzioni al problema delle numerose impugnative dinanzi alla Corte inerenti il rapporto Stato Regioni che si traducono n pronunce della Corte costituzionale che dispongono la cessazione della materia del contendere o l'estinzione del processo a seguito di rinuncia al ricorso da parte dello Stato quale conseguenza della decisione delle regioni di abrogare o modificare – in pendenza del giudizio – le disposizioni impugnate anche a valle di negoziazioni con il governo. Pare che il ruolo decisivo assegnato al Ministro per gli Affari regionali e al Presidente della Giunta regionale nella procedura descritta, a prescindere dai numerosi ulteriori rilievi ad essa riferibili, rappresenti un punto fortemente critico della stessa soprattutto laddove tali soggetti siano espressione di parti politiche omogenee. Per un'interessante lettura critica v. F. Politi, *La direttiva sulla "razionalizzazione" della procedura governativa di esame delle leggi regionali. Prime considerazioni, Lettera 11, 2023*, in *associazionedeicostituzionalisti.it.*

[97] V. sul punto A. Lucarelli, *Perché NO Alfabeto dell'autonomia differenziata: Alberto Lucarelli*, in *carteinregola.it*, 12 aprile 2024: «[…] in Italia si sta procedendo ad uno spacchettamento che sembra seguire, più che il progetto dell'Europa delle Regioni, quello identitario e antistorico delle *Piccole Patrie*»; Id., *Introduzione*, cit., qualifica il progetto Calderoli come «progetto antieuropeo» che si fonda sull'idea, prevalente nei territori più ricchi, «di poter meglio fronteggiare la crisi separandosi politicamente e economicamente dal resto dello Stato»: un'idea da ricondurre a quella di Europa delle piccole patrie.

Alessandro Morelli[*]

I DISCORSI SCIENTIFICI SULLA COSTITUZIONE. INTRODUZIONE A UNA *METODOLOGIA NEGATIVA* NELLA RICERCA COSTITUZIONALISTICA[**]

SOMMARIO: 1. Premessa: perché tornare sulla questione del metodo. – 2. L'oggetto: la Costituzione come fonte normativa suprema dell'ordinamento. – 3. Costituzionalismi e attivismo dottrinale: dall'oggettività dello studio alla controllabilità epistemica. – 4. Gli strumenti di una *metodologia negativa*. – 5. Conclusioni: il metodo come limite e come responsabilità.

1. *Premessa: perché tornare sulla questione del metodo*

Corrisponde a un'idea ancora piuttosto diffusa la convinzione che il metodo di ricerca, soprattutto nell'ambito delle scienze sociali, vada semplicemente praticato e non debba costituire oggetto di analisi critica; ciò in quanto, come sosteneva Gustav Radbruch, le discipline che hanno motivo di occuparsi del proprio metodo sarebbero affette da qualche forma di malattia[1]. Com'è stato notato di recente, tuttavia, tale posizione, con particolare riguardo all'ambito della scienza giuridica, si basa sull'identificazione del diritto con un «dato di natura», con la «ragione normativa delle e nelle cose»[2]. Quella che nega o sottovaluta l'importanza del discorso sul metodo è, dunque, una posizione ispirata da un determinismo naturalistico oggi insostenibile, a fronte di un diritto generalmente inteso come un *dover essere* trasformativo, oltre che – in parte – conservativo, delle società esistenti (si pensi soltanto alla vocazione programmatica della nostra Costituzione, come di tante altre Carte costituzionali contemporanee)[3]. Ovviamente, tanto più si vedrà il diritto come la proiezione

[*] Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi di Messina, Dipartimento di Scienze politiche e giuridiche.

[**] Il presente contributo è la versione riveduta e aggiornata della relazione alla Giornata di studi del Comitato dei giovani costituzionalisti dell'Associazione "Gruppo di Pisa" su *Studio e Metodo del Diritto costituzionale. Specificità, formazione e internazionalizzazione*, tenutasi il 7 febbraio 2025 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento. Il saggio è destinato, inoltre, al *Liber amicorum* dedicato al prof. Salvatore Prisco.

[1] Cfr. G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto* (1910), trad. it. di D. Pasini e C.A. Agnesotti, Torino, 1961, 360.

[2] Così L. BUFFONI, *Il metodo del diritto costituzionale. La natura e l'artificio*, Napoli, 2024, 10.

[3] Scrive A. RUGGERI, *Appunti per uno studio su memoria e Costituzione*, in *Consulta OnLine*, II/2019, 345: «ogni Costituzione è (e non può che essere) bilancio e programma allo stesso

di un qualche ordine naturale (posto o presupposto), tanto meno problematico apparirà il tema del metodo di studio. E, tuttavia, se guardiamo alla realtà degli ordinamenti occidentali e ai paradigmi che ne orientano i dibattiti scientifici e pubblici, il diritto non appare certamente come uno specchio della natura, ma come un'entità culturale, artificiale, costruita dall'essere umano. Da questo punto di vista, l'oggetto di studio della scienza giuridica non è qualcosa di integralmente dato allo studioso, ma un *quid* che quest'ultimo concorre, in misura variabile a seconda dei contesti, a definire e a plasmare.

Che l'osservatore non sia del tutto estraneo al suo oggetto di studio, anche nell'ambito delle scienze naturali, ma concorra a definirlo e a plasmarlo corrisponde, peraltro, a una consapevolezza ormai da tempo acquisita dall'epistemologia contemporanea, sistematizzata dal pensiero della complessità[4]. È pur vero, tuttavia, che, nell'ambito della scienza giuridica e, in particolare, di quella costituzionalistica (alla quale sono rivolte le riflessioni che seguono), il contributo dello studioso alla definizione del proprio oggetto di studio aumenta in ragione del ruolo sociale, politico e istituzionale che la dottrina occupa all'interno dell'ordinamento, vale a dire in base alla capacità della dottrina stessa (e dello studioso che ne fa parte) di fungere efficacemente da "formante" del diritto vivente[5].

In ogni caso, negli ordinamenti liberal-democratici contemporanei, che riconoscono il principio del pluralismo in tutte le sue espressioni, gli studiosi, per quanto possano essere influenti nelle dinamiche di interpretazione e di produzione del diritto, non sono mai padroni esclusivi del diritto medesimo e, dunque, "creatori" integrali del proprio oggetto di studio.

tempo, non è mai solo l'una ovvero l'altra cosa, come pure con eccessivo schematismo e ingenua semplificazione un tempo si riteneva. Il programma, d'altro canto, non può che nascere dal bilancio, dalla consapevolezza appunto che ciò che è stato non abbia più a ripetersi».

[4] Punto di riferimento imprescindibile, riguardo al pensiero della complessità, è l'opera di E. Morin, del quale cfr., in particolare, *Il metodo*, 1. *La natura della natura* (1977), trad. it. di G. Bocchi e A. Serra, Milano, 2001; *Il metodo*, 2. *La vita della vita* (1980), trad. it. di G. Bocchi e A. Serra, Milano, 2004; *Il metodo*, 3. *La conoscenza della conoscenza* (1986), trad. it. di G. Bocchi e A. Serra, Milano, 2007; *Il metodo*, 4. *Le idee: habitat, vita, organizzazione, usi e costumi* (1991), trad. it. di A. Serra, Milano, 2008; *Il metodo*, 5. *L'identità umana* (2001), trad. it. di S. Lazzari, Milano, 2002; *Il metodo*, 6. *Etica* (2004), trad. it. di S. Lazzari, Milano, 2005; *Il Metodo VII. Il metodo del metodo*, a cura di A. Anselmo, G. Gembillo, F. Russo, Messina, 2021.

[5] L'uso del concetto di "formante" nel diritto comparato, per indicare ciascuno degli elementi che concorrono a produrre diritto vivente (distinguendosi tra vari tipi di formanti, i principali dei quali sono quello legislativo, quello giurisprudenziale e quello dottrinale), si deve, com'è noto, a R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, No. 1. (Winter, 1991), 1 ss.

In tale contesto appaiono evidenti le ragioni che giustificano un ritorno di interesse sulla questione del metodo, soprattutto nell'ambito degli studi di diritto costituzionale[6].

Nel dibattito pubblico globale, innanzitutto, tornano a farsi strada e ad acquisire un ruolo di primario rilievo narrazioni politiche volte a privilegiare la forza rispetto al diritto. In uno scenario segnato da numerosi conflitti bellici, il diritto internazionale, che soprattutto negli ultimi decenni era stato coinvolto da un pervasivo processo di "costituzionalizzazione" (affiancato da uno speculare processo di "internazionalizzazione" del diritto costituzionale)[7], attraversa una crisi epocale, a fronte della quale ci si è interrogati sul suo stato di salute, sulla sua natura e perfino sulla sua stessa esistenza (come vero diritto)[8]. Si tratta di una condizione di crisi e precarietà che però interessa non soltanto il diritto internazionale ma anche quello interno e, più precisamente, il diritto costituzionale sviluppatosi nell'ambito delle liberaldemocrazie contemporanee. E ciò sia per il rapporto osmotico che, come si è appena detto, si è instaurato, da tempo, tra il primo e il secondo (un rapporto basato soprattutto sulla condivisa esigenza di tutelare universalmente i diritti umani), sia perché le gravi, recenti violazioni del diritto internazionale sono avvenute e continuano a verificarsi contestualmente (e sovente anche grazie) a violazioni e distorsioni del diritto interno agli Stati[9].

[6] Sul metodo nello studio del diritto costituzionale cfr., almeno, AA.VV., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Seminario di studio (Messina, 23 febbraio 1996), Padova, 1997; AA.VV., *Annuario 2021. Scienza costituzionalistica e scienze umane. Atti del XXXVI Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti* (Napoli, 3-4 dicembre 2021), Napoli, 2022 e, se si vuole, i miei *Come lavora un costituzionalista? Per un'epistemologia della scienza del diritto costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2016, 513 ss.; *Comparazione e ipotesi scientifiche: appunti per uno studio sulle forme di governo*, in *Federalismi.it*, 1/2017, 1 ss.; *L'apertura della scienza costituzionalistica e le implicazioni sul piano del metodo di studio dei poteri e dei diritti*, in P. Bargiacchi, F. Vecchio (a cura di), *Nuovi diritti e nuove tecniche di tutela della persona in tempi di crisi*, Collana di studi di *Consulta OnLine*, maggio 2024, 15 ss.; A. Morelli, A. Ruggeri, *La Costituzione, le sue trasformazioni, la sua scienza (profili metodico-teorici)*, Napoli, 2024, spec. 17 ss.

[7] In tema cfr., per tutti, R. Bifulco, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Riv. AIC*, 4/2014, 1 ss. e, più di recente, A. Jr Golia, C. Gentile, *La costituzionalizzazione del diritto internazionale: ascesa e declino di un discorso?*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2024, 78 ss.

[8] Cfr., in tema, D. Russo, *Il diritto internazionale è in crisi?*, in *www.lecostituzionaliste.it*, 10 dicembre 2025.

[9] Si pensi, tra i casi più recenti ed eclatanti, all'operazione "*Absolute resolve*", condotta dalle forze armate statunitensi il 3 gennaio 2026 sul territorio venezuelano, conclusasi con la cattura del Presidente Nicolás Maduro e disposta dal Presidente Trump senza l'autorizzazione del Congresso, nonostante l'art. I, sez. 8, clausola 11, della Costituzione degli Stati Uniti attribuisca proprio al Congresso il potere di dichiarare guerra e al Presidente, sulla base di tale dichiarazione, quello di dirigere le forze armate in qualità di Comandante in capo (art. II, sez. 2).

In tale prospettiva, questioni teoriche (ma dalle importanti ricadute pratiche) come quelle relative al concetto di costituzione e alla solidità scientifica delle teorie proposte nell'ambito del diritto costituzionale tornano ad acquisire una drammatica attualità. Questioni per dirimere le quali è necessario affrontare il tema del metodo di studio.

La tesi centrale che sosterrò in questa sede (e che ho già avuto modo di argomentare più diffusamente in miei precedenti scritti[10]) è che se, nella scienza del diritto, l'osservatore non è mai del tutto estraneo al proprio oggetto di studio, che appunto non si presenta come un mero dato da analizzare, ma come qualcosa sempre, in una certa misura, di costruito, la scientificità del discorso non può essere fatta dipendere dalla mera oggettività ontologica del percorso della ricerca o dei suoi risultati. Lo stesso concetto di oggettività risulta, infatti, come meglio si vedrà più avanti, estremamente controverso e problematico. La scientificità si misura, piuttosto, sul piano della *controllabilità logica ed empirica degli asserti e delle teorie proposte*. Se si accoglie tale impostazione, è possibile, come si dirà, distinguere, in un dibattito pubblico caratterizzato da un acceso attivismo dottrinale, i discorsi *scientifici* sulla Costituzione da quelli pseudoscientifici.

L'atteggiamento epistemologico che intendo qui sostenere rifiuta, quindi, ogni pretesa fondativa del diritto costituzionale, sulla base della consapevolezza che la scienza del diritto costituzionale non ha gli strumenti per fondare sé stessa, e si sostanzia, piuttosto, in una *metodologia negativa*, che, in linea con l'ispirazione più autentica della libertà di ricerca, risulti capace di porre alcuni *limiti invalicabili* al discorso scientifico, utili a valorizzare al massimo le capacità euristiche della ricerca nel campo del diritto (anche di quello costituzionale, che si colloca a più stretto contatto con la politica)[11].

[10] Si rinvia agli scritti citati *supra*, nt. 6.

[11] Gli esiti della ricerca che si illustreranno in questa sede non appaiono incompatibili con le riflessioni sviluppate dallo studioso al quale questo scritto è dedicato. In una prospettiva realistica, tale Autore ha messo in guardia contro l'illusione di fondare il rigore del diritto costituzionale su criteri di razionalità logico-formale, insistendo sulla natura pratica e discrezionale dell'interpretazione e sul primato del formante giurisprudenziale nello Stato costituzionale maturo: cfr., in particolare, S. Prisco, *"Rigore è quando arbitro fischia"? Spunti di 'ragionevole' scetticismo su legislatore, Corti e interpretazione*, in *Forum* di *Quad. cost.*, 28 gennaio 2016. Lo stesso A. ha, inoltre, sostenuto l'importanza di arricchire la formazione teorica del giurista attraverso gli studi delle *humanities*, proponendo l'inserimento sistematico di tali discipline nella tabella delle materie curriculari dei corsi di Giurisprudenza: Id., *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 *Riv. AIC*, 4/2016, 1 ss.

La riflessione svolta da chi scrive si colloca su un piano distinto, volto a individuare le condizioni di controllabilità epistemica dei discorsi *sulla* Costituzione, senza contraddire la consapevolezza delle pratiche interpretative effettive messa in luce da Prisco. L'apertura del discorso

2. *L'oggetto: la Costituzione come fonte normativa suprema dell'ordinamento*

La ricostruzione del rapporto tra oggetto e metodo è spesso dipesa dall'idea che si è condivisa in merito alla natura del diritto, risultando così, tale rapporto, condizionato soprattutto dalla considerazione del diritto medesimo come una realtà che esiste indipendentemente dalla scienza che lo studia, ovvero come un prodotto del metodo attraverso il quale viene indagato.

L'impostazione che si intende qui adottare, tuttavia, non muove dall'interrogativo su che cosa *sia* il diritto in sé, e, dunque, da una prospettiva ontologica; s'intende, piuttosto, svolgere un'indagine sul piano epistemico, volta a individuare le condizioni nelle quali opera e deve operare la scienza giuridica (e, in particolare, quella costituzionalistica). Quest'ultima, infatti, non studia la realtà sociale nella sua interezza, bensì una porzione circoscritta di una realtà istituzionale complessa, storicamente stratificata e caratterizzata da una pluralità di attori e di processi decisionali. In questo contesto, se, da una parte, come si è detto, l'oggetto con il quale si confronta lo studioso non è qualcosa di integralmente "naturale" e immutabile, bensì una realtà in gran parte costruita, in continua trasformazione e soggetta, in qualche misura, all'influenza esercitata dalla stessa dottrina, dall'altra parte, esso si mostra, in larga misura, già *dato* al singolo osservatore, che può incidere sullo stesso in misura limitata e indiretta. Esiste, infatti, una comunità scientifica che, nella valutazione dei prodotti di ricerca, segue procedure e protocolli e che, quanto al proprio ambito di indagine, si riconosce in un settore scientifico-disciplinare, i cui contenuti sono definiti in un'apposita declaratoria. Se si guarda, però, la declaratoria del settore denominato "Diritto costituzionale e pubblico", unitamente a quella dei settori limitrofi, non sembrano potersi trarre elementi di grande utilità per una riflessione sul metodo di ricerca nel diritto costituzionale: diverse sono le sovrapposizioni tra oggetti di studio indicati nelle diverse declaratorie e non mancano riferimenti generici alle "tradizioni" degli studi condotti nelle discipline in questione, che ovviamente aprono notevoli ambiti di discrezionalità e di incertezza[12].

giuridico alle *humanities*, inoltre, arricchisce il contesto di scoperta delle teorie giuridiche, ma non può sostituire le esigenze di controllabilità che operano nel contesto di giustificazione (sulla distinzione tra contesto di scoperta e contesto di giustificazione si rinvia a quanto si dirà *infra*, nel par. 3).

[12] Il settore scientifico-disciplinare di riferimento, dopo il decreto del Ministero dell'Università e della Ricerca n. 639 del 2 maggio 2024 (*Determinazione dei gruppi scientifico-disciplinari e delle relative declaratorie, nonché la razionalizzazione e l'aggiornamento dei settori scientifico-disciplinari e la riconduzione di questi ultimi ai gruppi scientifico-disciplinari*), corrisponde al codice GIUR-05/A ("Diritto costituzionale e pubblico", rientrante nel Gruppo scientifico-disciplinare 12/GIUR-05, anch'esso denominato "Diritto costituzionale e pubblico"). La declaratoria recita:

Le declaratorie, pensate e scritte per esigenze amministrative, non sono di grande aiuto per una ricostruzione dell'oggetto di studio della scienza costituzionalistica, per definire il quale, piuttosto, in una prospettiva pragmatica,

«Il settore comprende gli studi relativi all'organizzazione fondamentale dell'ordinamento, anche nella loro dimensione europea, quale risulta dalla Carta costituzionale, con specifico riferimento alle dinamiche delle fonti normative e alla formazione, alla composizione, ai poteri e alle interazioni degli organi costituzionali, alla storia costituzionale, e quelli relativi alla tradizione giuspubblicistica. Gli studi attengono, altresì, al diritto parlamentare, alla giustizia costituzionale, all'ordinamento delle autonomie territoriali, nonché ai principi fondamentali che governano i doveri, i diritti sociali e i diritti di libertà individuali e collettivi, nella loro evoluzione anche nel riferimento alla transizione tecnologica, con particolare attenzione ai rapporti con le pubbliche amministrazioni e alle tutele apprestate dall'ordinamento giudiziario. La metodologia didattica adopera non solo gli strumenti dell'approccio teorico e dommatico, ma anche quelli più strettamente e direttamente riferiti all'esperienza (quali seminari, laboratori, ecc.), introducendo nella sfera di apprendimento dei discenti la soluzione di specifici problemi applicativi e la considerazione di casi concreti, nella restituzione compiutane in dottrina e nelle giurisprudenze. Viene curata, in sedi di apprendimento a ciò specificamente dedicate, la capacità di scrittura dei discenti nel linguaggio giuridico».

Se si confronta tale declaratoria con quella del settore GIUR-06/A ("Diritto amministrativo e pubblico"), si riscontrano diverse sovrapposizioni, che non rendono agevole l'individuazione delle specificità del diritto costituzionale rispetto a quello amministrativo: «Il settore comprende gli studi relativi ai principi e agli istituti generali del diritto pubblico e del diritto amministrativo, dell'organizzazione e delle attività del governo e delle pubbliche amministrazioni, nonché della relativa tutela giustiziale e giurisdizionale, inclusi gli aspetti di diritto europeo, internazionale e comparato. Si occupa, in particolare, della sicurezza pubblica, del governo del territorio, della disciplina dell'ambiente e del paesaggio, dei beni pubblici e del patrimonio culturale anche immateriale, dell'intervento pubblico nell'economia, della contabilità di Stato e dei contratti pubblici, della disciplina dei servizi pubblici e sociali, come ad esempio, istruzione, trasporti, sanità. Comprende, altresì, il diritto regionale e delle autonomie locali, il diritto all'informazione e la tutela della riservatezza. La metodologia didattica è finalizzata a far acquisire, anche attraverso strumenti di tipo esperienziale (come laboratori, cliniche legali, seminari, ecc.), le competenze necessarie per interpretare le fonti nella consapevolezza della loro dimensione nazionale, europea e internazionale; ad affrontare e risolvere i problemi giuridici, con le loro implicazioni etiche, storico-culturali, sociali ed economiche, anche con attenzione alla soluzione di casi concreti; a favorire e rafforzare la capacità di argomentazione orale e di elaborazione di testi giuridici».

Gli «istituti generali del diritto pubblico» (e quelli del diritto amministrativo) rientrano certamente negli studi relativi alla «tradizione giuspubblicistica», cui fa riferimento la declaratoria del settore scientifico-disciplinare "Diritto costituzionale e pubblico", così come in entrambi gli ambiti di studio ricadono le fonti normative e il diritto regionale e delle autonomie locali, ma anche il diritto all'informazione e la tutela della riservatezza. Sul piano metodologico, infine, si fa riferimento ai medesimi strumenti e non si ravvisa alcuna apprezzabile differenza. Se si guarda, comunque, alle precedenti declaratorie relative ai settori concorsuali 12/C1 ("Diritto costituzionale) e 12/D1 (Diritto amministrativo), la situazione non appariva migliore, riscontrandosi le medesime incertezze e sovrapposizioni.

Per una critica alla distinzione degli ambiti di studio in settori scientifico-disciplinari cfr. G. Pascuzzi, *Soldatini e danni collaterali: i settori scientifico-disciplinari*, in *www.roars.it*, 18 gennaio 2014.

appare utile provare a individuare un contenuto sufficientemente condiviso, almeno nell'uso tecnico-giuridico, del suo concetto-base: quello di Costituzione.

A fronte di una congerie di concezioni filosofico-politiche e giuridiche della Costituzione, tale contenuto essenziale sembra potersi identificare con l'idea della *fonte normativa suprema dell'ordinamento*, una fonte che può essere scritta o consuetudinaria e che condiziona la validità di tutti gli altri atti e fatti normativi. A questo nucleo si affianca – e spesso si sovrappone – la nozione di Costituzione *in senso sostanziale*, intesa come l'insieme delle norme materialmente costituzionali, anche quando non collocate nel testo formalmente denominato "Costituzione". Ma, anche in tale accezione, ciò che rileva è pur sempre la dimensione di fonte: non un semplice "assetto" o "sistema", bensì un complesso di norme superiori, identificabili attraverso criteri che restano, in ultima istanza, giuridicamente argomentabili. Tale idea di Costituzione già di per sé non è neutra, in quanto presuppone il riconoscimento di un diritto superiore al potere politico, compreso quello legislativo, e, dunque, implica il principio di legalità nella sua connotazione più pregnante.

Com'è evidente, ogni Costituzione delinea i tratti fondamentali di un ordinamento, ma non si identifica con quest'ultimo.

Al concetto di Costituzione come fonte viene solitamente associata una connotazione prescrittiva e assiologica, evocando l'idea di una legge fondamentale espressiva dei contenuti essenziali del costituzionalismo liberale (separazione dei poteri e garanzia dei diritti, secondo la nota formula contenuta nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789). L'idea secondo cui il concetto moderno di Costituzione sarebbe stato preceduto da uno antico, descrittivo, indicante un'organizzazione, una forma di ordinamento (e, in generale, di *ogni* ordinamento)[13], è stata invece criticata da chi ha sostenuto che essa sarebbe derivata da una «recente diluizione del concetto» che, a sua volta, rifletterebbe l'illusione «di arrivare a un diritto "purificato" universale e depoliticizzato, oppure lo scopo di sfruttare la parola costituzione come una "parola trappola"»[14].

Un dato trascurato nel dibattito teorico è che, nella manualistica di settore e nei testi specialistici indirizzati agli operatori del diritto, l'uso del termine "Costituzione", in assenza di ulteriori specificazioni, rinvia proprio alla fonte suprema dell'ordinamento. Gli impieghi della parola volti a designare un intero ordinamento giuridico o a sostenerne la qualificazione in senso costituzionale

[13] È la nota ricostruzione di C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno* (1947), trad. it. di V. de Caprariis, Bologna, 1990, su cui cfr., per tutti, M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, 11 ss.

[14] G. Sartori, *Elementi di teoria politica*, Bologna, 1990, 23.

emergono all'interno di discorsi ulteriori, di natura argomentativa o valutativa, come accade, ad esempio, nel dibattito sulla configurabilità di una Costituzione dell'Unione europea[15]. Tali usi, pur rilevanti sul piano politico e teorico, non incidono sul significato prevalente e tecnicamente controllabile del concetto di Costituzione, che è quello che lo identifica con una specifica fonte normativa suprema. E, come si è sostenuto altrove, gli slittamenti semantici che si registrano nei discorsi sulla Costituzione si risolvono in usi *metonimici* del termine, come nel caso della concezione istituzionalistica del diritto, che, con una sorta di "sineddoche concettuale", identifica il fenomeno giuridico con l'intera organizzazione istituzionale e finisce con il denominare quest'ultima "Costituzione", o come nella visione decisionistica schmittiana, che, nell'intendere la Costituzione come forma della decisione politica del sovrano, confonde l'effetto (la norma costituzionale) con la causa (la decisione politica) e svaluta del tutto il primo a favore della seconda[16].

L'identificazione del concetto essenziale di Costituzione con l'idea di una fonte normativa appare coerente, d'altro canto, con l'attribuzione alla scienza giuridica del compito di indagare la dimensione normativa dei fenomeni sociali. Il riconoscimento di tale funzione non implica però l'adozione di un normativismo ingenuo, né di un'ormai insostenibile visione "purista" del diritto. Riconoscere che gli strumenti più efficaci di cui dispone la scienza giuridica sono quelli funzionali all'indagine dei dati normativi non significa, infatti, disconoscere la complessità del fenomeno giuridico, che può e deve essere indagato anche da altre prospettive (come quelle dell'economia, della sociologia, della scienza politica ecc.) per poter essere pienamente compreso. La stessa scienza giuridica – e quella costituzionalistica, in particolare – può ricostruire, inoltre, in modo attendibile, e scientificamente controllabile, i dati normativi esaminati soltanto attraverso un'adeguata conoscenza dei contesti sociali, economici, politici, culturali, ambientali, tecnologici entro i quali i dati stessi sono elaborati, prodotti e acquistano senso. Ecco perché la scienza costituzionalistica possiede uno statuto epistemologico *ibrido* e *aperto* ai contributi provenienti da altre

[15] Cfr., per tutti, A. Ruggeri, *Una Costituzione e un diritto costituzionale per l'Europa unita*, in P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, L. Trucco, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, VII ed., Torino, 2026, 1 ss.

[16] Sia consentito rinviare, sul punto, ad A. Morelli, A. Ruggeri, *La Costituzione, le sue trasformazioni, la sua scienza (profili metodico-teorici)*, cit., 23 ss. Per metonomia si intende quella figura retorica che consiste nella «designazione di un'entità qualsiasi mediante il nome di un'altra entità che stia alla prima come la causa sta all'effetto e viceversa, oppure che le corrisponda per legami di reciproca dipendenza»: B. Mortara Garavelli, *Manuale di retorica*, Milano, 2003, 148. Una specie di metonomia è la sineddoche, consistente in quella figura retorica in base alla quale l'uso di una parola «ne denota di per sé un'altra, la quale sta con la prima in relazione "di quantità": come quando si nomina la parte per il tutto e viceversa»: (*ivi*, 152).

discipline che, come si proverà a chiarire nel prosieguo, forniscono gli elementi necessari a un discorso scientifico sulla Costituzione e sul diritto costituzionale.

3. *Costituzionalismi e attivismo dottrinale: dall'oggettività dello studio alla controllabilità epistemica*

Un'indagine sullo statuto epistemologico della scienza costituzionalistica non può prescindere dal coinvolgere il rapporto che la Costituzione intrattiene con il *costituzionalismo*, il quale corrisponde innanzitutto a un articolato movimento filosofico, politico e culturale[17].

Al di là del suo impiego nell'ambito degli studi storici, il termine "costituzionalismo", tuttavia, viene oggi utilizzato anche per indicare diffuse istanze espresse in ambito politico e scientifico, volte ad estendere i paradigmi e i principi del costituzionalismo liberal-democratico a contesti diversi da quelli in cui quest'ultimo ha preso forma e trovato espressione in origine. E, così, solo per fare qualche esempio, si è parlato di un "costituzionalismo multilivello" per argomentare e legittimare l'applicazione degli strumenti del costituzionalismo alla dimensione sovranazionale e a quella internazionale[18]; di un "costituzionalismo digitale", che effettua la medesima operazione con riguardo al contesto delle nuove tecnologie, le quali, com'è noto, pongono problemi inediti alla sovranità degli Stati e alle tradizionali forme di tutela dei diritti[19]; di "costituzionalismo ambientale", che intende declinare il patrimonio concettuale in questione in modo da affrontare le formidabili sfide della tutela dell'ambiente e degli ecosistemi[20]. Gli esempi potrebbero continuare, ma quel che qui importa sottolineare è che nel momento in cui ci si ponga nella prospettiva del costituzionalismo (o di uno dei vari costituzionalismi oggi esistenti), *la ricerca tende ad acquisire una connotazione militante*, transitando dallo studio del diritto della politica alla formulazione di proposte di politica del diritto. Proposte che ovviamente possono riguardare orientamenti giurisprudenziali ritenuti me-

[17] Così A. Pace, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Costituzionalismo.it*, 2003, 2.

[18] Sul costituzionalismo multilivello cfr., almeno, J.H.H. Weiler, *La Costituzione dell'Europa* (1999), a cura di F. Martines, Bologna, 2003; I. Pernice, F. Mayer, *La costituzione integrata dell'Europa*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione dell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2003, 43 ss.; A. D'Atena, *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, Torino, 2007; I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, 541 ss.

[19] Sul costituzionalismo digitale cfr., per tutti, O. Pollicino, *Costituzionalismo digitale. Pensare la democrazia al tempo dell'IA*, Bologna, 2025.

[20] Cfr., in particolare, D. Amirante, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022.

ritevoli di revisioni o l'adozione di nuovi atti normativi, considerati necessari per far fronte alle esigenze sopra indicate.

Il termine "movimento", infatti, evoca l'idea di un'aggregazione di individui accomunati da idee e programmi di intervento funzionali a provocare mutamenti nell'assetto sociale. L'esigenza di produrre un *sapere controllabile* può, dunque, risultare recessiva rispetto alle finalità di un movimento, che è primariamente connotato dalla militanza dei suoi componenti. Militanza che, d'altro canto, non è sempre deleteria per la stessa ricerca scientifica, come subito si proverà a chiarire, potendo risultare anzi, per quest'ultima, proficua se ci si pone nella prospettiva del c.d. *contesto di scoperta* delle ipotesi e delle teorie, ossia nella dimensione dei fattori (psicologici, sociali e culturali) che incidono sulla nascita e sullo sviluppo delle idee. E, tuttavia, la piena ed effettiva scientificità dei risultati della ricerca non può sottrarsi all'applicazione, nel c.d. *contesto di giustificazione*, di rigorose procedure di controllo logico-formale ed empirico delle stesse ipotesi e teorie, volte a verificarne la validità[21].

Basare sulla controllabilità la stessa scientificità degli asserti consente di ridurre sensibilmente, se non di accantonare del tutto, il tema dell'oggettività degli studi giuridici. Si tratta di un problema che, com'è noto, è stato ampiamente dibattuto nell'ambito delle ricerche sulla metodologia delle scienze sociali e di quelle giuridiche, in particolare[22]. La difficoltà di riconoscere un sufficiente grado di oggettività agli studi in tale ambito dipenderebbe, in particolare, dal condizionamento esercitato dalla relatività dei valori che orientano ciascuno studioso e ciascuna comunità (scientifica o sociale).

Diverse sono state le strategie proposte per assicurare l'oggettività degli studi sociali. A una posizione radicale, in base alla quale sarebbe possibile e necessario *cancellare* del tutto le scelte di valore in ogni fase dell'attività di ricerca, anche attraverso l'impiego di un linguaggio scientifico neutro e asettico, si è contrapposta una soluzione più moderata da chi ha suggerito di *neutralizzare* il peso dei valori nella ricerca sociale. Tale ultima strategia richiede di adottare una serie di accorgimenti, come la separazione dei giudizi di fatto da quelli di valore, la precisazione, in premessa di ogni discorso, delle proprie preferenze e l'applicazione di una serie di "regole di imparzialità", come quella secondo

[21] Sulla distinzione tra contesto di scoperta e contesto di giustificazione, cfr. soprattutto H. Reichenbach, *Experience and Prediction: An analysis of the foundations and the structure of knowledge*, Chicago, 1938, 6 ss.; in merito, sia consentito rinviare anche al mio *Come lavora un costituzionalista? Per un'epistemologia della scienza del diritto costituzionale*, cit., spec. 531 ss.

[22] Imprescindibile il riferimento a M. Weber, *L'«oggettività» conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale*, in Id., *Il metodo delle scienze storico-sociali* (ed. del 1988), a cura di P. Rossi, Torino, 2003, 35 ss.

cui occorre dare atto di tutte le diverse tesi sostenute sul tema di volta in volta affrontato[23].

Con specifico riguardo all'ambito del diritto costituzionale, utili spunti di riflessione possono trarsi da un recente dibattito sviluppatosi a proposito del c.d. "*scholactivism*", l'attivismo dottrinale. Dibattito avviato da un intervento di Tarunabh Khaitan, secondo il quale la ricerca sociale, se indirizzata al perseguimento di specifici risultati materiali, finirebbe con il risultare incompatibile con le finalità proprie dello studioso, ossia la ricerca della verità e la diffusione della conoscenza[24]. In tale prospettiva, oltretutto, l'attivismo ideologico e politico finirebbe con l'essere controproducente per le stesse istanze di giustizia che pretenderebbe di soddisfare. Anche l'attivismo dottrinale moderato, infatti, pur rimanendo entro i confini di un rispetto formale delle regole deontologiche della ricerca scientifica, presenterebbe rischi notevoli per l'attendibilità dei risultati cui condurrebbe; e ciò in quanto esigerebbe tempi più brevi (dettati dagli stessi risultati materiali ai quali tenderebbe) di quelli necessari a una corretta attività di ricerca e presupporrebbe un atteggiamento di certezza inappropriato in ambito scientifico. Inoltre, lo *scholactivism* porterebbe a premiare i risultati ritenuti "giusti" in relazione alle finalità perseguite, non in base a criteri idonei ad assicurare una rigorosa validazione scientifica[25]. La soluzione proposta da Khaitan, pertanto, è quella di conciliare l'anima dell'"attivista" con quella dello "scienziato", operando una separazione delle sfere di competenza e delle fasi della ricerca: l'attivista entrerebbe in campo nella scelta del tema, selezionato il quale subentrerebbe lo scienziato, che dovrebbe condurre la ricerca nel più scrupoloso rispetto del metodo scientifico (tenendo conto di tutta la letteratura di settore, cercando prove a favore ma anche contro le ipotesi formulate, partecipando a workshop, sottoponendo i propri scritti alle procedure di valutazione tra pari ecc.). Dopo la pubblicazione dello studio, sarebbe nuovamente il turno dell'attivista, il quale avrebbe il compito di divulgare, con tutti i mezzi a sua disposizione, i risultati della propria ricerca[26].

Numerose sono state le critiche mosse alle riflessioni di Khaitan. Si è obiettato, innanzitutto, che sarebbe impossibile argomentare in modo neutrale su concetti eticamente pregnanti come quelli di democrazia, Stato di diritto, eguaglianza o libertà, la cui comprensione richiederebbe proprio la

[23] Su tali posizioni, cfr., per tutti, G. Sartori, *Logica, metodo e linguaggio nelle scienze sociali*, Bologna, 2011, 87 ss.

[24] T. Khaitan, *On Scholactivism in Constitutional Studies: Skeptical Thoughts*, in *International Journal of Constitutional Law*, Volume 20, Issue 2, April 2022, 548.

[25] *Ivi*, 551 ss.

[26] *Ivi*, 555 ss.

formulazione di giudizi di valore e si è giudicata illusoria l'idea secondo cui si potrebbe passare dal ruolo di attivista a quello di scienziato e viceversa nelle varie fasi dell'attività di ricerca[27]. Si è rilevato che anche la decisione di non intervenire nel dibattito pubblico su temi di rilevanza costituzionale, da parte degli stessi costituzionalisti, avrebbe una valenza politica[28]. Si è detto, ancora, che l'attivismo della dottrina produrrebbe anche rilevanti «benefici epistemici», dal momento che la motivazione a raggiungere risultati materiali potrebbe essere un importante stimolo per lo studioso e, come sostenuto dall'epistemologia femminista, la passione, l'impegno e persino la rabbia contro l'ingiustizia potrebbero ispirare intuizioni, rivelandosi importanti fattori di conoscenza[29]. Si è rilevato che i problemi segnalati da Khaitan non dipenderebbero soltanto dall'attivismo dottrinale, ma anche, e soprattutto, da altre ragioni, come la necessità di pubblicare in tempi rapidi per rispettare le scadenze accademiche o la mera negligenza degli studiosi e, pertanto, tali criticità andrebbero denunciate e affrontate indipendentemente dalla natura delle loro cause; si è polemicamente obiettato, inoltre, che in diversi Paesi autoritari, in cui gli stessi accademici sono oggetto di persecuzioni, l'attivismo degli studiosi sarebbe necessario, essendo la neutralità un lusso che questi ultimi non potrebbero permettersi[30]. Si è, poi, contestato, in radice, che il perseguimento di specifici scopi materiali sia necessariamente un male, essendo legittimo che una ricerca in campo costituzionalistico sia orientata a perseguire concreti mutamenti ordinamentali[31]. Si è rilevato, d'altro canto, che non sempre la rapidità della produzione scientifica è da condannare, considerato, peraltro, che in diversi casi gli studiosi intervengono nel dibattito pubblico sostenendo teorie già da tempo dagli stessi elaborate[32].

Si è detto, più in generale, che la torre d'avorio nella quale Khaitan pretenderebbe di relegare i costituzionalisti finirebbe con il costituire un ostacolo per la stessa conoscenza della realtà, sottraendo gli studiosi alle loro responsabilità

[27] Per tali critiche cfr., in particolare, T. Bustamante, *Academic Roles, Political Freedoms, and Practical Abilities*, in *Verfassungsblog*, 22 agosto 2022.

[28] Cfr. J. Morijn, *The Language of Power*, in *Verfassungsblog*, 22 agosto 2022.

[29] Cfr., in tal senso, A. Stone, *A Defence of Scholactivism*, in *Verfassungsblog*, 22 agosto 2022, la quale richiama le tesi di A. Srinivasan, *The Aptness of Anger*, in *The Journal of Political Philosophy*, Volume 26, 2, 2018, 123 ss. e di K. Jones, *Quick and Smart? Modularity and the Pro-Emotion Consensus*, in *Canadian Journal of Philosophy*, Volume 36 (2006), Supplement [vol. 32], 3 ss.

[30] Cfr. C. Farid, S. Latorre, *Scholactivism and the Global South*, in *Verfassungsblog*, 24 agosto 2022.

[31] Cfr. M. Scheinin, *'Activism' Is Not the Problem*, in *Verfassungsblog*, 24 agosto 2022.

[32] Cfr. S. Bookman, *What's wrong with good "scholactivism"?*, in *Verfassungsblog*, 26 agosto 2022.

sociali e rischiando di condannare le loro ricerche all'irrilevanza sociale e politica[33].

Benché le critiche mosse alla riflessione di Khaitan in alcuni casi colgano nel segno, la sua proposta metodologica intende affrontare un problema reale: quello della difficoltosa salvaguardia del metodo scientifico a fronte delle pressanti esigenze del dibattito pubblico, nel quale gli studi di diritto costituzionale sovente assumono, per ovvie ragioni, una notevole rilevanza politica e sociale.

L'attivismo dottrinale, tuttavia, non può essere considerato un male in sé, rappresentando, piuttosto, un atteggiamento proficuo dal punto di vista euristico. Nel contesto di scoperta non ci sono regole e l'esigenza di raggiungere specifici obiettivi materiali può anzi costituire un prezioso movente. In tale prospettiva, i tanti, odierni costituzionalismi fungono da *vettori euristici* della ricerca, ispirando e sollecitando sperimentazioni concettuali e nuove elaborazioni teoriche.

È piuttosto nel contesto di giustificazione che occorre applicare una metodologia scientifica rigorosa che, per le ragioni che subito si diranno, non può essere fondativa ma soltanto "negativa", in quanto non ha i mezzi per costituire o fondare l'oggetto del proprio studio, ma solo quelli utili a distinguere i discorsi scientifici sulla Costituzione da quelli che, in quanto non controllabili, non lo sono.

4. *Gli strumenti di una* metodologia negativa

Occorre adesso soffermarsi sugli assunti della metodologia negativa che qui si propone e sulle sue implicazioni pratiche.

Come già chiarito, la prospettiva entro cui ci si muove non è ontologica, ma epistemica: non si pretende di dire cosa il diritto sia o quali siano i suoi presupposti extragiuridici; si vuole provare soltanto a definire le condizioni necessarie affinché un discorso sulla Costituzione possa intendersi scientifico e non meramente funzionale a narrazioni legittimanti l'ordinamento vigente, l'azione di determinate forze politiche o istanze trasformative del diritto positivo[34]. Tali moventi, come si è detto, possono costituire importanti stimoli alla

[33] Cfr. A. Alemanno, *Why Academic Ivory Towerism Can't Be The Answer*, in *Verfassungsblog*, 31 agosto 2022.

[34] La metodologia negativa che qui si propone si muove, dunque, su un piano diverso da quello fatto proprio da una recente ricostruzione, che intende fondare il diritto sulla «normatività naturale dell'essere umano, che, a partire dall'unità dell'uomo fatto di corpo e spirito, sutura la frattura tra natura e cultura, tra fatto e valore, tra Costituzione vivente e Costituzione scritta»: L. Buffoni, *Il metodo del diritto costituzionale. La natura e l'artificio*, cit., 81. Tale teoria mira a sottrarre la normatività costituzionale alla concorrenza di ordini presentati come naturalmente necessari – quali l'economia, il mercato o la tecnica – ma lascia aperto il problema della selezione

stessa ricerca, la quale, tuttavia, per poter approdare a risultati scientifici, deve produrre teorie controllabili logicamente ed empiricamente, nei termini che ora si chiariranno. Occorre precisare, inoltre, che poiché i discorsi fondativi non rientrano nell'orizzonte della presente analisi, quest'ultima non può collocarsi nella prospettiva di alcuna teoria generale del diritto. Il prezzo, ma anche i vantaggi di una simile scelta si colgono sul piano della certezza dei risultati: da un lato, infatti, si rinuncia a definire in cosa consista la natura del diritto e quale sia il suo fondamento; dall'altro, però, si acquista una maggiore certezza, sul piano epistemico, ponendo attenzione sui controlli che assicurano la scientificità dei discorsi giuridici.

L'adozione di un siffatto punto di vista conduce, dunque, ad abbandonare il tema (ontologico) dell'oggettività della scienza costituzionalistica e a mettere in luce quello della controllabilità delle sue teorie. Il che non significa spostare semplicemente il problema: non si vuole assumere, infatti, una nozione forte di oggettività dei controlli, i quali pure sono storicamente situati, fallibili e suscettibili di revisione. La loro funzione non è quella di garantire la verità degli enunciati, ma di renderli *pubblicamente discutibili*, *criticabili* e, in linea di principio, *confutabili* all'interno di una comunità scientifica. È proprio in questa *intersoggettività procedurale*, e non in una pretesa oggettività ontologica, che risiede la scientificità del discorso costituzionalistico.

Sulla base di tale premessa, occorre adesso intendersi su come siano strutturati e come funzionino tali controlli.

Un buon punto di partenza continua ad essere rappresentato dal *criterio di falsificabilità* popperiano, fatto oggetto di diverse critiche[35], ma ancora utile a consentire un primo filtro di scientificità delle teorie. In base a tale criterio, una teoria, per essere scientifica, deve essere strutturata in modo tale da permetterne la confutazione; il che richiede che la classe dei suoi potenziali "falsificatori" (le asserzioni-base che la contraddicono) non sia vuota[36]. Un asserto sempre vero e mai confutabile non può considerarsi scientifico, in quanto la sua controllabilità, sul piano fattuale, risulta impossibile. Tale metodo mantiene la propria validità anche se si adotta la prospettiva lakatosiana secondo cui la scienza si svilupperebbe attraverso il confronto tra diversi programmi di ricerca in competizione tra loro, ossia tra insiemi di teorie che trarrebbero alimento da

scientifica delle teorie e delle pratiche interpretative, che richiede criteri di controllabilità logica ed empirica indipendenti da ogni opzione fondativa.

[35] Sia consentito rinviare, al riguardo, al mio *Come lavora un costituzionalista? Per un'epistemologia della scienza del diritto costituzionale*, cit., 523.

[36] Cfr. K.R. Popper, *Logica della scoperta scientifica* (1934), trad. it. di M. Trinchero, Torino, 2001, 76; Id., *Congetture e confutazioni* (1969), trad. it. di G. Pancaldi, Bologna, 1972, 92 ss.

un unico nucleo teorico centrale[37]. Un nuovo programma di ricerca risulterebbe preferibile a uno precedente nel momento in cui venisse considerato *progressivo* rispetto al primo, ossia dotato di una maggiore capacità esplicativa dei fatti oggetto di studio. In tale diversa prospettiva, a risultare *regressivo* sarebbe il programma di ricerca che tendesse ad inglobare *ex post* i fatti senza riuscire a spiegarli, adattando di volta in volta le proprie teorie.

Provando a fare qualche esempio, non sembrano superare tale filtro la teoria della Costituzione in senso materiale, nella sua formulazione classica[38], e quella dell'esistenza delle «consuetudini costituzionali facoltizzanti» che, a ben vedere, si muovono sullo sfondo del medesimo orizzonte teorico o, se si vuole, concorrono a comporre il medesimo "programma di ricerca".

Per quanto riguarda la prima, l'asserto secondo cui l'ordinamento costituzionale si fonderebbe sulle forze politico-sociali dominanti e sulle finalità da queste ultime perseguite è, per definizione, vera e inconfutabile. Ogni ordinamento, infatti, presuppone l'esistenza di una organizzazione che distingue governanti da governati (non si ha notizia di ordinamenti del tutto privi di siffatta articolazione e comunque un'ipotesi del genere non è contemplata dalla teoria in esame). La volontà e l'azione delle forze dominanti, d'altro canto, reggono e orientano le dinamiche ordinamentali, traducendosi in ciò sostanzialmente la loro stessa posizione di predominio. Tale teoria, pertanto, può essere impiegata – come di fatto lo è stato – per legittimare o, al contrario, per delegittimare le forze politiche istituzionali (ad esempio, sostenendo che le *vere* forze dominanti non sono quelle previste dalla Costituzione), ma non per spiegare, in modo potenzialmente confutabile, determinati fenomeni giuridici.

Un'analoga considerazione può svolgersi riguardo alle «consuetudini costituzionali facoltizzanti», fonti non scritte che non imporrebbero alcun obbligo ma consentirebbero soltanto determinati comportamenti istituzionali. Qualsiasi atteggiamento, rientrante o meno tra quelli "consentiti", sarebbe idoneo, infatti, a dimostrare la vigenza di tali fonti, così come atteggiamenti contrari, in quanto appunto di facoltà e non di obblighi si starebbe parlando. Viene così a mancare, anche in questo caso, la stessa possibilità di falsificare l'ipotesi della loro esistenza[39].

[37] Cfr. I. Lakatos, *La metodologia dei programmi di ricerca scientifici* (1978), a cura di M. Motterlini, trad. it. di M. D'Agostino, Milano, 2001.

[38] Cfr. C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, rist. inalt. con una premessa di G. Zagrebelsky, Milano, 1998; Id., *Costituzione (Dottrine generali e Costituzione della Repubblica Italiana)*, in *Enc. dir.*, XI (1962), 139 ss.

[39] Cfr., nel medesimo senso, R. Bin, *La Corte e la scienza*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004, Torino, 2015, 47, e, *amplius*, Id., *L'ultima fortezza. Teoria della*

La funzione della teoria in esame sembra essere quella di riconoscere efficacia giuridica a regolarità riscontrabili nella prassi di organi costituzionali. Se anche, per ipotesi, questi ultimi seguissero le regole consuetudinarie individuate dalla dottrina *esclusivamente perché da quest'ultima riconosciute come fonti normative*, la teoria impiegata a tal fine non acquisirebbe comunque fondamento scientifico. L'efficacia giuridica di una costruzione dottrinale e la sua controllabilità epistemica restano, infatti, piani del tutto distinti, che la metodologia della scienza costituzionalistica non può legittimamente confondere.

L'analisi delle consuetudini costituzionali facoltizzanti mostra quanto il problema del metodo della scienza costituzionalistica incida sull'individuazione stessa dell'oggetto di studio. La distinzione tra descrittivo e prescrittivo, infatti, tende frequentemente a sfumare, soprattutto quando si discute della nozione di Costituzione in senso sostanziale e dei criteri attraverso i quali ricondurre determinati comportamenti, prassi o assetti istituzionali all'interno della materia costituzionale. Se, come si è detto, la nozione di fonte normativa suprema è quella nella quale si può identificare il nucleo concettuale del termine "Costituzione" e se, però, la stessa materia costituzionale non si esaurisce nel perimetro della fonte che porta questo nome, il discorso sui confini di tale materia, per potere risultare autenticamente scientifico, deve essere, innanzitutto, confutabile.

A questo primo filtro di scientificità delle teorie e degli asserti, si deve affiancare, poi, un serio e non meramente ornamentale *confronto comparatistico* delle tesi sostenute.

L'attuale articolazione dei settori scientifico-disciplinari, che distingue il diritto interno da quello comparato, alimenta un equivoco di fondo circa il ruolo della comparazione negli studi giuridici. Il confronto con esperienze di altri ordinamenti è, infatti, una pratica che concorre a garantire la scientificità dei discorsi sulla Costituzione; essa, infatti, consente di verificare la tenuta delle categorie concettuali utilizzate e delle ricostruzioni teoriche formulate, sottraendole al rischio d'indebita generalizzazione di soluzioni contingenti[40]. Il confronto comparato svolge, in tal senso, una funzione eminentemente critica, rendendo controllabili i discorsi sul diritto costituzionale attraverso l'esposizione a esperienze istituzionali differenti, ma strutturalmente confrontabili.

La controllabilità empirica degli asserti costituzionalistici presenta, peraltro, caratteri peculiari, in quanto non può che essere, nella maggior parte dei

costituzione e conflitti di attribuzione, Milano, 1996, 41 ss., il quale, sulla base di un'osservazione di Kelsen, rileva come il «permettere in modo negativo un certo comportamento» non rientri tra i possibili oggetti di una norma giuridica.

[40] Sul punto sia consentito rinviare ancora al mio *Comparazione e ipotesi scientifiche: appunti per uno studio sulle forme di governo*, cit., 1 ss.

casi, *indiretta*, dal momento che i "fatti" rilevanti ai fini della verifica empirica delle teorie giuridiche non sono immediatamente accessibili attraverso gli strumenti propri della scienza del diritto, ma vengono definiti e analizzati da altre discipline, quali la scienza politica, l'economia, la sociologia, la storia. Ne deriva che la scienza costituzionalistica, pur restando normativa, non può sottrarsi a un confronto metodologicamente consapevole con tali saperi, dai quali dipende, in larga misura, la possibilità stessa di controllare empiricamente le proprie affermazioni.

È in questa combinazione tra *falsificabilità logica*, *comparazione* e *controllo empirico mediato* che la metodologia negativa qui proposta mostra la propria capacità selettiva, non indicando *come* debba essere costruita una teoria, ma chiarendo *quando* una teoria o, più ampiamente, un programma teorico-ricostruttivo non possano più dirsi scientificamente sostenibili.

5. *Conclusioni: il metodo come limite e come responsabilità*

La scientificità della ricerca costituzionalistica non dipende necessariamente dalla capacità di quest'ultima di soddisfare pretese fondative; può essere cercata, più sobriamente ma anche più solidamente, nelle condizioni che rendono gli asserti pubblicamente discutibili, criticabili e, in linea di principio, confutabili: in una parola, nella loro controllabilità epistemica.

La metodologia negativa qui proposta non aspira a definire canoni positivi di ricerca, né pretende di sostituirsi alle molteplici opzioni teoriche e valutative che attraversano lo studio della Costituzione. Il suo compito è più circoscritto e, proprio per questo, più esigente: tracciare confini, individuando criteri oltre i quali il discorso sulla Costituzione smette di essere scientifico e si trasforma in narrazione non controllabile.

Il metodo deve tradursi, dunque, in un *limite* della ricerca; ma non un limite esterno, imposto dall'autorità o dalla tradizione, ma interno allo stesso discorso scientifico, che lo studioso accetta per preservare la natura conoscitiva, e non meramente persuasiva, della propria attività.

Se il metodo è limite, esso è anche, inevitabilmente, *responsabilità*: anzitutto, verso la comunità scientifica, interagendo con la quale lo studioso deve rendere trasparenti i presupposti del proprio ragionamento, esponendolo al controllo dei pari e accettandone l'eventuale confutazione; inoltre, verso la collettività, nell'ambito del dibattito pubblico (e qui può cogliersi pienamente il valore di quella che oggi viene definita "terza missione" degli studiosi).

In un'era segnata da narrazioni che tendono a presentare come entità "naturali" il potere e il mercato (ma, su altro fronte, anche alcuni elementi dell'assetto istituzionale, spesso presentati come necessari e immutabili), la

responsabilità dello studioso non coincide con la rinuncia a ogni militanza, né con l'illusione di una neutralità assoluta, ma con l'obbligo di distinguere i piani, lasciando che il contesto di scoperta resti aperto alla passione civile, alle istanze dei costituzionalismi, alle urgenze del presente, ma pretendendo, nel contempo, che le tesi avanzate siano sottoposte, nel contesto di giustificazione, a rigorosi controlli pubblici.

In questa prospettiva, la metodologia negativa, che qui si è delineata, non impoverisce la scienza costituzionalistica, ma, al contrario, la rende più consapevole dei propri limiti e, quindi, più credibile ed utile, anche sul piano pratico, nel contribuire a mantenere aperto lo spazio in cui il diritto costituzionale può continuare a svolgere la funzione di limite argomentabile al potere.

Inizio modulo

Maria Grazia Nacci[*]

SOLIDARIETÀ, SUSSIDIARIETÀ E TERZO SETTORE

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi. – 2. Il Terzo settore nella lunga stagione di ridefinizione del *Welfare*. – 3. La riforma del Terzo settore nella cornice costituzionale. – 4. La problematica implementazione del nuovo modello collaborativo e relazionale dei rapporti PA/ETS. – 5. Qualche conclusione.

1. *Rilievi introduttivi*

Significativi i contributi di riflessione forniti da Salvatore Prisco in tema di solidarietà e sussidiarietà in scritti che contengono intuizioni ed offrono spunti molto utili nell'analisi delle linee evolutive del *Welfare* italiano e dei suoi più recenti approdi, raggiunti proprio nel segno dell'attuazione costituzionale di quei principi.

Ed invero, nei primi anni del nuovo secolo[1] il Maestro ripercorreva il pensiero di Serio Galeotti, secondo il quale la solidarietà – «principio giuridico di natura costituzionale dalla portata prescrittiva»[2] – è un valore insito nella centralità della persona umana nel disegno costituzionale, con due diverse 'tipizzazioni' possibili: da un lato, la solidarietà doverosa o fraterna, ricavabile dall'art. 2 Cost., che opera «come modo doveroso e cooperante, da parte dei cittadini, nell'adempimento delle loro varie solidarietà» su un piano orizzontale, esprimendo un moto ascendente, dal basso verso l'alto, dai singoli verso la Repubblica, comprensiva di tutti gli enti e le amministrazioni pubbliche; dall'altro, la solidarietà pubblica o paterna, avente il suo fondamento nell'art. 3, co. 2 Cost. e che agisce, invece, su un piano verticale, esprimendo un moto discendente, dall'alto verso il basso e che si «volge nei campi sociale ed economico» dove «se ne avverte più acutamente la necessità»[3].

[*] Professoressa associata di diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

[1] S. PRISCO, *La solidarietà verticale: autonomie territoriali e coesione sociale*, in B. Pezzini, C. Sacchetto (a cura di), *Il dovere di solidarietà. Atti del Convegno. Giornate europee di diritto costituzionale tributario*, Milano, 2005, 25, ID., *Solidarietà e sussidiarietà nel pensiero dell'ultimo Galeotti*, in B. PEZZINI, *Poteri e garanzie nel diritto costituzionale. L'insegnamento di serio Galeotti*, Milano, 2003, 115 ss. Sul tema, A. GEROSA, A. STEVANATO, *Nel tempo e nello spazio: l'eredità di Serio Galeotti sui nuovi doveri di solidarietà*, in *Consultaonline*, III/2023, 797 ss.

[2] S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà nella costituzione italiana,* in *Diritto e società*, 1/1996, 4.

[3] S. PRISCO, *La solidarietà verticale*, cit., 15 s.; S. GALEOTTI, *op. cit.*, 10 ss.; G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 50.

Prisco legge nella riflessione di Galeotti – pur precedente alle Leggi Bassanini ed alla riforma del Titolo V – apprezzamento per l'intuita tendenza evolutiva dell'ordinamento italiano verso un decentramento più avanzato, con preferenza, tra le varianti possibili, per «una modalità strutturale e funzionale di tipo cooperativo», che fa perno proprio sul principio di solidarietà[4].

Ecco che per il Maestro qui omaggiato, tale principio dopo la riforma costituzionale del 2001 doveva passare, in primo luogo, «attraverso la griglia della riorganizzazione dei poteri sul territorio e del 'loro dimagrimento' complessivo, in quanto pubblici, per dare spazio al mondo *self helping* per poi eccedere lo spazio fisico della nostra esistenza ed aprirsi ed articolarsi in orizzonte di solidarietà coi lontani – per idee, fede, etnia – o coi posteri[5]»[6]. Più recente una interessante riflessione sulla «rinnovata sensibilità al valore della solidarietà come coesione inter e infra-statale, inscritto come principio negli atti fondativi dell'Unione Europea» all'esito delle tre grandi crisi (*Brexit*, emergenza pandemica e conflitto russo-ucraino) che, nell'arco di soli cinque anni, hanno investito il nostro continente[7]. In tale sede Prisco ricorda che il principio solidarista, consacrato nella Costituzione come inscindibilmente legato ai principi personalista e pluralista nell'art. 2, è un «ponte tra libertà ed eguaglianza», che attraversa tutti i rapporti civili, etici-sociali ed economici ed è «servente non solo rispetto alla tenuta del *Welfare State*, ma altresì a tutelare quegli interessi che lo spontaneismo e l'individualismo non sarebbero in grado di proteggere»[8].

È noto che l'acquisizione di consapevolezza del senso più profondo del principio di solidarietà è passata attraverso la crisi del modello esclusivamente verticale o "paterno"[9] che aveva caratterizzato le politiche pubbliche dello Stato sociale assistenzialista e l'affermazione (dapprima sul piano legislativo, alla fine anni degli Novanta del secolo scorso, poi con la revisione del 2001) della sua dimensione orizzontale, la cui compiuta declinazione implica l'applicazione del canone della sussidiarietà, assunta come clausola "dinamica" di alloca-

[4] S. Prisco, *op. ult. cit.*, 16.

[5] Dopo la l. cost. n. 1/2022, *ex plurimis*, T. Guarnier, *La solidarietà intergenerazionale nella prospettiva costituzionale. Prime riflessioni su alcuni nodi da sciogliere*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2022; sul tema ante riforma, R. Bifulco, A. D'Aloia (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008; R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008.

[6] S. Prisco, *La solidarietà verticale*, cit., 25.

[7] 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, 22.

[8] Così S. Prisco, M. Tuozzo, *op. cit.*, 29.

[9] S. Galeotti, *op. cit.*, 10 ss.

zione dei compiti di interesse pubblico[10], che consente una riorganizzazione dei servizi sociali, in cui l'erogazione delle relative prestazioni non è a carico del solo settore pubblico, ma vede la partecipazione anche di quello privato lucrativo e di quello non lucrativo di utilità sociale.

Solidarietà[11] e sussidiarietà[12], dunque, nell'implicare la partecipazione dei singoli ed il coinvolgimento delle autonomie sociali ed istituzionali nel perseguimento dei fini costituzionali, sono a fondamento della legislazione promozionale del c.d. "Terzo settore" (TS), la cui evoluzione, nella cornice euro-unitaria, ha condotto alla costruzione di nuovi modelli relazionali e collaborativi tra Enti del Terzo settore (ETS) e Pubbliche amministrazioni (PA).

Interessante si rivela, oggi, la riflessione sulla cd. 'amministrazione condivisa'[13], su quella "interazione virtuosa" del TS con i diversi livelli istituzionali, auspicata e sostenuta anche dal PNRR[14] – per la cui realizzazione il principio di sussidiarietà ha un ruolo chiave[15] – e che oggi rappresenta un «fondamentale banco di prova per saggiare la tenuta concreta della nuova metodologia relazionale tra PA e TS»[16].

[10] F. Giuffrè, *Libertà e solidarietà nella prospettiva del nuovo modello federale di Welfare*, in B. Pezzini, C. Sacchetto, (a cura di), *Il dovere di solidarietà.*, cit.

[11] *Ex plurimis* F. Giuffrè, *I doveri di solidarietà sociale*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*. Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006, Torino, 2007.

[12] Sui filoni di pensiero ispiratori di tale principio, A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2001, 14.

[13] *Ex plurimis,* G. Arena, M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Trento, 2022.

[14] V. 20, 44. Molteplici i richiami trasversali a tutta la Missione 5 – Inclusione e Coesione, ove il concetto di inclusione sociale (asse strategico assieme a 'digitalizzazione' e 'innovazione e transizione ecologica') è «strettamente legato al protagonismo degli attori sociali e del terzo settore, con un forte coinvolgimento delle reti di cittadinanza e dell'economia sociale» (PNRR,19), dovendo l'azione pubblica potersi avvalere «del contributo del Terzo Settore anche attraverso la pianificazione in coprogettazione di servizi giovandosi della sinergia tra impresa sociale, volontariato e amministrazione, operando così una lettura più penetrante dei disagi e dei bisogni al fine di intercettare le nuove marginalità e fornire servizi più innovativi, in un reciproco scambio di competenze ed esperienze che arricchiranno sia la PA sia il Terzo Settore» (PNRR,137).

[15] S. Prisco, M. Tuozzo, *Dalle crisi nuove opportunità*, cit. 39-40. S. Prisco, *Delle epidemie. Un (per)corso fra letteratura e diritto. Primi appunti di viaggio,* in *Historia et ius*, n. 19/2021, 18 esorta, inoltre, a ricordare le cause della debolezza del nostro Stato sociale, come bussola per orientare l'impiego delle ingenti somme messe a disposizione dall'UE per ammodernare apparati e procedimenti e risollevare i disagi emersi nella popolazione.

[16] B. Vimercati, *Pubblica Amministrazione e Terzo Settore: un rapporto imprescindibile per l'attuazione costituzionale della sussidiarietà orizzontale*, in *Riv. Trim. di Sc. Amm.*, n. 2/2023, 18.

Nelle pagine che seguono si proverà a tracciare le linee evolutive di tale percorso ed a riflettere su prospettive e potenzialità dell'amministrazione condivisa in una ottica di attuazione costituzionale.

2. *Il Terzo settore nella lunga stagione di ridefinizione del* Welfare

È noto che alla notevole espansione del *Welfare State* nello spazio europeo, registrata nel secondo dopoguerra sull'onda della straordinaria crescita economica di quegli anni, è seguita una fase di reflusso, connessa alla crisi energetica degli anni Settanta ed all'imponente crescita del debito pubblico con conseguenti politiche economiche di tagli alla spesa pubblica, dall'impatto sempre più negativo sul riconoscimento di diritti ed erogazione di servizi sociali[17]. La scarsità di risorse[18] e la costante emersione di sempre nuovi rischi e bisogni sociali[19], in connessione con epocali mutamenti sul piano culturale, demografico ed economico, hanno imposto ai sistemi di *welfare*, nell'ultimo ventennio, l'avvio di una imponente stagione di riforme.

Il drastico ridimensionamento dello Stato sociale si è accompagnato alla forte valorizzazione proprio del principio di sussidiarietà orizzontale, in correlazione con il principio di solidarietà[20]. Quelle crisi e trasformazioni sociali hanno innescato un processo nel quale la sfera pubblica, da sempre protagonista della tutela dei principali rischi e bisogni sociali è risultata sempre più in difficoltà nell'espletare tale ruolo[21], sicché è stata affiancata in modo sempre più pregnante dalle altre tre diverse sfere, mercato, associazioni intermedie (locuzione con cui si rimanda al variegato mondo del TS) e cittadini, con una progressiva compenetrazione di tali sfere che, attraverso collaborazioni siner-

[17] M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *RivistaAic,* n. 3/2016.

[18] F. Gabriele, *Diritti sociali, unità nazionale e indisponibiltà delle risorse*, in F. Gabriele, C.P. Guarini, G. Luchena, A.M. Nico, V. Teotonico, *Costituzione, diritti sociali ed economia*, Bari, 2020, 11 ss.

[19] Sulle nozioni di rischio e di bisogno, M. Ferrera, *Le politiche sociali*, Bologna, 2006. Si parla di cosiddetti "nuovi rischi" - non autosufficienza, precarietà lavorativa, difficoltà di conciliazione famiglia/lavoro, esclusione sociale (A.M. Nico, *Lo Stato sociale "potenziale" e le politiche per l'inclusione sociale*, in F. Gabriele, C.P. Guarini, G. Luchena, A.M. Nico, V. Teotonico, *Costituzione, diritti sociali ed economia*, cit., 53 ss.).

[20] V. Tondi della Mura, *«Esclusivamente per fini di solidarietà». La centralità della persona nella riforma del volontariato e la paradossale dinamica della solidarietà*, su *https://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/tondi_scrittiCostanzo.pdf,* 20 luglio 2020; Id., *La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in *RivistaAic*, n. 00 del 2 luglio 2010.

[21] A. Ruggeri, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in *Consulta online*, 21 settembre 2012.

giche, propongono soluzioni 'partecipate' ed 'innovative' per le diverse forme di vulnerabilità sociale, realizzate anche grazie alla mobilitazione di risorse non pubbliche[22].

Si parla di "*secondo welfare*"[23], locuzione di matrice sociologica, per indicare la strategia progressivamente adottata dai governi volta alla costruzione di sistemi di *welfare* sostenibili, sia in termini finanziari che di garanzia dei diritti sociali[24], che trova il proprio elemento più caratterizzante nella *social innovation*[25], l'innovazione nel settore sociale, applicata ai problemi sociali, ambientali e di salute, fortemente sostenuta dall'UE, a partire dalla Strategia di Lisbona (marzo 2000).

Cruciale, dunque, il ruolo svolto dal TS in quella «strutturazione comunitaria dello Stato sociale»[26], riassuntivamente colta nel passaggio di formule dal *Welfare State* alla *Welfare society*[27] o anche *community*"[28], un processo in cui fondamentale è stato l'apporto della Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali, l. n. 328/2000, primo organico tentativo di ridefinizione del ruolo del potere pubblico in campo sociale, precedente alla costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà, ma ad esso già ispirato[29], che ha profondamente inciso sul precedente sistema di *Welfare*, facendo virare il ruolo dello Stato da assistenziale ed interventista a regolatore e controllore[30].

[22] Si consenta il rinvio a M.G. Nacci, C. Pannacciulli, *Percorsi di accoglienza in famiglia dei nuovi immigrati nel quadro delle politiche di inclusione sociale e culturale della Regione Puglia,* in *Le Regioni*, nn. 5-6/2019.

[23] F. Maino, *Secondo welfare e innovazione sociale in Europa: alla ricerca di un nesso*, in F. Maino, M. Ferrera (a cura di), *Terzo Rapporto sul secondo welfare in Italia 2017*, Torino, 2017.

[24] P. Bilancia, *I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo,* in *Federalismi.it*, n. 4/2018.

[25] S. Goldsmith, *The Power of Social Innovation*, San Francisco, 2010.

[26] E. Stradella, *Welfare e terzo settore: un rapporto biunivoco?*, in M. Campedelli, P. Carrozza, L. Pepino, (a cura di) *Diritto di welfare*, Bologna, 2010, 361 ss.

[27] L. Antonini, *Principio di sussidiarietà orizzontale: da Welfare State a Welfare society*, in *Riv. dir. fin.*, n. 1/2000, 103.

[28] V. Tondi della Mura, *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata: dalle linee guida dell'Anac al Codice del terzo settore*, in *Rivista Aic*, n. 1/2018, 9; G. Vittadini (a cura di), *Liberi di scegliere. Dal Welfare state alla Welfare society*, Milano, 2002.

[29] V. Tondi della Mura, *Della sussidiarietà orizzontale*, cit., 12, parla di «traguardo culturale», ferme restando incongruenze di una normativa che aveva comunque il merito di aver aperto una fase di transizione.

[30] V. art. 1, l. n. 328/2000 e D.P.C.M. del 30 marzo 2001.

3. *La riforma del Terzo settore nella cornice costituzionale*

Il diritto del Terzo settore si è formato attraverso codificazioni successive della prassi sociale[31] e le tante esperienze, spesso informali – tavoli di lavoro e percorsi di partecipazione in vari ambiti – hanno trovato un rinnovato fondamento di diritto positivo, nonché impulso nella riforma del TS (D.lgs. n. 117/2017 e s.m. e i., recante il Codice del Terzo settore, CTS).

Con il CTS è stata introdotta nell'ordinamento giuridico italiano la categoria normativa di 'ente del Terzo settore' (ETS), definito dall'art. 4 quale ente privato che, senza scopo di lucro, persegue finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale – fra quelle indicate all'art. 5 del CTS– in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi[32]. Si distinguono alcuni ETS tipici ed assoggettati ad una disciplina speciale (le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le società di mutuo soccorso, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative) e gli ETS generici, ovvero tutti gli altri enti privati, diversi dalle società, che risultino in possesso dei requisiti previsti dalla norma.

Tale intervento normativo si inscrive chiaramente nel disegno della nostra Carta costituzionale. Il legislatore ha individuato e normato, tra le innumerevoli manifestazioni del pluralismo sociale, una particolare categoria di formazioni sociali (art. 2 Cost.), espressione della libertà di associazione dei cittadini (art. 18 Cost.), o della libertà di impresa (art. 41 Cost., in relazione alla cooperazione *ex* art. 45 Cost.), di quelle libertà sociali, come le ha definite il Giudice delle leggi (C. cost., n. 185/2018), ossia libertà costituzionali esercitate a fini di utilità collettiva e di solidarietà sociale.

Per la Consulta (sentenza n. 131/2020) lo svolgimento di attività di interesse generale ed il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale, sono i due aspetti che collocano gli ETS in una prospettiva di attuazione costituzionale, in particolare, degli artt. 2 e 3, commi primo e secondo, Cost. e fanno sì che gli enti disciplinati dal CTS abbiano "valore (costituzionale) aggiunto", che trova il proprio fondamento in Costituzione[33].

[31] L. Gori, *Gli effetti giuridici «a lungo raggio» della sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Impresa Sociale*, n. 3/2020, 1.

[32] V. art. 6 del CTS ed il Decreto 19 maggio 2021, n. 107, *Regolamento ai sensi dell'articolo 6 del decreto legislativo n. 117 del 2017 (Codice del Terzo settore), concernente l'individuazione di criteri e limiti delle attività diverse*.

[33] Così anche in dottrina, L. Gori, *La "saga" della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti fra Terzo settore e P.A.*, in *Federalismi.it*, n. 14/2020; E. Rossi, *Il fondamento*

Gli enti del TS, dunque, come espressione delle 'libertà sociali', non riconducibili né allo Stato, né al mercato, sono la gemmazione sul piano della legislazione di quelle 'forme di solidarietà' che, in quanto espressive di una relazione di reciprocità, devono essere ricomprese 'tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente'[34].

4. *La problematica implementazione del nuovo modello collaborativo e relazionale dei rapporti PA/ETS*

Il percorso tracciato dalla legge quadro del 2000, dopo la riforma costituzionale del 2001 ha trovato ulteriore implementazione e attraverso il CTS ha prodotto un'autentica rivoluzione nei rapporti tra il TS e la pubblica amministrazione.

Ed invero, a norma dell'art. 118, co 4, la Costituzione impegna il legislatore a favorire gli ETS, a favorire, cioè, l'iniziativa autonoma dei cittadini associati (oltre che dei singoli) mediante la predisposizione di misure volte a sostenere le attività di interesse generale ed anche ad integrare tali attività con quelle della PA.

In una prospettiva di attuazione di tale disposizione costituzionale (in combinato disposto con le altre su richiamate), il CTS ha previsto una disciplina *ad hoc* dei rapporti tra pubbliche amministrazioni ed ETS, agli articoli 55, 56 e 57, ove sono declinati istituti specifici, quali la co-programmazione, la co-progettazione e l'accreditamento.

Questi istituti sono plasmati sulla natura del TS e ne consacrano e rafforzano il ruolo nei rapporti con le PA, le quali, in particolare, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di interesse generale, sono chiamate ad assicurare il 'coinvolgimento attivo' degli enti del TS, attraverso: forme di 'co-programmazione' (attività «finalizzata all'individuazione dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili»), 'co-progettazione' (attività che ha come fine la definizione ed eventualmente la realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione come su individuati) e 'accreditamento' (modalità attraverso cui vengono individuati gli enti del TS con cui attivare il

del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2020.

[34] L. Gori, *Sentenza 131/2020: sta nascendo un diritto costituzionale del Terzo settore*, in *www.rivistaimpresasociale.it,* 27 giugno 2020.

partenariato), (istituti tutti contemplati dall'art. 55 CTS), nonché, esclusivamente per organizzazioni di volontariato (OdV) e associazioni di promozione sociale (APS), l'affidamento di servizi mediante 'convenzione' (art. 56). Con riferimento poi ai servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, l'art. 57 ne prevede l'affidamento, prioritariamente, mediante convenzione, alle organizzazioni di volontariato.

In base alla nuova disciplina del CTS 'tutti' i soggetti del TS sono ora abilitati a collaborare con 'tutte' le amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di 'tutte' le attività d'interesse generale.

Il sistema di relazione disegnato prevede un apporto da parte degli enti del TS decisamente più significativo che nel passato, ed ispirato a logiche diverse da quelle del mercato.

È noto che nell'ordinamento interno si è ben presto posto il tema della compatibilità della disciplina di favore dettata dal CTS con le regole eurounitarie in tema di concorrenza[35] e che l'attuazione dell'art. 55 CTS è risultata assai travagliata, principalmente per le difficoltà interpretative in rapporto al Codice dei contratti pubblici (di cui al D.lgs. n. 50/2016, CCP), che hanno generato grandi incertezze negli operatori, frenando l'evoluzione di tale modello procedimentale alternativo di rapporti. *Empasse*, cui hanno cercato di reagire, sul finire del 2019, alcuni legislatori regionali, poi risolto a seguito del fondamentale contributo chiarificatore del giudice costituzionale, che con la già citata sentenza n. 131/2020 ha riconosciuto il fondamento costituzionale di quel modello nei rapporti PA/ETS, ispirato non alla concorrenza, bensì alla solidarietà, rapporti che possono svolgersi al di fuori delle logiche di mercato, in quanto tesi al perseguimento di obiettivi di solidarietà sociale e di interesse generale, chiarendo nelle sue argomentazioni *per incidens*, le ragioni della conformità dell'impostazione assunta nel nostro ordinamento rispetto al diritto euro-unitario[36].

Gli *obiter dicta* della sentenza n. 131/2020 testimoniano «la considerazione straordinaria che la Consulta ha per la disciplina dettata dal codice del terzo settore ed in particolare per l'assetto dei rapporti tra ETS e pubblica amministrazione, considerato il vero cuore dell'attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale»[37].

[35] V. Tondi della Mura, *La sussidiarietà fra corruzione e concorrenza: le urgenze di un principio sempre attuale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2019.

[36] L'annoverabilità della *coesione* tra i principi fondanti dell'UE comporta la cedevolezza, in tali settori, delle regole della concorrenza rispetto alla dimensione sociale; S. Prisco, M. Tuozzo, *Dalle crisi nuove opportunità*, cit., 32.

[37] M. Galdi, *Riflessioni in tema di terzo settore e interesse generale. Osservazioni a C. cost. 26 giugno 2020, n. 131*, in *Fedralismi.it*, n. 32/2020, 116; L. Gori, *Sentenza 131/2020*, cit.

Ed invero, la Corte costituzionale ha definito tale disciplina «una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall'art. 118, quarto comma, Cost.», che agevola la possibile convergenza su "attività di interesse generale" fra la pubblica amministrazione e gli ETS, favorendo la creazione di un originale canale di "amministrazione condivisa", alternativo a quello del profitto e del mercato, sicché l'art. 55 CTS «realizza per la prima volta in termini generali [come] una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria».

In altri termini, il rapporto che si instaura tra gli enti diversi da quelli appartenenti al mondo del TS e la PA è di tipo sinallagmatico, mentre quello che riguarda gli ETS è di tipo collaborativo (senza che ciò significhi deflettere dalla necessità di una piena applicazione dei principi posti a presidio dell'imparzialità e del buon andamento della P.A.), essendo questi ultimi costituiti al fine di perseguire quello stesso 'interesse generale' cui anche le PA sono ontologicamente volte.

Ma l'art. 55 non è solo espressa attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale che, sebbene non si esaurisca mediante il TS (essendo in esso ricompreso anche l'apporto delle singole persone e delle varie forme aggregative dei cittadini "attivi"[38]), al contempo ne costituisce il fondamento costituzionale. La Costituzione fornisce al TS anche altro fondamento, proprio il principio di solidarietà, come si desume dal passaggio della sentenza in cui gli ETS vengono qualificati come soggetti rappresentativi della "società solidale", costituenti «sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale», e forieri di «effetti positivi, sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della "società del bisogno"».

Come è stato affermato, nella questione sollevata innanzi al Giudice costituzionale «(…) non è in gioco solo un problema di riparto di competenze fra Stato e Regioni, ma viene in rilievo direttamente uno degli elementi distintivi della forma di stato, attraverso l'intreccio del principio personalistico, di quello solidaristico e di quello pluralistico, che si esprime in una complessa rete di relazioni giuridicamente rilevanti che si instaurano liberamente fra le persone al fine di concorrere all'attuazione del programma costituzionale»[39].

Lo 'statuto costituzionale del Terzo settore', è quindi dato dal sistema offerto dal principio personalista, da quello pluralista e da quello di solidarietà: di qui trae giustificazione la disciplina di favore che il Codice riserva agli enti che a tale settore appartengono.

[38] G. Arena, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare all'Italia*, Bari-Roma, 2006.
[39] L. Gori, *Sentenza 131/2020*, cit.

È noto che dopo l'intervento del giudice costituzionale è giunta la modifica al CCP, funzionale al coordinamento con gli istituti del CTS[40] e l'adozione delle *Linee Guida sul rapporto fra pubbliche amministrazioni ed ETS*[41], che suggellano il percorso su descritto "determinando una svolta"[42], perché, nell'integrare ed interpretare le disposizioni di cui all'art. 55, 56 e 57 CTS, offrono uno strumento immediatamente operativo per Regioni ed enti locali per attivare gli istituti di "amministrazione condivisa". La legge n. 120/2020 ha, poi, nuovamente inciso sul CCP, "facendo salva" la disciplina del CTS; infine, nel 2023 è stata inserita una norma di sistema di sutura fra CTS e disciplina europea dei contratti pubblici, riconoscendo che i rapporti fra pubblica amministrazione e TS sono parte non solo integrante, ma qualificante (perché radicati nel principio di solidarietà e improntati al modello della sussidiarietà orizzontale) del più esteso ed articolato contesto dei rapporti tra PA e privati[43] e lasciando a ciascuna amministrazione la scelta, strategica e discrezionale, tra tradizionale esternalizzazione e sperimentazione dei nuovi modelli relazionali in ordine ad "attività a spiccata valenza sociale"[44].

5. *Qualche conclusione*

È ancora difficile fare un primo bilancio degli esiti applicativi delle novità normative descritte, perdurando ancora una fase di sperimentazioni in atto soprattutto a livello delle amministrazioni territoriali, con iniziative e pratiche quanto mai eterogenee e dalla diffusione diseguale da Nord a Sud[45].

Uno slancio verso la sempre più ampia implementazione della riforma sembra poter venire da quei legislatori regionali che, nell'intento di puntualizzare e rinforzare le modalità di attuazione delle norme nazionali, hanno previsto l'ordinarietà del ricorso ai nuovi moduli collaborativi e relazionali, ora ponen-

[40] dl n. 76/2020, c.d. Decreto Semplificazioni.

[41] Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali n. 72 del 31 marzo 2021.

[42] L. Gori, *La pubblicazione delle Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed Enti del Terzo Settore rappresenta un interessante punto di arrivo ed un altrettanto importante punto di partenza,* su *https://www.forumterzosettore.it/2021/04/01/linee-guida-sul-rapporto-tra-pubbliche-amministrazioni-ed-enti-del-terzo-settore-un-approfondimento-di-luca-gori/.*

[43] V. art. 6, d.lgs n. 36/2023.

[44] Resta fermo che il ricorso agli istituti previsti dal CTS non può e non deve mai consentire l'elusione dei principi e della normativa nazionale ed euro-unitaria in materia di tutela della concorrenza e di aiuti di Stato: G. Luchena, *Welfare State e compatibilità comunitaria degli aiuti di Stato: l'esperienza delle istituzioni europee nel vaglio delle misure "interne" con finalità "sociali"*, in S. Prisco (a cura di), *Unione europea e limiti sociali del mercato*, Torino, 2002, 99 ss.

[45] A. Scialdone, *Realizzazione dell'interesse generale e coinvolgimento attivo degli Enti del terzo settore: un'introduzione ai problemi dell'amministrazione condivisa*, in *Riv. Trim. di Sc. Amm.*, n. 2/2023.

do un obbligo di motivazione in capo all'amministrazione che decida di non farvi ricorso (l.r. Toscana, n. 65/2020[46], art. 9, c. 1), ora disponendo misure di sostegno e dispositivi di valutazione di impatto (l.r. Umbria, n. 2/2023)[47].

In definitiva, pur nella consapevolezza delle difficoltà di un percorso in cui essenziale è il sostrato culturale delle amministrazioni pubbliche chiamate ad operare, elemento tale da condizionare l'effettiva resa delle riforme[48], ci sono tutti i presupposti perché il TS, nell'orizzonte segnato dalla Costituzione, diventi sempre più 'motore' di un cambiamento profondo della realtà sociale ed economica, con ripercussioni niente affatto remote anche in quella politica. Ed invero, gli strumenti collaborativi analizzati «consentono una nuova forma di coinvolgimento democratico»[49], che si connota di valenze semantiche ulteriori in un momento di profonda ricerca di nuove e diverse forme di partecipazione[50], che conducono anche oltre l'orizzonte del più efficace svolgimento delle attività di interesse generale e della realizzazione dei diritti sociali.

Nella perdurante crisi dei partiti politici, il TS tende, infatti, a colmare il vuoto lasciato da quei corpi intermedi, proponendosi come tessuto connettivo fra cittadini ed istituzioni, luogo in cui avviene l'esercizio delle libertà associative, l'educazione al bene comune, l'individuazione di priorità ed esigenze delle comunità di riferimento, con la capacità di contribuire a determinare le scelte politiche ed anche di opporsi, ove occorra, ad indirizzi politici centrali o locali non condivisi (si pensi al tema 'immigrazione').

Ecco, dunque, che l'amministrazione condivisa, declinazione moderna del personalismo che anima la nostra Costituzione[51] apre ulteriori prospettive di attuazione costituzionale, getta un ponte fra società solidale, PA e politica, punto di sintesi tra le tre sfere; la sua valorizzazione conduce ad una trasformazione della PA e della partecipazione dei privati all'esercizio di funzioni pubbliche, che finisce per lambire la stessa forma di stato, delineando nuovi

[46] F. Sanchini, *Il ruolo della legge regionale nella definizione dei rapporti p.a. - enti del Terzo settore. La "primogenitura" della Regione Toscana con la l. 22 luglio 2020, n. 65* in *Osservatoriosullefonti.it*, 1/2021.

[47] V. anche l.r. Emilia Romagna, n. 3/2023.

[48] V. Tondi della Mura, *Primi rilievi metodologici sui fattori di condizionamento delle riforme,* in *Dir. soc.*, n. 1/2009, 47 ss.

[49] M. Galdi, *Riflessioni in tema di terzo settore,* cit., 120; Id., *Contributo allo studio dell'interesse a rilevanza costituzionale*, Salerno, 2003, 121.

[50] F. Sciarretta, *La dimensione inclusiva dei processi decisionali pubblici quale forma di legittimazione dei poteri pubblici*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 8 ss.

[51] L. Antonini, *L'amministrazione condivisa come metodo per preservare il principio personalista*, in *Rivista Terzjus,* 5 maggio 2024.

scenari di democrazia che devono trovare la loro composizione nella cornice costituzionale[52].

Temi su cui sarà interessante continuare a confrontarsi con il Maestro.

[52] L. Gori, *Terzo settore e Costituzione*, Torino, 2022, 340 ss.

Andrea Napolitano[*]

LA VERTICALIZZAZIONE DELLA FORMA DI GOVERNO. RIFLESSIONI SULLA DEMOCRATICITÀ DI UN MODELLO

SOMMARIO: 1. I mutamenti costituzionali della forma di governo nazionale. – 2. Gli effetti della verticalizzazione della forma di governo sul rapporto tra Parlamento e Governo – 3. Considerazioni conclusive.

1. *I mutamenti costituzionali della forma di governo nazionale*

La forma di governo italiana è stata oggetto di una serie di rilevanti mutamenti costituzionali verificatisi nel corso degli anni, dai quali è derivata una profonda evoluzione dell'ordinamento nazionale[1].

È noto, infatti, come i sistemi costituzionali siano sempre più assoggettati a incessanti trasformazioni derivanti da una pluralità di elementi di natura politica, giuridica, economica e sociale, dai cui deriva una adeguata e spontanea evoluzione degli stessi nel rispetto del nucleo dei principi fondamentali che danno identità agli ordinamenti[2].

[*] Professore associato in Diritto costituzionale e pubblico presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

[1] Come è stato evidenziato in dottrina, per mutamento costituzionale si intende, generalmente, la trasformazione di fatto di diritto di una Costituzione, muovendo da una differenziazione rilevante, da punto di vista giuridico, tra il testo scritto ed il contesto di riferimento in assenza di una legge di revisione costituzionale. Per una analisi più approfondita cfr. tra i tanti C. MORTATI, voce Costituzione (dottrine generali), in Enc. Dir., XI, Milano, 1962, 197; V. TEOTONICO, *Riflessioni sulle transizioni. Contributo allo studio dei mutamenti costituzionali*, in *www.rivistaaic.it*, 3, 2014; S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in *www.rivistaaic.it*, 1, 2019; R. BIN, *Mutamenti costituzionali: un'analisi concettuale*, in *Dir. cost*, 1, 2020, 23, il quale, parlando di mutamenti costituzionali fa riferimento a "*quanto è avvenuto nelle interpretazioni, nell'applicazione e nell'attuazione della Costituzione*". Cfr. inoltre V. ONIDA, *Editoriale*, in *Quad. cost*., 1994, 347, che, evidenziando come non tutti i mutamenti siano uguali, sottolinea come occorrerebbe distinguere tra quelli "*che investono propriamente il tessuto costituzionale e quelli che riguardano altre variabili dell'assetto politico-istituzionale*". Cfr. inoltre A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *www.federalismi.it*, 20, 2018. Al riguardo l'Autore evidenzia come "*questa meta può essere raggiunta non solo per mezzo di atti-fonte, come la legislazione ordinaria e financo quella di rango costituzionale, che della costituzione scritta riformulino i contenuti prescrittivi senza espressamente modificarli, ma anche mediante fatti giuridici o normativi, come le consuetudini o non normativi come la prassi o le convenzioni, che realizzino comportamenti disomogenei rispetto a quelli prefigurati nella Costituzione scritta*".

[2] Cfr. sul punto S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione,* Bologna, 2004, il quale evidenzia come le modifiche tacite sviluppatesi nel corso degli anni siano state co-

A ciò si aggiunga, inoltre, come, per la parte che qui rileva, l'"*embricazione costituzionale*"[3] tra ordinamenti statali ed europeo insieme al processo di unificazione europea ed al c.d. *federalizing process*[4], debbano essere senza dubbio considerate tra le cause più rilevanti della evoluzione della forma di governo italiana.

In modo particolare, infatti, la sempre maggiore verticalizzazione della forma di governo parlamentare, ha generato un conseguente rafforzamento dell'Esecutivo, in modo particolare del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Ministro dell'economia a discapito degli organi rappresentativi nazionali[5],

stituzionalmente compatibili ricordando come "*in linea di massima i risultati raggiunti sono andati ad incorporarsi nella Costituzione senza che ne risultasse compromessa la legittimazione".* Cfr. inoltre M. Calamo Specchia, *La Costituzione tra potere costituente e mutamenti costituzionali*, in *www.rivistaaic.it,* 1, 2020, 286, che fa riferimento ad una serie di trasformazioni costituzionali che possono tradursi in transizioni costituzionali intrasistemiche. Nello specifico, nell'accogliere una nozione "neutra" di transizione costituzionale, l'Autrice parla di un "*un concetto di transizione non correlato al trapianto di principi di matrice liberale in ordinamenti in corso di evoluzione, ma inteso come fenomeno di carattere procedurale che consente ai regimi impiantatisi in alcune esperienze costituzionali di subire trasformazioni e ibridazioni tanto da discostarsi dal modello originario, pur insistendo nell'ambito di una cornice statale non autocratica".*

[3] Cfr. A. Morrone, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *www.federalismi.it*, 20, 2018.

[4] C. J. Friedrich, *Governo costituzionale e democrazia,* Vicenza, 1952; B. Caravita, *Il federalizing process europeo*, in *www.federalismi.it*, 17 febbraio 2004, 1.

[5] Cfr. S. Fabbrini, *Introduzione. L'europeizzazione: teorie, comparazioni e implicazioni per l'Italia,* in S. Fabbrini (a cura di), *L'europeizzazione dell'Italia. L'impatto dell'Unione europea sulle istituzioni e le politiche italiane*, Roma-Bari, 2003, 3, secondo il quale "*le dinamiche interne alla UE sono divenute parte della logica organizzativa degli ambiti che costituiscono la struttura istituzionale nazionale".* Cfr. inoltre sul punto A. Mastromarino (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee,* Torino, 2007; T.E. Frosini, C. Bassu, P.L. Petrillo (a cura di)*, Il presidenzialismo che avanza. Come cambiano le forme di governo*, Roma, 2009; N. Lupo, G. Rivosecchi, *I limiti di un approccio esclusivamente nazionale ai problemi della forma di governo,* in R. Cerreto (a cura di), *La democrazia italiana: forme, limiti, garanzie,* Roma, 2010, 288; S. Fabbrini, *Governare l'Italia: il rafforzamento dell'esecutivo tra pressioni e resistenze,* in *Il Filangieri, Quaderno, 2010. Governare le democrazie*, 29. Cfr. inoltre N. Lupo, *L'europeizzazione delle forme di governo degli Stati membri: la presidenzializzazione derivante da Bruxelles*. in R. Ibrido, N. Lupo (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, 2018, 120, secondo il quale "*a loro volta, le cause di questa tendenza sono state attribuite a una serie di macrofenomeni di carattere strutturale: in primo luogo, la globalizzazione dell'economia, con la crescita della dimensione sopranazionale; in secondo luogo, la crisi dei partiti e delle ideologie, e con essi dei* cleavages *politici tradizionali; in terzo e ultimo luogo, la trasformazione dei* mass media*, in particolare legata soprattutto al peso giocato dal mezzo televisivo".* Cfr. infine E. Catelani, *Poteri e organizzazione del governo, nel contesto degli ordinamenti pluralistici contemporanei,* Pisa, 2017, 242, che ha evidenziato come "*al Governo nel suo complesso ed in particolare al Presidente del Consiglio sia riconosciuta una posizione di prevalenza, di capacità decisoria e d'impegno dello Stato nel raggiungimento degli obiettivi europei";* R. Ibrido, *L'evoluzione della forma di governo parlamentare alla luce dell'esperienza costi-*

rendendo il Parlamento nazionale colpevolmente marginalizzato e considerato mero esecutore della volontà dell'Esecutivo[6].

Si tratta di un tema, quello degli effetti del processo di integrazione europea sulla forma di governo parlamentare, che è da sempre[7] oggetto di attenzione della dottrina che si è occupata della "europeizzazione" della forma di governo nazionale[8] parlando di intreccio stretto tra forma di governo italiana ed europea, di Costituzione composita dei poteri[9], di sovranità condivisa[10].

Nello specifico, infatti, i governi nazionali sono chiamati a rappresentare "ufficialmente" l'interesse nazionale, facendo in modo che lo stesso sia tenuto in adeguata considerazione nell'ambito del processo decisionale dell'Unione Europea[11].

tuzionale dei sei stati fondatori, in R. Ibrido, N. Lupo (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri,* Bologna, 2018, 78.

[6] A ciò si aggiunga come la marginalizzazione del ruolo parlamentare in favore dell'organo esecutivo sia stata, per di più, avvalorata dal ricorso a strumenti (quali la questione di fiducia accompagnata quasi sempre dalla presentazione di maxiemendamenti) che hanno smarrito il proprio scopo originario, per trasformarsi in meccanismi volti a comprimere i tempi di discussione del dibattito, il potere emendativo delle Camere e la libertà di voto dei singoli parlamentari. Cfr. sul punto R. Manfrellotti, "*Quindici uomini sulla cassa del morto". Questione di fiducia e funzioni costituzionali del Parlamento,* in *www.forumdiquadernicostituzionale.it,* 5 aprile 2019, il quale ricorda come "*l'assenza di una disciplina costituzionale non favorisce la definizione di una linea di confine precisa dell'utilizzo legittimo della questione di fiducia. Le norme contenute nei regolamenti parlamentari, infatti, in ragione del loro carattere disponibile da parte dell'Assemblea appaiono capaci di una regolamentazione solo tendenziale e, in definitiva, inefficace, lasciando la fenomenologia dell'istituto al concreto atteggiarsi dei rapporti tra le forze politiche rappresentate in Parlamento*". Secondo l'Autore, inoltre, "*attraverso la questione di fiducia, il Governo ha concentrato in se stesso la titolarità di fatto della scelta normativa, mortificando il dialogo compromissorio volto alla sintesi degli interessi politici in conflitto che è la ragion d'essere del procedimento parlamentare. In particolare, l'abominevole prassi dei c.d. "maxiemendamenti" ha reso il Parlamento una sorta di "jukebox costituzionale" capace soltanto di rispondere diligentemente alle sollecitazioni del Governo".* Cfr. G. Zanfarino, *Il ruolo dei tecnici nell'evoluzione della forma di governo italiana,* in *Nomos - le attualità del diritto,* 3, 2021, che propone la possibile "*costituzionalizzazione della questione di fiducia, con una disciplina delle modalità di presentazione finalizzate ad evitare un utilizzo abusivo*".

[7] Cfr. M. Luciani, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Pol. Dir*., 1992, 557.

[8] N. Lupo, *L'europeizzazione delle forme di governo degli Stati membri: la presidenzializzazione derivante da Bruxelles*, in R. Ibrido, N. Lupo (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, 2019, 175.

[9] N. Lupo, *La forma di governo italiana, quella europea e il loro stretto intreccio nella costituzione "composita"*, in S. Staiano, G. Ferraiuolo, A. Vuolo (a cura di), *Partiti politici e dinamiche della forma di Governo*, Napoli, 2020, 162.

[10] N. Lupo, *La forma di governo italiana , quella europea e il loro stretto intreccio nella costituzione "composita"*, cit., 162.

[11] Si tratta di un aspetto presente sin dall'inizio del processo di integrazione europea che, nel corso del tempo, ha influito in maniera sempre maggiore, visto l'ampliamento delle

Tale modello rispecchia, appieno, le dinamiche che si sono sviluppate in questi anni, in ambito nazionale ed europeo e che hanno portato a legittimare il riconoscimento di un Governo che agisce, contemporaneamente, in due contesti istituzionali diversi[12], al punto da immaginare un sistema parlamentare euro-nazionale basato su un nesso indissolubile tra forme di governo nazionali ed europee[13].

2. *Gli effetti della verticalizzazione della forma di governo sul rapporto tra Parlamento e Governo*

Il rafforzamento del potere esecutivo derivante dal processo di integrazione europea ha, inoltre, impattato in maniera determinante anche sulla fase di formazione dello stesso Governo[14] e, soprattutto, sulla determinazione dell'indirizzo politico, che sempre più risulta il frutto di scelte assunte da istituzioni

competenze delle Istituzioni europee e della dimensione intergovernativa. Come è noto, infatti, a partire dal Trattato di Maastricht, il Consiglio (dei Ministri) dell'Unione Europea e il Consiglio europeo hanno acquisito sempre maggiore rilevanza a scapito di quella dimensione rappresentata dalla Commissione Europea. Cfr. P. Perez Tremps, *Il rafforzamento dell'esecutivo come conseguenza della integrazione nella Comunità europea*, in G. Rolla (a cura di), *Le forme di governo nei moderni ordinamenti policentrici*, Milano, 1991, 93; M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, N. Lupo, G. Rivosecchi, *I limiti di un approccio esclusivamente nazionale nazionale ai problemi della forma di governo*, cit., 288. Cfr. infine N. Lupo, *Il governo italiano, settanta anni dopo,* in *www.rivistaaic.it,* 3, 2018, 175. Sul punto l'Autore sottolinea che "*i Governi degli Stati membri dell'Unione europea, lungi dall'essere "bypassati", come talvolta si crede, sono in realtà i protagonisti del processo di integrazione europea e dei* circuiti *decisionali che in ambito europeo si sviluppano",* evidenziando, altresì, come "*nella forma di governo dell'Unione europea il potere esecutivo finisce, infatti, per essere "frammentato", distribuito cioè tra una molteplicità di istituzioni, tra le quali i governi nazionali, e quindi difficile da unificare intorno ad un unico indirizzo politico, ma al tempo stesso difficilissimo da controllare per i Parlamenti e le opinioni pubbliche, sia nazionali, sia europea".*

[12] Significativa al riguardo è la considerazione di Federica Mogherini, Ministro degli Affari esterni del Governo Renzi, secondo la quale "*L'Italia ha due capitali, in qualche modo, Roma e Bruxelles, e quello che facciamo a Roma deve essere coerente con quanto facciamo nell'altra capitale".* Cfr. Intervento di Federica Mogherini alla direzione del PD del 27 febbraio 2014.

[13] Cfr. sul punto A. Manzella, N. Lupo (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale,* Torino, 2014; N. Lupo, *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali nella Costituzione "composita" dell'UE: le diverse letture possibili,* cit., 365; A. Manzella, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali come sistema,* in *Rivista Aic,* 2015, 1. Cfr. infine Cfr. N. Lupo, *Il governo italiano settant'anni dopo,* in *www.rivistaaic.it,* 3, 2018, 175, secondo il quale, una volta "europeizzato" il Governo può essere considerata un'istituzione più rilevante e più potente, "*ma al tempo stesso, ancora più sfuggente e proteiforme di quanto non fosse".*

[14] Per un'analisi approfondita si rinvia a G. Cavaggion, *La formazione del Governo. Aspetti e problemi tra quadro costituzionale e nuove prassi,* Torino, 2020.

debolmente legate ai canali tradizionali della rappresentanza e della responsabilità politica nazionale[15].

La fortissima valorizzazione del ruolo dell'Esecutivo nel processo decisionale europeo ha, quindi, impattato negativamente sul rapporto tra Governo e Parlamento che risulta sempre più limitato nell'esercizio delle proprie prerogative non solo in termini di rappresentatività, ma anche sul piano normativo[16] e decisionale[17].

[15] Il riferimento è, ad esempio, alla circostanza secondo la quale il Consiglio Europeo, chiamato a svolgere un ruolo fondamentale e strategico nella definizione delle politiche sovranazionali non sia sottoposto al controllo del Parlamento Europeo. Cfr. sul punto N. Lupo, *L'europeizzazione delle forme di governo degli stati membri: la presidenzializzazione derivante da Bruxelles,* in *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri,* Bologna, 2018, 201 il quale ricorda come "*il Consiglio europeo, come istituzione presa nel suo complesso, non è posta sotto il controllo di nessuno: sono solo i suoi membri, ossia i Capi di Stato o di Governo a essere – entro certi limiti, dipendenti dal diritto costituzionale nazionale – assoggettati a meccanismi di controllo, anzitutto parlamentare, previsti nella forma di Governo di ciascuno Stato membro*". Cfr. E. Griglio, *I circuiti e i "buchi neri" del controllo parlamentare sull'esecutivo frammentato dell'Unione Europea,* in *Dinamiche delle forme di governo tra Unione europea e Stati membri,* Bologna, 2019, 218, che al riguardo parla di "*paradigma policentrico del controllo parlamentare dell'esecutivo frammentato europeo che si fonda su di una concezione modulare della funzione di controllo, declinata in un sistema policentrico di circuiti di interazione tra i Parlamenti che operano a livello europeo, nazionale e subnazionale e l'esecutivo frammentato europeo*".

[16] È altresì opinione consolidata come, ancora prima del periodo pandemico, l'utilizzo sempre più incisivo della decretazione d'urgenza avesse portato ad una riduzione dei contenuti della stessa legislazione ordinaria. Nel corso degli ultimi anni lo strumento del decreto-legge è stato, infatti, altresì, utilizzato per consentire l'adempimento degli obblighi europei in maniera tempestiva e garantire l'effettivo perseguimento degli obiettivi economici al punto da "*svuotare di contenuto le manovre finanziarie autunnali e gli istituti della decisione di bilancio in Parlamento*". Cfr. G. Rivosecchi, *I riflessi dell'Unione europea sul rapporto tra Governo-Parlamento e sull'organizzazione interna del Governo,* in *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri,* Bologna, 2019, 384. Cfr. M. G. Rodomonte, *Il Parlamento oggi: dalla centralità alla marginalizzazione?*, in *Nomos - Le attualità del diritto,* 3, 2021, 10, che al riguardo fa riferimento ad un modello in cui "*all'ipertrofia normativa si accompagna la frantumazione legislativa*". Cfr. inoltre sul punto W. Tocci, *Dal troppo al niente della mediazione politica,* in *www.costituzionalismo.it,* 2, 2017, secondo il quale le leggi approvate dal Parlamento sono caratterizzate dalla eterogeneità di contenuti essendo, nella maggior parte dei casi, contenitori zeppi "*di coriandoli normativi di diverso colore, taglia e materiale nel quale si affastellano gli argomenti più disparati. Ma l'eterogeneità è tale anche nel tempo perché prediligono l'intervento a breve termini così come nelle motivazioni perché rispondono suggestioni occasionali o peggio ancora a emergenze spesso costruite ad arte dallo stesso Governo*".

[17] Come è noto, infatti, il dibattito parlamentare sia proiettato sempre più verso l'esterno delle aule parlamentari. Cfr. E. Longo, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017, 180, secondo il quale "*Il Parlamento è ancora una sede nella quale si adottano decisioni prese altrove e non la stanza in cui si forma l'indirizzo politico, mediante la libera dialettica maggioranza-governo-opposizione secondo l'immagine liberale*".

Nello specifico, infatti, la condivisione dell'indirizzo politico con il Governo ha, per questo motivo, portato alla perdita di autonomia nella organizzazione della forma di governo[18] ed alla "confusione" dei poteri tra legislativo ed esecutivo[19], facendo emergere, di conseguenza, un *favor* nei confronti dell'Esecutivo considerato l'organo "direzionale" dello Stato[20], non solo da un punto di vista amministrativo, ma anche per quanto concerne il versante normativo e l'attività legislativa[21].

Tale condizione è stata altresì rafforzata dalla fase di attuazione del PNRR nella misura in cui lo svolgersi dell'azione politica entro un programma ben definitivo, dove i margini per la negoziazione sono ridotti e assoggettati ad una

[18] Cfr. S. Sicardi, *Il Parlamento ed il suo futuro. Una lunga storia alla prova del XXI secolo. Relazione introduttiva*, in M. Cavino, L. Conte (a cura di), *Le trasformazioni dell'istituzione parlamentare. Da luogo di compromesso politico a strumento tecnico di divisione del lavoro.* Atti del Convegno di Vercelli del Gruppo di Pisa tenutosi il 25 novembre 2016, Napoli, 2017, 13.

[19] Cfr. R. Bin, *Lo Stato di diritto,* cit., 72. Nell'analizzare la definizione dell'indirizzo politico l'Autore evidenzia come, in questa occasione, "*trionfa il principio della collaborazione (e della confusione) piuttosto che quello della separazione (e delle forme legali di produzione degli atti pubblici*". Per un'analisi approfondita della operatività attenuata del principio della separazione dei poteri nei regimi parlamentari cfr. sul punto F. Modugno, *Poteri (divisione dei)* in *Novissimo Digesto*, XIII, Torino, 1966, XIII, 484, il quale osserva che, per effetto del principio maggioritario, sono "*i partiti politici costituenti la maggioranza a saldare insieme in una unità indissolubile (di indirizzo) Parlamento e Governo, che, nell'effettiva esplicazione delle loro attività rappresentano la negazione più perentoria della "divisione dei poteri" sia sotto l'aspetto propriamente formale-organizzativo sia sotto quello funzionale".* Cfr. inoltre. S. Mangiameli, *La forma di governo parlamentare. L'evoluzione nelle esperienze di Regno Unito, Germania ed Italia,* Torino, 1998; A. Cerri, *Poteri* (*divisione dei*), *Enciclopedia Giuridica Treccani,* Roma, 1990, XXXIII; C. Chimenti, *Anatomia della XIV legislatura. Cronache di un quinquiennio tra innovazione e continuità,* Torino, 2006, 9. Cfr. infine L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e democrazia*, Roma, 2007, 871, il quale evidenzia come nella forma di governo parlamentare si può più correttamente parlare di una condivisione del potere, sia organica che funzionale, tra il legislativo e l'esecutivo.

[20] Cfr. E. Cheli, *La sovranità, la funzione di governo, l'indirizzo politico*, cit., 20, che giustifica tale circostanza "*in ragione della sua struttura limitata e tendenzialmente omogena, del sostegno diretto che ottiene da parte dei partiti di maggioranza, della disponibilità degli strumenti propri della pubblica amministrazione*". Cfr. inoltre M. Frau, *L'attualità del parlamentarismo razionalizzato*, cit., 27, il quale evidenzia come si tratti di una primazia solo politica che *"non contraddice la centralità giuridica e strutturale del Parlamento, l'unico organo a elezione popolare diretta e come tale i solo a poter validamente inverare il principio della democrazia (parlamentare)".*

[21] Cfr. sul punto M. Cartabia, *Legislazione e funzione di Governo*, in *Rivista di diritto costituzionale,* 2006, 86. Al riguardo l'Autrice, riflettendo sul primato del Governo nell'elaborazione dell'indirizzo politico e sugli effetti che tale considerazione potrebbe avere sull'assetto delle fonti normative ed in particolare sulla crescita dei poteri normativi dell'esecutivo che ricomprendono anche la funzione legislativa, evidenzia come "*non sia indifferente, ai fini della realizzazione dell'indirizzo politico" poiché, anche in presenza di maggioranze forti e coese, sono comunque diverse "le dinamiche di integrazione politica che si realizzano in sede parlamentare e quelle che si compongono in sede governativa*".

rigorosa tempistica, ha portato parte della dottrina a propendere verso una declinazione dell'indirizzo politico in chiave normativa[22].

Se, quindi, nella determinazione dell'indirizzo politico nazionale un ruolo decisivo spetta a quanto deciso al livello sovranazionale[23], in un'ottica di "indirizzo politico europeo di sistema[24]", il PNRR sembrerebbe aver impegnato l'indirizzo politico anche di Parlamento e Governi futuri.

È noto, infatti, come l'attività di indirizzo politico per i prossimi anni sarà vincolata al conseguimento di obiettivi stabiliti nell'ambito di un sistema complesso e connesso tra indirizzo politico, insieme di norme giuridiche e struttura organizzativa.

Da un'analisi più approfondita può tuttavia evidenziarsi come, seppur parzialmente vincolato ad obiettivi e scadenze, l'indirizzo politico risulterebbe il frutto della libera interpretazione del Presidente del Consiglio il quale, se supportato da una ampia e decisa maggioranza parlamentare, potrebbe essere in grado di ridefinire, in maniera discrezionale, l'attuazione del PNRR tenendo conto delle priorità immaginate.

Al tempo stesso, considerati i poteri di indirizzo, impulso e coordinamento generale sull'attuazione del PNRR e gli interventi legislativi adottati, tale circostanza sembrerebbe aver cristallizzato un altro mutamento a lungo taciuto per esigenze di carattere politico riscontrabile nel primato del Presidente del Consiglio nell'ambito della compagine governativa.

3. *Considerazioni conclusive*

Come si è avuto modo di evidenziare il processo di integrazione europea ha impattato in maniera determinante portando a mutamenti inesorabili di alcuni pilastri dell'ordinamento costituzionale nazionale quale è la forma di governo.

Si tratta di un processo che ha subito, e continua a subire, delle importanti evoluzioni dovute agli eventi storici, politici e sociali che si sono susseguiti nel

[22] Cfr. A. Sciortino, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico "normativo"?,* in *www.federalismi.i*t, 18, 2021.

[23] Cfr. A. Sciortino, *Il governo tra tecnica e politica: le funzioni*, in G. Grasso (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2015. Al riguardo l'Autrice rileva come "*la sfera più squisitamente politica, quella in cui si esprime massimamente l'indirizzo politico del governo nazionale e quindi quella in cui vengono fissate le priorità tra le diverse politiche pubbliche e viene definita la politica redistributiva, coincide proprio con quella che più viene maggiormente condizionata da imperativi apparentemente tecnici elaborati in sede sovranazionale*".

[24] Cfr. A. Manzella, *Postfazione: Indirizzo politico di sistema e forma di governo,* in R. Ibrido, N. Lupo (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione Europea e Stati membri*, Bologna, 2018, 120. M. Luciani, *La massima concentrazione del minimo potere. Governo e attività di governo nelle democrazie contemporanee*, in *Teoria politica*, 2015, 113.

corso degli ultimi anni e che hanno reso sempre più evidente come, indipendentemente dalla forma di governo adottata, la verticalizzazione appaia una certezza.

Pur essendo necessario ed inevitabile legittimare una verticalizzazione della decisione politica, soprattutto in una dimensione multilivello del governo dell'economia, appare al tempo stesso imprescindibile interrogarsi sugli effetti, in termini di democraticità, dell'integrazione europea[25].

La crisi pandemica e tutti i provvedimenti emanati per superarla si sono innestati in una edizione della crisi del parlamentarismo, circostanza che impone una necessaria resilienza delle assemblee chiamate a rispondere a una inesorabile e necessaria esecutivizzazione della forma di governo derivante dall'esigenza di rapidità ed efficienza della decisione politica.

Nello specifico, come è noto, nonostante Parlamento europeo[26] e Consiglio regionale[27] siano fortemente vincolati ad una dimensione verticistica della

[25] È noto, infatti, come la questione inerente il c.d. *deficit* democratico dell'Unione Europa abbia da sempre caratterizzato il processo di integrazione europea nonostante, da un punto di vista formale, la stessa Unione consideri il principio democratico un elemento fondamentale (art. 2 TUE) imponendolo, altresì, quale requisito di adesione (art. 49 TUE). Per un'analisi più approfondita D. Marquand, *Parliament for Europe*, cit., 64. G. Majone, *Integrazione europea, tecnocrazia e deficit democratico*, in *osservatorioaic.it*, 2010; T. Russo, *Deficit e anti-deficit democratico nell'ordinamento dell'Unione Europea*, Roma, 2011; A. Von Bogdandy, M. Ionannidis, *Il deficit sistemico dell'Unione Europea*, in *Riv. trim. dir. pubb.,* 3, 2014, 593.

[26] Come è noto, il Parlamento europeo ha, con il consolidamento del processo di integrazione dell'Unione europea, acquisito sempre maggior peso politico, utile a conseguire autorevolezza e a rivedere nuovi spazi e poteri. Nonostante la difficoltà di imprimere il proprio indirizzo politico nella fase decisionale fortemente sbilanciata in favore dell'esecutivo, derivante dalla natura intergovernativa che caratterizza le dinamiche politiche europee, deve tuttavia ricordarsi il peculiare ruolo di co-legislatore ricoperto dallo stesso organo che ha cercato, nel corso del tempo, di svolgere quella funzione di "*istituzione portavoce dell'opinione pubblica europeista"* al punto da potersi considerare assemblea rappresentativa dei cittadini europei unitariamente immaginati. Cfr. N. Lupo, *Il Parlamento europeo alla luce delle novità introdotte nel Trattato di Lisbona e nel suo regolamento interno,* in *Studi sull'integrazione europea,* 7, 2012, 356. Cfr. A. Cossiri, *Partiti e rappresentanza nella dimensione interna e sovranazionale*, cit., 170.

[27] Per quanto concerne, l'ambito regionale, l'applicazione del principio simul simul e la riforma della forma di governo hanno permesso di riconoscere a Consiglio e Presidente la stessa legittimazione popolare, in un'ottica di bilanciamento tra l'esigenza di un chiaro indirizzo politico-legislativo e quella di una effettiva rappresentanza politica. Nonostante la dimensione regionale risulti fortemente caratterizzata da una verticalizzazione della forma di governo, i Consigli regionali rivestono, come ricordato in precedenza, un ruolo imprescindibile in quel sistema di pesi e contrappesi che l'attuale modello rende necessario risultando gli unici detentori del potere legislativo in ambito regionale. Tale circostanza, presuppone, di conseguenza, che nonostante la straordinaria rilevanza assegnata al vertice dell'esecutivo, quest'ultimo possa legiferare solo attraverso il Consiglio regionale che, di conseguenza, resta organo imprescindibile per l'attuazione dell'indirizzo politico. Da ciò ne deriva, quindi, come, proprio grazie alla verticalizzazione della

forma di governo, entrambi gli organi rappresentativi hanno mostrato, tuttavia, un migliore adattamento a tale processo, a differenza del Parlamento nazionale che ha invece risentito, in maniera determinante, di tale esecutivizzazione del modello di governo.[28]

Muovendo, quindi, da una chiara perdita di funzionalità del Parlamento e da una evidente volontà politica proiettata verso un decisivo rafforzamento del potere esecutivo reso sempre più inevitabile e necessario, in un'ottica di conservazione dell'attuale assetto costituzionale strumentale ad assicurare il mantenimento della forma di Stato democratico, risulta necessario interrogarsi sulla possibilità di immaginare una nuova organizzazione della forma di governo nonché dell'attuale composizione e delle funzioni del Parlamento evitando che la stessa diventi terreno di scontro tra opposte fazioni.

Nello specifico, infatti, la necessità di intraprendere un percorso di rinnovamento del modello di democrazia parlamentare attraverso una decisa revisione delle disposizioni costituzionali, suggerirebbe il mutamento della struttura

forma di governo ed allo strettissimo legame tra Presidente della Giunta e maggioranza, le stesse regioni abbiano acquisito una maggiore efficienza normativa. Cfr. sul punto tra i tanti P. Bilancia, *Potere legislativo e interventi d'urgenza: non c'è bisogno del decreto legge,* cit.; F. Marangoni, *Organizzazione delle assemblee e processo legislativo,* cit., 135.

[28] Tale circostanza ha, come è noto, generato un'importante marginalizzazione dello stesso in termini di rappresentatività che è stata sacrificata, in alcune occasioni, in favore della c.d. stabilità dell'azione politica. Sul punto parte della dottrina ha evidenziato come sia possibile utilizzare il termine stabilità facendo riferimento alla stabilità della democrazia di un Paese, al sistema politico in generale, all'indirizzo politico espresso dal Governo e, infine, alla "mera" permanenza in carica di un organo. Per un'analisi approfondita cfr. sul punto F. Lanchester, *Sistemi elettorali e forme di governo,* Bologna, 1981, 184; G. Sartori, *Ingegneria costituzionale comparata,* Bologna, 1994; D. Casanova, *Spunti critici sulla possibilità di bilanciare la rappresentatività delle Camere con la stabilità del Governo,* in *Rappresentanza e governabilità. La (complicata) sorte della democrazia occidentale.* Atti del seminario Brescia, 5 aprile 2019, Napoli, 2020, 83. Al riguardo la Corte costituzionale è intervenuta sul punto delineando con chiarezza come la stabilità sia elemento imprescindibile per "*assicurare la governabilità*" ed "*evitare la frammentazione politico-partitica*". Cfr. inoltre sul punto Corte costituzionale 21 dicembre 2018 n° 239, in *www.cortecostituzionale.it.* Secondo i giudici si tratta di "*due esigenze non sono sovrapponibili ma attengono a profili diversi della funzione del Parlamento: l'una ha riguardo alla dialettica Parlamento-Governo, e mira a rendere proficua l'interlocuzione tra questi due organi, l'altra tende a garantire l'efficienza dei meccanismi decisionali dell'assemblea parlamentare, prescindendo dal rapporto con l'esecutivo o quanto meno ponendolo in secondo piano*". Cfr. infine A. D'Andrea, *Rappresentatività del Parlamento e principio maggioritario,* in *Rappresentanza e governabilità. La (complicata) sorte della democrazia occidentale.* Atti del seminario Brescia, 5 aprile 2019, Napoli, 2020, 27 secondo il quale "*la difficoltà nella quale si trova oggi la democrazia occidentale risiede principalmente nella tensione tra due opposte esigenze che sono, da un lato, quella di consentire la piena affermazione politica e fattuale della maggioranza, esigenza talora declinata nella scivolosa categoria della governabilità e dall'altro, quella di limitare gli effetti al fine di preservare il diritto delle minoranze di esistere e di potersi esprimere nel gioco democratico*".

e delle competenze dell'intero apparato organizzativo dell'organo assembleare con l'obiettivo di attribuire funzioni politiche alla sola Camera dei deputati rendendola, di fatto, titolare esclusiva della relazione fiduciaria con il Governo.

Tale ipotesi, imprescindibile per qualsiasi tipo di modifica della forma di governo, si legherebbe, inoltre, ad una razionalizzazione della struttura parlamentare capace di definire un nuovo equilibrio nei rapporti del Parlamento con il Governo non inficiando, al tempo stesso, il funzionamento e le prerogative degli organi di garanzia.

Nel favorire un ammodernamento della struttura, superando un modello di rappresentanza basata sul controllo e non sulla condivisione dell'indirizzo politico, il superamento del bicameralismo perfetto, da considerarsi tra le cause di un appesantimento del procedimento legislativo e dell'instabilità del sistema fiduciario, risulterebbe, altresì, lineare ed attuabile anche alla luce della riduzione del numero dei parlamentari e del riconoscimento del diritto di voto per il Senato al raggiungimento del diciottesimo anno d'età.

Si tratta di un'ipotesi che andrebbe, inoltre, finalmente, a superare il nodo irrisolto del bicameralismo paritario, andando a cristallizzare in Costituzione, un "monocameralismo di fatto" che caratterizza sempre più i lavori parlamentari e, infine, a garantire una migliore funzionalità dello Stato regionale.

Nello specifico, infatti, la scelta di attribuire ad una Assemblea la funzione di esercitare un ruolo di raccordo tra lo Stato e gli altri enti costitutivi della Repubblica porterebbe quest'ultima ad agire sulla base di meccanismi, giuridici e politici, capaci di consentire, effettivamente, una rappresentanza territoriale di tipo istituzionale anche, e soprattutto, alla luce della possibile implementazione dei percorsi di autonomia differenziata.

A ciò si aggiunga, inoltre, come tale ipotesi, oltre a propendere verso una maggiore stabilità governativa, risulterebbe altresì funzionale ad una integrazione dinamica tra livelli di governo al fine di addivenire, tenuto conto anche dell'esperienza pandemica, alla definizione di un efficiente modello di composizione di interessi nazionali e regionali in un'ottica di regionalismo cooperativo, capace di evitare fenomeni distorsivi e lesivi di quanto previsto dall'art. 5 Cost.

Tale scelta, oltre a rafforzare il rapporto di fiducia tra Governo e Parlamento e a propendere verso un ammodernamento delle istituzioni, attraverso una maggiore omogeneità fra le forme di governo dei vari livelli potrebbe, senza dubbio, considerarsi strumentale per addivenire alla risoluzione di quelle patologie derivanti dal sistema partitico che hanno influenzato, negativamente, gli stessi processi decisionali.

Si tratta di un modello che renderebbe necessaria ed inevitabile la definizione di un confronto effettivo e puntuale tra le forze politiche facilitan-

do la stabilità del rapporto tra Parlamento e Governo attraverso l'utilizzo di strumenti razionalizzati, ma pur sempre rappresentativi, capaci di produrre, nell'ambito di un processo democratico, decisioni unitarie e idonee a dimostrare che rappresentatività e governabilità possono essere considerati elementi interdipendenti tra loro.

Per questo motivo, a prescindere da considerazioni ideologiche e politiche e con la consapevolezza della inesorabile, ed in alcuni casi, imprescindibile verticalizzazione della decisione politica, è necessario immaginare una nuova struttura istituzionale idonea a migliorare e rendere più efficiente la funzionalità dell'assemblea rappresentativa, invertendo, in modo particolare, quel processo di persistente marginalizzazione del Parlamento che caratterizza ormai da troppi anni, senza una soluzione concreta di risoluzione, la nostra forma di governo e che non trova più alcuna giustificazione.

Deve quindi considerarsi consolidata l'opinione secondo la quale i nuovi scenari geopolitici e l'impatto della c.d. *digital democracy* sulle dinamiche sociali impongano un processo riformatore che sia in grado di ridurre quella divaricazione tra il testo costituzionale e l'effettivo cambiamento storico-politico permettendo al sistema istituzionale di essere al passo con le trasformazioni degli ultimi anni e scongiurare, di conseguenza, l'uso di tali mutamenti costituzionali come strumento politico.

Carla Negri[*]

LAICITÀ TRA PLURALISMO E INTEGRALISMO: UN APPROCCIO DIALOGICO

"Nessuno libera nessuno, nessuno si libera da solo: ci si libera insieme"
(Paulo Freire)

1. *Premessa*

Questo scritto, cui non sono mancati entusiasmo, ma anche sconforto, per la scivolosità del tema, intende offrire spunti di riflessione su un argomento che per la sua complessità non si presta ad una trattazione sintetica. La scelta del tema ha l'intento di onorare e di ringraziare il caro e stimato collega, Salvatore Prisco, per il suo prezioso contributo scientifico agli studi di diritto costituzionale, con particolare impegno nel dibattito sulla laicità.

La laicità è un tema complesso non tanto per la pluralità di significati e per le molteplici forme che essa può assumere, nel tempo e nello spazio, a seconda del contesto storico-politico, economico e sociale, dei diversi ordinamenti giuridici, ma anche e soprattutto per la sua propensione a non farsi imbrigliare e circoscrivere in definizioni astratte e aprioristiche.

Ciò che caratterizza la laicità sembra essere la sua avversione verso una definizione normativa, difficile[1] e forse non auspicabile, che ne circoscriva una volta per tutte la portata, minando la sua forza che sembra invece risiedere nella duttilità del modello che in quanto tale risulta essere più ricco e inclusivo.

La laicità, secondo un'autorevole dottrina, sembra riassumere l'insieme dei valori e dei principi liberaldemocratici, inclusivi di alcune posizioni delle Chiese, da noi la Chiesa cattolica con il Concilio Vaticano II (1962-1965) e quindi coincidere con l'identità dell'Occidente[2].

Storicamente la laicità è legata ai processi di secolarizzazione del diritto, ovvero all'autonomia del diritto dalla sfera religiosa, alla distinzione fra diritto ed etica, fra illecito e peccato, che trova le sue origini nelle tradizioni greche e romane. Con l'evolversi del secolare conflitto fra il potere civile e il potere ecclesiastico essa ha assunto la forma della separazione fra i citati poteri[3].

[*] Ricercatrice confermata di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Palermo, carla.negri@unipa.it.

[1] Sul punto, S. Prisco, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2009, 34.

[2] A. Barbera, *Laicità. Alle radici dell'Occidente*, Bologna, 2023.

[3] A. Barbera, *op. cit*., 15 ss., che parla di diversi "volti" della laicità.

Successivamente, con l'affermazione del costituzionalismo liberaldemocratico, figlio delle tre rivoluzioni dell'Occidente, il concetto di laicità ha progressivamente assunto una valenza positiva, come garanzia della libertà religiosa e del pluralismo religioso, della libertà individuale e del pluralismo politico e culturale[4].

La coincidenza del faticoso cammino della laicità con quello del costituzionalismo liberaldemocratico consentirebbe di rendere conciliabili fra loro le differenti forme di laicità presenti negli ordinamenti occidentali.

Con particolare riguardo all'ordinamento italiano, il principio di laicità non trova espresso riconoscimento nella Costituzione[5].

Esso viene implicitamente riconosciuto, per la prima volta, nella nota decisone della Corte costituzionale n. 203/1989, sull'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche, che lo definisce un «principio supremo di struttura» del nostro ordinamento, uno dei profili della forma di Stato delineata dalla Costituzione[6].

I giudici costituzionali accolgono un modello di laicità dello Stato aperto e pluralista[7], attraverso una declinazione della laicità in positivo, nel senso di «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»[8] e in negativo, come «equidistanza e imparzialità dello Stato di fronte a qualsiasi confessione religiosa»[9].

Tuttavia, la strada percorsa dalla Corte per delineare la laicità dello Stato non è priva di incongruenze.

La configurazione della laicità come un principio autonomo non sembra infatti potersi conciliare con il regime concordatario che disciplina i rapporti fra lo Stato e la Chiesa cattolica *ex* art. 7 Cost., anche se pone un argine ai tentativi di 'costituzionalizzazione' dello stesso.

[4] A. Barbera, *op. cit*., 53 ss.

[5] Sulle conseguenze pratiche di tale assenza, fra gli altri, F. Rescigno, *Se non ora quando? Principio di eguaglianza e laicità all'italiana*, in *Rivista Ianus*, n. 12/2015, 19 ss.

[6] Secondo alcuni autori, la laicità come principio autonomo svolgerebbe una funzione interpretativa e, soprattutto, di parametro nei confronti non solo delle fonti sub-costituzionali, ma anche delle leggi costituzionali e di revisione costituzionale, V. Pacillo, *Neo-confessionismo e regressione*, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, *www.olir.it*, 2005, 9; G. Di Cosimo, *Laicità e democrazia*, in *Bioetica e laicità*, a cura di S. Rodotà e F. Rimoli, Roma, 2009, 212.

[7] N. Colaianni, *Il crocifisso di nuovo in Cassazione*. *Note da* amicus curiae, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 12/2021, 4 ss.; S. Prisco, *Laicità*, cit., 21 ss., spec. 27-32, che parla con riferimento alla giurisprudenza costituzionale, seppur non lineare, di "laicità inclusiva".

[8] Corte cost., sentenza n. 203 del 1989, in *www.giurcost.it*.

[9] V., fra le altre, Corte cost., sentenze nn.: 254/2019; 67/2017; 52/2016, 508/2000, 329/1997, in *www.giurcost.it*.

Inoltre, l'equidistanza dello Stato nei confronti di tutte le confessioni religiose sembra contrastare con la diversa posizione che la nostra Costituzione riconosce alla religione cattolica *ex* art. 7 Cost. rispetto alle confessioni diverse dalla cattolica, che sono sottoposte alla legge sulla base di un'intesa *ex* art. 8 Cost. Peraltro, la presenza o meno dell'intesa con lo Stato crea una discriminazione anche fra le confessioni religiose diverse dalla cattolica.

Come autorevolmente sostenuto, la laicità sembra essere in realtà un "meta-principio", "un crocevia tra i vari principi" ovverosia il risultato della interazione *ex* post tra i diversi e collegati principi liberaldemocratici e personalisti della nostra Costituzione[10].

Volgendo lo sguardo alla legislazione ordinaria, anch'essa capace di decisione la laicità di un ordinamento, ci troviamo di fronte ad un legislatore inerte (su temi come l'esposizione dei simboli religiosi nella scuola pubblica e l'eutanasia), oppure orientato, anche recentemente, in maniera più o meno esplicita, verso discipline di stampo confessionale (ad es. in tema di aborto), in contrasto con il processo di secolarizzazione che caratterizza la società italiana, la cui causa sembra principalmente riconducibile, ma non solo[11], al modello di "separatismo cooperativo" che caratterizza i rapporti fra lo Stato e la Chiesa cattolica, segno di debolezza e di fragilità degli stessi[12], nonostante il diverso orientamento dei giudici costituzionali[13].

L'impianto liberaldemocratico della laicità rischia di essere messo in discussione dalla presenza di diversi fattori disgreganti.

[10] A. Barbera, *op. cit*., 142 ss., che fa riferimento al principio democratico (art. 1); al principio di eguaglianza (art. 3); alla libertà di manifestazione del pensiero (art. 21); alla libertà religiosa (artt. 19-20); alla separazione fra ordine spirituale e ordine temporale (art. 7); al principio pluralista (artt. 2, 17, 18), alla libertà di organizzazione religiosa (artt. 2 e 8), ecc.

[11] Il voto cattolico sembra essere ancora indispensabile per i partiti politici che ambiscono a governare il paese, la dissoluzione della Democrazia cristiana sembra, in particolare, avere aumentato il peso della Chiesa cattolica nella vita politica italiana, V. Pacillo, *op. cit*., 29.

[12] L. Elia, *I problemi costituzionali della laicità*, in *www.astrid-online.it*, 2007, 5; G. Zagrebelsky, *Scambiarsi la veste. Stato e Chiesa al governo dell'uomo*, Roma-Bari, 2010; Id., *Lo Stato e la Chiesa*, Roma, 2007, 93 ss.; S. Prisco, *Laicità*, cit., 157 ss., spec. 165; V. Pacillo, *op. cit*., 29-30, il quale parla di un sistema "neo-confessionista", in cui la religione cattolica è destinata a diventare "la religione civile ufficiosa" della Repubblica italiana; G. Di Cosimo, *op. cit*., 201-202; F. Rescigno, *op. cit*., 26-27, che parla di "laicità confessionale", in violazione del principio di eguaglianza, della libertà di coscienza e della stessa democraticità dell'ordinamento.

[13] Corte Cost. sentenze n. 334 del 1996 e n. 329 del 1997 che, in particolare, esclude che «la religione possa considerarsi strumentale rispetto alle finalità dello Stato e viceversa», in *www.giurcost.it*.

Già Francis Fukuyama, alla fine degli anni ottanta del secolo scorso, in *Fine della storia e l'ultimo uomo*[14], evidenziava le sfide che la liberaldemocrazia avrebbe dovuto affrontare, quali il nazionalismo-sovranismo, il fondamentalismo religioso, in particolare quello islamico, il progresso scientifico, che sembrano derivare non tanto dall'assetto economico-sociale di tipo capitalistico, e quindi dai bisogni materiali, ma da un bisogno di riconoscimento identitario, di natura etnica, religiosa, e più in generale di lotta per il riconoscimento del proprio *status*, giuridico e sociale, all'interno dello Stato, come appartenenza ad una società e del ruolo nella stessa.

Nelle società contemporanee la presenza di una pluralità di identità individuali e collettive, insieme alla fluidità delle scelte e alla definizione dei ruoli sociali, rende sempre più complesso e problematico per le istituzioni democratiche garantire la stabilità dell'ordine democratico e con essa una coerente tutela dei valori e dei principi fondamentali garantiti dalle Costituzioni[15].

Da questo punto di vista, la cultura e le identità culturali sono alla base dei processi di coesione e di integrazione di intere comunità, ma anche di conflittualità tra gruppi di culture diverse e, più in generale, di civiltà diverse[16], in particolare fra Occidente e Islam.

Il processo di globalizzazione e la rivoluzione digitale (internet e social network) hanno poi trasformato significativamente le dinamiche sociali, economiche e politiche a livello globale, contribuendo così in modo sostanziale alla radicalizzazione delle posizioni politiche[17]. La percezione delle disuguaglianze economiche, la minaccia all'identità culturale, la polarizzazione politica[18], l'effetto delle 'bolle informative' e la rivendicazione di diritti, soprattutto civili, su materie eticamente sensibili, sono tutti fattori interconnessi che spiegano

[14] F. Fukuyama, *The End of History and the Last man*, in *The National Interest*, n. 16, Summer 1989, 4 ss.; trad. it., D. Ceni, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Milano, 2023, 7 ss., l'autore intende il termine storia non come evoluzione di avvenimenti, nel suo significato convenzionale, ma come processo evolutivo unico e coerente delle esperienze di tutti i popoli in tutti i tempi, mutuato dal pensiero del filosofo tedesco G.W.F. Hegel che individuava la fine della storia con la nascita dello Stato liberale e da quello di K. Marx che la individuava con la nascita della società comunista.

[15] Su questi temi, E. Denninger, *I diritti dell'uomo e legge fondamentale*, a cura e con introduzione di C. Amirante, Torino, 1998.

[16] S. Huntinghton, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, trad.it., Milano, 1997, 184; K. R. Popper, *Il mito della cornice*, Bologna, 1995, 63.

[17] A. Barbera, *op. cit*., 10-11.

[18] In Italia, le recenti elezioni europee, 8-9 giugno 2024, hanno evidenziato un risultato elettorale fortemente polarizzato, per la presenza nella legge elettorale europea del sistema delle preferenze che aumenta la personalizzazione del voto e della soglia di sbarramento per l'attribuzione dei seggi, L. Pregliasco, V. Porta, *Europee: Italia al voto tra astensionismo e polarizzazione*, *Editoriale*, in *federalismi.it*., n. 14/24.

l'attuale clima di radicalizzazione ideologica e politica, che anziché promuovere diversità e diversificazione rischia di generare uniformità e omologazione[19].

La religione, in particolare, si rivela di nuovo la più potente arma di resistenza all'omologazione culturale e ritorna nella scena pubblica con i suoi simboli e i suoi riti.

Per quanto con la globalizzazione il territorio ha assunto minore rilevanza come elemento di identificazione dei gruppi e dei popoli, soprattutto sul piano giuridico e politico; il territorio torna ad essere un punto di riferimento delle identità collettive, invertendo, almeno in parte, la tendenza giuridica dell'ordinamento euro-unitario ad intaccare il principio di sovranità, trasformando il territorio in 'spazio giuridico economico' e 'spazio giuridico europeo'. In particolare, le religioni, che pure ambiscono a coprire un ruolo universale e transnazionale, di fatto si radicano in esperienze territorialmente caratterizzate[20].

Fonte di questo ritorno alla religione, oltre ai bisogni naturali dell'uomo, è anche la crisi della modernità (o meglio delle molteplici modernità[21], secondo una tesi recente della post-modernità), incapace di mantenere le promesse di sviluppo economico, di democrazia politica e di progresso sociale[22].

Da qui, l'incidenza crescente delle tre grandi religioni monoteiste nella vita sociale e nei rapporti internazionali[23], che sembra sconfessare, almeno in parte,

[19] Sul punto, in relazione alla rivendicazione dei diritti, G. Zagrebelsky, *Diritti per forza*, Torino, 2017, 33 ss. Per maggiori approfondimenti, S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2013, che parla di «lotta per i diritti come connessione tra l'astrazione dei diritti e la concretezza dei bisogni, che mette all'opera soggetti reali»; di costituzionalismo globale come patrimonio di diritti indivisibili della persona umana indipendentemente dalla nazionalità; di cittadinanza inclusiva, ma anche di insaziabilità dei diritti fondamentali, quando i diritti si pongono come affermazione di un individualismo esasperato, che nuoce alla socialità e diventa esso stesso violazione di diritti altrui, la c.d. "deriva individualistica"; C. Amirante, (voce) *Cittadinanza* (teoria generale), in *Enc. Giur.*, Aggiornamento, XII, Roma, 2004.

[20] P. Consorti, *Religioni e democrazia nel processo di globalizzazione*, in vol. *Global*, 2006, 13.

[21] La secolarizzazione, al pari di altri aspetti della modernità – strutture politiche, forme democratiche, usi dei media – ha conosciuto in realtà espressioni molto diverse e si è sviluppata sotto la spinta di esigenze e aspirazioni differenti a seconda delle differenti civiltà. Per maggiori approfondimenti, *Alternative Modernities*, a cura di D.P. Gaonkar, Duke University Press, Durham, 2001.

[22] P. Makosa, *Trasformazioni moderne di religiosità come contesto di educazione della gioventù*, *Studia Leopoliensia*, Lublino, 2012, 269 ss.

[23] G. Kepel, *La rivincita di Dio*, Milano, 1991. Nello studio dell'istituto americano *Pew Research Center* di Washington, *The Future of World Religions: Population Growth Projections, 2010-2050*, pubblicato nel 2015 e riguardante le proiezioni sino al 2050, emerge che il cristianesimo rimarrà ancora la principale religione (31% del totale), anche se seguita da vicino dall'islam (30%). Ed ancora, anche se la popolazione del pianeta aumenterà del

i teorici del fenomeno della secolarizzazione, che avevano ipotizzato la progressiva decadenza del sentimento religioso[24].

In Europa, l'affrancamento delle forme di vita politico-sociale dalla religione aveva l'intento di relegare il sentimento religioso non solo nella sfera privata, ma quantomeno in quella pre-politica, 'sancendo' la sua irrilevanza nella sfera pubblica[25].

Il processo di secolarizzazione rischia di essere messo in discussione dalla nascita di un contro-movimento, il cd. 'post-secolarismo'[26], presentato come proposta, o forse risposta, alla crisi delle società liberali e democratiche, che si riferisce al ritorno della religione (*rectius*: delle religioni), da noi la religione cattolica, nella sfera pubblica, nella sua funzione civile o politica[27]. Si tratta della riscoperta della religione come risorsa politica, come fattore costitutivo e aggregante, e, quindi, legittimante dell'agire politico (partiti populisti e nazionalisti[28]) e della riscoperta della politica come rilegittimazione delle istituzioni

35%, i musulmani cresceranno del 73% (contro il 35% dei cristiani), per un maggiore tasso di fecondità ed una età media più giovane. Lo storico "sorpasso" dei musulmani sui cristiani dovrebbe avvenire nel 2070, in *www.pewresearch.org/religion/2015/04/02/religious-projections-2010-2050*.

[24] V., tra gli altri, M. Weber, *La scienza come professione. La politica come professione*, trad. it., Torino, 2001, 17; E. Renan, *L'avenir de la science*, Paris, 1925, 91.

[25] G. Zagrebelsky, *Scambiarsi la veste*, cit., 18. Sul concetto di secolarizzazione in termini storici, filosofici e sociologici, C. Taylor, *L'età secolare*, ed. it., Milano, 2009; sul carattere non lineare del processo di secolarizzazione in Europa, dal punto di vista sociologico, E. Pace, *La nuova geografia socio-religiosa in Europa: linee di ricerca e problemi di metodo*, in *Quaderni di sociologia*, n. 55/2011, 65 ss.

[26] G. Zagrebelsky, *Scambiarsi la veste*, cit., 19; G. Lingua, *Esiti della secolarizzazione. Figure della religione nella società contemporanea*, Pisa, 2013, 14, che analizza le conseguenze della secolarizzazione, sia sul versante dell'esperienza religiosa individuale, sia sul versante sociale e politico; P. Costa, *La città post-secolare. Il nuovo dibattito sulla secolarizzazione*, Brescia, 2019.

[27] J. Casanova, *Public Religions in the Modern World*, Chicago, 1994, trad. it., *Oltre la secolarizzazione. Le religioni alla riconquista della sfera pubblica*, Bologna, 2000; J. Habermas, *Secularism's Crisis of Faith. Notes on Post-Secular Society*, in *New Perspective Quarterly*, 25, 2008, 17-29; G. Zagrebelsky, *Scambiarsi la veste*, cit., 17 ss.; A. Barbera, *op. cit*., 11; A. Ferrari, *Dove va la libertà religiosa: percorsi comuni tra le due sponde del Mediterraneo*, in *Transizioni e democrazia nei Paesi del Mediterraneo e del vicino Oriente*, a cura di G. D'Ignazio, N. Fiorita, S. Gambino, F. Raniolo, A. Ventura, Cosenza, 2014, 363 ss.

[28] Y.N. Harari, *21 lezioni per il XXI secolo*, Firenze-Milano, 2021, 23 ss., secondo il quale ciò che accomuna i movimenti populisti e nazionalisti è il fatto che nessuno di loro rigetta interamente il liberalismo, ma sceglie cosa prendere e cosa rifiutare delle raccomandazioni liberali sul piano nazionale e internazionale, un liberalismo à la carte insomma; S. Feltri, *Tornare cittadini*, Torino, 2021, 74 ss., che evidenzia l'aumento dei populisti al potere tra il 1990 e il 2018 di cinque volte e la crescita, soprattutto nei paesi dell'Europa dell'Est – anche se il fenomeno populista assume ormai dimensioni globali – del cd. "populismo culturale", che prende di mira gli stranieri

e delle pratiche religiose, per la formazione di 'un consenso etico di fondo nella società'[29], in piena crisi di valori e identità.

Come scrive Y. N. Harari, Dio al servizio della nazione ovvero le religioni tradizionali usate come 'ancelle' del nazionalismo moderno, che tengono separati gli uomini in gruppi distinti e spesso ostili, rendendo difficoltoso affrontare le sfide globali come la guerra nucleare, il collasso ecologico e la rivoluzione tecnologica che richiedono invece una politica globale[30].

Col riemergere di un nazionalismo esasperato che sembra revocare in modo progressivo il pluralismo politico e ideologico, andrebbe forse coraggiosamente rilanciata l'idea di Habermas di "patriottismo costituzionale"[31].

Questa idea potrebbe trovare applicazione anche in ambito europeo, in cui il progressivo intensificarsi dei conflitti armati mette in discussione l'ispirazione 'costituente' originaria dell'Europa, pacifista e improntata alla protezione dei diritti umani. Una strategia che dovrebbe essere intesa, in senso sostanziale, come adesione ai principi universali dei diritti umani e della democrazia, quali tradizioni e valori comuni e condivisi, che consentono di superare le differenze tra i popoli europei, tra questi *in primis* il valore della tolleranza e, in senso procedurale, come spinta verso un rafforzamento dei canali democratici e della democrazia partecipativa (ad es. i *referendum*), al fine di ridurre il deficit democratico europeo, di cui i partiti sovranisti si alimentano[32].

La complessità delle questioni, seppur sommariamente, descritte rende difficile la ricerca e l'individuazione di risposte e/o di soluzioni univoche. Nelle pagine che seguono si cercherà di evidenziare alcune delle sfide che laicità incontra nel suo faticoso cammino, riflettendo sul modo con cui poterle affrontare.

sia all'interno, sia all'esterno delle frontiere dello Stato, e più in generale le minoranze deboli, rispetto all'originario populismo anti-establishment e a quello socio-economico più costoso, che sembrano oramai regressivi; Jan Zielonka, *Contro-rivoluzione. La disfatta dell'Europa liberale*, Bari-Roma, 2018, 13 ss., che preferisce parlare di partiti controrivoluzionari, diversi fra loro, ma accomunati dall'attacco all'integrazione europea, al liberalismo costituzionale e all'economia neoliberista.

[29] G. Zagrebelsky, *Scambiarsi la veste*, cit., 61 ss., che fa riferimento alle parole pronunciate da Papa Benedetto XVI durante la sua visita a Parigi nel 2008. Oggi in modo più incisivo, gli interventi di Papa Francesco sui temi della pace, della tutela dell'ambiente, dei migranti e contro il dominio dei sistemi algoritmici, anche alla luce della sua partecipazione ad importanti e recenti consessi internazionali quali il G7, a Borgo Egnazia, in Puglia, 14.6.2024.

[30] Y. N. Harari, *op. cit*., 177 ss.

[31] J. Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, trad. it., *L'inclusione dell'altro*, a cura di L. Ceppa, Milano, 2002.

[32] M. Mezzanotte, *Patriottismo costituzionale e percorsi democratici nell'Unione europea*, in *forumcostituzionale*.it, 24.6.2013, 10 ss.

2. *La nuova dimensione della componente etico-religiosa e le sfide per il futuro della laicità*

Il ritorno sulla scena europea e mondiale del fattore religioso, favorito dai flussi migratori portatori di una religiosità più varia e più diffusa, dalla globalizzazione, dalla comunicazione digitale[33] e dall'intensificarsi progressivo dei conflitti armati, non riguarda soltanto le religioni, perché mette in crisi paradigmi culturali, giuridici e sociali consolidati e rende difficile la formulazione di nuovi modelli capaci di comprendere e gestire la complessità delle società contemporanee, che dalla globalizzazione in poi oscillano tra pluralismo e ritorno alla polarizzazione sia culturale che religiosa.

Il processo di trasformazione delle società occidentali in senso multiculturale[34], multireligioso, multietnico e multiconfessionale, dovuto al fenomeno migratorio, pone, in particolare, la necessità di realizzare la pacifica convivenza fra gruppi portatori di tradizioni religiose, culturali e sociali diverse[35]. Ma come realizzarla? Attraverso l'integrazione dei vari gruppi e delle diverse culture nella comunità o attraverso la loro separazione. Sia il modello del relativismo multiculturale del Regno Unito, più attento ai corpi intermedi, ma che tiene separate le diverse culture, sia quello francese dell'assimilazione delle culture minoritarie in quella dominante, meno attento al pluralismo, non hanno prodotto risultati soddisfacenti[36]. La questione è ancora aperta in Europa[37].

Qualora si scegliesse la strada dell'integrazione delle nuove minoranze nella comunità, si dovrebbe evitare, sia di fare accettare valori religiosi estranei alle altre culture presenti nella società, sia di indebolire le tradizioni culturali e religiose della comunità nazionale che intende integrare[38].

Una soluzione potrebbe essere l'adozione di discipline differenziate, per preservare le caratteristiche culturali e religiose delle minoranze, con il limite

[33] Sul punto, M. Menicocci, *La rete delle religioni*, in *Storiadelmondo*, 2005.

[34] Per maggiori approfondimenti sul tema, si rinvia a J. Habermas e C. Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, 2008; C. Galli, *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, Bologna, 2006; E. Colombo, *Le società multiculturali*, Roma, 2011.

[35] Sul tema, S. Lagi, C. Maritato, R. Ricucci, *Religione e diritti umani nell'Italia multiculturale*, Bologna, 2021; R. De Vita, F. Berti, *Pluralismo religioso e convivenza multiculturale. Un dialogo necessario*, Milano, 2003; F. Oliosi, *Giustizia divina, diritti umani. Il conflitto tra diritti umani e diritti religiosi nell'Europa multiculturale*, Napoli, 2020.

[36] A. Barbera, *op. cit*., 160; S. Prisco, *Le radici religiose dei diritti umani e i problemi attuali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, gennaio 2011, 11.

[37] S. Prisco, *I modelli istituzionali di integrazione musulmana in Europa e il caso dell'"Islam italiano"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale,* febbraio 2011, 1 ss.

[38] A. Barbera, *op. cit*., 163; E. Denninger, *op. cit*., secondo il quale nelle odierne organizzazioni sociali l'uguaglianza dovrebbe vivere nelle diversità o ancor più rappresentare un momento di eguale valorizzazione delle differenze.

del rispetto dei diritti umani[39], il cui contenuto in una società multiculturale, permeata da ben diverse e divergenti concezioni e strategie di tutela effettiva della dignità umana, dovrebbe conformarsi alla struttura ontologica umana, quale nucleo di una soggettività universale, il cd. "principio persona"[40], che rappresenta il criterio normativo, seppur minimale, in grado di orientare il legislatore nell'individuazione di quelle istanze sociali meritevoli di essere tradotte in diritti[41]. In altri termini, l'*homme situé*, «l'uomo che non è soltanto singolo, che non è soltanto individuo, ma che è società nelle sue varie forme, società che non si esaurisce nello Stato» (A. Moro, Intervento, Art. 2 Cost., Atti A.C., I).

Sembra utile, al riguardo, richiamare il dibattito sull'inserimento delle radici cristiane nel preambolo del progetto di Costituzione europea, poi fallito, come è noto, per il risultato dei referendum francese e olandese. Il riferimento, giuridicamente rilevante, nel Preambolo ai valori culturali, umanistici e religiosi dell'Europa, ma non specificamente a quelli giudeo-cristiani, potrebbe trovare una spiegazione nella necessità di non escludere dall'identità della cittadinanza europea le minoranze religiose, in particolare quella ebraica e soprattutto quella musulmana, e i non credenti[42]. Avremmo, in altri termini, affermato, seppur implicitamente, l'identità laica dell'Europa, basata sulla comune lealtà a quei valori e principi liberaldemocratici di centralità della persona umana e di solidarietà che essa, come detto, esprime.

Un modello alternativo, rispetto a quelli in precedenza evidenziati (assimilazione e separazione in nome del multiculturalismo), per la gestione della diversità culturale potrebbe essere l'interculturalismo, che senza rinunciare al valore delle differenze culturali evidenzia l'interazione fra le stesse e spezza il legame identitario fra l'individuo e il gruppo sociale di provenienza. Rendendo il concetto di identità personale fluido e dinamico, perché condizionato dal contesto e dalla relazione con le altrui identità, dal cui incontro ne escono

[39] Sul punto, L. Lorello, *Vecchie e nuove minoranze: definizioni e strumenti di tutela. Considerazioni introduttive*, in *Vecchie e nuove minoranze: definizioni e strumenti di tutela*, a cura di L. De Grazia, L. Lorello, G. Verde, Atti del Convegno, Palermo, 3.12.2015, Rimini, 2018, 11 ss.; sulle correlazioni fra la libertà religiosa e il benessere economico e sociale, A. Fuccillo, *Superare la sola eguaglianza formale: verso la libertà religiosa delle opportunità*, in *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità. Modelli di disciplina giuridica*, a cura di Id., Napoli, 2017, 58 ss. Sulla tutela dei diritti umani in una prospettiva comparatistica, L. Henkin, *Diritti dell'uomo*, Roma, 2023, con una introduzione di Giuliano Amato.

[40] Per maggiori approfondimenti sul punto, G. Limoni, *Tempo della persona e sapienza del possibile*, Vol. II, Napoli, 1991.

[41] C. Calipari, *Il problema del fondamento dei diritti umani in un contesto multiculturale*, in *Nuovi diritti e nuove tecniche di tutela della persona in tempi di crisi*, a cura di P. Bargiacchi e F. Vecchio, Collana di studi Consulta on line, Genova, 2024, 187 ss.

[42] A. Barbera, *op. cit*., 165.

entrambe trasformate[43]. L'interculturalità sembra, in particolare, evocare il dialogo e la necessità di comprensione reciproca tra le diverse culture e potrebbe promuovere la coesione sociale da costruirsi attorno a valori civici comuni[44]. Harari parla, al riguardo, di adesione ad un codice etico laico, accettato dai credenti di diverse religioni e dai non credenti, che custodisce i valori di verità, compassione, uguaglianza, libertà, umiltà, coraggio e responsabilità, che rappresentano le basi delle moderne istituzioni democratiche[45].

Anche le indagini sociologiche rilevano il graduale superamento del concetto di società multiculturale, in favore di quello di società transculturale, termine con cui si intende designare il contesto sociale nel quale culture differenti non solo convivono in condizioni di reciproca tolleranza, ma si "incrociano" e influenzano a vicenda. Le difficoltà di trovare equilibri per garantire la coesistenza tra gruppi etnici ospitati e società ospitanti si sono riscontrate anche sul piano sociologico; si registra infatti il graduale passaggio da una concezione tendenzialmente omogenea di società multiculturale, il cd. "*melting pot*", fondata sull'omologazione tra le diverse culture, che la globalizzazione avrebbe dovuto favorire; una nuova e più realistica concezione eterogenea di società, la cd. "*salad bowl*", che si basa sulla valorizzazione dei patrimoni culturali delle minoranze, almeno di quelli compatibili con il sistema sociale del paese ospitante[46].

Questi effetti di sincretismo si riscontrano anche sul piano dell'esperienza privata e portano ad una ridefinizione della religione in tale ambito con la nascita di nuove forme di spiritualità[47].

Da questo punto di vista, in un'epoca di pluralismo inedito, l'Europa sembra essere 'un cantiere aperto', in cui emerge la persistenza nella maggioranza degli europei di un atteggiamento di 'religiosità senza chiese', di un insieme di comportamenti interessati a coltivare lo spirito, senza dover necessariamente rifarsi ad una determinata istituzione religiosa. Questo atteggiamento è identificabile con la figura del credente autonomo che «crede sempre più per scelta e sempre meno per eredità», in forme diverse da quelle tradizionali, nonostante

[43] S. Prisco, *Laicità*, cit., 66-67.

[44] Su questi temi secondo una prospettiva interdisciplinare, *Percorsi interculturali*, a cura di C. Piciocchi, D. Strazzari, Università degli studi di Trento, *Quaderni della Facoltà di giurisprudenza*, n. 69/23, Trento, 2023.

[45] Y.N. Harari, *op. cit.*, 271 ss.

[46] M. I. Bianco, *Pluralismo religioso e garanzie del diritto penale. Il difficile bilanciamento tra libertà individuale ed esigenze di tutela della collettività*, Atti del convegno internazionale su '*Pluralismo religioso e integrazione europea: le nuove sfide*', in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 3/2019, 16-17.

[47] L. Berzano, *Spiritualità*, Milano, 2017, 25 ss., che parla di nuovo polimorfismo delle spiritualità *ana-teistiche, individuate, esperienziali, glocali*.

la marcata presenza delle religioni storiche[48]. La società post-moderna è in particolare caratterizzata dal passaggio da un pluralismo della tolleranza, a basso contenuto di differenze fra macro-sistemi di credenza diffusi nella coscienza collettiva (per quanto riguarda l'occidente, di matrice protestane o cattolica), al pluralismo interattivo, che è foriero di un aumento, sempre più crescente, di richieste di riconoscimento delle diversità oggettive presenti nella società europea[49].

Una religione estremamente individualistica che va oltre le istituzioni radicalizza tuttavia le possibilità di scelta[50].

La multiculturalità ha determinato inoltre la crisi del modello occidentale di tutela della libertà religiosa, il cui nucleo essenziale viene individuato nella libertà di coscienza e nella interiorizzazione della nozione di libertà religiosa, a discapito delle manifestazioni della fede[51].

In questo contesto, le manifestazioni pubbliche delle nuove religioni sono interpretate quali indebite ingerenze nella sfera interiore del singolo, con il risultato di una tensione tra la libertà di agire secondo i dettami della propria fede e la libertà di non subire alcun condizionamento religioso.

La presenza di identità collettive fortemente connotate da motivazioni religiose apre la strada a nuove 'guerre di religione' non solo tra credenti di diverse religioni, ma anche e soprattutto tra credenti e non credenti, che rischiano di tradursi in radicali conflitti culturali.

Questi conflitti possono manifestarsi, tra gli altri, nell'esposizione dei simboli religiosi, identitari e di coscienza, negli spazi pubblici istituzionali e territoriali[52], oggetto di dibattito a livello nazionale, europeo e internazionale[53];

[48] E. Pace, *op. cit*., 65-89, il quale evidenzia la difficoltà di una rappresentazione della reale geografia socio-religiosa in Europa, per l'assenza di sistematiche rilevazioni nazionali o censimenti periodici; L. Berzano, *Le spiritualità nell'epoca secolare*, in *La morada interior. Mistica y literatura en el V centenario del nacimiento de Teresa de* Àvila, Valencia, 2018, 17 ss.; M. Introvigne, *Le 'nuove religiosità' e la religione*, in *La verità della religione. La specificità cristiana in contesto*, a cura di G. Tanzella-Nitti, G. Maspero, Roma-Siena, 2007, 139-154.

[49] E. Pace, *op. cit*., 65-89; sul punto, A. Barbera, *op. cit*., 161.

[50] P. Makosa, *op. cit.*, 274.

[51] S. Ferrari, *Società civile, laicità dello Stato e libertà di religione*, in *La rivista del Clero italiano*, n. 1/2014, 20-25.

[52] Sulla distinzione fra lo spazio pubblico istituzionale, in cui vengono esercitati i poteri pubblici e le attività di interesse generale e lo spazio pubblico territoriale come spazio della vita quotidiana, N. Colaianni, *Il crocifisso di nuovo in Cassazione*, cit., 8 ss., che riprende la nota distinzione di Habermas, tra "spazio pubblico istituzionale" e "spazio pubblico informale".

[53] V. per tutti, fra gli altri, *La laicità crocifissa. Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Atti del Seminario di Ferrara, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino, 2004; sia consentito il rinvio a C. Negri, *Simboli religiosi e multiculturalismo. Il caso del Crocifisso*, in *La cittadinanza europea*, n. 1/2023, 53-77.

sul fronte delle problematiche bioetiche, foriere di contrapposizioni, spesso radicalizzate, di matrice laica e religiosa[54], che hanno ad oggetto l'espansione dei diritti civili, i cd. 'nuovi diritti'[55].

In relazione a tale ultimo profilo, alla perdita del ruolo aggregante e legittimante del fattore religioso nell'agire sociale, fa da contraltare una nuova 'religione civile', la cd. 'religione dei diritti umani', che ha portato alla nascita di movimenti (femministi, arcobaleno ed altri), che assumono l'espansione dei diritti civili a dogma, a verità assoluta, a principio irrinunciabile. Ad essi si contrappongono altri movimenti globali che non si riconoscono nei nuovi diritti e negano diritti che sembravano ormai acquisiti, fomentati da leader politici e religiosi, anch'essi fermi su posizioni radicalizzate, che si scontrano su materie eticamente sensibili come l'aborto, l'eutanasia, la maternità surrogata, il matrimonio fra coppie dello stesso sesso, l'educazione religiosa e sessuale nelle scuole, l'insegnamento a scuola di temi legati ai diritti gender, Lgbtqia+ ed altri[56].

Nel tempo del mondo globalizzato che rappresenta uno spazio unico, chiuso, saturo, in cui la guerra, che prima era esterna, sia pure limitatamente al territorio dei paesi occidentali, diviene irrimediabilmente interna e ogni sommovimento locale ha ripercussioni globali, come scritto da autorevole dottrina, «la temperatura dei diritti dovrebbe abbassarsi» e il costituzionalismo, pur senza rinunciare alla sua aspirazione centrale di essere al servizio dei diritti, dovrebbe riscoprire i doveri, intesi in senso "assoluto" come doveri verso i nostri simili, come risposta a una chiamata di responsabilità verso di noi e le generazioni future, non come mero contraltare dei diritti soggettivi[57].

Su queste basi, i citati conflitti andrebbero gestiti mediante processi di mediazione, di riconciliazione basati sulla comunicazione fra la parti sociali, al fine di ricostruire una relazione fra le stesse[58].

Da questo punto di vista, per conciliare fra loro fedi e dottrine diverse e contrapposte, si potrebbe fare ricorso ad un nuovo paradigma di laicità, che si trovi al di fuori delle categorie giuridiche e consiste nel considerare la laicità come 'metodo' di convivenza fra credenti e non credenti, che attiene ai comportamenti degli individui, singoli o associati, tesi alla ricerca del confronto,

[54] In Italia, v. la recente Dichiarazione del Dicastero per la Dottrina della Fede "*Dignitas infinita circa la dignità umana*", 8.4.2024, che include tra le violazioni della dignità umana, l'aborto, l'eutanasia, la maternità surrogata, la guerra, il dramma della povertà e dei migranti, la tratta delle persone.

[55] *I diritti in azione*, a cura di Marta Cartabia, Bologna, 2007; *Nuovi diritti e nuove tecniche di tutela della persona in tempi di crisi*, cit.

[56] A. Barbera, *op. cit*., 11, spec. 165 ss.

[57] G. Zagrebelsky, *Diritti per forza*, cit., 37 ss., spec. 90 ss.

[58] S. Prisco, *Laicità*, cit., 53; N. Colaianni, *Simboli religiosi e processo di mediazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 1/2014, 10 ss.

del dialogo, con il rifiuto di concezioni particolari che pretendono di possedere verità assolute, sia di ordine religioso, sia di ordine laico, ma che invece si aprono alle ragioni dell'altro[59].

In una democrazia pluralista, la verità è il risultato di una costruzione collettiva, che mette insieme i diversi frammenti di verità posseduti da ciascuno per la costruzione di una verità comune, sulla base del "consenso per intersezione"[60] e del compromesso[61].

Come afferma Salvatore Prisco: il laico "… è innanzitutto una persona tollerante: lungi dall'irridere le altrui certezze e fedi, bada piuttosto a confessare i suoi dubbi – perfino sul proprio stesso strumento di conoscenza – e solo chiede ai portatori di verità, che per se stessi le hanno raggiunte e le vivono come definitive, di custodirle nell'intimo o di proporle nel pubblico dibattito senza mai imporle agli altri"[62].

In modo altrettanto eloquente, in un Convegno su "Libertà religiosa e multiculturalismo", a Gallipoli nel 2009, parlando di laicità ai giovani studenti presenti, il caro collega utilizza la metafora del ponte come strumento per descrivere lo spirito laico: "la laicità come un atteggiamento mentale necessario a percorrere appunto un ponte da parte di due gruppi numerosi che lo risalgano da opposte sponde coi loro carri: non si può sovraccaricarli di un bagaglio eccessivo, altrimenti se ne mette a rischio la portata, ma bisogna ridurre le masserizie all'essenziale, affinché ogni viandante possa recare con sé le sole cose a lui assolutamente indispensabili"[63].

Il metodo laico consentirebbe di salvaguardare nel dibattito pubblico e nelle conseguenti scelte legislative il pluralismo di idee, di stili di vita, di dottrine e di fedi.

[59] A. Barbera, *op. cit*., 176 ss.; S. Prisco, *La laicità e i suoi contesti storici. Modelli socio-culturali e realtà istituzionali a confronto*, in *astrid-online.it*, 12-13; Id., *Laicità*, cit., 15-16, che parla di laicità "debole", di laicità "come metodo del confronto".

[60] Sul punto, J. Rawls, *Liberalismo politico*, a cura di S. Veca, Milano, 1994, 124.

[61] F. B. Callejon, *La costituzione dell'algoritmo*, Milano, 2023, 36.

[62] S. Prisco, *Laicità*, cit., 15.

[63] S. Prisco, *Laicità*, cit., 139 ss.; Id., *Laicità come apertura al dialogo critico nel rispetto delle identità culturali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 21/2021, 72.

Matteo Nicolini[*]

LA POLITICA COLONIALE COME "MOSTRUOSITÀ D'OLTREMARE" IN JOSEPH CONRAD

SOMMARIO: 1. Civilizzare l'Africa? – 2. La missione civilizzatrice: superiorità maschile e politica della mostruosità. – 3. Soggiogare il corpo della mostruosità: La colonizzazione, una "giusta" violenza sessuale? – 4. Il commercio come viaggio verso la mostruosità. – 5. «La mente dell'uomo è capace di qualsiasi cosa». Trasformare l'umanità in commercio e il commercio in mostruosità.

1. *Civilizzare l'Africa?*

«La civilizzazione segue il commercio». Con queste parole il celebre scrittore Joseph Conrad (1857-1924) introduce le battute finali de *Un avamposto del progresso*[1]. Ambientato in una remota stazione commerciale del bacino del Congo alla fine del XIX secolo, il racconto esplora con sarcasmo l'impatto della colonizzazione europea sul continente africano.

Di per sé, l'espressione usata da Conrad non pone problemi interpretativi. Nel contesto dei mercati globalizzati, siamo abituati a porre in relazione "commercio" e "civilizzazione". Che la civilizzazione *segua* il commercio è coerente con la descrizione della globalizzazione come foriera di *superiorità* e *progresso* e del "suo" diritto come la generalizzazione della *Western legal tradition*[2]. È il "trionfo della civiltà" occidentale e del suo «impending radiant future for humanity»; il commercio è fonte di civilizzazione, poiché offre a tutti «the benefits of peace, human rights, representative democracy, and moderate government».[3]

[*] Associato di Diritto di diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Verona, matteo.nicolini@univr.it.

[1] J. CONRAD, *An Outpost of Progress*, in *Cosmopolis: An International Review* VI, 1897, 609 ss., e VII, 1897, 1 ss. La versione italiana è tratta da J. CONRAD, *Romanzi e racconti d'avventura di terra e di mare*, introduzione di B. Traversetti, Roma, 1992.

[2] Cfr. J.Q. WHITMAN, *Western Legal Imperialism: Thinking About the Deep Historical Roots*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2009, 308; M. NICOLINI, *Methodologies of Comparative Constitutional Law: Universalist Approach*, in *Max Planck Encyclopaedia of Comparative Constitutional Law* Oxford, 2023. ID., *"Writing the Earth and Representing the World": The Cartographical Ambitions of Comparative Law*, in *The Journal of Comparative Law*, 2024, 79 ss.

[3] M. XIFARAS, *The* Global Turn *in Legal Theory*, in *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 2016, 216. Cfr. altresì M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, 2001, 132 ss.

V'è qualcosa di *ingannevole* nella santificazione del diritto globale. Il *futuro radioso* promesso al genere umano fa in realtà velo a rapporti politico-economici non paritari – se non, addirittura, li giustifica. L'asimmetria tra gli attori della globalizzazione contrappone gli attori economico-finanziari transnazionali – che controllano i processi di decisione politico-normativa con il loro *private lawmaking*[4]– a coloro che, esclusi dalla globalizzazione, ne sopportano i costi: disuguaglianze, povertà, predazione delle risorse naturali, crisi ecologica, omologazione della cultura e guerra[5].

Superiorità e *progresso* non sono prerogativa della sola globalizzazione. Essi hanno dominato anche le narrazioni politico-giuridiche degli ultimi decenni del XIX secolo, quando le potenze europee consolidarono le proprie politiche coloniali e crearono gli imperi formali. Globalizzazione e colonialismo presentano pertanto caratteristiche comuni[6]. In primo luogo, il colonialismo è una specie del più ampio concetto di dominazione, di cui condivide le epistemologie: l'asimmetria tra i gruppi s'inscrive infatti nel paradigma della gerarchia, imponendo l'ordine politico, giuridico e culturale dei dominatori sui subordinati[7]. In secondo luogo, anche in epoca coloniale le potenze europee affidarono la civilizzazione dei popoli africani ad agenti commerciali. Infine, propagare benessere e progresso è stata la principale giustificazione delle potenze europee per colonizzare l'Africa. Si pensi all'Impero britannico: la politica coloniale – che aveva finalità anche politiche – era sostenuta da mercanti e imprenditori. Ciò favorì la creazione di un impero politico-commerciale, «a coherent trading area subject in some matters to a relatively uniform system of law»[8], nel quale la «*raison d'être* of colonies [was] *to benefit the commerce of the Mother Country*»[9].

2. *La missione civilizzatrice: superiorità maschile e politica della mostruosità*

Mentre superiorità e progresso sono oggi parte di una strategia che assicura agli attori della globalizzazione egemonia economico-finanziaria a prescindere

[4] Cfr. M. Nicolini, *I processi di decisione politico-normativa come* private lawmaking, in *DPCE Online*, 2023.

[5] Xifaras, *The* Global Turn, 219. Su tali relazioni asimmetriche v. M. Nicolini, *'Inequality of goods and lands' in mortgaged democracies: paradigms and effects of global comparative law*, in *Liverpool Law Rev*, 2020, 27 ss.

[6] S.E. Merry, *From Law and Colonialism to Law and Globalization*, in *Law & Social Inquiry*, 2003, 569.

[7] S.E. Merry, *Law and Colonialism*, in *Law & Society Review*, 1991, 889 ss.

[8] Cfr. J.M. Price, *The Imperial Economy, 1700-1776*, in *The Oxford History of the British Empire*, a cura di P.J. Marshall, vol. II, *The Eighteenth Century*, Oxford, 1998, 17.

[9] H. Egerton, *A Short History of British Colonial Policy*, Londra, 1898, 2.

dai confini nazionali, le politiche coloniali europee hanno per lo più riguardato un continente specifico, l'Africa. Vi è associato, come si vedrà, un ulteriore paradigma: la *white male superiority*, oggetto di indagine nei *feminist studies*[10]. Il paradigma caratterizza alcuni dei principali romanzi "coloniali" di Rider Haggard (1856-1925), quali Le *miniere di Re Salomone* (1885) e *Lei* (1887)[11], con ciò estendendo la dominazione oltre la subordinazione politica; l'Africa è identificata con il corpo femminile, metafora di una ulteriore forma di dominazione: quella dell'uomo sulla donna. In una sorta di «androcentric mystique of exploration», l'Africa è «the testing ground for white male adventure»[12].

Nel XIX secolo, solo la superiorità fisica maschile sembrava sopportare le difficoltà della penetrazione in Africa. L'estetica del dominio si intrecciava con i concetti "modernisti" di orrore, pericolo e mostruosità, ritenuti gli attributi principali dell'Africa (il continente *nero*) e delle sue comunità politicamente e socialmente arretrate[13]. Era necessario intraprendere azioni per soggiogare l'Africa, imporle il progresso e "purificarla" dai suoi «many horrors and atrocities which disgrace humanity»[14].

I due racconti di Conrad qui esaminati – *Un avamposto del progresso* e *Cuore di tenebra*[15]– sottopongono a critica tre attributi delle campagne coloniali e della loro avidità di profitto: l'obbligo morale della civilizzazione; l'imperialismo (da Conrad concepito come «a sordid saga» di sfruttamento) l'eliminazione degli *orrori* del continente[16].

La *missione civilizzatrice* deve confrontarsi un continente «persistently associated with woman». È un luogo seducente, ma al contempo pericoloso; è potenzialmente letale penetrare «too deeply into the mysteries of woman into the mysteries of Africa»[17]. Una pericolosità, dunque, usata per giustificare la brutalità della missione civilizzatrice nei confronti dei popoli africani e, suo tramite, lo sfruttamento delle risorse naturali del continente – in particolare

[10] R. Stott, *The Dark Continent: Africa as Female Body in Haggard's Adventure Fiction*, in *Feminist Review*, 1989, 70.

[11] R.H. Haggard, *King Solomon's Mines*, Londra et al., 1898; *She*, Londra, 1890.

[12] Stott, *The Dark Continent*, cit., 70.

[13] K. Graham, *Conrad and Modernism*, in J.H. Stape (a cura di), *The Cambridge Companion to Joseph Conrad*, Cambridge, 1996, 203 ss.

[14] Così Re Leopoldo II del Belgio, cit. in G. Burrows, *The Land of the Pigmies*, Londra, 1898, 287.

[15] J. Conrad, *Heart of Darkness*, in *Blackwood's Edinburgh Magazine*, Edimburgo, Vol. 165, 1899, 164 ss.; Vol. 165, 1899, 460 ss.; Vol. 165,1899, 620 ss. I passi cit. sono tratti da J. Conrad, *Romanzi*, cit. Su Conrad e l'imperialismo vittoriano v. I. Watt, *Essays on Conrad*, Cambridge, 2000, 4 ss.

[16] C. Watts, *Introduction* a J. Conrad, *Heart of Darkness and Other Tales*, Oxford, 2008, xii.

[17] Stott, *The Dark Continent*, cit., 75.

l'avorio, come ben ricorda Conrad in entrambi i racconti.[18] Agli orrori strutturali dell'Africa si contrappongono le atrocità compiute dagli europei, da lui osservate personalmente nel 1890 e mai dimenticate[19]. Esse coniugavano discorso imperiale e dominio della mascolinità bianca, risultando incentrate su tre narrazioni: *superiorità culturale*, *superiorità sociale* e *mostruosità come risultato della superiorità.*

Un avamposto del progresso è una rappresentazione sarcastica e al contempo tragica della narrazione *sub specie* superiorità culturale. La missione civilizzatrice s'incarna in due personaggi: Kayerts – il capo «tozzo e grasso» della stazione commerciale – e Carlier, l'assistente «alto, con la testa grossa e il tronco troppo largo piantato su un paio di gambe lunghe sottili». Entrambi si considerano «pionieri del commercio e del progresso» – ma il narratore li descrive come «due individui perfettamente insignificanti e senza capacità, la cui esistenza è resa possibile solo grazie all'elevata organizzazione delle moltitudini incivilite». La trama evoca costantemente progresso, civiltà e commercio: Kayerts e Carlier «trovarono … delle vecchie copie di un giornale del loro paese», dove si «discettava molto dei diritti e doveri della civiltà, della sacralità dell'opera di civilizzazione». Una sera Carlier esclama: «Tra cent'anni, forse ci sarà forse una città qui. Moli, e magazzini, e caserme, e – e – sale da biliardo. La civiltà, ragazzo mio, e la virtù – e tutto il resto. E allora, brava gente leggerà che due uomini dabbene, Kayerts e Carlier, furono i primi uomini civili a vivere proprio in questo posto!». E Kayerts: «Sì, consola pensare a una cosa simile».

In *Cuore di tenebra*, il protagonista Marlow chiede chi sia Kurtz, il fantomatico agente commerciale a capo della stazione nel cuore del continente. «È un prodigio»; «È un emissario dell'amore, della scienza, del progresso, e il diavolo sa di cos'altro ancora». In realtà, Kurtz è un trafficante di avorio, «una specie di mercante nomade – un tipaccio pestilenziale, che sottrae avorio agli indigeni», che va impiccato per liberarsi dalla sua «concorrenza sleale» nel sordido mercato dell'avorio.

La superiorità culturale s'intreccia qui con la *superiorità sociale*. Nonostante le accuse di razzismo[20], Conrad considerava lo sfruttamento dell'Africa «the vilest scramble for loot that ever disfigured the history of human conscience»[21].

[18] R.F. Murphy, *Exterminating the Elephant in 'Heart of Darkness'*, in *The Conradian*, 2013, 1.

[19] F.K. Karl, L. Davies (a cura di), *The Collected Letters of Joseph Conrad*, iii, Cambridge, 1988, 101. Cfr. altresì C. Lévi-Strauss, *Tristes Tropiques*, Londra, 1973; F. Driver, *Geography militant. Cultures of Exploration and Empire*, Oxford, 2001, 199 ss.

[20] Così, ad es., Achebe, che definì Conrad «a bloody racist»: C. Achebe, *An Image of Africa*, in *Massachussets Rev.*, 1977, 782 ss.

[21] J. Conrad, *Geography and Some Explorers*, in *Last Essays*, Londra, 1926, 25.

La critica alla superiorità sociale europea emerge in *Un avamposto del progresso*. Il terzo personaggio principale è Henry Price, originario della Sierra Leone che i locali chiamano Makola. All'inizio del racconto, Makola è considerato parte dei pericoli dell'Africa: «era restato solo con … lo Spirito Maligno a cui sono soggette le terre sotto l'equatore. Andava molto d'accordo con il suo dio. Forse lo aveva propiziato con la promessa di altri uomini bianchi con cui divertirsi, di lì a poco». La promessa del dio, ironicamente, rovescia l'eurocentrismo. Makola «parlava inglese e francese con un accento canterellante, scriveva in bella calligrafia, si intendeva di contabilità». La sua rappresentazione contrasta con quella di Kayerts e Carlier: «Makola, taciturno e impenetrabile, disprezzava i due uomini bianchi».

V'è, infine, la terza narrazione che definisce gli effetti delle politiche coloniali in Africa in termini di *mostruosità*. *Orrore* e *atrocità* sono, s'è visto, caratteristiche africane secondo il discorso imperialista, che ha favorito «man's inhumanity to man»[22]. In *Cuore di tenebra* la mostruosità è rappresentata dall'*Inferno* creato dalla missione civilizzatrice: la tratta degli schiavi. Conrad descrive gli Africani ciascuno con «un collare di ferro, ed erano tutti collegati da una catena i cui anelli ondeggiavano tra di loro, tintinnando ritmicamente». La sequenza è completata dalla disumanità dei colonizzatori bianchi: «Ho visto il demone della violenza, il demone della cupidigia, e il demone della bramosia bruciante; ma, per gli dèi!, erano demoni forti, vigorosi, dagli occhi ardenti, che scuotevano e trascinavano uomini – uomini, dico».

La missione civilizzatrice ha un effetto ulteriore: rendere gli africani parte della mostruosità coloniale. Makola, ad esempio, ha ormai abitudini "europee": è «molto pulito nella sua persona»; come gli agenti commerciali, non pratica un commercio regolare, vendendo schiavi africani in cambio di zanne d'avorio. «Lo schiavismo è una cosa orribile»; ma lo scambio – osserva Kayerts con un sospiro – «bisognava farlo». E Carlier: «È deplorevole, ma, siccome gli uomini erano uomini della Compagnia, l'avorio è avorio della Compagnia. Dobbiamo occuparcene».

3. *Soggiogare l'Africa. La colonizzazione, una "giusta" violenza sessuale?*

La mostruosità della politica coloniale richiama la metafora – più sopra richiamata – che nei *feminist studies* equipara il continente al corpo femminile: «entering into, penetrating, colonizing, conquering and the dominating of colonized peoples draw upon sexual discourses for the expression of suppressed

[22] Watts, *Introduction*, cit., xx.

sexual and imperial anxieties»[23]. La metafora disegna una serie di complesse relazioni «between sexual and imperialist discourses». Per il maschio bianco colonizzatore, la missione civilizzatrice comporta la sottomissione del continente eliminandone orrori e atrocità e sopprimendo il culto degli spiriti maligni. Con il suo corpo nero, l'Africa ha una «threatening and primitive sexuality, threatening to consume the virility of the white male».[24]

In *Cuore di tenebra*, l'Africa è un luogo *particolarmente* minaccioso: la costa è «muta con l'aria di sussurrare: Vieni a scoprire»; la penetrazione è difficile, «come se la Natura stessa avesse cercato di respingere gli intrusi …». Ed è infestata da esseri invisibili: «un clamore lamentoso, modulato in selvagge dissonanze, ci riempì le orecchie. Fu talmente inaspettato che i capelli … si drizzarono in testa … sembrò che la nebbia stessa avesse gridato, così all'improvviso, e apparentemente da tutte le parti insieme». L'Africa, poi, è *oscura*; il suo interno è il *cuore delle tenebre*; là si trovano *le profondità delle tenebre*; e un «grido, un grido altissimo, come di infinita desolazione, si levò lentamente nell'aria opaca». Il continente è affollato di esseri umani simili a bestie. Nella navigazione sul Congo, l'equipaggio è composto di «brava gente – cannibali – … dopotutto, non si mangiavano l'un l'altro in faccia» agli europei. I paesaggi africani sono «privi di speranza e così bui, così impenetrabili per il pensiero umano, così impietosi verso l'umana debolezza» che solo la missione civilizzatrice avrebbe potuto sconfiggere il male nascosto e la profonda oscurità del suo cuore.

Le conseguenze dell'asservimento dell'Africa sono duplici. Da un lato, la missione civilizzatrice è concepita come l'*opera di Dio*: di fronte alla sofferenza di «unfortunate blacks held in the ignorance of fetish-worship», solo uomini pii potevano illuminare, con la fede e il commercio, «the dark places of the earth»[25]. Leopoldo II, Re dei Belgi, lo ricorda nel 1876: non resta che "aprire" alla civiltà «the sole part of the globe which it has not yet penetrated, to pierce the darkness which envelops the entire population: this, I venture to say, is a crusade worthy of this century of progress»[26].

Da un punto di vista geo-giuridico, l'Africa era collocata di là delle *amity lines* (*linee di amicizia*), tracciate per la prima volta in un accordo orale segreto relativo alle Indie allegato al Trattato di Cateau Cambrésis (1559)[27]. Pur non

[23] Stott, *The Dark Continent*, cit., 70.

[24] Stott, *op. cit.*, 81.

[25] Rispettivamente: T. Carlyle, *Past and Present* [1843], Londra, 1858, 302; Re Leopoldo II, cit. in R. Slade, *King Leopold's Congo*, Oxford, 1962, 75.

[26] Cit. in M.H. Hennessy's *Congo: A Brief History and Appraisal*, Londra, 1962, 13.

[27] *European treaties bearing on the history of the United States and its dependencies*, a cura di F.G. Davenport, IV voll., Washington, DC, 1917-1937, 219-220. Sulle *amity lines* v. C. Schmitt, *Il Nomos della Terra nel diritto internazionale dello Jus Publicum Europaeum*, trad. Di E. Castruc-

essendovi formalmente menzionata, il trattato sembrava posizionarla oltre le linee di amicizia; là i trattati perdevano efficacia, ed era lecito catturare le navi come preda di guerra. Come ricorda Carl Schmitt, queste "linee globali" definivano lo scenario del nuovo ordine internazionale: «con questa "linea" finiva l'Europa e cominciava il "nuovo mondo". Qui cessava il diritto europeo … [e] aveva fine dunque anche la limitazione della guerra». «Al di là della linea iniziava una zona "d'oltremare" dove, a causa della mancanza di ogni limitazione giuridica della guerra, valeva solo il diritto del più forte»; regnavano caos, oscurità, guerra illimitata e libertà di occupazione delle terre[28].

Collocata oltre le *amity lines*, l'Africa abbisognava di un regime giuridico-politico adatto alla sua arretratezza. Queste strutture, volutamente asimmetriche, riflettevano la disuguaglianza tra europei e africani. Esse furono definite alla Conferenza di Berlino (1884-1885), dove le potenze europee stabilirono le regole per la spartizione europea del continente e lo sfruttamento delle sue risorse naturali. Si tratta del cosiddetto *scramble for Africa*, che si concluse con la dichiarazione del protettorato francese sul Marocco nel 1912.[29] Inoltre, la spartizione innescò la creazione di "Stati coloniali".[30] Il Regno Unito favorì la creazione di *Crown Colonies*, il cui «government from above» era ritenuto essenziale «in those lands whose populations are politically and economically backward, and where in many cases society is organised on a tribal basis»[31]. Tuttavia, anche il Regno Unito ricorse spesso all'*indirect government*, che associava i capi tribali al governo coloniale.[32] Le altre potenze coloniali europee hanno

ci, Milano, 1991, 90-91. Cfr. altresì M. Netzloff, *Lines of amity. The law of nations in the Americas*, in T.A. Sowerby, J Craigwood (eds), *Cultures of diplomacy and literary writing in the early modern world*, Oxford, 2019, 54 ss.; M. Nicolini, *Legal Geography. Comparative Law and the Production of Space*, Cham, 2022, 95-96.

[28] Schmitt, *Il Nomos*, cit., 92. In termini non dissimili v. P.G. Monateri, *Advanced Introduction to Comparative Legal Methods*, Cheltenham and Northampton, MA, 2021, 36: la sistemologia tradizionale qualificava i sistemi giuridici *beyond the lines* come "dipartimenti d'oltremare".

[29] Schmitt, *Il Nomos*, cit., 269 ss.; Koskenniemi, *The Gentle Civilizer*, cit., 116 ss. Sulla date convenzionali di definitiva spartizione dell'Africa (invasione della Libia da parte dell'Italia: 1911; il protettorato francese sul Marocco: 1912; la pace di *Vereeniging* che pose fine alla II guerra boera: 1899-1902) v. H.J. Sharkey, *African Colonial States*, in R. Reid, J. Parker (a cura di), *The Oxford Handbook of Modern African History*, Oxford, 2013, 153-154; G.N. Sanderson, *The European partition of Africa: Coincidence or conjuncture?*, in *The Journal of Imperial and Commonwealth History*, 1974, 1 ss.

[30] Sharkey, *African Colonial States*, cit., 155.

[31] L.W. White, W.D. Hussey, *Government in Great Britain*: *The Empire, and the Commonwealth* 4ª ed. Cambridge, 1965, 194 e 226 ss. per l'organizzazione costituzionale delle *Crown Colonies.*

[32] Cfr. T. Ranger, *The Invention of Tradition in Colonial Africa*, in E. Hobsbawm, T. Ranger (a cura di) *The invention of tradition*, Cambridge, cit., 220-221 («there was the acceptance of the idea that some Africans could become members of the governing class of colonial Africa, and

adottato politiche coloniali che spesso limitavano o restringevano il riconoscimento del diritto tradizionale africano. Così, la *mission civilisatrice* della Francia mirava ad assimilare i nativi africani e a propagando la cultura francese «along with the rationalist and libertarian values deriving from the Enlightenment and French revolution»[33]. Il trittico liberale *Liberté, Égalité, Fraternité* trovava applicazione sono nella metropoli, «for there [was] Little Liberty, less Equality, and no Fraternity in the French colonies for Whites or Blacks»[34].

Il pensiero per *linee globali* faceva sì che, di là delle *amity lines*, l'eurocentrismo favorisse la trasformazione del potere politico in un regime dispotico, che spesso trovava concreta applicazione nella *governance* coloniale. Particolarmente sanguinario fu l'amministrazione da parte del Re Leopoldo II del Belgio dello Stato Libero del Congo (1885-1908): affetto – si tramanda – da un disturbo bipolare che lo rendeva un visionario scollegato dalla realtà e interessato solo al potere a spese dei nativi[35], il monarca governava il Congo «in his private capacity rather than that of a constitutional monarch»[36]. Conrad fu testimone delle mostruosità perpetrate sotto il suo governo; quando queste divennero di pubblico dominio, la reazione generò «the rise of modern international human rights activism in the form of the Congo Reform Association and, in 1908, the handing of King Leopold's personal fiefdom to over to the Belgian state»[37]. Ma le colonie "proprietarie" non si limitavano al Congo: la stessa Compagnia britannica del Sudafrica – una *Chartered Company* – aveva «behind it, concentrated in one person, the wealth and capacity of Mr Rhodes»[38].

In quanto espressive delle narrazioni di progresso promosse dalla Conferenza di Berlino, la proprietà ne rappresenta il "giusto" titolo coloniale d'acquisizione, e quindi di "giusto" sfruttamento indiscriminato dell'Africa – della Rhodesia e, nei racconti di Conrad, dello Stato Libero del Congo.

La metafora – già richiamata – dell'Africa come corpo femminile è decisamente calzante. La politica coloniale della mostruosità consentiva ai colonizzatori bianchi di scaricare i propri impulsi primitivi sul continente: di là delle linee, la superiorità implicava «the freedom to act without cultural restraints

thence the extension to [them] of training in a neo-traditional context»). Cfr. F.D. Lugard, *The Dual Mandate in British Tropical Africa*, Edimburgo, 1922, 192-213; K. Mann, R. Roberts, *Law in Colonial Africa,* Portsmouth (NH)-Londra, 1991, 20.

[33] Sharkey, *African Colonial States*, cit., 156.

[34] Sir J. Harris, *Dawn in Darkest Africa,* Londra, 1912, 97.

[35] J. Harris, *op. cit.*, 373.

[36] J.S. Galbraith, *Gordon, Mackinnon, and Leopold: The Scramble for Africa, 1876-84*, in *Victorian Studies*, 1971, 371.

[37] Sharkey, *African Colonial States*, cit., 157. La critica più dura al "governo" di Leopoldo II è in E.D. Morel, *King Leopold's Rule in Africa*, Londra, 1904.

[38] Egerton, *A Short History*, cit., 467.

out in the African bush»[39]. L'assegnazione del Congo a titolo personale a Re Leopoldo ricorda l'istituto di *common law* della *coverture*. Il matrimonio trasformava lo sposo in proprietario della moglie, che doveva rinunciare al nome «as a mark of her becoming his absolute and dependent property»[40]. In virtù del matrimonio, marito e moglie divenivano «one person in law: that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband». Posta sotto la sua copertura (*cover*, in inglese) «she performs every thing; and is therefore called in our law-French a "feme-covert"»[41].

Ciò copriva anche gli abusi sul corpo della moglie; e «an abused wife might petition for a court for permission to leave a husband; nothing more»[42]. Come la *coverture*, anche la trasformazione del corpo dell'Africa in proprietà è il titolo "giusto" per l'occupazione, lo sterminio, il massacro e lo sfruttamento ingiusto. È, cioè, il giusto titolo per la (in)giusta violenza sessuale.

4. *Il commercio come viaggio verso la mostruosità*

V'è una lettura alternativa della mostruosità della politica coloniale europea in Africa. La lettura si basa sulla descrizione di Kurtz in *Cuore di tenebra*. Come s'è detto, l'agente commerciale detiene il monopolio (illegale) del mercato dell'avorio. Egli vive con gli indigeni, nelle profondità, nel cuore del continente nero – nel *cuore di tenebra* –; gli indigeni lo hanno nominato loro dio. «Tutto gli apparteneva – ma quello era nulla. La faccenda era di sapere a che cosa [appartenesse] lui, quante potenze della tenebra lo rivendicavano per sé … Si era conquistato un alto scranno tra i diavoli di quella terra – dico letteralmente».

Come Re Leopoldo, anch'egli soffriva di megalomania imperialistica: «"Avevo piani grandiosi" mormorò con indecisione … "Ero sul punto di compiere grandi cose" … "Il vostro successo in Europa è assicurato in ogni caso"» gli replica il protagonista Marlow. Kurtz è il prodotto dell'Europa; ne incarna perfettamente le narrazioni di progresso, superiorità e crescita economica che sono alla base delle politiche coloniali: «Il vero Kurtz aveva studiato in parte in Inghilterra e … le sue simpatie andavano alla parte giusta. La madre era mezza inglese, il padre era mezzo francese. L'intera Europa contribuiva alla formazione di Kurtz; … la Società Internazionale per la Soppressione dei Costumi Selvaggi lo aveva incaricato di fare rapporto, come futura guida».

[39] Stott, *The Dark Continent*, cit., 70.
[40] S. Richardson, *Clarissa: Or the History of a Young Lady*, Harmondsworth, 1985, 148-149.
[41] W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, 1765-1769, vol. 1.430.
[42] Galbraith, *Gordon*, cit., 371.

La penetrazione dell'uomo bianco nel cuore del continente si intreccia con il viaggio interiore che si compie in questo *cuore di tenebra*: entrambi i viaggi – nel buio dell'Africa e (nel buio) dell'animo umano – non possono essere disgiunti. Ciò che davvero rileva è il viaggio dall'Europa all'Africa che Kurtz (e i civilizzatori) intrapresero per commerciare; la rotta delle navi sull'Oceano e dei piroscafi sul fiume Congo; le tracce e i sentieri lasciati dagli agenti commerciali nella foresta. In altre parole: la semplice pratica del commercio.

In inglese – la lingua che Conrad utilizza – le espressioni che designano il viaggio a fini commerciali intrapreso dagli europei sono tutte elencate nell'*Oxford English Dictionary* al lemma *trade*. Sebbene il termine sia un prestito dall'olandese medievale, l'etimologia (non diversamente dal basso tedesco medievale *trade*) è probabilmente la stessa di *tread* "cammino" (dall'*Old English* tredan/trædan: to walk, go, pace). Si dà quindi un'intima connessione tra commercio e cammino. Non solo la tratta degli schiavi ha fatto sì che, nell'*Inferno* descritto da Conrad, gli schiavi avanzassero «in fila, procedendo faticosamente sul sentiero», così facendo scomparire la popolazione: «piste e piste dovunque; una rete di biste battute che si stendeva sulla terra vuota … e una solitudine, una solitudine, nessuno, non una capanna». La superiorità (anche giuridica) europea produsse anche cartograficamente un continente più aderente alla geografia umana occidentale, disegnando carte coloniali «depopulated, often void of human traces, visually "empty"»[43]. Di tale silenzio (geografico e giuridico) sono complici i giuristi: «the poor and the colonized had both been dispossessed by established Western cartography, and their cartographies [and] understanding of territory and boundaries [neglected]»[44].

Il commercio: percorso, viaggio, spedizione intrapresa per scopi economici nelle profondità dell'Africa. Al contempo, è anche un «journey into the unknown regions of the self», dove il commercio (il cammino) fa maturare la cupidigia umana[45]. E questo trasforma l'Africa (il cuore di tenebra) nelle tenebre oscure del cuore.

5. *«La mente dell'uomo è capace di qualsiasi cosa». Trasformare l'umanità in commercio e il commercio in mostruosità*

Nei racconti di Conrad – e, più in generale, nello *Scramble of Africa* – la "transazione metaforica" tra commercio e cammino (e civilizzazione) è alla base dell'intera *politica coloniale di mostruosità.* Non è possibile occultare gli

[43] Cfr. A. Gordon, B. Klein, *Introduction*, in Id. (eds.), *Literature, Mapping, and the Politics of Space in Early Modern Britain*, Cambridge, 2001, 2.

[44] J. Black, *Maps and Politics*, Chicago, 1997, 19.

[45] M. Atwood, *Survival: A Thematic Guide to Canadian fiction,* Toronto, 1972, 113.

obiettivi reali del viaggio intrapreso nel continente a fini commerciali. Il cammino verso le regioni più recondite dell'io è quindi pieno di tutte le connotazioni peggiorative. Le ricchezze e le risorse dell'Africa stimolano la cupidigia, la competizione, la lussuria e la spregiudicatezza degli uomini bianchi; l'avventura imperialistica non accetta né limitazioni né vincoli derivanti dalla narrazione – pur sempre occidentale – dei diritti umani e che dovrebbe essere alla base della missione civilizzatrice. I sentimenti legati a queste caratteristiche bestiali rivelano che gli emissari della civiltà «are outside the range of human understanding»[46]. Alla fine, il percorso ci fa scoprire che la politica della mostruosità è ostile all'umanità, soprattutto africana: «No, non erano inumani. Be', sapete, quella era la cosa peggiore – questo sospetto che loro non fossero inumani. Ti prendeva poco a poco … ma quello che faceva rabbrividire era proprio il pensiero della loro umanità – come la nostra – il pensiero della remota parentela con selvaggio e veemente tumulto».

Riflettendo sulle atrocità commesse da Re Leopoldo, Conrad arriva alla conclusione che «La mente dell'uomo è capace di qualsiasi cosa» – anche di nascondere la politica della mostruosità trasformandone il percorso (il viaggio) nella forma giuridica delle transazioni commerciali. Non a caso, le stesse compagnie commerciali vennero incaricate di realizzare la *missione civilizzatrice*: il loro «main business … is trade and … they become rulers only in consequence of trade» – e lo stesso Stato Libero del Congo fu definito «The King Incorporated»[47]. Le società commerciali sono al centro di *Cuore di tenebra* e di *Un avamposto di progresso*. La competitività del mercato – la grande preoccupazione del *manager* di *Cuore di tenebra* – fu assicurata dall'Atto generale della Conferenza di Berlino sull'Africa occidentale, sottoscritto il 26 febbraio 1885, il cui art. 1 affermava solennemente: «Il commercio di tutte le nazioni godrà di piena libertà: … 1. In tutte le regioni che formano il bacino dell'Africa occidentale, il commercio sarà libero in tutte le regioni che formano il bacino del Congo e i suoi sbocchi».[48] La libertà dei commerci avrebbe dovuto sopprimere la schiavitù e la tratta degli schiavi, in conformità con l'art. 6 dell'Atto generale.[49] Ma tali disposizioni contrastano con la realtà del colonialismo e con la diffusione

[46] D.M.E. Gillam, *The Use of the Term 'Æglæca' in* Beowulf *at Lines 893 and 2592*, in *Studia Germanica Gandensia*, 1961, 168.

[47] Egerton, *A Short History*, cit., 466; N. Ascherson, *The King Incorporated,* Londra, 1963.

[48] M. Craven, *Between law and history: The Berlin Conference of 1884-1885 and the logic of free trade*, in *London Review of International Law*, 2015, 31 ss.

[49] Si veda l'art. 6 dell'Atto generale: «Tutte le Potenze che esercitano diritti sovrani o influenza nei suddetti territori si impegnano a vegliare sulla conservazione delle tribù indigene e a curare il miglioramento delle condizioni del loro benessere morale e materiale, e a contribuire alla soppressione della schiavitù, e in particolare della tratta degli schiavi».

del lavoro forzato nell'Africa coloniale[50]. Lo conferma Conrad, riferendosi agli schiavi: «Non erano nemici, non erano criminali, non erano ormai più niente di terreno, niente se non nere ombre della malattia e della fame … Attirati da ogni angolo del litorale con contratti a tempo del tutto legali, perduti in un ambiente a loro non congeniale … si ammalavano, perdevano efficienza, e allora si consentiva loro di strisciar via e riposarsi».

Tuttavia, la forma del commercio non è come la *coverture* di *common law*; non può, cioè, incorporare totalmente la politica della mostruosità né inibire la brutale cupidigia che alberga nell'intimo umano. La *maschera* del progresso e della civiltà non possono *coprire* completamente il fine ultimo del commercio, come in *Cuore di tenebra*: «la parola "avorio" risuonava nell'aria, veniva sussurrata, sospirata. Si poteva credere che lo invocassero con preghiere … Per Giove! Nella mia vita non ho mai visto niente di così innaturale».

Ancora una volta, Conrad svela cosa si cela dietro il commercio, la civiltà e il progresso. Questi concetti sembrano una formula magica, una scatola vuota da riempire, come in *Un avamposto del progresso*: «la società, non per compassione, ma a causa delle proprie strane necessità, si era occupata di [Carier e Kayerts], vietando loro ogni pensiero indipendente, qualsiasi iniziativa, ogni allontanamento dalla routine; e vietandolo pena la morte. Potevano vivere solo a condizione di essere macchine».

E il *vuoto da riempire*, in cui consiste il progresso, è evidente nelle ultime righe di *Un avamposto del progresso*. Kaynerts e Carlier si rendono conto di non essere altro che mercanti di schiavi: «Non c'è altro che negrieri in questo maledetto paese». Cominciano a litigare e, temendo che Carlier lo renda suo schiavo, Kayerts gli spara.

La *coverture* è saltata e il commercio ha rivelato il suo carattere disumano e mostruoso. Ma il piroscafo della Compagnia sta per attraccare; e la politica della mostruosità deve trasformarsi nuovamente in commercio e civiltà – e, poiché quest'ultima segue il commercio, anche in progresso: «il progresso mandava dal fiume i suoi richiami a Kayerts … La società lor richiamava il suo compito perché ritornasse, si lasciasse accudire, ricevesse istruzioni, si facesse giudicare, condannare; lo chiamava per tornare al mucchio di spazzatura da cui si era allontanato, così che potesse essere fatta giustizia».

«Kayerts sentì e comprese». Capì che il progresso e il commercio sono mere forme, sotto le quali c'è il vuoto della cupidigia. Come il diritto globale, anche il diritto coloniale non fa che nascondere la mostruosità del dominio umano su altri esseri umani.

[50] A. Nzula et al., *Forced Labour in Colonial Africa*, Londra, 1979.

Alla fine del racconto, l'amministratore delegato della Grande Compagnia Commerciale sbarca e apprezza gli effetti del progresso coloniale e della civilizzazione. Kayerts, da parte sua, ha capito che, come la morte, anche la *forma* del progresso – direbbe Milton – «shape had none»[51]. E s'impicca. Non c'è alcunché da fare. O da dire. Niente rimane, se non la morte. L'uomo bianco ha cercato di sottomettere l'Africa. Ma con scarsi risultati. Dovremmo prendere il nostro fallimento con lo stesso umorismo del cadavere di Kayerts che, penzolando, mostrava «con irriverenza … la lingua gonfia al suo Direttore Delegato»?

[51] J. Milton, *Paradise Lost*, ed. Stephen Orgel and Jonathan Goldberg, Oxford, 2008, II.667.

Valerio Nitrato Izzo[*]

DIRITTO E MUSICA: RIFLESSIONI SU UN BINOMIO IN EVOLUZIONE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Interpretare tra diritto e musica. – 3. Quale diritto per diritto e musica …(e viceversa)? – 4. Improvvisazione e diritto. – 5. Note per una ragione giuridica improvvisativa. – 6. *Finale.* Appunti sul futuro di diritto e musica.

1. *Introduzione*

L'approccio che in generale oggi si definisce *law and humanities*[1] muove da uno scarto metodologico che spinge la riflessione sul diritto a non orientarsi esclusivamente verso testi, codici, norme scritte od orali come tradizionalmente accade ma a soffermarsi su pratiche e materiali a volte anche diversi da questi (testi, immagini, simboli, rappresentazioni, rituali), scoprendo i legami culturali che essi hanno o possono avere con il diritto[2]. Se la letteratura ha giocato un ruolo privilegiato in questo mutamento di prospettiva[3], oggi vi è un ampio novero di ricerche che hanno preso in esame ambiti diversi relativi,

[*] Associato di Filosofia del Diritto, Università degli studi di Napoli Federico II. Il testo riprende, con ampie modifiche ed integrazioni, l'intervento orale inedito svolto alla tavola rotonda sulle "Radici Musicali del Diritto" del VIII convegno dell'Italian Society for Law and Literature, Catanzaro.

[1] La letteratura è ormai ampissima. Per un primo orientamento cfr. A.SARAT et al. (ed.), *Law and Humanities: An Introduction*. Cambridge, 2010; O. ROSELLI (a cura di), *Le arti e la dimensione giuridica*, Bologna, 2020.

[2] Alcuni riferimenti teorici sono stati esplorati in P. BRANCO, V. NITRATO IZZO, *Intersections in Law, Culture and the Humanities* in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 112, 2017, 45-72.

[3] Da questo punto di vista il lavoro culturale di Salvatore Prisco, pioniere dell'insegnamento di *diritto e letteratura* nell'Università di Napoli Federico II, il quale in queste pagine è giustamente omaggiato, è stato di grande significato culturale e giuridico (cfr. *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). Tra le tante iniziative promosse dal Prof. Prisco, chi scrive queste righe ricorderà per sempre un per l'appunto indimenticabile seminario sul rapporto tra parole e giustizia con lo scrittore Erri de Luca, all'epoca oggetto di un processo penale per istigazione a delinquere per aver condiviso la protesta No Tav in Val di Susa (sulle diverse implicazioni della vicenda, finita, come noto, con una sentenza di assoluzione, cfr. E. DE LUCA, *La parola contraria*, Milano, 2015). A conferma che diritto e giustizia sono solo in apparenza passioni fredde, la profondità e l'incisività delle riflessioni di quel pomeriggio attraversarono l'aula gremita emozionando e in qualche caso persino commuovendo non solo fortunate studentesse e studenti ma pure qualche interessato filosofo del diritto presente…

ad esempio, al ruolo delle immagini, dell'architettura, del cinema fino ad includere fumetti e videogiochi.

Il confronto con la musica ha a lungo stentato nel farsi riconoscere con una voce autonoma in questo percorso[4]. È notorio e ampiamente confermato dalle fonti un frequente legame biografico tra grandi musicisti del passato – neanche troppo distante – ed una formazione giuridica, una circostanza storica peraltro comune in generale a quella dell'educazione e della formazione letteraria e artistica di molti giuristi. Da altro versante bisogna ammettere che l'interesse dei musicisti per questioni giuridiche non è particolarmente intenso, con alcune significative eccezioni come Mario Brunello, violoncellista di livello internazionale, autore di un bel libro sull'interpretazione scritto insieme a Gustavo Zagrebelsky[5]. Le cose vanno diversamente se volgiamo lo sguardo ai musicologi che negli ultimi anni sempre più si sono interessati a questioni giuridiche[6].

Com'è stato sottolineato da James Parker, il diritto è stato a lungo sordo relativamente alla dimensione sonora, avendo costantemente privilegiato altre forme d'espressione artistica, in particolare visuali[7]. Parker sostiene che vi è la necessità di recuperare una relazione tra diritto e suono, instaurando un dialogo con gli studi sonici e soprattutto liberando il potenziale di una ricerca volta all'*immaginazione sonora del diritto*. Un esempio è costituito dal suo studio di un importante processo svoltosi nel 2008 dinanzi al Tribunale Penale Internazionale per il Rwanda in cui è stato condannato il cantante Simon Bikindi, dove la musica e la trasmissione delle canzoni quale strumento di disseminazione dell'odio razziale sono state oggetto di un lungo scrutinio sotto il profilo

[4] Per una ricostruzione recente dei rapporti tra diritto e musica cfr. M. P. Mittica, *Diritto e musica. Ricerca e tendenze*, In C. Faralli, M. Paola Mittica, a cura di, *Vol. 17/2024*, Bologna, 2024, 1-15, DOI 10.6092/unibo/amsacta/7574; P. Costa, *Il diritto "come" la musica, la musica "come" il diritto: il fascino discreto di un'analogia*, in Roselli, a cura di, *Le arti e la dimensione giuridica*, cit., 229-270. G. Resta (a cura di), *L'armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica*, Roma, 2020.

[5] M. Brunello, G. Zagrebelsky, *Interpretare. Dialogo tra un musicista e un giurista*, Bologna, 2016.

[6] A titolo esemplificativo si vedano L. E. Hirsch, *Do You Really Want to Hurt Me? Music as Punishment in the United States Legal System*, in *Popular Music and Society*, 34(1), 2011, 35-53; V. Erlmann, *The Acoustic Abject: Sound and the Legal Imagination* in J. Steintrager, R. Chow (eds.), *Sound Objects*, Durham and London 2019, 151-166; M. J. Grant, *Musical communication, 'hate speech', and human rights law,* in W. Gephart, J. Leko (eds.), *Law and the Arts. Elective Affinities and Relationships of Tension*, Frankfurt am Main, 2017, 217-250. J. A. Neufeld, *Critical Performances,* in *Teorema: International Journal of Philosophy*, 3, 2012, 89-104.

[7] J. Parker, *Acoustic Justice. Listening to the Trial of Simon Bikindi*, Oxford, 2015, cap. 1.; J. Parker, *Towards an Acoustic Jurisprudence: Law and the Long Range Acoustic Device* in *Law, Culture and the Humanities*, 14, n. 2, 2018, 202-218.

dell'accertamento della responsabilità penale[8]. In questo contesto è stato sostenuto come sia opportuno parlare di una *acoustic jurisprudence* dove la dimensione sonora acquista una sua propria specificità da essere riconosciuta in ambito giuridico. Come a volte accade con gli studi di provenienza anglosassone, l'intuizione e l'apertura di questa ricerca sono di grande rilievo e importanza per la loro innovatività, pur non essendo alcuni tratti del tutto sconosciuti al giurista europeo[9]. Limitandoci ad uno sguardo sommario sull'esperienza giuridica a noi più vicina, si potrebbe pensare alla centralità di un atto normativo prettamente orale e dunque acustico come il c.d. *Miranda warning*[10] statunitense oppure ad alcuni discutibili usi di urla e grida sotto il profilo probatorio in caso di violenza sessuale, alla musica della cantante Enya come fattore di persuasione ed influenza sulla giuria di un processo[11], fino alla necessità, in caso di disabilità grave, di esentare dall'obbligo del giuramento, atto inscindibile dalla sua dimensione sonora, come sancito dalla Corte Costituzionale[12]. Peraltro, la rappresentazione più banalizzata della cultura giuridica occidentale, ossia l'immagine del giudice bocca della legge, può essere considerata come una *potente metafora acustica*, che emerge rileggendo il celeberrimo passo: «[Ma] i giudici della nazione sono, soltanto, [come abbiamo detto] la bocca che pronuncia le parole della legge: esseri inanimati che non possono regolarne né la forza né la severità»[13]. Si tratta allora di un giudice "amplificatore" e peraltro di un certo tipo ossia di un amplificatore "neutro". Spiegando l'aggettivazione probabilmente oscura a coloro che non hanno pratica musicale, chi suona uno strumento elettrico, in particolare chitarre o bassi, sa bene che di solito ad un amplificatore si chiedono alternativamente due cose che corrispondono a due filosofie di suono opposte e che si adattano a contesti musicali diversi: che riproduca il suono dello strumento nel modo più fedele o che "colori" il suono

[8] La vicenda è molto complessa, si rimanda a Parker, *Acoustic Justice*, cit.

[9] Tempo fa, come sappiamo anche grazie agli studi di Francesco Saverio Nisio in Italia, fu Jean Carbonnier il grande giurista e sociologo del diritto francese, ad intuire la fecondità di un approccio che guardasse all'intrinseca normatività contenuta in manifestazioni sonore diverse quali l'inflessione della voce durante la lettura di una sentenza, l'intonazione di un ordine etc. Una prospettiva non sviluppata ma dalla notevole potenzialità euristica.

[10] Si tratta, com'è noto, dell'avviso orale di garanzia che le forze dell'ordine che procedono all'arresto negli Stati Uniti d'America devono comunicare al soggetto nella fase di privazione della libertà personale di quest'ultimo.

[11] B. Capers, *Crime Music* in *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 7, no. 2, 2010, 749-770.

[12] Cfr. Corte Cost., sentenza n. 258 del 7 dicembre del 2017, con cui viene dichiarata illegittima costituzionalmente la prestazione obbligatoria del giuramento per ottenere la cittadinanza italiana da parte di soggetto a ciò impossibilitato per le sue condizioni di grave e accertata disabilità.

[13] Montesquieu, *Lo spirito delle leggi* (1748), Vol. I, Milano 1989, 317.

in un certo modo, modificandolo più o meno marcatamente attraverso dispositivi e tecnologie varie. Se il paragone è consentito, in generale non sembra che a chi è chiamato ad applicare il diritto si chiedano cose molto diverse: o di essere fedele alla lettera della legge o di essere sensibile alle esigenze del caso concreto, ammesso che le due cose siano in una qualche opposizione. Peraltro, è appena il caso di notare che l'applicatore automatico di Montesquieu potrebbe presto trovare concreta realizzazione sostituendo giuristi – e musicisti – con più efficienti automi dotati di giudizio algoritmico e forse anche di gusto musicale. Il che ci introduce alla dimensione più conosciuta di diritto e musica.

2. *Interpretare tra diritto e musica*

Nel Novecento l'accostamento esplicito tra diritto e musica è partito essenzialmente dall'ambito dell'interpretazione, a partire dai pionieristici lavori di Jerome Frank della fine degli anni '40[14]. Com'è noto, non mancano anche nella cultura giuridica italiana esempi di interesse per il tema, a partire dal tentativo di costruire una teoria generale dell'interpretazione come nel caso di Emilio Betti o per una sincera passione musicale come avviene per Salvatore Pugliatti. Bisognerà aspettare almeno qualche decina di anni[15] per quella che è una vera e propria riscoperta del tema grazie ai bellissimi lavori di Balkin e Levinson[16], i quali aprono la strada ad un interesse che dalla fine degli anni '90 inizia a farsi largo soprattutto nel mondo anglosassone, con alcune incursioni significative e di non minore livello, in contesti europei ma non solo[17].

Si diceva del rapporto tra interpretazione e questo *revival* dell'interesse per il rapporto tra diritto e musica anzi *law and music* perché sono gli statunitensi che ne ri-scoprono la fecondità euristica grazie all'accostamento tra originalismo in ambito giuridico e *Early Music Movement*, un movimento culturale che intende suonare e far suonare la musica così come si ritiene suonasse al tempo della sua composizione, un dibattito cui partecipano giuristi influenti. Sotto

[14] J. Frank, *Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation*, in *Columbia Law Review*, 47(8), 1947, 1259-1278; Id., *Say It with Music* in *Harvard Law Review*, 61(6), 1948, 921-957.

[15] Si deve qui ricordare un primo tentativo generale, interessante ma non troppo fortunato, di Bagnall, che aveva proposto una rilettura della teoria del diritto a partire da una riconsiderazione delle relazioni tra diritto, musica e opera in senso performativo. Cfr. G. Bagnall, *Law as art*, Aldershot, 1996.

[16] Cfr. almeno J. M. Balkin, S. Levinson, *Law, Music, and Other Performing Arts* in *University of Pennsylvania Law Review*, 139, 1991, 1597-1655.

[17] In particolare in Francia, da una prospettiva prevalentemente anche se non esclusivamente storica, in Italia, Portogallo, Germania e Brasile, paesi in cui nelle ultime due decadi appaiono vari contributi sul tema.

questo aspetto rileva in particolare un problema cruciale sia per il diritto che per la musica: quello della temporalità che abbraccia due aspetti specifici che a mio avviso incarnano una prima strada per pensare i rapporti tra i due ambiti. Il primo è quello di una *temporalità differita* che caratterizza sia il diritto che la musica. Entrambi vengono infatti creati in un dato momento temporale per poi essere successivamente "chiamati", attraverso l'opera dell'interprete-esecutore, ad una realizzazione fenomenologica nell'esecuzione e nell'applicazione. Secondo una prospettiva aperta dal teorico del teatro Henri Gouhier, la musica, come la danza e il teatro sono arti in due tempi in quanto presuppongono naturalmente un momento essenziale di esecuzione successivo a quello della composizione laddove in altre arti, in particolare quelle figurative, i due momenti vengono essenzialmente a coincidere. A mio modesto avviso anche il diritto può essere visto in questo modo[18]. L'altro aspetto, a questo strettamente connesso ma forse filosoficamente più impegnativo, è l'idea che proprio attraverso l'interpretazione e l'applicazione l'opera d'arte trovi una sua dimensione di realizzazione, una sua *formatività* per dirla con Pareyson, che fa sì che alla fine di questo processo ci si trovi di fronte alla cosa stessa realizzata ma ormai ontologicamente diversa da quella iniziale. Qui lo iato tra creazione ed esecuzione apre a quella intrinseca natura performativa del diritto che vede nel suo momento di interpretazione, di applicazione, di messa in opera, di *law in action,* un aspetto strutturalmente connesso all'esperienza della giuridicità. La dimensione linguistica del diritto non può infatti essere separata da quella di interazione e a volte scontro con il mondo dell'applicazione. In questo modo si valorizza l'idea che il diritto come la musica sia soprattutto un'attività, una pratica, un sapere destinato all'esecuzione. Il diritto è allora un'arte performativa per riprendere ancora l'espressione di Balkin e Levinson[19]. D'altra parte, se il diritto deve essere interpretato non si può solo per questo sostenere che tutte le interpretazioni siano "riuscite" o che tutte abbiano successo allo stesso modo[20], analogamente a quanto avviene in numerose pratiche artistiche. Né le performances possono essere considerate indifferenti ai contesti in cui avvengono: Wagner suonato in Israele dal direttore d'orchestra Barenboim, il violoncellista Rostropovich che suona sotto il muro di Berlino nei momenti concitati del suo crollo, il polemico show di Roger Waters a Città del Messico all'indomani della proposta di innalzare un muro da parte dell'amministrazione statunitense, costituiscono momenti di esecuzione musicale dotati di una forte carica di

[18] Ho provato a sviluppare questo percorso in V. Nitrato Izzo, *Interprétation, musique et droit: performance musicale et exécution de normes juridiques*, in *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, 58, 2007, 99-127.

[19] Balkin, Levinson, *Law, Music and Other Performing Arts*, cit.

[20] J. Raz, *Why Interpret?*, in *Ratio Juris*, vol. 9, n. 4, 1996, 351.

emotività e significato politico, che a volte possono raggiungere un livello di aperta e frontale contestazione dell'ordine sociale e politico in cui avvengono, come nel caso del gruppo femminista russo *Pussy Riot*[21].

Certamente in diritto come in musica non tutte le *performaces interpretative* sono accettabili, con la notevole differenza che, mentre un'esecuzione musicale può essere pessima e magari arrecare solo qualche danno "estetico", in ambito giuridico evidentemente le cose sono un po' più complicate. Quello che preme sottolineare però è che è questa dimensione di apertura all'applicazione a rendere fecondo l'accostamento tra diritto e musica: le norme sono fatte per essere applicate e proprio nel momento della loro messa in opera è possibile coglierne eventuali ambiguità, limiti, aporie e contraddizioni. Come è stato notato[22], il mondo dell'applicazione del diritto è certamente più difficile e pressato dalle limitazioni del mondo reale rispetto al conforto delle teorie astrattizzanti. Il pericolo concreto per il giurista è di diventare come un ingegnere del suono che non frequenti concerti dal vivo per paura che l'acustica non sia ottimale[23].

3. *Quale diritto per diritto e musica …(e viceversa)?*

A questo punto vorrei proporre alcune riflessioni su aspetti che nel discorso relativo a diritto e musica, inteso a partire dal momento dell'interpretazione restano spesso impliciti. Un primo interrogativo potrebbe essere così sintetizzato: che cosa intendiamo *per* musica e *quale* musica abbiamo in mente quando parliamo di diritto e musica? Si tratta di una domanda non sempre posta in modo adeguato e probabilmente ancora più complicata rispetto all'accostamento tradizionale e ormai consueto tra diritto e letteratura. Una delle conseguenze dell'impostazione del rapporto tra diritto e musica a partire dalla questione dell'interpretazione è data dalla centralità di un testo – lo spartito – e dunque della centralità della musica scritta per quello che diventerà il canone della musica classica occidentale, espressione di una cultura nella quale l'abitudine artistica, la possibilità tecnica e la convenienza economica di scrivere e diffondere la musica in forma scritta diventano ad un certo punto stabili[24]. Come sanno bene i giuristi e i teologi, la scrittura se da un lato serve alla trasmissione di determinati contenuti attraverso segni, essa svolge anche una fun-

[21] Per un'analisi della valenza euristica di questa performance cfr. D. Manderson, *Making a Point and Making a Noise: A Punk Prayer*, in *Law, Culture and the Humanities*, vol. 12, no. 1 (February), 2016, 17-28.

[22] P. Ferreira da Cunha, *Iniciação à Metodologia Jurídica - Memória, Método e Direito*, Coimbra, 2003, 121.

[23] *Ibidem*.

[24] Il riferimento qui è alla nota analisi di J. Attali, *Noise: The Political Economy of Music*, Minneapolis, 1985.

zione di rafforzamento della stabilità e potenziale non modificabilità del segno a seconda dei contesti, facilitando la sua forza autoritativa. L'esperienza della codificazione è infatti soprattutto messa in primo piano di un diritto scritto che circoscrive il novero delle fonti. Se ci interroghiamo sull'altro termine della relazione, ossia ci domandiamo *quale diritto* si intenda quando si parla di *diritto e musica*, bisogna dire che anche qui non si può non rilevare un indebolimento della centralità del testo giuridico all'interno di un accentuato pluralismo delle fonti che caratterizza parti rilevanti della giuridicità contemporanea ed in particolare delle aree e culture che più si sono aperte alle interazioni tra ordinamenti diversi e che partecipano contemporaneamente alla concreta determinazione del diritto vivente in un certo tempo e territorio. Penso qui soprattutto all'Europa e al suo intreccio, intricato e non esente da fratture, di diritti nazionali, diritto comunitario e internazionale, uno scenario di relazioni tra ordinamenti giuridici diversi che con modalità e forme cangianti interessa ormai anche altri continenti. Si tratta di un problema troppo complesso da affrontare in questa sede ma ci si può limitare a rilevare che, piaccia o meno, la situazione attuale impone all'interprete-applicatore del diritto una responsabilità ed anche una difficoltà, bisogna ammetterlo, nella scelta del diritto applicabile ad una singola vicenda umana certamente impensabile pochi decenni fa. Che questo sia desiderabile o meno o quanto questo ci porti fuori dalla modernità giuridica o nella sua pienezza pos(t)-moderna è tema che qui rischierebbe di diventare *cacofonico* per la sua enormità. È evidente però la necessità di una didattica giuridica aperta che, anche attraverso metodologie interdisciplinari, possa contribuire alla formazione di un giurista critico come sottolineato in più occasioni da Salvatore Prisco[25].

Un aspetto paradossale dell'attuale letteratura su diritto e musica è che nonostante ci si confronti spesso con una visione del diritto legata soprattutto alla contemporaneità, la musica di riferimento che assorbe quasi totalmente l'interesse di ricerca è sostanzialmente la musica classica e a volte operistica, in un arco temporale che arriva pressappoco fino alla prima metà del Novecento. Pochi i riferimenti anche ad autori conosciuti ed iconici della musica novecentesca quali Schöenberg e Cage come mostrato da Paola Mittica qualche anno fa[26]. Questa enfasi sullo spartito e dunque sulla musica scritta, è stata feconda sotto il profilo metodologico e metaforico del problema interpretativo ma ha comportato una eccessiva cristallizzazione dei materiali musicali oggetto di

[25] Sul punto cfr. le condivisibili osservazioni in S. Prisco, *Letteratura e altre arti. Un ruolo decisivo per un nuovo giurista critico*, in Roselli, *op. cit.*, spec. 422-426.

[26] Cfr. M.P. Mittica, *Ragionevoli dissonanze. Note brevi per un possibile accostamento tra le intelligenze della musica e del diritto* in A. C. Amato Mangiameli, C. Faralli, M.P. Mittica, a cura di, *Arte e limite la misura del diritto*, Roma 2011, in particolare 54-69.

interesse, lasciando a lungo completamente ignorati generi musicali contemporanei che derivano da quella musica che viaggia in schiavitù dall'Africa alle Americhe, il *blues*, da cui derivano il *jazz* e il *rock*, che certamente costituiscono una porzione molto importante ed influente della musica della seconda metà del Novecento in Occidente. In questo modo è stata operata una cesura che ha influenzato il modo in cui si è trattato di diritto e musica, confinandolo esclusivamente o quasi nell'ambito della metafora interpretativa e separando dunque l'ambito giuridico contemporaneo dal confronto con i materiali culturali ad esso coevi. Il paradosso di questa situazione è che si finisce per pensare al diritto contemporaneo attraverso il riferimento ad una musica che invece non è ad esso contemporanea. Questo è ampiamente giustificato, dal punto di vista metodologico, per problematiche ermeneutiche comuni come nel caso della discussione sull'originalismo in ambito giuridico e musicale. Lo è un po' meno quando il discorso pretende di abbracciare un insieme di relazioni tra diritto e musica più ampio. Non si tratta di un'operazione di per sé illegittima o metodologicamente scorretta, piuttosto qui interessa segnalarne alcuni limiti. In questo senso non credo sia un caso che ad una diversa scelta del materiale musicale di riferimento sia corrisposta un'evoluzione significativa. Per dar conto di come questo cambiamento comporti una trasformazione del campo degli studi dedicati a diritto e musica, vorrei offrire qualche riflessione su un tema che di recente si è imposto all'attenzione degli studiosi di diritto e musica ossia quello dell'improvvisazione e dei suoi rapporti con il diritto.

4. *Improvvisazione e diritto*

Negli ultimi anni, il concetto di improvvisazione ha attratto notevole attenzione, ben al di là dei campi dell'estetica o della musicologia cui era stata per certi versi relegata, facendo rinascere un interesse filosofico mai del tutto sopito[27]. Intesa come una pratica sociale, essa si è rivelata un concetto euristico interessante in svariati contesti non musicali che vanno dall'educazione, al management, alle scienze sociali. Contrariamente ad un luogo comune ed uso linguistico diffuso che associa l'improvvisazione a faciloneria ed imperizia, improvvisare è una pratica che si fonda su competenze e abilità complesse e precedentemente acquisite che l'agente mette in pratica. Se pensiamo all'improvvisazione come ad una logica della creatività[28] ci muoviamo, almeno apparentemente, su un terreno che sembra molto lontano dalla tradizionale rappresentazione della pratica giuridica. Normalmente si associa il diritto alla

[27] Si veda al riguardo la ricchezza di prospettive offerte in I. Pelgreffi, a cura di, *Improvvisazione*, Milano-Udine, 2018.

[28] D. Sparti, *Suoni inauditi. L'improvvisazione nel jazz e nella vita quotidiana*, Bologna, 2005.

prevedibilità delle decisioni, al valore della certezza come suo attributo in qualche modo essenziale e connaturato[29], mentre l'improvvisazione esprime l'idea opposta in quanto consiste in un'apertura all'incerto e all'imprevedibile. Eppure, anche il diritto lascia intravedere il suo carattere improvvisativo e spesso negato nei suoi elementi singolari di imprevedibilità. In termini storici l'abbandono dell'improvvisazione in musica classica avviene più o meno contemporaneamente al predominio del formalismo nella cultura giuridica (sec. XIX). L'enfasi sulla razionalizzazione produce quello che Manderson ha chiamato "un'ansia testuale", a favore dell'astrazione e con unico scopo la coerenza[30]. Sara Ramshaw, che ha contribuito in modo decisivo a tematizzare il rapporto tra diritto e improvvisazione[31], ha a sua volta insistito sulla tensione strutturale che accomuna diritto e improvvisazione come conflitto tra generalità e singolarità, ripetizione e alterazione e per il quale ogni atto di applicazione del diritto è irriducibilmente singolare. Pensare il diritto *con* l'improvvisazione può dunque aiutarci a sperimentare strategie diverse nella formazione giuridica che consentano di andare oltre la tradizionale didattica fondata sul testo[32]. Si tratta di un'ulteriore possibilità di sperimentazione di una formazione giuridica che cerchi di mettere a frutto in modo operativo e non solo in senso di arricchimento culturale l'apertura interdisciplinare e metodologica dell'approccio *law and humanities*.

5. *Note per una ragione giuridica improvvisativa*

Una comprensione musicale del diritto, arricchita dall'elemento dell'improvvisazione può illuminare modi di pensare alle *performances* giuridiche ed offrire sostegno per una diversa ricostruzione di concetti controversi e che hanno faticato ad entrare nella visione standard del ragionamento giuridico. Ma penso anche a come l'unione di performatività ed improvvisazione possa

[29] Sui limiti del pensiero giuridico tradizionale sulla certezza cfr. A. Abignente, *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2017.

[30] D. Manderson, *Fission and Fusion: From Improvisation to Formalism in Law and Music*, in *Critical Studies in Improvisation / Études critiques en improvisation*, 6, n. 1, 2010, 3.

[31] La studiosa, fortemente influenzata dalla filosofia di Derrida e dagli studi critici sull'improvvisazione, ha dedicato al tema molti lavori e, per quanto di mia conoscenza, l'unico libro sul tema. Cfr. S. Ramshaw, *Justice as Improvisation. The Law of the Extempore*, Abingdon 2013. In argomento si veda anche l'ottimo lavoro di E. Buono, *Diritto e improvvisazione. Cenni comparativi ed esercizi di demistificazione* in P. Chiarella (a cura di), *Narrazioni del diritto, musica ed arti tra modernità e postmodernità,* Napoli, 2020, 341-355.

[32] S. Lycouris, W. Timmons, *Physical Literacy in Legal Education: Understanding Physical Bodily Experiences in the Dance Environment to Inform Thinking Processes within Legal Education*, in Z. Bankowski, M. Del Mar, P. del Maharg (eds.), *The Arts and the Legal Academy: Beyond Text in Legal Education*, Farnham, 2012, 51-65.

offrirci esempi della possibilità e utilità di una *ragione giuridica improvvisativa*, che orienti una visione performativa dell'immaginario giuridico[33], un'idea che qui cercherò di delineare in particolare attraverso alcuni esempi di azioni performative che hanno creato conseguenze giuridiche[34]. Come ha insegnato Hannah Arendt, è proprio l'azione ad essere strutturalmente legata alla dimensione dell'imprevedibilità[35], a sua volta strettamente connessa al concetto di improvvisazione come qualcosa che non si può *prevedere*. Azioni della vita quotidiana come occupare un posto o dello spazio su un autobus consentono di ridefinire il concetto di uguaglianza attraverso azioni inaspettate com'è accaduto nella storica protesta di Rosa Parks, l'attivista per i diritti civili afro-americana che nel 1955 a Montgomery nello stato dell'Alabama, rifiutando di lasciare il suo posto ad un uomo bianco, ha contribuito a ridefinire il concetto di eguaglianza giuridica nel contesto del diritto statunitense del suo tempo. Usando lo spazio in un modo inaspettato si produce un'interazione tra universi normativi fondati su una diversa configurazione spaziale cui corrisponde una precisa prossemica giuridica, nel caso di separazione tra soggetti che a un certo punto pretendono di essere considerati uguali. Un altro esempio, legato anch'esso ad una dinamica spaziale, è quello accaduto durante l'estate del 2015 a Ventimiglia, con l'inaspettato rifugiarsi di alcuni migranti sugli scogli alla frontiera tra l'Italia e la Francia. Questa appropriazione performativa dello spazio rende il confine un concetto giuridico contestato che infatti, almeno in un primo momento, spiazza la stessa polizia. Anche se l'azione non ebbe successo dal punto di vista di chi l'aveva messa in essere, essa esprime bene come performances sociali improvvisate e inaspettate nel contesto in cui vengono praticate possono trasformare significati giuridici che diamo per acquisiti.

Nonostante appaia possibile associare pratiche improvvisative e la ridefinizione di significati normativi, resta problematico un aspetto. L'accostamento tra diritto e musica funziona molto bene fin quando ci muoviamo sul terreno comune tra interpretazione, applicazione e *performance*. Le cose si fanno più difficili se invece entriamo nell'ambito dell'argomentazione giuridica che rappresenta una parte importante degli studi sul ragionamento giuridico e che però non trova una sorta di parallelo nel mondo musicale. La musica, infatti, non offre ragioni che non siano quelle riferibili al giudizio estetico mentre il

[33] Per l'idea di immaginario giuridico cfr. F. Ost, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire* juridique, Paris, 2004. Non sembra necessario limitare tale immaginario al solo contributo della letteratura, come notato da F. Ciaramelli, *Consenso sociale e legittimazione giuridica. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 2013, 9.

[34] Riprendo qui alcune riflessioni svolte in Branco, Nitrato Izzo, *Intersections in Law, Culture and the Humanities*, cit., 57-59.

[35] H. Arendt, *Vita Activa. La condizione umana* (1958), Milano, 2008, 140.

ragionamento giuridico è un ragionamento pratico fondato su giustificazioni e argomenti[36]. Si tratta di una caratteristica tipica del giuridico che è difficilmente traducibile nell'ambito musicale. Eppure, anche qui si può forse imparare qualcosa dall'improvvisazione.

Nel novero di idee che qui si cerca di sviluppare, si potrebbe indicare come esempio di ragione improvvisativa al lavoro la questione dei c.d. casi tragici o dilemmi giuridici ossia quei casi per i quali l'ordinamento giuridico non sembra offrire una risposta corretta. Per casi tragici si intendono quei casi «[…] che non hanno nessuna risposta corretta e pertanto presentano ai giudici non il problema di decidere di fronte ad una serie di alternative (ossia come esercitare la sua discrezionalità) ma che percorso intraprendere di fronte ad un dubbio»[37]. In casi come questi il giudice potrebbe trovarsi ad improvvisare, nel senso pieno del termine. Dovrà usare la sua conoscenza del diritto per trovare una soluzione laddove essa è assente; dunque, dovrà letteralmente affrontare l'imprevisto e attraverso la sua performance interpretativa offrire un percorso di ragioni giuridiche per farlo. Ma tutto questo in un contesto decisionale unico in cui solo mediante l'espressione del giudizio sarà possibile valutare la soluzione adottata. Come nell'improvvisazione è la possibilità del fallimento che appare elemento costitutivo dell'improvvisazione[38], così nei casi tragici l'obbligo del giudice di dare risposte in base al principio di *non liquet* lo costringerà ad un ragionamento giuridico dove ciò che conterà sarà la scelta degli argomenti ma a partire dall'uso di una ragione improvvisativa dove il punto di arrivo è inaccessibile in precedenza. Messi di fronte all'idea e alla prospettiva del comprendere le difficoltà del proprio operato facendo ricorso alla nozione di improvvisazione, alcuni operatori giuridici hanno condiviso e riconosciuto l'utilità di una ricostruzione, almeno parziale, del loro operato facendo riferimento a questa nozione di improvvisazione[39]. Certamente non tutti gli aspetti dell'esperienza giuridica possono essere facilmente associati all'improvvisazione. Il meccanismo improvvisativo è necessariamente legato a delle conoscenze pratiche pregresse al punto che, come è stato efficacemente notato «non si

[36] Si veda M. Atienza, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, a cura di A. Abignente, trad. it V. Nitrato Izzo, Napoli, 2012

[37] M. Atienza, *I limiti dell'interpretazione costituzionale. Di nuovo sui casi tragici* in *Ars Interpretandi. Annuario di Ermeneutica giuridica*, 1999, 300-301. Sul tema sia consentito rinviare anche a V. Nitrato Izzo, *Dilemmi e ragionamento giuridico. Il diritto di fronte ai casi tragici*, Napoli, 2019.

[38] D. Sparti, *L'identità incompiuta: paradossi dell'improvvisazione musicale*, Bologna, 2010, 51.

[39] Cfr. S. Ramshaw, S. Mulholland, *The Improvising Judge: An Interview with Her Honour Judge Patricia Smyth, Northern Ireland County Court* in *Critical Studies in Improvisation / Études critiques en improvisation*, 2017, 12, n. 1, 1-13.

improvvisa sull'eccezione, ma sulla regola»[40], ossia è proprio l'insieme di elementi noti che permette al musicista di produrre nuove creazioni estetiche. Il punto meriterebbe una discussione più ampia rispetto all'economia del presente lavoro. Si può però a mio avviso sostenere che la tesi non invalida del tutto il ragionamento fin qui svolto e dipende in effetti dal punto di osservazione: se ci si colloca alla fine del processo improvvisativo, ossia al risultato estetico compiuto o, nel nostro caso, alla decisione giuridica assunta e che pur necessariamente dovrà individuare delle premesse dotate di applicabilità giuridica, il fatto che il risultato finale dipenda da strutture pre-date, in un contesto come nell'altro, non oscura del tutto la sua non totale prevedibilità, la novità o la possibile singolarità della struttura di azioni e di ragionamenti che ha consentito di portare a termine la pratica che qui chiamiamo improvvisazione[41].

Concludendo queste note sull'improvvisazione, appare difficile sostenere che il compositore sia necessariamente arrogante, così come non è corretto confondere, come a volte è stato fatto, positivismo e formalismo giuridico con quello musicale. Né è facile trasporre il meccanismo della musica d'insieme, l'*interplay*, al momento processuale del diritto dove il meccanismo dell'improvvisazione potrebbe trovare un parziale riconoscimento nella dialettica processuale ma che è sempre sottoposta alla supervisione di un terzo, il giudice, che ha un potere più incisivo di un direttore d'orchestra e che pure è una figura presente solo in alcuni contesti musicali[42]. Certo è sicuramente indicativo che le situazioni d'improvvisazione giuridica qui descritte costituiscano delle situazioni peculiari di minore normatività del testo giuridico. Ma è nella natura di ogni testo permettere letture e performances plurime[43]. Ritengo che vi sia, come spero di aver fatto almeno intravedere con gli esempi forniti, qualcosa di utile da utilizzare del paradigma dell'improvvisazione per comprendere in che modo il diritto è in grado di compiere iterazioni costanti che ne esprimano

[40] Cfr. A. Porciello, *Diritto e musica: armonia o dissonanza?* In *Uc3m Working paper, Materiales de Filosofía del derecho*, Universidad Carlos III de Madrid, 2018, 15 (accessibile all'indirizzo http://hdl.handle.net/10016/27416).

[41] Si tratta di un tema che evidentemente non si può affrontare in questa sede. In effetti la discussione dovrebbe da un lato coinvolgere l'"ontologia" dell'improvvisazione in generale, dall'altro indagare le relazioni tra singolarità e particolarità della risoluzione dei casi giuridici. Non è un caso che la Ramshaw, *Justice as Improvisation*, cit., insista su questo come uno degli aspetti più significativi della relazione tra diritto e improvvisazione. Sviluppa l'idea che ogni caso nel diritto possa essere considerato come *singolare* in quanto non espressione "particolare" di una applicazione derivante dal generale T. Gazzolo, *Il caso giuridico. Una ricostruzione giusfilosofica*, Torino, 2018.

[42] Cfr. G. Resta, *Il giudice e il direttore d'orchestra. Variazioni sul tema: «diritto e musica»*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2011, 435-460.

[43] P. Ricoeur, *Du texte à l'action. Essai d'herméneutique* II, Paris, 1986, 245.

il potenziale per cambiare e trasformare il suo contenuto e i suoi fondamenti. L'improvvisazione in diritto è *un'improvvisazione idiomatica*, riguarda l'identità e l'espressione del suo idioma[44]. L'essenza di una ragione giuridica improvvisativa potrebbe allora essere sintetizzata nell'osservazione che in diritto come in musica non si improvvisa perché non si conosce qualcosa ma piuttosto perché l'improvvisazione è un modo per conoscere qualcosa che in precedenza non sapevamo.

6. Finale. *Appunti sul futuro di diritto e musica*

L'esempio dell'improvvisazione non può farci abbandonare del tutto l'uso metaforico dell'accostamento diritto e musica. Si può allora forse confermare l'ipotesi di ricerca che ho cercato di sviluppare in queste riflessioni, ossia che il termine di paragone del diritto che indichiamo con musica deve essere maggiormente suscettibile di un'evoluzione che consenta di esplorare un'immaginazione sonora che non si limiti alle sole forme musicali finora maggiormente utilizzate negli studi disponibili. La sfida dell'interdisciplinarietà va presa sul serio e dunque la relazione tra musiche come il *rock* e il diritto, che inizia oggi ad essere indagata in alcuni lavori[45], andrà ben calibrata per fornire nuove risposte a nuove domande più che nel proporre improbabili accostamenti tra noti filosofi del diritto e della politica e *rockstars* la cui grandezza artistica viene mortificata in un ambito a loro del tutto estraneo[46].

Il futuro degli studi di diritto e musica appare in ogni caso foriero di opportunità che potranno essere colte se sostenute da un adeguato rinnovamento metodologico e un'espansione dei materiali suscettibili di analisi. Se la musica annuncia la società che viene[47], il ruolo del diritto sarà cruciale nell'influenzare il ruolo e le modalità concrete di uso che essa avrà nella società, dovendo fronteggiare la trasformazione digitale che ha già sconvolto il mondo musicale ed

[44] Per il concetto di improvvisazione idiomatica cfr. D. Bailey, *Improvisation. Its nature and practice in music*, New York, 1993, xi.

[45] Si vedano W. Mastor, J.-P. Marguénaud et F. Marchadie, dir., *Droit et Rock*, Paris, 2011 ed il notevole studio di G. Schwartz, *Direito & Rock. O Brock e as expectativas normativas da Constituiçao de 1988 e do Junho de 2013*, Porto Alegre, 2014.

[46] Mi sembra questa la critica che è possibile muovere ai tentativi, per molti versi interessanti e certamente intellettualmente assai brillanti, di accostare icone del pop-rock (Oasis, Hendrix, Bowie) e autori centrali della filosofia giuridica e politica (Hart, Rawls). Concreto appare il pericolo di una "pluri-disciplinarietà" di giustapposizione tra ambiti diversi più che il perseguimento di un'interdisciplinarietà dove ogni campo teorico si arricchisce sul piano epistemologico. Per questa concezione dell'interdisciplinarità e del suo impiego in ambito giuridico cfr. F. Ost, M. van de Kerchove, *De La Pyramide au Réseau? Pour une Théorie Dialectique du Droit*. Bruxelles, 2002, 466-471.

[47] Cfr. Attali, *Noise*, cit.

ha pretese di compiere lo stesso per il giuridico. Non si tratta dell'unica sfida. Sarà il diritto a dover limitare usi degeneranti della musica e del suono: è il caso dell'utilizzo della musica come strumento di punizione in ambito penale, fino al diventare ulteriore utensile nella già troppo fornita e ampia cassetta degli attrezzi dei torturatori. Determinate musiche e alcuni suoni, infatti, sempre più vengono utilizzati come armi, in contesti quali scenari di guerra, nel controllo dello spazio urbano a fini di dissuasione dall'accesso a determinati spazi pubblici o per il controllo violento di manifestazioni di protesta[48]. Al tempo stesso sarà necessario porre attenzione alle pretese di colonizzazione da parte del diritto di pratiche musicali e culturali: è il caso della crescente stigmatizzazione di alcuni generi musicali quali il *rap* che è arrivata a tradursi in una unilaterale rilevanza probatoria a carico degli artisti nella giurisdizione statunitense[49].

In conclusione, appare più urgente che mai prendere coscienza che musica, suono, rumore, interessano il diritto e ne costituiscono una dimensione di imprescindibile interesse, ancora passibile di importanti sviluppi futuri.

[48] Cfr. J. Volcler, *Il suono come arma. Gli usi militari e polizieschi dell'ambiente sonoro*, Roma 2012; J. Parker, *Towards an Acoustic Jurisprudence: Law and the Long Range Acoustic Device*, cit.

[49] Cfr. C. E. Kubrin; E. Nielson. *Rap on Trial*, in *Race and Justice* 4, no. 3, 2014, 185-211.

Vincenzo Pacillo[*]

DIRITTO E AUTORITÀ RELIGIOSA TRA PREVENZIONE E COMPOSIZIONE DEI CONFLITTI NEL ROMANZO *IL MIO NOME È ASHER LEV* DI CHAIM POTOK

SOMMARIO: 1. Premessa. Il contrasto tra individuo e comunità nei romanzi di Chaim Potok – 2. Genesi (esistenziale) e sviluppo (giuridico) del conflitto tra individuo e comunità nel romanzo *Il mio nome è Asher Lev*. – 3. Arte e diritto tra (presunta) rigidità della norma ed (apparente) elasticità dell'interpretazione. – 4. Rileggere il fallimento della composizione del conflitto nella prospettiva del costruttivismo etico. – 5. Conclusioni: costruttivismo etico e diritti religiosi.

1. *Premessa. Il contrasto tra individuo e comunità nei romanzi di Chaim Potok*

Attraverso i suoi romanzi, Chaim Potok offre una visione profonda e drammatica del mondo ebraico: una visione che sembra diventare sempre più dettagliata e complessa man mano che lo scrittore si allontana idealmente da quel mondo, man mano che egli "dimentica" (o "gioca a dimenticare") la sua appartenenza per assumere una prospettiva "altra" rispetto a quest'ultima. Questa prospettiva evidenzia il costante contrasto tra ortodossia, ortoprassi e secolarizzazione che attraversa come una lama di rasoio le comunità ebraiche; si tratta di un tema ricorrente nell'opera del romanziere newyorchese, in cui il contrasto tra la tradizione e le nuove sfide della modernità può essere interpretato come un momento all'interno di un percorso di ricerca di autenticità, nato da una scelta consapevole e da un desiderio esistenziale[1].

Nelle opere di Potok, il contrasto tra ortodossia, ortoprassi e secolarizzazione si accompagna spesso all'analisi della tensione esistente tra l'individuo e la comunità in seguito a corti circuiti che si producono tra la necessità di rispettare i precetti dell'ebraismo e le trasgressioni derivanti dalla volontà del singolo di assecondare un progetto di vita: così i personaggi cercano di bilanciare il desiderio di realizzazione personale con le aspettative e le tradizioni del gruppo cercando – generalmente – di evitare rotture traumatiche.

[*] Ordinario di Diritto e Religione, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, vincenzo.pacillo@unimore.it. Ringrazio la Prof.ssa Carla Bagnoli per il dialogo intellettuale alla base di questo scritto.

[1] J. LANG, *"The Three-Pronged Dialectic: Understanding Conflict in Potok's Early Fiction."* In *Chaim Potok: Confronting Modernity Through the Lens of Tradition*, edited by Daniel Walden, Penn State University Press, 2013, 20-29, https://doi.org/10.5325/j.ctt32bb29.6.

In realtà, l'ebraismo non dovrebbe conoscere una tensione problematica tra ortodossia e ortoprassi: infatti, entrambe sono parte integrante di un'unica struttura normativa che governa la vita ebraica, dove le credenze teologiche e le pratiche religiose sono inseparabili e insieme costituiscono il cuore della fede ebraica. Questa integrazione è ciò che permette al giudaismo di mantenere la sua identità e la sua coesione, nonostante le numerose sfide e trasformazioni storiche. La *Halakhah* esemplifica questa simbiosi, poiché contiene norme che guidano gli aspetti etici e sociali della vita dei fedeli: l'osservanza della legge ebraica non è solo un obbligo religioso, ma anche un mezzo per santificare la vita quotidiana e mantenere un rapporto costante con Dio[2].

Tuttavia, nei romanzi di Potok, la tensione tra ortodossia e secolarizzazione emerge come un conflitto inevitabile, riflettendo le sfide che gli individui affrontano nel bilanciare la loro identità religiosa con le influenze della modernità. Personaggi come Asher Lev e Danny Saunders incarnano questa lotta, cercando di trovare un equilibrio tra il rispetto delle tradizioni e la necessità di affermare la propria individualità: questo conflitto può essere visto come un riflesso della continua evoluzione dell'ebraismo, che, pur rimanendo ancorato alle sue radici, deve adattarsi e rispondere alle nuove realtà del mondo contemporaneo[3].

Il contrasto tra individuo e comunità diventa dunque, almeno in parte, anche un contrasto tra ortodossia, ortoprassi e secolarizzazione; contrasto rappresentato da una tensione dialettica intersoggettiva che i soggetti della narrazione devono affrontare e risolvere. In questo contesto Potok utilizza il linguaggio come strumento per creare nuova comprensione e nuovi significati: ogni parola, ogni descrizione presente nel testo contribuiscono a disvelare la vera essenza di queste tensioni interne, invitando i lettori a percepire e comprendere la realtà ebraica in modi nuovi e profondi.

Se dunque il contrasto tra ortodossia, ortoprassi e secolarizzazione in Potok assume la forma di una tensione intersoggettiva, come è possibile interpretare in prospettiva giuridica l'azione drammatica – relazionale (Dio – essere umano, ma anche essere umano – realtà) e allo stesso tempo vocazionale – con la quale Potok torna a più riprese sul tema del conflitto tra tradizione religiosa e modernità secolare, particolarmente evidente nei suoi romanzi che hanno per protagonista Asher Lev? Che ruolo hanno la dimensione giuridica e l'autorità istituzionale nella gestione e nella risoluzione di questa tensione allo stesso tempo oggettiva e soggettiva?

[2] L. Baeck, *The Essence of Judaism,* New York, 1948, 12 ss.; A. Feinsilver *Aspects of Jewish Belief*, New York, 1973, 6; M.N. Kertzer, *What is a Jew?,* rev. ed., New York, 1965, 28.

[3] D. Walden, *Introduction*. In *Chaim Potok: Confronting Modernity Through the Lens of Tradition,* cit., XI.

È evidente che non potremo accontentarci di leggere il testo di Potok cercando in esso una "rappresentazione" o una "descrizione" dei rapporti religiosi e secolari del tempo: non è nelle intenzioni di un romanziere come Potok descrivere il tipo del giovane ribelle, produrre un'anatomia dei conflitti familiari e comunitari, o magari fondare una sociologia dell'Ebraismo americano della prima metà del Novecento. E ciò, se non altro, perché quel contrasto in cui la realtà è persa, vale anche per il modo in cui Potok incalza criticamente le questioni connesse al rapporto tra la fede e la modernità[4].

Certamente, questo non implica che in Potok non siano centrali l'analisi dei rapporti sociali, religiosi e culturali della comunità ebraica, i tormenti del passaggio alla modernità secolare per tutte le categorie del popolo ebraico, e le trasformazioni inevitabili ma progressive dalla società tradizionale a quella moderna: non si scrive che entro il contesto di condizioni determinate (letterarie, sociali, religiose, culturali, etc.) predeterminate dall'autore. Tuttavia, se una certa rappresentazione del contrasto tra ortodossia e secolarizzazione in un determinato contesto storico e sociale condiziona l'andamento del testo e la sua leggibilità, la scrittura si svilupperà sovvertendo proprio quella realtà, secondo una strategia che cercheremo di illustrare nelle pagine seguenti, concentrandoci sul Bildungsroman *My name is Asher Lev* (Il mio nome è Asher Lev), pubblicato nel 1972 per i tipi di Knopf.

2. *Genesi (esistenziale) e sviluppo (giuridico) del conflitto tra individuo e comunità nel romanzo* Il mio nome è Asher Lev

Nel romanzo *Il mio nome è Asher Lev*, Chaim Potok esplora il conflitto tra individuo e comunità attraverso la vicenda personale di un pittore dotato di straordinario talento che riesce a essere fedele alla sua vocazione artistica nonostante la forte opposizione del padre e dei membri della comunità chassidica cui la sua famiglia appartiene.

Asher Lev nasce a Brooklyn, all'interno di una famiglia di ebrei chassidici legati ai Ladover Chassidim, un gruppo guidato spiritualmente da un Rebbe la cui autorità è riconosciuta senza discussione: l'ambiente familiare in cui Asher cresce non è, ovviamente, casuale nella costruzione del dramma che è alla base del romanzo.

Come noto, le strutture portanti del Chassidismo sono caratterizzate da una combinazione di leadership carismatica, innovazioni pratiche lecite, e un

[4] D. Walden, *Daedalus Redeemed: Asher Lev's Journey from Rebellion to Rapprochement,* In *Chaim Potok: Confronting Modernity Through the Lens of Tradition,* cit., 57 s.

forte senso di comunità[5]. Lo Tzadik (il giusto senza peccato, il santo) offre guida spirituale e leadership morale: la sua presenza e i suoi insegnamenti attraggono i seguaci e rafforzano la coesione comunitaria, anche attraverso un'azione di interpretazione della legge secondo il principio della *devekut* (sul quale torneremo), uno strumento ermeneutico capace di adattare la rigidità della norma alla necessità che gli esseri umani si elevino verso Dio non perdendo mai nulla della gioia che si prova nell'obbedienza e nel legame con la comunità[6]. Lo Tzadik – in questo romanzo rappresentato dalla figura del Rebbe – e dunque certo un'autorità, ma anche un uomo abitato da Dio che funge da ponte tra l'Altissimo e la dimensione terrena senza mai esasperare il momento drammatico della rottura tra l'individuo e la legge ma provando invece sempre a ricomporre la

[5] Il chassidismo, fondato nel XVIII secolo dal Baal Shem Tov (Besht), ha introdotto significativi cambiamenti nel panorama del misticismo ebraico, sviluppando una propria identità spirituale e teologica distinta dalle correnti precedenti. Questo movimento ha operato una trasformazione delle idee chiave della cabala lurianica e del sabbatianesimo, adattandole a una visione più accessibile e pratica per le masse.

Gershom Scholem, uno dei principali studiosi del misticismo ebraico, descrive il chassidismo come l'ultima fase del misticismo ebraico, derivante direttamente dalla cabala lurianica e dal sabbatianesimo. Secondo Scholem, il chassidismo neutralizza l'elemento messianico presente in queste correnti precedenti, spostando l'attenzione dal concetto di *tikkun* (riparazione del mondo) alla devekut (comunione con Dio). Egli sosteneva che il chassidismo avesse trasformato il messianismo attivo della cabala lurianica in una forma di misticismo personale e interiore.

Dobbiamo a Etkes il fatto di aver evidenziato come il chassidismo abbia apportato contributi teologici originali e significativi. Un esempio fondamentale è il concetto di Tzadik (giusto), che nel chassidismo assume un ruolo centrale come guida spirituale e intermediario tra Dio e gli uomini. Questa figura non solo possiede autorità religiosa, ma anche carisma personale e capacità miracolose, rendendola un leader comunitario unico nel suo genere. Un altro contributo originale è l'enfasi sulla gioia e sulla devozione nel servizio divino. Contrariamente alla rigorosa osservanza legale e allo studio intellettuale predominanti nel giudaismo rabbinico, il chassidismo valorizza l'entusiasmo, la preghiera fervente e l'esperienza spirituale diretta. Questa innovazione ha reso il misticismo accessibile a una più ampia fascia della popolazione ebraica, promuovendo un'esperienza religiosa più emotiva e immediata.

Il chassidismo ha anche criticato alcuni aspetti della tradizione rabbinica, in particolare il metodo pilpul (analisi talmudica casistica), considerato arido e distante dalla vera esperienza spirituale. Questa critica ha contribuito a definire l'identità chassidica in opposizione al formalismo accademico dei rabbini tradizionali, favorendo un approccio più intuitivo e mistico alla religione.

Contrariamente alla cabala lurianica, che riservava la devekut a un'élite spirituale, il chassidismo ha promosso l'idea che ogni ebreo potesse raggiungere una comunione con Dio attraverso atti quotidiani e devozione sincera. Questa democratizzazione della spiritualità rappresenta una delle innovazioni più significative del chassidismo, rendendo il misticismo una parte integrale della vita ebraica quotidiana. Cfr. I. Etkes, *The Study of Hasidism: Past Trends and New Directions,* in n Ada Rapoport-Albert (ed.), *Hasidism Reappraised*, London, Littman Library, 1997, 447-464.

[6] G. Anello, *L'uomo abitato da Dio. Chassidismo e giustizia,* Genova, 2020, 49 ss.

lacerazione prima che questa diventi uno strappo irreversibile. La comunità, a sua volta, non solo sostiene lo Tzadik con devozione e reverenza, ma si impegna ad osservare la legge stando di fronte alla realtà riconoscendo in essa la presenza continua di Dio, e nello stesso tempo enfatizzando il rapporto tra obbedienza e felicità della dimensione esistenziale. La relazione tra pratica religiosa e vita sociale che caratterizza la comunità dei chassidim crea un tessuto connettivo di sostegno e appartenenza: tale elemento ha permesso al Chassidismo di diffondersi efficacemente tra le masse e di mantenere una presenza duratura nelle comunità ebraiche di tutto il mondo[7].

Fin da giovane, Asher dimostra un talento eccezionale per il disegno e la pittura, un dono che suscita il sospetto e la preoccupazione del padre Aryeh, un devoto lavoratore al servizio del Rebbe, impegnato in missioni internazionali a favore della comunità. Questo talento artistico si scontra con le attese del mondo in cui il giovane Lev cresce: esso genera un contrasto tra la necessità di Asher di esprimersi liberamente e le rigide norme religiose che guidano la comunità, le quali – come vedremo meglio in seguito – ammettono la liceità dell'arte pittorica solo entro certi limiti e ad alcune condizioni. Tale contrasto non è solo un conflitto relazionale tra individuo e comunità, ma anche un cortocircuito tra l'ortodossia – che permea la vita della comunità Ladover – e la secolarizzazione di alcune delle norme di riferimento di tale comunità: secolarizzazione che prima Asher e poi il suo maestro artistico riterranno necessaria perché il giovane Lev possa dar pienamente compimento al suo estro pittorico.

La madre di Asher, Rivkeh, subisce un trauma profondo con la morte del fratello, entrando in una grave depressione: Asher canalizza l'angoscia della relazione con la madre ammalata attraverso l'arte, esprimendo il suo tormento interiore e sviluppando un rapporto complesso con il mondo che lo circonda. Questo periodo di sofferenza lo avvicina ulteriormente al disegno, ormai divenuto strumento necessario da un punto di vista esistenziale; inoltre egli trova conforto nel rapporto con Yudel Krinsky, un ebreo russo salvato dalla Siberia dal Rebbe, che alimenta la sua curiosità e creatività.

Il conflitto tra le esigenze della sua vocazione artistica e le aspettative della comunità si intensifica quando la famiglia considera di trasferirsi a Vienna. Asher resiste strenuamente a questa idea, esprimendo il suo dramma interiore attraverso disegni compulsivi, culminando in un atto controverso: disegnare un volto sulla sua Bibbia. Questo atto scandalizza la comunità e accentua il suo senso di alienazione. La madre, comprendendo la necessità del figlio di restare e dedicarsi all'arte, decide di rimanere a New York con Asher mentre il padre si trasferisce da solo a Vienna.

[7] S. Stampfer, *How and Why Did Hasidism Spread,* in *Jewish History,* 27, 2013, 201-219.

Durante questo periodo, Asher esplora l'arte cristiana nei musei di New York, un'esperienza che lo turba ma lo arricchisce profondamente: la madre cerca di bilanciare la crescita artistica del figlio con le esigenze scolastiche e familiari, acquistando per lui i materiali necessari per dipingere.

Mentre si prepara per il *bar mitzvah*, Asher incontra il Rebbe *yechidus* (da solo): quest'ultimo ha sollecitato l'incontro dopo aver ascoltato le preoccupazioni di Aryeh e diverse voci della comunità che si sono scandalizzate a seguito dei disegni di Asher. Il Rebbe incoraggia il giovane artista a coltivare il suo talento e lo benedice:

> "Una vita dovrebbe essere vissuta per amore del cielo. Un uomo non è migliore di un altro perché è un medico e l'altro è un calzolaio. Un uomo non è migliore di un altro perché uno è avvocato e l'altro è un pittore.
> Una vita si misura in base a come è vissuta. Mi capisci Asher Lev?"
> "Sì Rebbe", risposi
> "Ma c'è chi questo non lo capisce".
> Restai in silenzio.
> "Ci sono persone che ami e che ti amano che questo non lo accettano. Asher onorare tuo padre è uno dei dieci comandamenti."
> "Sì Rebbe"
> "Ti do la mia benedizione, Asher Lev."[8].

Il primo incontro tra il giovane Lev e il Rebbe e dunque un incontro vocazionale, in cui la guida della comunità sottolinea come il valore della vita non si misura dalla professione che si esercita, ma dal modo in cui si alza lo sguardo verso Dio. Ogni persona può servire Dio (vivere "per amore del cielo") all'interno di qualsiasi vocazione esistenziale, purché lo faccia con sincerità, dedizione e integrità: la dignità di una persona non dipende dal lavoro che fa, dai talenti che fa fruttare, dalle opere che realizza ma dall'amore, dalla devozione e dall'intenzione con cui si rapporta a Dio dentro il suo agire professionale e creativo.

Il Rebbe riconosce che questo principio non è universalmente accettato all'interno della comunità, poiché ci sono persone che non riescono a comprendere o accettare che una vita dedicata all'arte possa essere tanto valida quanto una vita dedicata a una professione più tradizionale: questo è un riferimento diretto alla famiglia di Asher, e in particolare a suo padre, che fatica a vedere la pittura come una vocazione rispettabile e sacra. Qui l'autorità comprende l'esistenza di un conflitto, ed offre anche lo strumento per gestirlo e soffocarlo facendo esplicito al comandamento biblico di onorare i genitori: la tensione tra

[8] C. Potok, *Il mio nome è Asher Lev,* Milano, 2008 (1972), 167.

l'obbligo di Asher di rispettare e onorare suo padre e il suo bisogno di seguire la propria vocazione artistica appare al Rebbe tutto sommato gestibile, ed e per questo che egli offre la sua benedizione ad Asher, riconoscendo implicitamente la legittimità della sua vocazione artistica. e suggerendo che Asher può seguire il suo talento senza perdere la sua fede o la sua identità ebraica, a condizione che egli abbia un animo pio e rispetti il limite autoritativamente imposto.

Il Rebbe offre apparentemente ad Asher la possibilità di una ricomposizione del conflitto con suo padre e la comunità attraverso una visione più ampia e compassionevole della vita e della vocazione esistenziale, incoraggiando il giovane a coltivare l'arte senza rinunciare ai suoi doveri familiari e religiosi. È – per l'appunto – una questione di limiti imposti: alla rigida interpretazione delle norme del diritto ebraico sull'arte pittorica, il Rebbe preferisce offrire al giovane Lev un'alternativa complessa, fondata sull'armonica fusione della possibilità di seguire il proprio interesse per l'arte con la purezza del cuore nella ricerca della presenza di Dio nel mondo e con l'obbligo – non negoziabile – di rispettare la sensibilità dei genitori. Lo affida dunque a Jacob Kahn, un artista affermato: questa decisione segna un punto di svolta per Asher, permettendogli di conoscere pienamente e sviluppare il suo talento grazie ai consigli di un Maestro.

Sotto la guida di Kahn, Asher studia opere d'arte fondamentali e affronta le prime sfide artistiche: inizia dunque a dipingere nudi, in palese contrasto con l'interpretazione dominante del diritto ebraico, poiché Kahn lo esorta a non tradire mai la sua integrità artistica, insegnandogli che la vera responsabilità di un artista è verso se stesso e la verità: e poi il Rebbe continua a seguirlo da lontano, benedicendo la sua vocazione artistica. Asher affronta il conflitto interiore più profondo quando dubita se la sua arte sia un dono divino o una tentazione oscura: e qui Jacob Kahn lo guida a riconoscere la bellezza e la verità nell'arte, spingendolo a perseguire l'ideale dell'arte non debba essere giudicata o apprezzata per la sua utilità per la comunità o per il suo rispetto dei valori religioso, ma per la sua bellezza, creatività e capacità di evocare emozioni e pensieri indipendentemente da considerazioni esterne[9].

[9] «Characteristic of Potok's idealized teachers, Kahn offers him far more than technical knowledge. He imbues their venture with significant ethical and aesthetic dimensions. More than a mere Daedalean artificer, Kahn, as his name implies, is a member of the Jewish priestly class. He acts as a moral guide to the young artist, whose allegoric surname evokes the Levite class, which is responsible for assisting priests in the sanctuary. Kahn not only teaches Asher the Impressionists' manner of representing light and the Abstract Expressionists' manner of treating volume and void, but also insists on Asher's religious authenticity, chastising the young man for concealing his earlocks because they violate his conception of the artist». Così D. WALDEN, *Daedalus Redeemed: Asher Lev's Journey from Rebellion to Rapprochement,* In *Chaim Potok: Confronting Modernity Through the Lens of Tradition,* cit., 61.

Con il tempo, anche Rivkeh si trasferisce a Vienna per ricongiungersi con Aryeh, mentre Asher decide di rimanere a New York, trovando supporto nello zio Yzchok: cresce così il distacco del giovane Lev dai suoi genitori, incapaci di comprendere la sua necessità di esprimersi attraverso un'arte che contraddice le loro convinzioni religiose. Tuttavia, il Rebbe continua a offrirgli la sua benedizione, augurandogli grandezza sia nel mondo dell'arte che nella sua comunità.

Dopo intensi mesi di studio, anche Asher si trasferisce in Europa: ma non per ricongiungersi ai suoi genitori. Egli decide di intraprendere una formazione artistica completa immergendosi nello studio dei grandi maestri e trovando una risoluzione interiore nel riconoscere che il suo talento artistico è un mezzo per trasformare il dolore umano in bellezza, un ponte tra il mondo interiore e quello esterno. Questo periodo è caratterizzato da un intenso studio e reinterpretazione delle opere dei grandi maestri, che lo influenzano profondamente sia a livello tecnico che emotivo. In particolare, davanti alla "Pietà" di Michelangelo, Asher percepisce intensamente il dolore e la pena scolpiti nella pietra, ricollegandoli al tormento vissuto dalla madre, divisa tra l'amore per lui e per il padre.

Il confronto con l'opera di Michelangelo, così intrisa di sofferenza e bellezza, porta Asher a riflettere sul sacrificio materno e sul ruolo dell'arte come mezzo per esprimere le emozioni più profonde e complesse. La "Pietà" lo attraversa come un grido, facendogli rivivere il dolore della madre, sempre in bilico tra due mondi di significato, sostenendo sia lui che il padre con il suo amore e il suo sacrificio. Asher comprende che il suo dono artistico, alimentato dall'amore e dal sacrificio materno, non può essere visto come malefico, ma come un mezzo per esprimere e trascendere il dolore umano. Questo periodo di crescita e maturazione artistica culmina in una fusione dei suoi ricordi personali con il dolore lacerante del Cristo sacrificato, rappresentato dalla Pietà e dalle Crocifissioni della tradizione cristiana. Nonostante queste immagini siano censurate dalla cultura ebraica, Asher non può fare a meno di sentirne il potente impatto emotivo: mentre disegna e studia le sculture, ripensa al tormento della madre, che per anni ha vissuto nell'angoscia, in bilico tra l'amore per il figlio e il marito.

Il giorno dell'inaugurazione della prima grande mostra di Asher a New York, i Lev accettano di partecipare all'evento. Si muovono tra le sale con timore, anticipando la tragedia che si compie nell'ultima sala, ove vengono mostrate con grande enfasi rappresentativa due straordinarie opere del giovane artista: si tratta di due grandi tele della crocifissione, in cui la madre è raffigurata al centro dell'opera, Asher con un pennello simile a una lancia e il padre con la ventiquattrore ai piedi della croce. Il volto della madre è diviso in due: uno sguardo verso i suoi cari, l'altro verso l'alto.

Asher dedica idealmente il dipinto a Dio, Padrone dell'Universo, mostrando l'amore di chi si sacrifica per gli altri: ma né i Lev né la comunità possono accettare una simile empietà, frutto di una manifesta e indubitabile trasgressione del diritto ebraico. I suoi genitori, umiliati e inseguiti dai giornalisti, lasciano la mostra.

Quel giorno segna la consacrazione di Asher come grande artista, ma anche la rottura con il suo mondo. Durante il sabato successivo, nella sinagoga, la comunità gli volta le spalle, e immediatamente si svolge l'ultimo incontro *yechidus* tra Asher e il Rebbe.

Asher dentro di sé ne aveva invocato l'aiuto poco prima del *vernissage*, straziato dalle prevedibili conseguenze che le tele delle crocifissioni avrebbero avuto sulla sua vita. Questa volta però neppure il santo, neppure l'uomo abitato da Dio, neppure la *devekut* che egli pone a livello ermeneutico possono giovare.

> "… non sono d'accordo con coloro che credono che tutta la pittura e la scultura provengano dalla sitra achra. Io credo che doni simili provengano dal padrone dell'universo. Ma devono essere usati con saggezza, Asher.
> Ciò che hai fatto ha recato offesa. La gente è risentita. Fa domande, e io non ho risposte che potrebbe capire. Le tue donne nude mi hanno creato grosse difficoltà. Ma questa non è superabile."
> Rimase per un lungo istante in silenzio. Vedevo i suoi occhi scuri nell'ombra proiettata dalla tesa del cappello.
> Poi disse: "Devo chiederti di non continuare a vivere qui, Asher Lev. Devo chiederti di andare via. Non va bene che tu resti qui. Qui sei troppo vicino alle persone che ami. Non ti capiscono. Le ferisci e le esasperi… Asher Lev, hai attraversato un confine. Non posso aiutarti. Sei solo ora. Ti do la mia benedizione"[10].

Il conflitto non può più essere composto, perché il limite imposto tempo prima dal Rebbe è stato irrimediabilmente violato[11].

3. *Arte e diritto tra (presunta) rigidità della norma ed (apparente) elasticità dell'interpretazione*

Il romanzo mette in luce vari conflitti profondi, sia personali che culturali, che Asher Lev è chiamato a fronteggiare nel corso della sua vita. Anzitutto, emerge un conflitto interiore di natura esistenziale e artistica: Asher è tormen-

[10] C. Potok, *Il mio nome è Asher Lev,* Milano, 2008 (1972), 310.

[11] D. Walden, *Daedalus Redeemed: Asher Lev's Journey from Rebellion to Rapprochement,* In *Chaim Potok: Confronting Modernity Through the Lens of Tradition,* cit., 58 s.

tato dal dubbio se il suo talento per l'arte sia un dono divino o un'insidia del regno delle tenebre. Questo dilemma lo conduce a una profonda riflessione sulla moralità del suo talento e sulla liceità di creare arte senza una piena consapevolezza del suo significato e del suo impatto sullo spettatore.

Parallelamente, si sviluppa un conflitto familiare che si manifesta attraverso la relazione complicata con il padre, Aryeh Lev, un devoto servitore del Rebbe e custode delle tradizioni religiose: Aryeh guarda con sospetto il talento artistico del figlio, vedendolo in contrasto con i valori della loro fede, e sotto certi aspetti «Aryeh Lev would sacrifice his son's art and bind him to God's service. However, the paternal willingness to metaphorically play the Abrahamic role was not matched by Asher's filial assumption of the Isaac role»[12]. La madre, Rivkeh, pur comprendendo la necessità di Asher di esprimersi attraverso l'arte, è segnata dal trauma della perdita del fratello e cerca di bilanciare il supporto per il figlio con le rigide aspettative religiose e familiari.

Tuttavia, il conflitto che più prepotentemente si pone di fronte alla lettura del giurista è quello culturale e religioso. La comunità chassidica di cui la famiglia Lev fa parte è una società con regole rigorose e una profonda reticenza verso certe forme di espressione artistica, specialmente quelle che includono nudi o temi cristiani: questa cultura, intrisa di un profondo senso di devozione e conformità, vede l'arte non solo come un'attività sospetta ma anche come potenzialmente blasfema, in grado di deviare i membri dalla via della rettitudine spirituale.

Asher, dotato di un talento innato e irresistibile per il disegno e la pittura, si trova in un contrasto costante con le norme e le aspettative della sua comunità: la sua attrazione per l'arte, e in particolare per l'arte cristiana, lo mette in una posizione delicata e controversa, giacché la tradizione chassidica Ladover, con le sue radici profonde in un'interpretazione rigorosa del diritto ebraico, non comprende e non accetta facilmente l'espressione artistica che si discosta dai canoni religiosi e che possa, anche astrattamente ed eventualmente, violare il dettato di Esodo 20:4-5 il giovane artista è così costretto a navigare tra due mondi: quello della sua vocazione artistica e quello della sua fede ebraica.

3.1. *La rigidità (apparente) della norma…*

L'Esodo, uno dei cinque libri della Torah, contiene alcuni precetti fondamentali dell'ebraismo: tra questi, quelli enunciati nel capitolo 20 a versetti 4-5 sono particolarmente significativi per la vicenda di Asher, perché proibiscono la creazione di immagini scolpite e rappresentazioni visive di qualsiasi cosa

[12] D. Walden, *Daedalus Redeemed: Asher Lev's Journey from Rebellion to Rapprochement,* In *Chaim Potok: Confronting Modernity Through the Lens of Tradition,* cit., 64.

esista in cielo, sulla terra, o nelle acque sotto la terra. Questo comandamento non solo rafforza il concetto di un Dio unico e invisibile, ma serve anche a preservare la purezza del culto monoteistico: in un contesto storico in cui le nazioni circostanti veneravano molteplici divinità rappresentate da idoli, Israele doveva distinguersi come il popolo che adorava un unico Dio trascendente e infinito. Questo divieto ha implicazioni profonde per Asher Lev, la cui arte e talento lo spingono a creare immagini che possono essere viste come una violazione diretta di questo comandamento fondamentale.

Esodo 20:4 recita nel testo ebraico: «לֹא תַעֲשֶׂה לְךָ פֶסֶל כָּל־תְּמוּנָה אֲשֶׁר בַּשָּׁמַיִם מִמַּעַל וַאֲשֶׁר בָּאָרֶץ מִתָּחַת וַאֲשֶׁר בַּמַּיִם מִתַּחַת לָאָרֶץ», che si traduce come: «Non farti scultura, né immagine alcuna delle cose che sono lassù nel cielo, né di quelle che sono quaggiù sulla terra, né di quelle che sono nelle acque sotto la terra»: nel corso dei secoli, i giuristi hanno discusso se il divieto riguardasse tutte le forme d'arte grafica o visuale, oppure se esso fosse limitato specificamente alle immagini utilizzate per il culto idolatrico. La Mishnah (Avodah Zarah 3:1)[13] discute la questione delle immagini e degli idoli, proibendo chiaramente la creazione di immagini per il culto idolatrico: tuttavia, il trattato non vieta esplicitamente la creazione di immagini per scopi decorativi o educativi. Questa interpretazione è evidente nel Talmud, laddove i rabbini discutono le implicazioni pratiche del secondo comandamento: il Talmud babilonese (Avodah Zarah 43b) afferma esplicitamente che la creazione di immagini è vietata solo se queste sono destinate al culto idolatrico[14].

Proprio alla luce di queste considerazioni, la tradizione ebraica ha permesso diverse forme d'arte grafica, purché esse non siano utilizzate per scopi idolatrici. Ad esempio, l'arte calligrafica ebraica ha una lunga storia di decorazione di testi sacri, come la Torah e i manoscritti religiosi, con intricate decorazioni e illustrazioni non figurative. Inoltre, esempi di arte figurativa esistono in contesti ebraici storici, come i mosaici delle antiche sinagoghe di Beit Alpha e Dura-Europos, che presentano scene bibliche e simboli ebraici. ritenute perfettamente legittime perché servivano scopi educativi e culturali, non cultuali[15].

Nel contesto della pittura, secondo un'interpretazione che potremmo definire "progressista", la Halakhah non proibisce agli ebrei di dipingere, a condizione che la pittura non rappresenti immagini idolatriche: l'arte può essere un mezzo per esprimere la bellezza del mondo creato da Dio, per educare e per decorare. Infatti, artisti ebrei come Marc Chagall hanno creato

[13] Cfr. *Jewish Texts on the Visual Arts,* Edited With Commentary by Vivian B. Mann, Cambridge, 2000, 23.

[14] M. Halbertal, A. Margalit, *Idolatry,* Cambridge, 1992, 37-66.

[15] I.L. Levine, *Jewish collective memory in late antiquity. Issues in the interpretation of Jewish art.*, in G. Gardner & K.L. Osterloh (Eds.), *Antiquity in Antiquity,* Tübingen, 2008, 232 ss.

opere d'arte profondamente influenzate dalla loro eredità e cultura ebraica, senza violare i precetti religiosi, integrando elementi della tradizione ebraica con un linguaggio artistico moderno e dimostrando come l'arte possa essere un potente mezzo di espressione culturale e spirituale senza trasgredire le leggi religiose[16].

Un altro esempio significativo di come l'arte ebraica abbia navigato tra le proibizioni e l'espressione creativa è fornito dal divieto di fare statue destinate all'adorazione, sottolineando che anche se la persona che le crea non le adora, la mera fabbricazione è proibita per evitare il rischio di idolatria. Questo punto di vista, condiviso da Maimonide, viene però controbilanciato dall'opinione di Rabbi Sforno, che limita il divieto alla creazione di idoli con l'intenzione di adorarli[17].

Maimonide, nel suo *Mishneh Torah*, afferma che il comandamento vieta non solo la creazione di idoli per l'adorazione, ma anche qualsiasi rappresentazione che potrebbe essere utilizzata a scopo di culto idolatrico. Egli sottolinea l'importanza di mantenere una concezione di Dio che sia assolutamente trascendente e non limitata dalle forme materiali[18]. Rabbi Samson Raphael Hirsch, nel XIX secolo, ha riconosciuto che le rappresentazioni figurative non sono intrinsecamente negative, ma ha sottolineato che l'arte deve servire come mezzo per elevare l'anima e riflettere la bellezza della creazione divina, piuttosto che come un fine in sé[19].

Kalman Bland[20] sostiene che visione aniconica dell'ebraismo è stata amplificata e distorta da interpretazioni fallaci di Esodo 20:4-5, le quali hanno trascurato le sfumature e la realtà storica delle pratiche artistiche ebraiche: il Secondo Comandamento vieta infatti specificamente la creazione di immagini scolpite a cui viene attribuito un potere divino, non tutte le forme di rappresentazione artistica. Bland utilizza testi rabbinici per sostenere che l'interpretazione di questo divieto è stata storicamente più sfumata di quanto comunemente si pensi, contraddicendo così le tesi di Margaret Olin, la quale afferma che

[16] A. Kampf, *Chagall to Kitaj: Jewish experience in twentieth-century art,* London, 1990, 35 ss.

[17] M. Raphael, *"Judaism and Visual Art." Oxford Research Encyclopedia of Religion*. 5 Apr. 2016; https://oxfordre.com/religion/view/10.1093/acrefore/9780199340378.001.0001/acrefore-9780199340378-e-98

[18] K. Seeskin, *No Other Gods: The Modern Struggle Against Idolatry*, West Orange, 1995, 17 ss.

[19] L. Batnitzky, *Idolatry and Representation: The Philosophy of Franz Rosenzweig Reconsidered*, Princeton, 2000, 125 ss.

[20] K.P. Bland, *The Artless Jew: Medieval and Modern Affirmations and Denials of the Visual,* Princeton, 2000.

"l'arte ebraica" è in gran parte un mito[21]. Bland, invece, propone una teoria totalmente opposta: l'arte ebraica è viva e sviluppata dagli inizi della vicenda del popolo di Giuda, ma essa è stata sostanzialmente ignorata o sottovalutata dalla critica e storiografia mainstream. L'arte ebraica si è sviluppata principalmente attraverso mezzi non figurativi, come la calligrafia, la decorazione dei manoscritti e i motivi geometrici e floreali: inoltre gli artisti ebrei hanno utilizzato la calligrafia per decorare testi sacri, come la Torah, la Megillah e altri manoscritti religiosi, spesso con intricate decorazioni e disegni astratti. I motivi geometrici e floreali, peraltro, sono stati utilizzati in una varietà di contesti, dalla decorazione di sinagoghe e oggetti rituali alla creazione di arte decorativa e artigianale: questi disegni non solo abbelliscono gli oggetti, ma spesso contengono significati simbolici profondi.

Questo sviluppo non ha condotto l'ebraismo verso l'aniconismo, ma ha sollevato evidentemente una questione-cardine posta in luce dal Mettinger: l'aniconismo israelita non è una semplice avversione all'immaginario figurativo, ma piuttosto una "strategia di sostituzione" in cui alcune immagini della divinità sono proibite e/o distrutte in favore di altre iconografie[22].

Mettinger distingue tra rappresentazioni accettabili e inaccettabili: teoria che si fonda sulla distinzione tra i segni iconici (che somigliano al loro referente), i segni indicali (che indicano il loro referente tramite associazioni causali) e i segni convenzionali (che significano tramite un codice culturale), chiarendo che le uniche rappresentazioni proibite nella religione israelita sono i segni iconici, ossia le immagini che cercano di somigliare alla divinità in modo naturalistico, poiché si teme che un segno iconico potesse essere visto come una manifestazione della presenza di Yahweh, non solo come una sua rappresentazione, e nello stesso tempo tale segno portare a una concezione errata di Dio, offrendo un'immagine scorretta o inappropriata della divinità. Al contrario, i segni indicali e convenzionali sono permessi[23].

Queste considerazioni si collegano all'esegesi di Rabbi Joseph Caro nello *Shulchan Aruch*[24]. Caro aderisce al principio dell'hiddur mitzvah, secondo cui gli ebrei dovrebbero migliorare esteticamente l'esecuzione di una mitzvah usando oggetti rituali belli. Tuttavia, nel Capitolo 141, "Leggi su Immagini e

[21] M. Olin, *The Nation without Art: Examining Modern Discourses on Jewish Art,* Lincoln, 2001.

[22] T.N.D. Mettinger, *No Graven Image? Israelite Aniconism in its Ancient Eastern Context, S*tockholm, 1995, 18 ss.

[23] T.N.D. Mettinger, *No Graven Image? Israelite Aniconism in its Ancient Eastern Context, S*tockholm, 1995, 21-25.

[24] M. Raphael, *The creation of beauty by its destruction. The idoloclastic aesthetic in modern and contemporary Jewish art,* in *Approaching Religion*, 6, 2, 2016, 15 ss.

Forme," Caro riflette l'estetica dell'incompiutezza presente nelle interpretazioni del rabbino del XII secolo Ephraim di Regensburg. Ephraim permetteva dipinti bidimensionali di figure umane purché non raffigurassero volti umani e rispettassero l'estetica della distorsione, usando elementi come teste di uccelli o volti vuoti.

Caro afferma che le rappresentazioni di entità divine, naturali e mitiche possono essere fatte solo se le immagini sono incomplete. Le immagini di volti, dove si manifesta l'immagine di Dio, devono essere parziali, sfigurate o rotte per essere accettabili, evitando qualsiasi forma che potrebbe condurre all'idolatria o distrarre dalla devozione a Dio: ed è evidente che è da questa rigidità interpretativa che derivano le perplessità di Aryeh, della comunità (quando si sente "provocata" dal disegno di Asher) e dello stesso giovane Lev quando questi si chiede se il dono che ha ricevuto è intrinsecamente "buono" ovvero ontologicamente "perverso".

Nel contesto della cultura chassidica, in cui l'appartenenza alla comunità si dimostra vivendo – con una forte partecipazione emotiva – l'adesione alle leggi e alle tradizioni ebraiche ed enfatizzando l'importanza della modestia e della purezza spirituale, Asher – con il suo interesse per i nudi artistici e i temi artistici cristiani – genera preoccupazione e scandalo tra i membri della sua comunità.

La tensione tra il bisogno di Asher di esprimersi liberamente attraverso l'arte e la rigida interpretazione della norma giuridica accolta della sua comunità di appartenenza crea nell'artista un profondo conflitto interiore. Da una parte il giovane Lev sente un'irresistibile spinta a creare, a utilizzare il suo dono per esplorare e rappresentare il mondo attraverso il disegno e la pittura. Dall'altra, è consapevole delle restrizioni imposte dalla sua fede e della disapprovazione che le sue scelte artistiche suscitano tra i suoi familiari e i membri della comunità.

Il confronto con l'arte cristiana aggiunge un ulteriore strato di complessità al suo conflitto. Le opere d'arte cristiana, con le loro rappresentazioni potenti e spesso drammatiche della sofferenza e della redenzione, toccano corde profonde nell'animo di Asher. Sebbene queste immagini siano censurate e spesso condannate dalla cultura ebraica osservante, Asher non può fare a meno di sentirne il potente impatto emotivo: questo lo porta a interrogarsi sulla natura stessa del suo talento e sul ruolo dell'arte nella sua vita e nella sua identità ebraica.

3.2 *… e l'(apparente) elasticità dell'interpretazione*

Il conflitto culturale e religioso è ulteriormente complicato dal rapporto di Asher con il suo mentore, Jacob Kahn, e con il Rebbe. Kahn, pur essendo un

artista di grande fama, sfida apertamente le norme religiose e incoraggia Asher a fare lo stesso, a seguire la sua verità artistica senza compromessi: il Rebbe rappresenta l'autorità spirituale e morale della comunità, e la sua decisione di sostenere Asher, nonostante le potenziali contraddizioni con le leggi religiose, rappresenta apparentemente un atto di grande saggezza e apertura, che deriva dal riconoscimento del talento di Asher come dono unico che non può essere ignorato o represso senza causare un grave danno all'anima del giovane artista.

Il Rebbe, con tutta evidenza, si pone nel caso di Asher il problema di un'interpretazione della norma religiosa che sappia equilibrare la rigidità del divieto con le peculiarità del cammino spirituale del giovane pittore: egli decide dunque di stare davanti alla realtà singolare e unica di Asher interpretando il diritto religioso con *Devekut* e *Bitul ha-Yesh*: Questi concetti chassidici di comunione con Dio e negazione dell'esistente influenzano il modo in cui il Rebbe vede il talento artistico di Asher: la devozione personale (*Devekut*) e la capacità di vedere oltre le apparenze (*Bitul ha-yesh*) permettono al Rebbe di riconoscere il potenziale spirituale nell'arte di Asher, vedendola come un mezzo per avvicinarsi a Dio.

Quanto a Devekut (תוקבד), che significa "adesione" o "attaccamento", occorre ricordare che si tratta di uno dei concetti fondamentali del chassidismo[25]. Esso implica una comunione costante e profonda con Dio, in cui l'individuo cerca di mantenere una consapevolezza ininterrotta della presenza divina: in altre parole, non è semplicemente uno stato di preghiera o meditazione, ma un modo di vivere quotidiano, giacché ogni azione, dalla più banale alla più sacra, è vista come un'opportunità per connettersi con Dio e per infondere la vita quotidiana con spiritualità.

Il fondatore del chassidismo, Baal Shem Tov, enfatizza il fatto che *Devekut* richiede una devozione totale e una costante consapevolezza della presenza divina, trasformando ogni momento della vita in un'opportunità di connessione con Dio, enfatizzando la simpatia umana e traducendosi in un approccio più compassionevole e comprensivo nell'applicazione delle norme religiose. Chi è in stato di *Devekut* percepisce l'immagine divina in ogni persona, promuovendo così interpretazioni che rispettano la dignità e il valore di ogni individuo ed un equilibrio tra diversi stati di coscienza e consapevolezza che cerca di mantenere la fedeltà ai principi fondamentali della fede senza cadere in interpretazioni rigide ed esclusive[26].

[25] G. Anello, *L'uomo abitato da Dio. Chassidismo e giustizia,* cit., 54 s.

[26] A.L. Glazer, *Touching God: Vertigo, Exactitude, and Degrees of Devekut in the Contemporary Nondual Jewish Mysticism of R. Yitzhaq Maier Morgenstern*, in *The Journal of Jewish Thought and Philosophy* 2, 2011, spec. 185 ss.

Il Rebbe riconosce l'importanza della legge ma anche la necessità di adattarla alle circostanze specifiche delle persone incoraggia una visione non dualistica della realtà, dove il divino permea ogni aspetto dell'esistenza: le norme religiose vengono così viste come strumenti per avvicinare le persone a Dio e tra di loro, piuttosto che per escludere o separare. *Devekut* sembra ispirare al Rebbe una creatività nell'applicazione della legge religiosa sulla riproduzione artistica di immagini: questa creatività si manifesta nell'adattamento delle norme esistenti ai contesti contemporanei e alle nuove sfide, mantenendo viva la tradizione ma anche rispondendo ai bisogni attuali. In altre parole, le norme religiose non sono viste come statiche e immutabili, ma come vive e in evoluzione, capaci di rispondere alle trasformazioni sociali e culturali.

Per ciò che concerne *Bitul ha-Yesh* (שיה לוטיב), traducibile come "annullamento dell'esistenza", occorre ricordare che ci troviamo di fronte ad un altro concetto chiave del chassidismo, il quale implica il riconoscimento che l'io individuale, con i suoi desideri e ambizioni, deve essere superato per permettere l'affiorare della realtà divina. Il processo di *Bitul ha-Yesh* comporta la negazione dell'auto-importanza e dell'orgoglio, favorendo l'umiltà e la sottomissione alla volontà divina. "*Bitul ha-Yesh*" significa quindi la totale auto-negazione. L'ego, in tutte le sue forme, deve essere annullato poiché non ha posto nella consapevolezza dell'onnipresenza divina. Certo, chi all'interno della comunità si trova a ricoprire posizioni di *leadership* gode di un prestigio e di una dignità che devono essere preservate: ma ciò deve avvenire sempre nel contesto del servizio a Dio, come è scritto: «Il suo cuore era fiero nelle vie del Signore» (II Cronache 17:6). Non si tratta di un prestigio volto all'auto-glorificazione, ma al rispetto della volontà di Dio[27].

Il Rebbe sembra utilizzare il concetto di *Bitul ha-Yesh* per superare un approccio rigoroso e strettamente letterale alla legge religiosa che potrebbe essere influenzato da un egoismo o da un attaccamento personale alle norme: annullando il proprio ego e le proprie inclinazioni personali, il Rebbe evita di cadere nella trappola di interpretare la legge in modo rigidamente letterale o egoistico. In realtà, come argomenteremo più avanti, se è vero che *Bitul ha-Yesh* consente al Rebbe di vedere oltre le apparenze superficiali del talento artistico di Asher, riconoscendo il suo potenziale spirituale e il modo in cui l'arte può essere un mezzo per avvicinarsi a Dio, è altrettanto vero che l'autorità esercita il suo potere nel contesto di un'idea di libertà morale sempre condizionata al rigido rispetto di una normatività imposta e non dialogicamente costruita, diretta a limitare l'espressione artistica: il problema non è il rigorismo ermeneutico, ma

[27] J. Baumgarten, *Vilna, entre ultraorthodoxie et modernité (XVIIIe-XIXe siècle),* in *Revue germanique internationale* 11, 2010, http://rgi.revues.org/297; DOI: 10.4000/rgi.297, 70 ss.

l'apertura alla libertà di Asher che non è mai dialogica, ma sempre autoritativamente determinata.

Per questo il Rebbe non può evitare la tragedia. L'unione di *Devekut* e *Bitul ha-Yesh* non riesce a scongiurare un atto di (percepita) empietà che il giovane artista compie non per trasgredire la legge, ma per compiere fino in fondo la sua dimensione creativa: nello stesso tempo il cuore puro di Asher non basta a salvare la situazione, perché l'atto viene percepito come empio oltre ogni possibile soglia di tollerabilità, rendendo inutile ogni interpretazione benigna della regola per ontologica e strutturale impossibilità di quest'ultima di adattarsi al caso concreto preservando il rapporto tra individuo e comunità. Siamo di fronte ad un oltre che rende fallimentare l'intervento mediatore dell'uomo abitato da Dio.

4. *Rileggere il fallimento della composizione del conflitto nella prospettiva del costruttivismo etico*

Il fallimento della strategia di composizione del conflitto ideata dal Rebbe si deve a diverse cause concomitanti: si possono chiamare in causa la testardaggine di Asher nell'incaponirsi su raffigurazioni che sono fonte di scandalo per i genitori o la collettività, ma anche la rigidità di Aryeh e di tutta la comunità di fronte a quella che è un'espressione artistica che deriva dal desiderio di utilizzare un tema classico dell'arte occidentale per rappresentare una realtà completamente diversa. Per provare a immaginare una diversa possibilità di stare davanti al pesantissimo contrasto tra Asher e le regole del chassidismo può essere utile utilizzare la prospettiva del costruttivismo etico: prospettiva che può rivelarsi ricca di spunti di riflessione, dal momento che tale teoria sostiene che le verità normative e morali non esistono indipendentemente dalla nostra capacità di ragionare, ma emergono come il risultato di un processo di deliberazione razionale. In altre parole, le verità morali sono create attraverso l'uso corretto della ragione piuttosto che essere scoperte come fatti indipendenti[28].

Il costruttivismo è un metodo di giustificazione razionale che spiega l'oggettività e la normatività delle ragioni come proprietà che emergono da attività di 'costruzione'. Questo significa che le ragioni per cui consideriamo qualcosa giusto o sbagliato, vero o falso, non possono essere giustificate in modo meramente autoritativo, ma sono il risultato di un processo logico e discorsivo cui vari agenti partecipano attivamente. Durante questa attività di costruzione, gli agenti coinvolti utilizzano certi metodi e materiali di partenza per arrivare a

[28] Si farà riferimento principalmente a C. Bagnoli, *Ethical Constructivism*, Cambridge, 2022; C. Bagnoli, *Practical Knowledge, Equal Standing, and Proper Reliance on Others,* in *Theoria,* 6, 2020, 821 ss.

conclusioni che hanno un valore normativo: in altre parole, è attraverso l'interazione, la negoziazione e l'applicazione di regole condivise che si formano le norme che guidano il nostro comportamento e il nostro pensiero.

Ora, il romanzo di Potok si erge chiaramente su un piano meta-normativo, offrendo una profonda riflessione sui conflitti di confine che rappresentano al contempo crisi personali e crisi dell'oggettività normativa. Tale prospettiva può dischiudere nuove vie di comprensione del costruttivismo etico e del significato delle norme nella formazione di una comunità.

Se si prova ad applicare il costruttivismo etico alla vicenda di Asher Lev, e facile notare come – in questo caso – gli agenti della costruzione includono Dio come legislatore supremo, i rabbini e i giuristi come interpreti delle leggi religiose, e il Rebbe, guida spirituale della comunità, incaricato del ruolo di calare l'interpretazione all'interno del tessuto sociale al fine di prevenire e risolvere i conflitti. Il metodo di costruzione è quello del compromesso autoritativo: e il Rebbe a bilanciare la vocazione artistica di Asher con le aspettative della comunità e della famiglia, cercando di garantire che il giovane artista continui a coltivare i suoi talenti – permettendo il riconoscimento comunitario dell'arte di Lev e consentendo a quest'ultimo di perfezionare l'esperienza di esplorazione della sua identità personale attraverso l'espressione artistica – attraverso la costruzione non dialogica di un percorso etico fondato sul rispetto obbligato di alcune norme. Il fatto che la costruzione sia non dialogica e si esprima secondo autoritaria pare assolutamente in sintonia con le peculiarità del diritto ebraico – che fonda la sua normatività sul dato del diritto divino rivelato – all'interno di una comunità – qual è quella dei *Chassidim* – che vede nella norma uno strumento diretto al raggiungimento della santità. Eppure sono necessarie alcune considerazioni su questo punto. Innanzitutto, il costruttivismo etico non nega l'importanza delle tradizioni e delle norme religiose, ma propone che queste siano giustificate attraverso un processo di ragionamento che possa essere compreso e accettato dai membri della comunità. Questo significa che, anche all'interno di un contesto fortemente improntato al primato del diritto divino, come quello chassidico, ci può essere spazio per un dialogo razionale che tenga conto delle esigenze individuali senza compromettere l'integrità delle norme religiose.

Inoltre, il costruttivismo etico enfatizza il riconoscimento reciproco e il rispetto delle diverse prospettive. Questo comporta un test assolutamente decisivo di rispondenza dell'autorità ai principi della razionalità, poiché parte dall'assunto che non possa esistere un esercizio di potere legittimo laddove non esista una verifica, attraverso il ragionamento, della soluzione proposta per la risoluzione del conflitto. Se questa verifica manca il conflitto non è risolto autoritativamente secondo principi di ragione, ma autoritariamente secondo una verità imposta.

Come sottolinea Carla Bagnoli, il costruttivismo etico cerca di fornire una base oggettiva per le obbligazioni morali, radicandole nella razionalità umana piuttosto che nelle convenzioni culturali o nelle intuizioni. L'oggettività morale è vista come un compito pratico che coinvolge la deliberazione razionale e il raggiungimento di un consenso tra agenti razionali, che è ottenuto attraverso il rispetto di regole formali di ragionamento, come il principio di universalità kantiano, che richiede che le ragioni siano accettabili per tutti gli agenti razionali[29].

Le peculiarità sociali di comunità come quella dei *Chassidim*, governate da norme religiose interpretate autoritativamente, sono centrali per comprendere come le ragioni morali siano ineluttabili. Il costruttivismo etico riconosce infatti che gli standard morali e razionali possono variare a seconda delle circostanze storiche e social: tuttavia, Bagnoli argomenta che, nonostante questa contingenza, esiste un nucleo comune di principi morali che possono essere riconosciuti universalmente attraverso la deliberazione razionale. Questo significa che, anche in contesti altamente normativi come quello dei Chassidim, dove le norme religiose sono interpretate autoritativamente, è possibile individuare principi morali condivisi. Questi principi emergono dalla capacità degli agenti di ragionare e deliberare moralmente, indipendentemente dalle specifiche tradizioni o interpretazioni locali.

Il costruttivismo etico enfatizza dunque l'importanza delle pratiche sociali di deliberazione razionale come mezzo per costruire e giustificare le verità normative: la ragione pratica richiede interazione sociale e riconoscimento reciproco, strutturandosi attraverso il dialogo, il confronto critico e il processo decisionale condiviso, che aiutano a costruire un consenso su principi morali condivisi[30].

[29] C. Bagnoli, *Ethical Constructivism*, cit., spec. 6 ss.

[30] C. Bagnoli, *Ethical Constructivism*, cit., spec. 29 e 62 ss. È peraltro imperativo fare riferimento alla teoria di Rawls (1980), il quale postula che il costruttivismo è un metodo per edificare principi morali basati su condizioni di razionalità e giustizia. Il costruttivismo politico di Rawls è peraltro politico, poiché non si limita alla mera giustificazione etica o meta-etica dei principi morali, ma si dedica alla costruzione di principi di giustizia destinati a regolare le istituzioni sociali e politiche.

John Rawls sviluppa ulteriormente l'approccio costruttivista, adottando la metafora della costruzione per illustrare l'attività stessa della ragione, che è governata da una norma formale: il requisito di universalità. Secondo Rawls, gli agenti razionali possono concordare su quali azioni intraprendere anche se hanno interessi diversi e concezioni contrastanti di ciò che costituisce una vita buona. La norma di universalità funge da principio costitutivo della ragione pratica e della costituzione del sé per gli agenti razionali. Così J. Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory: The Dewey Lectures,* in *Journal of Philosophy,* 77,1980, 515-72. Vedi anche C. Bagnoli, *Ethical Constructivism*, cit., spec. 4 ss.

Nel costruttivismo etico, il riconoscimento reciproco e lo standing eguale sono fondamentali per il processo di deliberazione razionale: gli agenti devono essere trattati con uguale rispetto e considerazione, e le loro ragioni devono essere ascoltate e valutate equamente. Questo riconoscimento reciproco è essenziale per costruire un'autorità morale legittima e giustificata, poiché l'autorità morale nel costruttivismo etico non è imposta unilateralmente, ma è costruita attraverso un processo di deliberazione razionale che coinvolge tutti gli agenti come partecipanti eguali. Ciò implica che l'autorità deve essere giustificata attraverso ragioni che possono essere comprese e accettate da tutti: per Bagnoli, l'autorità degli obblighi morali è intrinseca alla razionalità, il che significa che le norme non dipendono da fattori esterni o contingenti, ma sono costitutive dell'agenzia razionale stessa. In altre parole, l'autorità morale non deriva da un'adesione a norme esterne, ma dalla struttura stessa della razionalità pratica[31]: questa concezione kantiana dell'autorità evita l'arbitrarietà, poiché le norme morali sono giustificate attraverso un processo di ragionamento accessibile e vincolante per tutti gli agenti razionali.

Ora, se si applica al caso di Asher Lev il modello costruttivista, è del tutto evidente che il fallimento non si spiega con l'incapacità del compromesso trovato dal Rebbe di reggere di fronte alla realtà della vocazione artistica di Asher o – capovolgendo il discorso – con l'impossibilità ontologica di scendere a compromessi che anima il talento del giovane artista: il problema è la stessa figura del Rebbe, che è parte integrante e costitutiva di un gruppo religioso estremista, e che dunque – come tale tende a percepire un'eccessiva rinegoziazione del rapporto tra arte e *Halakhah* come un attacco alla struttura e ai valori fondamentali dell'ebraismo.

Secondo Bagnoli, l'estremismo religioso si caratterizza per la coercizione della verità normativa, in cui l'autorità religiosa si sente in diritto di imporre le sue credenze sugli altri, ritenendo di avere accesso a una verità superiore. Nel caso di Asher, il Rebbe e la comunità chassidica agiscono come se avessero un accesso privilegiato alla verità religiosa, imponendo restrizioni severe sull'espressione artistica di Asher.

Questo modo di concepire la composizione dei conflitti è in contrasto strutturale con il costruttivismo etico, il quale enfatizza l'importanza della deliberazione razionale come mezzo per costruire e giustificare le verità normative, attraverso un processo in cui tutte le parti coinvolte dovrebbero avere la possibilità di esprimere e giustificare le proprie ragioni in un dialogo aperto e rispettoso. Applicato al caso di Asher Lev, ciò suggerisce in primo luogo che

[31] C. Bagnoli, *Authority as a contingency plan*, in *Philosophical Explorations*, 2019, 2, 130-145.

non solo il Rebbe, ma anche la comunità dovrebbe impegnarsi in un dialogo con Asher per comprendere le sue motivazioni artistiche e cercare di trovare un compromesso che rispetti sia le norme religiose che l'autonomia artistica: ma questo aspetto al Rebbe non solo interessa, ma è visto dall'autorità (apparentemente benigna) come uno strumento per pregiudicare la struttura e i valori fondamentali della comunità Ladover.

C'è tuttavia un'altra questione da considerare: Bagnoli argomenta che la coercizione della verità normativa da parte degli estremisti religiosi può essere vista come una forma di violenza, anche se non necessariamente fisica. Nell'ambito del romanzo, il Rebbe non esercita violenza fisica su Asher, ma la costante pressione per conformarsi alle norme religiose e la limitazione della sua espressione artistica possono essere interpretate come una forma di coercizione psicologica e morale.

Viceversa il costruttivismo etico enfatizza l'importanza dell'autonomia e della responsabilità individuale, e questo implica che Asher dovrebbe avere la possibilità di esplorare e giustificare le sue scelte artistiche in modo autonomo, senza essere soggetto a una coercizione autoritaria. Allo stesso modo, il Rebbe dovrebbe riconoscere l'autonomia di Asher e cercare di comprendere le sue motivazioni, piuttosto che imporre rigidamente dei limiti e dei confini che – pur in un clima di apparente accoglienza e benignità interpretativa – di fatto azzerano il processo di costruzione razionale e partecipata dell'esercizio del potere autoritativo.

5. *Conclusioni: costruttivismo etico e diritti religiosi*

Per cercare di rileggere la dinamica del conflitto tra Asher Lev, la sua famiglia e la comunità di cui l'artista fa parte occorre partire dalla considerazione che la relazione tra diritto e religione è complessa e multidimensionale. Le norme religiose derivano spesso da un'idea di salvezza eterna o di realizzazione intramondana del sé, legata a una moralità formale e istituzionale e non si basano solo sull'autorità, ma trovano una dimensione di normatività anche su un assenso libero e consapevole del credente a un comando che soddisfa i desideri più profondi del suo cuore.

Questo significa che gli strumenti interpretativi tradizionali usati dai giuristi e le categorie concettuali dei sistemi giuridici secolari possono essere applicati alle norme religiose solo in parte: è necessario un approccio aperto ai dati meta-giuridici che sono alla base di questa moralità istituzionalizzata e che rappresentano un presupposto logico e insopprimibile.

In ogni esperienza religiosa, indipendentemente dalla sua struttura in una società giuridicamente perfetta, c'è un mistero e un segno grafico che ne

identifica la presenza nel percorso umano[32]. La normatività non è più un attributo legato alla perfezione della dimensione giuridica, ma diventa una coincidenza tra il segno e il Mistero: la parola (intesa qui come segno grafico) governa l'atto (sacro o profana) che si collega alla dimensione dell'alterità[33]. L'esperienza normativa relazionale diventa comparabile, ma solo a condizione che venga rivalutata, o addirittura strutturata nella sua realtà teologica/vocazionale, capace di tracciare il percorso verso l'incontro con il destino dell'uomo.

Basandosi su questa logica, persino l'esperienza buddista Shingon – che notoriamente privilegia l'illuminazione rispetto alla coercizione – diventa un principio guida di normatività intesa come segno della rivelazione del Mistero e della moralità che diventa affezione. Questo punto di partenza è ovviamente discutibile, soprattutto se consideriamo le esperienze più recenti che, all'interno delle società occidentali, si auto-qualificano come religiose: tuttavia, riteniamo che questo sia un denominatore comune minimo essenziale se vogliamo stabilire uno studio comparativo delle leggi religiose.

È possibile immaginare, all'interno degli ordinamenti religiosi, una forma di prevenzione e risoluzione dei conflitti di tipo costruttivista?

Si è visto che il costruttivismo morale sostiene che i valori e le norme non sono dati oggettivi o immutabili, ma vengono costruiti attraverso le pratiche sociali e culturali degli individui. Secondo Bagnoli, la normatività è un processo dinamico e interattivo, in cui le norme emergono e si trasformano attraverso il dialogo e l'interazione tra gli individui e le loro comunità: questo approccio sottolinea l'importanza del contesto sociale e culturale nella formazione delle norme morali e giuridiche.

Questa prospettiva, applicata ai diritti religiosi, ne disvela il carattere complesso: le norme religiose, infatti, in quanto coincidenza tra segno e Mistero, non sono statiche o immutabili nella forma che le è stata imposta rigidamente dall'autorità religiosa, ma rappresentano il risultato di un processo continuo di negoziazione e reinterpretazione tra i credenti e le loro comunità per comprendere esattamente attraverso quale segno (grafico o ermeneutico) possa disvelarsi pienamente la rivelazione del Mistero nell'esperienza individuale. La secolarizzazione ha portato a una significativa trasformazione della natura delle norme religiose, evidenziando la loro mutabilità e la continua negoziazione tra i credenti e le loro comunità: questo processo di secolarizzazione comporta una trasformazione profonda nel modo in cui le disposizioni confessionali sono percepite e applicate, poiché la maggiore libertà personale che ne deriva consente agli individui di esplorare interpretazioni delle norme che risuonano

[32] J. Ries, *Il sacro nella storia religiosa dell'umanità,* Milano, 1995, 39 ss.

[33] G. Filoramo, *Che cos'*è la religione? Temi, metodi, problemi. Torino*,* 2004, 147 ss.

maggiormente con le loro esperienze e le circostanze contemporanee, portando a una diversità crescente all'interno del gruppo.

Russell Sandberg ha ben sottolineato[34] come la secolarizzazione incoraggi un processo continuo di negoziazione del contenuto concreto delle norme religiose: questo processo è influenzato da vari fattori, tra cui i cambiamenti sociali, culturali ed economici, e richiede ai gruppi confessionali di adattare le loro regole giuridiche per garantirne l'effettiva osservanza. Ad esempio, tanto le disposizioni relative al rapporto tra genere e potere quanto le norme sull'orientamento sessuale stanno venendo rinegoziate in molte comunità religiose alla luce dei movimenti per l'uguaglianza

Inoltre, la secolarizzazione promuove un contesto pluralistico in cui le norme religiose devono coesistere con le leggi secolari e le norme di altre religioni: questo richiede un adattamento continuo e una negoziazione delle disposizioni confessionali per evitare conflitti e garantire la coesione sociale. In sintesi, l'analisi di Sandberg dimostra che la secolarizzazione ha reso le norme religiose più fluide e adattabili, evidenziando la loro natura dinamica e il continuo processo di adattamento ai presupposti del costruttivismo etico. Questo dialogo crea una normatività che è al contempo personale e collettiva, radicata nel mistero e nel segno grafico che caratterizzano l'esperienza religiosa: le norme religiose, quindi, non sono semplicemente accettate passivamente dai credenti, ma sono attivamente costruite e ricostruite attraverso le loro esperienze e pratiche quotidiane.

Nel contesto della secolarizzazione delle norme religiose, Sandberg ha peraltro evidenziato la reazione dei gruppi religiosi più tradizionalisti – gruppi che potremmo definire con Carla Bagnoli come "estremisti"[35] – che spesso percepiscono questo processo come una minaccia diretta alla loro identità e coesione comunitaria. La secolarizzazione, con la sua tendenza a diminuire l'influenza delle istituzioni religiose centrali e a promuovere una maggiore libertà personale, viene vista da questi gruppi come un attacco alla struttura e ai valori fondamentali della loro fede. In risposta, le autorità dei gruppi estremisti cercano di riaffermare con maggiore forza la loro identità attraverso l'enfasi su interpretazioni non negoziabili, la promozione di una interpretazione letterale dei testi sacri, l'attribuzione di poteri altamente (se non totalmente) discrezionali all'autorità che decide i conflitti e una maggiore rigidità nell'applicazione delle norme religiose. Un aspetto significativo delle reazioni estremiste è la

[34] R. Sandberg, *A sociological perspective on the internal laws of religion,* in *Ancilla Iuris,* 2022, 85 ss.

[35] C. Bagnoli, *The Extremist Appeal to Coercive Truth,* in *Responsibility for Extreme Beliefs*, Ed by Rik Peels, New York: Oxford University Press, under contract (paper under review), cortesia dell'A.

tendenza a creare comunità più chiuse e isolate, dove le norme e i valori possono essere mantenuti senza interferenze esterne. Questo isolamento può essere fisico, come nel caso delle comunità che vivono in insediamenti separati, o culturale, attraverso pratiche educative e mediatiche che limitano l'influenza delle idee secolarizzanti. Tuttavia, la riaffermazione delle norme in prospettiva estremista non avviene senza contrasti: all'interno delle comunità religiose, emergono tensioni tra i membri più rigidi e quelli più aperti alle reinterpretazioni e agli adattamenti. E qui è decisiva l'azione dell'autorità religiosa, che può assumere un atteggiamento dialogico oppure una totale chiusura ed un rifiuto nei confronti di ogni tentativo di adattamento. Quando l'autorità religiosa sceglie la via del dialogo aperto, si facilita un ambiente in cui le norme possono evolversi e adattarsi attraverso un processo di confronto e interazione con le realtà contemporanee. Questo approccio permette alla comunità di rimanere fedele ai suoi principi fondamentali, pur adattandosi ai cambiamenti inevitabili della società. Al contrario, un atteggiamento di chiusura e rifiuto impedisce questa evoluzione, creando un ambiente statico e potenzialmente conflittuale, dove le norme rischiano di perdere rilevanza e significato per i membri della comunità, o almeno per alcuni di essi, generando – come in Asher Lev – alienazione e disadattamento. Si tratta, com'è evidente, di un'alienazione almeno in parte diversa da quella proposta dalla teoria marxista: ma su questo si tornerà in un prossimo saggio.

Mario Panebianco[*]

RIFLESSIONI "SCETTICHE" SULLA REVISIONE COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Premessa su un recente studio dell'Onorato. – 2. I "temi preliminari" fra irregolarità politica e ripristino della regolarità costituzionale. – 3 Le revisioni costituzionali fra dottrina e politica. Critica e proposte. – 4. Conclusioni scettiche.

1. *Premessa su un recente studio dell'Onorato.*

Nel più recente dibattito[1] sulla revisione costituzionale spicca uno scritto dell'Onorato[2], che offre molteplici spunti di riflessione, senza rinunciare a valutazioni di tipo deontico rispetto al contributo dato dalla classe politica ed anche dalla dottrina.

Lo studio di Prisco si chiede se questa è «la volta buona» per la modifica della Carta e risponde in termini di «scetticismo». Quest'ultimo è una caratteristica propria del costituzionalismo, nel senso che esso, derivando da rivoluzioni e lotte vittoriose, alleva almeno un sottofondo di ragione scettica e diffidente nei confronti del potere, sotto il profilo della vigilanza rispetto ai sempre possibili abusi, più o meno evidenti. Lo scetticismo è chiaro sin dal titolo scelto dall'Onorato e poi anche dalla chiusa della Premessa, la quale, dopo diversi incisi, parla del ritorno del «vecchio gioco» del «riformiamo la Costituzione».

[*] Professore di Diritto costituzionale presso il Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università degli studi di Salerno.

[1] La riflessione più estesa è in *Riforme istituzionali e forme di governo*, a cura di G. Pitruzzella, A. Poggi, F. Fabrizzi, V. Tondi della Mura, F. Vari, Torino, 2023 – l'opera contiene gli Atti del Convegno Riforme istituzionali e forme di governo. Un confronto, Roma, 17 maggio 2023 –. Inoltre: E. CHELI, *Costituzione e politica. Appunti per una nuova stagione di riforme costituzionali*, Bologna, 2023; L. DELL'ATTI, *Continuità e ambiguità della forma di governo lungo la storia costituzionale italiana: appunti brevi sull'ipotesi presidenzialista*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2023, n. 1; F. FURLAN, *Obiettivi e correttivi per un semipresidenzialismo all'italiana*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2023, n. 1; M. MALO, S. PASSIGLI, *Riforma costituzionale: le ragioni per una Assemblea Costituente (o un'Assemblea di revisione costituzionale)*, in *Astrid Rassegna*, 2023, n. 8; E. SANTORELLI, *Il prossimo tentativo di revisione della forma di governo parlamentare in Italia: da Roma verso Parigi*, in *Osservatorio Costituzionale Aic*, 2023, n. 3.

[2] S. PRISCO, *Forse la volta buona? Istruzioni scettiche per riforme costituzionali (e non solo) finalmente condivise*, in *lacostituzione.info*, 30 maggio 2023 - poi, anche in *op. cit.*, a cura di G. Pitruzzella, A. Poggi, F. Fabrizzi, V. Tondi della Mura, F. Vari, 359 ss.

Il successivo paragrafo tiene distinti due livelli, quello definito come «preliminare» e quello relativo alla modifica della forma di governo[3]. Il primo prevede di rivitalizzare la buona politica, "puntare" ancora sui partiti politici mediante alcuni correttivi, riformare la legge elettorale in senso più democratico, occuparsi dell'astensionismo crescente nelle competizioni elettorali.

La conclusione del paragrafo merita integrale citazione: «Il diritto non può sostituirsi all'innesco dei processi politici reali, ma concorrere a incentivarne alcuni e a scoraggiarne altri sì. La vera causa dell'instabilità dei governi, quando sono necessariamente di coalizione per una storia politico-costituzionale qui sì innegabile e non superabile con atti di volontà, è insomma – ecco il punto essenziale dal quale deve partire una riflessione in merito – la loro mobilità interna, perché vi operano due pulsioni opposte: quella coesiva, per prevalere sulle coalizioni avverse e quella concorrenziale nei confronti degli alleati, perché per ciascuna forza è vitale posizionarsi al meglio in attesa del prossimo appuntamento con gli elettori. Occorre allora, a tenerle insieme, una personalità capace di usare alternativamente il bastone e la carota, di esercitare insomma effettiva leadership: ma quelli si possono comprare al supermercato, questa no, giacché piuttosto emerge nel vivo del cimento».

L'Onorato finisce per riconoscere che la *leadership* di una classe dirigente è tema anch'esso preliminare e, implicitamente, che detta mancanza, come quella di altri temi preliminari, non può essere colmata se non in parte dal diritto, all'interno dei processi politici reali. Più precisamente, Prisco afferma che: «Solo a questo punto, o comunque senza dimenticare siffatto piano logicamente e nella sostanza preliminare di intervento, si potrà mettere mano a rivedere la forma di governo, ma senza il barocchismo e le superfetazioni di commissioni speciali, che in passato non ha portato fortuna e senza riconvocare una Costituente […]. L'art. 138 basta, quando si fosse raggiunto finalmente sulle priorità sostanziali un *idem sentire de Re Publica*; e se invece esso non vi fosse, di che cosa – ancora una volta vanamente convocati – parleremmo?».

2. *I "temi preliminari" fra irregolarità politica e ripristino della regolarità costituzionale*

La condivisibile impostazione merita di essere ancora seguita quando l'Autore chiede proprio ai costituzionalisti se aprire un'altra pagina di «riformi-

[3] L'Onorato sollecita una riflessione, oggi al più secondaria nel dibattito parlamentare, anche rispetto al diritto dell'emergenza, cioè « la necessità di introdurre in Costituzione un modello di gestione delle emergenze ambientali e sanitarie simile a quelli di cui del resto dispongono altre democrazie costituzionali mature a figurino parlamentare, con autonomie territoriali e funzionali costituzionalmente garantite, come è il nostro».

smo» della forma di governo, senza prima mettere mano a quel piano «pregiudiziale», cioè senza prima mettere «le cose al lor posto»[4].

La risposta non può che essere negativa.

Eppure, il dibattito politico in corso non smette di confondere i temi preliminari con la modifica vera e propria del testo costituzionale, non cessa di ritenere in concreto che i primi non hanno precedenza rispetto alla seconda.

I partiti politici all'interno ed all'esterno dell'attività parlamentare continuano a non occuparsi della perdita delle identità collettive ed individuali, della problematica identificazione del soggetto da rappresentare ovvero del "chi" o del "cosa" viene rappresentato, della fuga dalla partecipazione politica e dall'elezione dei rappresentanti ad ogni livello.

I partiti politici continuano a non privilegiare l'introduzione di una legge elettorale che reintroduca innanzitutto le preferenze da parte dell'elettore, la cui assenza, in combinato disposto con le nuove norme sul numero dei parlamentari, incrina la democrazia di base e, sotto alcuni profili, anche la partecipazione popolare alle elezioni.

I partiti all'interno ed all'esterno dell'attività parlamentare continuano a non rimettere al centro politiche di recupero del loro ruolo costituzionale, scelte correttive dell'ipercinetismo nel loro posizionamento nelle assemblee elettive e dell'atavica mancanza di assestamento e razionalizzazione del sistema partitico.

Gli ultimi profili denotano un *deficit* di irregolarità politica che pregiudica ogni scelta costituzionale e legislativa più delicata, carenza che non ha nella revisione *ex* art. 138 Cost. la strada maestra per il suo riempimento, a meno di volere demandare integralmente alla Carta repubblicana un'opera di pedagogia politico-sociale e ricostituente delle istituzioni pubbliche.

La menzionata mancanza significa anche regolarità costituzionale da ritrovare su aspetti concreti. Per tutti, il riferimento è, nell'ambito di un generale arretramento parlamentare, al giusto procedimento legislativo. Esso ha conservato poco in termini di conformità al modello costituzionale ed al principio della legge come prodotto di democrazia di base al di là del dato tecnico e della funzionalità dell'atto ad uno scopo. Il superamento di modifiche costituzionali "tacite" passa per un'azione istituzionale unitaria e coerente fatta sia di forme di autolimitazione del Governo rispetto alla decretazione di urgenza oramai sempre più fuori controllo, sia di una diversa efficacia dei controlli sulla legge esterni – capo dello Stato[5] e Corte

[4] M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023.

[5] Sul ruolo del Presidente della Repubblica nell'ambito di una strutturata leale collaborazione fra istituzioni, volendo in vista di una colegislazione precedente all'eventuale intervento

costituzionale[6] – ed interni – Presidente di Assemblea e Comitato per la legislazione –.

3. *Le revisioni costituzionali fra dottrina e politica. Critica e proposte*

Nell'ambito degli aspetti preliminari non può non rientrare anche la cultura della revisione ovvero la sensibilità di fondo dei soggetti coinvolti. La dottrina di questo scorcio di secolo cosa ha restituito all'opinione pubblica ed alla società aperta degli interpreti della Costituzione? Alcune citazioni sono necessarie.

La posizione di Pizzorusso può essere considerata un punto di partenza anche nella riflessione "scettica" oggi riproposta da Prisco e rimane per molti versi attuale.

La lettura dell'illustre Autore precede la prima revisione organica ad opera della Legge costituzionale n. 3 del 2001 e pone un bilancio del *deficit* democratico e politico già allora ben avvertito[7]. Palese è la critica alla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali – 1997 e 1998 –. Essa è ritenuta dannosa, anche nonostante il mancato seguito delle sue proposte, perché si è allontanata da una necessaria manutenzione costituzionale e perché prodotto di un dibattito confuso ed arido che, per la prima volta, assume un'ampia eco nel mondo politico e fuoriesce dalla dimensione accademica nel quale in buona parte il dibattito stesso era stato relegato. Pizzorusso critica i motivi ispiratori della Commissione, e dei precedenti Commissioni e Comitati, considerati senza radici storiche, senza un orientamento culturale ben definito e dettati da ragioni puramente "tattiche".

Il ragionamento si conclude suggerendo di restituire alle loro sedi naturali i correttivi delle altre questioni distinte dalla governabilità – invero sdoganata da Pizzorusso stesso rispetto ad una revisione organica –, cioè la materia delle fonti del diritto agli emendamenti puntuali alla Carta, le altre materie alla legislazione ordinaria ed alla modifica dei regolamenti parlamentari.

della Corte costituzionale, sia consentito rinviare a M. Panebianco, *Considerazioni minime sulla Lettera del Presidente della Repubblica ai Presidenti delle Camere e del Consiglio in occasione della promulgazione della legge di conversione del decreto-legge del 29 dicembre 2022, n. 198*, in *Consulta online*, 2023, n. 1, 280 ss.

[6] Il rapporto fra Corte costituzionale e legislatore è stato affrontato, da ultimo, in: P. Carnevale, *Tre variazioni sul tema dei rapporti fra Corte costituzionale-legislatore rappresentativo*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2023, n. 3, 1 ss.; A. Spadaro, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista Aic*, 2023, n. 2, 104 ss.

[7] A. Pizzorusso, *La Costituzione ferita*, Roma-Bari, 1999.

La più recente riflessione sui costituzionalisti e sulla classe politica ad opera di Zagrebelsky[8] evidenzia criticamente: la sostanza perduta della Costituzione e lo smarrimento dei costituzionalisti, la Costituzione diventata una somma di pareri, se non un parere persino che ci sia questa Costituzione e non un'altra, infine il rischio di un uso della Carta come un mezzo e non come il fine ultimo anche da parte degli "opinionisti".

Silvestri[9] sposta l'angolo visuale ed aggiunge altri profili sulla povertà e la complicazione linguistica dei nuovi testi costituzionali ed aggiunge che: «Ci sono forti ed espliciti segnali che si vuole di nuovo tentare l'impresa e già si preparano ulteriori, maldestri "costituenti". Una classe politica che, assieme alle ideologie, ha gettato via anche le idee continua da decenni ad addossare alla Costituzione la responsabilità dei suoi fallimenti. Sinora non ci sono riusciti, ma non è detto che la fortuna continui».

Niente può sostituire la capacità, la sensibilità e la cultura di chi revisiona le Costituzioni, ma, per utilizzare ancora le parole conclusive del ragionamento di Silvestri, «con calma e compostezza, ma anche con fermezza e determinazione, come costituzionalisti, direi ancor meglio come giuristi, dobbiamo opporci a questa barbarie, del linguaggio e dei contenuti, nella speranza di farcela anche questa volta».

In altri termini, ineludibile è il riappropriarsi da parte della dottrina all'interno della scienza giuridica di un ruolo alto. Non si tratta di un ritorno ad un'altra età migliore del costituzionalismo, né di una presa di posizione all'interno del dialogo fra scuole di pensiero. Si tratta di mettere «le cose al lor posto» a partire da un interrogativo di fondo, *ex* art. 1 Cost: quali forme e limiti sono da preservare, quelli della Carta repubblicana o quelli della Carta desiderata di volta in volta dalla classe politica e, poi, "scaricata" sulla dottrina?

Tale interrogativo è stato tralasciato, in favore di altre esigenze, cioè:

- inserire ulteriori principi – giusto processo, equilibrio di bilancio, ambiente, tutela degli animali, sport, insularità –, demandando poi all'interpretazione giudiziaria e della Corte costituzionale la definizione ed

[8] G. Zagrebelsky, *Tempi difficili per la Costituzione. Gli smarrimenti dei costituzionalisti*, Roma-Bari, 2023.

[9] G. Silvestri, *Relazione conclusiva - Relazione conclusiva al XXXVII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti "Lingua Linguaggi Diritti"*, giovedì 27, venerdì 28 e sabato 29 ottobre 2022, in *Rivista Aic*, 2023, n. 2, 14 giugno 2023, 255. In altra sede – *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, in *Enciclopedia del diritto. Potere e costituzione*, Milano, 2023, 1144 – l'Autore è, se possibile, più esplicito nel censurare «continue e spesso fantasiose proposte di riforma costituzionale» per porre rimedio alla situazione creatasi in ordine alla forma di governo italiana.

il perimetro degli stessi, oltre che l'individuazione di un ragionevole equilibrio con i principi più tradizionali;
- marcare battaglie di principio su cui è agevole trovare consenso nell'elettorato – almeno in parte, la riduzione della rappresentanza parlamentare –;
- implementare ragioni di contingenza politica – almeno in parte, la riforma del Titolo V, Parte II e le leggi costituzionali di portata organica, non approvate all'esito del *referendum* popolare –;
- correggere istituti che non hanno avuto adeguato rendimento, il che è avvenuto, in via residuale, cioè poco ed in parte, nelle leggi costituzionali di portata organica non approvate all'esito del *referendum* popolare, le quali leggi hanno superato, se non stravolto, i punti di partenza della forma di governo parlamentare.

Ciò detto, non può che convenirsi ulteriormente su un triplice approdo ben sintetizzato, cioè che: «l'insistente richiamo alla necessità di modificare la Costituzione consolida nell'opinione pubblica la convinzione della validità della premessa: che la Costituzione sia difettosa. Il circuito dell'ossessione riformatrice si alimenta in tal modo»; «L'attivazione di processi di revisione determina inevitabilmente la delegittimazione della costituzione vigente, ma una Costituzione perennemente soggetta a revisioni, compiute o meno, ampie o circoscritte, perde inesorabilmente la sua forza prescrittiva»; «Ove si ponga come indubitabile premessa l'inadeguato assetto costituzionale, ne consegue che le carenze manifestate nell'azione dei poteri pubblici potranno facilmente essere ascritte non alle inefficienze o incapacità dei singoli, né ad erronee scelte politiche, ma a difetti strutturali»[10].

Oramai è consolidato che la politica ritenga il sistema di pesi e contrappesi della forma di governo parlamentare delineato dalla Costituzione come certamente rideterminabile, se non superabile. Cosa ha detto la dottrina sul punto? La menzionata critica radicale di Zagrebelsky è sostanzialmente corretta[11]?

È innegabile che non esiste un limite esplicito a tale tipo di modifica, che la forma di governo parlamentare non è ritenuta principio supremo e che solo il popolo ha il potere di approvare o non approvare mediante un eventuale *referendum*, leggi costituzionali di riforma organica deliberate dalle Camere.

Tuttavia, la scelta di fondo dell'Assemblea costituente per quella forma di governo è diventata "la" scelta, che non può essere presentata come superabile

[10] P. Bianchi, *L'ossessione riformatrice. Alcune osservazioni sul processo di revisione costituzionale permanente*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2019, n. 2, 25-26.

[11] In senso conforme, pur con alcune precisazioni G. Azzariti, *Noi costituzionalisti. Interventi in occasione degli ottant'anni di Gustavo Zagrebelsky,* 11 gennaio 2024, in *Costituzionalismo.it*, 2023, n. 3, 40 ss.

da, o intercambiabile con, presidenzialismi, semipresidenzialismi, premierati o parti di essi, pena anche la delegittimazione di detta scelta.

La Costituzione afferma che i Governi si formano in Parlamento attraverso i rappresentanti del popolo, gli unici direttamente eletti.

Tale è il contenuto essenziale e immodificabile che definisce la forma repubblicana di cui all'art. 139 Cost., non che i Governi sono creati direttamente dal popolo.

Questa visione non preserva solo la scienza costituzionalistica da uno schiacciamento sulle dinamiche della politica.

Tale prospettiva, piuttosto: preserva la Carta come fonte del diritto, fondamento della legittimazione del potere e, in stretto collegamento, come manifesto politico, cioè in senso storico-politico[12]. Questa prospettiva, inoltre, preserva dalla perdita di senso ovvero dallo svuotamento sostanziale del patto del 1948 e della identità costituzionale parlamentare. Tale visione non pare impeditiva in sé, ma valorizza una manutenzione della Parte II della Carta che superi malfunzionamenti, permetta innovazioni, ma precluda deformazioni tese ad introdurre altri principi di organizzazione, oppure a soddisfare altre esigenze ancor meno legittime.

Ciò precisato, e ritornando al merito, il pensiero di Prisco sollecita una riflessione anche sul rafforzamento del Presidente del Consiglio. Tale profilo è ritenuto un terreno su cui convergere in maniera più ampia, almeno alla luce del sentire oramai comune della dottrina.

Sul punto non sfugge un duplice aspetto, a Costituzione invariata.

Il primo riguarda il già avvenuto rafforzamento, prima in ragione del riformato Titolo V, Parte II Cost., da ultimo a causa della pandemia e del Piano nazionale di ripresa e resilienza, come ben colto da autorevole dottrina[13]. Essa pone in risalto da un lato, la "verticalizzazione" del potere di governo nella gestione della cosa pubblica, dall'altro il ruolo preminente del Presidente del Consiglio nella complessità dell'istituzione governo. In particolare, la stessa rilevanza costituzionale del PNRR – per i vincoli comunitari (*ex* artt. 11 e 117 Cost.) – e la sua durata pluriennale, inducono ad evidenziare la distinzione tra programma di governo e indirizzo politico, il primo elencazione oggetti-

[12] A partire dalla riflessione di V. Crisafulli, M. Ruotolo, *Corso di diritto costituzionale. Fonti, diritti, giustizia costituzionale*, Torino, 2020, 6.

[13] A. Manzella, *L'indirizzo politico, dopo Covid e PNRR*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 19, 27 luglio 2022, 146 ss. Più ampiamente: P.A. Capotosti, *Accordi di governo e Presidente del Consiglio dei Ministri*, Napoli, 2021; *I presidenti e la presidenza del Consiglio dei ministri nell'Italia repubblicana*, a cura di S. Cassese, A. Melloni, S. Pajno, Roma-Bari, 2022; I. Ciolli, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il presidente del consiglio nella Costituzione repubblicana*, Napoli, 2018; F. Clementi, *Il Presidente del consiglio dei ministri*, Bologna, 2023.

va di obiettivi e traguardi da raggiungere nel periodo considerato, il secondo interpretazione che del programma esprime il "presidente del governo". Tale dizione, formalmente inappropriata, prelude ad una conclusione nel senso di una "posizione nodale euro-nazionale" del Presidente, con ampia influenza sulle decisioni di politica interna, posizione che manca ancora di una base costituzionale autonoma, «ricognitiva di questo sviluppo di fatto e di diritto. Continua, infatti, l'attesa di quei dispositivi costituzionali idonei a garantire la stabilità dell'azione di governo: il gran discorso aperto, ma non chiuso, in Assemblea Costituente dall'ordine del giorno Perassi».

Il secondo aspetto riguarda la più generale trasformazione del potere[14]. Quest'ultimo, anche nella sola dimensione statualistica, ha visto il moltiplicarsi-polverizzarsi dei luoghi e dei modi del suo esercizio, non è più riducibile all'ambito politico e democratico implementabile e controllabile per lo più attraverso il voto popolare. Anche le istituzioni nazionali si sono moltiplicate e riposizionate al di là di quanto previsto dal testo costituzionale, si confrontano, non sempre in posizione di forza, con altri poteri pubblici, o addirittura contro-poteri[15] come l'alta burocrazia e la tecnocrazia.

In altri termini, la più generale funzione di governo della Repubblica è diventata irriducibile alla tradizionale funzione esecutiva ed alla relazione Parlamento-Governo, ma vede la partecipazione anche «dietro le quinte»[16], all'interno ed all'esterno, di altri soggetti ed istituzioni, costituzionali e non.

Ecco allora che, onde non essere tacciati di isolazionismo rispetto ad un tema che comunque ha impegnato ed impegna la riflessione dottrinaria, delle istituzioni e della società civile, con i limiti finora proposti, può riflettersi sulla revisione dello *status* del Presidente del Consiglio[17]. Ciò, però, solo nel peri-

[14] Sul punto, da ultimo M. Cartabia, M. Ruotolo, *Presentazione, in Enciclopedia del diritto, Potere e Costituzione*, Milano, 2023, IX-XIV. L'opera affronta in maniera organica la trasformazione del potere nel prisma della legalità costituzionale.

[15] A. Celotto, *Potere e burocrazia*, in *op. cit.*, 468-470. Sulla burocrazia nella forma di governo: G. Silvestri, *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, in *op. cit.*, 1136.

[16] Si utilizzano le parole utilizzate, con una diversa prospettiva, in *Governare dietro le quinte. Storia e pratica dei gabinetti ministeriali*, a cura di G. Melis, A. Natalini Bologna, 2023.

[17] Un primo tema, politicamente meno impegnativo ma non meramente "nominalistico", riguarda la direzione della "politica generale" del Governo ex art. 95 Cost., nel senso che tale ultima dizione, sommatoria di politiche settoriali, potrebbe essere meglio specificata e rafforzata con "politica estera ed interna" oppure attingendo agli elenchi di materie di cui all'art. 117 Cost. Ciò anche per introdurre competenze più definite rispetto al ruolo nazionale ed internazionale del Presidente.

Il secondo tema concerne competenze preliminari all'esercizio della funzione del Presidente, ossia la nomina e la revoca dei Ministri della sua compagine. Tale risultato può essere raggiunto escludendo il capo dello Stato e attribuendo il potere di nomina e – introducendo quello di – revoca allo stesso soggetto, oppure sostituendo la "proposta " di cui all'art. 92 Cost., con

metro delle competenze funzionali a meglio dirigere la politica generale del Governo, a meglio mantenere l'unità dell'indirizzo politico ed amministrativo, a meglio promuovere e coordinare l'attività dei ministri *ex* art. 95 Cost., ma senza ulteriori modifiche al sistema di pesi e contrappesi ed alle relative legittimazioni.

4. *Ritorno allo scetticismo*

Per quanto detto, e pur con la prudenza necessaria, consegue che la prima fase del tentativo di revisione in corso[18] suscita un certo scetticismo.

una forma meno sostanziale. L'ultima opzione lascerebbe aperta, se non irrisolta, la possibilità della revoca, il cui effetto, oggi, si determina attraverso le dimissioni autonome del Ministro o la sfiducia individuale da parte delle Camere, cioè al di fuori delle competenze formali del Presidente del Consiglio.

L'attribuzione di dette competenze al Presidente, assodato che centri di potere burocratici indirizzano, anche in autonomia, rapporti e segmenti cruciali della funzione esecutiva attuale, potrebbe avere, a cascata, come effetto secondario di razionalizzazione, lo spoils system dei vertici amministrativi ministeriali, cioè la nomina di quelli ritenuti più funzionali al programma di governo da implementare ed il superamento della forza mitigatrice e continuista della burocrazia rispetto alla maggioranza *pro tempore*.

La duplice proposta "avanzabile" è "rafforzativa" sotto il profilo istituzionale, "a basso impatto", cioè limitatamente al più definito ruolo del Presidente all'interno dell'esercizio della funzione esecutiva.

La soluzione in analisi non incide sul carattere aperto e cooperativo della più generale funzione del governo della Repubblica, non determina criticità in termini di equilibrio con altri organi costituzionali, non è una *deminutio* delle competenze del capo dello Stato. I fondamenti della forma di governo delineati nella Carta del 1948 non si stravolgerebbero. Infatti, il potere di nomina del Presidente del Consiglio, la gestione delle crisi di governo, lo scioglimento delle Camere, la garanzia politica del vincolo esterno ovvero dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, rimarrebbero invariate attribuzioni quirinalizie.

Inoltre, pur in presenza di un "Primo Ministro" nei rapporti endogovernativi, non sarebbe superato il *dictum* della Corte costituzionale per cui il Presidente del Consiglio «non è il solo titolare della funzione di indirizzo del Governo, ma si limita – ancora, aggiungiamo noi – a mantenerne l'unità, promuovendo e coordinando l'attività dei ministri». Del resto, al di là delle scelte terminologiche da non modificare, la formula combinatoria «Primo Ministro Presidente del Consiglio dei Ministri» è già stata utilizzata nel dibattito sull'art. 92 Cost. ed anche temporaneamente approvata dalla stessa Assemblea costituente, in particolare dalla prima Sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, nella seduta del 9 gennaio 1947.

[18] Si fa riferimento ad A.S. n. 935 recante "Modifiche alla Parte II 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".

Non si intende entrare nel merito, in ragione delle tesi esplicitate nel testo e, poi, perché alla data in cui questo scritto viene licenziato – 15 maggio 2025 –, non si registra la prima deliberazione delle Camere, né su una Legge costituzionale né su una legge elettorale collegata.

Alcune conferme di costituzionalismo di natura congiunturale[19] sono già delineate.

In meno di due anni di Legislatura, la maggioranza parlamentare ha proposto "prima" forme di presidenzialismo, "poi" ben diverse ipotesi di premierato.

Il contributo delle opposizioni rispetto ad opzioni politiche divisive ha arricchito la già grande varietà tematica, ha proposto declinazioni e finalizzazioni ulteriori.

I lavori parlamentari non denotano un tono ed una collaborazione di tenore "costituente"[20], ma confermano che il legislatore opera senza la coscienza della più alta decisione che possa essere chiesta ad una classe politica.

Se fosse confermato il *trend* di fondo, il rafforzamento del Governo passerebbe attraverso sia l'elezione popolare e diretta del Presidente, sia la nomina e la revoca dei ministri. Il primo profilo desta le maggiori perplessità non solo per le ragioni già individuate nel testo. Il decisivo tema del rafforzamento del Parlamento sarebbe, al più, secondario rispetto al consolidamento del versante governativo. Le Camere perderebbero la decisiva caratteristica dell'essere l'unica istituzione statale eletta direttamente dal popolo. Proporre investiture popolari aggiuntive rispetto a quelle, immutate, di altri organi costituzionali pare soluzione chiara rispetto all'intento di fondo, ma eccentrica rispetto alle forme di governo europee e di elevata criticità nell'eventualità di un Presidente del Consiglio eletto dal popolo, ma senza la successiva pur necessaria fiducia parlamentare.

Inoltre, nell'ambito di un generale sottofondo di maggioranza critico rispetto alle dinamiche della forma di governo "dietro le quinte", ovvero lontane da ciò che il popolo può decidere mediante le elezioni, si determinerebbe un riassetto di *auctoritas* e *potestas* del Presidente della Repubblica, una sostanziale riduzione della sua partecipazione nella formazione del Governo, un generale dualismo tra Presidenti con legittimazioni nuove e diverse.

Si determinerebbe, in sintesi, un altro equilibrio di poteri ed un altro sistema di legittimazioni anche popolari che sarebbe potenzialmente foriero di non secondari o sporadici conflitti.

Non sfugge, infine, un'ulteriore nota di matrice non strettamente giuridica. Infatti, a partire dalla fine dell'iter parlamentare della Legge costituzionale richiamata, sarebbe problematico il possibile "disagio" di un capo dello Stato di quantomai lunga durata e titolare di competenze che sarebbero "superate" dalla nuova Costituzione. Ciò indipendentemente da un eventuale regime transitorio formalizzato nella Legge costituzionale stessa.

[19] Secondo l'espressione di G. Azzariti, *op. cit.*, 42.

[20] In maniera paradigmatica, "Un nuovo Osservatorio per un nuovo tentativo di riforma costituzionale", istituito dalla Rivista federalismi.it, riporta nell'Aggiornamento del 14 febbraio 2024 che: «Dopo la presentazione delle proposte emendative (e dei subemendamenti ai quattro emendamenti di maggioranza) i lavori della 1ª Commissione del Senato sono proseguiti con la seduta notturna del 7 febbraio 2024, convocata per le ore 20.00, al fine di avviare l'illustrazione degli emendamenti. È stata una seduta estremamente tesa e convulsa, iniziata con la contestazione da parte delle opposizioni circa l'opportunità stessa di avviare in quel momento l'illustrazione degli emendamenti, alla luce della scadenza, nella mattina della stessa giornata, alle ore 10.00, del termine per la loro presentazione. È opportuno ricostruire sommariamente i vari passaggi circa la programmazione dei lavori, che sono stati oggetto di contestazione nel corso della seduta di Commissione, nonché successivamente discussi anche in Assemblea, in occasione della seduta

A cascata, consegue che un certo pur iniziale dibattito dottrinario può essere valutato con scetticismo in ragione di tracce di partecipazione ad un costi-

antimeridiana del giorno successivo, quando sono state sollevate dure critiche all'operato del Presidente Balboni.

La convocazione per il giorno 7 febbraio era stata disposta quando era ancora aperto il termine per la presentazione degli emendamenti (fissato per il 5 febbraio alle ore 12.00), a ridosso del quale erano stati depositati i quattro emendamenti di maggioranza (nn. 2.2000, 3.2000, 3.0.2000 e 4.2000), che intervenivano a modificare in maniera significativa il perimetro e i contenuti del testo base. Rendendosi quindi necessaria la fissazione del termine per la presentazione dei subemendamenti, questo veniva posto al 7 febbraio mattina, grosso modo a 24h dalla circolazione dei testi degli emendamenti presentati dal Governo. Le opposizioni non hanno condiviso un termine così ravvicinato, di norma utilizzato per disegni di legge di conversione di decreti-legge in scadenza, e hanno continuato a protestare, in maniera veemente, nel corso della seduta, anche durante l'inizio dell'illustrazione dei primi emendamenti. La seduta, infatti, era stata confermata, con l'intenzione di limitarne lo scopo all'illustrazione degli emendamenti riferiti all'articolo 1, rispetto al quale non vi erano stati emendamenti governativi e dunque subemendamenti presentati nelle ore precedenti. Ciononostante, il confronto con le opposizioni è stato accesissimo. In particolare, da parte dei Senatori Giorgis (PD) e Magni (Misto-AVS) è pervenuta la richiesta di una più accurata programmazione in sede di Ufficio di Presidenza – lamentando la proposta di organizzazione dei lavori dell'ultima seduta plenaria via chat – anche per garantire i gruppi parlamentari più piccoli, che necessitano di maggiore coordinamento al fine di far fronte agli impegni in diverse commissioni.

A seguito delle proteste in tema di organizzazione dei lavori da parte di alcuni Senatori dell'opposizione durante l'intervento illustrativo del primo emendamento, a firma dalla Senatrice Musolino (IV), il Presidente Balboni ha paventato addirittura l'intervento della «forza pubblica». Il clima si è ulteriormente surriscaldato quando il Presidente stesso ha negato al Sen. Parrini (PD) di interloquire con un consigliere parlamentare della struttura amministrativa della Commissione, sostenendo che i funzionari presenti in Commissione siano a supporto della sola Presidenza. Davanti alla palpabile tensione, la Sen. Musolino ha chiesto una breve sospensione. Alla ripresa, avvenuta appena cinque minuti dopo, il Sen. Nicita ha sollevato la richiesta di rinuncia al proprio intervento, al fine di concedere il proprio tempo alla sen. Musolino per completare la propria esposizione. Il Presidente ha obiettato che tale ipotesi non è prevista dal regolamento e ha richiamato l'art. 100 comma 9, per il quale l'illustrazione è effettuata da parte di uno solo dei presentatori, che può intervenire una sola volta per non oltre cinque minuti, elevabili a dieci se è l'unico intervento del Gruppo. L'immediata ripresa, dunque, è stata caratterizzata da ulteriori accuse di ostruzionismo da una parte e di eccesso di fiscalità regolamentare dall'altra. Il Presidente della Commissione, ricordando come la presentazione di 800 subemendamenti alle proposte di modifica del Governo sia emblematica di un tempo più che sufficiente concesso alle opposizioni per l'elaborazione degli stessi, si è scusato per l'episodio di nervosismo e ha assicurato il rispetto delle norme regolamentari tanto per la maggioranza quanto per le opposizioni.

La questione è stata portata anche all'attenzione dell'Assemblea, in occasione della seduta dell'8 febbraio 2024, dove sono intervenuti quasi tutti i Capigruppo sul tema, compresi buona parte dei Senatori coinvolti nella discussione della seduta del giorno prima. A seguito di ulteriori attacchi reciproci sui comportamenti tenuti in sede di dibattimento, alcuni Gruppi parlamentari hanno riportato la volontà di approfondire quanto accaduto nella successiva riunione della Conferenza dei Capigruppo».

tuzionalismo di natura congiunturale[21].

Le proposte si susseguono, il dibattito è diversificato, le audizioni parlamentari, pur critiche, hanno sdoganato la legittimità del fine ultimo di rafforzamento della legittimazione popolare del capo di governo, ma anche la perfettibilità degli strumenti mediante i quali raggiungere lo scopo.

Zagrebelsky pare inascoltato e, citando ancora l'Onorato, è ripartito quel vecchio gioco del "riformiamo la Costituzione", con buona pace dell'interpretazione ora abbozzata.

Che fare, oggi? Come afferma Azzariti, andare nei "monasteri" per conservare la memoria del sapere umanistico attendendo il futuro, oppure ricominciare la lotta per la Costituzione attraverso gli strumenti della critica ed un sano ma ritenuto necessario moralismo?

Invero, la questione è più ampia.

«Ridare valore» alla revisione svuoterebbe quel particolare approccio culturale da cui si è preferito attingere in questo scorcio di secolo. Ciò con esiti per i quali la scienza di riferimento, per dirla ancora con Azzariti: «diventa il frutto del contingente, della convenienza del momento, delle convinzioni prevalenti», abbandona la riflessione sulla fonte di senso del patto costituzionale a scapito dei "fatti", dello specialismo e della mera tecnica, abbandona il patto alla dimensione di strumento di legittimazione del reale, dell'estemporaneo e della politica, se non di giustificazione di chi dispone del potere politico, economico e culturale.

[21] Il 27 febbraio 2024 si è tenuto in Roma un incontro dal titolo «Premierato: non facciamolo "strano". La terza via del modello "neoparlamentare"», organizzato da un Gruppo di tre associazioni – Libertà eguale, Fondazione Magna Charta, Io Cambio. La piattaforma programmatica del confronto è stata articolata in cinque punti. Al di là del merito, il primo punto prevede che: «La riforma della Seconda Parte della nostra Costituzione è necessaria. Essa mira a risolvere problemi lasciati consapevolmente aperti alla Costituente (a causa della situazione internazionale e della conseguente sfiducia reciproca tra le principali forze politiche) e mai risolti fino ad oggi». In secondo luogo, «la riforma deve essere il frutto della più ampia convergenza possibile sia nel Parlamento sia nella società, puntando all'approvazione a maggioranza di due terzi nelle Camere. Ciò in quanto sul piano istituzionale è bene che le regole del gioco siano condivise: quando ciò accade sono più forti il Paese e il suo sistema politico; sul piano politico niente giustifica atteggiamenti di delegittimazione reciproca e, sul piano tecnico, se si considerano diversi progetti più o meno recenti, le distanze – per quanto significative – appaiono colmabili».

Non convince l'apodittico riferimento alla necessità di una riforma. Non è chiaro se l'invito all'ampia condivisione parlamentare sia anche un implicito tentativo di "evitare" il pronunciamento popolare attraverso l'eventuale referendum. Se così fosse, lo scetticismo giungerebbe ad un livello inaspettato, almeno nel senso che la nuova scelta popolare del Presidente del Consiglio sarebbe per certi versi non partecipata dall'elettorato, cui "volutamente", per assurdo, si impedirebbe la partecipazione al processo di revisione attraverso il referendum.

Il "*pathos*" del costituzionalismo politico e la logica di auspicio che «questa sia la volta buona» non persuadono fino in fondo.

È preferibile dissentire, prima rispetto al «nuovo dover essere» della forma di governo parlamentare, poi rispetto ad una "rete" che non si oppone anzi "dialoga" permanentemente sulle riforme.

In prospettiva collegata, è parimenti preferibile dissentire rispetto alla coeva revisione tedesca – artt. 109, 115 e 143 della Legge fondamentale, BGBI. 2025 I Nr-94 del 24 marzo 2025 –, che si pone come problematico "precedente" nella storia dei mutamenti delle Carte costituzionali europee.

Al di là del merito[22] e della manutenzione tipica della cultura della revisione costituzionale tedesca, sorprende l'*iter* di approvazione, pur formalmente corretto.

La legge in questione è stata approvata in data 21 marzo 2025 dal Parlamento in regime di *prorogatio*, irritualmente convocato solo dopo lo svolgimento delle elezioni politiche del 23 febbraio, prima del formale inizio della nuova legislatura avvenuto in data 24 marzo 2025. In altri termini, la "precedente" maggioranza delle Camere ha approvato la legge di revisione, peraltro rendendo il passaggio parlamentare al *Bundesrat* solo formale. Solo questa forzatura ha consentito il perseguimento di un obiettivo politico, poiché la nuova maggioranza parlamentare di governo non avrebbe raggiunto la prescritta soglia dei due terzi per approvare la revisione.

Tale cronaca denota la soccombenza di alcune ragioni "di fondo", non formalistiche e non antistoriche, a garanzia della garanzia della *Grundgesetz*. La Legge fondamentale è alla stregua di una legge ordinaria, a disposizione del momento, anzi "dell'istante" politico.

In definitiva, tempi duri non per la revisione costituzionale in sé, ma per i suoi interpreti, realisti sì ma non rassegnati ad un dover essere "altro" ed incerto.

[22] La legge di revisione interviene su parte delle opposte modifiche del 2009, cioè sul c.d. freno al debito" – *Schuldenbremse* – nell'ambito di un c.d. *Schuldenpaket*. L'atto riscrive il principio di sostenibilità nella *Grundgestz* nella parte relativa alla possibilità di assumere decisioni che producano effetti anche in termini di debito pubblico; prevede un cospicuo allentamento delle tradizionali stringenti modalità di ricorso all'indebitamento da parte del Bund e dei Länder in alcune politiche di investimento; amplia gli spazi di manovra di detti livelli, rideterminando almeno in parte alcune tendenze centralizzanti.

Cecilia Pannacciulli[*]

LA NUOVA DIMENSIONE COSTITUZIONALE DELL'AGRICOLTURA TRA ESIGENZE AMBIENTALI E MODELLI DI SVILUPPO

SOMMARIO: 1. Coerenza della revisione costituzionale degli artt. 9 e 41 con il modello *One Earth-One Health*. – 2. L'art. 44 Cost. alla luce della revisione degli artt. 9 e 41 Cost. – 3. Il conflitto tra l'agricoltura e i diversi "interessi ambientali" implicati dalla transizione ecologica. – 4. Rilievi conclusivi.

1. *Coerenza della revisione costituzionale degli artt. 9 e 41 con il modello* One Earth-One Health

La revisione degli artt. 9 e 41 Cost. (l. cost. 22 febbraio 2022, n. 1)[1] si inserisce in una nuova fase del costituzionalismo che mira a ridefinire il contratto

[*] Ricercatrice universitaria e Professoressa aggregata di Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

[1] I commenti alla riforma costituzionale sono numerosissimi. V., *ex multis*, I.A. NICOTRA, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *www.federalismi.it*, Paper 30 giugno 2021, 2 s.; 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 *Forum Quad. cost.*, 3/2021, 285 s.; ID., *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *www.cortisupremeesalute.it,* 1/2022, 127 s.; G. DEMURO, *I diritti della Natura*, in *Federalismi.it*, 6/2022, 4 s.; R. BIFULCO, *Primissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *www.federalismi.it*, 11/2022, 2 s.; ID., *Ambiente e cambiamento climatico nella Costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, 3/2023, 132 s.; D. AMIRANTE, *La* reformette *dell'ambiente in Italia e le ambizioni del costituzionalismo ambientale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2022, 5 s.; G. AZZARITI, *Tutela dell'ambiente in Costituzione*, in *Lo Stato*, 18/2022, 185 s.; A. D'ALOIA, *L'art. 9 Cost. e la prospettiva intergenerazionale*, in *Passaggi costituzionali*, 2/2022; DE LEONARDIS F., *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art.41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente* (Atti del Convegno annuale organizzato da AID Ambiente, Roma, 28 gennaio 2022), Napoli, 2022; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in negativo*, in *www.AmbienteDiritto.it,* 4/2022; E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *www.costituzionalismo.it*, 1/2022, 6 giugno 2022; M. DELSIGNORE, A. MARRA, M. RAMAJOLI, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, n. 1/2022, 1 s.; R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *Federalismi.it*, 13/2022, 187 s.; nonché i contributi sul tema pubblicati nel numero monografico a cura di A. Morrone di *Ist. fed.*, 4/2022 e in *Rivista AIC*, 3/2023. L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future (con la tutela dell'ambiente) entrano "espressamente" in Costituzione*, *Forum Quad. Cost*., 2/2022; C. BARBERIS, *La Costituzione verde: la riforma dell'articolo 9 e la tutela dell'ambiente,* Torino, 2022; S. CAMMARATA, *Diritti ambientali e Costituzione: un nuovo paradigma*, Bologna, 2022; G.

sociale[2] attraverso l'affermazione dei principî di interdipendenza tra individuo, società e natura[3]. Si è parlato, in proposito, di un potenziale cambio di paradigma[4], promosso soprattutto dal livello internazionale ed eurounitario. In

Bartolomeo, *Tutela dell'ambiente nella Costituzione Italiana: Storia e prospettive*, Bologna, 2022; A. Pertici, *L'inserimento della tutela ambientale nella Costituzione: profili giuridici e applicazioni pratiche,* in *Riv. Dir. Cost.,* 3/2022, 201 s.; F. Brunetti, *La riforma dell'articolo 9: un passo avanti per la tutela dell'ambiente*, in *Riv. It. Dir. Pubbl.*, 2/2022, 101 s.; B. Caravita, *La riforma dell'Articolo 9 della Costituzione: innovazione e continuità*., in *Riv. It. Dir. Pubbl.*, 1/2022, 45 s.; L. Caffarelli, *Costituzione e ambiente: i nuovi confini della tutela giuridica*, Torino, 2023; R. Bifulco, *Ambiente e cambiamento climatico nella Costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, 3/2023, 132 s.; P. Lombardi, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in *www.federalismi.it*, 1/2023; M. Bertolissi, *Amministratori, non proprietari dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi*, *www.federalismi.it*, 6/2023; L. Ronchetti, *Ecocostituzionalismo. La sovranità popolare di fronte alla crisi ecologica*, Napoli, 2024; G. Barozzi Reggiani, *La "funzione sociale della tutela dell'ambiente" alla luce della revisione costituzionale del 2022 e del più recente quadro giuridico europeo*, in *www.federalismi.it*, 7/2024, 46 s.; M. Bassetti De Angelis, *La tutela ambientale nella Costituzione. Raffronto con l'ordinamento francese*, in *Nomos*, 2/2024, 1 s.; C. De Benetti, *La tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle nuove generazioni*, in *AmbienteDiritto*, 3/2024, 1 s. Per spunti variamente critici sulla revisione costituzionale v. G. Severini, P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in *www.giustiziainsieme.it*, 22 settembre 2021; C. De Fiores *Le insidie di una revisione pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2021, 137 s.; G. Di Plinio, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, in *www.federalismi.it*, Paper 1° luglio 2021; L. Cassetti, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, in *www.federalismi.it*, Paper 23 giugno 2021 nonché T.E. Frosini, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *www.federalismi.it*, Paper 23 giugno 2021 e Id., *Tutela dell'ambiente e Costituzione: un nuovo quadro normativo*, in *Dir. Soc*., 2/2023, 123 s.

[2] Cfr. 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 s., il quale auspica, suggestivamente, una "Dichiarazione di interdipendenza" in cui l'*autonomia cooperativa* subentri all'*individualismo competitivo* (420).

[3] Cfr. A. Morrone, *L'«ambiente» nella Costituzione. Premesse di un nuovo «contratto sociale»*, in Aa.Vv., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente. Atti del Convegno AID Ambiente,* cit. Particolarmente interessante sul punto è il volume di Q. Camerlengo, *Natura e potere. Una rilettura dei processi di legittimazione politica*, Milano-Udine, 2020, in cui si preconizza una sorta di *«contrat naturel»* che ridefinisca le fondamenta della legittimazione del potere politico, alimentando un processo di reinterpretazione della democrazia in chiave ecologica.

[4] Sul punto J. May, E. Daly, *Global Environmental Constitutionalism*, Cambridge Univerity Press, Cambridge, 2013; v. D. Amirante, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022, il quale sottolinea l'attuale rilevanza nel costituzionalismo della dimensione biologico-naturale accanto a quella delle libertà individuali e dei diritti sociali, nonché L. Cuocolo, *Dallo Stato liberale allo "Stato ambientale". La protezione dell'ambiente nel diritto costituzionale comparato,* in *DPCE online*, 2/2022 e M. Monteduro, *La tutela della vita come matrice ordinamentale della tutela dell'ambiente (in senso lato e in senso stretto),* in *RQDA*, 1/2022, 423 s. Per una ricostruzione degli aspetti giuridici dell'etica ambientale v. D. Amirante, S. Bagni (a cura di), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene. Values, Principles and Actions*, Routledge, Londra, 2022. Sulla 'interdipendenza ecologica' quale categoria rifon-

quest'ultimo caso – grazie al costante stimolo delle pronunce della Corte di Giustizia[5] – si è assistito alla progressiva emersione della questione ambientale da politica di settore a elemento fondativo dell'Unione[6], connotato innanzitutto da una rinnovata sensibilità al valore della solidarietà[7].

La positivizzazione a livello costituzionale appare, altresì, la più appropriata a dare coerenza ai principi del diritto internazionale ed europeo in quanto, anche rispetto alla settorialità del livello amministrativo o giurisprudenziale[8], "rilocalizza" la sfera politica "dentro" la natura[9] conferendo «la "certezza" di un riferimento testuale idoneo a costituire per l'interprete, al tempo stesso, limite contro eventuali "arretramenti" e fonte di possibili nuovi sviluppi evolutivi»[10]. Tra questi ultimi

dativa di qualsiasi espressione di autonomia v. L. Ronchetti, *Ecocostituzionalismo. La sovranità popolare di fronte alla crisi ecologica*, cit., 20, s. e, in particolare, il Cap. III (*Dai limiti del diritto ambientale all'ecocostituzionalismo*).

[5] Sul punto v., tra gli altri, C. Feliziani, *Il diritto fondamentale all'ambiente salubre nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte EDU in materia di rifiuti. Analisi di due approcci differenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 2012, fasc. 6, 999 s. nonché A. M. Nico, *La tutela dell'ambiente nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in F. Gabriele, A.M. Nico (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*, Bari, 2005, 167 s.

[6] Cfr. artt. 3 e 21 del Trattato UE; artt. 4, 11, 36, 114, 177, 191 e 193 del TFUE. Ad essi devono aggiungersi gli artt. 37 nonché 2 e 7 – questi ultimi interpretati alla luce degli artt. 2 e 8 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo - della Carta dei diritti fondamentali dell'UE proclamata nel 2000, alla quale l'art. 6, par. 1, del Trattato di Lisbona del 2009 ha accordato lo stesso rango vincolante dei Trattati UE e Funzionamento UE. La prima base giuridica di una politica ambientale comune fu introdotta dal Titolo VII dell'Atto Unico Europeo del 1987.

[7] Per una riflessione sul principio di solidarietà nella Unione europea a fronte delle recenti vicende pandemiche e delle urgenze ecologiche v. S. Prisco, M. Tuozzo, *Dalle crisi nuove opportunità per l'Unione europea. Programmazione economica, solidarietà sociale, coesione territoriale*, in *IPOF-ISSiRFA*, 2/2022, 22 s. In generale, sulla matrice prevalentemente mercantilistica del principio di solidarietà a livello eurounitario v. 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*, vol. I, tomo II, Napoli, 2002, 440 nonché S. Giubboni, *Solidarietà*, in *Pol. Dir.*, 4/2012, 544 s. e F. Covino, *Matrice economica del principio solidaristico e tensione dell'UE verso la solidarietà politica,* in *Rivista AIC*, 3/2021, 183 s. Sul principio di solidarietà nella trama costituzionale v. B. Polacchini, Doveri costituzionali e principio di solidarietà, Bologna, 2017; A. Morelli, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà* , in *Forum Quad. cost.-Rass.*, 20 aprile 2015; F. Giuffrè, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, S. Galeotti, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*, n. 1/1996, 1 s.

[8] In questo senso M. Cecchetti, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Cost.*, cit., 129.

[9] Sul punto v. le riflessioni di M. Carducci, *Diritti della Natura e "forme di governo"*, in F.G. Cuturi, *La Natura come soggetto di diritti. Prospettive antropologiche e giuridiche a confronto*, Editpress, Firenze, 2020, 107 s.

[10] Così M. Cecchetti , *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente*, cit., 298.

primaria importanza assume la promozione di un diverso tipo di sviluppo economico-sociale[11], non più incentrato sul consumo e sfruttamento indiscriminato di suolo e risorse, ma basato sulla interrelazione tra l'uomo e i *sistemi viventi* di cui fa parte[12] nonché sulla domanda di beni economici prodotti in sinergia con gli interessi ambientali[13]. Insomma, si richiede il passaggio dall'antagonismo tra esigenze ambientali e modelli di sviluppo alla loro integrazione[14], anche a fini di coesione sociale e di riduzione delle disparità. Sullo sfondo, anche se non espressamente enunciata, l'indispensabile "sostenibilità" delle filiere produttive e dei comportamenti a garanzia dell'equilibrio ecologico, economico e sociale (i classici "tre pilastri" dello sviluppo sostenibile)[15], di cui evidentemente devono prendersi cura, ognuno al proprio livello, istituzioni, imprese e collettività. A tal stregua, la revisio-

[11] Con riguardo all'impatto della revisione costituzionale sulla c.d. Costituzione economica v. F. De Leonardis, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. Amm*., 4/2021, 779 s., in part. 795 e A. Moliterni, *La transizione alla green economy e il ruolo dei pubblici poteri*, in G. Rossi, M. Monteduro (a cura di), *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, Torino, 2020, 51 s.

[12] V. sul punto M. Monteduro, Ius et rus*: la rilevanza dell'agroecologia per il diritto* , in *Riv. Quad. Dir. Amb*., 2/20194 s., in particolare 22 s.

[13] Si pensi alla necessità di corrette politiche sull'acqua che richiederebbero investimenti su macchinari di nuova generazione, infrastrutture sostenibili e irrigazione di precisione.

[14] Sul punto v. M. Monteduro, *Funzioni e organizzazioni amministrative: dall'antagonismo all'integrazione tra ambiente e sviluppo*, in G. Rossi, M. Monteduro (a cura di), *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, Torino, 2020, 61 s., il quale correttamente sottolinea l'evoluzione del diritto ambientale da un modello prima *difensivo* e poi *conciliativo*, ad un modello migliorativo, ovvero per lo sviluppo. Cfr. anche G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino 2021, 21 s. e, da ultimo, G. Cordini, P. Fois, S. Marchisio, *Diritto ambientale. Profili internazionali, europei e comparati*, Torino, 2024.

[15] Cfr. *Rapporto Brundtland*, ONU-Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo (*Our Common Future*, Oxford, 1987), il cui contenuto, specie sotto il profilo della qualità della crescita economica e della solidarietà intergenerazionale, è stato accolto nell'art. B del Trattato di Amsterdam del 1997 e nell'art. 2, co. 3, del Trattato di Lisbona del 2009. Il "terzo" pilastro della sostenibilità sociale è stato, invece, meglio evidenziato dall'Agenda 2030 dell'ONU. In argomento, v. V. Pepe, *Lo sviluppo sostenibile tra governo dell'economia e profili costituzionali*, in R. Ferrara, P. M. Vipiana (a cura di), *I "nuovi diritti" nello Stato sociale in trasformazione*, Padova, 2002, 276 s.; F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010, Id., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. Quad. Dir. Ambiente*, 2010; oltre a Id., *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2011,170 s.; D. Porena, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionaledi solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017; V. Rubino, *Sviluppo sostenibile ed effettività della "governance" multilivello*, in *federalismi.it*, 34/2020, 205 s.; G. Arconzo, *La tutela dei beni ambientali nella prospettiva intergenerazionale: il rilievo costituzionale dello sviluppo sostenibile alla luce della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Dir. Economia*, numero monografico su *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente*, Atti del Convegno svoltosi presso l'Università degli studi di Milano, 7 ottobre 2021, dic. 2021, 157 s.

ne costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost. è pienamente coerente con i modelli *One Earth*[16]*-One Health*[17] ed *European Green Deal*[18] (all'interno del quale assumono significativa rilevanza i pacchetti "Farm to Fork"[19] e "Biodiversity 2030"[20]), che introducono strategie di attuazione di un approccio olistico alla tutela del Pianeta[21] e di tutti gli esseri viventi (umani, animali e vegetali) che lo abitano.

[16] La prospettiva *One Earth-One Health* è stata recentemente posta alla base del *One Health Joint Plan of Action* 2022/2026 in cui, accanto all'approccio integrato e unificante a tutela della salute, vi è la considerazione dell'importanza di un'adeguata protezione dell'aria, dell'acqua, del clima, dell'alimentazione e dell'energia pulita. Nella prospettiva dell'interconnessione tra salute umana, animale e degli ecosistemi assumono un ruolo fondamentale la tutela della salute dei suoli, la promozione della biodiversità e la gestione sostenibile delle attività agricole.

[17] Il modello c.d. *One Health* è un approccio scientifico interdisciplinare basato sul riconoscimento dell'indissolubile interdipendenza tra salute umana, animale e dell'ecosistema. Promosso sin dal 2008 dall'OMS, a seguito della pandemia da Covid 19 è stato formalizzato sul piano definitorio grazie alla collaborazione tra la c.d. Alleanza Tripartita fra tre organizzazioni delle Nazioni Unite - Organizzazione Mondiale della Sanità (WHO), Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Alimentazione e l'Agricoltura (FAO), Organizzazione Mondiale della Sanità Animale (ex OIE, dal 2022 WOAH) - e il Programma delle Nazioni Unite per l'Ambiente (UNEP), che hanno dato vita, nel maggio 2021, alla c.d. Alleanza Quadripartita (*Joint Tripartite (FAO, OIE, WHO) and UNEP Statement*, c.d. *Tripartite Plus)*. In seno ad essa, il "Comitato di esperti di alto livello sul One Health" (*One Health High Level Expert Panel* – OHHLEP), ha elaborato la definizione del paradigma *One Health* quale *"approccio integrato e unificante che punta a bilanciare e ottimizzare, in modo sostenibile, la salute delle persone, degli animali e degli ecosistemi. Riconosce che la salute dell'uomo, degli animali domestici e selvatici, delle piante e dell'ambiente in generale (compresi gli ecosistemi) sono strettamente collegati e interdipendenti. L'approccio mobilita molteplici settori, discipline e comunità a vari livelli della società per lavorare insieme al fine di promuovere il benessere e affrontare le minacce per la salute e gli ecosistemi, affrontando al contempo la necessità collettiva di acqua pulita, energia e aria, alimenti sicuri e nutrienti, intervenire sul cambiamento climatico e contribuire allo sviluppo sostenibile"* (OHHLEP – 1° dicembre 2021). Sulla complessità della "giuridificazione" dell'approccio *One Health* v. L. Violini (a cura di), *One Health. Dal paradigma alle implicazioni giuridiche,* Torino, 2023; G. Giorgini Pigniatiello, F. Rescigno, *One Earth-One Health. La costruzione giuridica del Terzo Millennio,* Torino, 2023 e F. Aperio Bella, One Health: la tutela della salute oltre i confini nazionali e disciplinari. Per un approccio olistico alla salute umana, animale e ambientale, Napoli, 2022.

[18] L'*European Green Deal* è un vasto programma europeo di trasformazione delle politiche economiche, sociali e culturali in favore di una transizione ecologica che si ponga come obiettivo finale la neutralità climatica entro il 2050.

[19] La Strategia *Farm to Fork* è il piano decennale messo a punto dalla Commissione europea per guidare la transizione verso un sistema alimentare equo, sano e rispettoso dell'ambiente, accogliendo il principio che alimentazione, ambiente, salute e agricoltura sono materie strettamente connesse.

[20] La *EU's Biodiversity Strategy for 2030* si prefigge di portare la cura per la natura al centro della vita del pianeta al fine di ripristinare gli ecosistemi degradati e a preservarne la diversità biologica.

[21] Si parla, infatti, di evoluzione dell'approccio *One Health* nel paradigma *Planetary Health*. Sul punto v. S. Myers, H. Frumkin (a cura di), *Salute planetaria* (2020), trad. it., Milano, 2022,

2. *L'art. 44 Cost. alla luce della revisione costituzionale degli artt. 9 e 41*

La dimensione costituzionale è, altresì, fondamentale in quanto, anche se i fenomeni ambientali non hanno confini, nello stesso tempo l'*habitat* nel quale si manifestano è territorialmente definito[22] e variamente caratterizzato, rendendo evidente la necessità di interventi che - secondo i criteri mobili definiti dal principio di sussidiarietà – chiamano in causa prioritariamente una regolamentazione statale e regionale. Da questo punto di vista, la riforma costituzionale presenta obiettive disfunzionalità: nonostante i numerosi ambiti coinvolti, essa non ha interessato l'art. 117 Cost. che, invece, avrebbe potuto eliminare le incertezze in una materia, quale quella della tutela integrata della 'salute' e dell' 'ambiente', che pretende, per un verso, un chiaro riparto di competenze, per altro verso, la necessità di assetti istituzionali complessi tra enti e organi eterogenei. L'assenza di una precisa distribuzione delle funzioni e di meccanismi di coordinamento costituzionalmente previsti comporta il pericolo di un'alta conflittualità tra Stato e Regioni o, in ogni caso, di una marginalizzazione delle autonomie locali, in spregio al principio di "solidarietà verticale" che garantisce il miglior antidoto alle disomogeneità territoriali[23].

Da un diverso punto di vista, la pregnanza del territorio ai fini di una effettiva transizione ecologica diviene elemento fondamentale per estendere la portata della novella costituzionale alla disciplina dell'agricoltura, derivandone una lettura evolutiva della dimensione teleologica a cui l'attività e la proprietà agricola devono essere ispirate *ex* art. 44, ovvero conseguire il razionale sfruttamento del suolo e stabilire equi rapporti sociali[24]. Innanzitutto, il modello *One Health-One Earth* conferisce all'aggettivo "razionale" un profilo di peculiare flessibilità[25] che consente di guardare alla produzione agricola non solo in

nonché M. Carducci, *L'approccio One Health nel contenzioso climatico*, in *www.cortisupremeesalute.it*, 3/2022, 733 s.

[22] Molto efficace sul punto S. Prisco, *Prefazione* a F. Niola, *Ambiente è valore costituzionale. Crisi del sistema e nuove prospettive di tutela*, Roma, 2019, 9 quando sottolinea che la «centralità del territorio, nella pienezza del suo senso di contenitore e contesto di una ricca e pulsante vita collettiva e nel quale devono giocoforza incrociarsi profili estetico-paesaggistici, aspetti di salubrità ambientale, attenzione all'urbanistica e alle condizioni di ottimale insediamento antropico, viene oggi riscoperta come scrigno ispiratore di rinnovata identità culturale da proteggere e valorizzare».

[23] Sul punto v. S. Prisco, *La solidarietà verticale: autonomie territoriali e coesione sociale*, in B. Pezzini, C. Sacchetto, *Il dovere di solidarietà*, Atti del Convegno "Giornate europee di Diritto costituzionale tributario", Bergamo, 14-15 novembre 2003, Milano, 2005, 15 s., in part. 22 s.

[24] F. Angelini, *Art. 44*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006, 903 s.

[25] M. D'addezio, *Mobilità, flessibilità, lettura sistemica dei principi rilevanti:* il file rouge *per riflettere intorno ai rapporti tra agricoltura e costituzione,* in *Agricoltura e Costituzione. Una Costi-*

termini economici e quantitativi[26], ma anche qualitativi e, proprio per questo, esige interventi legislativi volti alla preservazione delle risorse naturali[27]. Da ciò discende che il razionale sfruttamento del suolo, pur radicato nell'attività agricola, diviene fine comune ad altri ambiti costituzionalmente rilevanti: si pensi alla difesa del suolo, al governo del territorio[28], alla gestione del patrimonio idrico, alla tutela dell'ambiente e del paesaggio in un'ottica di sostenibilità. L'unitarietà degli interessi pubblici connessi al territorio, ne richiede, dunque, un governo costituzionalmente orientato. In tale prospettiva, la transizione ecologica storicamente incentrata sulla c. d. "questione agraria", sulle bonifiche e sull'eliminazione del latifondo, oggi si proietta in un'attualità[29] in cui sono tornate a competere le ragioni del cibo e della gestione dell'acqua con quelle della sicurezza energetica e della libertà d'impresa, ma è anche un'attualità che riconosce la natura multifunzionale dell'agricoltura – si pensi come esempio alla olivicoltura[30] – e il grande valore del patrimonio sociale, culturale, alimentare e turistico da essa scaturente. In tale ottica, muta anche il concetto di

tuzione per l'Agricoltura (In onore di Marco Goldoni), a cura di E. Cristiani, A. Di Lauro, Pisa, 2019, 553 s. Per una declinazione della 'razionalità' di cui al primo comma dell'art. 44 Cost. sotto due distinti profili, interno (sovrapponibile al principio di sostenibilità) ed esterno (coincidente con la pianificazione delle scelte razionali-sostenibili) v. F. Ladisa, *I principi dell'art. 44 della Costituzione quali nuove coordinate costituzionali per il «governo del territorio»,* in A. Gusmai, M.G. Nacci, C. Pannacciulli, R. Santoro, A Tamborrino, M. Troisi (a cura di), *Il territorio alla prova delle transizioni. Strategie per la sostenibilità*, Bari, 2024, 16 e17.

[26] Da questo punto di vista la convivenza nell'art. 44 Cost. di entrambe le menzionate finalità si dimostra più includente e ampia rispetto all'art. 39 del TFUE (versione consolidata dopo il Trattato di Lisbona, ex art. 33 TCE) che, come obiettivi della PAC (politica agricola comune), prevede l'incremento della produttività dell'agricoltura, sia pure assicurando lo sviluppo razionale della produzione agricola nonché la garanzia di un tenore di vita equo alla popolazione agricola grazie all'aumento del reddito individuale. Dunque, la normativa europea sembra ancora guardare all'agricoltura solo in termini economicistici e quantitativi di produzione.

[27] Sul punto, diffusamente, v. M. D'Addezio, *L'art. 44 Cost.,* in *www.lamagistratura.it*, *Commentario*, 23 febbraio, 2022 nonché A. Simoncini, *Il terreno agricolo: profili costituzionali,* in *La terra coltivata: strumento di produzione per le imprese agricole,* Georgofili: quaderni, IV, Firenze, 2012, 93 e i contributi contenuti nel volume monografico *Agricoltura e Costituzione. Una Costituzione per l'Agricoltura (In onore di Marco Goldoni),* cit.

[28] In argomento v., da ultimo, A. Gusmai, *Il «governo del territorio». Premesse costituzionali allo studio dell'urbanistica,* Bari, 2024.

[29] In chiave critica, sulle interferenze dell'agricoltura con gli ambiti materiali dell'ambiente e della salute, che ne hanno eccessivamente ridotto e circoscritto la tutela, v. P. Passaglia, *L'importanza della materia "agricoltura" nel tessuto costituzionale: una "retrospettiva prospettica*", in *Agricoltura e Costituzione,* cit., 58-62.

[30] Sul punto, sia consentito rinviare a C. Pannacciulli, *La filiera olivicolo-olearia nella prospettiva del "One Health approach". Riflessioni in un'ottica costituzionalmente orientata*, in A. Gusmai, M.G. Nacci, C. Pannacciulli, R. Santoro, A Tamborrino, M. Troisi (a cura di), cit. 125 s.

'sfruttamento' del suolo, non più connotato, in senso meramente quantitativo, dal ricavo del maggior prodotto possibile bensì, in senso più propriamente qualitativo, dal miglior prodotto possibile.

Sotto il profilo, poi, della definizione di equi rapporti sociali l'approccio *One Earth-One Health* consente di collocare l'agricoltura in un assetto solidaristico che valorizza gli elementi immateriali che l'hanno caratterizzata nel suo percorso evolutivo come, ad esempio, la diffusione di reti di reciprocità e di mutuo sostegno[31].

L'agricoltore, pertanto, abbandona la veste di mero produttore di cibo e si fa, in aggiunta, erogatore di servizi in favore della collettività: proteggere l'ambiente, conservare la biodiversità, custodire le risorse naturali, disegnare il paesaggio, contribuire alla sopravvivenza socio-economica delle aree rurali e così via. Tali beni, infatti, devono essere tutelati anche a beneficio delle generazioni future, proprio perché collegati alla realizzazione di interessi di tutti i cittadini: si pensi a quelle esperienze di agricoltura che preservano i territori locali, così come quelle che conservano le varietà vegetali e animali autoctone. I soggetti che svolgono queste attività sono differenti: possono essere cittadini, come nel caso degli orti urbani; le cooperative di comunità o altri enti del Terzo settore, quali protagonisti di molteplici esperienze di gestione collettiva della terra; le imprese agricole, quando si dedicano all'agricoltura sociale o didattica[32].

Quanto alla revisione dell'art. 41 Cost., essa riverbera i suoi effetti anche sull'impresa agricola, che si trova oggi maggiormente vincolata dal divieto di recare danno alla salute e all'ambiente, facendosi obbligo al legislatore di indirizzarla – come ogni altra attività economica pubblica o privata – a fini, oltre che sociali, anche ambientali. La coerenza con il paradigma *One Earth-One Health* appare chiara, specie se si considera l'inquinamento ambientale, la contaminazione del cibo e i danni alla salute cagionati dall'uso di fertilizzanti chimici e pesticidi particolarmente aggressivi (si pensi al caso del glifosato), nonché dalle emissioni di ammoniaca e nitrati prodotte dall'allevamento intensivo: l'ecosostenibilità di tali attività antropiche non può che essere affrontata, da un lato, con un impegno istituzionale *ad hoc* nel processo di prudente ricon-

[31] Nei territori rurali italiani, la gran parte dei sistemi locali conserva ancora una parte cospicua del patrimonio tramandato dalle generazioni precedenti, cioè quella conoscenza contestuale di cui l'agricoltura è parte fondante. Ciò spiega lo sviluppo spontaneo nelle campagne italiane, sin dalla metà degli anni '70, di iniziative di imprenditorialità sociale nate dai movimenti per la costituzione delle cooperative giovanili e per l'abolizione dei manicomi, dalla lotta alla tossicodipendenza e dalla denuncia della condizione carceraria.

[32] In argomento v. A.G. Arabia, C. Losavio, *Sussidiarietà orizzontale e agricoltura: il ruolo del legislatore regionale,* in A. Gusmai, M.G. Nacci, C. Pannacciulli, R. Santoro, A Tamborrino, M. Troisi (a cura di), cit., 231 s.

figurazione economica e infrastrutturale, dall'altro, con l'adozione di strategie aziendali che nel ridurre l'impatto ambientale non accrescano il divario sociale.

3. *Il conflitto tra l'agricoltura e i diversi "interessi ambientali" implicati dalla transizione ecologica. In particolare, la localizzazione di impianti FER*

Peraltro, la costituzionalizzazione di principî che mirano a garantire "un unico sistema di vita salubre"[33] introduce nel sistema normativo un più elevato grado di flessibilità, ponendo problematicamente, e con differenti graduazioni, il tema del bilanciamento tra "interessi ambientali"[34] contrapposti. E infatti, quando si tratta di contemperare le esigenze di continuità dell'attività produttiva (e di salvaguardia dell'occupazione) con la tutela dell'ambiente, della salute e della sicurezza sul luogo di lavoro, il bilanciamento, o comunque il controllo sulla legittimità costituzionale del punto di equilibrio fissato dal legislatore, è, con tutti i limiti interni al nostro sistema di giustizia costituzionale[35], tecnica argomentativa utilizzata in forma "definitoria"[36] (Corte cost., sent. n. 85/2013, c.d. 'sentenze Ilva'), o perfino "rinunciataria"[37] (Corte cost., sent. n. 105/2024, c.d. 'sentenza Priolo') da parte della Corte costituzionale, evitando la verifica in concreto della legittimità costituzionale del mancato bilanciamento da

[33] Cfr. M. Carducci, *L'approccio* One Health *nel contenzioso climatico*, cit., 741.

[34] Il riferimento è alla distinzione tra 'beni' e 'interessi' ambientali operata da R. Bin, *L'ambiente nella Costituzione, tra beni e interessi*, in *ConsultaOnline*, 2/2025, in part. da 479 s., il quale sottolinea che «il giudice costituzionale italiano si occupa di "interessi", non di "beni" giuridici a cui l'ambiente e la sua tutela possono essere ricondotti» (483). Con specifico riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 105/2024 (c.d. 'caso Priolo') l'A. pone in evidenza quanto il nostro sistema di giustizia costituzionale spesso non consenta di affrontare in modo soddisfacente le questioni legate ai 'beni' di cui la Costituzione appresti la tutela. Esempio efficace ne è proprio la garanzia dei 'diritti ambientali'. Sulle discutibili argomentazioni sottese alla 'sentenza Priolo' v., *inter alios*, R. Bin, *Il "caso Priolo": scelta politica vs. bilanciamento in concreto (in margine alla sent. 105/2024)*, in *Consulta Online,* 3/2024*,* 1058 s. e A. Gusmai, *Valori "tiranni", bilanciamenti instabili e tutela ambientale dopo la sentenza Priolo,* in *Riv. Quad. Dir. Ambiente*, 2/2024, 377 s.

[35] Cfr. R. Bin, *L'ambiente nella Costituzione, tra beni e interessi*, cit., 483 e 485.

[36] Sul punto v. G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & Politica*, n. 1/2006 , 30 il quale dal classico bilanciamento "caso per caso" distingue un bilanciamento "definitorio o categoriale" in cui la soluzione del conflitto si estrinseca nella individuazione di «una regola generale e astratta, tendenzialmente applicabile anche ai futuri casi di conflitto». E, in effetti, il precedente della 'sentenza Ilva', in cui l'interesse strategico nazionale è prevalso su tutti gli altri, è stato poi utilizzato nella 'sentenza Priolo' per giustificare il sacrificio degli interessi di natura ambientale, nonostante questa volta essi fossero garantiti da un'espressa

[37] È la condivisibile posizione sulla 'sentenza Priolo' di A. Gusmai, *Valori "tiranni", bilanciamenti instabili e tutela ambientale dopo la sentenza Priolo,* cit., 386.

parte del decisore politico in favore di un ordine di prevalenza degli interessi in campo. Ancora più critica, per quel che concerne l'ambito agricolo, è la situazione di elevatissima conflittualità tra uso del suolo a fini di produzione energetica rinnovabile e impatto degli impianti cosiddetti FER[38] sul paesaggio, sull'agricoltura e sulla biodiversità. Poiché, infatti, tali impianti rappresentano il più importante strumento di decarbonizzazione ai fini di una transizione energetica che, sia in sede sovranazionale sia in quella internazionale, è considerata di interesse 'prioritario e preminente rispetto ad altri interessi pubblici antagonisti'[39], la ponderazione degli interessi coinvolti viene spesso affidata alla aprioristica determinazione dei criteri di prevalenza di un valore-interesse sull'altro[40], trasmutando in modo meno ambiguo, rispetto ai casi precedentemente esaminati, i tratti fondamentali del bilanciamento[41]. Invero, come già evidenziato in un precedente contributo[42], tale 'priorità', da un lato, amplifica

[38] L'acronimo si riferisce agli impianti alimentati da 'fonti di energia rinnovabile'.

[39] Così G. Piperata, *Territori da tutelare e transazioni ecologiche da promuovere: armonizzazione degli interessi e ruolo dei poteri regionali e locali*, in questa *Rivista*, 5/2023, 914, concordando con E. Bruti Liberati, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di* governance, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di* governance, in *Dir. pubbl.* 2021, 434.

[40] D'altra parte la stessa dottrina che si è segnatamente occupata del nuovo paradigma ecocentrico e del mutamento di prospettiva ad esso sotteso anche sul piano costituzionale, pone in rilievo l'emersione di una specifica gerarchia di valori (A. Morrone, *"Ambiente" fondamento della Costituzione repubblicana*, in G. Giorgini Pigniatiello, F. Rescigno, *One Hearth-One Health. La costruzione giuridica del Terzo Millennio*, cit. 8 e 9) che richiede un *bilanciamento* diseguale al fine di *dare priorità* ai diritti ecologici in quanto precondizione *di effettività di tutti i diritti inviolabili* (L. Ronchetti, *Ecocostituzionalismo. La sovranità popolare di fronte alla crisi ecologica*, cit., 107 e *infra*).

[41] Sul bilanciamento, *ex multis*, v. R. Bin, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; Id., R. Bin, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *La ragionevolezza nel diritto,* a cura di M. La Torre e A. Spadaro, Torino, 2002, 59 s.; R. Romboli, *Il significato essenziale della motivazione per le decisioni della Corte costituzionale in tema di diritti di libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti*, in V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, 210 ss.; L. Mengoni, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, 122 ss.; G. Scaccia, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, cit., 3965; A. Ruggeri, *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Ars Interpretandi*, 2002, 314 ss. M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, Conferenza trilaterale delle Corte costituzionali italiana, portoghese e spagnola, 18).

[42] Sia consentito il rinvio, sul punto, a C. Pannacciulli, M. Giandolfi, *La strategia di sviluppo energetico dei Monti Dauni tra* multilevel governance *e le sfide della transizione ecologica,* in *Le Regioni*, 3-4/2024, 575 s.

il conflitto[43] con altri beni costituzionalmente protetti – innanzitutto l'agricoltura[44] e la biodiversità, ma anche il paesaggio[45] e il diritto di proprietà – la cui tutela diviene quasi sempre recessiva rispetto all'obiettivo della più ampia diffusione degli impianti FER; dall'altro, riduce gli spazi applicativi del principio di sussidiarietà verticale (con particolare mortificazione delle amministrazioni locali), accentrando le scelte di allocazione e bilanciamento al livello di competenza esclusiva statale. La conflittualità non è solo potenziale, ma concretamente alimentata da interventi legislativi[46] che, sull'onda dell'emergenza climatica, hanno accelerato e semplificato le procedure autorizzative degli impianti, considerandone la pianificazione, la costruzione e l'esercizio *di interesse pubblico prevalente*[47].

A ciò si aggiunga una giurisprudenza costituzionale[48] che, nella pur condivisibile censura delle pratiche dilatorie regionali e, in ogni caso, lesive delle attribuzioni di competenza di cui all'art. 117, commi 1, 2 e 3 Cost., risulta sempre più incline a garantire il principio della «massima diffusione degli impianti da fonti di energia rinnovabile» senza, peraltro, "risolvere le contraddizioni …..che accompagnano i processi di transizione energetica rappresentati dal *Green Deal*, né offre qualche criterio generale cui fare ricorso per contemperare gli interessi in conflitto"[49]. E anzi, riconoscendosi un intimo nesso tra la libertà di iniziativa economica privata avente ad oggetto le energie rinnovabili,

[43] Tra le opinioni critiche più recenti v. G. Piperata, *Territori da tutelare e transazioni ecologiche da promuovere: armonizzazione degli interessi e ruolo dei poteri regionali e locali*, cit., 917 s.; B. Celati, *La localizzazione degli impianti energetici da fonti rinnovabili nel difficile bilanciamento tra interessi locali e finalità di tipo sistemico*, in questa *Rivista*, 5/2023, 1025 s.; S. Spuntarelli, *Le rinnovabili per la transizione energetica: discrezionalità e gerarchia degli interessi a fronte della semplificazione dei procedimenti autorizzatori nel PNRR*, in *Dir. amm.,* 1/2023, 59 s.; P. Carpentieri, *Paesaggio, ambiente e transizione ecologica*, in www.giustiziainsieme.it., 4 maggio 2021.

[44] Sull'incidenza dell'agroecologia in termini di sviluppo socio-economico degli spazi rurali v. M. Troisi, *Annotazioni sulla tutela costituzionale dell'agroecologia: il problematico inquadramento nell'attuale ripartizione delle competenze*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n. 2/2016, 101 s

[45] Sul punto v. S. Amorosino, *La «dialettica» tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili a tutela dell'ambiente atmosferico*, in *Riv. giur. ed.*, II, 2022, 273 s.

[46] Cfr. d.lgs. n. 199/2021, d.l. n. 17/2022, conv. in l. n. 34/2022, d.l. n. 144/2022, conv. in l. n. 175/2022, nonché i più recenti interventi citati *infra*.

[47] Cfr. https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2022/11/24/eu-to-speed-up-permitting-process-for-renewable-energy-projects/.

[48] Corte cost., sentt. nn. 27 del 2023, 121 e 216 del 2022, ma si v. già la sent. n. 267 del 2016. Sul versante amministrativo v., per tutte, Cons. Stato, Sez. IV, 8 settembre 2023, n. 8235, anche se vi è una più marcata sensibilità al bilanciamento da parte dei T.A.R.

[49] Così, condivisibilmente, G. Piperata, *Territori da tutelare e transazioni ecologiche da promuovere,* cit., 921.

da un lato, e le esigenze di tutela ambientale da queste soddisfatte[50], dall'altro, si finisce per attribuire alla prima un *favor* scaturente dalla sua peculiare funzione realizzativa di un interesse di natura strategica e, per questo, giustificativo del contenimento degli oneri amministrativi e della semplificazione dei processi trasformativi del territorio. Simili argomentazioni rischiano di irrigidire la tutela dell'ambiente promossa dagli artt. 9 e 41 Cost. novellati su posizioni di ambientalismo industriale[51] con scarsa considerazione per il bilanciamento tra interessi contrapposti, per lo più orientato e "assorbito" dal carattere *prevalente* della transizione energetica rispetto agli altri interessi pubblici (e diritti soggettivi) antagonisti. Anche perché, se a un interesse si attribuisce, per definizione, una priorità strategica e lo si incentiva istituzionalmente attraverso la velocizzazione dei procedimenti autorizzativi, diviene quasi impossibile "bilanciarlo" con qualsiasi altro: in tal caso può, forse, essere soddisfatto il principio di *congruità* del *mezzo* rispetto *al fine*, ma si dubita che la fase di valutazione del sacrificio dell'interesse ritenuto recessivo e del costo derivante da tale compressione (principio di proporzionalità) non sia fortemente condizionata dalla predeterminazione dell'interesse prevalente.

4. *Rilievi conclusivi*

Tale impostazione, nel conflitto tra uso del suolo a fini di produzione energetica rinnovabile ed esigenze legate all'esercizio di attività agricole, risulta foriera di esiti incompatibili sia con le finalità promosse dalla revisione costituzionale, sia con la nuova dimensione teleologica dell'art. 44 Cost. La recente esperienza di intere aree regionali (tra le altre in Toscana, in Lazio, in Puglia, in Basilicata, in Molise, in Sicilia e in Sardegna) oggetto di un maggior consumo di suolo in relazione all'installazione di impianti fotovoltaici ed eolici, configura un quadro di vero e proprio accaparramento di terreni agricoli da parte delle società private che costruiscono e gestiscono tali impianti, con vantaggi economici prevalentemente a beneficio delle stesse imprese investitrici. L'alterazione dei paesaggi e delle vocazioni originarie dei territori su cui viene imposto un neo-ecosistema ad essi estraneo mette in luce che una transizione ecologica così declinata non solo non realizza un miglioramento delle condizioni e della qualità di vita dei territori coinvolti, ma soprattutto inficia in radice la corretta implementazione dei principi alla base del paradigma "green", provocando

[50] Cfr. Corte cost., sent. n. 267 del 2016.

[51] V., sul punto, P. Carpentieri, *Paesaggio, ambiente e transizione ecologica*, in www.giustiziainsieme.it, cit., e N. Pignatelli, *La dimensione ambientale nel più recente contenzioso costituzionale Stato-Regioni: profili processuali e sostanziali*, in *Federalismi.it*, 13, 2023, 243.

impatti microclimatici dannosi[52] e finendo per riprodurre, sotto altre forme, la stessa logica estrattivista del precedente paradigma "fossile"[53]. Gli imponenti impianti eolici, fotovoltaici e agrivoltaici, le strutture accessorie (elettrodotti, stazioni elettriche, impianti di accumulo, ecc.) e la viabilità di accesso sono destinati a trasformare paesaggi unici in una sorta di anonima zona industriale che, di fatto, inciderà sull'esercizio dell'attività agricola e, sicuramente, sulla possibilità di promozione e valorizzazione della stessa. È per questo che non può rinunciarsi al bilanciamento "classico" tra interessi di rango costituzionale, superando l'ottica di prevalenza preordinata di taluni sugli altri e verificando, caso per caso, che una malintesa priorità della produzione di energia da fonti rinnovabili non intacchi i valori culturali e naturali dei territori, con dannose ricadute sulla produzione agricola, sulla biodiversità sul paesaggio, sul turismo di qualità e, più in generale, sull'identità e riconoscibilità dei luoghi.

[52] Sull'impatto degli impianti fotovoltaici e agrivoltaici sull'agricoltura e il paesaggio v. F. Vetrò, N. Brignoli, *Transizione energetica e agricoltura. L'agrivoltaico e l'eterogenesi dei fini*, in *CERIDAP*, 1/2025, 119 s.

[53] V., sul punto, G. Luciani, *Zone di sacrificio verdi, anzi verdissime. Il caso della Tuscia castrense*, in *www.asimmetrie.org*, Working paper 1/2024. Da più parti, inoltre, si sottolineano gli impatti della filiera nel suo complesso, dall'estrazione dei materiali, in primis il silicio dei pannelli, fino al loro smaltimento, così come si evidenzia pure l'impatto economico sul prezzo dei terreni agricoli che disincentiverebbe l'accesso alla terra soprattutto per gli agricoltori più giovani o nelle aree più vocate (pianura e collina), disequilibrando i costi e l'opportunità di utilizzo della terra a favore di usi del suolo alternativi a quello agricolo. In particolare, si raffigura che il processo di estrazione e trasformazione dei materiali impiegati per la realizzazione degli impianti fotovoltaici è di natura energivora in quanto occorre impiegare una notevole quantità di energia, soprattutto nella fase di estrazione, fusione e trasformazione/cristallizzazione del silicio, e ciò, conseguentemente, determinerebbe la produzione di notevoli emissioni di gas ad effetto serra. Si rileva la necessità di considerare, anche, gli impatti sulla biodiversità e sulla perdita di specie ad elevato pregio naturalistico determinati dalle collisioni tra le strutture e l'avifauna e dal declino degli organismi impollinatori a causa della ricorrente manutenzione necessaria ad evitare l'ombreggiamento da parte della vegetazione. Occorre, inoltre, valutare gli impatti derivanti dalla pulizia dei pannelli sulla matrice suolo o sulle colture sottostanti all'agri-voltaico.

Anna Papa[*]

DEMOCRAZIA RAPPRESENTATIVA E *REFERENDUM* ABROGATIVO NELL'ESPERIENZA COSTITUZIONALE ITALIANA. CORSI E RICORSI DI UN DIFFICILE RAPPORTO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Rappresentanza politica e democrazia diretta nel dibattito all'Assemblea costituente. – 3. *Referendum* e sistema rappresentativo: aspetti concettuali. – 4. *Referendum* abrogativo e sistema rappresentativo nell'evoluzione istituzionale dell'Italia repubblicana. – 5. L'ultima tappa (per ora): il mancato *referendum* abrogativo della legge sull'autonomia differenziata.

1. *Premessa*

Il rapporto tra rappresentanza politica – quale espressa dal rapporto tra Parlamento e Governo – e democrazia diretta – qui presa in considerazione con riferimento al solo istituto del *referendum* abrogativo – ha evidenziato, a partire dagli anni '70, dinamiche non sempre univoche che hanno portato all'utilizzo dello strumento referendario talvolta come sostitutivo della decisione politica, talaltra in contrapposizione a quest'ultima ma non sempre come strumento della minoranza quanto piuttosto come segnale di sfiducia nei confronti del sistema partitico nel suo complesso, sino ad arrivare alle ultime consultazioni referendarie nelle quali la consultazione viene descritta come un *referendum* sul consenso nei confronti del *leader* della maggioranza al governo. Questa pluralità di significati attribuibili al *referendum* abrogativo ne ha sempre più attenuato il valore "normativo", valorizzando invece il suo rapporto con il sistema politico. Anche per questo, come si avrà modo di sottolineare *infra*, il *referendum* ha conosciuto, in questi primi cinquant'anni di utilizzo, alterne fasi, alle quali potrebbero in futuro aggiungersene altre in un sistema politico e parlamentare che ha ormai rinunciato a fare del confronto e del dibattito lo strumento di definizione dell'interesse generale[1] e di formazione di una opinione pubblica non contingente[2].

[*] Ordinaria di Diritto costituzionale e pubblico. Università degli Studi di Napoli Parthenope, anna.papa@uniparthenope.it.

[1] Sul Parlamento come luogo del dibattito cfr. S. PRISCO, *Elogio della mediazione. Statuti dei gruppi parlamentari e libertà di mandato politico nelle democrazie rappresentative. Brevi annotazioni*, in *Federalismi.it*, 2018.

[2] Su questo aspetto cfr. P. BILANCIA, *Le sfide informative della democrazia*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, n. 3/2021, 159 ss. Si consenta altresì il rinvio a A. PAPA, *Democrazia della comunicazione e formazione dell'opinione pubblica,* in *Federalismi.it,* 2017.

2. *Rappresentanza politica e democrazia diretta nel dibattito all'Assemblea costituente*

In Italia, in sede di Assemblea costituente, l'atteggiamento nei confronti del *referendum* fu duplice. L'esigenza dell'introduzione di tale istituto nel sistema istituzionale e delle fonti italiano trovò, infatti, almeno inizialmente, un'atmosfera molto favorevole, dovuta in buona parte al fatto che la stessa Costituente era stata eletta con una votazione popolare collegata ad un *referendum* istituzionale su una scelta ritenuta particolarmente sensibile a livello sia politico sia sociale[3]. Tuttavia, a questa prima fase, nella quale tutti i gruppi politici si dichiararono favorevoli ad una introduzione su larga scala dell'istituto del *referendum* nel nuovo ordinamento repubblicano, subentrò ben presto un periodo di ripensamento e di riflessione, accompagnato da un progressivo emergere di perplessità ed anche timori circa le possibili conseguenze che il nuovo istituto avrebbe potuto produrre nella vita istituzionale e partitica del Paese, turbandone l'ordinato svolgimento ed acuendo i contrasti tra le forze politiche[4]. Sul piano propositivo si passò così dagli iniziali sette tipi di *referendum* proposti dall'on. Mortati (ad iniziativa presidenziale o governativa per dirimere divergenze col Parlamento, ad iniziativa popolare per arrestare o sottoporre a convalida provvedimenti legislativi, per abrogarli o proporne nuovi, in ambito regionale, aventi ad oggetto atti legislativi e amministrativi) ad una più ponderata ma comunque notevole previsione dell'istituto nel "Progetto di Costituzione" presentato dalla Commissione dei 75 alla Presidenza dell'Assemblea Costituente il 31 gennaio 1947 infine, in seguito al dibattito in Assemblea, ad una ulteriore ridefinizione che portò alla previsione dei tre soli tipi di *referendum*, attualmente previsti dalla Costituzione italiana (abrogativo di legge ordinaria, confermativo di legge costituzionale, consultivo in ambito regionale). In definitiva furono escluse tutte quelle ipotesi di *referendum*, di tipo sospensivo o approvativo di legge ordinaria o nelle quali l'iniziativa veniva attribuita ad un organo costituzionale. Si ritenne infatti che in tutti questi casi si sarebbe limitata quella centralità parlamentare che si voleva invece realizzare pienamente[5].

[3] Su questo aspetto si ritornerà più avanti nel testo.

[4] *Atti dell'Assemblea costituente*. Resoconto sommario della seduta della II Sottocommissione del 17 gennaio 1947, 817. Lo stesso relatore, on. Mortati, nella sua relazione sul potere legislativo aveva posto due condizioni all'introduzione dell'istituto del *referendum* nel sistema istituzionale: da un lato che il popolo avesse la possibilità di emettere un giudizio consapevole mediante una pronuncia chiara ed univoca; dall'altro che si evitasse che tale pronuncia fosse elemento di disarmonia nell'unità dell'indirizzo politico.

[5] I Costituenti, pur avendo deciso di non inserire la previsione del governo parlamentare tra i principi fondamentali del nuovo Stato, lo avevano comunque scelto come forma di gover-

Come è noto, l'esperienza repubblicana ha dimostrato ben presto che l'idea di una forma di governo parlamentare di tipo ottocentesco non era riproponibile sia per la presenza dei partiti sia per la tendenza ad una esecutivizzazione della forma di governo che nei decenni ha assunto connotazioni sempre più marcate[6]. Al tempo stesso, la posizione del Costituente è sembrata ancora risentire della contrapposizione, teorizzata tra l'altro dal Rousseau, tra democrazia (intesa, in primo luogo, come riconoscimento al popolo *quoad titulum* e *quoad exercitium* della sovranità) e rappresentanza[7]. L'esperienza dell'ultimo secolo sembra, invece, aver ampiamente dimostrato che la forma più compiuta di democrazia sia proprio quella rappresentativa, sebbene in forme sempre più distanti da quella centralità parlamentare dalla quale sembrava discendere l'essenza stessa della rappresentanza[8]. Anzi, è possibile affermare che anche le prospettive della democrazia digitale non possano, almeno nella riflessione

no del nascente ordinamento (artt. 93-95 Cost.). Inoltre, era anche intenzione diffusa quella di mantenere al Parlamento e alla funzione legislativa da esso espressa un ruolo di supremazia nell'ambito del sistema, proprio in virtù della massima rappresentatività espressa dall'organo. Non mancarono comunque opinioni divergenti come quella dell'on. Ruini, il quale dichiarò che il *referendum* era necessario per togliere al Parlamento il carattere di solo organo sovrano, poiché in fondo la sovranità del Parlamento è mediata essendo il popolo il vero sovrano. *Atti dell'Assemblea costituente*, Resoconto stenografico della seduta del 16 ottobre 1947, vol. I, 1268.

[6] Su questi aspetti cfr., tra gli altri P. Mazzina, *L'autonomia politica regionale. Modelli costituzionali e sistema politico*, Napoli, 2020; G. Cavaggion, *La formazione del Governo. Aspetti e problemi tra quadro costituzionale e nuove prassi*, Torino, 2020; A. Napolitano, *Rappresentanza politica e dimensione territoriale. Crisi e prospettive*, Napoli, 2022.

[7] Appare possibile affermare che di un certo antagonismo tra i due termini si può presumibilmente parlare quando il riferimento alla rappresentanza politica sia solo uno schermo dietro il quale si cela una forma di organizzazione del potere nella quale non esista alcun tipo di rapporto, neppure politico, tra rappresentanti e rappresentati. Per una ricostruzione del dibattito su questo aspetto si consenta il rinvio a A. Papa, *La rappresentanza politica. Forme attuali di esercizio del potere*, Napoli, 1998.

[8] Appaiono ormai lontani i tempi nei quali era prevalente l'idea che il Parlamento fosse luogo di democrazia, in quanto luogo di confronto e di dialettica tra le varie forze che rappresentano un Paese. Come fu stato felicemente sottolineato «l'intento ideale del 'parlamentare' è il cooperare intellettualmente per la migliore soluzione di una questione circa la soluzione da prendere. È una battaglia in cui il vincere sta in un convincere. Un tale dibattito comporta normalmente la contrapposizione di argomenti, di concetti, di idee, nell'intento di una migliore scelta tra i vari scopi e mezzi. (…) In questo contesto la discussione, e persino lo stesso contrasto, si risolve in una vera cooperazione, anche tra partiti avversi, il cui obiettivo finale è sempre quello del miglior interesse collettivo». V.E. Orlando, *Del parlare in Parlamento*, in *Il Ponte*, 1949, 569, il quale sottolinea che il parlamentare per convincere è strumento di crescita sociale e politica per una Nazione. Su questi tempi cfr. D. Nocilla, *Brevi note in tema di rappresentanza e responsabilità politica*, in *Giur. cost*., 1989, 585; D. Fisichella, *La rappresentanza politica: alcuni problemi concettuali*, in *Quale riforma della rappresentanza politica?*, Milano, 1990, 39.

odierna, riproporre un antagonismo concettuale tra rappresentanza e democrazia, che non ha più ragione d'essere[9].

3. Referendum *e sistema rappresentativo: aspetti concettuali*

Come si è avuto modo di sottolineare in precedenza, nei sistemi di democrazia pluralista, superato il principio della incompatibilità concettuale tra democrazia rappresentativa ed istituti di democrazia diretta, il *referendum* viene chiamato a svolgere una funzione di stimolo e di controllo nei confronti del sistema rappresentativo. Tuttavia, l'influenza che questo istituto può avere su un sistema istituzionale è frutto di molteplici fattori, quali il tipo di *referendum* prescelto, la disciplina di attuazione prevista, il contesto istituzionale nel quale va ad inserirsi[10]. Infatti, il ruolo e le conseguenze del *referendum* sul sistema rappresentativo dipendono molto anche da alcuni caratteri strutturali di quest'ultimo, quali ad esempio la formula elettorale prevista per la formazione della Camere rappresentative; dal numero dei partiti. Ancora l'effetto cambia a seconda che ci si trovi in sistemi politici sostanzialmente stabili o in crisi.

Per quanto riguarda il primo aspetto – il rapporto tra *referendum* e sistema elettorale – va preliminarmente considerato che corpo referendario e corpo elettorale coincidono (in Italia per poter votare per il *referendum* basta infatti la capacità elettorale attiva fissata a diciotto anni anche per tutte le assemblee rappresentative). Di conseguenza compongono il corpo referendario gli stessi elettori chiamati a pronunciarsi sull'indirizzo politico nelle elezioni per la formazione degli organi rappresentativi nazionali e locali. Solo che nel primo caso si vota su una singola questione; nel secondo si vota per un programma o, come ormai accade negli ultimi decenni, per il *leader* di un partito o di una coalizione.

Pertanto, l'analisi del rapporto tra *referendum* e sistemi maggioritari è essenzialmente analisi del *modus decidendi*. Ed appare evidente che, come metodo decisionale, il *referendum*, se inteso come atto popolare che vuole indicare ai

[9] Cfr. S. Prisco, *Rinnovare i canali ostruiti della rappresentanza politica e della democrazia*, in *Diritto pubblico europeo. Rassegna online*, n. 2/2021. Sul tema si vedano, tra gli altri S. Rodota', *La sovranità nel tempo della tecnopolitica. Democrazia elettronica e democrazia rappresentativa*, in *Politica del diritto*, n. 4/1993; A. Di Giovine, *Democrazia elettronica: alcune riflessioni*, in *Diritto e società*, n. 3/1995, 399-413, e sia consentito il rinvio a A. Papa, *Rappresentanza politica* versus *democrazia elettronica tra molteplicità di prospettazioni e problematicità di rapporti*, in L. Chieffi (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione*, élites *al potere,* Torino, 2006.

[10] Cfr. G. Guarino, *Il* referendum *e la sua applicazione al regime parlamentare*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1948, 35; E. De Marco, *Contributo allo studio del* referendum *nel diritto pubblico italiano*, Padova, 1974.

rappresentanti un indirizzo da seguire e non come un mero atto di legislazione negativa, costituisca un non sempre "governabile doppione" rispetto al sistema elettorale, in quanto fondato sulla stessa logica del "*first past the post*". Con la differenza che alla maggioranza in Parlamento "si sostituisce" la maggioranza del corpo referendario. In sistemi che adottano la proporzionale, il *referendum*, se utilizzato come strumento di indirizzo, rientra invece in una logica diversa, in quanto funge da occasionale strumento "*one shot*" in contesti nei quali le minoranze normalmente trovano comunque ambiti di espressione, rivelando così un ruolo complementare alla rappresentanza politica.

Analogo discorso può farsi mettendo in relazione il *referendum* con il numero dei partiti. In sistemi bipolari nei quali si fronteggiano due coalizioni forti, un *referendum* ad alta valenza propositiva presenta il rischio di rappresentare, in caso di esito positivo e anche se solo politicamente, un atto di sfiducia nei confronti della maggioranza di governo. Al riguardo è stato sottolineato come in questi contesti l'uso del *referendum* possa produrre «il rischio continuo della collisione tra due logiche entrambe maggioritarie, così da rendere altamente probabile – se non addirittura necessario – lo scioglimento anticipato delle Camere ad ogni sconfessione in sede referendaria di un punto qualificante l'indirizzo politico espresso dal binomio Governo-maggioranza parlamentare». L'opposizione avrebbe quindi tutto l'interesse a promuovere dei *referendum*, che finirebbero col trasformarsi in vere e proprie «spade di Damocle» per la maggioranza (vista, tra l'altro, la sempre più difficile presa della volontà partitica sul corpo referendario)[11]. Diversa è invece la situazione in un sistema rappresentativo pluripartitico, nel quale è sovente rinvenibile la tendenza al compromesso, sia per dar vita a governi, sia in merito a decisioni di particolare importanza. In questo contesto il *referendum* svolge sia una funzione di stimolo, in quanto tende a sollecitare gli organi costituzionali di indirizzo ad adottare in tempi rapidi decisioni avvertite come improrogabili dalla collettività, sia di controllo, non solo sul governo ma anche sull'opposizione. Il "prezzo", se si può usare questa espressione, di un frequente ricorso al *referendum* è tuttavia il rischio di una accentuazione dell'instabilità governativa, fenomeno già di per sé tipico dei governi di coalizione[12].

Infine, un cenno sull'impatto del *referendum* su sistemi stabili o in crisi. Nei primi, il *referendum*, anche quello propositivo e ad iniziativa popolare, si pone sostanzialmente come elemento complementare al circuito rappresentati-

[11] Cfr. E. De Marco, Referendum *e indirizzo politico*, in *Giur. cost*., 1994.

[12] Ivi, 1425. L'Autore rileva il rischio che in presenza di governi di coalizione il *referendum* possa mettere a repentaglio equilibri compromissori, spesso fragili, accentuando l'instabilità di governo.

vo. Infatti, sia che svolga funzione sanzionatoria nei confronti dell'operato del Parlamento e dei gruppi politici su singole questioni (quindi come giudizio di valore e di opportunità circa i contenuti di una legge), sia che funga da stimolo nei confronti del Parlamento stesso affinché si faccia interprete di rilevanti esigenze sociali e le trasformi in atti legislativi, non appare comunque in grado di creare alcuna frattura nel sistema istituzionale, in quanto la contrapposizione tra democrazia diretta e rappresentativa va ad interessare il mezzo tecnico di decisione ma non certamente il piano istituzionale, dove al contrario i processi politici espressi dai due criteri tendono ad integrarsi. Inteso pertanto semplicemente quale correttivo del sistema rappresentativo il *referendum* ne arricchisce la capacità di rispondere a pieno alle esigenze che si affermano come maggioritarie nel sistema, ma non ne altera il funzionamento complessivo, in quanto il potere di decidere l'indirizzo politico nella sua globalità resta radicato in capo agli organi rappresentativi.

Ben diverso è invece il ruolo del *referendum* in sistemi in crisi o comunque alla ricerca di un assetto stabile, quale può essere considerato quello italiano degli anni '80-'90, nei quali ha assunto una posizione non di collaborazione bensì di collisione con il sistema rappresentativo di tipo parlamentare. Pur concordando con chi ritiene che i *referendum* svolgano indiscutibilmente una positiva funzione di stimolo in quei sistemi che stentano a trovare la forza per riformarsi seguendo le tradizionali procedure, appare tuttavia problematica la possibilità che la riforma avvenga quasi esclusivamente mediante l'intervento diretto, ma pur sempre intermittente (e quindi privo di continuità politica) del corpo referendario. Questo sottende, ma allo stesso tempo contribuisce a determinare, una debolezza intrinseca del sistema (che non riesce ad avviare le procedure di riforma) o, il che è peggio, una latente resistenza dello stesso ad autoriformarsi. Con il rischio che i singoli passaggi referendari si trasformino in atti plebiscitari di assenso (o dissenso) a fondamentali cambiamenti da attuare nel Paese. Il problema tuttavia, come appare evidente, riguarda non il *referendum* o un eventuale uso distorto dello stesso, bensì la rappresentanza politica che non vuole o non riesce a fornire risposte concrete ed efficienti alle istanze espresse dal corpo elettorale.

È soprattutto in questi contesti che il difficile rapporto tra democrazia rappresentativa e democrazia referendaria emerge in tutta la sua problematicità. Da un lato appare infatti incontestabile la considerazione, espressa dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 16 del 1978, che il *referendum* non possa trasformarsi in un «distorto strumento di democrazia rappresentativa, mediante il quale si vengono in sostanza a proporre plebisciti o voti popolari di fiducia, nei confronti di complessive inscindibili scelte politiche dei partiti o dei gruppi organizzati che abbiano assunto o sostenuto le iniziative referen-

darie»[13]. E questa eventualità si presenta in particolar modo possibile quando in presenza di una acuta crisi dei partiti nessun'altra aggregazione di base sia sostanzialmente disposta ad assumersi la responsabilità di determinate scelte.

D'altro lato, tuttavia, anche in considerazione degli alti *quorum* previsti di regola per la validità della consultazione referendaria (come è noto, in Italia per il *referendum* abrogativo è prevista una doppia maggioranza, dei votanti e dei voti favorevoli) si rende necessario, al fine di non incrinare il rapporto di fiducia che è alla base del rapporto rappresentativo, che gli organi di indirizzo politico, ed in particolar modo il Parlamento, analizzino il significato politico dell'esito referendario[14]. Del resto, le finalità politiche sottese ad ogni singola richiesta referendaria sono ormai sempre più conoscibili sia dal corpo elettorale chiamato ad esprimersi su esse sia dagli organi rappresentativi. Anzi può dirsi che negli ultimi anni l'uso del *referendum* ha assunto proprio come scopo

[13] Corte costituzionale, sentenza n. 16 del 1978, in *Giur. cost*., 1978, I, 79.

[14] Come è noto, la disciplina dei servizi pubblici locali è stata oggetto del *referendum* abrogativo del 12 e 13 giugno 2011, che ha portato all'abrogazione dell'art. 23 *bis* del d.l. n. 112 del 2008 (conv. dalla l. n. 133/2008) e, di conseguenza, alla caducazione del regolamento di attuazione, adottato dal D.P.R. n. 168/10, restituendo per questo motivo agli Enti locali, in piena conformità con l'ordinamento europeo, la facoltà di decidere senza restrizioni o limitazioni di utilizzare, per la gestione di un servizio pubblico anche lo strumento delle società a totale partecipazione pubblica. In seguito al *referendum* abrogativo, al fine di consentire la definizione di una normativa in materia, il legislatore ha approvato l'articolo 4 del d.l. n. 138/11, con il quale è stata confermata la volontà di non prevedere una disciplina specifica del modello dell'*in house providing*, ma di concentrare l'attenzione su settori specifici, come lo è quello dei servizi pubblici locali, ribadendo il principio della liberalizzazione di tutte le attività economiche. Lo stesso, quindi, ha riprodotto nella nuova disposizione quanto già previsto in quella abrogata dal *referendum*, basata sull'esternalizzazione del servizio a privati e sull'affidamento dello stesso a società miste, relegando anche in questo caso ad ipotesi residuale l'utilizzo del modello *in house*. La disposizione è stata impugnata dinanzi alla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 199 del 2012, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale in considerazione della riproposizione della normativa abrogata dal *referendum* del 2011, in palese contrasto con la volontà popolare espressa in occasione della consultazione referendaria *ex* art. 75 della Costituzione. Sul punto la Corte ha confermato il divieto del sostanziale ripristino della normativa abrogata con *referendum* già espresso nelle sentenze n. 32 e 33 del 1993. In queste occasioni la Corte aveva sottolineato come «un simile vincolo derivante dall'abrogazione referendaria si giustifica alla luce di un'interpretazione unitaria della trama costituzionale ed in una prospettiva di integrazione degli strumenti di democrazia diretta nel sistema di democrazia rappresentativa delineato dal dettato costituzionale, al solo fine di impedire che l'esito della consultazione popolare, che costituisce esercizio di quanto previsto dall'articolo 75 Cost. venga posto nel nulla e che ne venga vanificato l'effetto utile, senza che si sia determinato, successivamente all'abrogazione, alcun mutamento né del quadro politico, né delle circostanze di fatto, tale da giustificare un simile effetto». Su questo cfr., tra gli altri, G. Ferri, *Abrogazione popolare e vincolo per il legislatore: il divieto di ripristino vale finché non intervenga un cambiamento del "quadro politico" o delle "circostanza di fatto",* in *www.giurcost.org,* 2012; R. Dickmann, *La Corte conferma il divieto di ripristino della legislazione abrogata con* referendum*,* in *Federalismi.it,* 5 dicembre 2012.

quello di sollecitare in questo ambito la riflessione dei rappresentanti[15]. Tocca a questi ultimi quindi il compito di assumersi la responsabilità di percepire le istanze di cambiamento talvolta espresse dal popolo tramite il *referendum* e considerarle una base di dibattito in vista di una riforma, qualunque essa sia, che deve comunque essere valutata. Solo così la rappresentanza può confermare la propria supremazia, non temendo di confrontarsi con le istanze espresse dal popolo che spesso in questo secolo ha dimostrato di essere più aperto al rinnovamento rispetto ai propri rappresentanti.

4. Referendum *abrogativo e sistema rappresentativo nell'evoluzione istituzionale dell'Italia repubblicana*

La cautela mostrata dai Costituenti nei riguardi del *referendum* è stata nei primi decenni di vita repubblicana fatta propria anche dal legislatore ordinario (al quale è demandato il compito di approvare la legge per la pratica operatività dell'istituto) e dalla Corte costituzionale (alla quale è affidato il compito di giudicare l'ammissibilità della proposta referendaria). Infatti, il primo ha approvato la legge attuativa del *referendum* solo nel 1970 (L. 25 maggio 1970, n. 352), la seconda, a giudizio di una rilevante parte della dottrina giuspubblicistica, nelle proprie pronunce di ammissibilità o meno della proposta referendaria è apparsa molto spesso più attenta all'impatto politico della stessa che non ai profili strettamente tecnico-giuridici[16].

Questo atteggiamento non ha tuttavia impedito al *referendum* di assumere una connotazione che va ben al di là del carattere "normativo" che i Costituenti avevano inteso attribuire all'istituto, al punto che ad alcune pronunce referendarie è stato riconosciuto il valore di veri e propri atti d'indirizzo, mediante i quali il corpo elettorale ha espresso, ed esprime, agli organi rappresentativi istanze specifiche su questioni definite[17].

[15] Nel 2017 la Corte costituzionale aveva dichiarato ammissibile il *referendum* sulla legge che consentiva il pagamento del lavoro accessorio mediante voucher (previsto da alcune disposizioni contenute nel d.lgs. 81/2015. Si trattava di uno strumento molto contestato, anche perché sovente utilizzato per nascondere situazione di lavoro non regolare. In prossimità della consultazione referendaria e percepito probabilmente l'orientamento popolare favorevole a tale abrogazione, il Governo ha approvato il d.l. 17 marzo 2017, n. 25, convertito con la l. 20 aprile 2017, n. 49 con la quale sono state approvate le disposizioni che di lì a poco sarebbero state oggetto del *referendum*.

[16] Su questi aspetti cfr., tra gli altri, G. Salerno, *Il* referendum, Padova, 1992; A. Cariola, Referendum *abrogativo e giudizio costituzionale*, Milano, 1994; A. Barbera E A. Morrone, *La Repubblica dei* referendum, Bologna, 2003; P. Carnevale, *I rischi dell'utopia della cd democrazia diretta*, in *Nomos - Le attualità del diritto*, 2020.

[17] Cfr. C. Amadei, *Segni dei tempi. La resistibile ascesa di un* referendum, in *Politica del diritto*, 1993, 351; B. Caravita, *Tra crisi e riforma*, Torino, 1993, 114.

Pur nella consapevolezza che l'esperienza referendaria abbia fatto registrare fasi diverse, appare interessante leggere alcuni momenti referendari alla luce del loro rapporto con il sistema rappresentativo.

La legge attuativa del *referendum* è stata, come ricordato prima, approvata in Italia solo nel 1970. Il ritardo con cui si è data concretizzazione legislativa ad un istituto che, come già sottolineato, in Assemblea costituente era stato da taluni definito «necessario» per togliere al parlamento il carattere di solo organo sovrano, denota i dubbi del sistema politico circa l'impatto che il *referendum* stesso avrebbe potuto avere sul sistema di governo.

Non è possibile in questa sede ripercorrere in modo approfondito tutte le tappe dell'evoluzione dell'uso del *referendum* nell'ambito del sistema istituzionale italiano ma si ritiene opportuno soffermarsi, pur richiamandoli tutti, su alcuni momenti referendari che appaiono, ad opinione di chi scrive, espressive dell'ondivago rapporto del sistema rappresentativo con questo istituto di democrazia diretta.

La prima consultazione referendaria (del maggio 1974), successiva all'approvazione della legge che ne ha reso possibile l'esercizio, ha avuto ad oggetto, come è noto, la legge del 1970 sullo scioglimento del matrimonio. In quella occasione si è ripetuta, come da più parti sottolineato, la medesima "delega" di decisione che si era registrata nel 1946, quando i partiti del CNL, a poche settimane dalla consultazione popolare per l'elezione dell'Assemblea costituente, decisero di affidare al popolo anche la scelta tra monarchia e repubblica[18]. Nel

[18] Al riguardo può dirsi che sin dall'ordine del giorno del 5 giugno 1944 i partiti del CNL avevano stabilito di deferire al libero voto del popolo italiano la decisione sul problema istituzionale ed avevano formalizzato tale decisione nel D. Lgt. del 25 giugno 1944, n. 151, che all'art. 1 sanciva che dopo la liberazione del territorio nazionale le forme istituzionali sarebbero state scelte dal popolo italiano che a tal fine avrebbe eletto a suffragio universale diretto e segreto un'assemblea costituente per deliberare la nuova costituzione dello Stato. È evidente quindi che, almeno in un primo momento, le forze politiche avessero ritenuto che la sovranità popolare si sarebbe dovuta esplicare solo eleggendo i componenti l'Assemblea costituente ai quali sarebbe poi spettata la scelta tra repubblica e monarchia. Solo in un secondo momento, e giova ribadirlo, quasi alla vigilia della data fissata per la consultazione tale scelta venne trasferita al corpo elettorale (D. Lgt. 16 marzo 1946, n. 98). Da un punto di vista formale questa decisione consentiva di evitare, sul piano istituzionale, i rischi connessi al fatto di far svolgere tutti i lavori dell'Assemblea in un ordinamento ancora formalmente rappresentato dalla Corona e alla presenza di un governo di derivazione regia. Da un punto di vista politico le varie forze politiche evitarono di doversi pronunciare in modo diretto su una questione che praticamente in quel periodo aveva catalizzato l'attenzione dell'opinione pubblica. In altre parole, esse "decisero di non decidere" una questione che investiva più il dato politico che non quello istituzionale del nuovo sistema che si doveva delineare. Infatti, il decreto 98 del 1946 deferiva al corpo elettorale solo la scelta tra monarchia e repubblica, provvedendo invece a regolamentare direttamente le conseguenze istituzionali che potevano scaturire dalla prevalenza dell'una o dell'altra opzione. In particolare, tale decreto stabiliva che l'eventuale vittoria della monarchia non avrebbe pregiu-

caso della legge sul divorzio, infatti, l'allora partito di maggioranza relativa che non aveva potuto impedire l'approvazione della legge stessa confidò proprio sul *referendum* per allontanare da sé il *calice amaro* dell'approvazione di una legge che la società attendeva da tempo ma che aveva lacerato fortemente, in quel momento, il sistema partitico e, soprattutto, il partito di maggioranza relativa[19].

La fase referendaria successiva, promossa sostanzialmente dal partito Radicale (in alcune delle legislature coinvolte neppure presente in Parlamento), può collocarsi tra il 1978 e il 1987 e vede l'esplicarsi di un rapporto, che potrebbe definirsi "fisiologico" tra sistema partitico e *referendum*. Nelle quattro (plurime) consultazioni referendarie che si sono tenute in questa fase il *quorum* strutturale è stato sempre raggiunto, evidenziando un forte desiderio di partecipazione popolare; tuttavia, giova sottolineare che solo i quesiti del 1987 portarono all'abrogazione delle leggi, o delle disposizioni, sottoposte a *referendum*. Tra questi, svolgendo secondo molti una autentica funzione di traino, va ricordato il quesito sulla localizzazione delle centrali nucleari, che grande impatto ha avuto anche successivamente sul dibattito e sulla politica nazionale in materia.

Di grande interesse, ma diversificata al proprio interno, è la stagione referendaria degli anni '90, a partire dai *referendum* del giugno 1990 sulla caccia, dove per la prima volta si sperimenta il mancato raggiungimento del *quorum*, al termine di una campagna referendaria che aveva puntato in modo significativo su questa opzione di scelta per l'elettore[20].

dicato le questioni concernenti la Corona, dalla titolarità alle prerogative e alle funzioni, le cui determinazioni venivano rimesse esclusivamente alla volontà dell'Assemblea costituente. Come è stato sottolineato da S. Labriola (*Lezioni di diritto costituzionale*, Rimini, 1997, 15) dopo il 2 giugno 1946 gli organi costituzionali dello Stato derivano la loro legittimazione dall'Assemblea costituente o perché da essa eletto, come nel caso del Capo dello Stato, o perché ad essa legato da un rapporto di fiducia, come accadde per il Governo. Sulla valenza politica del D. Lgt. 98 del 1946 cfr. G. Guarino, *Le gouvernament provisoire en Italie du 25 Juillet 1943 au 2 juin 1946*, in *Reveu de droit public*, 1946, 270.

[19] Cfr., da ultimo, P. Carnevale, *op. cit*. Sul punto appare importante ricordare come la consultazione referendaria fu posticipata di due anni (era stata inizialmente indetta dal Presidente della Repubblica per giugno 1972) in seguito alla crisi di governo che portò allo scioglimento anticipato e alle elezioni politiche di quell'anno.

[20] La volontà delle forze politiche presenti in Parlamento di "sterilizzare" questi quesiti referendari apparve abbastanza chiara nel momento in cui – a maggio del 1990 – venne approvata una modifica, attesa da tempo, allo Statuto dei lavoratori che estendeva alcune importanti tutele, previste dallo Statuto stesso, anche alle imprese con meno di 15 dipendenti. Dal momento che era stato richiesto *referendum* proprio sulla previsione dello Statuto che sino a quel momento ne prevedeva l'applicazione solo alle medie e grandi imprese, la novella determinò l'eliminazione di questo quesito dalla tornata referendaria di quest'anno con la conseguente riduzione di interesse

Il mancato raggiungimento del *quorum* ha rappresentato, tuttavia, in quella fase della storia referendaria, un caso isolato, perché nelle due tornate successive – che vengono considerate le più significative ad oggi nell'esperienza repubblicana –, quella del 1991 e del 1993, si raggiunsero sia il *quorum* strutturale sia quello deliberativo. I quesiti principali di queste tornate hanno riguardano il sistema elettorale, nel primo caso abrogando le preferenze[21] e nel secondo caso abrogando in modo manipolativo alcune disposizioni elettorali – e rendendo quindi necessaria la riscrittura (non per ragioni formali ma sostanziali) della legge per l'elezione dei senatori, oltre ad abrogare la legge sul finanziamento pubblico ai partiti.

Non è possibile in questa sede approfondire la problematica del grado di efficacia di una riforma elettorale per la soluzione della crisi di un sistema politico anormalmente centripeto e consociativo. Ciò che rileva invece ai fini del presente lavoro è l'intelaiatura dei rapporti che sono andati sviluppandosi nel periodo 1990-1993 tra il movimento referendario e gli organi della rappresentanza politica.

In sede dottrinale il dibattito sulla necessità di una riforma elettorale era iniziato già nei primi anni '80 ed aveva portato all'elaborazione di numerose proposte che nel tempo avevano trovato patrocinio anche tra le diverse forze politiche. Tuttavia, questo fermento di idee non aveva trovato alcuna concretizzazione legislativa.

In questo contesto di sostanziale stasi si inserisce a partire dagli ultimi anni '80 l'attività di un movimento referendario che in quella fase si pone come "trasversale" rispetto ai partiti politici tradizionali ed anzi in buona parte estraneo al sistema partitico.

Eppure, proprio il sistema partitico consentì al *referendum* del 1993 sulle norme elettorali del Senato di potersi tenere.

per la consultazione sugli altri temi (caccia e fitofarmaci), allora non ancora particolarmente sentiti da parte dell'opinione pubblica.

[21] La prima (giudicata ammissibile dalla Corte e sottoposta a *referendum* nel giugno 1991) ha riguardato vari articoli del t.u. delle leggi disciplinanti l'elezione della Camera dei deputati (d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361) ed in particolare quelle norme che prevedevano per l'elettore la possibilità di esprimere più di una preferenza nell'ambito della lista votata. La richiesta di abrogazione aveva come scopo quello di sostituire tale preferenza plurima con una sola preferenza chiaramente espressa, al fine di evitare, per quanto possibile, brogli ed altre pratiche, non conformi ad un corretto rapporto tra elettori ed *eligendi*, che variamente si possono realizzare attraverso la gestione delle preferenze. Con questo *referendum* i Comitati referendari ottennero una prima vittoria in quanto, nonostante il carattere limitato dell'obiettivo, quel *referendum* venne generalmente avvertito (i voti favorevoli furono il 95,6 per cento dei voti validi) come un primo passo verso più ampie riforme elettorali. Cfr. E. De Marco, Referendum *e indirizzo politico,* cit., 1418.

La proposta referendaria ha vissuto, infatti, sostanzialmente due momenti. La richiesta originaria si basava, come è noto, su una complessa operazione di ritaglio di alcune disposizioni della L. 6 febbraio 1948, n. 29, volte a trasformare il sistema elettorale per l'elezione dei componenti elettivi del Senato da formalmente maggioritario ma sostanzialmente proporzionale (visto l'altissimo *quorum*, il 65 per cento, previsto per l'aggiudicazione maggioritaria di un seggio) in un sistema *de iure* e *de facto* maggioritario. Obiettivo dei promotori era quindi l'abrogazione di una parte dell'art. 17 di tale legge che tuttavia nella sua formulazione originaria (*Il presidente dell'Ufficio elettorale circoscrizionale, in conformità dei risultati accertati, proclama eletto il candidato che ha ottenuto un numero di voti validi non inferiori al 65 per cento dei votanti*) non consentiva alcun tipo di manipolazione. Ed infatti la Corte definì questa proposta incoerente e come tale inammissibile, in quanto da un lato l'opera di ritaglio delle disposizioni non consentiva all'elettore di percepire con chiarezza le finalità della richiesta abrogativa su cui andava ad esprimersi, dall'altro la normativa di risulta si presentava inapplicabile in assenza di un successivo intervento del Legislatore.

Alle Assemblee legislative, in presenza di una simile pronuncia, che sostanzialmente sbarrava la strada a future analoghe richieste referendarie ma d'altro canto dinanzi ad un ampio numero di firme raccolte dai promotori per quella richiesta referendaria, giungeva chiaro il segnale di una volontà popolare di rinnovamento che non poteva essere disattesa.

Le soluzioni percorribili dagli organi della rappresentanza politica erano sostanzialmente due: la prima, che comportava una chiara assunzione di responsabilità, si sostanziava nel procedere ad una riforma del sistema elettorale secondo i tradizionali processi di assunzione delle decisioni politiche; la seconda si concretizzava invece nel rendere possibile la consultazione referendaria, modificando il testo originario della legge del 1948.

Paradossalmente le forze politiche presenti in quel momento in Parlamento optarono proprio per questa seconda soluzione e con la leggina 23 febbraio 1993, n. 33 modificarono formalmente il testo dell'art. 17 che divenne il seguente: «Il Presidente dell'Ufficio elettorale circoscrizionale (…) proclama eletto il candidato che ha ottenuto il maggior numero di voti validi espressi nel collegio, comunque non inferiore al 65 per cento del loro totale».

Si tratta, come è evidente, di una riformulazione dell'articolo che non ne mutò la sostanza ma, di fatto, grazie ad un accorto intervento di *drafting* legislativo, rese possibile proporre l'abrogazione delle sole parole dell'art. 17 che stabilivano il *quorum* del 65 per cento lasciando intatto il resto dell'articolo. Togliendo, infatti, a quella disposizione le parole che indicavano il *quorum* il significato dell'articolo rimaneva perfettamente chiaro e corrispondeva esat-

tamente ad un sistema maggioritario *plurality*, in cui il candidato più votato conquista il seggio quale che sia la percentuale di voti conseguita[22].

È interessante notare che la richiesta del comitato dei promotori per l'abrogazione della legge elettorale per il Senato fu presentata prima che la legge venisse approvata, pur basandosi questa volta proprio sulla richiesta di abrogazione dell'art. 17. Si ha quindi quasi la sensazione che i promotori si attendessero questa scelta da parte dei parlamentari. Del resto, la percezione di una rinuncia da parte del ceto politico a porre in essere una reale riforma elettorale viene evidenziata anche da un altro elemento e cioè dal fatto che le leggi elettorali che le Assemblee approvarono nell'agosto del 1993 (sulla scia dell'abrogazione a larga maggioranza – 82,8 per cento dei voti validi – della legge del 1948) si sono limitate a normativizzare un dato numerico e sotto certi aspetti casuale derivante dall'abrogazione referendaria[23].

Appare quindi possibile affermare che gli organi della rappresentanza politica da un lato subirono la decisione del corpo referendario di avviare una riforma elettorale, dall'altro non vollero sino in fondo percepire gli orientamenti espressi dallo stesso che sembravano indirizzati verso un sistema elettorale integralmente maggioritario, preferendo invece adottare la soluzione più vicina al ritaglio manipolativo della normativa già esistente operato dal Comitato dei promotori.

Le consultazioni del 1993 certificarono agli occhi dell'opinione pubblica la crisi del sistema partitico, che durava in realtà da tempo, e aprirono la stagione dei tentativi di razionalizzazione della forma di governo mediante il cambiamento della legge elettorale, con la realizzazione di un sistema politico basato su una bipolarizzazione di coalizione. Aprirono anche la strada all'ingresso, sulla scena partitica italiana, di nuovi soggetti ma soprattutto di una loro strut-

[22] C. Amadei, *op. cit.,* 351; B. Caravita, *op. cit.*, 114.

[23] La legge in oggetto è la 4 agosto 1993, n. 276 alla quale si affianca la n. 277, approvata lo stesso giorno, che ha modificato il sistema elettorale della Camera. I due sistemi si basano sulla medesima formula, definibile "mista", per tre quarti maggioritaria e per un quarto proporzionale. Le differenze sono date invece da aspetti tecnici, quali il numero delle schede (una per il Senato, due per la Camera) o il meccanismo dello scorporo usato al Senato. Le due leggi si fondano quindi sulla stessa logica per certi aspetti casuale che può portare alla formazione di maggioranze anche sensibilmente diverse. Ed infatti le due tornate elettorali che si sono avute in Italia dal 1993 (quelle del 1994 e del 1996) hanno prodotto in entrambi i casi maggioranza diverse nelle due Camere, rendendo necessari ulteriori apparentamenti tra le forze politiche in sede parlamentare. Infatti, per quanto riguarda la casualità, appare utile sottolineare che il numero dei collegi senatoriali esistenti al momento della consultazione referendaria era 238, pari a 3/4 dei seggi elettivi del Senato. Il ricorso ad un sistema misto, per 3/4 maggioritario e per 1/4 proporzionale, al di là della volontà politica di tutelare in qualche misura le minoranze partitiche, derivò probabilmente proprio da questa contingenza tecnica.

turazione di tipo leaderistico, che si stava in quel momento già affermando in altri Paesi europei.

Questa nuova fase della storia istituzionale ha impattato in modo significativo sul *referendum* abrogativo.

Nelle tornate successive sono cambiati e si sono diversificati i soggetti promotori e il risultato – a partire dal raggiungimento del *quorum* strutturale – si è mostrato maggiormente dipendente dalle posizioni dei partiti, soprattutto di quelli al governo in quel momento. Si pensi ai quesiti sul sistema televisivo del 1995 (dove il raggiungimento del *quorum* ha portato all'abrogazione della disposizione che definisce pubblica la RAI e alla mancata abrogazione delle norme che consentono la titolarità di tre reti televisive).

Le consultazioni successive hanno ulteriormente evidenziato, ad opinione di chi scrive, la conclusione del periodo di contrapposizione tra rappresentanza e *referendum* che, secondo alcuni, aveva portato alla chiusura della fase istituzionale, iniziata con l'entrata in vigore della Costituzione e con l'adozione del sistema elettorale proporzionale. I *referendum* (numerosi e su temi talvolta molto rilevanti) indetti da quel momento in poi (l'ultima tornata si è avuta nel 2025) non hanno più raggiunto il *quorum* strutturale, tranne nel caso – molto significativo – dei *referendum* del 2011 sulle disposizioni in materia di servizio idrico ed energia nucleare. Su questi temi, di grande impatto sull'opinione pubblica, si è raggiunto (seppure senza largo margine) il *quorum* strutturale e si è avuta l'abrogazione delle quattro disposizioni sottoposte alla decisione popolare.

5. *L'ultima tappa (per ora): il mancato* referendum *abrogativo della legge sull'autonomia differenziata*

Nel lungo non dialogo tra rappresentanza politica e referendum abrogativo si è aggiunto un nuovo significativo episodio, che ha avuto come epilogo l'ordinanza di non ammissibilità del referendum sulla legge 26 giugno 2024, n. 86, «Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione».

Come è noto, su questa legge il dibattito politico, dottrinale e di opinione è stato molto acceso, sin dalla fase della sua scrittura[24].

[24] Si vedano, tra i tanti, le considerazioni in merito di P. Bilancia, *Regionalismo differenziato: opportunità e criticità*, in P. Bilancia (a cura di), *Regionalismo differenziato: un percorso difficile*, Torino, Centro Studi sul Federalismo, 2019, 9-15; L. Chieffi, *I persistenti dubbi di conformità a costituzione del d.d.l. recante «Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione» (Atto*

La legge, appare importante ricordarlo, è stata approvata dalla sola maggioranza di governo e sin da subito è stato sottolineato che, aver ricondotto tale approvazione nel perimetro dell'attuazione del programma di governo, avrebbe sottoposto il destino di tale legge alla conflittualità propria del rapporto tra maggioranza di governo e opposizione, mentre – in considerazione della rilevanza costituzionale dell'oggetto – sarebbe stato invece auspicabile l'individuazione di una convergenza. La prospettiva del probabile ricorso al referendum abrogativo aveva quindi accompagnato lo stesso *iter* legislativo, come è accaduto in effetti subito dopo la sua entrata in vigore, con un immediato deposito del quesito e con una raccolta delle firme che ha raggiunto in breve tempo il *quorum* necessario alla presentazione dell'iniziativa[25].

Nel contempo, subito dopo la sua approvazione, alcune Regioni hanno impugnato la legge dinanzi alla Corte costituzionale che, con la sentenza 192/2014, ha dichiarato l'incostituzionalità di alcuni suoi articoli e, di altri, ha fornito una interpretazione costituzionalmente orientata[26]. La Corte non ha quindi ritenuto illegittima costituzionalmente l'intera legge ma ha sottolineato come la legge di attuazione dell'art. 116, 3° comma Cost. debba leggersi nel contesto della forma di Stato italiana, bilanciando la possibilità che le singole Regioni ottengano forme particolari di autonomia con i principi di unità della Repubblica, di solidarietà tra le regioni dell'uguaglianza e della garanzia dei

Camera n. 1665, già approvato in prima lettura dal Senato della Repubblica il 23 gennaio 2024), in *Diritto pubblico europeo- Rassegna online*, n. 1/2024; A. Patroni Griffi, *Regionalismo differenziato e uso congiunturale delle autonomie*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, n. 2/2019; A. Napolitano, *L'irrinunciabile funzione del Parlamento per una equilibrata e funzionale attuazione del procedimento di autonomia differenziata*, in *Italian papers on federalism*, n. 2/2023; S. Staiano, *Salvare il regionalismo dalla differenziazione dissolutiva*, in *Federalismi.it,* n. 7/2023; 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*, n. 3/2024; A. Ruggeri, *L'autonomia regionale oggi, dal punto di vista della teoria della Costituzione*, in *Diritti Regionali*, n. 1/2024; L. Abbruzzo, *Le (possibili) ripercussioni dell'autonomia differenziata sui sistemi sanitari regionali*, in questo volume.

[25] Come sottolineato dalla Corte nella sentenza n. 10/2025, dall'ordinanza dell'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione del 12 dicembre 2024 si evince che il quorum è stato raggiunto indipendentemente dalle sottoscrizioni telematiche.

[26] Per primi commenti all'articolata sentenza n. 192/2024 cfr. I. C. Buzzacchi, *Pluralismo, differenze, sussidiarietà ed uguaglianza: dalla sentenza n. 192 del 2024 il modello per il sistema regionale differenziato*, in *Astrid*, 2024; A. Poggi, *Il referendum sul regionalismo differenziato: i principi, l'attuazione le Corti e la sovranità popolare*, in *Federalismi.it*, 1° gennaio 2025; A. Spadaro, *La "quadratura del cerchio" … o della sent. Cost. n. 192/2024*, in *Diritti regionali*, 29 gennaio 2025.

diritti dei cittadini e, certamente non da ultimo, dell'equilibrio di bilancio. Da qui la richiesta della Corte al Legislatore di "colmare i vuoti derivanti dall'accoglimento di alcune delle questioni sollevate dai ricorrenti, nel rispetto dei principi costituzionali, in modo da assicurare la piena funzionalità della legge".

La sentenza della Corte, pur fortemente caducativa e orientata a ritenere preferibile l'intervento del legislatore, come appena ricordato, non ha interrotto l'iter referendario che ha superato il vaglio dell'Ufficio centrale per il referendum che ha integrato il quesito proposto dai referendari con l'espressione "come risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 192/2024"[27].

Si è reso quindi necessario un nuovo intervento della Corte costituzionale, questa volta in sede di giudizio sull'ammissibilità del referendum, e alla pronuncia di non ammissibilità (sentenza n. 10/2025).

Alla luce di quanto contenuto nella sentenza n. 192/2024, l'esito di questo giudizio poteva considerarsi fortemente prevedibile e la Corte stessa ne sottolinea la linea di continuità, legando le due pronunce e il destino della legge. La legge viene considerata infatti costituzionalmente necessaria, viene sottolineato che spetta ad essa "guidare" e dare ordine al processo di attuazione del regionalismo differenziato.

Inoltre, il giudice delle leggi esplicita come sia nei confronti del significato che il referendum assumerebbe in questo caso (essendo il quesito divenuto "oscuro") che debba rinvenirsi il fondamento della pronuncia, affermando che "se si ammettesse la richiesta in esame, si avrebbe una radicale polarizzazione identitaria sull'autonomia differenziata come tale, e in definitiva sull'art. 116, terzo comma Cost., che non può essere oggetto di referendum abrogativo, ma solo di revisione costituzionale".

Potrebbe dirsi: meglio una cattiva legge che nessuna legge.

È proprio su questo aspetto che la sentenza di inammissibilità del referendum non convince. Sarebbe bastato il richiamo all'oscurità del quesito per giustificare la pronuncia; invece la Corte, richiamando la propria giurisprudenza, tiene a sottolineare come in questo caso si avrebbe un uso non corretto del referendum abrogativo, trasformandolo "in un distorto strumento di democrazia rappresentativa, mediante il quale si vengono in sostanza a proporre plebisciti

[27] Il testo dichiarato conforme alla legge sul procedimento referendario è stato quindi il seguente: "Volete voi che sia abrogata la legge 26 giugno 2024, n. 86 "Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, come risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 192/2024?".

o voti popolari di fiducia, nei confronti di complessive inscindibili scelte politiche dei partiti o dei gruppi organizzati che abbiano assunto o sostenuto le iniziative referendarie".

Ad opinione di chi scrive, proprio questo richiamo non aiuta a favorire il dialogo tra le forze politiche di maggioranza e opposizione su un tema così delicato come il regionalismo differenziato, nel quale occorre bilanciare differenze e unità in un paese ancora fortemente disomogeneo territorialmente. Inoltre, immaginare che si colmino lacune di un testo normativo così caducato e "orientato" appare fin troppo ottimistico.

Sarebbe stato meglio, anzi è auspicabile che si decida di, ripartire daccapo, con un indirizzo forte, che purtroppo non è giunto da nessuno dei due organi costituzionali di indirizzo politico costituzionale e che quindi le forze politiche parlamentari debbono darsi da sé, sulla necessità di lavorare su un testo che sia il frutto di un confronto plurale, sul piano territoriale e politico.

Stefania Parisi[*]

NÉ PURA NÉ SEMPLICE: PROBLEMI DELLA VERITÀ COME (E NEL) DIRITTO COSTITUZIONALE

«l'unica verità è imparare a liberarci dalla passione insana per la verità»
(U. Eco, *Il nome della rosa*, Milano 1980)

Sommario: 1. Verità del passato, verità del presente e diritto costituzionale – 2. La verità nelle transizioni di regime – 3. *Verso* e *dentro* la democrazia pluralista – 3.a) dalle autocrazie alle democrazie– 3.b) verità come antidogmatismo – 3.c) diritti aletici e dubbi pragmatici – 4. Verità *attraverso* il processo vs. verità *per* legge.

1. *Verità del passato, verità del presente e diritto costituzionale*

Con il respiro universale e il passo che solo i Maestri imprimono a sentenze *prima facie* innocue, Salvatore Prisco scrive:

«Il passato non può paralizzare il cambiamento, ma per essere passato va digerito, incorporato e occorre essere aiutati a farlo»[1]. La citazione è estrapolata da un saggio che non ha quasi niente a che vedere con l'oggetto di queste brevi note; ma è proprio per questo che le parole di Salvatore Prisco assumono una portata *ultra vires*, che trascende, dunque, il contesto d'origine.

Vorrei allora partire da qui. Il passato e la *verità* su fatti storici di una Nazione dovrebbero essere a un tempo ricordati e dimenticati: un *memento* per ciò che è stato (e che, in una transizione di regime, non si vuol più essere), l'*oblio* (selettivo) per provare la strada della riconciliazione e gettare le basi per una nuova convivenza civile, salutando con un addio tutto ciò che (si crede) sia la Verità[2].

Il tema della verità in relazione al diritto apre mondi teorici sproporzionati rispetto a queste poche righe: ne sono consapevole. Quando un tema è così

[*] Professoressa Associata di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II.

[1] S. Prisco, *Io son colui che tenni ambo le chiavi*, in I. Chirico, P. Dainotti, M. Galdi (a cura di), *Citar Dante. Espressioni dantesche nell'italiano di oggi*, ETPbooks, Palio Faliro 2021, spec. 109.

[2] Rubando l'icastico titolo di G. Vattimo, *Addio alla verità*, Milano 2009.

sconfinato e lo spazio per discuterne è ridotto, alternative non ve ne sono: manterrò un tono colloquiale, sarò assertiva, indicherò un apparato di note minimale. Mi scuso di questo.

Queste brevi considerazioni si concentreranno su alcune intersezioni tra verità e diritto *costituzionale*. Ho individuato, in particolare, tre punti di contatto, ovvero tre prospettive da cui osservare il legame: 1. la prima prospettiva riguarda il rapporto tra l'affermazione della verità (o di *una* verità: dirò meglio in seguito) e le forme di Stato in cui essa matura; 2. la seconda – che rappresenta il vero *Kern* del problema, nella misura in cui interseca le altre due – riguarda l'esistenza di un diritto *fondamentale* alla verità; 3. la terza prospettiva concerne invece la "costruzione" della verità e si può riassumere nel dualismo (a mio parere irriducibile) tra verità *attraverso* il processo (verità come *esito* del processo e, dunque, come verità processuale *tout court*) e verità *per* legge (ossia verità come *esito* di una *decisione politica*).

Proverò ad abbattere le paratie che solo in apparenza ho elevato poc'anzi, quando ho enumerato i profili di interesse, e a intrecciare le prospettive tra loro.

2. *La verità nelle transizioni di regime*

Siamo stati da sempre abituati a contenere il diritto alla verità in un perimetro ben preciso che poi però finisce per elevarsi dalle coordinate storico-geografiche di partenza: lo abbiamo inteso, in particolare, come diritto a conoscere la verità su fatti del passato e sulle violazioni dei diritti umani che hanno condotto a crimini aberranti. In questi casi, la forza della verità sembra avere una vocazione metaspaziale e metatemporale: le sparizioni forzate in Argentina tra il 1976 e il 1983 non riguardano solo *quello* spazio e *quel* tempo. Sono o sembrano, piuttosto, una tappa per la storia dell'Umanità intera ed è per quella ragione che sono nate e si sono sviluppate. Questa forza della verità sembra finanche voler superare l'idea che la verità *fattuale* sarà inaccessibile: in tal modo si tende, insomma, a considerare inaccettabile l'idea che si debba parlare di verità parziali, rivedibili, relative, accedendo piuttosto all'opposta visione per cui esista una verità raggiungibile, cristallizzabile, assoluta.

È la ragione per cui proliferano le Commissioni per la verità e le Corti per i diritti umani. La Verità indossa la lettera maiuscola; come chiarisce la celebre *Human Rights Resolution* 2005/66, a seguito del riconoscimento fattone sia dalla *Human Rights Committee* che dal *Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*, sono titolari di un diritto alla verità sia le vittime delle «gross violations of human rights» sia i loro familiari per

conoscere appieno coloro che hanno perpetrato simili violazioni. Si parla, in tal senso, di un «diritto internazionale umanitario», il cui fine principale è sicuramente quello di restituire «dignità alle vittime» ma che mira a perseguire anche ulteriori scopi: la punizione dei responsabili, la riconciliazione politica e sociale per «voltare pagina» ma – perché no – anche la funzione deterrente contro il ripetersi in futuro di simili vicende. In merito a quest'ultimo intento, si può rintracciare una componente collettiva del diritto alla verità – che include il diritto alla giustizia – e una componente individuale che coinvolge le vittime, i parenti delle vittime (anche attraverso la declinazione del cd. "diritto al lutto") e i cittadini *uti singuli* interessati a comprendere le responsabilità, i coinvolgimenti delle istituzioni, per una verifica di *accountability*.

Quando un regime politico dittatoriale – caratterizzato da violazione dei diritti umani – tramonta e l'intenzione è traghettare un Paese verso la democrazia il paradigma delle Commissioni di verità e, in generale, la cd. giustizia di transizione generano archetipi di risoluzione dei conflitti con un passato più o meno recente: il bene «verità», però, si accompagna ad altri beni giuridici e, dunque, ad *altre finalità*. Così, spesso le Commissioni di verità sono denominate «Commissione di verità e riconciliazione» (celeberrima la South African Truth and Reconciliation Commission[3]) o «Commissione per la riconciliazione e l'unità»; a volte si trova anche la nomenclatura diversa di «Commissione per il chiarimento storico» (*Comisión para el Esclarecimiento Histórico* – istituita in Guatemala tra il 1996 e il 1999): la parola contiene lo scopo, che non è il diritto alla verità *in sé* ma proprio il diritto alla verità funzionalizzato alla instaurazione di un nuovo ordinamento, che *riconcili* (riconciliazione) e cementifichi un nuovo patto, in cui forze politiche ideologicamente distanti siano in grado di competere secondo regole democratiche e, se pure animate da una tensione dialettica, non consumino un moto disgregante (*unità*).

Verità per dar voce alla dignità delle vittime, punire i responsabili, per realizzare una forma di deterrenza, rendere effettiva la tutela, consentire il lutto, consacrare una memoria condivisa, per riparare, riconciliare, dare giustizia: tutto questo dimostra la complessità di cui il diritto alla verità si ammanta e, soprattutto, la presenza di interessi e bisogni *sottostanti* che, talora, potrebbero anche andare in direzione opposta rispetto alla conoscenza complessiva del tutto. Che non sempre giova, specie quando si vuole "voltare pagina".

[3] Su cui A. Lollini, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna 2005.

3. Verso *e* dentro *la democrazia pluralista*

3. a) *dalle autocrazie alle democrazie*

Con la fine di un sistema autoritario, allora, il diritto alla verità sembra quasi costruito come *obbligo* da parte delle istituzioni. È una verità a tutti costi, che non sente ragioni: si deve dire tutto, non può esserci nascondimento, soprattutto se si vuole andare verso un regime democratico. La presenza di un rito pubblico rafforza la ieraticità del diritto: il processo dà l'illusione che verità fattuale, verità processuale, storia, memoria siano lemmi sinonimi. Ma se queste sono le premesse, la democrazia non è ancora nata che è già precaria. Da un lato, si investe il giudice o la Commissione per la verità di un compito che nemmeno l'*Hercules* di Dworkin sarebbe in grado di sostenere: il giudice dovrebbe «stabilire un *discrimen* definitivo tra vero e falso» mentre il suo compito dovrebbe essere piuttosto quello di «fondare su un fatto riconosciuto, e accertato come vero, una decisione giudiziaria *coerente* e *razionalmente argomentata*»[4]. Dall'altro lato, si tende a sopravvalutare il valore della verità ritenendo che il suo raggiungimento sia indispensabile per arrivare a un sistema autenticamente democratico quando, invece, è spesso più credibile l'opposto: e cioè che «l'addio alla verità è l'inizio e la base stessa della democrazia»[5]. Come è possibile costruire un nuovo ordinamento se la verità è talmente scomoda da essere insuperabile? L'imperativo di memoria si traduce, allora, nell'esatto opposto: dimenticare perché altrimenti la riconciliazione è impossibile.

In questo senso, anche l'amnistia – istituto giuridico che cerca di riconciliare il reo con la società, nonostante il reato – ha in sé la radice dell'oblio: come ha notato Ricoeur, la parola deriva da *amnesia* e così il diritto risponde ai crimini provando a dimenticare quanto è stato, qualificandosi come «oblio imposto»[6]. La strada potrebbe solo passare per la costruzione *giuridica* del perdono[7]: comprendere e ricordare senza cedere alla vendetta; gestire la mole di "verità" accumulate e togliere ad esse quel manto di assolutezza, consapevoli che nulla potrà davvero restituire dignità alle vittime.

[4] Così E. Resta, *La verità e il processo*, in *Politica del diritto*, 3/2004, 369 ss., spec. 396, enfasi aggiunte.

[5] Cfr. G. Vattimo, *Addio alla verità*, cit., spec. 16.

[6] P. Ricoeur, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Seuil Paris 2000, trad. it. a cura di Daniela Iannotta, *La memoria, la storia, l'oblio*, Milano 2003, spec. 642.

[7] Molto interessante il punto di vista espresso da V. Marzocco, *Il diritto tra storia e memoria. La costruzione giuridica del perdono*, in R. Bonito Oliva (a cura di), *Identità in dialogo. La liberté des mers*, Milano-Udine 2012, 119 ss.

In generale, la democrazia è per definizione antidogmatica, laddove è piuttosto il totalitarismo ad intestarsi il dominio della verità, come insegnano le complesse e insuperate pagine di Hannah Arendt[8].

Per questo, il ruolo della giustizia di transizione è molto delicato: un costante bilanciamento sempre in bilico tra il tentativo di difendere la dignità delle vittime e quello di non compromettere l'equilibrio in via di formazione, il cammino verso una democrazia in corso d'opera.

3. b) *verità come antidogmatismo*

Pare, allora, da condividere l'idea per cui vada esaltata la «virtù del dubbio», contro ogni «etica della verità»[9], perché «la democrazia implica la reversibilità di ogni decisione (sempre esclusa quella sulla democrazia medesima)» e «le soluzioni definitive ai problemi, quelle che non consentono ripensamenti o aggiustamenti, sono proprie dei regimi della giustizia e verità, uniche e ferme»[10].

Per questa ragione, non è possibile continuare sulla scia delle coordinate originarie del diritto alla verità al punto che «la configurazione di questo diritto esige una riflessione attenta, e non solo la registrazione delle vicende d'origine che gli hanno attribuito una portata tanto impegnativa»[11].

Ecco che, allora, nel contesto delle democrazie pluraliste consolidate, il diritto alla verità assume sembianze completamente diverse e significati non comparabili con quelli che, geneticamente, gli si attribuivano.

In un ideale collegamento tra il diritto alla verità e le forme di Stato, emerge che – superata la fase delle transizioni di regime – l'ordinario funzionamento degli ordinamenti democratici mal sopporta verità cristallizzate, rigide, irreversibili. Un esempio di questo modo di ragionare è tratto dal rapporto tra scienza e democrazia: le verità scientifiche sono necessariamente provvisorie e subiscono un meccanismo di validazione all'interno di una comunità di pari. Pertanto, fermare le conoscenze, abbracciare una teoria scientifica a discapito di un'altra, imporre la visione scientifica prevalente e maggioritaria rappresentano attacchi frontali alla libertà della ricerca. Ma gli esempi possono continuare ed estendersi anche alla libertà di espressione: se solo il «vero» si può dire si precipita in dicotomie scivolosissime con domande che si inseguono senza risposte (chi stabilisce ciò che è vero? cosa è vero? chi tutela dal falso? in che modo?). Il rischio è anche quello di cedere alle lusinghe di concezioni funzio-

[8] Il riferimento è a H. Arendt, *Verità e politica*, Torino 2004.

[9] Cfr. G. Zagrebelsky, *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari 2008.

[10] Così G. Zagrebelsky, *Imparare democrazia*, Torino 2007, spec. 29.

[11] Testualmente S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012, spec. 212.

nalistiche della libertà di espressione[12], per cui sono ammesse solo manifestazioni del pensiero «vere» che contribuiscono alla crescita degli ordinamenti democratici. Ma un rischio accessorio è legato alla cristallizzazione delle verità del passato al fine di creare una memoria condivisa di uno Stato democratico: la selezione delle cose da ricordare perché «vere» e considerate "fatti storici consolidati" crea «potenziali gerarchie di memorie»[13]. Quando, poi, questa selezione è assistita anche dalla leva penale il rischio di una frustrazione delle varie forme di espressione (dalla semplice manifestazione del pensiero alla libertà della ricerca storica) cresce esponenzialmente.

Fuggire da questa concezione della libertà intesa come dogmatismo non significa che lo Stato democratico non abbia, al proprio interno, degli istituti tesi a garantire forme di "verità": ma le virgolette sono d'obbligo poiché i volti della verità nelle democrazie pluraliste sono molteplici, relativi e hanno nomi specifici, volti a salvaguardare interessi concreti rientranti nella «vita ordinaria di un ordinamento democratico»[14]. E così, si pensi agli obblighi di trasparenza cui è tenuta la pubblica amministrazione che, secondo una decisione del Consiglio di Stato, incarnerebbero un vero e proprio diritto alla verità: in questi termini se ne parla nella sent. della Sez. VI, 20 ottobre 2005, n. 5903. Tuttavia, è evidente che non si tratti di un diritto alla verità scollegato da altri diritti, interessi e bisogni: piuttosto, la trasparenza della P.A. è riconducibile all'obbligo di operare secondo i principi di buon andamento e imparzialità, costituzionalmente garantiti e il diritto alla verità dei cittadini non è che il corrispettivo di quest'obbligo, lungi dal costituire un diritto autonomo e assoluto. Di «diritto alla verità del rapporto di filiazione» parla la Corte costituzionale nella sent. 112/1997 quando dichiara infondata la questione sollevata in via incidentale sull'art. 263 del Codice civile (in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost.), nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento di figlio naturale per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore: la Corte chiarisce, da un lato, che la verità è sempre nell'interesse del minore; dall'altro, che «la tutela della verità deve porsi in relazione anche alla necessità di impedire che attraverso fraudolenti atti di riconoscimento siano eluse le norme in materia di adozione, poste ad esclusiva tutela dei minori». Pertanto, anche qui la verità non è valore

[12] Una disamina attenta delle teorie del discorso pubblico che include anche la prospettiva funzionalistica è contenuta in C. Caruso, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bononia University Press, Bologna 2013.

[13] E. Fronza, voce *Negazionismo*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano 2015, 633 ss., spec. 642.

[14] Così M. Luciani, *Itinerari costituzionali della memoria*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2/2023, 629 ss., spec. 689.

in sé, assoluto, avulso da un contesto di beni giuridici e interessi la cui tenuta va complessivamente garantita. Del resto, che la verità non debba essere considerata in una accezione assoluta è testimoniato anche dal principio *nemo tenetur se detegere*: nessun obbligo di verità può sussistere se nel processo si ha diritto di nascondere per evitare di autoincriminarsi.

E allora, se la democrazia è «regime delle "verità molteplici", non di "verità rivelate"»[15] e se lo Stato è titolare di un'obbligazione pubblica di mezzi ma non di risultati, è da qui che bisogna partire per saggiare la tenuta della teoria dei "diritti aletici".

3. c) *diritti aletici e dubbi pragmatici*

È suggestione che seduce anche la dottrina costituzionalistica italiana quella che fa capo alla "fondamentalità" del diritto alla verità: in particolare, al suo essere «*prius* logico e assiologico di ogni altro diritto»[16]. Tuttavia, lo stesso A. che lo ha propugnato ammette che «il diritto alla verità non può affermarsi per la concomitante emersione di un interesse facente capo all'intera comunità che vi si opponga»; del resto, se tutti i diritti sono bilanciabili lo è di sicuro anche il diritto alla verità che peraltro – come si è provato a dire poc'anzi – non esiste se non come collegato ad altri diritti e interessi.

Avvincente, pur se in un'ottica certamente più filosofica che giuridico-costituzionalistica, è la prospettiva avanzata da Franca D'Agostini autrice di numerosi studi sul diritto alla verità ma in particolare di un agile e denso *pamphlet* scritto a quattro mani con Maurizio Ferrera e intitolato *La verità al potere. Sei diritti aletici*[17].

Qui non posso sintetizzare il contenuto del lavoro perché rischierei di tradirne la profondità di sguardo: proverò a soffermarmi sulle nevralgie che, a mio avviso, affliggono il testo cui rinvio per una lettura e un'interpretazione personali.

L'A. parte dalla condivisibile prospettiva secondo cui «i cittadini che vivono in una comunità democratica devono fare i conti con il concetto di verità» per cui «se circolano il falso e il mezzo-vero fuorviante, ciò che ne consegue non è democrazia, ma guerra delle opinioni»[18]. Al fine dichiarato di rovesciare «l'idea dell'inimicizia o dell'estraneità tra liberalismo democratico e verità» e, dunque, di consentire che la funzione V(erità) permei le manifestazioni della democrazia, l'A. propone di «guardare alla verità come a un concetto genera-

[15] S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., spec. 226.

[16] Cfr. A. Ruggeri, *Costituzione e verità (prime notazioni)*, in *Consulta online*, II, 2023, 397 ss., spec. 411.

[17] F. D'Agostini, M. Ferrera, *La verità al potere. Sei diritti aletici*, Torino 2019.

[18] F. D'Agostini, M. Ferrera, *La verità al potere*, cit., spec. VII.

tore di *beni* individuali e collettivi» che dà vita a «diversi bisogni-interessi "aletici" (legati alla verità)» i quali, a loro volta, «formano una sequenza di diritti che sono "progressivamente correttivi"» nella misura in cui «ciascuno figura come condizione e garanzia per la tutela dei precedenti, evitando i pericoli tradizionalmente segnalati dalle teorie liberali ("verità di Stato", limitazioni della libertà di espressione, irrigidimenti istituzionali del vero e falso)»[19]. Nelle pagine successive si chiarisce che questi diritti aletici sono sei pur se riconducibili a tre macroaree (comunicazione, scienza e cultura) e si cerca di dimostrare in che modo il bisogno di verità – naturale spinta alla migliore conoscenza possibile – si converta in *diritto*.

Dal punto di vista costituzionalistico, numerose sono le domande insolute rispetto a questa raffigurazione geometrica del diritto alla verità: esse concernono specialmente la dimensione dell'*effettività* del diritto in questione.

Innanzitutto, lo slittamento segnalato poc'anzi da *bene giuridico* a *diritto soggettivo* è tutt'altro che pacifico. Che la verità sia un *bene*, infatti, non significa che sia un *diritto* avente una configurazione autonoma, che non sia, cioè, strumentale alla realizzazione di altri beni e diritti. Del resto, una verità come esigenza di *veridicità* è già sottesa, come si è detto, a numerosi istituti e norme (il diritto penale ne è pieno: dalla truffa al falso materiale e ideologico fino alla diffamazione); ma anche il diritto alla verità nella sua dimensione originaria – legata alle violazioni dei diritti umani – è ancillare alla realizzazione di altri diritti (un elenco non esaustivo è contenuto qui alla fine del par. 2).

Oscuro, poi, è l'*oggetto* del diritto alla verità: a cosa si riferisce di preciso, anche in relazione alle estensioni aletiche teorizzate nel volume? In che modo la scienza – che sarebbe all'inizio di questa catena di diritti aletici – si fa istituzione di verità? Come scongiurare derive autoritarie in questo? Come evitare che il sistema si converta in epistocrazia? In che modo l'università e, in generale, le istituzioni del sapere possono affermare il *diritto* di «essere riconosciute come fonti affidabili di verità, dunque di non subire un deficit di credibilità»[20], specie quando la libertà della scienza è fortemente condizionata dalla decisione – tutta politica – del finanziamento della ricerca scientifica?

Ma ancora: se esiste un diritto aletico di cui sono generalmente titolari tutti i cittadini, in che modo è azionabile in giudizio? E a quali condizioni? È necessario dimostrare l'esistenza di un danno aletico? Sarebbe quantificabile un risarcimento del danno aletico *in sé*, senza che siano evocate lesioni di altri beni giuridici? Ad esempio, a quest'ultima domanda sembra aver risposto negativamente una decisione della Cassazione (Cass. pen., sez. V, sent. 29 novembre

[19] F. D'Agostini, M. Ferrera, *La verità al potere*, cit., spec. VIII-IX.
[20] F. D'Agostini, M. Ferrera, *La verità al potere*, cit., spec. 44.

2012, n. 46340): essendo stata avanzata una pretesa risarcitoria concernente il diritto alla verità processuale nei confronti di due soggetti che avevano commesso il reato di favoreggiamento, la Corte dichiara infondato il motivo di ricorso in questione[21].

Il diritto aletico è configurabile anche in capo allo Stato, al di fuori del normale obbligo di trasparenza, buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, come prescrivono diverse disposizioni in ottemperanza all'art. 97 Cost.?

Corrispondentemente, chi ha "obblighi aletici"? Con quali strumenti si potrebbero far valere?

Il problema di fondo – che non viene risolto nonostante sia un intento professato dal testo – è che non è possibile pensare a un soggetto diverso dallo Stato per garantire il diritto (o il sistema di diritti) alla verità ma il rischio è la confusione tra il *potere*, lo Stato come apparato, e la *verità*: in un sistema così congegnato sarebbe difficile tenere lontano lo Stato dai *contenuti* della verità. L'unica strada è immaginare allora lo Stato come in grado di garantire le *procedure* per ricercare la verità: in tal senso, si conviene con chi afferma «la grande importanza di un *terzo* potere indipendente quale più severo tentativo di accertamento della verità» che deriva da rigorose norme di procedura, le quali in tal modo, assumono la veste di «"condizioni di verità"»[22]. Il rapporto tra *contenuto* della verità, da un lato, e *procedure/procedimenti/processo* per *arrivare* alla verità, dall'altro, ci porta dritti all'ultima questione da affrontare.

4. *Verità* attraverso *il processo vs. verità* per *legge*

La terza e ultima prospettiva sotto la quale declinare il tema del rapporto tra diritto costituzionale e verità concerne – si è detto –la "costruzione" della verità: l'ho semplificata nel dualismo tra verità *attraverso* il processo (verità come *esito* del processo) e verità *per* legge (ossia verità come *esito* di una *decisione politica*): aggiungiamo che, appunto, nel primo caso i *contenuti* della verità sono l'esito di un processo con delle *regole* che, a loro volta, rispondono a

[21] È interessante il ragionamento della Cassazione: da un lato, chi denuncia una condotta di intralcio alle investigazioni «non può considerarsi persona offesa e non è legittimata, pertanto, a costituirsi parte civile nel procedimento non essendo titolare di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo al regolare andamento della amministrazione della giustizia che costituisce il bene protetto dalla norma incriminatrice»; dall'altro, ci si rifà al «principio che il danno risarcibile in sede penale deve essere conseguenza immediata e diretta del reato e deve derivare dalla lesione di un diritto soggettivo (Sez. 1, 12 novembre 1999-19 gennaio 2000, n. 652, CED 215293), o, come pure è stato affermato, anche dalla lesione di un interesse legittimo (SU civ. 22 luglio 1999, n. 500)». Mi sembra una dichiarazione abbastanza palese della natura ancillare del diritto alla verità rispetto ad altri beni giuridicamente protetti.

[22] Come scrive P. Häberle, *Diritto e verità*, Torino 2000, spec. 99.

principi di rango *costituzionale* (il giusto processo, il diritto alla difesa, il diritto al giudice naturale precostituito per legge etc.) mentre nel secondo i *contenuti* sono pietrificati in un atto *politico* che ha a che fare con concetti ambigui che gravitano solitamente attorno all'orbita dell'*identità*, come succede nei casi di leggi che tutelano la memoria di fatti storici (o, peggio, incriminano le fattispecie di negazionismo nella misura in cui questo significa negare fatti *storici* o ricostruirli in modo alternativo a come si sono *veramente* svolti, al fine di ridimensionarne la portata).

La domanda – quasi retorica alla luce di quanto si è detto innanzi – è perché una democrazia collega le esigenze di (ricerca della) verità al processo ma cerca (o dovrebbe cercare…) il più possibile di fuggire una verità *per* legge?

Per una serie di ragioni. Altamente istruttiva mi pare la lettura che del rapporto tra verità e processo fa Resta[23]. Il punto di partenza è la relazione che si instaura tra tempo e verità: il tempo condiziona la verità nella misura in cui ne è passato troppo perché la verità venga a galla (e, dunque, la verità si raggiunge «"per stanchezza"») oppure perché «il tempo è risorsa troppo scarsa rispetto a quanto la ricerca della verità esigerebbe»[24]. Per questo motivo, l'attività del giudice pone fine a una lite «ingannandone la cattiva infinità». La differenza tra il mondo antico e il moderno sta proprio nel meccanismo regolatorio del rapporto tempo/verità, nella misura in cui prima il sistema era «costruito intorno a una *verità senza tempo*» mentre oggi, nel sistema moderno, si fonda sul «*tempo senza verità*»: un tempo – quello moderno – che non sopporta idee perenni, immutabili di verità e che sgretola il mito della verità assoluta.

In tal senso, la *veritas*, la verità processuale– che non sempre coincide con la verità *storica* – è quella che discende da un «percorso di *ritualizzazione*»[25] che converte la massima *auctoritas non veritas facit legem* in *non auctoritas sed veritas facit iudicium*. Questo per dire che il processo arriva a una decisione che si presume vera ma solo rispondendo a logiche di validità del rito: prioritario è che il giudice fondi su un fatto conosciuto e accertato come vero una decisione coerente e razionalmente argomentata. Si tengono allora assieme le proposizioni per cui la verità processuale è una delle tante possibili ed è «verità relativa, approssimativa e opinabile»[26] ma, allo stesso tempo, si ritrae *nel* processo come *esito* dello stesso. È il processo con le sue regole a consentire l'emergere di *una* verità, al netto delle strategie processuali degli attori, delle prove materiali e delle testimonianze false, sempre in agguato. Se una verità preesiste al processo

[23] Nello scritto E. Resta, *La verità e il processo*, in *Politica del diritto*, 3/2004, 369 ss.

[24] Così E. Resta, *La verità e il processo*, cit. spec. 369.

[25] E. Resta, *La verità e il processo*, cit. spec. 387.

[26] Cfr. L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 4/2016, 13 ss., spec. 26.

essa non pare accessibile: solo attraverso le regole del *giusto* processo, si può tendere alla ricostruzione di una verità *probabile*, plausibile. L'accertamento processuale sfugge alla «metafisica pretesa di ricostruire la realtà», optando piuttosto per «la possibilità di una giustificazione razionale, di una decisione coerente con le prove»[27].

Se si condivide questa ricostruzione, si può, allora, capire per quale ragione una verità cristallizzata per legge crea non pochi problemi a un sistema democratico: pur essendo l'esito del *procedimento legislativo* è un atto politico, d'*autorità*, per il quale vale il brocardo *auctoritas non veritas facit legem*.

Il riferimento più immediato è, naturalmente alle leggi memoriali e, soprattutto, a quelle che adoperano lo strumento penale per incriminare il negazionismo e creare, in tal modo, una sorta di «*medium* di connessione tra presente, passato e futuro»[28], scolpire un'identità, consolidare un patto costituente. Nelle nuove forme di negazionismo (come quello che Fronza chiama "di terza generazione"), poi, si consuma il passaggio da una «tutela (e costruzione) della memoria collettiva – tipica del negazionismo storico, dell'Olocausto – alla tutela e costruzione di (narrazioni di) verità»[29]. Già sono stati evidenziati, e da tempo, i rischi legati alla leva penale per silenziare il dissenso e vietare ricostruzioni alternative di fatti storici (o di fatti *tout court*, come nelle moderne trasfigurazioni del negazionismo): innanzitutto «il ricorso al diritto penale costituirebbe una via facile, più che un antidoto a tali fenomeni» e in questo periodo «connotato da populismo, anche penale, è preferibile non accogliere atteggiamenti facili, anche brutali, come il ricorso al meccanismo giuridico penale per proteggere valori fondazionali (come nel negazionismo di prima e seconda generazione) e un mondo condiviso (nel negazionismo di terza generazione)»: il prezzo da pagare è che «la tutela dei valori democratici rischia di rovesciarsi nel suo contrario»[30].

La legge penale che tutela la memoria storica e/o incrimina il negazionismo in nome della difesa della verità impatta con una tale quantità di principi costituzionali da rendere persino controproducente il suo utilizzo.

Oltre all'idea per cui una legge di tal fatta imporrebbe una ricostruzione dei fatti storici finendo per propagare una verità di Stato e imponendo limiti alla libertà della ricerca scientifica, ci sono troppe ragioni per rifiutare questa prospettiva, in nome di un preteso, generico diritto alla verità.

[27] Così P. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in P. Ferrua *et alii*, *La prova nel dibattimento penale*, Torino 2010, spec. 302.

[28] Così E. Fronza, *Il negazionismo di terza generazione. Dalla tutela della memoria alla tutela della verità?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4/2018, 331 ss., spec. 331.

[29] Cfr. E. Fronza, *Il negazionismo di terza generazione*, cit., spec. 334.

[30] Cfr. E. Fronza, *Il negazionismo di terza generazione*, cit., spec. 335.

Non bisogna cedere alla tentazione di limitare contenuti sgraditi perché anch'essi sono una componente della libertà di manifestazione del pensiero. Neanche si può affidare allo Stato e al diritto penale la funzione di orientamento socio-pedagogico abbracciando una concezione morale anziché un'altra, col rischio di minare la struttura laica dello Stato stesso. Senza contare che un'incriminazione penale di qualunque forma del negazionismo rischia di non avere alcuna utilità alla luce della finalità specialpreventiva della pena: quale rieducazione ci si aspetta? come si misura il ravvedimento?

La difesa penale di una verità si irrigidisce in un dogma che trasforma il funzionamento della democrazia da aperta a protetta: soprattutto, getta un dubbio sulla reale portata della verità stessa, potendo «instillare il dubbio che la verità ufficiale protetta contro il negazionismo non sia poi così vera – altrimenti, che bisogno ci sarebbe di proteggerla per legge?»[31].

Insomma, la legge è un atto di *potere* ed è bene che la *verità* resti il più possibile lontana dal potere.

L'auspicio è quello di sfrondare la verità da richiami retorici e da manifesti politici – pericolosi per la verità stessa e per il funzionamento della democrazia – traducendo, fin dove possibile, la verità, astratta, *irraggiungibile*, in categorie accessibili al giurista positivo, beni e interessi concreti. Soprattutto bilanciabili.

[31] In tal senso G. Pino, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Politica del diritto*, 2/2008, 287 ss. spec. 305.

Andrea Patroni Griffi[*]

REGIONALISMO E MERIDIONALISMO ALLA PROVA DELL'AUTONOMIA DIFFERENZIATA[**]

SOMMARIO: 1. Premessa: regionalismo e meridionalismo come endiadi. – 2. Il banco di prova dell'autonomia differenziata. – 3. Regioni e Mezzogiorno nel dibattito costituente: il paradigma cooperativo e solidale. – 4. Contro i tentativi di mistificazione del regionalismo differenziato. – 5. Gli ineludibili "presupposti" costituzionali dell'autonomia differenziata. – 6. La sentenza della Corte n. 192 del 2024 come decisione di sistema sul regionalismo differenziato. – 7. Le questioni che restano aperte.

1. *Premessa: regionalismo e meridionalismo come endiadi*

Desidero rivolgere un sentito ringraziamento al prof. Lucio d'Alessandro, Rettore dell'Università Suor Orsola Benincasa, e al professore Tommaso E. Frosini per avere promosso un confronto su temi che investono il nucleo concreto del nostro modello di Stato regionale, poiché toccano direttamente i principi supremi dell'ordinamento, il rapporto tra unità e autonomia, tra eguaglianza e differenziazione, tra coesione e pluralismo territoriale.

La sensibilità verso la questione meridionale come questione costituzionale – che Tommaso Frosini ebbe modo di valorizzare nel 2022, accogliendo la proposta di curare un numero della nostra *Rivista* dedicato al tema, significativamente intitolato "Meridionalismo come costituzionalismo"[1] – esprime, credo, una sensibilità che sento anche mia e che appartiene a molti studiosi qui presenti e ad altri che, pur non intervenendo in questo consesso, condividono l'idea che il meridionalismo non sia una categoria storico-politica contingente, bensì una chiave interpretativa della Costituzione del '48 e del *týpos* di scelta regionalista lì effettuata e purtroppo in larga parte disattesa.

È per me, poi, motivo di particolare interesse potere oggi tornare a svolgere una riflessione "a consuntivo" sul regionalismo differenziato, a distanza

[*] Andrea Patroni Griffi (professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico, Università degli studi di Napoli, Federico II)

[**] Il presente contributo riprende e sviluppa, con ampie integrazioni e note, la relazione tenuta al Convegno internazionale *Il Mezzogiorno come ordinamento giuridico*, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli, 6 ottobre 2025, volendone però conservare l'impostazione e il tono originari.

[1] T. E FROSINI (a cura di), *Meridionalismo come costituzionalismo*, *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1/2022.

di diversi anni dalla redazione della relativa voce UTET per il *Digesto delle discipline pubblicistiche*[2]. In quel frangente, ricorderete, il dibattito politico-istituzionale – sostenuto in parte, va detto, anche da parte di pur importante dottrina[3] – sembrava orientato verso una lettura dirompente, secondo un modello quasi competitivo sullo stesso piano delle risorse, dell'articolo 116, terzo comma, Costituzione.

Quella traiettoria è stata smentita dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 192 del 2024, relatore Giovanni Pitruzzella, ha chiarito snodi fondamentali nella direzione che si cercava proprio di indicare con riferimento a diversi importanti profili: all'oggetto della differenziazione, necessariamente riferito a specifiche funzioni e non a intere "materie", al ruolo imprescindibile del Parlamento, al carattere condizionante dei livelli essenziali delle prestazioni e dei principi di eguaglianza e solidarietà, oltre che unità e indivisibilità, scolpiti nei principi supremi e come tali intangibili della Costituzione.

Il regionalismo differenziato non può mai tradursi in un regionalismo competitivo sulle risorse, né può legittimare arretramenti nella tutela dei diritti fondamentali o nella coesione territoriale. Esso deve, al contrario, essere interpretato e applicato nel prisma dei principi supremi, che restano la chiave necessaria di lettura del Titolo V e il limite invalicabile di ogni sua evoluzione[4]. La pronuncia della Corte ha, in tal modo, ricondotto il processo di differenziazione entro il perimetro costituzionale proprio del regionalismo italiano, riaffermando che ogni evoluzione del Titolo V deve rimanere coerente con i principi supremi della Carta e con la sua vocazione originaria alla coesione e alla riduzione dei divari territoriali.

Decliniamo subito il titolo della presente relazione "Regionalismo e meridionalismo alla prova dell'autonomia differenziata" ed entriamo nel nucleo delle questioni, sottese al tema.

2. *Il banco di prova dell'autonomia differenziata*

Se il tema viene assunto nella sua effettiva portata costituzionale – come, purtroppo, non sempre è avvenuto nel dibattito pubblico[5] – emerge con chia-

[2] A. Patroni Griffi, *Regionalismo differenziato*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, *VIII Aggiornamento*, 2021, *ad vocem*.

[3] Cfr. in particolare M. Bertolissi, *Autonomia: Ragioni e prospettive di una riforma necessaria*, Venezia, 2019; A. Giovanardi, D. Stevanato, *Autonomia, differenziazione, responsabilità. Numeri, principi e prospettive del regionalismo rafforzato*, Venezia, 2020.

[4] S. Staiano, *Costituzione italiana. Art. 5*, Roma, 2017.

[5] S. Staiano, *Il regionalismo differenziato, debolezza teorica e pratica del conflitto*, in *Gruppo di Pisa*, 3/2019, 224 ss. scrive, al riguardo, di una "catastrofe discorsiva".

rezza che i "problematici"[6] tentativi di attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost., anche prima della legge n. 86/2024, cosiddetta "legge Calderoli", hanno rappresentato un vero e proprio *stress test* per il modello di regionalismo delineato dalla Costituzione repubblicana[7]. In particolare, tali iniziative hanno esposto le Regioni meridionali al rischio concreto di un ulteriore ampliamento dei divari territoriali, ponendo in tensione il nesso strutturale tra autonomia e solidarietà che costituisce la cifra identitaria del regionalismo italiano. Non si è trattato soltanto di una questione di riparto di "ulteriori" e "particolari" competenze, come in realtà recita l'articolo 116, co. 3, ma di una verifica sostanziale della tenuta del modello costituzionale del nostro regionalismo.

L'autonomia differenziata si è così rivelata banco di prova dell'intero assetto costituzionale del regionalismo, interrogando direttamente la compatibilità tra differenziazione e unità, tra pluralismo e solidarietà finanziaria, tra valorizzazione delle autonomie e tutela delle aree svantaggiate, a partire dal Mezzogiorno.

In questa prospettiva, il meridionalismo, dunque, non si presenta come un tema laterale, ma come criterio ermeneutico decisivo per valutare i processi di differenziazione e la loro coerenza con i principi supremi dell'ordinamento.

Il punto è che, per lungo tempo, si è ignorato che l'autonomia differenziata non è un assioma da assumere secondo un idealtipo astratto, una sorta di variabile indipendente, che avrebbe quasi universale concepimento e attuazione ovunque inserita, indipendentemente dal modello di forma di Stato composto dato. Al contrario, le autonomie si differenziano in vari modelli ed esperienze costituzionali di Stati composti a seconda di come quei modelli sono concepiti e scolpiti a partire dai principi supremi e degli altri istituti che danno "corpo" al modello. Non sono un comparatista ma quel che è possibile per il federalismo brasiliano, ben può non esserlo per il nostro regionalismo[8].

[6] A. Poggi, *La problematica attuazione del regionalismo differenziato*, *Federalismi.it*, 2008. "Pasticciato" per P. Ciarlo, M. Betzu, *Dal regionalismo differenziato al regionalismo pasticciato*, *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2008, 74.

[7] V., per un'analisi organica del regionalismo differenziato ai tempi del "ddl Calderoli", il numero monografico *L'autonomia differenziata*, in *Nuove Autonomie*, num. spec. 1/2024 (*ivi* spec. V. Tondi della Mura sui Lep, L. Violini, N. Gullo sull'interesse nazionale, G. Rivosecchi, F. Cerniglia sui profili finanziari e *conclusioni* di G. Corso). V. anche A. Lucarelli, *Regionalismo differenziato e incostituzionalità diffuse*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, n. 2/2019, spec. 13 ss.

[8] Sull'analisi di *altri* modelli di Stato composto e differenziazione cfr. F. F. Segado, *Il federalismo in America latina, in Italian Papers on Federalism,* n. 1/2013; C. D. Altavilla, *Federalismo y descentralización en América Latina. Un análisis comparativo sobre las políticas de salud y educación en Argentina y Brasil,* in *Istituzioni del Federalismo,* in *Rivista di studi giuridici e politici,* 2019. Sull'esperienza spagnola, cfr., *ex multis*, L. Ferraro, *La cooperazione 'anomala' nello Stato*

Il regionalismo differenziato, introdotto nel 2001, è compatibile con la Costituzione, nel suo modello intangibile, perché scolpito nei principi supremi, solo se inserito nel quadro di un regionalismo ponderato, equilibrato e solidale, come poi ha mostrato plasticamente la ricordata sentenza Pitruzzella. D'altro canto, era evidente, sin dall'introduzione dell'articolo 116, terzo comma, ad opera della legge costituzionale n. 3 del 2001, che la sua eventuale attuazione non potesse prescindere da una serie di requisiti e vincoli già inscritti nella trama della Carta[9].

Nella voce dedicata al regionalismo differenziato per il *Digesto delle discipline pubblicistiche* (UTET), si erano qualificati tali elementi come veri e propri "presupposti costituzionali"[10] della differenziazione, ovverosia quali condizioni sistemiche che precedono e orientano l'esercizio della facoltà prevista dall'articolo 116, terzo comma, e che ne delimitano l'ambito stesso di operatività.

Su ciascuno di questi profili si tornerà; basti qui ribadire che l'autonomia differenziata, lungi dal costituire uno spazio di libera espansione negoziale tra regione richiedente e governo *pro tempore* in carica, è istituto costituzionalmente condizionato e strutturalmente integrato nel modello solidale di regionalismo delineato dalla Carta[11].

composto spagnolo, Napoli, 2010; E. Aja, *El Estado autonómico – Federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, 1999; F. Balaguer Callejón, *El estado autonómico en el contexto de la integración Europea: un comentario a la STC 31/2010, de junio*, in E. Álvarez Conde, C. Rosado Villaverde, F.J. Sanjuán Andrés (a cura di), *Estudios sobre la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011; G. Ferraiuolo, *Costituzione Federalismo Secessione. Un itinerario*, Napoli, 2016, spec. 158 ss.; M. Monti. *Federalismo Disintegrativo? Secessione e Asimmetria in Italia e Spagna*, 2021. In prospettiva comparata, si v. anche R. Bifulco, *La cooperazione nello Stato unitario composto. Le relazioni intergovernative di Belgio, Italia, Repubblica Federale di Germania e Spagna nell'Unione europea*, Padova, 1995; A. Mastromarino, I*l federalismo disgregativo. Un percorso costituzionale negli Stati multinazionali,* Milano, 2010.

[9] Come *amplius* si vedrà *infra*: la previa determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni *ex* articolo 117, secondo comma, lett. m); le garanzie di solidarietà e perequazione finanziaria di cui all'art. 119, non a caso espressamente richiamato dallo stesso articolo 116, terzo comma; nonché la centralità del Parlamento quale sede della rappresentanza nazionale *ex* articolo 67 della Costituzione; condizioni necessarie a preservare il necessario equilibrio tra unità e autonomia di cui all'articolo 5 della Costituzione.

[10] Invero, già prima, A. Patroni Griffi, *Regionalismo differenziato e uso congiunturale delle autonomie*, in *Diritto Pubblico Europeo Rass. Online,* n. spec. 2/2019 (testo dell'intervento sul Regionalismo differenziato svolto in Sala stampa della Camera dei Deputati, Roma, 14-2-2019).

[11] Tra gli altri cfr. R. Bifulco, *I limiti del regionalismo differenziato*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019; E. Catelani, *Regionalismo differenziato: alcuni dubbi di metodo e di merito*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019; L. Di Majo, *Regionalismo differenziato: una questione di metodo, prima ancora del merito*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020.

3. *Regioni e Mezzogiorno nel dibattito costituente: il paradigma cooperativo e solidale*

Il modello di regionalismo delineato in Assemblea costituente[12] può essere definito, con formula ormai acquisita, come un regionalismo cooperativo, che era intrinsecamente connesso in Costituzione alla questione meridionale, quale questione nazionale.

Nel dibattito costituente, Gaspare Ambrosini evidenziò[13] con particolare chiarezza il nesso strettissimo tra l'istituzione delle Regioni e la necessità di affrontare in modo strutturale il divario tra Nord e Sud[14]. L'autonomia regionale non era concepita come fattore di disarticolazione dell'unità statale[15], bensì come strumento di integrazione e riequilibrio, secondo un modello intermedio capace di coniugare pluralismo territoriale e unità della Repubblica, evitando tanto le rigidità del centralismo quanto le derive centrifughe di un regionalismo competitivo.

Nella medesima prospettiva si colloca l'intervento di Costantino Mortati, nella II Sottocommissione del 29 luglio 1946, ove si sottolineò la necessità di garantire condizioni di effettiva autosufficienza a tutte le Regioni e di correggere le sperequazioni territoriali, avvertendo che, in difetto di tali garanzie, il regionalismo sarebbe risultato strutturalmente squilibrato e, in ultima analisi, destinato al fallimento[16]. La Relazione Ruini al Progetto di Costituzione conferma tale impostazione, collocando l'istituzione delle Regioni, quale modalità di organizzazione funzionale alla forma di Stato democratica e unitaria della Repubblica e non già come frammentazione del potere sovrano. In questa chiave, il regionalismo presupponeva, sul piano finanziario, strumenti di coordinamento, perequazione e solidarietà, coerenti con l'obiettivo di assicurare un equilibrio sostanziale tra i territori.

Il collegamento più esplicito tra regionalismo e meridionalismo è scolpito nel testo originario dell'articolo 119 della Costituzione, laddove si prevedevano

[12] Sul dibattito in Costituente sulle regioni v. U. De Siervo, *La ripresa del regionalismo nel dibattito costituente*, in S. Mangiameli (a cura di), *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma*, I, Milano, 2012, 51 ss.; G. Berti, *Art. 5*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, spec. 277 ss.

[13] Come ricorda S. Staiano, *Art. 5,* cit., 14.

[14] Cfr. G. Verde, *Gaspare Ambrosini e la realizzazione delle Regioni*, in N. Antonetti, U. De Siervo (a cura di), *Ambrosini e Sturzo. La nascita delle Regioni*. Bologna, 1998; V. Atripaldi, *Gaspare Ambrosini: "un politico con preparazione tecnica"*, in *Nomos*, n. 3/2017.

[15] S. Pajno, *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi*, in *Federalismi.it*, n. 5/2020.

[16] A. Patroni Griffi, *Regionalismo differenziato*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, cit., 322.

contributi speciali dello Stato «particolarmente per valorizzare il Mezzogiorno e le Isole»[17]. Tale previsione non aveva natura meramente programmatica o retorica: essa rappresentava una vera e propria costituzionalizzazione del meridionalismo e delle insularità[18], inscrivendo nel testo fondamentale un dovere promozionale della Repubblica verso le aree strutturalmente svantaggiate.

In questo senso, il regionalismo italiano nasceva non soltanto come riconoscimento del pluralismo, ma anche come strumento di giustizia territoriale, volto a integrare autonomia e solidarietà in una sintesi coerente con i principi supremi dell'ordinamento.

Non mancano visioni in aula se non pessimiste, certamente preoccupate sul tema e sul destino del Mezzogiorno, che può essere indicativo ricordare. «Il Mezzogiorno d'Italia non avrà nulla da guadagnare dalle autonomie, perché vi sono problemi gravissimi che bisognerà risolvere, se si vorrà creare un insieme di condizioni tali da rendere possibile una vita civile, problemi gravissimi che sarà possibile risolvere soltanto come problemi nazionali, non come problemi regionali»: queste sono le parole accorate usate da Renato Morelli, avvocato e politico molto vicino a Benedetto Croce, nella seduta antimeridiana del 12 giugno 1947[19]. E, ancora, Mario Zotta, futuro Ministro e consigliere di Stato, nella seduta pomeridiana del 15 luglio 1947: «Il problema del Mezzogiorno sta nel far convergere gli sforzi particolari delle Regioni interessate e quelli collettivi dello Stato verso la eliminazione di quella barriera, che divide profondamente il Nord dal Sud, nel campo. economico e sociale, e nel rendere possibile il raggiungimento di un livello comune di benessere e di prosperità in tutto il Paese»[20]. Illuminante è anche la più nota posizione di Fiorentino Sullo[21], ad esempio, nella ricordata seduta del 15 luglio, con cui il giovane deputato democristiano rimarca la necessità di garantire l'istituzione di fondi speciali de-

[17] Cfr. A. Pubusa, *Art. 119*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975; G. Fransoni, G. Della Cananea, *art. 119*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Torino, III, 2006.

[18] T.E. Frosini, *Insularità e Costituzione*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, a. XXXIV, 2020, n. 1; Id. (a cura di), *Isole nel diritto pubblico comparato ed europeo*, Torino, 2007; C. Tucciarelli, *Nuove forme della specialità? Le isole come questione di diritto costituzionale,* in *Federalismi.it*, n. 20/2025.

[19] Il quale prosegue così: «Occorrerà, tra l'altro, attuare un vasto programma di lavori pubblici, che comprenda l'apertura di strade, la costruzione di ponti, di acquedotti, di scuole: starei per dire che bisognerebbe introdurre nella Costituzione un apposito articolo che assicurasse a tutta l'Italia un intervento dello Stato per creare il minimo di condizioni necessarie per lo svolgimento della vita civile». R. Morelli, Ass. Cost., seduta antimeridiana del 12 giugno 1947, 4690.

[20] M. Zotta, seduta pomeridiana del 15 luglio 1947, Ass. Cost., 5774.

[21] V. M. Sbrescia, *Regioni e Mezzogiorno all'Assemblea costituente: il contributo di Fiorentino Sullo ai lavori preparatori della Costituzione repubblicana*, in *Riv. giur. Mezz.*, 3-4, 2020.

stinati alle esigenze straordinarie delle Regioni, con particolare riferimento alla valorizzazione del Mezzogiorno e delle Isole. Sullo, inoltre, critica la formula che limita l'intervento statale ai soli casi eccezionali o alle "spese necessarie". Rivendica invece un meccanismo di fondo perequativo stabile e chiede che la Costituzione affermi esplicitamente l'impegno prioritario per lo sviluppo del Mezzogiorno[22].

[22] F. SULLO, seduta pomeridiana del 15 luglio 1947, Ass. Cost., 5781-5783.: «…avevo proposto, prima che fosse presentato il nuovo testo del Comitato di coordinamento, questo emendamento, che voleva correggere qualche manchevolezza del precedente testo. L'emendamento aveva lo scopo di affermare la necessità e non la possibilità di fondi speciali che venissero incontro alle esigenze straordinarie della regione e di affermare anche che i fini speciali a cui il progetto di Costituzione alludeva sono o, meglio, possono essere, specificatamente e principalmente, quelli della valorizzazione del Mezzogiorno e delle isole. …poiché la seconda Sottocommissione nella sua seduta del 9 dicembre 1946 aveva approvato, ed all'unanimità, un ordine del giorno in cui si affermava la necessità di provvedere alla formulazione di un piano (sono le parole testuali) per la trasformazione delle attuali condizioni economico-sociali delle regioni meridionali ed insulari da attuare dallo Stato con provvedimenti continuativi adeguati all'urgenza della trasformazione stessa, mi premeva allora che questo ordine del giorno non rimanesse lettera morta, ma che in realtà vi fosse un impegno specifico da parte dei costituenti di oggi e della Camera successiva perché qualche cosa di concreto si facesse. A chi esamina infatti l'articolo 113 come era congegnato prima, balza immediatamente all'attenzione il fatto che qui si parla quasi di una possibilità della istituzione di un fondo per fini speciali come un'eccezione possibile nel futuro, quasi come se la norma per il futuro fosse che la regione potesse bastare a sé stessa con la divisione automatica dei tributi. Sono andato a rileggere il verbale della seconda Sottocommissione ed ho cercato di studiare a fondo principalmente quello che l'onorevole Vanoni diceva a proposito della possibilità di attuare automaticamente una ripartizione dei fondi ai fini di una perequazione regionale, ma mi sono convinto che questo automatismo di fatto non ci potrà essere. Basterebbe osservare che l'onorevole Vanoni parlava della possibilità di ripartire, a seconda della popolazione delle varie Regioni, determinate imposte. Orbene, anche se si dovessero ripartire automaticamente determinate imposte a seconda della popolazione, vi sarebbe di fatto una sperequazione dal punto di vista della valorizzazione del Mezzogiorno e delle isole. Basterebbe pensare, per esempio, che la superficie del Piemonte, della Liguria, della Lombardia, della Venezia Tridentina, del Veneto e dell'Emilia, complessivamente presa, è di 119.000 chilometri quadrati ed ha una popolazione di 19 milioni di abitanti, mentre la Campania, la Basilicata, la Puglia, la Sicilia e la Sardegna, che hanno quasi la medesima superficie o poco meno, hanno 13 milioni e mezzo di abitanti. In realtà, dobbiamo convenire con quello che l'onorevole Cartia ha detto prima, che cioè, se si vuole dare alla Regione possibilità di vita e di vita autonoma, bisogna anche sin da questo momento mettersi bene in mente che si debba venire da parte dello Stato, in una forma o nell'altra, e in una forma di perequazione regionale, in soccorso delle Regioni più povere; non dico più socialmente arretrate ma almeno più economicamente arretrate. L'ammettere che lo Stato possa dare dei contributi o che i fondi possano venire soltanto in casi eccezionali significa dimenticare la realtà. Ed è precisamente questo lo scopo preciso per cui ho presentato, insieme con i colleghi, questo emendamento, anche se è mutata la forma tecnica con cui lo Stato verrebbe incontro ai bisogni delle Regioni più povere. … Mi pare che quindi rimanga fondamentale da parte dei presentatori dell'ordine del giorno, l'esigenza, il desiderio che viene formulato dal Comitato di coordinamento, che si cambi la dizione: al posto di un "potere", si dica che ci sarà questa assegnazione; si usi un termine preciso e positivo, il quale dia assicurazione che

Il dibattito d'Aula conferma l'impostazione cooperativa e solidale che si è inteso imprimere al regionalismo italiano. Nella discussione finale sul Titolo V, Meuccio Ruini[23] ricorda che l'Assemblea «ha già votato un articolo della nostra Costituzione che dice che lo Stato deve, per particolari scopi e soprattutto per valorizzare il Mezzogiorno, dare contributi alle Regioni», avallando altresì l'ordine del giorno che impegnava a interventi e stanziamenti straordinari.

Tali riferimenti non sono meramente contingenti; saldano organicamente l'istituzione delle Regioni con una politica nazionale di riequilibrio territoriale, inscrivendo la questione meridionale dentro la stessa architettura costituzionale della Repubblica. È un passaggio che lega, nello stesso momento del concepimento[24], regioni e *cohesion policy* nazionale[25]. Ciò vale a significare la costituzionalizzazione di un dovere promozionale nei confronti delle aree svantaggiate. Ora, la riforma del Titolo V del 2001 può avere eliminato il riferimento espresso al Mezzogiorno, ma non ha neutralizzato i presupposti assiologici di quella previsione: solidarietà, perequazione, eguaglianza sostanziale restano principi operanti, anche nel testo riformato –che anzi pone una serie di concreti strumenti perequativi – e continuano quindi a orientare l'interpretazione dell'autonomia regionale.

questo avverrà normalmente». E ancora significativamente: «Oggi il Mezzogiorno, storicamente parlando, rappresenta una parte d'Italia, economicamente poco evoluta. Quando, tra cento anni, il Mezzogiorno non sarà più in questo anacronismo, noi diremo che nel 1947 il Mezzogiorno era giù e che nel 2047 non è più giù. A quella medesima maniera, vi sono tanti anacronismi nella Costituzione inglese che permangono, e permangono dei titoli di merito di quelli che sono venuti dopo. Noi meridionali adesso non dobbiamo avere quindi un senso di sfiducia e di timore, che questo possa essere per noi un segno d'inferiorità. È un segno d'inferiorità se rimarrà questo e sarà disdoro di quanti siederanno, dopo di noi, in questo Parlamento, e dei Governi che verranno dopo, se tutto questo resterà lettera morta. Lasciamo a quelli che vengono dopo e che siederanno nel Parlamento, il compito di far sì che tutto questo non resti lettera morta, e dimostriamo che comunque ci proponiamo obiettivi ben determinati e che questa formulazione può essere accolta nell'articolo 113 della Costituzione. (*Applausi al centro*)».

[23] Il dibattito in Costituente e la posizione di Ruini è dettagliatamente ricordata da G. Armao, *Insularità e perequazione infrastrutturale nell'ordinamento europeo*, in *StrumentiRES - Rivista online della Fondazione RES*, Anno VII, n. 3, novembre 2015, 2, nt. 5.

[24] L. Chieffi, *Sviluppo del sistema delle autonomie e questione meridionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021; S. Staiano, *Dinamiche della frattura Nord-Sud. Il perdurare dell'asimmetria territoriale come questione democratica*, in *Italian Journal of Social Policy*, 4/2020.

[25] In questa clausola può leggersi una forma embrionale di "diritto sociale territoriale", secondo l'espressione usata da T.E. Frosini, nel contributo citato alla nostra *rivista* T. *E. Frosini, Per una ri-costituzionalizzazione del Mezzogiorno e delle isole*, cit. In tal senso, i principi connessi di sussidiarietà e solidarietà verticale costituiscono elemento di raccordo tra autonomia territoriale e tutela dei diritti fondamentali v. già S. Prisco, *La solidarietà verticale: autonomie territoriali e coesione sociale*, in B. Pezzini, C. Sacchetto, *Il dovere di solidarietà*, Milano, 2005, 15 ss e più recentemente S. Parisi, Diritti in equilibrio. Stat, regioni e cooperazione in un nuovo welfare, Napoli, 2025, spec. 121 ss.

Nella Costituzione non vi è traccia di un disegno volto a incentivare una competizione "orizzontale" tra Regioni sul terreno dei diritti e dei servizi. Al contrario, la leale collaborazione e il raccordo tra Stato e Regioni costituiscono lo snodo istituzionale attraverso il quale evitare che l'autonomia si traduca in diseguaglianza. Le ricostruzioni dei lavori in Costituente – e non solo negli interventi di Ambrosini, Mortati e Ruini, ma in un orientamento largamente condiviso – mostrano come l'unità anche sul piano economico rappresentasse un parametro ordinante, non sacrificabile a logiche di primazia territoriale.

Le Regioni sono concepite come elementi costitutivi dell'assetto istituzionale italiano, capaci di rafforzare l'unità attraverso l'autonomia, neutralizzando i germi del particolarismo e consolidando l'integrazione e la solidarietà territoriale.

In questo disegno, lo Stato mantiene la responsabilità primaria di garantire diritti fondamentali uniformi, coesione economica e politiche redistributive. L'autonomia acquista senso costituzionale soltanto all'interno di una cornice di eguaglianza sostanziale e solidarietà riferita alle persone e ai territori.

Non è un caso che sul regionalismo si registri in Costituente una significativa convergenza tra culture politiche differenti – dalla sinistra comunista al cattolicesimo democratico fino a componenti liberali – secondo la logica delle "Regioni per unire", per dirla con Pietro Ingrao[26] oppure di un "regionalismo sturziano" per dirla con Ettore Rotelli[27].

4. *Contro i tentativi di mistificazione del regionalismo differenziato*

Alla luce del modello di regionalismo delineato dall'Assemblea costituente e radicato nei principi supremi dell'ordinamento, la clausola dell'autonomia differenziata introdotta con la legge costituzionale n. 3 del 2001 non può che essere letta come istituto costituzionalmente compatibile solo se inserito nel quadro di un regionalismo ponderato, equilibrato e solidale.

Essa non autorizza una riscrittura competitiva del Titolo V, né consente una reinterpretazione in chiave disarticolante dell'assetto repubblicano[28]. Al contrario, presuppone e conferma il modello cooperativo voluto dalla Costituente, nel quale l'asimmetria è ammissibile soltanto in quanto funzionale alla

[26] P. Ingrao, *Regioni per unire*, in E. Rotelli (a cura di), *Dal regionalismo alla regione*, Bologna, 1973, 249-268.

[27] E. Rotelli, *Il regionalismo di Luigi Sturzo*, in F. Malgeri (a cura di), *Luigi Sturzo nella storia d'Italia*, Roma 1973, 593 ss. parla di «visione *regionalistica* di don Luigi Sturzo e di Aldo Moro».

[28] L. Chieffi, *Disarticolazione del sistema delle autonomie e garanzie dei livelli essenziali,* in F. Bettinelli, F. Rigano (a cura di), *La riforma del titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2004, 732.

migliore realizzazione dell'unità sostanziale della Repubblica e alla riduzione dei divari territoriali. L'autonomia differenziata non avrebbe mai potuto legittimare, invece, derive competitive sulle risorse, né fondarsi su categorie quali i pretesi "residui fiscali" territoriali, che non trovano fondamento nella struttura della Costituzione e che, se assunte a criterio ordinante, avrebbero disgregato la stessa unità repubblicana.

Dalla Carta emerge con chiarezza un quadro costituzionale di principi, presupposti e metodo che non poteva essere ignorato, né dalla legislazione ordinaria, né, a maggior ragione, dalla medesima interpretazione da dare necessariamente alla revisione del Titolo V intervenuta nel 2001.

Il regionalismo differenziato viene introdotto in una Costituzione che non può che conservare intatti i propri principi supremi e che, anzi, nella stessa riforma del Titolo V, ha rafforzato taluni strumenti di garanzia dell'eguaglianza sostanziale e della coesione territoriale[29].

L'articolo 116, terzo comma, lungi dall'essere norma autosufficiente, si colloca dentro una trama ordinamentale che ne delimita l'ambito e ne orienta l'attuazione. La stessa Corte assume nel 2024, si vedrà, un utile "intento didascalico", in quanto «mostra di conoscere bene con chi ha anzitutto a che fare: con titolari di cariche pubbliche la cui conoscenza dei fondamenti del nostro regionalismo è quantomeno dubbia, e ha dunque cura di spiegare preliminarmente a quanti lo ignorassero quali princìpi, regole e istituti vengono messi a rischio ove la disposizione dell'art. 116, terzo comma, si consideri *una monade isolata*»[30].

Tale quadro è stato, invece, a lungo trascurato, non soltanto nella recente stagione legislativa, ma già, invero, in precedenti tentativi di attuazione[31], nei quali si è talora ipotizzata una differenziazione priva di una compiuta disciplina attuativa e, soprattutto, senza neppure la previa determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni[32].

[29] Di recente v. A. Formisano, *Il regionalismo differenziato nel quadro del modello costituzionale. Limiti, criticità e prospettive future*, Napoli, 2025; D. Mone, *Costituzione, regionalismo e coesione territoriale*, Napoli, 2023; L. Violini, *Una forma di stato a regionalismo differenziato? Percorsi e argomenti per l'attuazione dell'art. 116, III comma, Cost.*, Torino, 2021.

[30] C. Pinelli, *Perché la disciplina dell'autonomia differenziata non va intesa come "una monade isolata" (Osservazione a Corte cost. n. 192 del 2024)*, in *Diario di Diritto pubblico*, 23 dicembre 2024.

[31] D. Girotto, *L'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario. Tentativi di attuazione dell'art. 116, comma 3 Cost. e limiti di sistema*, Torino, 2019.

[32] V. ad esempio schema di disegno di legge Boccia in cui si pone il tema dei lep, ma si statuisce che in assenza di determinazione degli stessi si sarebbe comunque proceduto. Si tratta, come rubricato, di "Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata di cui all'articolo

Qui si registra davvero un prolungato paradosso. L'inadempimento costituzionale non ha mai riguardato la "possibilità" di introdurre forme di autonomia differenziata, che la Costituzione, infatti, non configura come obbligo, essendo rimesso alla raggiunta intesa secondo leale collaborazione, e poi all'eventualità dell'approvazione della legge di differenziazione da parte del Parlamento; bensì, semmai, la mancata completa attuazione dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), che impone allo Stato l'obbligo di determinazione dei LEP quale presidio dell'eguaglianza dei diritti civili e sociali su tutto il territorio nazionale.

La clausola differenziativa di cui all'articolo 116, terzo comma della Costituzione è stata inserita in una cornice costituzionale saldamente ancorata all'unità e indivisibilità della Repubblica (art. 5), nonché ai principi di eguaglianza e solidarietà territoriale. La riforma del 2001, lungi dall'indebolire tali coordinate, ha previsto ulteriori strumenti, in larga parte rimasti inattuati o solo parzialmente realizzati, volti a garantire coesione, perequazione e responsabilità finanziaria.

5. *Gli ineludibili "presupposti" costituzionali dell'autonomia differenziata*

È su tali strumenti e su questi presupposti che occorre ora soffermarsi per verificare in quale misura l'autonomia differenziata possa operare nel rispetto del modello costituzionale di regionalismo solidale. Coordinate che, come si è sostenuto già nella voce dedicata al tema nel *Digesto delle discipline pubblicistiche* (UTET), integrano veri e propri "presupposti costituzionali" della differenziazione. Un modello che, per lungo tempo, è stato invece trattato come se potesse essere messo tra parentesi, sino a quando la Corte costituzionale non ne ha riaffermato esplicitamente la centralità.

La clausola differenziativa non è norma a sé stante. Essa opera necessariamente entro la cornice dell'unità e indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.) e nel bilanciamento con i principi di eguaglianza e solidarietà territoriale. La giurisprudenza costituzionale ha costantemente ricavato da tali principi un limite "forte" alla stessa autonomia regionale, incluse le autonomie speciali, come dimostrano le pronunce che hanno richiamato anche queste ultime, con un riferimento indiretto ma molto chiaro per le stesse regioni "differenziande", al rispetto dei doveri di solidarietà e di coordinamento della finanza pubblica[33].

116, comma 3, della Costituzione", del 2020. Tale disegno di legge era stato inserito dal Governo nella NADEF per l'anno 2020 tra i collegati alla manovra di bilancio.

[33] Corte cost., sent. n. 27/2024, redatta da Luca Antonini: «In questi termini risulta assegnato alla Regione il gettito percepito nel territorio della quasi totalità delle imposte statali esistenti, disegnando, così, un regime finanziario in grado di garantire risorse in modo sostanzialmente

In tale prospettiva, l'art. 119 della Costituzione si configura quale requisito della differenziazione: fondo perequativo, risorse aggiuntive e interventi speciali per rimuovere gli squilibri economici e sociali costituiscono condizioni logiche e temporali propedeutiche, e non certo eventuali e successive, rispetto alle ulteriori attribuzioni *ex* articolo 116, terzo comma.

Ne discendono corollari che avrebbero dovuto apparire immediatamente evidenti. In primo luogo, non è costituzionalmente ammissibile un criterio allocativo fondato sul "gettito maturato nel territorio" o su rivendicazioni di trattenimento delle imposte nel luogo di riscossione[34]: simili impostazioni, oltre a non trovare fondamento nella Costituzione, si risolverebbero in una redistribuzione regressiva delle risorse, in contrasto con la logica perequativa dell'articolo 119: una sorta di "Robin Hood alla rovescia" è stato detto[35]. La stessa piena attuazione del federalismo fiscale di cui alla legge n. 42 del 2009 e il rigoroso nesso tra funzioni e risorse rappresentano condizioni preliminari della differenziazione, non effetti eventuali della stessa.

Eppure, nel dibattito politico e in alcune bozze di intesa si sono riproposte logiche di trattenimento del gettito e di calcolo su base territoriale, già oggetto di censura nella giurisprudenza costituzionale, anche con riferimento ai referendum consultivi regionali che prospettavano trattenimenti percentua-

indipendente dallo sforzo fiscale autonomo richiesto agli abitanti della stessa. È ben vero che tale provvista è anche diretta a compensare gli svantaggi strutturali propri del territorio montano, nonché a finanziare funzioni ulteriori rispetto a quelle assegnate alle regioni ordinarie, come ad esempio la gestione e la retribuzione del personale scolastico; tuttavia, rimane fermo che, come questa Corte ha già avuto modo di rilevare già da tempo, «il sistema di finanziamento per le Regioni a statuto speciale e le Province autonome risulta, in concreto, più favorevole rispetto a quello previsto per gli altri enti di autonomia» (sentenza n. 355 del 1994). Tale constatazione non può che essere ribadita oggi, considerando che tali regimi, anche nell'ultimo trentennio, si sono spesso sviluppati in modo da risultare il frutto di stratificazioni contingenti". E ancora: "Alla luce di questa considerazione appare evidente che debba essere certamente esclusa la possibilità di un'interpretazione estensiva o analogica, come implicitamente vorrebbe il ricorso regionale, dei ricordati articoli della legge n. 690 del 1981 con riferimento alle imposte i cui gettiti sono assegnati alla Regione. Ciò anche al fine di evitare una tensione nel rapporto tra principio unitario e principio autonomistico (art. 5 Cost.), che potrebbe mettere in crisi le istanze di solidarietà e di eguaglianza del disegno costituzionale, tralasciando le esigenze di perequazione in favore delle aree più svantaggiate del Paese». Per un commento v. C. Equizi, *La dimensione costituzionale dell'autonomia speciale non giustifica deroghe al principio solidaristico. Note a Corte Cost., sentenza n. 27 del 2024*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 6/2024.

[34] «A pagare le imposte ed a beneficiare della spesa non sono i territori in quanto tali, ma gli individui che vi risiedono». L. Vandelli, *Il regionalismo differenziato tra peculiarità territoriali e coesione nazionale*, *Astrid - Rassegna*, n. 11/2018, 16.

[35] F. Pica, *Una prima analisi del disegno di legge delega Calderoli sul federalismo fiscale*, in *Rivista economica del Mezzogiorno*, 2008, 620; A. Patroni Griffi, *Regionalismo differenziato*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, cit., 324.

li significativi del gettito fiscale. Tali impostazioni alimentano inevitabilmente sperequazioni a danno delle aree strutturalmente più deboli e si ponevano in tensione non solo con l'impianto dell'articolo 119 della Costituzione, ma con la stessa unità e indivisibilità della Repubblica.

È sufficiente richiamare la giurisprudenza costituzionale relativa ai referendum consultivi promossi dalla Regione Veneto[36], nella quale la Corte ha dichiarato inammissibili sia il quesito volto a prospettare una vera e propria opzione secessionista, sia quello diretto a rivendicare il trattenimento fino all'80 per cento del gettito tributario riscosso sul territorio regionale: iniziative che, pur diversamente configurate, si inscrivevano in una logica quasi "eversiva", del tutto estranea al modello costituzionale di autonomia solidale, già foriera, si pensi alla Catalogna[37], di gravissime tensioni istituzionali.

Infine, il procedimento previsto dall'art. 116, terzo comma, culminando in una legge approvata a maggioranza assoluta delle Camere, richiama la centralità del Parlamento quale sede della rappresentanza nazionale *ex* articolo 67 della Costituzione. Si aggiunga invece che le prassi negoziali prevalentemente centrate sul rapporto bilaterale tra Governo e Regione richiedente, e sfociate in bozze sottoscritte da un Sottosegretario di Stato[38], hanno prodotto una sorta di "strabismo costituzionale"[39], marginalizzando il Parlamento. Al contrario, l'articolo 116, terzo comma, nella previsione della legge approvata a maggioranza assoluta delle Camere, rendeva da subito evidente la necessità di un coinvolgimento parlamentare pieno, sia nella fase di indirizzo e controllo del negoziato,

[36] Il riferimento è alla sentenza n. 118/2015 con cui la Corte costituzionale ha accolto la maggior parte delle impugnative statali sulle leggi della Regione Veneto n. 15/2014 (Referendum consultivo sull'autonomia del Veneto) e n. 16/2014 (Indizione del referendum consultivo sull'indipendenza del Veneto). Sulla pronuncia de qua, cfr., *ex multis*, G. Ferraiuolo, *La Corte costituzionale in tema di referendum consultivi regionali e processo politico: una esile linea argomentativa per un esito (in parte) prevedibile*, in *Federalismi.it*, 20/2015.

[37] E. Bindi, *Oltre i confini dell'autonomia. La Catalogna tra diritto a decidere e costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019.

[38] In data 28 febbraio 2018 sono stati sottoscritti tre «Accordi preliminari in merito all'intesa prevista dall'art. 116, terzo comma, della Costituzione» tra il Governo – rappresentato dal Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei Ministri con delega agli Affari regionali e le autonomie, Gianclaudio Bressa – e le Regioni Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto, per il tramite dei Presidenti delle rispettive Giunte regionali. Sul punto, cfr. 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. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 2/2018.

[39] A. Patroni Griffi, *Regionalismo differenziato e coesione territoriale,* in Aa.Vv., *Regionalismo differenziato: un percorso difficile. Atti del convegno "Regionalismo differenziato: opportunità e criticità" Milano, 8 ottobre 2019,* Centro Studi sul Federalismo (disponibile on line), 18.

sia nella fase decisoria conclusiva. La differenziazione non può essere ridotta a una dinamica bilaterale tra Governo e Regione richiedente.

In questo contesto si colloca, piace ricordarlo, l'appello pubblico del 6 marzo 2019, significativamente intitolato "Regionalismo differenziato, ruolo del Parlamento e unità del Paese"[40], volto a richiamare l'attenzione sui profili procedurali e sostanziali della differenziazione.

Una parte autorevole della dottrina aveva colto con chiarezza la necessità di costruire l'autonomia differenziata entro il perimetro costituzionale delineato dai principi supremi e dagli articoli 117 e 119 Costituzione. La politica, invece, indipendentemente dall'alternanza delle maggioranze, ha a lungo trascurato tali *caveat*, sino a quando l'intervento della Corte costituzionale, sollecitato anche dall'approvazione della legge n. 86 del 2024, ha ricondotto il processo di differenziazione entro le necessarie coordinate costituzionali.

La legge n. 86 del 2024 (c.d. legge Calderoli), a bene vedere, ha avuto quantomeno il merito di affrontare il tema del procedimento e del metodo in una disciplina organica. Tuttavia, le parti incompatibili con il modello costituzionale del regionalismo sono state oggetto di pronuncia in parte demolitoria o ricondotta a costituzionalità attraverso interpretazioni conformi. I principi supremi che connotano il regionalismo repubblicano operano, infatti, al tempo stesso, come limite alla revisione costituzionale e come criterio ermeneutico sistematico per l'interpretazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.

La Corte costituzionale ha così riaffermato, in passaggi decisivi, che l'autonomia differenziata non può tradursi in una deroga sistemica al regionalismo solidale delineato dalla Costituzione, ma deve operare nel solco dei principi di unità, eguaglianza sostanziale e solidarietà territoriale che strutturano l'intero ordinamento repubblicano.

6. *La sentenza della Corte n. 192 del 2024 come decisione di sistema sul regionalismo differenziato*

Con la sentenza n. 192 del 2024, le coordinate illustrate non sono più soltanto ricostruzioni dottrinarie, ma divengono in qualche modo Costituzione vivente[41]. La pronuncia, che incide in modo significativo sulla legge n. 86 del

[40] Cfr. l'appello «*Regionalismo differenziato, ruolo del Parlamento e unità del Paese*», predisposto dal sottoscritto e firmato inizialmente da trenta (poi cinquantanove) costituzionalisti e da tre Presidenti emeriti della Corte costituzionale, pubblicato il 6 marzo 2019 sulla stampa nazionale e in *Federalismi.it*, n. 5/2019.

[41] Per alcuni commenti a Corte cost., sent. 192/2024, cfr. A. Saitta, *Quale futuro per l'autonomia differenziata? La risposta è nella sentenza n. 192 del 2024*, in *Federalismi.it*, 7 2025; C. Buzzacchi, *Pluralismo, differenze, sussidiarietà ed eguaglianza: dalla sentenza n. 192 del 2024 il modello per il sistema regionale "differenziato"*, in *Astrid*, 18, 2024; A. Morrone, *Lo stato re-*

2024, restituisce ordine ai presupposti dell'autonomia differenziata e, nel farlo, offre una chiave di lettura che, per implicito, investe criticamente anche i precedenti tentativi di attuazione, nei quali tali questioni non erano state neppure adeguatamente tematizzate.

Così, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima la devoluzione "per materie" o "ambiti di materie", riaffermando che l'oggetto dell'intesa deve riguardare specifiche funzioni, non interi settori materiali di competenza[42]. Sono state quindi censurate le disposizioni che consentivano una differenziazione indeterminata o eccessivamente ampia, incompatibile con la struttura dell'articolo 116, terzo comma, Costituzione.

Una diversa interpretazione, che avesse ammesso la "bulimica"[43] richiesta e l'attribuzione dell'intero spettro delle materie astrattamente devolvibili, avrebbe comportato, con effetto patologicamente distorsivo, la sostanziale equiparazione, se non addirittura il "sorpasso", di alcune Regioni ordinarie sulle stesse Regioni a statuto speciale, attraverso peraltro una legge ordinaria rinforzata, con conseguente alterazione dell'equilibrio tra le diverse tipologie di autonomia delineate dalla Costituzione. In tal modo, la Corte ha impedito che la clausola di differenziazione si trasformasse in uno strumento surrettizio di sostanziale revisione dell'architettura costituzionale delle autonomie territoriali.

La Corte ha poi dichiarato, di cornice, costituzionalmente illegittima la disciplina che non imponeva all'iniziativa regionale di essere motivata alla luce del principio di sussidiarietà, censurando l'articolo 2, comma 1, della legge n. 86 del 2024 nella parte in cui non subordinava la richiesta di ulteriori forme e condizioni di autonomia a una motivazione puntuale e verificabile sotto tale

gionale dopo la sent. n. 192 del 2024, in *Giustizia insieme*, 28 gennaio 2025; L. Violini, *Alcune considerazioni sulla sentenza 192/2024 della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, n.3/2025; T.F. Giupponi, *Cronaca di una morte annunciata? Cosa rimane del regionalismo differenziato dopo la sentenza n. 192/2024 della Corte costituzionale*, in *Istituzioni del federalismo*, n.1/2025.; V. P. Grossi, *Equilibri impossibili? Regionalismo differenziato e livelli essenziali delle prestazioni dopo la sentenza della Corte costituzionale, n. 192 del 2024*, in *Osservatorio costituzionale*, 4/2025; C. Tubertini, *Regionalismo differenziato*, regionalismo cooperativo e leale collaborazione nella sentenza n. 192/2024 della Corte Costituzionale, in *Istituzioni del Federalismo*, 1/2025.

[42] Sul tema specifico v. di recente G. M. Salerno, *La sentenza n. 192 del 2024 sull'autonomia differenziata: qualche riflessione sulla questione delle "specifiche funzioni"*, in *Nomos*, n. 2/2025.

[43] Per riprendere la forte immagine usata da P. Maci, *Regionalismo differenziato: tra bulimia di autonomia e rischi di ingovernabilità*, in *Federalismi.it*, 27 luglio 2022. Sul rapporto con le autonomie speciali cfr. di recente A. Morelli, *Regionalismo differenziato e autonomia speciale: un quadro complesso*, in *Diritti regionali*, n. 3, 2019; G. Comazzatto, *I "limiti di contenuto" ai processi di differenziazione regionale. Categorie, problemi, prospettive*, in *Italian Papers on Federalism*, 1/2023.

profilo. La sussidiarietà, in tale corretta concezione, costituisce essa stessa concreto parametro che giustifica e delimita la differenziazione, imponendo che ogni trasferimento di funzioni sia adeguato a un reale, migliore esercizio delle stesse in relazione alla prossimità territoriale.

In tale prospettiva, la Corte ha altresì evidenziato che esistono ambiti materiali nei quali le funzioni non risultano devolvibili, in quanto in linea di principio difficilmente giustificabili in chiave di sussidiarietà. Si pensi, in particolare, a settori quali l'istruzione[44], nonché ai profili inerenti al mercato unico e agli ambiti fortemente integrati nel diritto dell'Unione europea, nei quali prevalgono esigenze di uniformità, coordinamento e rispetto degli obblighi sovranazionali[45]. Questa indicazione restringe oggettivamente l'area delle possibili devoluzioni "sensibili", introducendo un criterio di selezione quanto mai concreto.

Particolarmente incisiva è poi la declaratoria di illegittimità concernente la determinazione dei LEP per materie, anziché per funzioni. La Corte ha affermato che i LEP devono essere individuati in relazione a specifiche funzioni e mediante fonti di rango primario, in ossequio a una riserva di legge che costituisce condizione imprescindibile per qualsiasi devoluzione incidente su diritti civili e sociali. In tal modo è stata superata l'ipotesi di una definizione governativa "a cascata", affidata a strumenti subprimari o a deleghe insufficientemente determinate, riaffermando la responsabilità del Parlamento nella definizione tramite legge delega della cornice normativa e finanziaria.

È evidente, del resto, che in assenza di LEP previamente definiti e adeguatamente finanziati[46], che dovrebbero in realtà avere coperture coerenti e contenere meccanismi effettivi di perequazione, ogni trasferimento di funzioni rischierebbe di cristallizzare e ampliare le diseguaglianze nell'accesso a servizi fondamentali quali sanità territoriale, istruzione, *welfare* locale e mobilità, soprattutto nei contesti territoriali caratterizzati da maggiori fragilità strutturali.

Sul versante finanziario, la Corte ha dichiarato illegittimo l'articolo 9, comma 4, nella parte in cui rendeva meramente facoltativo il concorso delle Regio-

[44] S. Cafiero, *Il conseguimento di "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" in tema di istruzione,* in P. Logroscino, A.M. Nico, N. Pignatelli, R.G. Rodio. V. Tondi della Mura (a cura di), *Il regionalismo differenziato tra attuazione e resistenze. Atti del Seminario di Bari 1° dicembre 2023*, Napoli, 2024, 181 ss.

[45] Secondo A. Manzella, *Una Costituzione euro-nazionale. Questioni aperte*, in G. Amato, A. Barbera, E. Cheli, A. Manzella, *Non solo sulla Carta. Quattro lezioni necessarie sulla Costituzione*, Bologna, 2025, 100, la sentenza n. 192 del 2024 ha favorito «il rigoroso allineamento del nostro regionalismo alle regole dell'integrazione europea».

[46] A. Saitta, *Audizione resa il 13 giugno 2019 innanzi alla Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale sull'attuazione e le prospettive del federalismo fiscale e sulle procedure in atto per la definizione delle intese ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione*, *Osservatorio costituzionale*, n. 4/2019, 9 ss.

ni differenziate agli obiettivi di finanza pubblica su un piano di parità con le altre Regioni. L'autonomia non può tradursi in un'attenuazione dei doveri di solidarietà e coordinamento, che restano elementi strutturali del sistema.

Infine, ulteriori disposizioni sono state dichiarate illegittime oppure travolte in via consequenziale.

La sentenza n. 192 del 2024 non si limita a censurare o a "correggere" singole disposizioni della legge n. 86 del 2024, ma ricompone l'istituto dell'autonomia differenziata entro un perimetro assiologico e procedurale rigorosamente ricondotto al modello costituzionale dato di regionalismo.

In questa prospettiva, la Corte eleva a principio sistemico il nesso tra LEP e differenziazione, qualificando i primi come necessario contrappeso e vera e propria rete di protezione dell'eguaglianza sostanziale. L'autonomia non precede i LEP, ma ne è condizionata. Parimenti, viene riaffermata la centralità del Parlamento e chiarito che l'oggetto dell'intesa deve riguardare specifiche funzioni amministrative o regolatorie, non interi ambiti materiali, così impedendo che la differenziazione si traduca in una redistribuzione diseguale delle capacità istituzionali.

Le implicazioni territoriali di tale impostazione sono particolarmente evidenti con riguardo al Mezzogiorno. In un contesto caratterizzato da minore capacità fiscale, persistenti fragilità amministrative e significativi *gap* infrastrutturali, un trasferimento "a blocchi" di intere materie, soprattutto in assenza di LEP previamente definiti e finanziati, avrebbe rischiato di consolidare e ampliare i divari nell'accesso a servizi fondamentali quali istruzione, mobilità e *welfare* locale. L'approccio "per materie" avrebbe sedimentato diseguaglianze in contrasto con gli articoli 3, secondo comma, e 119 della Costituzione. È proprio su questi snodi che la sentenza interviene in funzione riequilibratrice, ricondotta alla logica del regionalismo solidale.

La sentenza ricompone[47] la coerenza delle fonti, assume la sussidiarietà[48] quale criterio motivazionale sostanziale dell'iniziativa regionale, ordina la sequenza procedimentale secondo la corretta scansione LEP/intese e riafferma il ruolo del Parlamento quale garante dell'interesse nazionale. Al tempo stesso, la pronuncia rappresenta una critica incisiva non soltanto alla disciplina contenuta nella legge n. 86 del 2024, ma, più in profondità, come detto, a precedenti tentativi di attuazione dell'autonomia differenziata che avevano preteso di muoversi senza vincoli sistemici.

[47] P. Caretti, *La Corte costituzionale mette un po' d'ordine nel confuso dibattito sull'autonomia differenziata*, in *Astrid Rassegna*, n. 18/2024.

[48] A. Sorpresa, *Il principio di sussidiarietà nella distribuzione delle funzioni ai sensi dell'art. 116, comma 3, Cost. (a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 192 del 2024)*, in *Italian Papers on Federalism*, n. 1/2025.

7. *Le questioni che restano aperte*

La sentenza n. 192 del 2024 offre oggi una bussola chiara per l'attuazione dell'autonomia differenziata; ciò nondimeno, l'attenzione deve restare alta. La ricostruzione operata dalla Corte non esaurisce infatti i problemi applicativi, almeno se si assume sul serio l'obiettivo costituzionale della coesione territoriale e della riduzione dei divari.

Un primo nodo critico concerne la determinazione dei LEP[49].

Venuta meno la possibilità di rinvii a strumenti subprimari, la definizione dei livelli essenziali deve avvenire mediante fonti di rango legislativo, sulla base di istruttorie tecnico-scientifiche solide e trasparenti. In questo contesto, il contributo del Comitato tecnico per i LEP (CLEP), istituito con DPCM 23 marzo 2023, e del relativo Rapporto finale, che poteva rappresentare un passaggio rilevante, per alcuni si è tradotto in un'occasione persa, viste le criticità evidenziate in dottrina e accompagnate da significative prese di posizione e dimissioni di componenti qualificati, a partire dalla questione della mancata definizione unitaria di LEP[50].

La partita decisiva si gioca sul piano della capacità di individuare *standard* effettivi e di quantificare la spesa necessaria in modo coerente con l'eguaglianza sostanziale. Approcci minimalisti ai LEP, ovvero una loro quantificazione "a risorse date", finisce per comprimere il contenuto dei diritti; parimenti, un aggancio meccanico alla spesa storica o l'utilizzo di algoritmi non adeguatamente corretti rischierebbe di riprodurre diseguaglianze pregresse, come emblematicamente dimostrato in passato da casi di finanziamento nullo di servizi essenziali in taluni territori[51].

L'elaborazione di una nozione chiara e condivisa dei LEP è fondamentale per evitare interpretazioni riduttive che li assimilino al solo nucleo essenziale, e quindi intangibile, dei diritti sociali. In tal caso, infatti, non si comprenderebbe la loro utilità né la ragione della loro introduzione con la riforma del Titolo

[49] C. Tubertini, *Le molte luci e le (poche, ma importanti) ombre della sentenza 192/2024 sulla determinazione dei LEP*, in *Diario di diritto pubblico*, 10 gennaio 2025.

[50] La "relazione di minoranza" è stata pubblicata sul numero 28/2023 della Rivista *Federalismi.it*, *CLEP: relazione finale e osservazioni dei giuristi del sottogruppo 5 e di alcuni altri membri del Comitato*.

[51] È emblematico il caso di alcuni comuni che, in applicazione del criterio della spesa storica, si sono visti assegnare, in passato, risorse pari a "zero" per il servizio degli asili nido. Su tali paradossi si veda M. Esposito, *Zero al Sud. La storia incredibile (e vera) dell'attuazione perversa del federalismo fiscale*, Soveria Mannelli, 2019. V. anche P. M. Busetta, *Il lupo e l'agnello. Dal mantra del Sud assistito all'operazione verità*, Soveria Mannelli, 2021. Quanto, invece, alle criticità legate ai criteri di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard, cfr. D. Mone, *La legge n. 42 del 2009 e la violazione dei principi costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2010, spec. par. 4.

V. I LEP svolgono invece la funzione di bilanciare autonomia ed eguaglianza, garantendo che il rafforzamento dell'autonomia – anche differenziata – non comprometta l'eguaglianza dei cittadini, assicurando livelli essenziali, e non meramente minimi, delle prestazioni relative ai diritti sociali, nel rispetto del loro nucleo fondamentale[52].

Strettamente connesso è il tema dei costi e fabbisogni standard. Il quadro normativo delineato dal federalismo fiscale[53] e il lavoro della Commissione tecnica per i fabbisogni standard presso il MEF – con le più recenti note metodologiche 2024-2025[54] – dovrebbero costituire uno strumento decisivo per assicurare un finanziamento equo dei servizi. Tuttavia, la transizione verso un sistema pienamente operativo resta incompleta: molte funzioni non dispongono ancora di standard consolidati e l'utilizzo di basi storiche e di indicatori legati alla capacità fiscale può penalizzare enti caratterizzati da maggiore fabbisogno sociale e minore gettito, tipicamente collocati nel Mezzogiorno.

Il "fattore territoriale" dovrebbe assumere rilievo determinante nella definizione dei costi e dei fabbisogni standard in un contesto nazionale caratterizzato da marcati divari strutturali. Tali disomogeneità sollevano questioni «relative all'identificazione e al peso delle differenze tra i contesti economici, territoriali e infrastrutturali»[55] nei quali le funzioni sono esercitate, imponendo che la costruzione degli standard tenga conto in modo rigoroso delle condizioni effettive di erogazione dei servizi, al fine di non consolidare squilibri preesistenti.

La vera urgenza, spesso sottovalutata, consiste nell'integrare in modo coerente LEP per funzioni e fabbisogni/costi standard[56], evitando che la determinazione degli uni e la quantificazione degli altri procedano su binari separati o riproducano, sotto nuove formule, le distorsioni della spesa storica con la conseguente inerzia distributiva.

[52] Come già si è avuto modo di evidenziare. A. Patroni Griffi, *I diritti sociali tra condizionamento finanziario e coesione territoriale*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, n. spec. 11/2025, spec. 35 ss.

[53] Legge n. 42/2009 di "Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione"; decreto legislativo n. 216/2010 contenente "Disposizioni in materia di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard di Comuni, Città metropolitane e Province" e decreto legislativo n. 68/2011 recate "Disposizioni in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province, nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario".

[54] Cfr. aggiornamento della metodologia dei fabbisogni standard dei comuni per il 2025 in base agli artt. 5, 6 e 7 del D. Lgs. 26 novembre 2010, n. 216

[55] Corte cost., sent. n. 104/2017.

[56] G. Salerno, *Il cantiere dei LEP e dei costi standard nella legge di bilancio 2023*, in *Federalismi.it*, 3/2023.

La stessa legge n. 86 del 2024, come ricondotta a costituzionalità dalla Corte, impone coerenza tra *standard* e diritti: non è ammissibile che i fabbisogni stimati risultino inferiori a quanto necessario per garantire effettivamente il livello essenziale.

Su un piano parallelo, merita attenzione l'interazione tra autonomia differenziata e politiche di coesione, in particolare con riferimento al PNRR e alla c.d. "Quota Sud"[57].

La normativa di attuazione del Piano prevede, come noto, che almeno il 40% delle risorse territorializzabili sia destinato al Mezzogiorno. Tuttavia, i monitoraggi istituzionali hanno segnalato qualche criticità nell'implementazione[58]. Analoghe difficoltà, d'altro canto, hanno interessato precedenti clausole di riequilibrio, come quella del 34% della spesa ordinaria. Se il calendario di definizione e finanziamento dei LEP non terrà conto del rispetto effettivo di tali impegni, il rischio è quello di produrre livelli essenziali formalmente enunciati ma sostanzialmente privi delle risorse necessarie, con la conseguenza di perpetuare divari reali.

In questa fase, dunque, i pericoli non possono dirsi cessati.

Occorre vigilare sulla corretta sequenza procedimentale: prima la determinazione dei LEP presa sul serio, per funzioni specifiche, accompagnata da valutazioni di impatto territoriale e adeguate coperture finanziarie; solo successivamente il negoziato delle intese e l'approvazione parlamentare con effettiva possibilità emendativa. Devono essere esclusi criteri di riparto che favoriscano in modo sistematico le basi imponibili più forti e deve essere assicurata la pa-

[57] Sono proprio i dati strutturali del Mezzogiorno, in termini di divari, minore capacità fiscale, e più bassi indicatori di occupazione e produttività, a costituire una delle ragioni principali per cui l'Italia è risultata il primo Paese beneficiario delle risorse del *Next Generation EU*. Sul tema cfr. B. Caravita di Toritto, L. Bianchi, *Il PNRR alla prova del Sud*, Napoli, 2021; S. Staiano, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud,* in *federalismi.it*, 14, 2021; A. Poggi, *Il PNRR come possibile collante dell'unità repubblicana? (riflessioni in margine al regionalismo e al divario Nord-Sud)*, in *Le Regioni*, n. 1-2, 2021, 199 ss., che sottolinea l'importanza di porre nel Piano «la questione regionale come questione di unità nazionale»; G. De Minico, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2021, 146 ss., la quale annovera il Sud tra le «note dolenti del Recovery di Draghi»; A.M. Acierno, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza nel prisma dei rapporti endogovernativi*, in *Diritto Pubblico Europeo- Rassegna online*, n. 1/2023 e, se si vuole, A. Patroni Griffi, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e il regionalismo differenziato nella dimensione della coesione territoriale*, in *Meridionalismo come costituzionalismo*, cit.

[58] P.C.M. - Dipartimento per le Politiche di coesione e per il sud, *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Quinta relazione istruttoria sul rispetto del vincolo di destinazione alle regioni del Mezzogiorno di almeno il 40% delle risorse allocabili territorialmente* (dati al 31 dicembre 2024) segnala da ultimo l'osservanza della clausola dopo le precedenti difficoltà, In realtà una verifica certa non potrà che farsi a consuntivo.

rità di concorso delle Regioni differenziate agli obiettivi di finanza pubblica. Parimenti, è essenziale che organismi quali la CTFS e il CLEP operino in condizioni di effettiva indipendenza, con metodologie trasparenti, dati aperti e verificabili[59], al fine di evitare che i fabbisogni incorporino surrettiziamente la spesa storica e le ataviche carenze di servizio delle aree più deboli.

In conclusione, così impostato il regionalismo differenziato può rappresentare opportunità di rafforzamento dell'autonomia attuabile entro il quadro costituzionale del regionalismo solidale delineato dai Costituenti e confermato dalla Corte costituzionale.

L'autonomia differenziata, invece, non è, né può diventare, un grimaldello per trattenere risorse laddove esse risultino già concentrate, né un veicolo di competizione fiscale tra territori[60]. Essa trova legittimazione solo se inserita in un modello cooperativo orientato alla coesione, nel quale il riconoscimento di ulteriori funzioni è costituzionalmente concessa alle regioni richiedenti a condizione che i diritti fondamentali siano garantiti in modo uniforme sull'intero territorio nazionale e che, semmai, la differenziazione contribuisca alla riduzione, e non certo all'aggravamento, dei divari economici e sociali.

La sentenza n. 192 del 2024 ha impresso un decisivo colpo di timone in questa direzione, riconducendo la legge n. 86 del 2024 entro i binari del sistema costituzionale e riportando al centro del processo differenziativo i suoi presupposti indefettibili: la previa determinazione legislativa dei LEP, la sussidiarietà come criterio sostanziale di giustificazione, la centralità del Parlamento quale sede della rappresentanza nazionale e la funzione perequativa dell'art. 119 della Costituzione.

Spetta ora al legislatore e, più in generale, alla stessa cultura delle autonomie completare tale percorso, rendendo effettivi i presupposti costituzionali che si sono richiamati. Solo così l'autonomia differenziata potrà tradursi non in un fattore di frammentazione[61], ma quale strumento di integrazione e rafforzamento dell'unità repubblicana nella solidarietà.

[59] V. Tondi della Mura, *La necessaria terzietà degli organismi tecnico-economici: Commissione fabbisogni e Ufficio di bilancio nel prisma della sentenza costituzionale n. 192/2024*, in *Rivista AIC*, n. 2/2025.

[60] Sono da rigettare le «logiche che partono dalla semplice rivendicazione di trattenere sul territorio quote maggiori di gettito fiscale». L. Vandelli, *Il regionalismo differenziato tra peculiarità territoriali e coesione nazionale*, cit., 17.

[61] Sulla disarticolazione dell'amministrazione pubblica causata dalla variabilità delle competenze, cfr. F. Pallante, *Spezzare l'Italia. Le regioni come minaccia all'unità del Paese*, Torino, 2024.

Lucio Pegoraro[*]

PER UNA ACCEZIONE PLURALE DELL'ESPRESSIONE "FORME DI STATO"

"I still don't really see why can't we go on as three".
David Crosby, *Triad* (1967).

Sommario: 1. Prologo. – 2. Per un senso non "domocratico" di "Stato". – 3. Un concetto più largo di "Stato": organizzazioni "statali" pre-westfaliane nel Sud e l'Est del mondo. – 3.1. *Abya Yala* (o America latina): l'Impero inca e la Confederazione azteca. – 3.2. Area asiatica e Africa. – 4. Dallo Stato alla "forma di Stato": classificazioni e tassonomie eurocentriche. – 5. Critica – 6. Il binomio autorità-libertà e i "ritagli concettuali" nelle classificazioni domocratiche. – 6.1. Dittature e totalitarismi. – 6.2. Il nazionalismo socialista arabo. – 6.3. La forma di Stato cinese socialista-liberista. – 6.4. Varianti della democrazia liberale. – 6.4.1. Democrazie illiberali: più interrogativi che risposte. – 6.4.2. Una forma di Stato populista? – 6.4.3. Una forma di Stato (storica) "anticomunista"? – 7. Classificazioni plurali. – 7.1. Religione e diritto: un terzo incomodo nelle classificazioni binarie. – 7.2. Un ibrido: l'incorporazione della tradizione nella forma di Stato liberal-democratica (il *Caring State*). – 7.3. Una forma di Stato senza Stato?: il confederalismo femminista del Rojava. – 8. Cenni conclusivi.

1. *Prologo*

Ho riletto in questi giorni vari scritti di Salvatore Prisco, e ho rinnovato il convincimento che varie cose ci legano, da molto tempo. La prima, e più importante, è "il senso della vita", come direbbero i Monty Python, e la serena certezza che il diritto non esaurisce la dimensione umana. Anzi, ogni tanto mi viene da credere che spesso se ne allontana. Da qui, l'atteggiamento (credo comune) un po' disincantato, che però non occulta un pizzico di amarezza per ideali non realizzati. Si traduce spesso nell'ironia, come affiora in alcuni eserghi che ci uniscono. Un suo articolo è titolato con una celebre frase di un grande filosofo contemporaneo, l'ex allenatore della Sampdoria Vujadin Boskov: «rigore è quando arbitro fischia». Facendo felice un altro autorevole esponente del realismo giuridico genovese, Riccardo Guastini, anch'io lo avevo utilizzato in un manuale come titolo di un paragrafo. Un esergo rimanda poi al celebre dialogo tra Alice e Humpty Dumpty, che sta alla base della voce *Metodo giuridico* di U. Scarpelli e che pure io ho richiamato varie volte, anche per

[*] Professore della "Cátedra de Derecho Comparado Professore Lucio Pegoraro, Universidad d Salamanca" e Profesor afiliado nell'Universidad Autónoma de Nuevo León.

contrapporlo alle parole di Pippi Calzelunghe: «Ma infine – chiese l'amichetto Tommy a Pippi Calzelunghe – chi è che da principio ha inventato i significati delle parole?». «Mah, un gruppo di professori barbosi» – rispose Pippi).

Dietro l'ironia, in Salvatore sta però il metodo, col quale – come spiega nella sua raccolta di scritti *Costituzione, diritti umani, forma di governo* –, intende «mantenere innanzitutto un dialogo costante con la Storia (quella "grande" e quella degli uomini comuni e deboli, cui il diritto deve esigenti risposte), per rintracciarvi i semi antichi e le varianti del costituzionalismo». Ecco quindi «l'attenzione continua ai dati formali e al "sistema" giuridico, ma altresì il proposito di non farsi da essi ingabbiare, mantenendo quindi vivo il lievito della curiosità intellettuale, nella fedeltà a principî che i cattolici definirebbero (sul terreno della loro fede) "non negoziabili" e che per chi scrive rimandano alla dignità, all'eguaglianza, alla libertà, alla solidarietà tra i viventi, oltreché – nel pensiero – con chi è vissuto prima di noi e con le generazioni future, a cui ci tocca trasmettere il mondo che a nostra volta abbiamo ricevuto».

Questo – lasciando a parte qualche differenza sulle assiologie – non è il programma di un pubblicista "domocratico" (*infra*, § 2), ma di uno studioso aperto al mondo, sia sul versante generazionale sia in quello dell'esplorazione orizzontale. In più, con un vasto ventaglio di interessi, talché non è stato facile scegliere un tema adeguato per uno scritto da dedicare agli studi in suo onore.

Ho pensato allora che quello delle forme di Stato sia forse il più idoneo, perché meglio riassume le varie prospettive del diritto, non solo occidentale ma anche attento a diverse tradizioni giuridiche.

* * *

Dell'espressione "forme di Stato" sono state date varie definizioni, per lo più ancorate alle relazioni tra libertà e autorità, tra istituzioni e società. Con essa si indica comunemente, sulla scia di Mortati, «il rapporto fra chi detiene il potere e coloro che ne rimangono assoggettati, e quindi il vario modo di realizzarsi della correlazione fra autorità e libertà»[1]. Ovvero, l'insieme dei principi e delle regole fondamentali che, all'interno dell'ordinamento statale, disciplinano i rapporti tra lo Stato-autorità (vale a dire l'apparato di organi e soggetti pubblici cui l'ordinamento assegna il legittimo uso del potere di coercizione) e la comunità dei cittadini, intesi singolarmente o nelle diverse forme in cui si esprime la società civile[2].

[1] C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9ª ed., I, Padova, 1975, 135.

[2] Cfr. L. Pegoraro, A Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017, cap. II, sez. II, § 1. Sulle forme di Stato: C. Pinelli, *Forme di Stato e forme di governo*, Napoli, 2009; M. Vol-

Utilizzando un approccio analitico-comparatista (non istituzionalista), cercherò in queste pagine di erodere la plausibilità di tali definizioni, essendo esse sì idonee per la *Western legal tradition*, o, se si preferisce, il modello di Stato euroatlantico, ma palesemente inadatte e insufficienti se applicate a una analisi *world-wide* del diritto pubblico e costituzionale, così come sviluppatosi e vigente. Lo farò, in polemica con il conformismo epistemologico eurocentrico, muovendo innanzi tutto dalla critica allo stesso concetto di "Stato" così come rigidamente delimitato dalla dottrina post-westfaliana e "domocratica" prevalente[3]; di seguito, una volta denunciata la limitata estensione dell'espressione "forme di Stato" meramente basata sulla divisione dei poteri di matrice montesquieiana, farò cenno a varie esperienze che a essa non possono ricondursi; ciò per dedurre, in chiave teorica, che la stessa configurazione del concetto non regge, là dove al rapporto classico istituzioni-società si associno altri elementi, come la natura o la divinità.

2. *Per un senso non "domocratico" di "Stato"*

Quando si usa la parola "Stato", le si dà sempre una connotazione moderna e occidentale, identificandolo nel modello forgiato in Europa dopo la pace di Westfalia (1648), quale ente dotato, da un popolo sedentario, di potere sovrano e originario, ovvero il dominio di un territorio da parte di un popolo[4].

PI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, 9ª ed., Torino, 2025; A. DI GIOVINE, *Stato e forme di Stato*, cap. II di A. DI GIOVINE, A. ALGOSTINO, F. LONGO, A. MASTROMARINO, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano, 2017.

[3] La differenza tra una impostazione *demo*cratica del diritto comparato (dove *demos* va declinato al plurale, ancorato alle scelte dei popoli, nel rispetto delle loro tradizioni) e una *domo*cratica (da *domus*, casa) [«"When I use a word", Humpty Dumpty said, in rather a scornful tone, "it means just what I choose it to mean – neither more nor less"», si dice nel dialogo citato in testo], è che in quest'ultima la propria casa, il proprio paese, la propria tradizione giuridica rappresentano l'intero universo e il parametro di valutazione, oltre che scelta di cosa studiare; v. L. PEGORARO, A RINELLA, *Sistemi costituzionali*, 2ª ed., Torino, 2024, cap. I, § 3. Sull'"eurocentrismo" negli studi comparatistici v. M. CARDUCCI, *Eurocentrismo y comparación constitucional*, in S. Bagni, G.A. Figueroa Mejía, G. Pavani (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, 3 voll., Tirant lo Blanch-México, México, 2017, I, 169 ss.

[4] I tre elementi – popolo, territorio, governo – sono identificati da G. JELLINEK in *Allgemeine Staatslehre* (1905), 7ª ed., Gentner, Bad Homburg vor der Höhe, 1960, 433, trad. sp. *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, e su essi si basa la teoria sociologica di M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1922, trad. sp. *Economia y Societad. Esbozo de una sociología comprensiva*, 17ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2008, 1047 ss., e quasi unanimemente tutta la dottrina giuridica. (Tra i tanti v. ad es. G. BURDEAU, *L'État*, Seuil, Paris, 1970, rist. 2009, e C. TILLY (ed.), *The Formation of National States in Western Europe*, Princeton U.P., Princeton, 1974, trad. it. *La formazione degli stati nazionali nell'Europa occidentale*, Bologna, 1984.). Per

«Accecati da questa storia dell'evoluzione delle società umane – l'ennesima narrazione del tipo "così e basta" – [i pensatori] non riescono a vedere neppure la metà di ciò che ora è davanti ai loro occhi»[5].

Che l'Europa abbia inventato lo Stato è revocato in dubbio da pochi, almeno nel senso che gli vi si dà oggi sulla base delle teorie di J. Bodin e poi di G. Jellinek e M. Weber, ma soprattutto R. von Jhering. Tuttavia, ricorda Berndt Marquardt, «risulterebbe difficile provare che il sistema di dominio del Re francese Luigi XIV (1643-1715) sia stato più sviluppato di quello dell'Imperatore cinese Kangxi (1662-1722)»[6]. Con una collocazione anteriore a Westfalia si ricordano, ancor più indietro nel tempo, l'Egitto di Ramses II e l'Impero romano di Giustiniano, e fuori d'Europa, gli imperi mediorientali sorti tra il II e il III millennio a.C., gli imperi inca e altri[7], nonché i regni feudali dei secoli XII e XIII, o il Regno di Ferdinando II in Sicilia[8]. Dopo che «L'umanità ha vissuto la maggior parte della sua storia senza lo Stato. Almeno il suo 99,5 per cento»[9], l'Europa ha poi inventato il *suo* modello di Stato, che ha esportato in tutto il mondo.

Se si accoglie la definizione comunemente accettata e ricordata sopra, strettamente legata all'esperienza dell'Occidente moderno, e patrocinata da giuristi e politologi, è chiaro che tutte le esperienze che vi esulino, anche simili ma non identiche, vengono relegate nello spazio dell'irrilevante o del superfluo. Così infatti è nella prevalente giuspubblicistica contemporanea. La storiografia, la storia giuridica, l'antropologia politica propongono però anche qualificazioni diverse: come di "organizzazione permanente del dominio politico"[10], o come qualsiasi sistema di comando tribale che abbia sottomesso altri al suo dominio, in modo consistente[11]. Notano nel loro formidabile libro *L'alba di tutto* D. Graeber e D. Wengrow che «gli Stati moderni sono, in realtà, un amalgama di elementi che si sono combinati casualmente a un certo punto della storia

quella antropologica v. l'eccellente analisi di M. Gardini, "Antropologia dello Stato: un'introduzione", in *Antropologia*, n. 3 (2), 2016, 7 ss.

[5] D. Graeber, D. Wengrow, *The Down of Everithing*, Penguin, London, 2021, trad. it. *L'alba di tutto. Una nuova storia dell'umanità*, Segrate, 2022, 468.

[6] B. Marquardt, *Historia mundial del Estado*, 3 voll., I, *Sociedades preestatales y reinos dinásticos*, Temis, Bogotà, 2012, 19.

[7] . B. Marquardt, *Historia mundial del Estado*, I, cit., 7 ss. V. anche dello stesso A. il vol. III, *El Estado de la modernidad temprana en Asia, África y las Américas*, Temis, Bogotá, 2014, 7.

[8] A. Navas Castillo, F. Navas Castillo, *El Estado constitucional*, Dykinson, Madrid, 2009; V. García Toma, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 4ª ed., Adrus, Lima, 2014, 58 ss.

[9] B. Marquardt, *Historia mundial del Estado*, I, cit., 19.

[10] R. Herzog, *Staaten der Frühzeit*, 2ª ed., Beck, Münich, 1998.

[11] J. Diamond, *Guns, Germs, and Steel: The Fates of Human Societies*, Norton, New York, 1997.

dell'umanità e, con molta probabilità, ora stanno per separarsi di nuovo», e che individuano latamente in «controllo della violenza, controllo delle informazioni e carisma personale», come pure «combinazione di sovranità, burocrazia e politica competitiva»[12].

Occorre dunque ricercare anche altrove dove si presentino le principali caratteristiche consimili: non già l'elaborazione teorica dei concetti di "sovranità" e di "alterità", che sono contingenti all'evoluzione europea, ma invece sì un centro di potere riconosciuto, l'organizzazione complessa, sia militare che burocratica, e un efficace sistema fiscale. Il generico termine "Stato" significa allora, per B. Marquardt, «una comunità giuridico-politica durevole, di estensione sopra-locale, con una densità minima di popolazione e un qualche grado di complessità dell'organizzazione sociale, che coordina la convivenza umana al suo interno attraverso il diritto e la giustizia e all'esterno assicura protezione militare e diplomatica»[13]. Ovviamente, la definizione si legittima in base a comparazioni diacroniche e sincroniche non circoscritte a epoche e regioni ben delimitate.

Spogliato dalle connotazioni teoriche "westfaliane", "Stato" può essere allora considerato in senso largo – più utile nel diritto comparato – anche qualcosa di diverso[14].

Il concetto di "Stato" in senso occidentale può essere percepito quale una sovrastruttura mai veramente assorbita e metabolizzata (come nel caso della Libia, dell'Iraq o di altre regioni del Vicino o del Medio Oriente, o africane). Nel passato, un nuovo ordine artificiale – come la stessa idea di "Stato" – è stato imposto da fuori (con il colonialismo o altre forme di conquista) su strutture a base tribale, per cui si registra una vistosa dissociazione tra queste ultime e la *forma* dell'organizzazione del potere.

In alcuni casi, si tenta di riparare i danni storici del colonialismo proprio attraverso la rivendicazione dell'esistenza di uno Stato, là dove ne manca, o viene fortemente limitato, un elemento costitutivo. Può essere il territorio, come nel

[12] D. Graeber, D. Wengrow, *L'alba di tutto*, cit., spec. il cap. 10, "Perché lo Stato non ha origini", 382 ss.

[13] B. Marquardt, *Historia mundial del Estado*, I, cit., 12.

[14] Non ci si nasconde comunque che suggerire un significato di "Stato" troppo esteso, ricomprendendovi qualsiasi esperienza di organizzazione del potere affermatosi militarmente anche su società vicine, e dotato di una primordiale struttura di comando e di controllo, non permetterebbe di distinguere – come fanno con varie distinzioni gli storici – tra società prestatali, regni dinastici, l'ordinamento feudale e altri assetti sviluppatisi nel tempo e nello spazio con forme diverse, sino a quelli moderni sorti in Europa e consacrati dalla pace raggiunta dopo la guerra dei trent'anni, e altre che ne condividono – se non le basi teoriche – quanto meno i profili strutturali e funzionali.

caso della Repubblica araba saharawi democratica[15], le cui istituzioni si trovano nei campi profughi di Tindouf, in territorio algerino, mentre la gran parte del territorio è occupata dal Marocco; oppure, la sovranità, assente come a Porto Rico, o limitata, come in Palestina. Ma – vedremo – c'è anche chi rinuncia alla statualità in senso classico e, se così si può dire, "si accontenta" di forme aggregative più deboli (Rojava), come pure chi si sofferma sulla «sovranità senza "Stato"»[16].

3. *Un concetto più largo di "Stato": organizzazioni "statali" pre-westfaliane nel Sud e l'Est del mondo*

Qualche esempio può dimostrare come le caratteristiche non dogmatiche dello Stato westfaliano si riscontrino pure fuori dai confini spazio-temporali del diritto occidentale. Senza affondare troppo nei millenni (l'Egitto della doppia corona[17], Roma, alcune esperienze celtiche o nordafricane, ecc.), e anche per evitare il rischio di estendere troppo la nozione di "Stato", mi limiterò a pochi cenni e pochi casi[18].

3.1. Abya Yala *(o America latina): l'Impero inca e la Confederazione azteca*

Anche la storia pre-colombiana – ricorda S. Bagni[19] – «presenta forme sofisticate di organizzazione del potere. Quando Cortés e Pizarro arrivarono sul continente, non trovarono solo piccoli gruppi sociali organizzati in tribù, bensì grandi imperi come quelli maya, azteco e inca.

Come sottolinea l'antropologo brasiliano D. Ribeiro, si trattava di teocrazie fondate sul culto del Sole e dotate di una complessa struttura sociale, economica e culturale[20]. La stratificazione sociale in tre grandi gruppi (l'aristocrazia dominante dei sacerdoti, burocrati e militari; la classe intermedia degli artigiani e commercianti; i contadini), con al vertice il Re o Inca, fu il risultato delle

[15] Unico Paese non insulare iscritto nella lista dei Paesi non autonomi pubblicata a partire dal 1963 e ancora da decolonizzare ai sensi della Risoluzione delle Nazioni Unite n. 1514 del 14 dicembre 1960: Doc. A/5446/REV.1.

[16] D. Graeber, D. Wengrow, *L'alba di tutto*, cit., 416.

[17] … peraltro «regolarmente presentato come esempio paradigmatico di formazione statale»: D. Graeber, D. Wengrow, *L'alba di tutto*, cit., 443.

[18] Analisi esaustiva su tali esperienze, estese nel tempo e nello spazio, in D. Graeber, D. Wengrow, *L'alba di tutto*, cit., *passim* e spec. 385 ss.

[19] S. Bagni, *Le forme di Stato in America latina*, cap. III di S. Bagni, S. Baldin (eds), *Latinoamérica. Viaggio nel costituzionalismo comparato dalla Patagonia al Río Grande*, Torino, 2021, 37 s. (anche per i virgolettati seguenti).

[20] D. Ribeiro, *As Américas e a Civilização: Processo de Formação e Causas do Desenvolvimento Desigual dos Povos Americanos*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1970, trad. it. *Le Americhe e la civiltà*, 2 voll., Torino, 1975, I, 115.

avanzate tecniche di irrigazione, che permisero la produzione di un surplus agricolo in grado di sostenere i ceti non produttivi. Il culto del Sole rappresentava l'elemento comune tra i popoli meso- e sud-americani».

Nelle Ande, una prima forma di Stato – nel senso largo che qui si accoglie – si ebbe con la fiorente e longeva civiltà Wari, dislocata nella regione di Huamanga-Ayacucho (Perù), tra il 600 e il 1000 d.C., che precedette l'Impero inca (dal XII secolo sino alla conquista spagnola, protrattasi dal 1532 al 1572). Questo comprendeva, nella fase di massima espansione, un territorio amplissimo, esteso, oltre che nell'attuale Perù, a parti di quelli che oggi sono Ecuador, Bolivia, Colombia, Argentina e Cile (*Tawantinsuyu*). Diviso in quattro province o regioni (*suyo*), il cui Governatore (*suyuyuq*) partecipava al Consiglio dell'Impero, presentava una forma di Stato che potrebbe definirsi una sorta di monarchia teocratica, un tipo di Stato "confederale" volto a fondere le popolazioni annesse, sotto la protezione dell'Inca (l'Imperatore), ma con ampia autonomia, e una forma di governo dove il potere dell'Inca era limitato da un Consiglio imperiale formato da otto persone.

Si trattava di uno dei più grandi e fiorenti imperi del mondo, destinato a unificare l'intero subcontinente americano: «una teocrazia – prosegue Bagni – dominata dalla figura sacra dell'inca, il figlio del Sole. Al di sotto, l'aristocrazia ereditaria dirigeva e controllava le classi inferiori, occupate da sacerdoti, funzionari e capi militari. L'inca era formalmente il "proprietario" di tutto l'Impero, anche se il concetto di proprietà privata era sconosciuto a quella cultura. I contadini erano organizzati in *ayllus*[21], comunità solidali che lavoravano la terra e pagavano tributi alle classi più alte non produttive, in forma di surplus agrario e forza-lavoro per la realizzazione di opere pubbliche. Esisteva il servizio comune (la *minga*), ma non la schiavitù. Si trattava di una forma di Stato assolutista, collettivista e decentrata. Furono le divisioni interne al ceto nobiliare (in particolare, la rivalità fra i due fratelli inca del Cuzco e di Quito) la causa della caduta dell'Impero di fronte al manipolo di conquistatori spagnoli guidato da Pizarro[22]».

Più labili caratteristiche strutturali e funzionali, rispetto a quelle proprie della statualità (sia in senso classico sia in quello largo, che preferiamo accogliere), presenta l'Impero azteco.

Mentre la civiltà Maya non diede vita ad alcuno Stato organizzato di estensione sopralocale, «All'epoca della conquista, nell'attuale Messico, la Confe-

[21] S. Lanni, Latinoamérica*: diritto, sistema e tradizione di una Patria Grande*, cap. II di S. Bagni, S. Baldin (eds), *Latinoamérica*, cit., § 3.

[22] M.J. Portal Cabellos, *Oro y tragedia de los Incas*, 2ª ed., Municipalidad de Cajamarca, Cajamarca, 2011.

derazione azteca era al massimo del suo sviluppo. Il Tenochtitlán dominava gli altri territori confederati, Texcoco e Tlacopan. Gli Aztechi si credevano il popolo del Sole, che adoravano in varie forme, pacifiche e violente, incluso con sacrifici umani propiziatori. L'organizzazione territoriale di ogni entità federata prevedeva la suddivisione in ulteriori enti decentrati, ciascuno con una propria burocrazia». Un efficace sistema tributario assicurava il funzionamento della Confederazione, composta da "città-stato" (*altepetl* in idioma Nahuatl), munite di ampia autonomia anche dopo il 1428, data di costituzione dell'Impero, e l'espansione territoriale. La carica di Imperatore (*hueyi tlatoani*) non era ereditaria, e a volte egli designava il suo successore assistito dai propri consiglieri.

3.2. *Area asiatica e Africa*

Tra gli "Stati della prima generazione" – come li definisce Marquardt[23] (e cioè quelli che sanciscono il trapasso tra le strutture di comando tribale delle società agrarie semplici ai regni agrari più complessi, su grandi territori) – si annoverano esempi in tutti i continenti, e in epoche diverse, ogni qualvolta si impose l'esigenza di un potere che limitasse la conflittualità dei piccoli regni, anche in forme che potremmo oggi definire "confederali", come l'alleanza delle 12 tribù di Israele unificate da Saul tra il 1000 e il 1200 a.C.

Molte organizzazioni che incorporarono le finalità che caratterizzano i primi "Stati" – assicurare la sicurezza esterna, garantire la pace interna, perseguire un bene comune (quasi come in Hobbes) – presentano le caratteristiche sostanziali "westfaliane" dello Stato di stampo europeo (struttura complessa, un capo, organi di controllo politico o di contropotere, burocrazia, sistema di esazione tributaria, esercito, amministrazione della giustizia, finalità di sicurezza e buongoverno, ecc.), anche se nessuna ha il supporto dottrinale di una teoria della sovranità e della mutua indipendenza.

A prescindere dalla sua durata ultramillenaria, solo a fatica si potrebbe annoverare l'Impero giapponese che governò da circa la metà del '500 alla metà del 1800 – e dove la stessa dinastia continua a regnare ancora oggi – tra gli "Stati" che presentano le coordinate sopra indicate. Prevalsero infatti, con alterne vicende in epoche tanto diverse, elementi caratterizzanti più il feudalesimo europeo che l'era successiva, e in particolare una unificazione più spirituale che politica, economica, amministrativa.

Per l'area che, grosso modo, corrisponde all'attuale Cina il discorso è diverso: mentre i tratti salienti della tradizione e della civilizzazione, impregnata dal confucianesimo e prima dall'influsso della scuola legistica, attraversarono indenni i secoli e i millenni, gli assetti dinastici e l'organizzazione territoriale,

[23] *Historia mundial del Estado*, I, cit., 49.

politica e amministrativa ebbero andamenti altalenanti, dalle origini con il regno Shang (circa 1600 a.C.) sino ai nostri giorni.

Come in altre esperienze di regni dinastici, contraddistinti da assetti più "confederali" che "unitari", sin dalla dinastia Han (dal 206 a.C.) l'amministrazione territoriale si basò su più livelli, con la peculiarità di un corpo di funzionari "neutrali", provenienti da regioni diverse, per evitare conflitti di interessi. Già in quell'epoca – è stato notato – taoismo e confucianesimo condussero a un'amministrazione governata da «lealtà, governabilità, unità cosmica e pietà filiale, guidate dai poteri sottili dei rispettivi rituali», e l'amministrazione imperiale promosse giustizia, bene comune e un efficace sistema tributario sino al livello "regionale", senza peraltro raggiungere quello locale[24]. Un Impero duraturo, destinato a durare fino al 1900, si stabilì però solo nel 1279, con l'avvento della dinastia Yüan. In particolare, Khubilai Khan – ben conosciuto grazie a Marco Polo – oltre ad avviare efficaci politiche irrigue, urbanistiche, viabilistiche e culturali, e meno performanti politiche finanziarie e agricole – ridusse il potere dei signori locali, regnando come sovrano assoluto. Più tardi – ai tempi della pace di Westfalia – l'imperatore Kangxi della dinastia Quing, debellati i nemici, creò un efficace apparato di funzionari forgiati nell'etica confuciana, perseguendo la pacificazione interna, oltre che in materia religiosa, anche attraverso la giustizia e il diritto penale, e non per ultimo strutturando un imponente esercito.

Un cenno va pure fatto all'Impero del Mali fiorito nella prima metà del 1200 sotto la guida di Soundjata Keita, vissuto tra il 1190 e il 1255, che per vari secoli controllò gran parte dell'Africa occidentale. Di tale esperienza merita di essere ricordato un corpo di leggi di origine tradizionale, la cosiddetta Carta di Manden, tramandata oralmente per secoli dai *griot* (bardi) dei diversi popoli che vennero confederati sotto l'Impero nascente[25]. Negli stessi anni della *Magna Charta*, dunque, il sovrano del Mali emanava un editto volto a regolamentare la vita comunitaria, organizzare la coesistenza tra il potere e i cittadini, tra gli individui e la società, i rapporti tra le generazioni e con la natura, incommensurabilmente più "avanzato" del famoso documento inglese[26].

[24] B. Marquardt, *Historia mundial del Estado*, cit., III, *El Estado de la modernidad temprana en Asia, África y las Américas*, Temis, Bogotà, 2014.

[25] Ne esistono almeno due versioni trascritte: la prima risalente al 1222 e proclamata a Dakajalan, antica capitale del Mali; la seconda, promulgata nel 1236 a Kouroukan Fouga.

[26] A. Ferrari, *La Costituzione più antica del mondo*, in *Africa*, n. 3/2021. Sulla Carta di Manden v. almeno Celhto, *La Charte de Kurukan Fuga. Aux sources d'une pensée politique en Afrique*, L'Harmattan, Paris, 2008; Youssouf Tata Cissé, W. Kamissoko, *Soundjata la gloire du Mali*, 2 voll., II, *La grande geste du Mali*, Karthala-Arsan, Paris, 2009; M. Conti, *La Carta Manden. Diritti e doveri dall'Africa del XIII secolo*, Nardini, Firenze, 2012. E il mio *Mama Africa: La Carta di Manden, ovvero le origini del costituzionalismo moderno (e il suo oblio nel costituzionalismo*

4. *Dallo Stato alla "forma di Stato": classificazioni e tassonomie eurocentriche*

Nel lessico comune, forgiato da una *Western legal tradition* adusa a ignorare ciò che le è estraneo, l'espressione "forma di Stato" poggia sul senso comunemente attribuito alla parola "Stato", nonostante il suo eurocentrismo e l'inconsistente rilievo dato alla frattura tra strutture sociali sedimentate e persistenti (come quelle tribali), e "forma" dello Stato che (in parte) le raccoglie.

Sottolinea Silvia Bagni[27] che «La categoria presenta alcuni problemi metodologici per il comparatista. Innanzitutto, il concetto non sempre viene espresso negli stessi termini in altri Paesi, dovendo il ricercatore trovarne l'equivalente funzionale. Per esempio, in Germania la dottrina pubblicistica non utilizza questa espressione, anche se alcune sue caratteristiche sono indicate con altre perifrasi[28]. In Spagna, la costituzione del 1978 si serve dell'espressione "forma política del Estado" per indicare la monarchia parlamentare, ma secondo la dottrina si tratta di un concetto che "comprende tanto le forme di Stato quanto le forme di governo"[29]. In Francia, la dottrina costituzionalista affronta il tema da una prospettiva istituzionalistica, alludendo a sistemi o regimi politici. […] Nei vari paesi la dottrina assume posizioni distinte: in alcuni si parla di regimi politici[30]; in altri, si impiega la stessa formula "forma di Stato"»[31].

Quale che sia il *nomen*, le forme di Stato vengono ordinate sulla base della combinazione di alcuni criteri: a) la relazione tra economia e diritto; b) le finalità che si propone lo Stato; c) il quadro dei principi, giuridici e non, che ispirano il rapporto tra Stato e società civile, tra sfera pubblica e privata; d) la determinazione del titolare del potere politico e delle modalità di legittimazio-

occidentale), in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. spec., 2024, trad. sp. *Mama Africa: La Carta del Manden, o los orígenes del constitucionalismo moderno (y su olvido en el constitucionalismo occidental)*, in *Rev. der. pol.*, 2024. Essa fa da sfondo a vari scritti di Cheikh Hamidou Kane, filosofo, romanziere e politico senegalese.

[27] S. Bagni, *La doctrina de las formas del Estado desde un análisis histórico-comparativo en América Latina*, in Aa.Vv., *Cultura constitucional y derecho viviente. Escritos en honor del profesor Roberto Romboli*, 2 voll., Centro est. const. Trib. Const., Lima, 2021, II, 1000.

[28] F. Palermo, J. Woelk, *La dottrina tedesca in tema di forma di Stato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2/2000, 470; M. Nicolini, A. Valdesalici, *La dottrina tedesca in tema di forma di Stato*, ivi, n. 2/2014, 850.

[29] E. Álvarez Conde, V. Garrido Mayol, R. Tur Ausina, *Derecho constitucional*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2018, 587; utilizzano invece la categoria D. López Garrido, M.F. Massó Garrote, L. Pegoraro (eds), *Derecho constitucional comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 104 ss.

[30] N.P. Sagüés, *Manual de derecho constitucional*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2012.

[31] H. Fix-Zamudio, S. Valencia Carmona, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 2ª ed., Porrúa, México, 2003, 253.

ne; e) l'affermazione o meno dei diritti di libertà e la previsione costituzionale delle garanzie della loro effettività; f) l'esistenza o meno di una costituzione e di un quadro di limiti posti ai governanti nei riguardi dei governati[32].

Sono state poi raggruppate secondo criteri diacronici o sincronici. Il punto di vista spaziale e quello temporale spesso non coincidono affatto. In una sistemazione diacronica delle forme di Stato, di solito (a meno di eventi rivoluzionari), i vari fattori che si considerano prevalenti in ciascuna fase storica non appaiono tutti d'un colpo, ma sono frutto di evoluzioni e stratificazioni. In più, non si presentano sempre, tutti, nello stesso posto. «Quando oggi scriviamo del passato – sostengono Graeber e Wengrow – organizziamo il nostro pensiero come se questi schemi esistessero davvero», ignorando o sottovalutando la complessità e durata delle transizioni[33]. Può essere che un nuovo ordine si instauri in un paese, ma che in altri luoghi si affermi più tardi, o non si affermi del tutto. Qualsiasi classificazione diacronica deve tenere in conto anche il criterio spaziale, e viceversa. «Un resoconto davvero radicale racconterebbe forse la storia dell'umanità dal punto di vista dei tempi e dei luoghi intermedi»[34].

Inoltre, le classificazioni possono essere binarie (Stati democratici/autocratici), o comunque semplici, oppure più articolate. Ad es., A. Di Giovine le classifica «grosso modo, in tre grandi categorie: gli Stati a democrazia matura, gli Stati a democrazia imperfetta, gli Stati non democratici»[35]. Altri autori le scandiscono temporalmente e spazialmente in raggruppamenti più numerosi[36].

[32] Cfr. M. Volpi, *Le forme di Stato*, in G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella, M. Volpi, *Diritto pubblico comparato*, 5ª ed., Torino, 2016, 255 ss. (il quale però non considera i due primi elementi elencati in testo).

[33] D. Graeber, D. Wengrow, *L'alba di tutto*, cit., 403.

[34] D. Graeber, D. Wengrow, *L'alba di tutto*, cit., 406.

[35] «Nella prima categoria vanno fatti rientrare i paesi che soddisfano appieno i parametri di quella che Dahl ha definito poliarchia (effettivo godimento da parte dei cittadini delle libertà costituzionali, pluralismo partitico e dell'informazione, elezioni libere e competitive, indipendenza e autonomia del potere giudiziario …); nella seconda categoria si può collocare il gruppo di paesi che sono stati definiti come democrazie illiberali (Zakaria) o regimi ibridi (Diamond), paesi nei quali si assiste alla nascita di un nuovo tipo di regime autoritario, che combina pratiche elettorali (spesso non limpide) e un limitato pluralismo – c.d. democrazia di facciata – a una continua violazione dei diritti umani e a un monopolio del potere politico nelle mani di ristrette oligarchie o addirittura di un uomo solo; fra gli Stati non democratici vanno infine annoverati i regimi a partito unico, le dittature militari, i regimi personali, quelli comunisti, le monarchie assolute e i regimi teocratici»: così A. Di Giovine, voce *Forme di Stato*, in L. Pegoraro (ed.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, Roma, 2009, 147; e, però adottando una classificazione sostanzialmente binaria, pur con sub-classificazioni, Id., *Stato e forme di Stato*, cit., 65 ss.

[36] Ad es., P. Biscaretti di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, 6ª ed., Milano, 1988, elenca lo Stato di democrazia classica (o occidentale), a sua volta diviso secondo le forme di governo, lo Stato socialista contemporaneo, lo Stato autoritario tra le due guerre mondiali, lo Stato in via di sviluppo.

La difficoltà di incasellare in classi rigide l'evoluzione delle forme di Stato è dimostrata dalle differenti categorizzazioni suggerite di volta in volta da storici, politologi e giuristi. L'ampia discrezionalità che caratterizza l'elemento soggettivo delle classificazioni – la pertinenza[37] – estende lo spettro delle proposte classificatorie. Per qualcuno, lo Stato di polizia va ascritto alla tipologia dello Stato assoluto; per altri, rappresenta la prima forma di Stato di diritto. Alcuni autori considerano lo Stato sociale una forma evolutiva dello Stato democratico; altri lo etichetta come "categoria inutile"[38]. Qualche studioso distingue lo "Stato costituzionale" da quello "democratico di diritto", qualcun'altro invece lo riconduce a una sua evoluzione contingente. Ciò dipende dagli elementi di volta in volta considerati pertinenti. Tali elementi sono usati, comunque, solo all'interno di classificazioni eurocentriche.

5. *Critica*

Le classificazioni tradizionali – rispettando i criteri di esaustività ed esclusività[39] – propongono spesso "ritagli concettuali", quando un oggetto analizzato si può muovere lungo una scala articolata in modo sempre più ristretto. Un esempio è rappresentato dalla sequenza tassonomica classe, phylum, regno, ordine, famiglia, genere, specie, o dalla scomposizione della classificazione dei colori ascritti alla classe "verde" in "verde pisello", "verde oliva", "verde smeraldo", ecc. Questa modalità di procedere non occulta la scelta dell'elemento pertinente che si assume quale più importante: nel caso delle forme di Stato, la divisione dei poteri e il riconoscimento dei diritti. Come, in zoologia, a volte al profano sono oscuri gli elementi utilizzati per raggruppare nella stessa classe animali all'apparenza assai diversi, o al contrario per ascrivere a classi diverse animali all'apparenza simili (per es., insetti e ragni), così accade per le classificazioni delle forme di Stato, per le quali è frequente la scelta di raggruppare (e neppure sempre di sub-dividere) sistemi che tra loro condividono solo il rifiuto della divisione tra i poteri legislativo, esecutivo e giudiziario, e/o la collocazione tassonomica dei diritti al di sotto di altri beni (comunità, natura, ecc.), ma nulla o poco d'altro.

I problemi filosofici dati da questo modo di procedere sono tanti e consistenti. Mi limito a citare una pagina di Umberto Eco in *Kant e l'ornitorinco*[40]:

[37] G. Tusseau, voce *Classificazioni*, in L. Pegoraro (ed.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, cit., 29 s.

[38] M.S. Giannini, *Stato sociale: una nozione inutile*, in Aa.Vv., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di C. Mortati*, 4 voll., Milano, 1977, I.

[39] G. Tusseau, voce *Classificazioni*, cit.

[40] U. Eco, *Kant e l'ornitorinco*, R.C.S., Milano, 1997, 43.

«Spesso, di fronte a un fenomeno sconosciuto, si reagisce per approssimazione: si ricerca quel ritaglio di contenuto, già presente nella nostra enciclopedia, che bene o male sembra rendere ragione del fatto nuovo. Un esempio classico di questo procedimento lo troviamo in Marco Polo, che a Giava vede (lo comprendiamo noi ora) dei rinoceronti. Ma si tratta di animali che lui non ha mai visto, salvo che, per analogia con altri animali noti, ne distingue il corpo, le quattro zampe, e il corno. Siccome la sua cultura gli metteva a disposizione la nozione di unicorno, come appunto di quadrupede con un corno sul muso, egli designa quegli animali come unicorni. Poi, siccome è cronista onesto e puntiglioso, si affretta a dirci che però questi unicorni sono abbastanza strani, vorremmo dire poco specifici, dato che non sono bianchi e snelli ma hanno "pelo di bufali e piedi come leonfanti", il corno è nero e sgraziato, la lingua spinosa, la testa simile a quella di un cinghiale […]. Marco Polo sembra prendere una decisione: anziché risegmentare il contenuto aggiungendo un nuovo animale all'universo dei viventi, corregge la descrizione vigente degli unicorni che, se ci sono, sono dunque come egli li ha visti e non come la leggenda racconta. Modifica l'intensione lasciando impregiudicata l'estensione. O almeno così pare che intendesse fare – o che di fatto egli faccia, senza troppe preoccupazioni tassonomiche»[41].

Entrano in gioco qui, per analogia, sia l'"enciclopedia" comparatistica di chi classifica – a volte penosamente circoscritta, come in molta letteratura d'oltreoceano, e non solo, ovvero la non esaltante propensione a curiosare fuori dal proprio modello di riferimento (l'unicorno oppure la *Western legal tradition*) –, sia, appunto, l'inversione dell'onere della prova, ovvero la determinazione nel ricondurre gli enti osservati dentro o fuori del (l'unico) modello conosciuto.

Le operazioni fatte sono di due tipi (che però si intersecano): uno gnoseologico, e uno ideologico.

Il primo induce a considerare nell'universo analizzato i soli ordinamenti "conosciuti", relegando gli altri nel superfluo; il secondo suggerisce di parametrizzare quelli "conosciuti" con riferimento al modello considerato positivo (quello che conosce i diritti e la divisione dei poteri). Il risultato è spesso quello di mettere insieme in un'unica classe sia esperienze "note", ma devianti dal modello, sia esperienze "ignote", che si presuppone o si intuisce non essere a esso conformi.

[41] E a seguire – 44 – parlando dell'ornitorinco, se mai Marco Polo se ne fosse imbattuto, «certo avrebbe dovuto chiedersi se quello che vedeva […] fosse un castoro, un'anatra, un pesce, e in ogni caso se fosse uccello, animale marino o terrestre. Un bell'impiccio, da cui non poteva trarlo la nozione di unicorno, e al massimo avrebbe fatto ricorso all'idea di Chimera».

Tale approccio "domocratico" è ampiamente giustificato dalla *vis expansiva* che hanno avuto sia il concetto di "Stato", sia le basi ideologiche della *Western legal tradition*; il suo *humus* culturale è rappresentato – oltre che, come già detto, dall'elaborazione del concetto di "Stato" – dalla colonizzazione del mondo: già conosciuta in epoche precedenti, comincia in modo sistematico da parte delle potenze europee nel XVI secolo, dopo la scoperta dell'America, ed è scandita in varie tappe. All'inizio del '900, gli Stati occidentali giungono a controllare l'85% del pianeta attraverso *commonwealths* e *dominions*, protettorati, colonie, possedimenti, concessioni, ecc. Tutte le varie fasi, da quelle primordiali dei primi insediamenti spagnoli, portoghesi, inglesi, francesi, olandesi, a quelle finali nel corso dell'800 e anche subito dopo (pure con Stati Uniti, Germania, Italia) lasciano tracce indelebili nell'organizzazione giuridica dei territori conquistati e dominati.

Per adempiere alla missione di "civilizzare i barbari", le potenze coloniali impiantano sopra le strutture giuridiche preesistenti il loro modo di fare diritto e di organizzare la società. Nella prima fase, i trapianti riguardarono soprattutto le strutture del potere (per lo più facenti capo a viceré, governatori e figure consimili), l'amministrazione della giustizia, l'organizzazione territoriale, e gli stessi modi di produzione del diritto (con basi di volta in volta giurisprudenziali o di diritto "politico"). Nelle epoche successive, le idee "costituzionali" che maturano in Europa hanno riflessi nelle colonie.

Sulla base della corrente definizione di "Stato", la prima operazione che fanno quanti classificano le forme di Stato è, di solito, quella di ignorare le "altre" famiglie giuridiche e le tradizioni giuridiche: chi sta fuori dalle famiglie di *common law* e *civil law* è *a priori* sospettato di eresia, a prescindere che, in entrambe, le forme di Stato che si sono manifestate nella storia occidentale possono essere con o senza concentrazione di poteri e riconoscimento di diritti.

Una volta esclusa l'alterità, la seconda operazione, condotta all'interno del binomio *common law/civil law*, ma che per forza di cose include quanti ne stanno fuori, è di dividere chi accetta e chi no la divisione dei poteri e la preminenza dei diritti individuali, parametrizzando a fini valutativi tali elementi senza tenere conto di altre evoluzioni.

Dove si consolida una classe dirigente locale (come nei futuri Stati Uniti, in Canada e nel continente australe, oltre che in America latina), il costituzionalismo – nelle sue molteplici evoluzioni – viene in parte metabolizzato, e una volta raggiunta l'indipendenza permea con molte peculiarità l'assetto costituzionale dei nuovi Stati (che per lo più continuano a rifiutare qualsiasi forma di integrazione dei diritti originari). Altrove (Africa, Medio Oriente e Asia, con parziale eccezione dell'India e del Sud Africa), l'impianto giuridico esportato dal colonialismo resta in generale a uno strato superficiale e non penetra le radici

profonde del diritto e del pensiero autoctono. Sicché, la decolonizzazione del secondo dopoguerra consegna in eredità strutture formali come la costituzione scritta e rigida, la divisione dei poteri, i diritti umani, l'apparato giudiziario, forme di decentramento, ma non l'immedesimazione tra esse e il modo di percepire il diritto "costituzionale" dell'Occidente colonizzatore.

Le scansioni nell'evoluzione delle forme di Stato corrispondono dunque solo a una parte minoritaria – anche se egemone – del mondo[42]. Accanto alle sfasature temporali, altri fattori segnano indelebilmente il distacco. La forza permeante dei modelli egemoni, in molti casi, lascia tracce durature e incancellabili anche dopo i processi di decolonizzazione; l'evoluzione permette però, a volte, di recuperare le antiche tradizioni e di proporre soluzioni sincretistiche, anche se ciò si verifica quasi solo nel XXI secolo.

Un ultimo rilevo riguarda ciò: la concentrazione del potere è un fenomeno diffuso, non solo nell'antichità e sino alle elaborazioni di Locke e Montesquieu, ma anche in epoca contemporanea. Parte degli ordinamenti giuridici del mondo si regge infatti ancora oggi (e specialmente si è retta sino agli anni '80) con sistemi che poco hanno a che vedere con la divisione dei poteri[43]. Ma mettere in una sola classe residuale tutti gli ordinamenti che non conoscono la separazione dei poteri significa utilizzare quest'unico fattore per classificare le forme di Stato, e accantonarne altri, che sono non meno significativi: in particolare, le finalità, assai diverse nello Stato socialista, in quello totalitario, nelle autocrazie nazionaliste, nelle dittature. La distinzione delle forme di Stato non corre solo sul filo della divisione dei poteri, ma anche di questi elementi.

6. *Il binomio autorità-libertà e i "ritagli concettuali" nelle classificazioni domocratiche*

Mi soffermerò brevemente in primo luogo, per evidenziarne le peculiarità, su talune "deviazioni" dalle forme di Stato "binarie", ancorate cioè al dualismo istituzioni/società, che non permettono di incasellarle nelle categorie tradizionali comunemente considerate dalla dottrina prevalente, ma meritano invece una collocazione a parte.

[42] V. ad es., soprattutto per l'America latina, G. Eto Cruz, J. De Jesus Naveja Macías (eds), *La evolución del constitucionalismo social en el siglo XXI*, Grijley, Lima, 2018.

[43] La dicotomia riflette il dualismo amico/nemico, sul quale mi soffermo in *La indentificación del enemigo en el marco de la propaganda en defensa de los valores euroatlánticos*, in V.A. Wong Meraz, M. Cabanas Veiga, C. Y. Aldrete Acuña (eds), *Las ciencias constitucionales y su relevancia en el siglo XXI. Estudios en homenaje a Javier Ruipérez Alamillo*, Colez, A Coruña, 2023, 85 ss.; e in *Individuare un nemico: l'equazione terrorista-straniero e l'attacco allo Stato democratico di diritto*, in D. Fuschi (ed.), *Liber amicorum. Scritti in onore di Giovanni Cordini*, Ed. Scientifica, Napoli, 2023.

6.1. *Dittature e totalitarismi*

Non sempre la letteratura giuridica approfondisce la distinzione tra dittature e totalitarismi, per lo più riconducendo tali esperienze nell'alveo della macro-classe della forma di Stato autocratica (quella senza divisione dei poteri).

Trascurando la natura democratica della dittatura commissaria nel diritto romano, e fermandosi su quella "sovrana"[44], in prevalenza si sottolinea che le esperienze più recenti classificate come "dittature" scaturiscono non tanto da uno stato di eccezione temporaneo, ma da una crisi di regime che porta alla rottura della costituzione vigente e all'instaurarsi di un nuovo ordine costituzionale che trova in sé stesso la propria legittimazione.

In più, rispetto alla dittatura, la forma di Stato totalitaria è però caratterizzata dalla presenza di uno Stato che pervade ogni aspetto della vita sociale, dall'affermazione di un'ideologia ufficiale, dal ruolo pervasivo del partito unico, *trait d'union* tra lo Stato e le masse, dalla mobilitazione di queste ultime, ai fini di acquisizione del consenso (caratteristica opposta a quella delle dittature), dalla funzione della propaganda politica, dalla struttura corporativa della vita sociale ed economica[45].

6.2. *Il nazionalismo socialista arabo*

Le autocrazie nazionaliste e socialiste, caratteristiche soprattutto di alcune esperienze mediorientali e nordafricane, non si possono ascrivere né alla classe del totalitarismo, né a quella della dittatura.

L'alimento di questa forma di Stato fu rappresentato dal movimento che, a partire dal tardo '800, nel contesto della crisi dell'Impero ottomano, si andò sviluppando facendo leva su un'ideologia identitaria, esprimendo istanze di

[44] I riferimenti si trovano in C. Schmitt, *La dittatura*, Settimo sigillo, Roma, 2006, ma anche in altri autori, come N. Bobbio, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Torino, 1976, 202.

[45] E. Opocher, *Lezioni sul totalitarismo*, Cleup, Padova, 1974; v. poi H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, 3ª ed., Harcourt Brace & Co., New York, 1958; C.J. Friedrich (ed.), *Totalitarianism*, Harvard U.P., Cambridge, 1954; G. Lucatello, *La fonction de la propagande politique dans l'*État *totalitaire*, in Id., *Scritti giuridici. Nuova raccolta*, Padova, 1990, 241 ss.; J. Linz, *Totalitarian and Authoritarian Regimes*, Lyenne Rienner, London, 2000; G. Melis (ed.), *Lo Stato negli anni trenta: istituzioni e regimi fascisti in Europa*, Bologna, 2008. "Totalitarismo", termine coniato da Mussolini e G. Gentile con connotazione positiva (contrapposto alle "demo-plutocrazie") stava appunto a segnalare l'unione anche spirituale tra società (nazione) e Stato, per il tramite del ruolo unificatore del partito, organo dello Stato promanante da, e calato nella società: v. L. Paladin, voce *Fascismo*, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, 887 ss.; A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, 1995; E. Gentile, *La via italiana al totalitarismo, il partito e lo Stato nel regime fascista*, Roma, 1995; S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Bologna, 2010.

emancipazione e di unità del nazionalismo arabo, ancorato alla dimensione etnica, religiosa o territoriale (la tribù, la famiglia).

Tralasciando le tappe intermedie[46], ricordo solo che subito dopo la II guerra mondiale il panarabismo sviluppò due linee ideologiche parallele: quella conservatrice, con accento sull'identità religiosa del mondo arabo, che legava il panarabismo all'Islam, e quella radicale, meno sensibile verso l'identità religiosa. Il Partito *Ba'ath*, presente in quasi tutti i paesi arabi, dagli anni '50 ne rappresentò l'espressione politicamente più attiva[47]. Il panarabismo perse gradualmente terreno di fronte al consolidamento dei nuovi Stati arabi, portatori di specifici interessi politici ed economici, e all'affermazione sempre più radicale e diffusa del fondamentalismo islamico[48].

Nell'Egitto di Nasser, e poi di Mubarak e di al-Sisi, nell'Iraq di Saddam, nella Libia di Gheddafi, nella Siria degli Assad si combinano potere personale, alimentato dal culto della personalità e dalla mobilitazione delle masse, socialismo *sui generis*, unificazione tribale, aspirazioni panarabe, parziale laicizzazione del sistema, marginalizzazione o esclusione del parlamentarismo, controllo o esclusione delle opposizioni e delle minoranze etniche o territoriali, limitazione dei diritti, il tutto su territori delimitati dai confini artificiali imposti dal colonialismo[49].

Attaccata dall'interno da movimenti islamisti, liberali, religiosi e indipendentisti, ma soprattutto dall'esterno da guerre esportate dagli interessi economici delle liberal-democrazie e dalla Russia, la forma di Stato delle autocrazie nazionaliste, che con le primavere arabe sembrava in fase di declino, è tutt'altro che estinta. L'alternativa rappresentata dallo "Stato islamico", come pure quella proposta dai Fratelli musulmani, e al contempo la fragilità di soluzioni diverse da esse, ne segna la reviviscenza, appoggiata da molte diplomazie, sia

[46] … riassunte da A. Rinella nel nostro *Sistemi costituzionali comparati*, cit., 72 ss.

[47] A. Giannini, *Nuove costituzioni di Stati del Vicino Oriente e dell'Africa*, Milano, 1954; J.E. Godchot, *Les constitutions du Proche et du Moyen-Orient*, Sirey, Paris, 1957.

[48] H. Sharabi, *Nationalism and Revolution in the Arab World*, Princeton U.P., Princeton, 1966; A. Abdel-Malek, *La pensée politique arabe contemporaine*, Seuil, Paris, 1970; C.E. Dawn, *From Ottomanism to Arabism: Essays on the Origins of Arab Nationalism*, Un. of Illinois Press, Chicago, 1973; J.P. Jankowski, I. Gershoni, *Rethinking Nationalism in the Arab Middle East*, Columbia U.P., New York, 1997; R. Pezzimenti, *Il pensiero politico islamico del '900*, Soveria Mannelli, 2006; C. Decaro Bonella (ed.), *Tradizioni religiose e tradizioni costituzionali. L'Islam e l'Occidente*, Roma, 2013; V.M. Donini, B. Scolart, *La Shari'a e il mondo contemporaneo*, Roma, 2015; A.C. Larroque, *Geopolitica dell'Islamismo*, Fuoco, Roma, 2015.

[49] A. Pellitteri (ed.), *La formazione del pensiero nazionale arabo*, Angeli, Milano, 2012; P.J. Vatikiotis, *Islam: Stati senza nazioni*, Milano, 1993; R. Schulze, *A Modern History of the Islamic World*, Tauris, London, 2000; B. Marquardt, *Historia del Estado moderno en Asia y* África *del Norte (1500-2014)*, Un. Nac. de Colombia, Bogotá, 2014.

occidentali, sia russa, sia, in molti casi, arabe, per l'esigenza del controllo del petrolio, del gas e delle vie di comunicazione. La devastazione portata dall'Occidente, con il pretesto del rispetto dei diritti umani e l'esportazione della democrazia, infatti non ha pagato, ed è stata ricambiata con milioni di esuli e di migranti.

Le caratteristiche di natura "ornitorintica" di queste esperienze, comuni fra esse e in tutto o in parte condivise con altri ordinamenti mediorientali o nordafricani, non permettono di incasellarle in un generico contenitore denominato "forma di Stato autocratica", e tanto meno di inserirle nelle classi della forma di Stato socialista, o delle dittature, o dei totalitarismi, oltre che ovviamente in quella delle liberaldemocrazie.

6.3. *La forma di Stato cinese socialista-liberista*

Lo Stato socialista, affermatosi prima in Russia e Unione delle Repubbliche socialiste sovietiche[50] e poi, a partire dal secondo dopoguerra, in altri paesi dell'Europa orientale divenuti satelliti dell'Unione, oltre che nella Repubblica popolare cinese, a Cuba e qualche altro, affida la direzione dello Stato al partito unico, espressione delle classi operaia e contadina; il sistema economico prevede la collettivizzazione dei mezzi di produzione; i diritti e le libertà riconosciute ai cittadini sono coerenti con l'obiettivo della costruzione della società socialista, imperniata sull'idea della lotta di classe e della dittatura del proletariato ispirata alle teorie marxiste-leniniste[51]. Tali teorie sono segnate pur esse da una visione del mondo ancorata all'aristotelismo, la dialettica hegeliana, la storia del capitalismo europeo, il patriarcato, il patrimonio giuridico occidentale, pure se, paradossalmente, proprio per il messaggio di giustizia sociale che volevano esprimere hanno attecchito di più – anche se non solo – proprio in regioni del mondo estranee in tutto o in parte a questi contesti.

Le caratteristiche della forma di Stato socialista classica sono state studiate dalla letteratura giuspubblicistica occidentale e sono ben conosciute, il che spiega la tentazione di ricondurre a un archetipo "noto" anche sue vere e proprie degenerazioni, come lo è quella del "socialismo liberista" (o "capitalista") che caratterizza oggi la Repubblica popolare cinese e qualche altro ordinamento che a essa fa riferimento. Il modello classico, travolto dalle vicende di fine

[50] L. Trotskij, *Storia della Rivoluzione russa*, 2 voll., Newton, Roma, 1994.

[51] P.I. Stuča, E.B. Pašukanis, A.J. Vyšinskij, M.S. Strogovič, *Teorie sovietiche del diritto*, Milano, 1954; M. Cossutta, *Formalismo sovietico. Delle teorie giuridiche di Vyšinskij, Stuča e Pašukanis*, Napoli, 1992; R. David, *Le droit soviétique*, I, *Les données fondamentales du droit soviétique*, Lgdj, Paris, 1954; J.N. Hazard, I. Shapiro, P.B. Maggs, *The Soviet Legal System*, Oceana, New York, 1969; M. Lesage, *Les regimes politiques de l'U.R.S.S. et de l'Europe de l'Est*, Puf, Paris, 1977.

secolo scorso, resiste solo in alcuni paesi, come Cuba (se pure con aggiornamenti)[52].

La riforma cinese del 2018, oltre a richiamare l'armonia (*hexie*) che deve instaurarsi nei rapporti tra le varie nazionalità della Cina, inserisce nel preambolo un riferimento alla "civiltà ecologica" e afferma l'obiettivo di «costruire un paese socialista moderno e forte, che sia prospero, democratico, culturalmente avanzato, armonioso e bello, e che realizzi la grande rinascita della nazione cinese». Non sono però i proclami a suggerire l'avvento di una forma di Stato nuova e diversa. Viceversa lo è l'affermarsi – nell'alveo del socialismo politico – del liberismo economico, che ha dato luogo all'esperienza di una economia di mercato socialista[53].

Come annota Rinella[54], lo sviluppo dell'economia mal tollera ostacoli di ordine giuridico. Il rapporto fra governanti e governati è però mediato dal primato dell'ideologia ufficiale, che si incarna nel Partito comunista: solo il partito può offrire un futuro radioso al popolo cinese, attraverso un percorso che non disdegna la combinazione tra i capisaldi del pensiero comunista e il capitalismo economico di matrice occidentale per dar vita al "socialismo del libero mercato".

Le differenze con la Nuova politica economica (NEP) di Lenin non sono solo quantitative. Intersecando la ricerca dell'utile (per il popolo) con l'interesse privato, e affermando che se il privato fa il bene del popolo si attua il

[52] Qui, la nuova costituzione del 2019, diversamente che in Cina, non cede alle lusinghe della liberalizzazione dell'economia, pur aprendo alla proprietà privata, di cui però predica la funzione sociale (come molte democrazie europee postbelliche); neppure, d'altro canto, accoglie, se non per circoscritti riferimenti all'ambiente, le proposte riformatrici del *buen vivir* latinoamericano, diversamente da altri Stati che sono stati influenzati dalle esperienze di Ecuador e Bolivia. Per i testi precedenti v. H. Marcial Azcuy, *Análisis de la Constitución Cubana*, Ruth-Inst. Cubano Invest. Cultural J. Marinello, Panamá-La Habana, 2010. Su Cuba oggi, v. la sez. monogr. di *DPCE online*, n. 1/2020,"La Costituzione cubana del 2019, in bilico tra tradizione e innovazione", e molte relazioni del I Congreso internacional de Derecho comparado y constitucional "Cuba con-para", La Habana, 4-6 aprile 2023, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 35/2024, sez. monogr. "La reforma de la Constitución cubana en perspectiva comparada", a cura di S. Bagni e T.Y. Guzman Hernández.

[53] A. Rinella, E. Consiglio, *Cina*, 2ª ed., Bologna, 2023, 17 ss.; A. Rinella, *Il "socialismo del libero mercato" nella Repubblica Popolare Cinese*, in *Quad. cost.*, n. 1/2007, 199 ss.; A. Rinella, I. Piccinini (eds), *La costituzione economica cinese*, Bologna, 2010; Feng Lin, *Constitutional Law in China*, Sweet & Maxwell Asia, Hong Kong, 2000; A.H.Y. Chen, *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, 4ª ed., Lexis Nexis-Butterworths, Hong Kong, 2011; J.A.G. Roberts, *A History of China*, 3ª ed., Macmillan, New York-London-Basingstoke, 2011; Quianfan Zhang, The *Constitution of China*, Hart, Oxford-Portland, 2012; M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, Milano, 2006; Id. (ed.), *I sistemi del lontano Oriente*, Milano, 2019, 23 ss.

[54] In *Sistemi costituzionali comparati*, cit., 79.

socialismo, in effetti si maschera una deviazione ideologica rispetto alla forma di Stato socialista classica, e l'ibridazione pragmatica di componenti tradizionalmente inconciliabili, socialismo e mercato, fa sì che la Cina vada considerata un'esperienza a parte nel panorama delle forme di Stato.

Il modello cinese (socialismo politico/liberismo economico) va espandendo i suoi influssi in alcuni Stati asiatici, come Vietnam e Laos, mentre – già lo si è detto – non permea che in misura contenuta la Repubblica di Cuba.

6.4. *Varianti della democrazia liberale*

Ulteriori esperienze da poco consumate o in atto sollecitano il dubbio se scorporare dalla classe comunemente accettata delle liberal-democrazie alcune fenomenologie contemporanee manifestatesi in regioni del mondo che accettano la divisione dei poteri in senso montesqueiano.

La proposta di Mattei di raggruppare in un'unica famiglia, denominata di "*political law*"[55], gli ordinamenti dove la categoria del "giuridico" ancora non si è liberata dai lacci del "politico", stimola la domanda se anche per le forme di Stato si possa proporre un'ulteriore classe – con caratteristiche durature (*longue durée*), e dunque non "di transizione"[56] – dove lo Stato si fonda su elementi condivisi con quelli dello Stato democratico-liberale, ma anche su alcuni altri fattori importanti che contribuiscono a differenziarlo profondamente dall'archetipo forgiato dagli Stati e dalle istituzioni coloniali.

Naturalmente, una segmentazione eccessiva toglie utilità alle classificazioni[57], per il qual motivo mi limito qui a segnalare alcuni esempi volti verso

[55] U. Mattei, *Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici*, in Aa.Vv., Scintillae iuris. *Studi in memoria di Gino Gorla*, 3 voll., Milano, 1994, I, 775 ss., 36 ss.; Id., *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, in *Am. journ. comp. law*, n. 45/1997, 5 ss.

[56] La formulazione del concetto di "*longue durée*" ("lunga durata") nelle scienze sociali è di F. Braudel, *Histoire et sciences sociales. La "longue durée"*, in *Annales E.S.C.*, XIII, n. 4/1958, *The* Longue Durée *and World-Systems Analysis*, Binghamton Un., New York, 2008.

[57] *Supra*, §§ 4 e 5, e bibliografia nei miei articoli *Reflexiones sobre la clasificación en el Derecho constitucional comparado (enfoque dúctil y búsqueda de elementos determinantes)*, in *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, 3 voll., Universitas, Madrid, 2012, I, 259 ss., in *Ágora const.*, n. 1/2012, 25 ss., trad. it. con modificazioni *Approccio classificatorio "fuzzy" ed elementi determinanti nel diritto costituzionale comparato*, in P. Borsellino, S. Salardi, M. Saporiti (eds), *L'eredità di Uberto Scarpelli*, Torino, 2015, 85 ss.; *Costituzioni e democrazia: definizioni e classificazioni nel costituzionalismo contemporaneo*, in Aa.Vv., *Categorie e terminologie del diritto nella prospettiva della comparazione*, Atti del 3° Colloquio Sird, Como, 14-15 marzo 2014, in *Rass. parl.*, aprile-giugno 2014, 249 ss., in *Rev. Latino-Am. de Est. Const.*, n. 16/2014, 121 ss., in P.E. González Monguí (ed.), *Los derechos fundamentales en la teoría jurídica*, Un. Libre, Bogotá, 2016, 83 ss., in R. Sánchez Vázquez (ed.), *Derechos humanos, igualdad,*

questa direzione, che destano peraltro perplessità e sui quali per ora non oso prendere una posizione definitiva.

6.4.1. *Democrazie illiberali: più interrogativi che risposte*

Molti dubbi genera l'interrogativo se si possa ragionare di forma di Stato del "costituzionalismo autoritario"[58] – o, detto altrimenti, di "democrazie illiberali" – «in quei casi in cui, pur trattandosi di un regime controllato da un partito dominante: a) il regime non esercita un'azione repressiva arbitraria contro l'opposizione, pur potendo adottare sanzioni e contromisure; b) il regime lascia che l'opposizione diffonda una critica politica, seppure entro certi limiti; vengono sviluppati meccanismi che consentono al dissenso di esprimersi nella misura che il regime ritiene conveniente (si predilige la cooptazione in luogo della esclusione); c) sono previste elezioni politiche, una sorta di "autoritarismo competitivo", dove la competizione è solo apparente in virtù delle misure destinate ad assicurare la vittoria del partito dominante (definizione delle circoscrizioni elettorali, determinazione delle liste elettorali dei partiti concorrenti, ecc.), sicché il ricorso all'intimidazione fisica e ai brogli elettorali diventa solo occasionale; d) il partito dominante si mostra sensibile verso l'opinione pubblica; quando avverte la forza e l'intensità della tensione sociale è disposto a ritornare sulle proprie decisioni politiche».

In corrispondenza dell'ultima ondata di costituzionalismo in Europa, coincidente con la dissoluzione dell'Unione sovietica, la dottrina politologica e giuridica aveva plaudito all'integrazione dei Paesi dell'Europa centro-orientale nella famiglia dei paesi democratico-sociali. Qualcuno aveva avanzato allora l'ipotesi di essere giunti alla "fine della storia"[59]. L'ultimo decennio sembrerebbe invece dimostrare come nel contesto est-europeo si sia prodotta, secondo alcuni, una forma di Stato alternativa, quella delle democrazie illiberali, in qualche

y equidad de género. Homenage a la Ministra Olga Sánchez Cordero, Un. Autónoma de Puebla, Fac. de Derecho y Ciencias Sociales, Piso 15 Editores, Puebla, 2015, 185 ss.

[58] M. Tushnet, *Authoritarian Constitutionalism*, in T. Ginsburg, A. Simpser (eds), *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge U.P., New York, 2014, 45 s.; S. Levitsky, A. Lucan, *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes After the Cold War*, Cambridge U.P., New York, 2010; H. Alviar García, G. Frankenberg (eds), *Authoritarian Constitutionalism*, Elgar, Cheltenham, 2019; A. Di Gregorio, *I fenomeni di degenerazione delle democrazie contemporanee*, in *NAD*, n. 2/2019, 1 ss. Sulla debolezza della categoria delle "democrazie illiberali" quale forma di Stato v. il n. monogr. 3/2020 di *DPCE online*, "Le democrazie illiberali in prospettiva comparata: verso una nuova forma di Stato?", nonché similmente *Pouvoirs*, n. 169/ 2019, "Les démocratures" e, per un'analisi più dettagliata, il cap. III, sez. II, § 2, di A. Rinella, nel nostro *Sistemi costituzionali comparati*, cit., 98 ss., cui si riferisce il testo virgolettato.

[59] F. Fukuyama, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Torino, 2023.

misura imparentata con alcune esperienze latinoamericane e di altre regioni del mondo.

Come è stato osservato[60], la più recente teorizzazione di tale nuova classe, già proposta nel 1997 da F. Zakaria[61], si deve al Presidente ungherese Orbán, che nel 2014, dopo che la sua coalizione di governo aveva ottenuto la maggioranza qualificata in Parlamento, si pronunciò pubblicamente nei seguenti termini: «La nazione ungherese non è una semplice somma di individui, ma una comunità che deve essere organizzata, rafforzata e sviluppata, e in questo senso il nuovo Stato che stiamo costruendo è uno Stato illiberale, uno Stato non-liberale. Esso non nega i valori fondamentali del liberalismo, come la libertà, ecc. Tuttavia non fa di tale ideologia un elemento centrale dell'organizzazione statale, bensì persegue in sua vece un suo approccio nazionale, specifico e peculiare»[62]. Si tratta di un'idea dai contorni ancora sfumati, che tende al bilanciamento fra istanze individualiste e comunitariste, da realizzare attraverso l'intervento perequativo dello Stato[63].

Il testo della vigente Costituzione ungherese, approvata nel 2011 e successivamente riformata varie volte dal partito del Presidente, senza che l'opposizione, ridotta a meno di 1/3 del Parlamento, potesse arginare il potere di revisione costituzionale, è stato adattato a questi contenuti, richiamandosi alle radici cristiane, esaltando la cultura e la storia della nazione ungherese, sancendo la sacralità della vita fin dal concepimento, esaltando i valori della famiglia tradizionale, ecc.[64].

[60] Da S. Bagni, cap. II, sez. II, § 12.2 di L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali*, cit.

[61] F. Zakaria, *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Aff.*, n. 76 (6)/1997, 22 ss.

[62] Discorso di V. Orbán al XXV Bálványos Free Summer Un. and Youth Camp, 26 luglio 2014, Băile Tuşnad (Tusnádfürdő), https://budapestbeacon.com/full-text-of-viktor-orbans-speech-at-baile-tusnad-tusnadfurdo-of-26-july-2014/.

[63] Il Presidente Orbán ha poi chiarito successivamente i valori alla base della sua dottrina circa lo Stato illiberale: «La democrazia liberale è liberale, mentre la democrazia cristiana è, per definizione, non-liberale; è, se preferite, illiberale. E possiamo affermarlo specificamente in relazione ad alcuni temi importanti – quelli strategici. La democrazia liberale è favorevole al multiculturalismo, mentre la democrazia cristiana dà priorità alla cultura cristiana; questo è un concetto illiberale. La democrazia liberale è a favore dell'immigrazione, mentre la democrazia cristiana è a essa contraria; si tratta di nuovo di un concetto illiberale. E la democrazia liberale sta dalla parte di modelli adattabili di famiglia, mentre la democrazia cristiana si ancora alle fondamenta del modello di famiglia cristiana; una volta di più, si tratta di un concetto illiberale»: discorso di V. Orbán al XXIX Bálványos Summer Open Un. and Student Camp, 28 luglio 2018, Tusnádfürdő (Băile Tuşnad), http://www.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/prime-minister-viktor-orban-s-speech-at-the-29th-balvanyos-summer-open-university-and-student-camp.

[64] A. Di Gregorio, *Hungary and European values*, in NAD, 17/9/2018, http://nad.unimi.it/hungary-and-european-values-a-difficult-marriage/; G. Milani, *Parlamento e democrazia illiberale: il caso ungherese*, in *DPCE Online*, n. 4/2019, 2833 ss. Inoltre, l'esecutivo, forte della

Sulla stessa linea è la Polonia del Presidente Duda, esponente del Partito Diritto e giustizia, al governo dal 2015. L'esecutivo, pur non agendo sul piano costituzionale, ha sviluppato un progetto politico diretto alla costruzione di uno Stato illiberale sul modello ungherese, e a limitare i contrappesi giudiziari ai poteri della maggioranza, attraverso la manipolazione della composizione del Tribunale costituzionale e il rinnovo massiccio del corpo giudiziario[65].

6.4.2. *Una forma di Stato populista?*

Parimenti, ci si può chiedere se sia corretto più genericamente ragionare, oltre che di democrazie illiberali, di forma di Stato populista, specie con riferimento all'America latina.

Non sembra plausibile enucleare né una "famiglia", né una forma di Stato latinoamericana, perché il sub-continente presenta molte differenze, dal punto di vista temporale, geografico, culturale, economico, sociale, politico, oltre che giuridico[66]. Le distinte esperienze sembrano tuttavia condividere alcune caratteristiche che in parte le collegano: in particolare, l'ideologia bolivarista, con la sua proposta di un quarto potere – il "potere cittadino" – rappresenta la base teorica che cementa una stretta relazione tra *leader* e popolo, quale che sia l'assetto dello Stato (dal liberalismo capitalista puro, al giustizialismo, allo Stato socialista, fino al *Caring State*), e che in ogni caso permea, in epoche e luoghi distinti, le forme di Stato di volta in volta prescelte[67]. Il populismo

maggioranza qualificata in Parlamento, ha proceduto sistematicamente a eliminare ogni ostacolo e contrappeso posto lungo la strada che porta alla realizzazione di questo progetto politico, *in primis* limitando i poteri della Corte costituzionale e mettendo il bavaglio alla stampa, attirando le critiche di buona parte della dottrina e di varie istituzioni sovranazionali: *Opinion no. 621 / 2011, opinion on the new constitution of Hungary, adopted by the Venice Commission at its 87th Plenary Session (Venice, 17-18 June 2011)*, § 141 ss., https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)016-e, nonché, ad es., C. Dupré, *Il "Credo Nazionale" e i principi fondamentali: la dignità*, e G.F. Ferrari, *Diritti e libertà*, in G.F. Ferrari (ed.), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Torino, 2012, rispett. 32 e 60.

[65] M.A. Orlandi, *La "democrazia illiberale". Ungheria e Polonia a confronto*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 1/2019, 167 ss.; G. Delledonne, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione Europea*, in *DPCE Online*, n. 3/2020, 3999 ss.

[66] S. Lanni, *Sistema giuridico latinoamericano*, in *Dig. priv.*, *Sez. civ.*, *Agg.*, 2016, 711 ss.; Id., *Il diritto nell'America Latina*, cit.; S. Bagni, S. Baldin (eds), *Latinoamérica*, cit. Al "Diritto dell'America meridionale" dedica un capitolo specifico M.G. Losano, *I grandi sistemi giuridici*, cit., 175 ss.

[67] S. Bolivar, *Doctrina del libertador*, Fund. Bibl. Ayacucho, Caracas, 1994; A. Ramos Garbiras, H.A. Moreno Parra (eds), *Bolivar y el constitucionalismo*, 2ª ed., Cali, 1999; M. Iacometti, *Considerazioni 'minime' su alcuni aspetti del pensiero costituzionalistico di Simon Bolívar*, in S. Bagni, G.A. Figueroa Mejía, G. Pavani (eds), *La ciencia del Derecho constitucional comparado*, cit., I, 1055 ss.

sembra infiltrare tutto il continente, quale collante culturale che si insinua nelle relazioni tra istituzioni e società[68].

A caratterizzare l'area concorrono quasi sempre alcuni elementi: nel campo del diritto civile, una codificazione derivata da un ceppo unico, sviluppatasi con caratteristiche comuni in tutta la regione in modo critico e non anastatico, pur se a volte con anomalie e differenze tra Stato e Stato (soprattutto tra il Brasile e i paesi ispanici, ma anche dentro questi ultimi); nel diritto pubblico, le peculiarità del costituzionalismo latinoamericano, contrassegnato dall'eredità della costituzione di Cadice[69], l'adozione diffusa della forma di governo presidenziale, con recenti pulsioni, più o meno accentuate, in direzione del parlamentarismo; il sistema di garanzie, con specifico riferimento ad *amparo*, *mandado de segurança*, azione popolare e altri simili strumenti; più in generale, il *caudillismo* e la personalizzazione della politica, il ruolo dei partiti, oltre che – come appena detto – il bolivarismo e le sue concezioni della rappresentanza politica, che rappresentano il brodo di coltura del populismo. Fattori comuni al diritto pubblico e a quello privato sono la percezione della posizione delle fonti e della relazione delle fonti con le categorie della politica; parallelamente, il ruolo del giudice e della giustizia, specialmente quella costituzionale; la marginalizzazione (e poi il parziale riconoscimento) della tradizione e del diritto indigeno[70]; la funzione della dottrina e delle sue relazioni con i formanti normativo e giurisprudenziale[71]; l'armonizzazione del diritto, e in particolare il peso della Corte interamericana dei diritti umani.

[68] Y. Mény, Y. Surel, *L'espace du politique: Le populisme et les démocraties*, Fayard, Paris, 2000; L. Zanatta, *Il populismo*, in *Polis*, n. 2/2002, 263 ss.; M. Sznajder, *Il populismo in America Latina*, in *Ricerche di storia pol.*, n. 3, 2004, 347 ss.; S. Bagni (ed.), sez. monogr. della *Rev. gen. der. públ. comp.* n. 22/2017, "¿A donde va América Latina? Entre populismo, socialismo del siglo XXI y neoliberismo".

[69] J.L. Cáceres Arce, *La Constitución de Cádiz y el Constitucionalismo Peruano*, Adrus, Arequipa, 2007; F.J. Díaz Revorio, M. Revenga Sánchez, J.M. Vera Santos (eds), M.E. Rebato Peño (coord.), *La Constitución de 1812 y su difusión en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; D.A. Barceló Rojas, J.M. Serna De La Garza (eds), *Memoria del Seminario internacional: Conmemoración del bicentenario de la Constitución de Cádiz*, Unam, México, 2013.

[70] S. Lanni, *Diritti indigeni e tassonomie del sistema in America Latina*, in *Ann. dir. comp. st. leg. 2013*, 159 ss.; B. de Sousa Santos, A. Grijalva Jiménez (eds), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Fund. R. Luxemburg, Abya Yala, Quito, 2012; R.M. Núñez, *Indigenous Customary Law in a Civil Law Context: Latin America and the Chilean Case*, in *Rechtsgeschichte Leg. Hist.*, n. 24/2016, 302 ss.; G. Guidi, *Justicia indígena*, Morlacchi, Perugia, 2021.

[71] L. Pegoraro, G. Figueroa Mejía (eds), *Profesores y jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de Iberoamérica*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2016.

Fuori dal diritto in senso stretto, l'America latina presenta un sistema politico/economico ampiamente uniformato dal *Washington consensus*, anche se con aspirazioni di emancipazione, specie nelle ultime decadi (e a parte il caso cubano)[72].

Anche se non è corretto ragionare di "forma di Stato" latinoamericana, le peculiarità appena descritte sembrano significative e sufficienti per suggerire l'esistenza di una variante dai contorni sfuocati (o sub-specie, ritaglio o segmento) della forma di Stato liberal-democratica, con il fulcro nel cosiddetto Nuovo Mondo (meglio detto, in idioma kuna, *Abya Yala*), che però si può riscontrare pure in altre regioni del globo, come Asia e Africa, e alligna in Europa.

6.4.3. *Una forma di Stato (storica) "anticomunista"?*

C'è infine chi si domanda se si possa delineare anche una forma di Stato "anticomunista", che caratterizzerebbe in chiave storica, di nuovo, l'America Latina fino alla svolta di fine millennio[73].

«Questo pezzo di storia latinoamericana non è stato considerato dall'angolo della forma di Stato, nonostante che i regimi autoritari della seconda metà del XX secolo, seppure con sfumature diverse all'interno del continente, presentassero alcune caratteristiche peculiari. Infatti, non si limitarono a concentrare il potere nei militari, bensì si appoggiarono a una teoria dello Stato che doveva perseguire fini precisi con una attenta pianificazione dei mezzi per realizzarli.

In primo luogo, agivano secondo una visione comune: "[…] la Dottrina della Sicurezza Nazionale. Questa variante sosteneva l'idea che la sicurezza della società si mantenesse partendo dalla sicurezza dello Stato. Tuttavia, una delle sue principali innovazioni fu considerare che per ottenere questo obiettivo fosse necessario il controllo militare dello Stato. L'altro cambiamento importante fu la sostituzione del nemico esterno con il nemico interno[74]". Il nemico esterno era il comunismo internazionale, che all'interno si trasformava

[72] L. Morgenfeld, *Nuestra América frente a la doctrina Monroe*, Clacso, Buenos Aires, 2023; F. Mayorga (ed.), *Los diversos rostros de la democracia en América Latina*, Clacso, Buenos Aires, 2023.

[73] S. Bagni, *La doctrina de las formas del Estado desde un análisis histórico-comparativo en America Latina*, cit., 1015 s. e, per la citazione in italiano, Id., *Le forme di Stato in America Latina*, cit., 46 s.

[74] F. Leal Buitrago, *La doctrina de seguridad nacional: Materialización de la Guerra Fría en América del Sur*, in *Rev. est. soc.*, 15 Junio 2003, 74 s., http://journals.openedition.org/revestudsoc/26088; J. Dinges, *The Condor Years: How Pinochet and His Allies Brought Terrorism to Three Continents*, The New Press, New York-London, 2004.

in qualsiasi persona o gruppo che non condividesse i principi di difesa della patria, dei suoi valori cristiani e della tradizione nazionalista[75].

In secondo luogo, questo obiettivo di difesa della natura pseudo-democratica dello Stato veniva perseguito con qualsiasi mezzo e a qualunque prezzo. I militari, con colpi di Stato o in appoggio a governi civili, si autoproclamavano i difensori di questo ordine sociale, minacciato dai gruppi insorgenti di sinistra, legittimando il terrorismo di Stato come strumento di dissuasione nei confronti dei ribelli in nome della democrazia. Le dittature sovrane non si imposero per soppiantare i regimi anteriori e creare un ordine nuovo, bensì per difenderli in quella che ritenevano la loro essenza, considerata come l'espressione più alta di democrazia[76]. Pinochet, dopo il golpe che lo portò al potere, sostenne l'adozione di una nuova costituzione che, tuttavia, nella sua parte dogmatica, non si distingueva significativamente dalle precedenti costituzioni liberali cilene.

Infine, questa visione del ruolo dello Stato e dei militari non rappresentò un caso isolato, bensì si convertì in un piano strategico di politica internazionale, stabilito con accordi segreti tra diversi Paesi del continente. La manifestazione più evidente di una cosciente adesione a una visione ideologica dello Stato e della società ispirata dall'anti-comunismo fu il *Plan Cóndor*, la cui verità storica e giudiziaria è stata affermata a partire dal caso deciso dalla Corte interamericana dei diritti umani[77]» il 22 settembre 2006.

Basata su una esaustiva analisi della giurisprudenza, la conclusione è che «Pur non essendo riconosciuta in nessun manuale di diritto costituzionale, la forma di Stato anti-comunista assunta da vari Paesi latinoamericani del Cono

[75] Sull'individuazione del "nemico" come elemento caratterizzante anche le democrazie contemporanee rinvio, oltre che alla nt. 43, ai miei articoli: *El enemigo, la ecuación terrorista-estranjero y el ataque al Estado democrático de Derecho*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2019, n. speciale, 611 ss.; *Seguridad: un pseudo-valor frente a los valores del Estado democrático de derecho*, in J.J. Fernández Rodríguez (ed.), *Democracia y seguridad. Respuestas para avanzar en el sistema público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 21 ss., e a D. Fonseca, *Parler du terrorisme*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 21/2017.

[76] Con la unica eccezione del Guatemala, dove la Costituzione del 1945, anteriore al *golpe* del colonnello Carlos Castillo Armas, aveva posto le basi di una forma di Stato sociale, interpretata come prodromo del comunismo.

[77] V. in particolare il punto 61 della sentenza. È significativa la definizione inclusa nel documento segreto citato al § 61.8: «"Operación Cóndor" es el nombre en clave de un acuerdo de cooperación para recopilación, intercambio y almacenamiento de datos de inteligencia concernientes a los llamados "izquierdistas", comunistas y marxistas establecido recientemente en cooperación entre los servicios de inteligencia de América del Sur para eliminar las actividades terroristas marxistas en el área. Adicionalmente, la "Operación Cóndor" mantiene operaciones conjuntas contra blancos terroristas en los países miembros de la "Operación Cóndor". Chile es el centro de la "Operación Cóndor" y, además de Chile, incluye como miembros a Argentina, Bolivia, Paraguay y Uruguay».

Sud fra gli anni Settanta e Ottanta del secolo passato (e successivamente in Centroamerica, negli anni Ottanta-inizio Novanta) è forse l'unica forma di Stato autocratica, oltre a quella totalitaria nazista, a essere stata riconosciuta per via giudiziaria»[78]. Ciò tuttavia non sembra ancora sufficiente per riconoscere la sua autonomia scientifica quale "classe" in sé di "forma di Stato".

7. *Classificazioni plurali*

Nei §§ precedenti, l'accentuazione di alcuni elementi pertinenti nelle classificazioni delle forme di Stato ha suggerito di enucleare, dai modelli prevalentemente accettati, alcuni casi che sembrano presentare caratteristiche proprie, tali da renderne quanto meno plausibile il ritaglio dalle classi cui per lo più sono attribuiti.

Il fine delle pagine che seguono è diverso: esse infatti sono dedicate prevalentemente al superamento del binomio potere-comunità (o istituzioni-società, o autorità-libertà) nella stessa ricostruzione tassonomica del concetto di "forma di Stato". Tale binomio lascia fuori, infatti, altri elementi che non sono esclusivi di nessuno dei due monomi, ma che partecipano a entrambi.

Quando, all'interno di ordinamenti statali, la religione (un terzo soggetto, un dio) permea sia la società, sia le istituzioni che ne sono espressione, lo stesso concetto di "forma di Stato" ne esce trasformato, dovendo includere non solo istituzioni e società, ma anche la divinità. Così pure, quando è la natura a permeare società e istituzioni, lo Stato che la riconosce e la accoglie – come pure fanno comunità non statali, la società – si identifica per questo fluido rapporto trilaterale e non più solo bilaterale.

7.1. *Religione e diritto: un terzo incomodo nelle classificazioni binarie*

La secolarizzazione rappresenta uno dei caratteri fondanti del *rule of professional law*, espressione della tradizione giuridica occidentale, nella quale il diritto è concepito come un corpo autonomo rispetto alla religione, oltre che alla morale e alle regole sociali[79].

Nelle classificazioni tradizionali delle forme di Stato – ma prima ancora nella stessa strutturazione del concetto – la divinità è stata sempre considerata al lato del potere. Ovvero, dato per scontato che la *summa divisio* è tra Stati che permettono il controllo del potere, e Stati che invece lo inibiscono o lo ostacolano, la forma di Stato teocratica (come pure la sua variante ierocratica)

[78] S. Bagni, *Le forme di Stato in America Latina*, cit., 48.

[79] Il riferimento è a U. Mattei, *Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici*, cit., e Id., *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, cit.

sempre è stata collocata nella seconda categoria, a mo' di sub-specie, insieme alle forme di Stato autocratica/autoritaria, socialista, totalitaria, ecc.

In tal modo, la divinità viene relegata a mero strumento della "parte alta" del binomio, a maschera per inibire la libertà della comunità che sta sotto, quasi che questa ne fosse immune, se non per l'esercizio abusivo che ne fanno le istituzioni, il potere. Forse però a volte è vero il contrario: proprio le credenze religiose sono utilizzate dalle *leadership* appunto per allineare la società al potere, per dare voce al popolo. Il tema è pregno di implicazioni, che intersecano varie scienze, a partire dalla storia e dalla filosofia[80].

Quel che pare credibile, è che quando la divinità interseca l'organizzazione dei rapporti tra istituzioni e comunità, il concetto binario di forma di Stato ne esce modificato. Tale soggetto si colloca esternamente agli altri due, condizionandoli entrambi e a sua volta risultandone condizionato.

Concretamente, – come ricorda Rinella[81] – lo Stato teocratico si caratterizza per la fusione tra sfera religiosa e sfera civile e per la preminenza della prima sulla seconda. Sicché, l'autorità dello Stato ha la sua legittimazione nella fede religiosa e, conseguentemente, i precetti religiosi sono riconosciuti come idonei a produrre effetti giuridici, trovando così una loro collocazione rilevante nel sistema delle fonti[82]. Dalla forma di Stato teocratica va distinta quella sua particolare espressione che si definisce "ierocrazia" (dal greco *ierós*, sacerdote), «secondo cui il potere è esercitato, più o meno direttamente, dai sacerdoti. Si parla invece di Stato teocratico in senso stretto quando colui che detiene il potere si identifica con Dio o viene riconosciuto come il suo diretto rappresentante […]. Nello Stato teocratico il potere politico viene a trovarsi in una posizione di subordinazione rispetto al potere religioso. [… Lo Stato] è posto al servizio di Dio al fine di combattere i nemici esterni, per assicurare al suo interno il mantenimento dell'ortodossia attraverso la repressione dell'eresia e del dissenso religioso in genere. Nella storia si possono ravvisare esempi concreti di regimi teocratici o ierocratici: dall'organizzazione politica dell'Egitto durante l'età faraonica, agli Stati dell'antica Mesopotamia; dagli ebrei durante

[80] Basti pensare alla poderosa analisi di L. Feuerbach, *Das Wesen des Christentums*, Quenzel, Leipzig, 1940, trad. it. *L'essenza del cristianesimo*, 2ª ed., Milano, 1960, ma anche al 10° "Principio della propaganda" di J. Goebbels, ministro della propaganda del terzo *Reich*: «Principio della trasfusione: Utilizzare miti o pregiudizi nazionali o culturali per risvegliare una componente viscerale che alimenti determinate pratiche politiche. Le idee devono essere sorrette dalle emozioni più primordiali».

[81] *Sistemi costituzionali comparati*, cit., 83.

[82] L. Diamond, M.F. Plattner, P.J. Costopoulos (eds), *World Religions and Democracy*, Johns Hopkins U.P., Baltimore, 2005; J. Temperman, *State Religion Relationships and Human Rights Law*, Nijhof, Leiden-Boston, 2010; R. Grote, T. Röder (eds), *Constitutionalism in Islamic Countries*, Oxford U.P., Oxford, 2012.

l'età dei Re, ai Romani agli inizi dell'età regia, dall'Islam al tempo di Maometto e per tutto il regno dei Califfi, al Perù nell'età incaica; dalla Cina imperiale, al Giappone fino alla seconda guerra mondiale»[83].

Queste caratteristiche sono oggi tipiche di alcuni Stati islamici, ove la costituzione sia subordinata alla *Shari'a*, la legge rivelata e immutabile che costituisce il diritto della comunità musulmana. Nei casi in cui, in seno a uno Stato confessionale, la massima autorità religiosa coincida con il vertice di governo dello Stato stesso, il rapporto tra governanti e governati assume le caratteristiche dello Stato teocratico assoluto o della "teocrazia pura".

La realtà odierna mostra, tuttavia, un'evoluzione che tende a combinare i tratti dello Stato confessionale con alcuni elementi del costituzionalismo. Tale circostanza ha condotto a delineare una forma di Stato denominata "teocrazia costituzionale". Essa realizza una separazione formale tra *leadership* politica e autorità religiosa, e il potere politico è assegnato a organi che operano secondo le direttrici tracciate dalla costituzione. I tratti caratterizzanti il modello sono i seguenti: a) proclamazione della religione dominante come religione di Stato; b) riconoscimento costituzionale della religione, dei suoi testi sacri, delle sue prescrizioni e interpretazioni come fonte della legislazione e dell'interpretazione giudiziaria delle leggi; c) riconoscimento in costituzione di alcuni princìpi fondamentali del costituzionalismo moderno, quali il principio della separazione dei poteri e la previsione di forme di *judicial review*; d) distinzione formale tra autorità politica e autorità religiosa; e) presenza di un nesso tra organismi religiosi espressione della confessione di Stato e Tribunali; ai primi viene riconosciuto lo *status* di giurisdizioni ufficiali che operano in sostituzione o in collaborazione con le Corti di diritto civile[84].

Numerose esperienze contemporanee, ciascuna con le sue specificità, possono essere ricondotte alla forma di Stato teocratica-costituzionale: ad es., il Qatar (cost. del 2003), le Maldive (cost. del 2008), l'Afghanistan (cost. del 2004), lo Yemen (cost. del 1991), l'Iran (cost. del 1979).

7.2. *Un ibrido: l'incorporazione della tradizione nella forma di Stato liberal-democratica (il* Caring State*)*

Con riferimento ad alcune esperienze costituzionali che, specie nell'area latinoamericana, incorporano talune "tradizioni controegemoniche", secondo S. Bagni è possibile enucleare dall'alveo dello Stato sociale di diritto il c.d. *Caring*

[83] M. Oliviero, voce *Stato teocratico*, in *Glossario*, cit., 257 s.

[84] Su tutto ciò M. Oliviero, *Il costituzionalismo dei paesi arabi*, I, *Le costituzioni del Maghreb*, Milano, 2003.

State[85]. Esso appare quale un nuova tappa della democrazia dopo il *Welfare State*. La divisione dei poteri resta, ma si inserisce un nuovo soggetto di diritto, che non reclama poteri, ma su cui si innestano responsabilità degli altri due soggetti (Stato e cittadini), e viene identificato dall'incorporazione di valori comunitari tradizionali a livello costituzionale e nel programma politico, come si registra ad es. in Sudafrica e altri paesi dell'Africa Australe, Ecuador, Bolivia, Nicaragua, Buthan, percorrendo trasversalmente tre continenti[86].

La formula "*Caring State*" per designare questa forma di Stato sembra più felice di quella "pluriculturale", che accentua una componente importante, ma non unica[87]: il *Caring State* come forma di Stato assorbe le varie componenti, sia formali (costituzione di *imprinting* occidentale), sia sostanziali (la tradizione come parametro, ma non unico), sia procedurali (la partecipazione, sempre enfatizzata): è lo Stato «dove il pubblico si prende cura del privato, i singoli si prendono cura gli uni degli altri ed entrambi si prendono cura dell'ambiente» in cui vivono[88]. Il *Caring State* sembra collocarsi, dalla prospettiva formale, nell'alveo dello Stato democratico-pluralista; da quella sostanziale, si propone viceversa quale esperienza nuova, non riconducibile ad alcuna forma di Stato tradizionale.

Gli elementi determinanti di quella che viene classificata come una nuova forma di Stato, e rappresentano dunque una «evoluzione dello Stato costitu-

[85] S. Bagni, *Dal* Welfare State *al* Caring State*?*, in Id. (ed.), *Dallo Stato del* bienestar *allo Stato del* buen vivir, Filodiritto, Bologna, 2013, 19 ss.

[86] Per ulteriore bibliografia, B. de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina*, Inst. Intern. de Der. y Sociedad, Lima, 2010; G. Marini, *La costruzione delle tradizioni giuridiche ed il diritto latinoamericano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 2/2011, 163 ss.; R. Viciano Pastor (ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; S. Baldin, M. Zago (eds), *Le sfide della sostenibilità. Il* buen vivir *andino dalla prospettiva europea*, Filodiritto, Bologna, 2014; A.C. Wolkmer, I. Fernandes, M. Lixa (eds), *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina*, Cenejus Nepe-Un. Fed. Santa Catarina, Aguascalientes-Florianópolis, 2015; S. Lanni, *Il diritto nell'America Latina*, Napoli, 2017; S. Baldin, *Profili costituzionali del* buen vivir *andino*, Torino, 2019; S. Muñoz Machado, *El nuevo constitucionalismo multicultural hispanoamericano*, in *El cronista*, n. 103/2023, 4 ss.

Un esempio significativo di tale forma di Stato, in relazione al c.d "*nuevo constitucionalismo andino*", è dato dal preambolo della costituzione boliviana: «Abbandoniamo al passato lo Stato coloniale, repubblicano e neoliberale. Prendiamo l'impegno storico di costruire insieme lo Stato unitario sociale di diritto plurinazionale comunitario, che integra e articola le finalità di progredire verso una Bolivia democratica, produttiva, portatrice e ispiratrice di pace, impegnata per lo sviluppo integrale e la libera determinazione dei popoli». Cfr. L.A. Nocera, *Costituzionalismo differenziale e identità indigene. Il laboratorio boliviano nella comparazione*, Milano U.P., Milano, 2022.

[87] E sulla quale v. E. Buono, *La questione plurinazionale nel diritto pubblico comparato*, Napoli, 2022.

[88] S. Bagni, *Dal* Welfare State *al* Caring State*?*, cit., 19 s.

zionale di diritto, quest'ultima incarnazione istituzionale del neocostituzionalismo, possono essere identificati nella partecipazione popolare all'esercizio del potere, *in primis* nello stesso processo costituente, nell'interculturalità e in una nuova visione dei rapporti fra l'uomo e la natura, che sta a fondamento, in alcuni casi ma non in tutti, del (tentativo di) adesione a nuovi modelli economici»[89].

7.3. *Una forma di Stato senza Stato?: il confederalismo femminista del Rojava*

Tra le forme di Stato che integrano la dicotomia istituzioni-società, per includervi altri elementi, merita essere ricordata l'esperienza curda, o meglio del Rojava, che è parte di un'entità territoriale non statuale, il Kurdistan, disseminata nei territori di Siria, Turchia, Iran e Iraq, e in parte minore di Georgia, Armenia e Azerbaijan. Alla base, c'è lo stesso ripudio dell'idea di "Stato" in senso tradizionale (ma non nel senso più largo indicato *supra*, § 3). Essa si sviluppa su due piani: quello teorico, disegnato da A. Öcalan[90], ma prima ancora da M. Bookchin[91], e quello empirico, realizzato nel diritto positivo con l'Amministrazione autonoma della Siria del Nord-Est delineato nel Contratto sociale dell'Amministrazione autonoma della Siria del Nord-Est del 2016, aggiornato e arricchito nel 2023.

Come scrivono M.C. Locchi e J. Paffarini[92], «L'originalità della proposta del confederalismo democratico si fonda sulla sua impronta ecologica radicale, che permea l'intera costruzione della disciplina dei poteri e dei rapporti di convivenza. La premessa comune delle correnti di pensiero menzionate è infatti rappresentata dalla contestazione dell'impostazione analitica positivista, che tiene separati esseri umani e mondo naturale […]. La tutela dell'ambiente costituisce uno dei fondamenti del confederalismo democratico, che promuove un processo di riconciliazione tra la sfera umana e la sfera naturale divise dalle pratiche di sfruttamento intensivo del territorio attuate dalle economie centralizzate del capitalismo e del socialismo reale». Inoltre, «Uno dei profili peculiari del modello di confederalismo democratico teorizzato da Öcalan e realizzato nell'esperienza del Rojava è l'intenzione di contrastare l'ordine patriarcale e

[89] S. Bagni, *Il* sumak kawsay*: da cosmovisione indigena a principio costituzionale in Ecuador*, in S. Baldin, M. Zago (eds), *Le sfide della sostenibilità*, cit., 62 ss.

[90] D. Gerber, S. Brincat, *When* Öcalan *met Bookchin: The Kurdish Freedom Movement and the Political Theory of Democratic Confederalism*, in *Geopolitics*, n. 26 (1)/2018. Di A. Öcalan v. nella trad. italiana *Il PKK e la questione curda nel XXI secolo*, Punto Rosso, Milano, 2013; Id., *Oltre lo Stato, il potere e la violenza*, Punto Rosso, Milano, 2016; Id., *Civiltà e verità. L'era degli dei mascherati e dei Re travestiti*, vol. 1, Punto Rosso, Milano, 2019; Id., *La civiltà capitalista. L'era degli Dèi senza maschera e dei Re nudi*, vol. 2, Punto Rosso, Milano, 2021.

[91] M. Bookchin, *L'ecologia della libertà*, trad. it., Elèuthera, Milano, 2017.

[92] M.C. Locchi, J. Paffarini, *Una democrazia oltre lo Stato? Il modello confederale del Kurdistan siriano*, in *DPCE online*, n. 1/2023, 163 ss.

statal-nazionale proprio della modernità capitalistica: la "questione di genere" è dunque al centro della proposta politica e istituzionale dell'Amministrazione Autonoma della Siria del Nord-Est».

La contestazione dell'"ordine patriarcale", ben presente pure nelle teorizzazioni latino-americane, fa leva nel Rojava anche sul protagonismo femminile nella lotta di liberazione, nella guerra contro l'Isis – il c.d. Stato islamico –, nell'opposizione al regime (meglio, ai regimi, alla luce della extraterritorialità delle rivendicazioni).

Il Movimento di Liberazione del Kurdistan – spiegano Locchi e Paffarini – «non solo si rifiuta di divenire la "nazione dominante" nella Siria nord-orientale, ma si impegna nella costruzione di un processo decisionale bottom-up, allo scopo di riportare il potere nell'ambito di una "scala umana" che, seguendo le elaborazioni dell'ecologia sociale, viene identificata con la dimensione cantonale (nei territori di montagna) o municipale (nelle aree urbane). […] Il disegno istituzionale risultante dal processo costituente del 2016 persegue l'idea di una de-concentrazione dei poteri, in quanto «per i popoli non è importante la fondazione di uno Stato, ma la fondazione di un governo democratico»[93].

L'interesse di questa esperienza teorico-pratica sta in ciò: rafforza la convinzione che occorre aggiornare lo stesso concetto di "forma di Stato", dato che mette in discussione l'idea di "Stato", collegandosi, aggiornandole e arricchendole, ad altre evoluzioni dei tradizionali assetti del potere, come quella del *Caring State*; lo fa, non solo aggiungendo agli elementi tradizionali (istituzioni e società) quello ecologistico, o anti-antropologico, ma anche quello territoriale (il "tipo di Stato"), e quello di genere, in tal senso supportando e aggiornando le rivendicazioni del femminismo tradizionale, con base nella *Jineolojî*, la "scienza della donna e della vita"[94].

8. *Cenni conclusivi*

Le aspirazioni del Rojava e quelle dei popoli che si riconoscono nel *Caring State* sono utopiche non più di quelle che, secoli or sono, perseguivano il superamento dell'*Ancien Régime* o la realizzazione del diritto alla felicità[95].

[93] A. Öcalan, *Il PKK e la questione curda nel XXI secolo*, cit., 40.

[94] Sul ruolo delle donne nell'ambito delle lotte di liberazione nazionale dei curdi in Turchia, Siria, Iraq e Iran cfr. I. Käser, *A Struggle within a Struggle: A History of the Kurdistan Women's Freedom Movement, 1978-2019*, in H. Bozarslan, C. Gunes, V. Yadirgi (eds), *The Cambridge History of the Kurds*, Cambridge U.P., Cambridge, 2021, 893 ss.; Istituto A. Wolf (ed.), *Jin, Jiyan, Azadî. La rivoluzione delle donne in Kurdistan*, Tamu, Napoli, 2022.

[95] Per un'analisi dell'impatto degli studi sulla felicità nelle scelte di politica del diritto cfr. P.H. Huang, *Happiness Studies and Legal Policy*, in *Annual rev. of law and soc. sc.*, 2010, 6, 405 ss., e M. Graziadei, B. Pasa, *Happiness Once More*, in *Journ. comp. law*, n. 14 (2)/2019, 203 ss.

Come queste ultime, si concretizzano, a fatica, nelle dinamiche sociopolitiche, traducendosi a volte in assetti giuridici nuovi che trasformano quelli esistenti e studiati. Costruire categorie, per quanti pongono a oggetto della loro ricerca le forme di Stato – al pari di altri fenomeni – implica tenere conto delle dinamiche proposte dall'evoluzione della storia, e abbandonare la facile scorciatoia di ricondurre ogni elemento a classi conosciute, specie se circoscritte alla tradizione giuridica occidentale; implica, altresì, porre in questione la stessa attualità dei concetti – basti pensare alle definizioni classiche di "sovranità" – e proporre al dibattito scientifico nuove questioni, perché siano sottoposte a critica.

In queste pagine, ho posto la questione se, di fronte all'emergere di nuove proposte politico/giuridiche delle relazioni società/autorità/religione/natura, quali si sono imposte o cercano di imporsi in varie regioni del mondo, sia ancora il caso di insistere sul concetto binario di "forma di Stato", centrato solo sui primi due elementi; ho suggerito, poi, con i dubbi che spesso accompagnano questi esercizi, alcune nuove aggregazioni classificatorie. Come per ogni classificazione, la soggettività delle scelte (l'elemento "pertinenza") lascia aperto ogni spazio di discussione.

Francesco Petrillo[*]

BREVI SPUNTI INTRODUTTIVI PER UNA FILOSOFIA DELLA DEMOCRAZIA NEL TERZO MILLENNIO[**]

SOMMARIO: 1. Fine della democrazia e consapevolezza della sua fine. – 2. Democrazia e valori. – 3. Democrazia e Stato. – 4. La prassi democratica come limitazione del concetto di democrazia. – 5. La filosofia della democrazia nel terzo millennio.

1. *Fine della democrazia e consapevolezza della sua fine*

Alcuni anni fa, Mario A. Cattaneo condivideva, in un suo volume[1], una mia osservazione: «Per Gentile, come per Schmitt, la filosofia rousseauiana è non l'origine della filosofia politica post-illuministica e borghese, quanto piuttosto l'arma per porre fine ad essa»[2].

Gli anni '90 del Novecento non sembravano anni nei quali fosse urgente interrogarsi sul problema della complessità dei sistemi democratici e sui problemi strutturali della democrazia. C'era, però, in alcuni, già allora, la sensazione che, non abbandonando lo studio sui fondamenti della democrazia, si potesse impedire il logoramento non soltanto e non tanto del sistema democratico[3], quanto proprio dell'idea democratica. Si riteneva, infatti, da parte di costoro, che, soltanto un'argomentazione sulla struttura originaria della nascita del

[*] Professore ordinario di Filosofia del diritto, Dipartimento giuridico, Università del Molise.

[**] Su gentile concessione dei curatori, il contributo è stato pubblicato su *Società e diritti*, n. 18/2024, pp. 53-66

[1] M.A. CATTANEO, *Terrorismo e arbitrio. Il Problema giuridico del totalitarismo,* Padova, 1998, 259, nota (3).

[2] F. PETRILLO, *Diritto e volontà dello stato nel pensiero di Giovanni Gentile*, Torino, 1997, parte IV, 123 ss.

[3] Per una bibliografia, necessariamente dimensionata, ma ragionata e direzionata, nell'ampia letteratura sul tema, che si confonde con l'ancora più ampia bibliografia sul concetto di democrazia, generalmente inteso, cfr. J.L. TALMON, *The origin of Totalitarian Democracy* (1952), trad. it. *Le origini della democrazia totalitaria*, Bologna,1967; P. RILEY, *The general will before Rousseau* (1986), trad. it. *La volontà generale prima di Rousseau. La trasformazione del divino nel politico,* Milano, 1995; R.A. DAHL, *Poliarchy: participation and Opposition in the political systems* (1971), trad. it. *Poliarchia. Partecipazione e opposizione nei sistemi politici*, Milano, 1997; N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1995; G. SARTORI, *La democrazia in trenta lezioni*, Milano, 2009 e cfr. anche Y. MOUNK, *The People vs. Democracy. Why our Freedom is in Danger and How to Save It?* Trad. it. *Popolo vs democrazia. Dalla cittadinanza alla dittatura elettorale*, Milano, 2018 e J. BRENNAN, *Against democracy*, trad. it. *Contro la democrazia*, Luiss University Press, Roma, 2018.

potere democratico in grado di prendere le adeguate distanze dalle prospettazioni ideologiche, potesse permettere di evitare la realizzazione dei peggiori timori. Le ragioni della fine della democrazia, oggi, venuta meno l'era della globalizzazione, sembrano essere l'argomento prevalente del dibattito politico internazionale[4], ma l'efficacia dello studio di queste ultime non può prescindere da problemi strutturali e originari, spesso trascurati o volutamente dimenticati.

Salvatore Prisco, nel suo percorso di studioso del diritto costituzionale si è spesso sapientemente concentrato sul problema, anche non trascurando le questioni giuspolitologiche e giusfilosofiche, sottese alle architetture del diritto pubblico[5]. Peraltro, proprio nei giorni in cui sto per licenziare questo lavoro, il Capo dello Stato italiano[6] e quello della Chiesa cattolica[7] hanno riportato al centro del dibattito la questione del rapporto e della differenza tra democrazia come metodo e democrazia come valore[8].

Il dubbio residuale sarà sempre che, nel rapporto tra metodo e valore, non si risolva tutta la questione. Seppure sia da considerarsi suggestiva la chiave di lettura incentrata sulla *prassi democratica*. Facendo riferimento alla prassi, però,

[4] Si pensi, per esempio, a quanto dichiarato da Romano Prodi al Festival dell'Economia di Trento nel Forum "*Quo vadis* Europa", il 24/05/2024, «Durante la guerra fredda, il mondo era diviso in maniera più semplice e l'angoscia della guerra nucleare seppe portare al compromesso. Oggi il mondo è rotto in modo complicato. Gli accordi a due non risolvono più i problemi, certo facilitano a trovare soluzioni, ma la deterrenza nucleare non ha più effetto. La democrazia non riesce a prendere nessuna decisione di lungo periodo a differenza delle dittature che allungano *ad infinitum* il loro potere». In questo contesto, anche l'impossibilità dell'Onu di giocare un ruolo nella risoluzione dei conflitti globali assume un peso importante; i veti incrociati producono uno scollamento. Da decenni, d'altronde, l'Occidente usa la politica come una teologia, esportando con arroganza la democrazia». *Il Sole 24ore*, 25/05/2024, 5.

[5] S. Prisco, F. Abbondante, *La condizione giuridica degli immigrati*, in M. Scudiero (a cura di), *Stabilità dell'esecutivo e democrazia rappresentativa*, Napoli, 2009; S. Prisco, *Rinnovare i canali ostruiti della rappresentanza politica e della democrazia*, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online*, n. 2/2021; S. Prisco, *Forse la volta buona? Istruzioni scettiche per riforme costituzionali (e non solo) finalmente condivise*, in G. Pitruzzella, A. Poggi, F. Fabrizzi, V. Tondi della Mura, F. Vari (a cura di), *Riforme istituzionali e forme di governo*, Torino, 2023.

[6] Cfr. *Discorso del Presidente della Repubblica italiana, Sergio Mattarella,* tenuto il 3/7/2024 a Trieste per la 50° settimana sociale dei cattolici in Italia in *https://www.avvenire.it/attualita/pagine/il-testo-integrale-del-discorso-di-mattarella.* Cfr. *infra*, nota 42.

[7] Cfr. *Discorso di Papa Francesco* in occasione della Visita Pastorale a Trieste il 7/7/2024, in occasione della 50° settimana sociale dei cattolici in Italia, in https://www.vatican.va/content/francesco/it/events/ event.dir.html/content/vaticanevents/it/2024/7/7/trieste.html. Cfr. *infra*, nota 36.

[8] Un volume ancora utile, sul tema, può ritenersi sicuramente quello di Enzo Sciacca, di qualche anno fa. E. Sciacca, *Interpretazione della democrazia,* Milano, 1988. Cfr. anche la mia recensione al volume, su *Il Politico,* 1989, 706-708. Va precisato fin d'ora che il rapporto tra valore democratico e metodo democratico, proposto da Sciacca, è premessa indispensabile al percorso concettuale seguito nel testo.

s'intende facilmente quanto l'essere democratico possa divenire un qualcosa di fluttuante, di gestibile, di condizionabile. La prassi, di per sé, può porsi come un'antitesi alla regola, o, quantomeno, come un'alternativa, se non come un'integrazione. Si pensi, per esempio, al significato della, fin troppo nota, *prassi costituzionale*[9]. Si tratta di una condotta da tenere proprio perché manca la regola. Rimane vincolante nella memoria di chi la segue, ma, se si modifica, non si viene meno ad un atto normativo costitutivo o regolativo[10] e si realizza un inadempimento o una violazione di ordine giuridico o uno sconfinamento di dimensione sociale meritevole della sanzione dell'illiceità o dell'illegittimità, non certo dal punto di vista dell'atto, ma nella sola dimensione del fatto[11]. Nemmeno, la violazione o modifica della prassi, può essere ritenuta, in assoluto, impolitica[12]. Anzi, il suo mutamento finirà, *in concreto*, oltre che *in abstracto*, per essere considerato, propriamente e in sé stesso, politico. Dunque, se la democrazia non può essere considerata come metodo giuridico o valore politico, ma porsi soltanto, *in limine,* come prassi, non è, nel lungo termine, tutelabile. Non c'è modo di garantirla, in maniera completa, né giuridicamente, né politicamente.

2. *Democrazia e valori*

Lo studioso di cose politiche e giuridiche non dà del tutto per scontato che lo specialista del diritto pubblico o il costituzionalista si occupino di democrazia, proprio perché il concetto filosofico-giuridico e filosofico-politico di democrazia vanno separati dall'istituto giuridico della democrazia. Nella sfera d'inferenza di quest'ultimo vanno distinte le varie forme e modalità della democrazia, per esempio quella repubblicana[13], quella maggioritaria[14], quella

[9] G.U. Rescigno, *Prassi, regolarità, regole, convenzioni costituzionali, consuetudini costituzionali, consuetudini giuridiche di diritto pubblico*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018, http://www.osservatoriosullefonti.it. Per una bibliografia sul complesso tema, cfr. G.U. Rescigno, *Consuetudine costituzionale*, in *Enciclopedia Treccani*, *Diritto on line,* 2015.

[10] Per la distinzione tra atti regolativi e costitutivi, è indispensabile rinviare a A.G. Conte, *Filosofia del linguaggio normativo, voll. I, II, III,* Torino, 1965-2001.

[11] Sulla normatività della consuetudine all'interno del positivismo giuridico, cfr. N. Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, Torino, 2010.

[12] Sull'impoliticità, nel senso utilizzato da Thomas Mann, che è momento di coscienza interiore extrapolitica, ma non certo, priva di significati politici nella sfera interiore dell'uomo, cfr. Th. Mann, *considerazioni di un impolitico,* trad.it. Milano, 1997, nella direzione segnata dalla critica di Claudio Magris. Cfr. C. Magris, *La svolta di Mann sulla scia di Eschilo*, *Corriere della Sera*, 5 dicembre 2017.

[13] Cfr., per esempio, da ultimo, la nuova edizione aggiornata di A. Fossati, *Lo stato della democrazia repubblicana,* Vita e pensiero, Roma, 2022.

[14] Sulla vicenda dell'evoluzione in forma maggioritaria della democrazia, cfr. M. Luciani, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, Annali III, Milano, 2007.

monarchico-costituzionale[15], quella parlamentare[16], e così via.

La democrazia, quale concetto politico e giuridico, si costruisce, invece, propriamente, sui valori. La riflessione da fare, su un argomento dalla letteratura giuspolitologica così tanto ampia, riguarda il fascio di valori costituenti la concettualizzazione della democrazia[17].

Viene, anzitutto, da riflettere su se tali valori siano esclusivamente valori politici. Se ciò fosse, ancor più si dovrebbe ritenere che democrazia e politica siano concetti inscindibili, perché il contenuto del concetto di democrazia si fonderebbe sui *valori politici*. Questa forse è anche la principale ragione e giustificazione teorica del perché il costituzionalista colto vada ad occuparsi del concetto di democrazia e non soltanto della forma e della modalità della democrazia.

Se, però, è sicuramente vero che il concetto di democrazia si riempia, dal punto di vista contenutistico, di valori politici, non si può ridurre il concetto di democrazia esclusivamente a quelli. Nel concetto di democrazia va riscontrata, dal punto di vista del contenuto e del significato del concetto, anche la presenza di valori non squisitamente politici, o addirittura impolitici[18]: per esempio, di valori individualistici, estranei al concetto di collettività e di popolo; di valori anti-sistemici, come il diritto di resistenza[19]; di valori personalistici ed esclusivi, in quanto tali contrari a quelli della comunità democratica, si pensi alla *privacy*; e così via.

La definizione del concetto di democrazia non si risolve nella separazione della democrazia quale valore politico dalla democrazia come forma e metodo di governo, ma va ad estendersi a tutti i valori capaci di essere contenuti nel concetto stesso. Nessuno oggi, nel mondo contemporaneo, potrebbe pensare a

[15] Imprescindibile, sul rapporto tra democrazia e monarchia costituzionale, nella dimensione studiata nel testo, è il pensiero di Costantino Mortati. Cfr. M. Galizia (a cura di), *Forme di stato e forme di governo. Nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, 2007.

[16] Imprescindibile, per la prospettiva seguita nel testo, è anche la critica al concetto di democrazia parlamentare di Angelo Antonio Cervati. Cfr. A.A. Cervati, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, 2009.

[17] Si tiene a precisare che la prospettiva del testo è ben diversa dai contenuti di un volume, scritto all'inizio del secolo scorso, concentrato sull'universale disfacimento dei valori dell'Occidente. Cfr. O. Spengler, *Il tramonto dell'Occidente. Parte prima: Forma e realtà*, la recente trad. it. Nino Aragno, Torino, 2017; s.a., *Il tramonto dell'Occidente. Parte seconda: Prospettive di storia universale*, trad.it. Nino Aragno, Torino, 2019.

[18] Cfr. *supra,* nota 7.

[19] Specie in una dimensione orizzontale del diritto – piuttosto che gerarchica e verticale e fondata unicamente sul sistema delle fonti – capace di dare massimo rilievo alla fiducia nel rapporto giuridico, il diritto di resistenza si pone come un valore democratico individuale, piuttosto che strettamente ancorato al complessivo sistema politico, cfr., per esempio, T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto,* Roma-Bari, 2021.

un valore democrazia distinto dai valori contenuti nel concetto di democrazia. La democrazia tende comunque a porsi come un concetto contenente piuttosto che come un contenuto. Nell'accettazione di questa evidenza si supera anche la riduzione tomistica della democrazia a metodo e il conseguente confronto – necessario, ma non risolutivo – tra democrazia-metodo e democrazia-valore.

La questione non rileva soltanto perché, tendendo a delimitare gli ambiti disciplinari, possa essere utile ritenere lo studio del concetto di democrazia un momento *iper*-specialistico, o, forse, *iper*-tuttologistico, da affidare soltanto ad alcuni, o da non ritenere affidabile a nessuno in particolare. Rileva piuttosto perché, se si riesce a cogliere fino in fondo quanto il concetto di democrazia prevalga, per importanza di approfondimento, sulla forma o la modalità della dimensione politica nella quale la democrazia si studia, si può forse riuscire ad approfondirne i contenuti anche di fronte allo sfaldamento delle forme.

Più che la fratellanza, derivazione della tradizione europea traslata in quella nordamericana, capace di trasformare in questioni politiche e giuridiche questioni di rilevanza religiosa[20], valori certamente contenuti nel concetto di democrazia sono l'uguaglianza e la libertà.

L'uguaglianza è concetto filosofico-politico, strutturato nel mondo del diritto. Se l'uguaglianza politica è spesso demagogica, l'uguaglianza giuridica, come spiegato anche da esperienze molto recenti, spesso diventa un insuperabile limite per la garanzia della democrazia politica, anche rispetto alla paura e alle esigenze di uno stato di sicurezza sociale[21].

Ma un valore imprescindibile della democrazia, quello in grado di dare una direzione di senso alla definizione più piena del suo concetto, è senza dubbio la libertà[22]. E il valore-libertà non è considerabile come un valore esclusivamente politico, nel senso di riguardare soltanto il soggetto all'interno del suo contesto sociale o della sua "piazza". La libertà è anche un sentimento dell'animo umano, uno stato psichico, un momento esclusivo della vita di ciascuno, peraltro

[20] Va rilevato come le tredici colonie americane, sulle orme degli studi del giusnaturalismo moderno di Samuel Pufendorf, per esempio, attraverso John Wise, tenessero fortemente in conto le questioni religiose alla base della costruzione dei percorsi politico-concettuali di assetto dello stato federale. Cfr. J. Wise, *A vindication of the government of new-England Churches* (1717), a cura di Perry Miller (Harvard University), Scholars' Facsimiles & Reprints, Gainsville, Florida, 1958.

[21] Sulla questione dell'impossibilità, nel 2015, dopo l'attentato al Bataclan, per il Presidente francese Hollande, di superare il limite del principio di uguaglianza dinanzi all'Assemblea Nazionale francese, anche se per garantire la popolazione dalla paura, cfr. G. Agamben, *Dallo "stato di diritto" allo "stato di sicurezza",* trad. it 2015, http://www.comedonchichotte.net

[22] Sulla differenza della libertà politica da un concetto più ampio e generale di libertà, cfr., S. Veca, *Etica e politica. I dilemmi del pluralismo: democrazia reale e democrazia possibile*, (ristampa), Edizioni Società Aperta, Milano, 2021.

non necessariamente permanente, e spesso di breve durata, ma non per questo meno rilevante. La democrazia, nel suo imprescindibile legame con la libertà, si concreta non solo nella vita collettiva, ma anche nel sentire soggettivo, nel sentirsi soggettivamente esistente in una vita democratica o nello stare, anche individualmente, in una particolare dimensione dell'essere e del vivere. Il valore-democrazia si prospetta, da subito, come un valore antropologico, prima ancora che politico, e il suo studio concettuale non può prescindere da riflessioni capaci di andare ben oltre le sue prassi. Anzi, le prassi democratiche, già da almeno un secolo, studiate anche come possibili mere rappresentazioni[23], ovvero finzioni teatrali volte a relazionare governanti e governati, attori e pubblico, finiscono per danneggiare i suoi significati concettuali più immediati ed originari e quindi per disperdere il patrimonio genetico antropologico, imprescindibile per una corretta ricostruzione del concetto.

3. *Democrazia e Stato*

Il concetto di stato e quello di democrazia, nonostante i molteplici tentativi richiesti dalle esigenze della politica e della storia del pensiero politico, non sono facilmente accostabili e/o sovrapponibili. Si è già chiarito nell'introduzione a queste pagine, quanto la costruzione del concetto di stato tenda più a ridurre l'espansione di quello di democrazia che non ad ampliarla.

Carl Schmitt, considerabile, senza temere di sbagliare più di tanto, come il teorico della politica per eccellenza del Novecento, interrogandosi sul concetto di politica e svincolandolo dal suo nesso con la statualità[24], fin dal suo scritto giovanile su Hobbes[25], sottolinea come il mondo dei bisogni e della partecipazione sia esterno – estraneo? – al concetto di stato. Quest'ultimo, rispetto al primo, si costruisce su diversi valori. Mira anzitutto a conservare l'ordine e la sicurezza sociale, a fondarsi su una diretta forma di decisione politica, a garantire l'autorità della legge come certezza dell'autorità della politica da cui è voluta, ad essere l'interprete autentico della legalità normativa, ad aprirsi alla metafisica rispetto all'essere transeunte dei soggetti facenti parte del popolo di cui è sintesi, fin dalla tradizione hegeliana.

Se il versante novecentesco della teoria politica spiega la fine del rapporto tra politica e stato, anche il versante ottocentesco della filosofia teoretica idealistico e *post*idealistico, persino nella prospettiva giuridica del *Vormärz*[26],

[23] G. Leibholz, *La rappresentazione nella democrazia*, trad.it. Milano, 1982.
[24] E. Cassirer, *Il mito dello stato,* trad.it, Longanesi, Milano, 1950.
[25] C. Schmitt, *Scritti su Thomas Hobbes,* trad.it. Milano, 1986.
[26] M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco,* Milano, 1979.

considera i valori dello stato prescindendo del tutto da quelli democratici[27]. Le dimensioni valoriali politiche e teoretiche concentrate su una società politica, non necessariamente identificata con lo stato – perché dissolventesi o dissolto[28], o perché non in grado di contenere in sé tutte le identità politiche presenti nelle società complesse contemporanee[29] –, con tutte le loro articolate dinamiche, spiegano quanto la democrazia come concetto venga ad avere ben poche connessioni con il concetto di stato.

Risulta difficile, perciò, ritenere un automatismo il nesso tra Costituzione e democrazia. Soltanto se si considera la società politica prescindendo dal concetto ordinamentale di stato, può rendersi possibile una riflessione su democrazia e Costituzione[30]. Se, invece, riteniamo la Costituzione il patto fondativo dello stato e cioè l'insieme delle sue regole giuridiche, diventa difficile, per quanto scritto finora, studiare insieme, Costituzione e democrazia.

Occorre stare attenti a semplificare eccessivamente l'argomentazione. Non è vincolante per la Carta costituzionale porsi come regola dello stato. Può essere un insieme di regole pensato da una società per vivere su un determinato territorio o pensato da una collettività per sussistere pure senza territorio. Queste regole possono fondarsi su prassi democratiche, autodefinirsi democratiche, ma non possono in sé e per sé, cioè soltanto per la loro sussistenza in atti normativi, garantire i contenuti democratici. Specie perché i contenuti della democrazia non sono soltanto valori di una collettività *tout court*. Per fornire un esempio pratico faccio riferimento a una critica, da me molto apprezzata, rivolta ad un mio scritto sulla recente Costituzione cubana del 2018[31], in cui mi preoccupavo di mettere in evidenza i limiti di leggi

[27] G. Gentile, *Genesi e struttura della società. Saggio di filosofia pratica,* Le Lettere, Firenze (1946), 2003.

[28] P. Costa, D. Zolo, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002.

[29] C.H. Lindblom, *Politica e mercato. I sistemi politico-economici mondiali*, trad. it., Milano, 1979; R.A. Dahl, *Poliarchia. Partecipazione e opposizione nei sistemi politici,* trad.it., Milano, 1997.

[30] Lo sforzo teoretico di Costantino Mortati, in tal senso, è imprescindibile, Cfr. C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, a cura di G. Zagrebelsky, Milano, 1998. Cfr., sul punto, P. Ridola, *Costantino Mortati, La "Costituzione in senso materiale", la Costituzione repubblicana. Spunti di riflessione,* in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 3/2023. Cfr., anche, Miguel Ayuso, *Costituzione. Il problema e i problemi*, Napoli 2019; Giovanni Turco, *Costituzione e tradizione*, Napoli 2015.

[31] Mi scuso con il lettore se rimando al mio *Sul giusto processo nel Titolo V, Capitolo VI della Costituzione cubana*, in A. Barenghi, L.B.P. Gallardo, M. Proto, *Costituzione e diritto privato. Una riforma per Cuba*, Napoli, 2019, e, soprattutto, alla recensione di M.P. Bannon della Columbia Law School a quel lavoro, in horizontecubano.law.columbia.edu, Facoltà di Giurisprudenza della Columbia University, 2020/'21.

non votate da soggetti pure ormai appartenenti alla società democratica. Avevo analizzato la rilevanza della penetrazione nella cultura giuridica cubana di alcune teorie giuridiche harvardiane tanto da emergere tra le righe della Carta costituzionale e, in particolare, il recepimento nella Costituzione cubana della revisione nordamericana del *Legal Process.* In una discussione privata, mi si faceva notare, però, da parte di un collega civilista[32], che il superamento del *Legal Process,* nella Costituzione cubana, non rappresentava un sufficiente passaggio verso la democrazia e la tutela dei diritti, per l'apparentemente elementare, ma assolutamente rilevante, riscontro che la tutela dei diritti, cui si faceva riferimento in Costituzione, non prevedeva in alcun modo un libero foro e una difesa tecnica autonoma da quella messa a disposizione dallo stato. I valori democratici per la tutela dei diritti non erano dunque, alla fine, garantiti da una Costituzione indirizzata a prendere a modello prassi di certo apparentemente più democratiche di quelle in vigore precedentemente.

4. *La prassi democratica come limitazione del concetto di democrazia*

Se si pensa ad un concetto, si pensa immediatamente a una tipologia di costruzione argomentativa. Si può fare una storia, tenendo insieme tanti concetti, *storia dei concetti*, e porsi in una dimensione di studio storico della democrazia. Oppure, si può isolare, come in un laboratorio, il concetto all'interno di un composto teorico, dando meno rilevanza alla sequenza dei fatti storici rispetto all'interesse per la costruzione del concetto, e, quindi, argomentare tenendo conto dei *concetti nella storia,* concentrandosi peculiarmente sulla rilevanza della struttura del rapporto tra idea astratta e realtà concreta.

Prospettiva assolutamente differente rispetto a quella del concetto, sia dal punto di vista dello studio della storia dei concetti, sia dal punto di vista dell'analisi dei concetti nella storia, è, invece, quella dell'approccio fenomenologico. L'oggetto di approfondimento, in tale ipotesi, non è l'astrazione del generale dal particolare, la ricerca di una definizione della realtà da fare valere per una sua universale conoscenza nel mentre si realizza nei fenomeni particolari, ma, piuttosto, la fattualità nel suo progressivo sviluppo di particolare in particolare, o, addirittura, di singolare in singolare. Uno studio concettuale della democrazia, com'è chiaro a chi legge, è cosa ben diversa da uno studio fenomenico o fenomenologico della democrazia.

[32] La chiacchierata, tra me e il caro amico, Avvocato e Professore di diritto civile, Antonio Palmieri, avvenne nell'immediato, subito dopo la presentazione della mia relazione al convegno, oggi, negli atti citati alla nota seguente. Sono ancora grato ad Antonio per l'orizzonte spalancatomi con una, solo apparentemente semplice ed estemporanea, osservazione.

Non è, però, oggetto di questo lavoro rapportare la democrazia come concetto alla democrazia come fenomeno e nemmeno l'assunzione di atteggiamenti critici nei confronti di chi confonde lo studio del concetto con lo studio del fenomeno, o si pone di fronte al fenomeno come se si ponesse di fronte al concetto e viceversa. Oggetto di questi brevi cenni introduttivi è l'interrogarsi su:

a) se lo studio esclusivo della prassi democratica e la fenomenologia della democrazia siano da considerarsi limitanti per l'approfondimento della piena espansione dimensionale del concetto di democrazia;
b) se il concetto di democrazia in sé e per sé rischi di perdere i suoi significati più profondi e il suo contenuto più vero, di fronte al reiterarsi delle prassi democratiche;
c) se la concentrazione dell'attenzione sulle pratiche democratiche finisca per spingere gli studiosi meno attenti ad equivocare e a concentrare la propria ricerca sulla necessità di elaborare, predisporre, approfondire sempre nuove prassi democratiche, distogliendosi dalla necessità di considerare l'esigenza di salvaguardare prioritariamente i valori contenuti nel concetto di democrazia, tanto quelli politici, quanto quelli individuali – spesso addirittura solipsistici –, quindi, ogni forma antropologica di valore.

E ciò almeno per evitare alla demagogia di sostituirsi alla democrazia, cioè di permettere la tacita sostituzione di quei valori con prassi non democratiche, capaci di apparire democratiche, laddove, ben oltre la sofisticata, già menzionata, *teoria della rappresentazione,* si tenda ad elaborare teorie falsificazioniste della democrazia, proprio al fine, non di dimostrare fenomenicamente quanto l'apparenza della procedura democratica inganni l'osservatore, ma, piuttosto, di ridurre, fino forse a "nientificare", gli spazi concettuali, prima, esistenziali e, poi, democratici. Le nuove procedure proposte, di volta in volta, simulanti e dissimulanti, servono, invece, esclusivamente a garantire un potere autocratico all'interno del quale i valori democratici possano essere, alla fine, anche del tutto assenti. In tal modo, persino il fenomeno democratico viene "nientificato", non attraverso la sua negazione teorica, ma proprio attraverso la moltiplicazione continua del suo utilizzo nella realtà.

Ripensare la democrazia invece, rifarne la filosofia e non mere, e sempre più elaborate, architetture giuridiche, edificanti ulteriori prassi democratiche, può dare un senso, oggi, ad un nuovo interesse per lo studio della direzione di senso possibile di una vita pienamente democratica.

5. *La filosofia della democrazia nel terzo millennio*

Il cittadino[33] occidentale e quello non occidentale del XXI secolo, a prescindere dalle loro competenze e dalla loro cultura di base, hanno compreso, conosciuto, intuito, percepito, da tempo, quanto le prassi democratiche non garantiscano la democrazia.

L'ha capito, forse, dapprima, il cittadino occidentale. La democrazia nel suo aspetto valoriale è stata la colonna vertebrale del mondo occidentale, non solo dal punto di vista politico, ma anche dal punto di vista teoretico. Il concetto greco di democrazia, posto a base dell'evoluzione del concetto moderno di democrazia[34], si svolgeva da un'idea filosofica. Il cittadino libero è un animale politico. Il popolo libero partecipa alla vita politica. La democrazia ateniese è per i cittadini liberi. Solo i liberi possono partecipare alla vita politica. La libertà individuale, antropologica, è la premessa della libertà politica. Ma ne è la premessa indispensabile. Lo schiavo, o il povero, privo del censo sufficiente, non partecipa alla vita dell'*agorà*. Da una filosofia della libertà individuale nasce una filosofia della libertà politica.

Nella modernità, i valori fratellanza e uguaglianza si aggiungono al valore-libertà e diventano parte della composizione del concetto politico di democrazia. Saranno la Rivoluzione francese e la ghigliottina a rendere il concetto di democrazia un concetto fondamentalmente politico, in quanto concentrato sul metodo per il funzionamento della vita democratica, piuttosto che sulla sua piena realizzazione in ciascun individuo[35]. La libertà individuale viene garantita da quella politica; la prima non è possibile senza la seconda.

Nella contemporaneità, il benthamismo riadegua l'stanza politica, nel senso che la libertà è pienamente dimensionata alla felicità raggiungibile dal maggior numero di persone all'interno di una collettività politica.

Oggi, il cittadino occidentale, epigono della tanto simbolizzata e idealizzata democrazia (aristocratica) greca, della Rivoluzione francese, del sogno americano, etc. ha un DNA consapevole, poiché comprende pienamente quanto la proceduralità politica riduca la sua sfera di libertà individuale e comporti la perdita progressiva della democrazia nella sua vita quotidiana.

[33] Sul problema della cittadinanza come questione fortemente rilevante delle democrazie contemporanee, sono molto utili gli studi di Alberto Scerbo. Cfr., tra i vari scritti, A. Scerbo, *II ruolo della cittadinanza nel processo democratico di integrazione sociale,* in A. Anastasi (a cura di), *Immigrazioni internazionali e democrazia partecipativa. Interazione, tolleranza e reciprocità,* Soveria Mannelli, 2005, 65-79; s.a., *Processo democratico e globalizzazione*, Ircocervo, 2005.

[34] M.I. Finley, *La democrazia degli antichi e dei moderni*, Roma-Bari, 1997.

[35] Sul punto, cfr. A. Scerbo, *Scienza, politica e morale al tempo del Direttorio. Intorno a un dibattito del 1798*, in A. Scerbo (a cura di) *Come fondare la morale di un popolo,* Milano-Udine, 2023, 7-54.

Comprende la sua mancata libertà di scelta, la sua impossibilità di decidere, non solo nella vita politica, ma anche in ogni suo singolo percorso individuale. Antropologicamente, avverte di vivere un'esistenza non democratica, o, meno democratica, o, non più democratica. Distingue quanta differenza ci sia tra una procedura elettorale, una votazione, una prassi della democrazia e la democrazia reale, con i suoi contenuti di libertà di espressione e di azione, non solo politici. E gli è chiaro anche perché la libertà individuale non possa evolvere più in libertà collettiva, e perché la libertà collettiva non riesca più a garantire la libertà individuale. Coglie quanto prima della *libertà da*, della *libertà di* e della *libertà in*, occorra una *libertà e basta*, non più facilmente identificabile e definibile.

Il cittadino non occidentale non vive una condizione dell'anima molto differente. Dal canto suo, ha scoperto la democrazia, a partire dal suo concetto moderno, quello del metodo, della prassi, della procedura, della legge. Così come, dal canto loro, i sistemi autocratici orientali hanno compreso presto l'assenza di pericolosità per l'autoconservazione, delle procedure e dei metodi democratici. Hanno compreso quanto una prassi procedurale – per esempio, un'elezione o una decisione collegiale – non incida sulla concessione di maggiore libertà ai governati, proprio quanto, allo stesso tempo, quei governati, hanno potuto riconoscere immediatamente i limiti di un concetto di democrazia fondato sulla costruzione delle prassi democratiche e dei metodi di governo proceduralizzati e proceduralizzanti.

Ai cittadini occidentali, come a quelli non occidentali, ai cittadini del mondo del XXI secolo non sfugge quanto l'apparente garanzia di democrazia, attraverso formule, procedure e prassi, non solo sia un modo insufficiente per permettere e garantire una società democratica, ma possa addirittura diventare un modo per ridurre i margini di democrazia, per rendere minima la realizzazione della democrazia dal punto di vista antropologico e, quindi, concedere sempre meno spazi allo sviluppo dei contenuti del concetto di democrazia, permettendone la graduale estinzione. La forza strutturale, liturgica, delle procedure e delle prassi democratiche soffoca i valori della democrazia e rende necessaria una filosofia della democrazia, capace di riattivare, partendo da premesse antropologiche di base, la libertà spirituale, in modo da permettere la trasformazione della condizione individuale dell'essere in sostanza della vita collettiva e, quindi, politica.

Tra il 3 luglio e il 7 luglio 2024, il Presidente della Repubblica italiana Sergio Mattarella e il Papa Francesco, come già ricordato[36], intervengono sulla democrazia. Entrambi dimostrano contezza del problema reale della

[36] Cfr. *supra,* note 6 e 7.

democrazia contemporanea universale[37]. Esprimersi e partecipare è chiaramente un modo di essere liberi. Ma essere liberi riguarda uno stato mentale e personale, anche introspettivo: sentirsi nelle cose, essere nella società, ma anche essere nel mondo in libertà. Si tratta anzitutto di uno stato dell'animo.

Il problema della filosofia della democrazia per il terzo millennio non si pone immediatamente come post-politico, ma piuttosto come pre-politico.

Il ripensamento della filosofia della democrazia nasce dalla premessa *destruens*, consistente nella presa di coscienza dei limiti della politicizzazione progressiva del concetto di democrazia, in grado di limitare le possibilità espansive di quest'ultimo, poiché progressivamente lo ridimensiona, proprio in forza dell'implementazione ed espansione delle prassi politico-democratiche, con conseguente riduzione della vita democratica reale. E fa un suo filo conduttore della preoccupazione caratterizzante l'era di un *web*, invasivo degli spazi democratici, e di un'*intelligenza artificiale,* riduttiva degli spazi della libertà di espressione e movimento esistenziale per l'individuo contemporaneo. Ha il suo fondamento più recondito, non nella sostituzione di una prassi ad un'altra, realizzabile, per esempio, mediante algoritmi e sistemi inferenziali, ma nella possibile ricostruzione dei valori, considerabili come basilari per l'uomo libero nella contemporaneità.

La premessa *costruens* della necessaria filosofia della democrazia per il terzo millennio è, invece, in un'attività di ricerca:

a) *identificativa* dei significati originari e fondamentali del concetto di democrazia, in grado di non prescindere da tutta la storia di cui può sentirsi portatrice ogni forma di vita democratica;
b) *distintiva* dei valori mutati e mutanti, per costituzione o differenza di rilevanza, all'interno del concetto di democrazia, rispetto a quelli di cui si è costituito e composto fin dalle sue origini, in forza dei mutamenti antropologici caratterizzanti la contemporaneità.

Se non sono mutati i valori, sono almeno mutati i loro nessi, le loro implicazioni, i loro percorsi all'interno dei rapporti tra gli uomini contemporanei. Non si può, per esempio, fare a meno di considerare quanto la democrazia

[37] «La parola stessa *democrazia* non coincide semplicemente con il voto del popolo; nel frattempo a me preoccupa il numero ridotto della gente che è andata a votare. Cosa significa quello? Non è il voto del popolo solamente, ma esige che si creino le condizioni perché tutti si possano esprimere e possano partecipare». Cfr. *Discorso di Papa Francesco* in occasione della Visita Pastorale a Trieste il 7/7/2024, in occasione della 50° settimana sociale dei cattolici in Italia, in https://www.vatican.va/content/francesco/it/events/event.dir.html/content/vaticanevents/it/2024/7/7/trieste.html, cit.

come concetto vada a riguardare il mondo post-umano[38], in cui gli uomini del mondo precedente debbono, almeno inizialmente, vivere insieme con quelli del mondo futuro. Perciò, la filosofia della democrazia si costruisce come una filosofia della libertà, di una libertà ontologica, prima ancora che sociologica, interiore prima ancora che politica, certamente assiologica.

Senza volere assiomatizzare ed enfatizzare intuizioni cinematografiche[39], ma non potendo evitare di considerarle nella *forma mentis* dell'uomo contemporaneo, la libertà degli antichi e dei moderni richiede anch'essa una nuova riflessione, capace di ripensare il concetto di democrazia, considerando il mutamento antropologico universale.

Se la libertà degli antichi, i pochi ricchi e non schiavi, è una libertà di partecipazione alla discussione in piazza e alle decisioni collettive della comunità e la libertà dei moderni è la partecipazione alla vita politica dello stato, o la possibilità di prendere le distanze dallo stato, o quello che rimane da poter fare per il soggetto nello stato, o, ancora, la possibilità per il maggior numero di persone possibile di raggiungere una condizione di vita ottimale, la libertà dell'uomo contemporaneo va pensata come un momento più complesso, perché implica una relazione prismatica tra l'uomo e il suo ambiente oltre che tra l'uomo e gli altri uomini. Si pone:

a) come libertà – in assoluto – di non vedere ridurre le proprie *chances*[40] di vita, riguardanti non solo la propria realizzazione lavorativa e personale, ma proprio la dimensione della vivibilità ambientale quale relazione dell'uomo con la natura che lo circonda – si pensi, per esempio, al rapporto tra l'uomo e l'acqua;
b) come libertà – dal punto di vista della relazione con gli altri uomini – di non essere spiato, di avere una vita non pubblica, di avere una propria riservatezza, di essere libero dalla paura, di potere uscire la sera in un

[38] Sulle questioni del *post*umano, mi permetto di rimandare il lettore, per una disamina multidisciplinare, al numero monografico della rivista *Il Veltro,* pubblicato sul tema alla fine dello scorso anno. Cfr. *Luci e ombre del postumano,* a cura di V. Busacchi, *Il Veltro. Rivista della civiltà italiana,* nn. 3-4, luglio-dicembre, 2023.

[39] Si pensi al famoso monologo, incantevolmente privo di dimensione spazio-temporale, recitato – nel noto film *Blade Runner* (1982) di Ridley Scott – da Rutger Hauer, nei panni del replicante Roy Batty, con il quale gli umani vengono rappresentati fuori dalla loro centralità nel mondo e allo stesso tempo sempre alla ricerca possibile di qualcosa d'altro. «Ho visto cose che voi umani…».

[40] R. Dahrendorf, *La libertà che cambia,* trad. it. Roma-Bari, 1981. Rispetto alla prospettiva *lib-lab,* dahrendorfiana, delle *chances* di vita, va considerato il mutamento del concetto di *chances,* non più contenibile nella dimensione della sfera lavorativa e sociale dell'individuo, ma necessariamente da proiettare verso nuovi contenuti prevalenti, perché legati alla sopravvivenza della stessa specie umana, di tipo ambientale ed esistenziale.

mondo sicuro, ma non grazie alla vigilanza capillare delle telecamere e delle forze dell'ordine.

c) come libertà – dal punto di vista del rapporto con il confine territoriale, delimitazione tradizionale dello stato – del riconoscimento e della diversità tra gli uomini, della mobilità degli uomini all'interno della geografia fisica del mondo, della possibile disidentificazione costumale, linguistica e culturale, in favore di un'apertura alle differenze e una rinuncia alle apparenti garanzie fornite dall'arroccamento nell'unificazione identitaria.

La democrazia ha, quindi, tra i suoi contenuti la garanzia per l'uomo della proprietà di sé in relazione al suo mondo e di una sicurezza in grado di non ridurre lo spazio di movimento esistenziale. E diventa concetto politico proprio nel momento in cui la dimensione interiore del soggetto singolo è pienamente giustificata come valore assoluto e oggettivo. Il politico si ridefinisce cioè in relazione alle nuove esigenze della soggettività singolare.

In questo contesto merita riflessione il nesso che l'attuale Chiesa cattolica coglie tra la fine della democrazia e l'ideologia. L'ideologia, come pluralità di idee, sistematicamente intese per il raggiungimento di scopi collettivi[41], non può garantire l'uomo contemporaneo, né può lasciargli lo spazio per lui divenuto imprescindibile. Il nuovo concetto di democrazia si edifica proprio a partire dallo svuotamento dei significati ideologici, in modo quasi paradossale, tradizionalmente, spesso annodati alla prospettiva democratica. Evita di rischiare una contrapposizione tra libertà e democrazia, perché evita di non procedere, di volta in volta, ad una continua "alfabetizzazione"[42] della democrazia stessa.

La filosofia della democrazia contemporanea non può essere che una filosofia dell'uomo e per l'uomo. Tanto l'uomo occidentale quanto quello non occidentale possono ispirarsi o meno ad essa. Sanno, infatti, entrambi di non potere chiedere nulla ad entità giuridiche o politiche, poiché queste ultime sono in grado di proporre soltanto prassi e procedure, inutili ad aumentare l'offerta di libertà e dei nuovi contenuti prevalenti per la dimensione dell'essere democratico nella contemporaneità.

Così come l'uomo greco – non povero e non schiavo – non aveva modo di chiedere all'*agorà* offerta di democrazia, ma poteva soltanto proporsi in una dimensione democratica per la realizzazione propria e del suo essere interio-

[41] K. Mannheimer, *Ideologia e utopia,* trad.it., Bologna, 1957.

[42] Cfr. *Discorso del Presidente della Repubblica italiana, Sergio Mattarella,* tenuto il 3/7/2024 a Trieste per la 50° settimana sociale dei cattolici in Italia in https://www.avvenire.it/attualita/pagine/il-testo-integrale-del-discorso-di-mattarella, cit.

re, allo stesso modo l'uomo del terzo millennio rispetto all'uomo moderno e pre-contemporaneo non può più produrre, ad altri che non sia il suo sé stesso, istanze democratiche. Non serve a nulla riunirsi nella *Sala della pallacorda.* Non c'è più la *Sala della pallacorda*. A prescindere dalla sorte dello stato, nella storia dell'umanità, di certo, per l'uomo contemporaneo non possono essere lo stato o la società politica, generalmente intesa, gli erogatori di offerta democratica.

Perché il concetto di democrazia non sia dimenticato o rimosso, va, piuttosto, insegnato e il percorso democratico va posto come un percorso individuale, di ciascuno, in modo che ciascuno lo porti dentro di sé. Va conservato con il suo contenuto valoriale attraverso una *paideia* della democrazia, affinché non si disperda nel DNA dell'umanità. La filosofia possibile della democrazia si pone, in tal modo, in nesso di continuità ideale con quella originaria, prima quale filosofia antropologica e soltanto poi quale filosofia politica.

I valori della democrazia, su cui si è scritto per secoli, vanno, oggi, studiati e trasmessi, soggetto per soggetto, prima ancora che ideologicamente proposti e immessi nella società attraverso strumenti giuridici e politici, incapaci ormai di esprimerli. Il loro contenuto va considerato prevalente rispetto ai possibili contenitori, reali o ideali.

La concentrazione sui valori democratici, piuttosto che sui metodi di produzione della democrazia, permette di pensare a scuole di valori per l'uomo occidentale e per l'uomo non occidentale dove la trasmissione del messaggio a contenuto democratico è il decisivo oggetto di studio. L'educazione alla democrazia, anzi, si definisce, da subito, come il solo possibile modo di trasmissione dei contenuti democratici. Non va eliso l'oggettivo contenuto politico della democrazia, ma garantita la sopravvivenza della democrazia in ciascun soggetto individualmente preso, per una società costituita democratica nella sua *Bildung* interiore e non soltanto dichiarata democratica nella sua forma strutturale esteriore.

Cesare Pinelli[*]

LA STABILITÀ DELL'ORDINAMENTO DAL GOVERNO MISTO ALLE COSTITUZIONI DEMOCRATICHE CONTEMPORANEE

SOMMARIO: 1. L'interesse di Salvatore Prisco per il governo misto. – 2. La costruzione del modello: Aristotele e Polibio. – 3. Prime revisioni: Machiavelli e Montesquieu. – 4. Crisi o metamorfosi del governo misto? – 5. L'attribuzione alle costituzioni democratiche della funzione di garantire la stabilità ordinamentale. – 6. Legittimazione e stabilità.

1. *L'interesse di Salvatore Prisco per il governo misto*

L'attenzione di Salvatore Prisco ai problemi più scottanti del diritto costituzionale contemporaneo non si dissocia mai da un profondo senso di storicità. Non va alla ricerca di teorie o istituzioni antiche per trovare ragioni a suffragio di una propria posizione, né segue quel determinismo storicistico che ancora oggi continua ad annebbiare gli sguardi. La storia è piuttosto per lui il risultato di conflitti che si misurano in un campo aperto di possibilità, sul quale conviene tornare ogni volta che lo si ritenga utile. Così, un saggio come *Costituzionalismi antichi e moderni*, che individua le sfide del futuro, si volge all'indietro per poter «compiere un rapido inventario delle ragioni seminali» di esso: operazione ritenuta lecita purché non si attribuiscano «ai nostri antenati ordini di idee che essi non avrebbero potuto in merito avere" e si cerchi di tracciare "schemi di sintesi senza assurde pretese normative»[1].

Con questo spirito risale alla teoria polibiana del governo misto quale rimedio alla degenerazione cui secondo i classici ciascuna forma pura di governo andava per natura esposta: «La risposta – vicinissima, come si può vedere, alla nostra sensibilità contemporanea – è nella supremazia e nella fattura della Costituzione, ancorché l'autore non ne avesse una nozione normativa, ma descrivesse l'assetto che osservava e nutrisse in generale una versione 'ciclica' – come tale bene inscritta nell'andamento dell'orizzonte categoriale del pensiero greco – della dinamica del processo storico (in lui ἀνακύκλωσις)»[2].

Più avanti Prisco parla della divisione dei poteri come una «diversa reincarnazione» del governo misto, dove «il vecchio vino viene versato in nuove

[*] Ordinario f.r. di Diritto costituzionale, Università La Sapienza di Roma.

[1] S. PRISCO, *Costituzionalismi antichi e moderni tra strutture invarianti e specificità storiche*, in *Scritti on. A. D'Atena*, IV, Milano, 2015, 2618.

[2] S. PRISCO, *Costituzionalismi*, cit., 2625.

botti e acquista un gusto ben diverso; cioè quello delle rivoluzioni tardo-settecentesche e della 'scoperta' della sovranità popolare, che la complessità del 'governare' rende peraltro necessariamente rappresentativa»[3]. Rimane in comune «una funzione politicamente e socialmente moderatrice», la quale, aggiunge, «infastidisce … da sempre i giacobini di ogni epoca»; eppure «le forme di governo che funzionano (anche solo in un'ottica efficientistica) sono quelle che incorporano formule organizzative potestative che mirano all'equilibrio fra le parti di una collettività. La vagheggiata unità originaria del corpo sociale … rinvia ad una realtà che nell'esperienza vivente è sempre insuperabilmente (verrebbe da dire ontologicamente) frammentata. La forza del *mixtum* (e in seguito delle architetture effettive dei poteri costituzionali divisi) è cioè il suo radicare la teoria – e in contesti storici diversi la messa in pratica – nel realismo, l'omogeneità sociale e politica è all'opposto l'orizzonte dell'utopia. Sia chiaro: qui non si vuole tessere l'apologia del *quieta non movere*. Non è certo negativo per una società e per il suo ceto politico dirigente o per i cittadini che ne sono rappresentati nutrire l'utopia, come non fa male, anzi, bere in giusta dose del buon vino. Quello che sicuramente non fa bene è ubriacarsene»[4].

Condivido lo spirito delle pagine che ho sintetizzato. Qui mi propongo di sviluppare il tema in una direzione più specifica. Se è vero in generale che «la forza del *mixtum*» sta in un'adesione alla realtà da cui rifuggono invece modelli ispirati all'omogeneità sociale e politica, rimane da individuare il potenziale trasformativo innescato dall'avvento e dal radicamento di costituzioni democraticamente legittimate e perciò dotate di portata normativa, rispetto a una situazione in cui quella "forza" si ricavava dall'*exemplum* romano di Polibio o dalla monarchia costituzionale inglese additata da Montesquieu. Ci si può chiedere, infatti, se le costituzioni democratiche si siano limitate ad incorporare «formule organizzative potestative» miranti all'equilibrio sociale, a conferma dell'«insuperabile frammentarietà» della società, o abbiano dovuto altresì addossarsi quel compito di stabilizzare l'ordinamento che Polibio e Montesquieu imputavano alle forme di governo. Domanda a sua volta cruciale per cominciare a comprendere le implicazioni costituzionali delle radicali trasformazioni sociali alle quali stiamo assistendo.

2. *La costruzione del modello: Aristotele e Polibio*

Si è notato che nella nozione aristotelica di *politeia* il concetto di *medietas* si estende dal piano giuridico-istituzionale al piano sociale, sul presupposto

[3] S. Prisco, *Costituzionalismi*, cit., 2628.
[4] S. Prisco, *Costituzionalismi*, cit., 2630-31.

che solo una comunità fondata sul ceto medio riesce a superare l'insanabile antagonismo tra ricchi e poveri, mentre Polibio «pone a fondamento della progressiva degenerazione istituzionale un complesso di elementi ideali, di virtù e vizi propri degli uomini che in un alternarsi di forza e avidità, coraggio e depravazione, temperanza e invidia, costituiscono il vero motore dell'anaciclosi»[5]. Comunque, egli mantiene la connessione aristotelica fra ciascuna delle tre forme di governo e la prevalenza di un gruppo sociale:

> Tre dunque erano le componenti della costituzione romana che detenevano il potere […]; tutte le cose venivano regolate e amministrate una per una in modo così equo ed opportuno da queste componenti, che nessuno, neppure tra i Romani stessi, avrebbe potuto dire con sicurezza se questo sistema politico fosse, nel suo complesso, aristocratico, democratico o monarchico. Ed era ovvio che così fosse. Infatti, qualora si fosse contemplata l'autorità dei consoli, il sistema sarebbe apparso completamente monarchico e regio, qualora quella del senato, al contrario aristocratico; e se poi si fosse considerata l'autorità del popolo, sarebbe apparso a buon diritto democratico. Ciascuna parte della comunità dominava una componente della costituzione, e la situazione è la stessa allora come oggi, tranne alcuni piccoli cambiamenti[6].

Ciò posto, la dinamica del governo misto è così descritta:

> Dal momento che ognuna delle componenti della compagine statale romana ha il potere necessario sia per ostacolare le altre sia per cooperare con loro, è inevitabile che esse facciano fronte comune contro tutte le difficoltà, al punto che trovare una forma di costituzione migliore di questa risulta impossibile. Infatti, quando qualche comune pericolo che incombe dall'esterno le costringe a trovarsi d'accordo e cooperare le une con le altre, allora la forza della costituzione diventa tale e tanta che non viene tralasciato nulla di quanto è necessario, poiché tutti insieme fanno continuamente a gara nell'escogitare un rimedio per quello che è successo, né si tarda a mettere in atto quanto stabilito, dal momento che ciascuno coopera, sia collettivamente che singolarmente, a realizzarlo. Perciò questo sistema politico, grazie alla sua particolarità, risulta irresistibile e capace di raggiungere qualsiasi obiettivo. Quando poi i cittadini, liberatisi dal timore di pericoli esterni, si trovano a vivere nella prosperità e nell'abbondanza conseguente ai loro successi, godendo del benessere, e in preda all'adulazione e all'indolenza si volgono all'arroganza e alla superbia (cosa che avviene spesso), allora, soprattutto,

[5] A. Longo, *Prime riflessioni su stabilità istituzionale e integrazione sociale*, in *Nomos*, 2021, 12.

[6] Polibio, *Storie. Libri IV-IX*, Libro VI, Roma, Newton, 1998, 295.

> è possibile vedere che il sistema romano trova al suo interno il mezzo per superare la crisi. Infatti, quando una delle componenti della compagine statale, gonfiandosi d'orgoglio, anela alla contesa e comanda più del dovuto, è chiaro che, poiché nessuna di esse, come ho detto prima, è indipendente, e le aspirazioni di ognuna possono essere contrastate e impedite dalle altre, nessuna componente riesce a crescere né a montare in superbia; rimangono tutte, difatti, nei rispettivi ambiti, da una parte perché il loro impulso viene ostacolato, e dall'altra perché temono in partenza il controllo cui ognuna è sottoposta dalla vicina[7].

La fortuna della versione polibiana del governo misto consistette nel basarsi sulla lunga durata della repubblica romana per mostrare come la combinazione tra le forme semplici di governo consentisse quantomeno di rallentare notevolmente il ritmo del loro avvicendamento e di contribuire così a risolvere il problema della stabilità, allora ritenuto dominante. Nei termini e con l'obiettivo accennato, quella versione sarebbe giunta fino alla prima modernità, da Machiavelli a Montesquieu[8].

3. *Prime revisioni: Machiavelli e Montesquieu*

Nei *Discorsi*, un chiaro riferimento a Polibio traspare là dove Machiavelli nota che, sul presupposto per cui, dei sei governi di Aristotele, «tre ne siano pessimi; tre altri siano buoni in loro medesimi, ma sì facili a corrompersi che vengono ancora essi a essere perniziosi», quanti «prudentemente ordinano leggi [.....] ne elessero uno che partecipasse di tutti, giudicandolo più fermo e più stabile, perché l'uno guarda l'altro, sendo in una medesima città il principato, gli ottimati e il governo popolare»[9].

Saldato il debito con Polibio, Machiavelli ne attenuò e ne storicizzò il naturalismo, prendendo in considerazione il ruolo della virtù, elemento artificiale il cui impatto variava a seconda delle forme di governo. Le repubbliche non dovevano essere giudicate solo in base alle loro origini ma anche in base ai loro esiti, apprezzabili in base alle diverse combinazioni di virtù e fortuna: e «coloro che dannono i tumulti intra i nobili e la plebe mi pare che biasimino quelle cose che furono prima causa del tenere libera Roma, e che considerino più a' romori ed alle grida che di tali tumulti nascevano, che a' buoni effetti che quelli partorivano; e che è non considerino come è sono in ogni republica due umori diversi, quello del popolo e quello de' grandi; e come tutte le leggi che si fanno

[7] Polibio, *Storie*, cit., 303.

[8] Sia consentito rinviare a C. Pinelli, *History and theory of mixed government*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, 2017, 8.

[9] N. Machiavelli, *Discorsi sopra la prima deca di Titolo Livio*, Torino, 1983, 24.

in favore della libertà, nascano dalla disunione loro, come facilmente si può vedere essere seguito in Roma»[10].

In secondo luogo, «Quelli che prudentemente hanno constituita una republica, in tra le più necessarie cose ordinate da loro è stato constituire una guardia alla libertà, e secondo che questa è ben collocata, dura più o meno quel vivere libero. E perché in ogni republica sono uomini grandi e popolari, si è dubitato nelle mani di quali sarebbe meglio collocata detta guardia. E appresso a' lacedemonii, e, ne' nostri tempi, appresso de' viniziani, la è stata messa nelle mani de' nobili, ma appresso de' romani fu messa nelle mani della plebe»[11].

Il suo «governo popolare» non è dunque una semplice forma di governo, ma una specie di governo misto. Allo stesso tempo Machiavelli contesta l'idea, che Polibio condivideva con tutti i pensatori politici dell'antichità, che il fine cui i governi dovrebbero aspirare fosse la durata. Per lui, obiettivo primario di ogni governo è la salvaguardia della libertà, ed è il conflitto, più che l'ordine, a poterla assicurare. Machiavelli avrebbe così annunciato una visione moderna della storia, in cui il disordine è il prezzo da pagare per la conservazione della libertà[12].

Anche Montesquieu era principalmente interessato a come un governo misto potesse garantire la libertà, piuttosto che a quanto potesse durare. Benché il mantenimento di un governo misto costituisse un requisito essenziale per uno stato non dispotico, da solo non sarebbe bastato ad assicurare la libertà:

> La democrazia e l'aristocrazia non sono Stati liberi per loro natura. La libertà politica non si trova che nei governi moderati. Tuttavia non sempre è negli Stati moderati; vi è soltanto quando non si abusa del potere; ma è un'esperienza eterna che qualunque uomo che ha un certo potere è portato ad abusarne; va avanti finché trova dei limiti. Chi lo direbbe! Perfino la virtù ha bisogno dei limiti. Perché non si possa abusare del potere bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere arresti il potere. Una costituzione può esser tale che nessuno sia costretto a fare le cose alle quali la legge non lo obbliga, e a non fare quelle che la legge permette[13].

Montesquieu si distacca invece da Machiavelli per quanto concerne la concezione della libertà. A parte la critica alle «antiche repubbliche» dove il popolo «deteneva il diritto di prendervi delle risoluzioni attive, che comportano una certa esecuzione, cosa di cui è completamente incapace», è convinto che la

[10] Machiavelli, *Discorsi*, cit., 30.

[11] Machiavelli, *Discorsi*, cit., 32.

[12] N. Bobbio, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico. Anno accademico 1975-1976*, Torino, 1976, 84.

[13] Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, I, Milano, 1989, 308.

libertà politica consista «nella sicurezza, o almeno nell'opinione che si ha della propria sicurezza» e che «Il trionfo della libertà si ha quando le leggi penali traggono ogni pena dalla natura particolare del delitto. Cessa ogni arbitrio, la pena non deriva dal capriccio del legislatore, ma dalla natura della cosa; e non è l'uomo che fa violenza all'uomo»[14].

4. *Crisi o metamorfosi del governo misto?*

Da allora, sarebbero venute meno le componenti del modello del governo misto volte ad assicurare il più possibile la stabilità della convivenza: una concezione ciclica del tempo, la considerazione delle forme di governo quali risposte alla domanda sul chi governa – l'uno, i pochi, i molti, o una combinazione fra le prime tre risposte –, infine il riferimento a ciascuna di uno specifico gruppo sociale e una valutazione su tale base del relativo stato di salute, che poteva andare dal benessere alla corruzione.

Il passaggio da una concezione ciclica a una concezione lineare del tempo, che il cristianesimo aveva diffuso mutuandola dal mondo giudaico, si realizzerà solo con l'Illuminismo e la Rivoluzione francese[15]. Un passaggio epocale, non limitato al costituzionalismo rivoluzionario. Anche per Georg Jellinek, infatti, il passato è noto e il futuro è ignoto: «la giustificazione dello Stato può sempre tener davanti agli occhi soltanto lo Stato presente e futuro. Il passato sta, ormai, dietro di noi come un fatto storico, e l'accennare ad esso come a cosa che bisogna riconoscere è vana fatica»[16].

Il passo lascia peraltro comprendere come, nel frattempo, fosse intercorsa una seconda trasformazione. La stabilità della convivenza non è più riferita alle forme di governo nel senso classico del termine, ma allo Stato. Il positivismo statualistico aveva rovesciato la promessa rivoluzionaria di un potere costituente sempre attivo, degradandolo a mero fatto o risolvendolo in potere costituito. Così, il problema delle aspettative da attribuire al testo si sarebbe perso di vista, e la costituzione sarebbe stata attratta nell'universo della legalità, un sistema di regole ritenuto perfetto anche perché tale da anticipare o da assorbire tutte le aspettative di mutamento, dunque sterilizzato dalle incognite del tempo.

Peraltro, che si presentasse sotto forma di un potere costituente sempre attivo o di aspirazione a una stabilità perpetua, una pretesa di possedere il tempo accomunava quelle per altri versi opposte concezioni. E ad accomunarle c'era anche la tendenza a mettere da parte la connessione aristotelica e poi polibiana di ciascuna forma di governo con un gruppo sociale, ancora una volta per

[14] MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., risp. 312 e 342-343.
[15] A. LONGO, *Tempo, interpretazione, costituzione*, Napoli, 2016, II ed., 322 ss.
[16] G. JELLINEK, *Dottrina generale dello Stato*, II ed., Milano, 1921, 443.

ragioni profondamente diverse: lo statualismo per la scelta di rimuovere ogni riferimento alla società, il costituzionalismo democratico per l'incompatibilità di una simile connessione con l'approccio egualitario e artificiale alla formazione della volontà politica dello stato. Soprattutto in Europa continentale, lo stato liberale si fondava su una serie di concetti artificiali: la rappresentanza politica, l'eguaglianza formale, la cittadinanza, l'archetipo del contratto quale scambio di volontà fra parti eguali, il contenuto necessariamente generale e astratto della legge.

In definitiva il pluralismo degli antichi, quale tradotto in quel governo misto che ancora Blackstone e Burke consideravano il vanto della costituzione inglese, era stato soppiantato da un sistema monista che o riduceva i pubblici poteri ad organi di manifestazione della volontà dello stato, come avvenne con la dottrina tedesca della fine del secolo XIX[17], oppure si imperniava su una legittimazione popolare indivisa, espressione comunque di un «progressivo affermarsi della unicità del potere e della sua legittimazione (prima divina poi popolare, ma sempre meno frutto di accordo tra classi contrapposte) al quale consegue una erosione dell'idea di mediazione sociale a favore di un'idea di dominio»[18].

Si è parlato di una «forma di governo idealmente monista che ammetteva parcellizzazioni del proprio potere solo in senso funzionale e che nuovamente dovette imparare le lezioni del passato e nuovamente abbandonare – attraverso una serie di apprendimenti progressivi che nel continente termineranno solo con la seconda guerra mondiale – la suggestione di una struttura istituzionale unicamente assembleare che delle antiche forme pure manteneva la fragilità»[19].

La conclusione non è distante da quella di Prisco. Anch'essa tende a vedere negli assetti istituzionali prefigurati dalle costituzioni democratiche la consapevolezza dei vantaggi del governo misto (e più tardi della separazione dei poteri) sulle forme pure, derivanti da quell'istanza di moderazione, se non di realistica mediazione politica, in esso insita. Le trasformazioni che hanno interessato le visioni della democrazia e della costituzione nel secolo scorso autorizzano a dire qualcosa di più.

5. *L'attribuzione alle costituzioni democratiche della funzione di garantire la stabilità ordinamentale*

L'ipotesi di partenza è che l'affermazione delle costituzioni democratiche abbia modificato i presupposti su cui poggiava la tesi della superiorità del go-

[17] G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 678.
[18] A. Longo, *Prime riflessioni*, cit., 33.
[19] A. Longo, *Prime riflessioni*, cit., 34.

verno misto, per ragioni e sotto profili diversi da quelli che durante la prima modernità avevano portato a modificare tratti cospicui della versione polibiana.

Non si tratta solo di appurare quanto e come quelle costituzioni abbiano incorporato il significato del *mixtum* nel disegno della forma di governo. Perché sono anzitutto esse, in quanto tali, a svolgere la funzione di segnare i confini della stabilità ordinamentale. Ciò ha alle spalle una riformulazione della domanda sul chi governa, intorno a cui aveva ruotato il pensiero politico classico, e soprattutto l'esperienza cui si riferiva e che aveva cercato di razionalizzare.

La scoperta della rappresentanza politica e più tardi l'avvento del suffragio universale posero le condizioni per fare della democrazia, che fino ad allora si era risolta in un'ideologia, in un assetto istituzionale. Anziché governare nella *politeia*, i tutti che compongono "il popolo" dovevano condividere certi valori di convivenza tradotti in princìpi dai testi costituzionali, oltre a procedure che li strutturassero in elettorato, così alimentando la legittimazione democratica dell'intero assetto.

Era proprio la presunzione della perdurante corrispondenza dei princìpi testualmente indicati ai valori di convivenza a segnare il confine della stabilità ordinamentale. Il "popolo" poteva scegliere di continuare a condividere, o poteva al contrario rinnegare, i valori che erano stati formulati in princìpi. Ma fino a quando non li avesse rinnegati, avrebbe trovato nelle costituzioni una bussola di orientamento della convivenza, capace a sua volta di stabilizzare l'ordinamento.

Una simile impresa si rendeva possibile, anche perché le costituzioni democratiche avevano abbandonato ogni pretesa di dominio sul tempo, variamente sottesa al passaggio da una concezione ciclica a una concezione lineare verificatosi con l'Illuminismo. Alla pretesa di possedere il tempo subentrava la speranza di poter contare sul tempo[20]. Indicando il verso del rapporto fra stabilità e mutamento, quelle costituzioni si candidavano a diventare lo strumento giuridico per eccellenza del legame col futuro[21].

Un testo costruito intorno a princìpi condivisi affida un orizzonte di possibilità agli apprendimenti maturati dalle interazioni fra persone libere nel corso di più generazioni. Princìpi caratterizzati, in quanto tali, da imperfetta capacità previsionale, ma proprio per questo dotati della flessibilità necessaria ad af-

[20] Ometto l'esame delle "clausole di eternità" talora costituzionalmente previste, su cui si può vedere C. Pinelli, *Variazioni su stabilità e mutamento nel diritto costituzionale*, in Liber amicorum *in onore di Augusto Cerri. Costituzionalismo e democrazia*, Napoli, 2016, 601 ss.

[21] F. Ost, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, 210.

frontare condizioni di incertezza. Si introietta così nel testo la consapevolezza di limiti anche di ordine cognitivo della ragione umana.

In una democrazia che si caratterizza per l'indeterminazione delle sue certezze, e fa delle sue divisioni una forza, ossia lo slancio necessario alla ricerca deliberativa del bene comune[22], il tempo diventa una risorsa cruciale per la sperimentazione delle scelte pubbliche e della maturazione della relativa consapevolezza collettiva, come per la canalizzazione dei potenziali conflitti fra istituzioni.

La democrazia fa delle sue divisioni una forza, nella misura in cui si struttura in uno "Stato pluriclasse"[23], che non esorcizza ma presuppone il conflitto, seguendo una strada segnata secoli prima da Machiavelli. Nello stesso tempo, nel farsi carico del compito di assicurare la stabilità della convivenza nel lungo andare, le costituzioni lasciano aperta ogni valutazione circa lo stato di salute della società che aveva fatto parte integrante delle riflessioni dei classici sulle forme di governo. Anche questa scelta si spiega storicamente.

In una prima fase l'artificialismo, opposto alle teorie organicistiche associate all'antica concezione della costituzione come corpo sociale[24], si tradusse nella presunzione che democrazia rappresentativa e rispetto dei diritti dell'uomo fossero destinati ad estirpare in quanto tali ogni causa di corruzione della società[25].

Già all'epoca del liberalismo ottocentesco, tuttavia, una carta dei diritti non basta più. Come dirà Mommsen a «40 milioni di liberi cittadini tedeschi», «Tenete in gran conto questi diritti, ma non dimenticate che sono soltanto diritti, sono nient'altro che parole, e che se non li si fa valere esistono solo sulla carta. Questo è compito vostro: ognuno di voi deve adoperarsi perché questi diritti divengano concreta realtà»[26].

Con il costituzionalismo post-totalitario, si ammette infine che «Un popolo che organizza e regola democraticamente la propria vita politica, deve avere la forza e la capacità di mantenerla in vita. Da questo punto di vista la democrazia

[22] C. Lefort, *Essais sur le politique*, Paris, Payot, 1986, 21, rip. in F. Ost, *Le temps du droit*, cit., 28.

[23] M.S. Giannini, *Costituzione e Stato pluriclasse* (1980), in *Scritti*, VII, 1977-1983, Milano, 2005, 458.

[24] Cfr. G. Zagrebelsky, *Società-Stato-Costituzione. Lezioni di dottrina dello stato degli anni acc. 1986-1987 e 1987-1988*, Torino, 1988.

[25] Come esordisce il Preambolo della *Déclaration* del 1789, «Les représentants du peuple français, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont *les seules causes* des malheurs publics et de la corruption des gouvernements».

[26] T. Mommsen, *I diritti fondamentali del popolo tedesco. Commento alla costituzione del 1848*, a cura di G. Valera, Bologna, 1994, 4.

è una forma di Stato esigente e forse anzi difficile; essa presuppone a propria base un'ampia e diffusa cultura politica»[27].

Esortazioni del genere vengono tuttavia confinate fra le precondizioni della tenuta dello Stato costituzionale. Che è sì estroverso, nel senso che il nesso fra diritti fondamentali e democrazia vi viene strutturato in modo da tendere a un'ottimizzazione degli uni e dell'altra *ex parte populi*. Ma non può andare oltre: una costituzione che indichi se, in quale misura e come questa ottimizzazione verrà impiegata rinnegherebbe la libertà, il cui uso responsabile va lasciato ai cittadini. A maggior ragione il potere politico non può disporre giuridicamente dei flussi di comunicazione sociale, ai quali può solo adattarsi[28].

6. *Legittimazione e stabilità*

I processi di apprendimento potrebbero dunque non essere attivati, o generare riflessi automatici di rifiuto delle nuove condizioni della convivenza, o «tensioni e usure nella costruzione di identità personali, le quali, dopo essersi formate nel coinvolgimento con identità collettive, vengono mortificate nel dissolversi o nel burocratizzarsi di queste»[29].

Il rischio della passività sociale per la tenuta di una democrazia liberale era presente già a Stuart Mill e a de Tocqueville. Ma il loro sguardo si fermava su società che non avevano sperimentato il suffragio universale. Le difficoltà o i fallimenti degli odierni processi di apprendimento investono invece l'insieme delle relazioni fra i soggetti del pluralismo, cittadini compresi.

Non c'è crisi della democrazia senza corruzione dei fondamenti della convivenza. Eppure non siamo abituati ad usare la parola corruzione in questo senso, adoperato dai classici del pensiero politico. Non a caso gli studiosi della crisi della democrazia puntano sulla denuncia dei colpevoli: dall'elenco delle promesse non mantenute della democrazia[30], che si prestava a essere letto nei

[27] E.-W. Böckenförde, *Democrazia e rappresentanza* (1983), in *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, a cura di M. Nicoletti e O. Brino, Milano, 2006, 533. L'affermazione si correla, ma non coincide, col più noto dilemma di questo A., posto a partire dalla tesi che «Lo Stato liberale secolarizzato vive di presupposti che non può garantire» (E.-W. Böckenförde, *La formazione dello Stato moderno come processo di secolarizzazione* (1967), Brescia, 2006).

[28] G. Bonaiuti, *Dalla "folla" al "pubblico". Sul «governo popolare» in Gabriel Tarde*, in *Il governo del popolo. Rappresentanza, partecipazione, esclusione alle origini della democrazia moderna. 3. Dalla Comune di Parigi alla prima guerra mondiale*, a cura di G. Bonaiuti, G. Ruocco e L. Scuccimarra, Roma, Viella, 2014, 221.

[29] A. Pizzorno, *Interessi e partiti* (1981), in *Le radici della politica assoluta e altri saggi*, Milano, 1993, 282.

[30] N. Bobbio, *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Torino, 1984, 8 ss.

termini di un tradimento dei dirigenti politici tale da suscitare delusione nei cittadini[31], fino alla ricorrente ipotesi che la distanza «fra élite e popolo» basti a spiegare i trionfi elettorali dei partiti populisti. Si perdono così di vista i condizionamenti reciproci fra rappresentanti e rappresentati. Costoro, in particolare, non potrebbero figurare da spettatori inermi del gioco del potere, visti i continui estesi ricambi di personale politico.

Né la rimozione del tema della corruzione sociale si può spiegare col congedo dall'impronta organicistica che caratterizzava gli studi dei classici sulle forme di governo. Non solo l'artificialismo nella sua forma rivoluzionaria è a sua volta da tempo alle nostre spalle, ma dopo il radicamento di regimi democratici il discorso non può esaurirsi in un confronto fra teorie, e deve investire l'elettorato.

Conviene piuttosto notare che, se le costituzioni democratiche hanno dovuto lasciare liberi i processi di apprendimento che possono alimentare la discussione sui valori tradotti nei princìpi costituzionali, non è detto, come presuppongono le teorie costituzionali del Novecento, che l'adesione a determinati valori, che corrispondano a quelli tradotti in princìpi costituzionali o ad altri perfino opposti, debba fungere da base per riconoscere la vitalità di una costituzione. Non si può forse immaginare che il distacco dalla costituzione non sia ricollegabile a valori alternativi, bensì a una perdita del senso della convivenza in quanto tale? E che, nello stesso tempo, perduri il rispetto per le procedure e per le regole costituzionalmente previste, dovuto a una rassegnata accettazione delle forme come denominatore comune della convivenza?

Nel garantire la stabilità ordinamentale, la costituzione incontrerebbe allora una sfida ignota alle categorie del Novecento. Il dover ammettere una stabilità fondata sulla mera osservanza delle procedure e delle regole, magari destinata a durare a lungo, ma dissociata da ogni altra accezione dello stare insieme.

[31] P. Rosanvallon, *Le peuple introuvable*, Paris, Gallimard, 1998, 468.

Anna Pirozzoli[*]

LA DIGNITÀ UMANA E IL DIRITTO ALL'AFFETTIVITÀ DEL DETENUTO

SOMMARIO: 1. La dignità umana negli istituti penitenziari: non solo una questione di principio. – 2. L'inerzia del legislatore in tema di diritto all'affettività del detenuto. – 3. Un nuovo corso dopo la sentenza n. 10 del 2024 della Corte costituzionale? – 4. Riflessioni conclusive.

1. *La dignità umana negli istituti penitenziari: non solo una questione di principio*

La normativa sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà esordisce sin dal primo articolo con i principi direttivi cui l'intero trattamento penitenziario deve conformarsi: l'umanità e il rispetto della dignità della persona[1]. Entrambi sono posti a sorveglianza del riconoscimento dei diritti e delle garanzie fondamentali assicurate a tutti dalla Costituzione italiana, e dunque anche (*rectius:* ancor più) a chi si trova in una condizione di limitazione della libertà personale.

Il dettato costituzionale garantisce il mantenimento della titolarità di alcuni diritti nonostante la detenzione riduca le libertà della persona reclusa, impedendo di considerare il carcere come un luogo in cui opera una sorta di "extraterritorialità" rispetto alle garanzie fondamentali assicurate dallo Stato[2].

[*] Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università Niccolò Cusano, Roma, anna.pirozzoli@unicusano.it. Il presente contributo è stato anticipato nella Rivista Consulta Online, n. II/2024.

[1] Sul concetto di dignità umana cfr. almeno A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, *in Pol. dir.*, 1991, 343 ss.; G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, XLVII, 2002, II, 823 ss.; W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars Interpretandi*, 2007, 57 ss.; G. AZZARITI, *Intervento al Seminario "La dignità" dell'11 aprile 2003*, in S.P. Panunzio (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti d'Europa. Il dibattito nelle riunioni dell'Osservatorio costituzionale presso la LUISS "Guido Carli" dal 2003 al 2005*, Padova, 2007, 67-68; P. BECCHI, *Il principio della dignità umana*, Brescia, 2009, 88; G.M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora, quando?*, in *Rivista Aic*, 4/2014, part. 11 ss.; S. PRISCO, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, in *BioLaw Journal,* 2/2019, 61 ss.; T. GROPPI, *Estatus de un nuevo ciudadano: la dignidad de la persona*, in M. A. Reyes, D. Valadés, J. Tudela Aranda (a cura di), *Derecho constitucional del siglo XXI: desafíos y oportunidades*, Zaragoza, 2023, 109-127.

[2] Su cui v. almeno F. PERCHINUNNO, *La tutela del diritto alla salute mentale dei detenuti nel recente approdo costituzionalmente orientato della Consulta,* in *AmbienteDiritto.it*, 1/2021, 9.

Vige, insomma, il principio di massima espansione delle libertà e dei diritti fondamentali[3], la cui matrice risiede senz'altro nell'art. 2 Cost.[4], sia che in esso si configuri un principio-valvola che assicura la dinamicità del patrimonio costituzionale[5], sia che si accolga una tra le posizioni della dottrina sulla natura del principio da cui discende una delle due tesi alternative tra catalogo aperto o chiuso dei diritti fondamentali[6].

Si tratta, nondimeno, di una garanzia assicurata dai giudici costituzionali anche nella più ampia prospettiva sovranazionale, particolarmente a partire dalla sentenza n. 317 del 2009 Corte cost. in cui hanno ribadito che il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quella già predisposta dall'ordinamento interno. Inoltre, prosegue la Corte, il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve mirare alla massima espansione delle garanzie, anche tramite lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali[7].

Un'espansione che non può non riguardare i detenuti per i quali, oltre all'art. 2 Cost., gli artt. 3, 13 e 27 Cost. contribuiscono ad irrobustire lo spazio giuridico su cui si fonda il sistema di diritti che assicura una piena tutela della dignità umana[8], a cui si unisce – sin dalla sentenza n. 114 del 1979 – il prezioso apporto della giurisprudenza costituzionale[9], talvolta tradotto nell'esercizio di un'inevitabile «opera maieutica» tramite cui la Corte ha potuto ricavare «"re-

[3] P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 41.

[4] A. Baldassarre, *Diritti inviolabili* (1989), ora in A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino 1997, 61, in cui l'Autore parla di «un principio espansivo, dotato di grande forza maieutica, nell'opera di individuazione dei diritti conseguenti a quelli enumerati».

[5] M. Luciani, *Positività, meta positività e parapositività dei diritti fondamentali*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di L. Carlassare*, Napoli 2009, III, 1067.

[6] Sul principio di massima espansione delle libertà e dei diritti fondamentali e sul dibattito scientifico relativo alla natura dell'art. 2 Cost., v. G Silvestri, *L'individuazione dei diritti della persona,* in *Diritto penale contemporaneo,* 29 ottobre 2018, 2 ss.

[7] A. Ruggeri, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; O. Pollicino, *Margine di apprezzamento, art 10, c. 1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; F. Viganò, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte europea tra guerra e dialogo*, in S. Sonelli (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Torino, 2015, 207-251; C. Pinelli, L*'approccio generalista del modello di rapporti tra fonti: i trattati sono tutti uguali?* in *Osservatorio sulle fonti,* 1/2018, 8 ss.

[8] V. Onida, *Carcere e legalità*, in *Dignitas*, 11/12, 2002, 20; G. Silvestri, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Rivista Aic,* 2/2014, 4; M. Ruotolo, *Dignità e carcere,* Napoli, 2014 II ed.

[9] Nella sentenza n. 114 del 1979 la Corte costituzionale afferma che «è principio di civiltà giuridica che al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita

gole" indispensabili per assicurare una maggiore conformità del sistema normativo a Costituzione»[10].

2. *L'inerzia del legislatore in tema di diritto all'affettività del detenuto*

Il diritto all'affettività del detenuto è stato considerato dai giudici costituzionali un «problema che merita ogni attenzione da parte del legislatore» sin dalla sentenza n. 301 del 2012[11] in cui, pur respingendo la questione di legittimità costituzionale, si sollecitava un adeguato intervento legislativo su un diritto inevitabilmente connesso alla garanzia di quel «volto costituzionale» della pena, già richiamato nella sentenza n. 369/1988 Corte cost.[12].

La normativa penitenziaria italiana si dimostra, infatti, incompleta riguardo al riconoscimento del diritto all'affettività, che non viene esplicitamente menzionato tra le disposizioni dell'ordinamento penitenziario del 1975[13]. L'unico richiamo testuale si trova nell'articolo 30-ter che fa riferimento alla possibilità di «coltivare interessi affettivi» limitatamente alla concessione dei permessi premio. Tuttavia, questo rappresenta uno spazio per l'espressione dell'affettività estremamente ridotto, sia perché rimane un "privilegio" per coloro che soddisfano i requisiti per ottenere i permessi premio, generando quindi disuguaglianze tra i detenuti; sia perché esclude di fatto la sfera intramuraria della sessualità, includendola solo nella dimensione extramuraria[14].

Questa limitazione contrasta con i principi sanciti dagli articoli 2, 13 co. 1, 27 co. 3, 32 co. 1 e 2 della Costituzione italiana, nonché con l'orientamento della giurisprudenza costituzionale, risalente già alla fine degli anni Ottanta

quella parte di personalità umana, che la pena non intacca», in seguito lo stesso principio viene ribadito negli anni successivi, particolarmente nella sentenza n. 26 del 1999 Corte cost.

[10] M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista Aic,* 3/2016, 3 ss. Sull'attività maieutica della Corte già F. Pierandrei, *La Corte costituzionale e l'attività «maieutica»* (1961), in Id., *Scritti di diritto costituzionale,* Torino, 1964, 251 ss.

[11] Sono queste le parole della Corte costituzionale nella sentenza n. 301/2012; su cui C. Renoldi, *Il diritto all'affettività delle persone detenute: la parola alla Corte costituzionale*, in *Quest. Giust*., 4/2012, 215 ss.

[12] Su cui, particolarmente, A. Pugiotto, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Rivista Aic*, n. 2/2014, 4 ss.

[13] A. Pugiotto, *Della castrazione di un diritto. La negazione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale*, 2bis/2019, 31, secondo il quale «non c'è incompatibilità tra esercizio della sessualità inframuraria e regime penitenziario né esistono insuperabili difficoltà di ordine operativo per rendere tutto questo possibile. Semmai, sopravvivono forti resistenze – ideologiche e culturali – all'introduzione di una sua disciplina costituzionalmente orientata, ripetutamente espresse attraverso prevedibilissimi argomenti contrari».

[14] M.P. Iadicicco, *Detenzione e "nuovi" diritti. Il controverso inquadramento delle istanze connesse all'affettività e alla sessualità nell'esecuzione penale*, in *BioLaw Journal*, 4/2022, 163 ss.

– sentenza n. 561/1987 – secondo il quale la sessualità è «uno degli essenziali modi di espressione della persona umana», ed il diritto di disporne liberamente è un diritto soggettivo assoluto da considerarsi tra le posizioni soggettive direttamente protette dalla Costituzione e tra i diritti inviolabili ex art. 2 Cost. A riguardo, anche la Corte Suprema di Cassazione, almeno a partire dalla sentenza n. 52544/2014 Sez. I, ha espressamente riconosciuto nel mantenimento delle relazioni affettive familiari un diritto soggettivo la cui tutela è da considerarsi essenziale nel corso del trattamento carcerario, nel rispetto di quanto sancito dall'art. 13, comma 2, Cost.

La coniugazione delle pene declinate in un'ottica "più umana" interessa, peraltro, il tema del finalismo rieducativo del trattamento carcerario previsto dal terzo comma dall'art. 27 Cost. Esso è parte integrante della legittimazione e della funzione della pena stessa[15], e sebbene non si assegni un primato alla valenza rieducativa[16], riconoscendo l'opportunità di un bilanciamento nelle scelte di politica criminale del legislatore tra le diverse finalità della pena, la Corte impone di considerare la necessità di una più ampia umanizzazione delle pene[17], anche attraverso il riconoscimento del diritto all'affettività come una delle declinazioni della personalità del detenuto.

Lo stesso principio trova conforto giuridico anche nel contesto europeo, già nell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, oltre che in alcune Raccomandazioni adottate dagli organismi sovranazionali in cui si richiama innanzitutto la più generale necessità che tutte le persone private

[15] La Corte costituzionale, già con la sent. n. 313/1990 suggerì una prima rilettura della «concezione polifunzionale classica» della pena ponendo la finalità rieducativa come parte integrante della legittimazione e della funzione della pena stessa, essendo dimostrato che "la necessità costituzionale che la pena debba "tendere" a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue". Sulle implicazioni del principio rieducativo v. A. Abukar Hayo, *Il principio costituzionale della finalità rieducativa della pena e il diritto penale del nemico. Un possibile paradosso nelle relazioni internazionali tra gli Stati*, in *Penale Diritto e Procedura*, 22 aprile 2021, n. 2/2021, 6 ss. Inoltre, nella ricca letteratura sul principio costituzionale v. M. D'Amico, *Commento all'art. 27 Cost*., in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, 563 ss. Sulla funzione della pena M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002.

[16] In tal senso, ad esempio, la sentenza n. 183/2011 Corte cost., secondo cui «tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena (…) non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione». Il legislatore può cioè – nei limiti della ragionevolezza – far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata.

[17] I. Nicotra, *Pena e reinserimento sociale. Ad un anno dalla "sentenza Torreggiani"*, in *Diritto penitenziario e costituzionale*, 2014, 1 ss.

della libertà siano trattate nel rispetto dei diritti dell'uomo, preservando tutti i diritti che non sono tolti loro secondo la legge con la loro condanna[18]. Inoltre, riguardo allo specifico diritto all'affettività del detenuto, si sottolinea – ad esempio nella Raccomandazione n. 2003/2188 (INI) – la necessità di riconoscere il diritto ad una vita affettiva e sessuale del detenuto, prevedendo misure e luoghi appositi per le visite, idonei a sviluppare relazioni familiari il più possibile normali[19].

Il diritto all'affettività, incluso il diritto alla sessualità dei detenuti, è riconosciuto come una manifestazione della sfera privata protetta anche dall'articolo 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ed è stato interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel contesto delle normative vigenti negli Stati membri riguardo alle politiche carcerarie[20]. La Corte ha stabilito che, sebbene gli Stati membri godano di un margine di apprezzamento nella gestione delle istituzioni detentive, devono rispettare i diritti fondamentali dei detenuti, inclusi quelli riguardanti l'affettività e la sessualità, in conformità con la Convenzione Europea. Pertanto, le restrizioni imposte alle visite coniugali o ad altre forme di espressione affettiva devono essere oggetto di una rigorosa valutazione di proporzionalità, e devono essere basate su criteri oggettivi e non discriminatori. In particolare, la Corte ha richiesto che qualsiasi restrizione al diritto dei detenuti di esprimere la propria affettività debba essere giustificata da obiettivi legittimi, come la prevenzione del disordine e del crimine.

A tal proposito è opportuno citare almeno il caso *Dickson c. Regno Unito* in cui la Corte ha applicato il principio del "*fair balance*" tra gli interessi pubblici

[18] *Recommendation Rec(2006)2–rev of the Committee of Ministers to member States on the European Prison Rules*, (Adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006, at the 952nd meeting of the Ministers' Deputies and revised and amended by the Committee of Ministers on 1 July 2020 at the 1380th meeting of the Ministers' Deputies), consultabile nel sito del Consiglio d'Europa all'indirizzo *www.coe.int.*

[19] Si fa riferimento, ad esempio, alla Raccomandazione n. 1340 (1997), sugli effetti della detenzione sul piano familiare e sociale, adottata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa il 22 settembre 1997 (punto 6.6.), e della Raccomandazione n. 2003/2188 (INI), sui diritti dei detenuti nell'Unione europea, adottata dal Parlamento europeo il 9 marzo 2004 (punto 1, lettera c), in cui già si sottolineava la necessità di riconoscere il diritto ad una vita affettiva e sessuale prevedendo misure e luoghi appositi. Su cui S. Talini, *L'affettività ristretta*, in *Costituzionalismo.it,* 2015, fasc. 2, 1 ss.

[20] Le discipline penitenziarie a riguardo non sono omogenee, si pensi alle *comunicaciones íntimas* disciplinate dal Real Decreto 190/1996, del 9 febbraio 1996, Reglamento Penitenciario; alle *unités de vie familiale* francesi; alle visite di lunga durata (*Langzeitbesuche*) ammesse dalla legislazione penitenziaria di molti Länder tedeschi. A riguardo si veda V. Cuppari, *"Amore sbarrato": affettività e sessualità* dei detenuti come diritti fondamentali (parzialmente) inattuati. Approccio negazionista del legislatore italiano in una prospettiva di analisi comparata, in *Giur. pen*., 2019, 2 ss.

e privati coinvolti valutando se le restrizioni alle visite coniugali imposte dal Regno Unito fossero proporzionate agli obiettivi di sicurezza pubblica[21]. La Corte ha stabilito che, sebbene gli Stati membri abbiano una discrezionalità limitata nella formulazione delle politiche carcerarie, devono comunque garantire che tali politiche siano conformi ai principi di proporzionalità e rispettino i diritti fondamentali dei detenuti sanciti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Tale bilanciamento, dunque, resta appannaggio del legislatore nazionale il cui *wide margin* risulta tuttavia limitato poiché, afferma la CEDU, «*the margin of appreciation left to the respondent State in the assessment of the permissible limits of the interference with private and family life in the sphere of regulation of visiting rights of prisoners has been narrowing*»[22].

3. *Un nuovo corso dopo la sentenza n. 10 del 2024 della Corte costituzionale?*

L'assenza di un intervento legislativo, nonostante il chiaro monito della sentenza n. 301 del 2012, ha sollecitato la Corte costituzionale ad intervenire con una nuova sentenza, la n. 10 del 2024, di natura additiva – più precisamente "additiva di principio"[23] – innovativa nella sua prospettiva sostanziale per la scelta di principio effettuata, ed interessante nella sua prospettiva processuale per le riflessioni sulla tecnica decisoria adottata e sull'effettiva applicabilità del principio nel rinvio alle amministrazioni della giustizia.

Questa pronuncia additiva di principio (o additiva a dispositivo generico) rappresenta lo strumento con cui giudici costituzionali sono riusciti a superare l'inattività del legislatore[24], fissando il principio cui quest'ultimo potrà

[21] Sulla pronuncia CEDU, Dickson c. Regno Unito, ric. n. 44362/04, 18 aprile 2006, e sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in argomenti cfr. S. Penasa, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 maggio 2013, 1 ss.

[22] *CEDU, Grande Camera, Khoroshenko c. Russia*, ric. n. 41418/04, 30 giugno 2015. In argomento M.E. Salerno, *Affettività in carcere e diritto alle visite familiari. A Strasburgo, tra affermazioni di principio e tutela effettiva*, in *Giurisprudenza penale web*, 2-bis/2019, 4 ss.

[23] A. Anzon, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost*., 1992, 3199 ss., G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996; Id., *Le sentenze additive di principio*, in *Foro It*., 1998, V, 78 ss.

[24] Negli anni successivi alla sent. n. 301 del 2012 si registra almeno un intervento normativo – il d. lgs. 123 del 2018 – insufficiente, tuttavia, rispetto all'esigenza di intimità sollecitata, prevedendo solo che i locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio e sono collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto.

attenersi[25], se e quando vorrà attivarsi, precisando che, nelle more di una rinnovata disciplina, l'amministrazione della giustizia, in tutte le sue articolazioni, centrali e periferiche, non esclusi i direttori dei singoli istituti, potranno far riferimento direttamente al principio enunciato[26].

Dunque, pur assicurando al legislatore il primato nel disciplinare in futuro la materia[27] – anche stabilendo termini e condizioni diversi – permane nella Corte il dubbio di una perdurante inerzia legislativa che comporterebbe un evidente detrimento nell'applicazione del nuovo principio che invece, in questo modo, viene posto in una condizione di salvaguardia tale da non poter rimanere inattuato.

Lo strumento decisorio adottato, sebbene foriero di uno spunto costruttivo nella direzione di una disciplina legislativa adeguata ed apprezzabile per la limitata invasività nello spazio del legislatore[28], reca con sé alcuni limiti applicativi che si dimostrano particolarmente evidenti quando il tema (come in questo caso) richiede una serie di valutazioni operative per le quali si rende necessario un adeguato ed accurato intervento legislativo. Quando all'individuazione del principio non segue la risposta del legislatore si indirizza l'intera responsabilità applicativa sui destinatari – almeno i giudici e le amministrazioni penitenziarie, oltre al Parlamento – che solo congiuntamente, scrive la Corte nella sentenza n. 10 del 2024, potranno «accompagnare una tappa importante del percorso di inveramento del volto costituzionale della pena».

[25] Sull'effetto vincolante o meno del principio introdotto dalla Corte con questa tipologia di sentenza cfr. A. Pizzorusso, *Corte costituzionale un nuovo tipo di sentenza?*, in *Corr. Giur*., 1993, 773 ss.; E. Lamarque, *Il seguito giudiziario delle decisioni della Corte costituzionale* in E. Malfatti-R. Romboli-E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio, Torino, 2002; A. Guazzarotti, *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *Giur. Cost*., 2002, 3447 ss.

[26] Si veda, rispetto alla sent. n. 10/2024, I. Giugni, *Diritto all'affettività delle persone detenute: la Corte costituzionale apre ai colloqui intimi in carcere,* in *Sistema penale,* 2.2.2024. Più in generale, in tema di "additive di principio", "sentenze meccanismo", "sentenze-delega", e "additive a dispositivo generico" cfr. G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 244.

[27] Nella sentenza n. 301/2012, dichiarando l'inammissibilità di una questione che richiedeva scelte discrezionali di esclusiva spettanza del legislatore, la Corte costituzionale aveva espresso la sua preferenza per l'azione del legislatore. Tale atteggiamento decisorio conferma quel rispetto della Corte verso la sfera riservata al legislatore su cui cfr. P. Carnevale, *Tre variazioni sul tema dei rapporti Corte costituzionale – legislatore rappresentativo*, in *Nomos*, 3/2023, 12.

[28] In questo senso A. Spadaro, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista Aic*, 2/2023, 119 ss. In senso critico, invece, C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000, 137 ss.

La formulazione del principio cui potrà ispirarsi il legislatore deriva, da un punto di vista sostanziale, dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 18 dell'ordinamento penitenziario nella parte in cui non prevede che la persona detenuta possa essere ammessa a svolgere i colloqui con il coniuge, la parte dell'unione civile o la persona con lei stabilmente convivente, senza il controllo a vista del personale di custodia, quando non ostino ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina, né, riguardo all'imputato, ragioni giudiziarie, tenuto conto del comportamento della persona detenuta in carcere.

In questa pronuncia la Corte costituzionale non si è limitata ad esaminare il primo dei parametri costituzionali, che da solo avrebbe potuto assorbire le ragioni d'invalidità, ed ha argomentato, invece, i singoli profili di irragionevolezza rilevati rispetto a tutti i parametri costituzionali considerati violati, ossia l'art. 3, l'art. 27 terzo comma e l'art. 117 primo comma in relazione all'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo[29].

Rispetto all'art. 3 Cost., la Corte rileva una compressione sproporzionata e un sacrificio irragionevole della dignità della persona nelle modalità di controllo a vista del detenuto[30], che genera peraltro una duplice violazione della dignità: quella del detenuto e quella della persona a questi legata da una relazione affettiva, ove la possibilità di coltivare e sviluppare il rapporto risulta drasticamente limitata.

A ben vedere, c'è poi un ulteriore profilo di disuguaglianza, almeno finché il legislatore non deciderà di affrontare in maniera completa e sistematica il tema dell'affettività dei detenuti. Infatti, fino a quel momento, la (legittima) discrezionalità organizzativa dei singoli istituti penitenziari determinerà in concreto interpretazioni e applicazioni difformi di questo "nuovo diritto"[31], derivanti prevalentemente per lo meno dalle diverse dotazioni strutturali e infrastrutturali delle carceri, che consentiranno solo ad alcuni di essere accolti in istituti dotati degli spazi idonei all'espressione dell'affettività[32].

[29] A. Ruggeri, *Finalmente riconosciuto il diritto alla libera espressione dell'affettività dei detenuti (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2024)*, in *Consulta Online*, 1/2024, 161.

[30] La Corte costituzionale richiama espressamente la sua storica sentenza n. 26 del 1999.

[31] M. P. Iadicicco, *op. cit.*, 156 ss.

[32] In considerazioni dei dati relativi al sovraffollamento nella maggior parte degli istituti penitenziari, si può immaginare che le difficoltà infrastrutturali interesseranno molti di questi, lasciando in una condizione di "privilegio" i pochi detenuti che potranno essere ospitati da carceri in grado di garantire gli spazi utili all'espressione dell'affettività. Sul sovraffollamento carcerario si veda E. Cappelli, G. Suriano (a cura di), *Analisi storica 2020-2024 sul sovraffollamento negli Istituti penitenziari. Studio dell'unità organizzativa "Privazione della libertà in ambito penale" dell'ufficio del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, 17 gennaio 2024*, disponibile all'indirizzo *www.garantenazionaleprivatiliberta.it.*

Questo comporta per di più una violazione dell'art. 27 Cost. essendo più difficile immaginare il raggiungimento di un fine rieducativo quando c'è un evidente indebolimento delle relazioni affettive che può giungere sino alla "desertificazione affettiva" del detenuto difficilmente compatibile con la risocializzazione[33].

Del resto, la mancanza di proporzionalità tra il diritto negato – quello ai colloqui intimi – e le ragioni concrete di prevenzione del disordine e del crimine violano anche il principio del rispetto della vita privata e familiare garantito dall'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Principio peraltro suffragato dalla Corte di Strasburgo, particolarmente nella pronuncia *Lesław Wójcik c. Polonia* in cui si esige un'adeguata valutazione di taglio casistico, pur non escludendo che il singolo ordinamento possa rifiutare l'accesso alle visite coniugali quando ciò sia giustificato da obiettivi di prevenzione del disordine e del crimine, quand'anche la visita coniugale sia intesa in senso premiale, come nel caso di specie nell'ordinamento polacco[34].

4. *Riflessioni conclusive*

Ancora una volta l'intervento dei giudici costituzionali si dimostra decisivo nell'affermazione dei diritti dei soggetti deboli[35], in questo caso dei detenuti per i quali si avvalora, anche attraverso il riconoscimento del diritto all'affettività intramuraria, l'inviolabilità della dignità umana.

Tuttavia, questo non implica l'ottenimento della garanzia di una concreta esecutività delle tutele riguardanti il diritto riconosciuto.

[33] Così testualmente la sentenza n. 10 del 2024 per la cui analisi si rinvia almeno a R. De Vito, *Frammenti di un nuovo discorso amoroso: la Corte costituzionale n. 10 del 2024 e l'affettività in carcere*, in *Questione Giustizia*, 5.2.2024; M. Serio, *Privazione della libertà e salvaguardia della dimensione intima: impressioni su Corte costituzionale 10/2024*, in *Questione Giustizia*, 11.3.2024; E.N. La Rocca, *L'affettività in carcere nei "ritrovati" equilibri della Consulta (Corte cost., 26 gennaio 2024, n. 10),* in *Diritti Comparati*, 18.3.2024; L. Fabiano, *Abulia legislativa e necessità di garanzie sostanziali in tema di diritti in carcere: l'attività di supplenza del giudice costituzionale nella decisione n. 10 del 2024*, in *LeCostituzionaliste.it,* 1.4.2024.

[34] *Lesław Wójcik c. Polonia*, ric. n. 66424/09, 1° luglio 2021, consultabile nel sito del Consiglio d'Europa all'indirizzo *www.hudoc.echr.coe.int*: *"The Court (…) has noted with approval the reform movements in several European countries to improve prison conditions by facilitating long-term (also called 'conjugal') visits. However, the Court has stressed that the refusal of such visits may be regarded as justified for the prevention of disorder and crime within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention*". Si veda F. Buffa, *Le "visite intime" ai carcerati in 5 sentenze della Cedu*, in *Questione Giustizia*, 20.2.2024.

[35] M. Ainis, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. Dir.*, 1999, 1, 12. Sulla condizione dei soggetti più deboli e sui loro diritti – particolarmente al tempo del Covid – si veda S. Prisco, F. Abbondante, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it*, 24 marzo 2020.

A riguardo, una misura della reale incidenza delle pronunce di natura additiva di principio sul sistema di tutele dei soggetti destinatari è data principalmente dal séguito delle decisioni presso le autorità giurisdizionali e le amministrazioni nei cui confronti il principio enunciato può operare come "principio *self-executing*"[36], oltre che, chiaramente, nei confronti del legislatore al quale, però, il principio indica la direzione ove orientarsi qualora intenda approntare un quadro normativo di livello primario[37]. Ed è opportuno sottolineare che la declinazione meramente possibilista dell'intervento legislativo, è evidente almeno nel caso di specie affrontato dalla sentenza n. 10 del 2024, in cui la Corte fa riferimento esplicitamente ad una "possibilità" che il legislatore disciplini la materia stabilendo «termini e condizioni diversi da quelli sopra enunciati, purché idonei a garantire l'esercizio dell'affettività dei detenuti, nel senso fatto proprio dalla presente pronuncia».

Peraltro, il richiamo successivo alla necessità di un'azione combinata del legislatore, della magistratura di sorveglianza e dell'amministrazione penitenziaria nel percorso di «inveramento del volto costituzionale della pena», suggerisce la ridotta aspettativa nell'intervento legislativo perlomeno in tempi ridotti.

Quanto all'analisi degli effetti di pronunce costituzionali di tale natura da parte degli altri organi destinatari – le autorità giurisdizionali e le amministrazioni – occorre collocare il piano di osservazione in una prospettiva temporale sufficientemente estesa da consentire di verificare il grado di penetrazione del principio nelle interpretazioni delle decisioni giurisprudenziali, e nelle scelte effettuate dalle amministrazioni di volta in volta coinvolte.

Rispetto a queste ultime, già nelle prime settimane successive alla pubblicazione della sentenza, sono state presentate proposte strutturate per dare immediata esecutività al principio da parte di alcune amministrazioni penitenziarie:

[36] Invece, sulle additive di principio monodirezionali, rivolte solo al legislatore, dunque non *self-executing* si veda A. Spadaro, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive),* cit., 119. Dubbi sull'autoapplicatività delle sentenze additive di principio e sulla necessaria opera creativa del giudice dinanzi a casi nei quali «le affermazioni di principio risultano particolarmente generiche o vi sono plurime soluzioni idonee a dare seguito alla decisione costituzionale» v. S. Catalano, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo*, in M.E. D'Amico, F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 359 ss.; A. Guazzarotti, *op. cit.,* 3436 ss. Invece parla di una pronuncia non autoapplicativa nel caso delle additive di principio R. Romboli, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in *Consulta Online,* III/2023, 817 ss.

[37] Sul difficile dialogo tra Corte costituzionale e Parlamento v. almeno L. Cassetti, *Corte costituzionale e silenzi del legislatore: le criticità di alcuni modelli decisori nel controllo di costituzionalità sulle lacune legislative e il ruolo dei giudici*, in L. Cassetti, A.S. Bruno (a cura di), *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore*, Torino, 2019, 24 ss.

ad esempio, la Casa di Reclusione "Due Palazzi" di Padova ha prospettato l'introduzione, in via sperimentale, di prefabbricati mobili in un'area del cortile dell'istituto per permettere ai detenuti di condividere momenti di intimità. Proposta a cui però il Governo, tramite il Sottosegretario alla Giustizia Andrea Ostellari, ha replicato dichiarando la necessità di un tavolo di lavoro per affrontare la questione in maniera omogenea e coordinata, inibendo in questo modo le singole iniziative che la Corte costituzionale ha invece reso legittime[38].

Si tratta di una chiara battuta di arresto, che lascia i detenuti in attesa, ancor più perché i tempi per verificare il séguito da parte degli altri organi giurisdizionali – dei magistrati di sorveglianza ad esempio – necessita di tempi inevitabilmente maggiori, rinviando la possibilità di un'analisi compiuta sul dialogo tra Corte e giudici in tema di affettività intramuraria[39].

Sembra dunque manifestarsi l'emergenza di un intervento legislativo puntuale, in assenza del quale l'indicazione di principio dei giudici costituzionali finisce col rimanere un proposito difficilmente attuabile, ed il trascorrere del tempo rischia di scavare una crepa nel percorso di tutela della dignità del detenuto, in cui anche la tempestività degli interventi può rappresentare un tassello nella realizzazione di quello che è stato definito il migliore degli investimenti: l'investimento in umanità[40].

[38] Le dichiarazioni del Sottosegretario sono state riportate dagli organi di stampa nei giorni immediatamente successivi alla proposta della Casa di Reclusione "Due Palazzi" di Padova: A. D'Este, *Le "stanze dell'amore" per i detenuti in carcere, il governo frena: "Nessun via libera a Padova, approfondiamo il tema"*, su *Corriere del Veneto*, 23 febbraio 2024; G.B. De Blasis, *Carcere di Padova: Sottosegretario Andrea Ostellari smentisce sperimentazione stanze dell'amore*, in *www.poliziapenitenziaria.it*, 28 febbraio 2024.

[39] Su cui A. Guazzarotti, *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale,* Napoli, 2011, 13 ss.

[40] G. Silvestri, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, cit., 5.

Filippo Pizzolato[*]

LAICITÀ E FRATERNITÀ ALLA SFIDA DEL PLURALISMO

SOMMARIO: 1. Laicità e fraternità: ipotesi di lavoro. – 2. Le alterne vicende della relazione tra fraternità e pluralismo. – 3. La fraternità come universale concreto. – 4. Un pluralismo repubblicano.

1. *Laicità e fraternità: ipotesi di lavoro*

A proposito della laicità, un suo attento e sensibile studioso invitava, nel contesto degli ordinamenti costituzionali democratici, a

> ricondurre la ricchezza lessicale e concettuale del termine alle singole tradizioni che con esso si confrontano; in tal modo (…) se ne riconducono le singole matrici all'ambiente che le ha di volta in volta generate e si evita di assumerne acriticamente e in modo ingenuo i singoli modi in cui esso (*scil.* il pluralismo) si presenta, esportandone ad esempio una specifica variante fuori dal quadro storico che l'ha espressa. Si finisce così, in sostanza, per comprendere le forme del suo manifestarsi in modi utile per orientare sé stessi e gli altri, tenendo assieme l'esigenza dell'unità dell'ordinamento e quella del pluralismo possibile e provando a centrare l'obbiettivo del pacifico svolgersi della convivenza organizzata in una società democratica e assieme culturalmente disomogenea. Il risultato da cercare, insomma, è fondere – come opposte facce della stessa medaglia – l'esigenza di una comunità, coesa almeno sull'idea di essere unita, di riconoscersi come tale e la contemporanea pretesa verso l'attenzione alle differenze e al loro riconoscimento[1].

In questo passaggio, la stretta correlazione tra laicità e pluralismo è esplicitamente tematizzata, nel rispetto della complessità dei termini in cui quel rapporto si declina. In questo contributo si intende verificare se il principio di fraternità si presti a rivestire un ruolo significativo in ordinamenti costituzionali orientati alla laicità e al pluralismo, dimodoché possa realizzarsi l'istanza contenuta nella densa avvertenza metodologica e assiologica da cui si è partiti. All'interno di queste coordinate la fraternità può motivare alla laicità e rinsaldarne gli esiti attesi in termini di pluralismo e, insieme, di unità; viceversa, l'oblio di questa consapevolezza sarebbe all'origine della trasformazione della

[*] Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Padova, filippo.pizzolato@unipd.it

[1] S. PRISCO, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2007, 8

fraternità in nemica di un ordinamento laico o in ospite indesiderato e sempre sospetto dello stesso. La dialettica storica di emersione e inabissamento del principio di fraternità nel lessico politico e giuridico sembra segnata dal posizionamento rispetto a queste opzioni di fondo.

2. *Le alterne vicende della relazione tra fraternità e pluralismo*

Non mancano testimonianze storiche della diffidenza che ha generato la fraternità, quando sia stata ipotecata da – o ricondotta a – un'univoca matrice culturale. Come ricorda il Borgetto, l'incombenza della radice religiosa del principio ha, solo per un esempio, indotto i costituenti francesi della Terza Repubblica a sostituirla con la più neutra e rassicurante solidarietà[2].

L'intenso afflato che il suo richiamo suscita può addirittura trasformarla in fomite di divisione o addirittura di terrore («fraternité ou mort»[3]). Se essa è dimentica del moto di apertura e della predilezione per la condizione umana più fragile, si può isterilire entro un cenacolo chiuso e farsi elemento di frammentazione e di lacerazione della convivenza[4]. Non infrequente è infatti il richiamo del principio entro sedicenti "fraternità" chiuse, escludenti e talora perfino criminali[5].

Da qui la tentazione di accantonare un principio tanto delicato da maneggiare e potenzialmente divisivo. E tuttavia, tale accantonamento non sarebbe indolore. Si può infatti sostenere che un ordinamento di ispirazione pluralistica che non coltivi l'amore (fraterno) per – e tra – le differenze sia esposto al rischio di scivolare in un relativismo che non fornisce piani di appoggio stabili per una convivenza pacifica e collaborativa[6].

[2] M. Borgetto, *Il principio costituzionale di fraternità nel diritto francese*, Modena, 2022, 35.

[3] M. Ozouf, *Fraternité*, in F. Furet, M. Ozouf, *Dizionario critico della rivoluzione francese. Creazioni e istituzioni. Idee*, tr. it., II, Milano, 1994, 816.

[4] L. Lombardi Vallauri, *Amicizia, carità, diritto. L'esperienza giuridica nella tipologia delle esperienze di rapporto*, Milano, 1969, 96-98.

[5] L. Paoli, *Fratelli di mafia. Cosa Nostra e 'Ndrangheta*, Bologna, 2000.

[6] F. Miano, *Il sogno della fraternità universale nell'incontro tra Vangelo e politica*, in *Dialoghi*, 3/2023, 71: «La dimensione formale dell'esercizio della democrazia argina le patologie della fraternità, ma può rischiare di privare la democrazia di quel contenuto di vitalità, di aspirazione di senso, di forza dei legami che la fraternità reca con sé»; per F. Viola, *Cristianesimo e diritto del futuro*, relazione svolta al Congreso internacional Cristianismo y Derecho (26-28 Ottobre 2023, Cordoba), 11, «quest'antropologia relazionale richiede un'apertura alla trascendenza, cioè una disponibilità ad andare oltre un umanesimo chiuso in sé stesso com'è proprio del cosmopolitismo. Da questa visione dell'uomo, che non può che avere un carattere religioso, scaturiscono quelle iniziative di solidarietà che vengono poi secolarizzate dalla politica e dal diritto, ma quest'idea di relazionalità resta pur sempre appannaggio della religione. Senza di essa non

In bilico su questo crinale sottile, la fraternità ha subito contrastate vicende ermeneutiche che ne hanno fatto, paradossalmente, una carnefice o una vittima del pluralismo. In un caso o nell'altro, le vicissitudini della fraternità corrispondono a patologie del pluralismo nell'ordinamento giuridico e politico moderno e postmoderno.

La sua vicenda politico-giuridica è infatti segnata da un frequente incespicare sul concetto di laicità e, quindi, sul pluralismo. Quando vi si è visto un valore solo religiosamente ispirato, come si è ricordato, se ne è indebolita la ricezione. Quando la si è imprigionata entro una visione confessionale, essa è stata espunta da un ordinamento pluralistico che per prima, a quel punto, sembra non riconoscere. Anche all'accezione laica e repubblicana (francese) di fraternità è "capitato", invero, di essere contrapposta ad espressioni esteriori del pluralismo religiosamente orientato[7]. Al contempo, la sua frequente rappresentazione come ideale etico molto (o troppo) esigente ne ha interdetto la traduzione in dispositivi giuridici, a propria volta concepiti in termini riduttivi di comandi e di obblighi e divieti. Su queste basi, il principio non poteva trovare accoglienza nel mondo del giuridico, sicché la distinzione – utile su un piano metodologico – tra ciò che può essere imposto e ciò che va lasciato nella sfera del lecito, e magari incoraggiato (mediante norme promozionali, secondo il magistero di N. Bobbio[8]), era condannata a restare nell'ombra. Come conseguenza dell'imperativo moderno della separazione Stato-società, la fraternità è consegnata al regno dell'affettività e dei sentimenti, confinata nella sfera privata, se non intima, giuridicamente irrilevante.

si giustifica come mai sin dall'origine percepiamo di essere chiamati ad una storia comune di sviluppo mediante l'aiuto reciproco. (…) Questa sporgenza della fraternità al di là della morale del dovere è un chiaro segno del suo carattere religioso o trascendente e, al contempo, spiega la resistenza di questo principio nei confronti di ogni tentativo di piena secolarizzazione»; cfr. anche V. Possenti, *Le ragioni della laicità*, Soveria Mannelli, 2007, 30 ss.

[7] Si rinvia all'affermazione riportata nella decisione della *Grande Chambre* del 1 luglio 2014, *case of S.A.S. v. France*, in cui si riporta la difesa francese del divieto di indossare indumenti idonei a celare il volto, condotta sulla base del principio di fraternità: «The systematic concealment of the face in public places, contrary to the ideal of fraternity, also falls short of the minimum requirement of civility that is necessary for social interaction». Non si può escludere che la misura integrale della copertura del viso possa provocare uno slittamento dall'espressione di un'identità religiosa alla inibizione della relazionalità. Cfr. L. Pedullà, *L'abbigliamento religioso tra identità e compatibilità ordinamentale*, in *Federalismi.it*, 24/2016, 9; più diffusamente, C.B. Ceffa, *L'aspetto del velo. L'esibizione del copricapo islamico in Europa fra convivenza multiculturale e Stato costituzionale*, Milano, 2022, 225 ss.

[8] N. Bobbio, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1969, 1312-1329; di norme permissive o facoltizzanti scrive I. Massa Pinto, *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: "come se" fossimo fratelli*, Napoli, 2011, 142 ss., riprendendo la categoria di L. Elia.

Queste considerazioni lasciano intravedere come laicità e fraternità, seppur in termini problematici, pongano al centro del discorso politico-giuridico una medesima questione di fondo, del tutto centrale per il diritto: la coesistenza delle differenze e la conseguente ricerca di un'unità plurale[9]. La laicità mira alla convivenza delle differenze. Le varianti della laicità danno vita a declinazioni diverse del pluralismo[10]. Rispetto alla laicità, la fraternità è, da un lato, più esigente, perché – sempre che sia tenuta al riparo dalle insidie che si sono segnalate – spinge a una cooperazione tra differenze che, riconoscendosi vicendevolmente portatrici di valore, si apprezzano e non semplicemente si tollerano. Dall'altro, proprio questa tensione collaborativa e anzi comunionale è esposta al rischio della riduzione del raggio entro cui la fraternità vive. In un messaggio del 2017, Papa Francesco ha caratterizzato la fraternità come quel principio «che consente agli eguali di essere persone diverse (…) di partecipare diversamente al bene comune secondo la loro capacità, il loro piano di vita, la loro vocazione, il loro lavoro o il loro carisma di principio». Nella collaborazione, la diversità dei talenti e delle vocazioni si può esprimere a beneficio di tutti[11].

Un avvicinamento tra i due principi si può prospettare all'interno di una interpretazione, emersa nel dibattito costituzionalistico, per cui la fraternità è presentata come una meta-norma, per lo più implicita, che consente la sopravvivenza di una società conflittuale, prescrivendo una sorta di armistizio tra i portatori di visioni differenti e «il dovere supremo di non rompere il compromesso, l'armistizio, con il quale si è costituzionalizzato il conflitto»[12].

In favore di una possibilità di dialogo va anche la constatazione per cui la fraternità trova ancoraggio in una diversità di culture, come attestano vari riferimenti che storicamente hanno svolto un ruolo fondativo. Il suo radicamento multiculturale e multireligioso è dimostrato *per tabulas* dalla ricorrenza

[9] S. Prisco, *Laicità*, cit., 16: «la laicità come metodo del confronto coincide perciò con la funzione medesima – cioè l'inclusione – delle istituzioni democratiche».

[10] S. Prisco, *Laicità*, cit. 10.

[11] Messaggio alla Prof.ssa M. Archer, Presidente della Pontificia Accademia delle Scienze Sociali del 24.4.2017. Su un medesimo piano si muove la bella definizione di sussidiarietà proposta da Papa Benedetto XVI nella *Caritas in veritate* (n. 57), come «manifestazione particolare della carità e criterio guida per la collaborazione fraterna di credenti e non credenti (…). La sussidiarietà rispetta la dignità della persona, nella quale vede un soggetto sempre capace di dare qualcosa agli altri». Nella *Fratres omnes* Papa Francesco (par. 8) formula l'auspicio di «un'unica umanità, come viandanti fatti della stessa carne umana, come figli di questa stessa terra che ospita tutti noi, ciascuno con la ricchezza della sua fede o delle sue convinzioni, ciascuno con la propria voce, tutti fratelli!».

[12] I. Massa Pinto, *Costituzione e fraternità*, cit., 65-66, 109.

del principio in documenti di rilievo politico-giuridico appartenenti a contesti sociali e culturali assai diversi[13].

3. *La fraternità come universale concreto*

Questa prospettiva comune a laicità e fraternità produce riverberi di rilievo metodologico, oltre che esplicare contenuti assiologici. Se infatti la laicità chiede alla legge di incorporare elasticità, perché possa «essere adattata a specifiche situazioni singole»[14], similmente agisce la fraternità che declina il suo alto senso assiologico, a vocazione universalistica, nella concretezza di situazioni particolari. È in queste situazioni che essa rifrange la luce del principio. Per questo, si deve dire che la fraternità ha lo statuto assiologico di un *universale concreto*.

Se infatti la fraternità può essere definita come quel principio che, muovendo dal riconoscimento di una condizione di natura non elettiva – l'essere fratelli – o comunque di un legame preesistente e indisponibile, ne fa discendere un criterio di condotta personale, sociale ed eventualmente politica[15], la condizione riconosciuta come dato di partenza, nel discorso fondativo delle tradizioni laico-illuministica e religiosa, ha un'ampiezza, almeno potenzialmente, universale[16]. La Dichiarazione universale delle Nazioni Unite lo attesta con forza.

E tuttavia il movimento cruciale che la fraternità anima è quello che dal riconoscimento di questo legame, assunto come dato, conduce a una conseguente (ma non automatica) condotta di cura. Partendo infatti dal riconoscimento di una condizione universale, la fraternità non può che assumere rilievo nella circostanza o nella relazione particolare[17]. Essa è quindi chiamata a verificar-

[13] Utili e doverosi riferimenti possono essere fatti alla «Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo» delle Nazioni Unite che, all'art. 1, apre con la solenne affermazione per cui «tutti gli esseri umani (…) devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza». Anche la chiusa è in chiave (implicita) di fraternità: secondo l'art. 29, «Ogni individuo ha dei doveri verso la comunità, nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità». Meritano un richiamo il Preambolo e l'art. 1 della «Carta araba dei diritti umani», adottata con propria risoluzione (n. 5437) dal Consiglio della Lega degli Stati arabi nel 1994.

[14] S. Prisco, *Laicità*, cit., 136.

[15] F. Pizzolato, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma, 2012, 9.

[16] U. Galimberti, *L'etica del viandante*, Milano, 2023, 50 s. ha posto la «norma universale della fraternità» alla base di una «etica cosmopolitica», non però giuridicizzabile.

[17] Per Ch. Gonthier, *La fraternité comme valeur constitutionnelle*, relazione al congresso dell'ACCPUF di Ottawa del 2003, in www.accpuf.org, 725-726, la fraternità, per essere intellegibile, deve essere delimitata nello spazio e nel tempo; per questo vi è un legame tra quel principio e il concetto di comunità. Sul punto v. anche F. Gélinas, *Une justice fraternelle: éléments de la pensée de Charles Doherty Gonthier*, in *McGill Law Journal*, 55 (2010), 360 ss.; F. Viola,

si e a inverarsi nell'approdo al particolare, pena altrimenti la sterilizzazione della comunanza assunta, alla stregua di un dato inerte. Senza misurarsi sulla condotta, il legame diventa descrittivo e politicamente muto. Tantomeno può bastare il riconoscimento sociologico di un'interdipendenza ormai globale se non segue l'assunzione della corresponsabilità[18].

La dimensione comunitaria – o, meglio, di prossimità – è pertanto il luogo della manifestazione dell'universale, perché nel particolare si riflette la luce dell'universale e, al contempo, l'universale si fa carne necessariamente nel particolare. Questa caratteristica del principio di fraternità vanta, a ben vedere, basi teologiche, specie all'interno del cristianesimo, se è vero che – in questa religione – l'incarnazione è proprio il modo con cui all'uomo è dato incontrare l'Universale[19].

Il particolare è però un luogo critico e sfidante, perché pone costantemente sotto minaccia l'apertura all'universalità. Alle identità differenziate e alle solidarietà intermedie è richiesto non solo di reclamare il riconoscimento, ma di interiorizzare la consapevolezza del proprio limite nell'orizzonte dell'unità

Cristianesimo e diritto del futuro, cit., 14; L.M. Palumbo, *La fraternidad humana come categoria politico-juridica*, Buenos Aires, 2023, 304-306.

[18] F. Viola, *Cristianesimo e diritto del futuro*, cit., 15 osserva giustamente che «la strada verso una costituzionalizzazione del principio di fraternità è resa più agevole dalla crescente percezione dell'estensione planetaria dell'interdipendenza tra gli esseri umani. Quest'interdipendenza è un dato di fatto che si pone come una necessità. (…) E ciò vuol dire che c'è una prevolontarietà del rapporto sociale e una sua necessità intrinseca. Nasciamo come esseri già in relazione e dobbiamo scoprire il carattere originario e non volontario di questa relazione. In questo l'interdipendenza differisce dalla cooperazione, che è volontaria e, quindi, convenzionale». Nella *Caritas in Veritate*, al n. 19, Papa Benedetto XVI si chiede: «Questa fraternità, gli uomini potranno mai ottenerla da soli? La società sempre più globalizzata ci rende vicini, ma non ci rende fratelli»; F. Martinelli, *Una fraternità postmoderna*, in *Scienze e Ricerche*, supplemento al 15/2015, 45, osserva che «la fraternità non è pensabile come un fatto».

[19] Si v. il cap. 25 del Vangelo di Matteo, sul giudizio finale, e l'esegesi di C. Mbassi, *Matthieu 25, 31-46. Implications d'une fraternité dans l'assimilation identitaire*, in M.J. Thiel, M. Feix (eds.), *Le défi de la fraternité*, Zürich, 2018, 231 ss.; L.M. Palumbo, *La fraternidad humana*, cit., 149 ss… Sul piano non giuridico merita un richiamo la suggestiva riflessione di don Lorenzo Milani, contenuta in una lettera a Nadia Neri del 7 gennaio 1966: «Non si può amare tutti gli uomini. (…) Di fatto si può amare solo un numero di persone limitato, forse qualche decina forse qualche centinaio. E siccome l'esperienza ci dice che all'uomo è possibile solo questo, mi pare evidente che Dio non ci chiede di più» (in *Pensieri e parole di Don Milani*, Milano, 2007, 40). Si v. anche l'enciclica *Fratres Omnes*, al par. 142: «Bisogna guardare al globale, che ci riscatta dalla meschinità casalinga. Quando la casa non è più famiglia, ma è recinto, cella, il globale ci riscatta perché è come la causa finale che ci attira verso la pienezza. Al tempo stesso, bisogna assumere cordialmente la dimensione locale, perché possiede qualcosa che il globale non ha: essere lievito, arricchire, avviare dispositivi di sussidiarietà. Pertanto, la fraternità universale e l'amicizia sociale all'interno di ogni società sono due poli inseparabili e coessenziali. Separarli conduce a una deformazione e a una polarizzazione dannosa».

e di rinunciare alla tentazione di piegare al particolare la totalità. La cura nel cenacolo fraterno non deve pregiudicare il convitato assente e la sua possibile e attesa inclusione.

Nella direzione del riconoscimento della fraternità come universale concreto vanno apporti direttamente attinenti alla dimensione politico-giuridica. Nell'art. 1.2 della citata Carta araba dei diritti dell'uomo, si prescrive la necessità di

> insegnare ad ogni persona umana negli Stati arabi la fierezza della propria identità, la lealtà al proprio paese, l'attaccamento alla propria terra, alla propria storia e al comune interesse, instillando in ogni persona una cultura di fratellanza umana, tolleranza ed apertura verso gli altri, in conformità con i principi e valori universali e con quelli proclamati negli strumenti internazionali sui diritti umani.

Identità particolare (araba) e apertura umana universale sono impastati.

Nell'esperienza rivoluzionaria francese, l'universalità – di natura – si incarna anzitutto nella forte declinazione patriottica del principio, che convive, subito dopo, con l'aspirazione a ideali (e conseguenti politiche) antidiscriminatori, volti cioè a estendere l'eguaglianza, assumendo il punto di vista della minoranza esclusa[20]. La *fraternité* rivoluzionaria ha infatti ispirato misure di protezione degli stranieri ed è stata invocata come principio di lotta alla schiavitù. A essa si sono richiamati, esigendone il rispetto, popoli e minoranze oppressi: celebri sono la rivolta degli schiavi, guidata da Toussaint Louverture, a Santo Domingo (Haiti) nel 1791, e il discorso di Martin Luther King sul sogno «della fratellanza» tra neri e bianchi negli USA. L'estensione universalistica non rimane anelito astratto, ma fonda l'urgenza del coinvolgimento concreto nella sorte degli esclusi.

Il luogo privilegiato di questa rivelazione dell'universale è sorprendentemente la fragilità. È nella fragilità che l'esperienza particolare incontra e rivela l'universale condizione umana[21]. In questa predilezione, si coglie un elemento di significativa convergenza tra le declinazioni religiose (cristiana, ma non solo) e laiche della fraternità, poiché, in entrambi i discorsi fondativi, questa si risolve in condivisione della sorte dei più vulnerabili. La fraternità è così tradotta,

[20] M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Paris, 1993, 213-214 e 269 ss.

[21] F. Pizzolato, *Il principio costituzionale di fraternità*, cit., 92 ss.; F. Miano, *Il sogno della fraternità* universale, cit., 73: «In questa prospettiva, contano allo stesso modo, pur non essendo comparabili, sia i gesti concreti, unici e irripetibili, relativi a persone concrete, le concrete esperienze di fraternità, sia le azioni politiche di ampio raggio volte alla trasformazione della realtà e tali da configurarsi in modo più stabile e duraturo».

alle soglie del giuridico, come declinazione orizzontale della solidarietà, riscaldata però dalla compassione, dalla corresponsabilità e dalla prossimità della cura. L'accostamento tra fraternità e solidarietà è facilmente documentabile e ampiamente giustificato.

La decisione del Conseil constitutionnel francese del 2018[22], nota per aver per la prima volta esplicitamente utilizzato come parametro costituzionale il principio di fraternità, facendone la matrice di una «libertà di aiutare gli altri», ha saldato significativamente i due versanti: quello della solidarietà (orizzontale) e quello dell'accoglienza verso gli stranieri irregolari.

In questa vocazione alla concreta compassione si disvela un altro tratto caratteristico della fraternità: quello per cui essa non funziona per il tramite di procedure impersonali o di strutture «organizzate burocraticamente, (ch)e non possono offrire quel rapporto affettivo e affettuoso, da persona a persona, che è la fraternità»[23]. La fraternità è un ideale caldo, un principio che si volge in passione e in partecipazione personale alla sorte del fratello. Essa coniuga sussidiarietà e solidarietà. Può pertanto dirsi che la fraternità intrecci diritto ed emozioni[24], diritto e virtù, diritto e principi morali. Essa ricerca l'alleanza tra il diritto e altri formanti della relazione sociale, assumendo pertanto – a dispetto della critica che le è stata rivolta – il senso del limite del diritto, contro la tentazione di una pan-giuridicizzazione dell'ordinamento dei rapporti sociali.

Al contempo, per questa vocazione intrinseca, la fraternità si traduce in fattore di *politicità* dei diritti, nel senso che li inquadra costantemente nel contesto della relazione e della corresponsabilità. I diritti sono orientati dal riferimento alla fraternità a diventare fattore di costruzione di una repubblica animata dalla corresponsabilità, ad alimentare libertà collettive che generano strumenti di emancipazione dalla vulnerabilità.

4. *Un pluralismo repubblicano*

La monumentale ricerca di M. Borgetto ha ricostruito, nelle altalenanti vicende politiche francesi post-rivoluzionarie, la presenza di un raccordo sicuro

[22] Decisione n. 2018-717/718 QPC del 6 luglio 2018.

[23] E. Morin, *La fraternità, perché? Resistere alla crudeltà del mondo*, tr. it., Roma, 2020, 13 e 29: «in modo più o meno consapevole, la comunità vissuta delle fraternizzazioni comporta una sostanza avvolgente quasi materna»; F. Viola, *Cristianesimo e diritto del futuro*, cit., 13: «la solidarietà può riferirsi a legami deboli sostenuti da un generico sentimento di compassione per i bisogni e le sofferenze di esseri simili a noi. Si tratta in questo caso di una solidarietà tra anonimi o tra coloro che non hanno alcuna comunanza significativa, una solidarietà che presuppone relazioni impersonali, mentre la fraternità presuppone relazioni interpersonali».

[24] Su questa sconnessione, v. ora M. Coudrais, *Riumanizzare il diritto. Prefazione di Michel Maffesoli*, tr. it., Milano-Udine, 2023, 41 ss.

tra *fraternité* e ideale repubblicano. In tale legame preferenziale si è espressa la dimensione politico-istituzionale della fraternità. La Repubblica ha rappresentato la difesa delle conquiste della Rivoluzione, impegnando i cittadini in una lotta comune e patriottica. Per questa via, la *fraternité* si afferma come ideale agonico, che chiama all'attiva partecipazione politica e che reclama l'esercizio delle virtù civili per la costruzione e la difesa della convivenza repubblicana. Vi è anche traccia di un collegamento tra ideale fraterno e la composita tradizione politico-morale del repubblicanesimo e poi tra il repubblicanesimo e la costituzione come garanzia del pluralismo[25].

Se si considera l'ordinamento costituzionale italiano, l'accostamento tra fraternità – implicita nel riconoscimento della solidarietà nell'art. 2 – e Repubblica rinsalda la correlazione di quel principio con il pluralismo e con l'idea di laicità[26]. La Repubblica è espressione dello Stato-comunità, comprensivo delle sue differenti articolazioni istituzionali e sociali. Essa è pertanto immagine di un'unità composita e plurale, chiamata ad alimentarsi e ad arricchirsi delle differenze. Antitetica alla concezione repubblicana è una visione dell'unità costruita per elisione o neutralizzazione delle differenze. L'articolo 5 Cost., con la sua dialettica di unità e autonomie, e il divieto di ricostituzione del partito fascista sono due delle disposizioni in cui, con maggiore evidenza, si esprime la natura pluralistica, aperta e laica della Repubblica. Lo stesso si potrebbe dire con riguardo al rapporto con le confessioni religiose (articoli 7 e 8), come sancito dalla Corte costituzionale (soprattutto nella sent. 203/1989), nonostante le vischiosità della tradizione culturale e la tentazione del collateralismo di potere[27].

Il pluralismo costitutivo del popolo, sancito dalla Costituzione, vale a confermare la parentela etimologica tra laicità e *laòs*, popolo[28]. Il popolo costituzionale è intrinsecamente plurale e irriducibile a una sola voce. La fraternità può essere il principio che rinsalda e insieme allarga l'orizzonte di questa pluralità, nella direzione dell'alleanza dei popoli, secondo gli auspici della Dichiarazione universale delle Nazioni Unite, ma perfino estendendola oltre la prospettiva

[25] Su queste connessioni, v. P. Pettit, *Repubblicanesimo. Una teoria della libertà e del governo*, tr. it., Milano, 2000, 135 ss.; C.R. Sunstein, *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, tr. it., Bologna, 2009, 73.

[26] S. Prisco, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato laico*, Napoli, 1986, 116. Non a caso, nel dovere di fedeltà alla Repubblica, si è vista una traduzione costituzionale del principio di fraternità: I. Massa Pinto, *Costituzione e fraternità*, cit., 127 ss.

[27] Significativa la ricostruzione di D. Menozzi, *Costituzione italiana: articolo 7*, Roma, 2017, 126, ma *passim*.

[28] Con riferimento alla laicità francese, v. E. Poulat, *Laicità: confusioni e oscurità*, in *Contemporanea*, 4/2007, 657 ss.

antropocentrica[29], fino ad abbracciare la biodiversità e le generazioni future, secondo il novellato articolo 9 della Costituzione. In questo modo, la fraternità opera come viatico di una convivenza accogliente per la vita presente e protesa verso quella futura.

[29] È la via indicata da U. GALIMBERTI, *L'etica del viandante*, cit., 436 ss., e, prima ancora, dall'accezione francescana di fraternità.

Marco Plutino[*]

UN PREMIO IN SEGGI IN COSTITUZIONE?

SOMMARIO: – 1. Premi di maggioranza e democrazia "maggioritaria". – 2. Il premio di maggioranza previsto nel d.d.l. costituzionale "Meloni-Casellati". – 3. Il premio in seggi tra modelli di sistemi elettorali, storia costituzionale e sparute, e fallimentari, esperienze comparate. – 4. A mo' di appendice. I vecchi statisti avevano le idee più chiare di noi? Su alcune idee e argomentazioni di Luigi Sturzo e Giovanni Amendola.

1. *Premi di maggioranza e democrazia "maggioritaria"*

Nel testo del disegno di legge costituzionale presentato dal governo e approvato in prima lettura dal Senato della Repubblica il 18 giugno 2024 figura una modifica dell'articolo 92 della Costituzione che aggiunge alcuni commi, tra cui il seguente: "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".

Nessuna riflessione compiuta può investire questo comma senza considerare la sua interazione con le restanti norme della Costituzione e con le altre revisioni prospettate. L'ambizione di questa riflessione è più modesta. Si intende dare corso ad una valutazione sintetica su un punto limitato, eppure nient'affatto secondario, dell'attuale progetto di revisione: la previsione di un "premio", di cui si offrono alcune caratterizzazioni e per la cui restante parte si rinvia ad una disciplina di una futura "legge" contenente la regolamentazione del "sistema per l'elezione delle Camere e Presidente del Consiglio". Codesto premio opera nel cuore del progetto di revisione della forma di governo, che muove dal tipino parlamentare più o meno tradizionale di un governo che dipende dalla fiducia delle camere nell'ambito di un rapporto scarsamente razionalizzato transitando verso una meno certa qualificazione, sia a causa dell'innovazione del Presidente del Consiglio direttamente eletto dal corpo elettorale che, soprattutto, della previsione di una serie di razionalizzazioni ulteriori delle relazioni tra gli organi costituzionali che interagirebbero con l'elezione diretta del Presidente del Consiglio e con il premio.

[*] Associato di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale, m.plutino@unicas.it.

In via del tutto preliminare, risponde ad una evidenza del diritto comparato che non sono frequenti i casi di Costituzioni che includono riferimenti di principio o regole attinenti al sistema elettorale. Tali casi però non sono più neanche del tutto sporadici nelle nuove generazioni del costituzionalismo. Tuttavia è patrimonio comune del diritto costituzionale occidentale che laddove si vogliano dettare regole o principio relativi al sistema elettorale bisogna utilizzare continenza e prudenza. Nel nostro ordinamento, in particolare, si registra una nutrita riflessione scientifica che ha sottolineato l'oculatezza della scelta del Costituente di non definire regole o principi a livello nazionale in tema di sistema elettorale (né di menzionare la "legge elettorale" o la "legislazione elettorale" salvo poche previsioni indirette rilevanti ad altri fini) per non irrigidire il sistema costituzionale e politico rispetto ad esigenze sopravvenute e urgenti che si venissero a manifestare. La legislazione elettorale è stata in sostanza considerata una "materia" costituzionale sul piano sostanziale ma non sul piano positivo-formale. Ciononostante la nostra Costituzione contiene, e non potrebbe non contenere, alcune previsioni relative alla cd. normativa elettorale di contorno, alla disciplina dei diritti politici ed elettorali, alla formazione delle assemblee parlamentari. Il silenzio costituzionale riguarda pertanto in particolare la cd. formula elettorale, ovvero il meccanismo di traduzione di voti in seggi, le istruzioni ("l'algoritmo") che trasformano un *input* in un *output*, consentendo la riduzione insita nel rapporto rappresentativo. Appare perciò una novità importante la prefigurata introduzione in Costituzione di un segmento di un sistema elettorale che, pur da meglio definire in sede di legislazione ordinaria, appare molto caratterizzato e altrettanto caratterizzante. A ben vedere, il revisore costituzionale appare intenzionato ad occuparsi del sistema elettorale e della legge elettorale nella misura in cui possa tornare utile, o tale si ritenga, al fine di definire non tanto una forma di governo intesa in senso strutturale-formale, quanto una democrazia, e un *certo* tipo di democrazia, in senso funzionale. In ogni caso, la previsione di un premio in seggi in Costituzione sarebbe un *unicum* a livello mondiale tra le democrazie compiute.

Il premio, che può meno enfaticamente e più tecnicamente denominarsi quali "seggi aggiuntivi", ovvero ulteriori a quelli attribuiti dal dispiegarsi dalla formula elettorale in senso stretto (intesa come la formula matematica di attribuzione dei seggi in base ai voti ottenuti da ciascun candidato o partito), è un meccanismo o un istituto che per certi versi appare estraneo a codesta formula elettorale in senso stretto e che si sovrappone ad essa. Parte di una formula – potrebbe dirsi: un "algoritmo" – più ampia, il premio in seggi va qualificato alla luce del modo e delle condizioni in cui opera. Siccome esistono molti tipi di premi e non poche classificazioni, e la discussione finirebbe per travalicare interamente nella modellistica e nella tassonomia, in questa sede

faremo riferimento a questi aspetti per quel poco che risulta dalla previsione costituzionale ed è necessario alla fine di formulare una valutazione di sintesi, pur consci fin da subito che le specificazioni affidate alla legge ordinaria a cui fa riferimento la norma costituzionale sono fondamentali nella traduzione in atto della volontà del legislatore di revisione. Ad esempio la "garanzia" in senso giuridico di un'iniziale maggioranza potrebbe ben tradursi nella legge attuativa in un'ipotesi di premio eventuale, non attribuito qualora una serie di liste formalmente collegate risultasse all'esito delle elezioni già dotata di una maggioranza assoluta di seggi. Ma ciò dipenderebbe dalle modalità di interazione del premio con i sistemi di elezione del Presidente del Consiglio e delle camere parlamentari. La necessità che sia "garantita" una maggioranza escluderebbe alcune tipologie di premio, come ad esempio quelle consistenti in un numero fisso di seggi potenzialmente non idoneo ad offrire una garanzia iniziale di una maggioranza (cd. *bonus system*), per cui la soluzione del numero fisso (ancorché, al limite, eventuale e condizionato) di seggi aggiuntivi sarebbe possibile solo se interagente con la necessità, affermata in sede giurisprudenziale, di una soglia minima ragionevole di consenso, in modo da predeterminare un esito (cd. sistema a *jackpot*).

Molto dipenderà, pertanto, dal modo in cui la legge tradurrà in azione la proposta revisione costituzionale, che intende delineare alcune caratteristiche e salvaguardare alcuni interessi.

In generale però possiamo affermare che un premio in seggi è sempre stato giustificato solo in presenza di certe condizioni e in funzione di un determinato obiettivo assunto e da perseguire entro certi limiti. Il revisore nella disciplina proposta sembra aver voluto preservare una forma di equilibrio costituzionale, quantomeno in riferimento al sistema elettorale, prevedendo un premio correlato funzionalmente ad un obiettivo (la garanzia di una maggioranza assoluta in ciascuna camera) e ad un limite ("nel rispetto del principio di rappresentatività e di tutela delle minoranze linguistiche").

Va notato inoltre che la previsione a livello costituzionale di un "premio", configurabile, come vedremo, quale "di maggioranza", presuppone una definizione di "premio" che integrerebbe un parametro costituzionale, che escluderebbe la possibilità di adottare soluzioni pur di natura disproporzionale ma non definibili come "premi", ma d'altra parte solo i premi, anzi alcuni di essi, consentono una garanzia di una maggioranza iniziale nelle due camere.

Sul piano dei sistemi elettorali, un premio in seggi – sia esso di maggioranza o no, fisso o variabile. etc. – viene normalmente inquadrato entro un sistema elettorale proporzionale, di cui costituirebbe una correzione in senso disproporzionale (o, se si preferisce, distorsivo). Tuttavia un sistema elettorale "a premio" potrebbe essere anche considerato come sistema misto, dove il

premio (ed ancor più nettamente un premio di maggioranza) rappresenterebbe la componente maggioritaria del sistema[1]. *Focus* del presente contributo non è solo o tanto una critica alla previsione di un premio alla luce della fattura tecnica o della indeterminatezza della fattispecie, ma di dar corpo ad una riflessione che muovendo dal diritto positivo intende formulare alcune riflessioni critiche sull'inserimento di un premio in seggi in Costituzione alla luce della natura ambigua, controversa, discussa dei premi, che residua anche all'esito di una corretta definizione di premio la quale, come anticipato, avrebbe natura parametrica.

Prima però di entrare nell'esame strettamente tecnico, occorre però spendere alcune considerazioni sul retroterra culturale, che non è solo uno sfondo ma probabilmente una parte del problema. Non sfugge che la previsione del nuovo art. 92 Cost. rappresenta, in continuità con un'altra tradizione tutta italiana, un segmento fondamentale di una forma di governo di tipo "direttista" la quale cerca di conseguire una "governabilità" producendo *ope legis* una "democrazia maggioritaria". In realtà entrambe le espressioni andrebbero chiarite, ma basterà rilevare che l'assunto di partenza del revisore costituzionale è che la garanzia di una maggioranza iniziale a sostegno di un Presidente del Consiglio

[1] Giovanni Sartori ascrive, con qualche puntualizzazione, i premi però siano "di maggioranza" ai sistemi maggioritari (G. SARTORI, *Ingegneria costituzionale comparata*, Bologna, 1995, 20) e storicamente tra i costituzionalisti Pierandrei fu tra i primi a notare che il premio di maggioranza era un tentativo di ibridazione di logiche al fine di orientare un risultato, da cui desunse una dubbia costituzionalità del medesimo. F. PIERANDREI, *Considerazioni giuridiche sulle ultime elezioni politiche italiane e sulle leggi ad esse relative*, in *Jus*, 1953, 350. A parte l'intuizione pregevole, l'esame tecnico probabilmente non era ancora adeguato alle necessità delle argomentazioni e, pertanto, i dubbi di legittimità costituzionali erano a nostro avviso non sufficientemente motivati. Sulla posizione di Sartori v. *infra*.

Se il premio fosse riconducibile ad una formula maggioritaria un sistema "a premio di maggioranza" che sia davvero tale potrebbe dovrebbe essere considerato un sistema "misto" del tipo "a combinazione indipendente" e del sottotipo "a coesistenza", perché caratterizzato dall'applicazione geograficamente differenziata di due formule elettorali: in particolare il premio, necessariamente nazionale, sarebbe attribuito in un collegio unico nazionale, mentre gli altri seggi (peraltro distribuiti prima vengono distribuiti normalmente a livello di collegio (in tal caso, spesso plurinominale) o circoscrizioni proporzionali. Ma il punto è che il premio non è frutto davvero dell'applicazione di una formula maggioritaria (sia pure riferita ad un collegio anomalo, nazionale), perché viene assegnato sulla base dei risultati della formula di base. Per questa ragione i sistemi a premio di maggioranza sono un caso a sé di sistemi misti (A. CHIARAMONTE, *Tra maggioritario e proporzionale. L'universo dei sistemi elettorali misti*, Bologna, 2006, 206 ss.), sostanzialmente dei proporzionali "corretti", mentre è impossibile offrire una qualificazione dei sistemi "a premio" genericamente (ma tecnicamente) intesi, quali apportatori di seggi aggiuntivi frutto di una distribuzione successiva, in quanto hanno caratteristiche troppo diverse. Su questi punti in ogni caso v. *infra*.

eletto dovrebbe garantire, con l'ausilio di altri congegni, una stabilità dell'organo governo tale da tradursi, almeno potenzialmente, in efficienza[2].

Un sistema elettorale è certamente in grado di incidere sul rendimento di una forma di governo. Nulla vieta di perseguire la prospettiva di un "governo di legislatura", da intendersi come un unico governo nella legislatura (meglio se giunta a scadenza naturale), o di un "mandato popolare" (inteso: di governo), quale espressione certamente impropria sul piano giuridico, e quindi del tutto convenzionale, intenderemo un governo che abbia una legittimazione in qualche modo riferibile in modo significativo al corpo elettorale. Le due formule dovrebbero interagire al fine di consentire al governo di attuare il proprio programma nell'arco della legislatura quale svolgimento di un "contratto" stipulato con gli elettori. Non si indugerà in questa sede sulla circostanza che la questione fondamentale dei governi nelle forme parlamentari è la compattezza e la omogeneità della maggioranza, e sull'abusata osservazione che esistono governi stabili e incapaci o inefficaci e governo di breve durata e incisivi, per cui non è vero che la durata dei governi è precondizione di efficienza. Esistono, indubbiamente, ragioni esogene (*in primis*: il livello raggiunto dal processo di integrazione europea) e interne (la crisi del sistema dei partiti) che effettivamente depongono per una incentivazione della durata dei governi. Esiste una forte spinta culturale a dotare, pure nelle forme parlamentari, gli esecutivi di una qualche legittimazione elettorale. Tuttavia questo armamentario concettuale deve rendersi compatibile con gli assetti fondamentali delle democrazie liberali. Una visione sostanzialistica delle cose, politologica (o di una certa politologia), fortemente impregnata di semplificazioni indotte dalla comunicazione politica, non può mettere tra parentesi bastioni del costituzionalismo liberal-democratico come la libertà del mandato parlamentare. D'altro conto, il premio, inteso in prima battuta quali seggi aggiuntivi attribuiti ad una maggioranza (almeno relativa ma comunque dotata di un livello di consenso adeguato), non può che offrire un vantaggio iniziale, mentre spetta ad ulteriori

[2] Sul tema c'è veramente poco da aggiungere alle sintetiche precisazioni di G. SARTORI, *Ingegneria costituzionale comparata*, cit., 125-128 sul rapporto tra stabilità ed efficacia dell'azione di governo, con argomenti che ha ripreso e chiosato in innumerevoli occasioni da commentatore delle vicende istituzionali italiane. Sulla sua scia D. FISICHELLA, *Elezioni e democratica. Un'analisi comparata*, Bologna, 2008, 314: "La stabilità del governo non basta da sola […] un governo in effetti può essere stabile ma non omogeneo, stabile ma non efficiente, stabile ma non efficace". Sulla influenza dei sistemi elettorali sulla stabilità governativa e l'efficacia dell'azione di governo, nella riflessione costituzionalistica, F. LANCHESTER, *Sistemi elettorali e forma di governo*, Bologna, 1981, 184 ss. e ID., *Ciò che la storia potrebbe insegnare*, in *La riforma elettorale*, a cura di Astrid, Firenze, 2007, 246, con esplicito riferimento ai premi: "chi richiede il premio di maggioranza tenta di blindare i poli sul piano elettorale, ma poi non assicura che gli stessi siano coesi efficienti sul piano parlamentare".

razionalizzazioni eventualmente, oltre che al ruolo della politica, di preservare la durata di un governo. Nell'operare costituzionale di tali meccanismi la libertà del parlamentare può risultare variamente incisa in via sostanziale, cioè si determina un condizionamento, anche se non un vincolo di ordine giuridico. Esiste una zona grigia tra la piena vigenza e la preservazione di principi irretrattabili del costituzionalismo e alcune delle pretese della democrazia maggioritaria, definibile con formula ancora più esplicita come "democrazia immediata"[3], che si pongono in contrasto con precise disposizioni costituzionali. La più importante linea di tensione non passa neanche attraverso la questione del libero mandato parlamentare ma investe la disciplina delle crisi di governo e, ancor più, alle condizioni per sciogliere le camere. Il premio di maggioranza insiste, abbiamo detto, entro una concezione funzionale della democrazia, che vede in esso uno strumento principe di suo inveramento. Un premio può, a seconda dei casi, *fabbricare* una maggioranza in seggi, *rafforzare* una maggioranza in seggi (già esistente) o, infine, offrire comunque un *vantaggio competitivo* alla maggiore maggioranza relativa in seggi (anche se neanche con i seggi aggiuntivi dovesse raggiungere la maggioranza assoluta). Beninteso, si tratterà sempre e comunque, in tutti i casi, di un vantaggio *iniziale*, che va preservato nel corso della legislatura con sapienza politica e, se si ritiene, con l'aiuto di ulteriori forme di razionalizzazione. Non rientra nelle finalità di questa riflessione un esame compiuto delle possibili interazioni delle varie razionalizzazioni previste nella proposta governativa. Tuttavia si può notare una contraddizione insita nel disegno con riferimento al premio in seggi quale normalmente esso è inteso, cioè come rafforzamento di una maggioranza.

Se il revisore ha inteso favorire la prospettiva che un Presidente del Consiglio direttamente eletto dai cittadini, e come tale investita da un "mandato popolare" in senso tecnico, e governi per la legislatura, va registra la possibilità che egli sia sostituito in corso di legislatura. Benché il premio nelle diverse configurazioni possibili della legge possa essere collegato alla sua persona o, alternativamente, alla maggioranza emergente dalle urne, va sottolineato che neanche la "sua" maggioranza è preservata. L'unica garanzia è che il Presidente subentrante sia un parlamentare collegato al (ex) Presidente eletto (tramite una lista collegata, verosimilmente). D'altra parte, anche la maggioranza che dà la fiducia iniziata al Presidente eletto potrebbe essere in parte (o, teori-

[3] Su questa discussa categoria e le sue implicazioni v. M. Plutino, *Dinamiche di una democrazia parlamentare. Assetti rappresentativi e sviluppi istituzionali*, Roma, 2015, 87 ss., ma *passim*, nonché Id., *In margine alle etichette di "prima" e "seconda" repubblica. Ovvero, la democrazia rappresentativa in Italia e la sua crisi*, in *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, a cura di A. Morelli, 2015, Milano, 71 ss. e Id., *Partiti e democrazia a settant'anni dalla pubblicazione del "classico" di Maurice Duverger,* in *Passaggi costituzionali*, 1/2012, 381 ss.

camente, del tutto) differente da quella oggetto del collegamento e garantita dal premio. In quest'ultima circostanza però lo schema del mandato popolare sopravviverebbe quantomeno in una (contestabile) concezione di democrazia di investitura. Nel caso del subentro di altra figura, l'unico collegamento con il premio resta la volontà del Presidente eletto di dare corso a questa eventualità, in quanto è nel suo potere, nell'attuale formulazione del progetto, impedirlo. Il premio in seggi per la realizzazione di una democrazia immediata diventa un mero non veto sulla prosecuzione della legislatura con un governo presieduto da un Presidente. Il possibile esito è davvero limitato, alla luce delle premesse culturali. La tormentata e articolata soluzione, tuttora oggetto di riflessione, appare evidente frutto della consapevolezza, tardiva ma benvenuta, della eccessiva rigidità insita in alcune formule cd. neo-parlamentari[4]. Non è escluso certo un mutamento di maggioranza, incluso il famigerato "ribaltone", mentre restano esclusi solo governi presieduti da non parlamentari o da parlamentari non strutturalmente collegati nel processo elettorale con il Presidente eletto. Queste considerazioni appaiono le uniche possibili circa la relazione tra la previsione del premio e la dinamica della forma di governo, comunque sottoposte all'indeterminatezza di fattori per nulla secondari, come la compiuta regolamentazione del premio e delle elezioni.

Venendo ora alla disciplina del premio in quanto tale come attualmente prevista, la nostra riflessione è orientata dalla convinzione, già anticipata e sulla quale si tornerà, che i premi di maggioranza non sembrano aver trovato ancora una sistemazione sufficientemente compiuta e risolta nell'ambito della riflessione modellistica dei sistemi elettorali e dei modelli democratici. Viene rico-

[4] Su questo aspetto sospeso tra modellistica e cultura istituzionale v. tra gli altri S. Prisco, *Forse la volta buona? Istruzioni scettiche per riforme costituzionali (e non solo) finalmente condivise*, Paper, 7 giugno 2023, in *federalismi.it*, 1 ss. Questo lavoro è dedicato a festeggiare a Salvatore Prisco, Maestro della scuola napoletana, il quale mi ha onorato nel tempo della sua Amicizia e mi ha reso interlocutore, fin dal tempo del (mio) dottorato, di un dialogo scientifico e culturale dal quale ho molto imparato. Nella sua Opera, e in particolare nei vari contributi sulla rappresentanza e sulla forma di governo, ritrovo i migliori motivi della nostra comune scuola, dalla quale abbiamo (Salvatore, quantomeno, certamente) imparato ad evitare scorciatoie e diffidare da semplificazioni mediante la costante valorizzazione del potenziale di elasticità dei modelli e un'attenta preservazione del valore della rappresentanza politica, all'insegna di una ricerca continua di un equilibrio tra la difesa del ruolo della politica e quella del ruolo prescrittivo della Costituzione formale. Sempre aperti ad una riflessione, riformista, di manutenzione e aggiornamento della Costituzione noi, e Salvatore magistralmente, abbiamo coltivato la ferma convinzione della fondamentale validità dei modelli parlamentari quali soluzioni organizzative non solo più flessibili e adatti in un mondo in veloce e costante trasformazione ma, come riteneva Aldo Moro (e fu ribadito felicemente dal Presidente Napolitano in uno storico messaggio), anche a vedere nelle forme parlamentari espressioni privilegiate di realizzazione del principio della sovranità popolare.

nosciuto anche nelle valutazioni di sintesi della più approfondita trattazione disponibile: il premio, al netto di tutte le declinazioni, è "in-definito" e mal-definito"[5]. Pertanto procederemo innanzitutto a identificare le caratteristiche del premio così come disciplinato nel progetto: fonti di disciplina, descrivere del premio e suo modo di funzionare, ivi compresi i limiti. Passeremo successivamente alla ricostruzione della natura dei premi in seggi al fine di illustrare come le problematiche discendenti dalla fattura della proposta di revisione siano destinate a rafforzarsi alla luce di una scomposizione analitica dei premi, forse atta a dare conto anche del rarissimo, e per lo più fallimentare, ricorso ad essi nella esperienza comparata, in ogni caso solo a livello legislativo.

[5] A. CHIARAMONTE, *Il premio di maggioranza: cosa è, come varia, dove è (stato) applicato*, in *Il premio di maggioranza*, a cura di ID., G.TARLI BARBIERI, Roma, 2011, 15. L'affermazione appare davvero fondata. Basti far riferimento a due autorevolissimi studiosi di diverse discipline. Il costituzionalista e comparatista P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1972, 322, non poco esperto di sistemi elettorali, sosteneva la possibilità di immaginare un premio per coalizioni di forze che avessero ottenuto una maggioranza (assoluta) di voti validi, ma non di seggi. Tuttavia l'autore, con riferimento alla legge per l'elezione dell'assemblea nazionale francese dei primi anni '50, parla di maggioranza di voti validi *nel collegio*, e pone questo sistema "a premio" (di collegio) in relazione all'applicazione pura del sistema maggioritario sottolineando le rilevantissime potenzialità distorsive di quest'ultimo. All'illustre Autore sembra sfuggire la macroscopica differenza pratica e concettuale tra un premio di collegio e un premio in un collegio unico nazionale, tanto che estende il suo ragionamento alla legge Acerbo, contestata solo perché il premio, troppo grande, veniva assegnato ad una maggioranza relativa; p. 322 n. (per una conferma p. 318 n. ove assimila la legge francese del 1951 alle leggi italiane). Ma il collegio unico nazionale, come diremo meglio nel testo di seguito, non è un collegio, almeno non nel senso tradizionale del termine. Gli elementi comuni tra la legge italiane e la legge francese sono la possibilità di collegamento (apparentamento) e il premio (anche se non chiamato così, al tempo, in Italia), ma la "cifra elettorale unica" (per usare le parole dell'autore) poi distribuita tra le liste collegate viene considerata a livello di collegio nella legge politica francese del 1951 e a livello di collegio unico in quelle italiane, e di conseguenza diversa è la scala di attribuzione del premio. Come nota A. CHIARAMONTE, *Premio*, *ult. cit.*, 16, è discutibile l'ascrizione da parte di Giovanni Sartori, uno dei massimi studiosi di ingegneria istituzionale, al campo maggioritario (G. SARTORI, *Ingegneria costituzionale comparata*, cit., 20). Ma, a riprova della scivolosità del tema, l'autore del rilievo critico, pur tra i nostri maggiori esperti di sistemi elettorali, cade a sua volta nel banale errore di assimilare in modo del tutto improprio il premio di maggioranza vero e proprio (cosiddetto "esplicito") con il cd. premio di maggioranza implicito che discende semplicemente, come l'autore ben sa, dall'applicazione del principio maggioritario nell'ambito suo proprio e che notoriamente può avere effetti anche potenzialmente molto distorsivi a livello sistemico (v. A. CHIARAMONTE, *Premio, ult. cit.*, 111). Chiaramonte opera l'assimilazione al fine di contestare alcuni presunti limiti di ragionevolezza ma l'assimilazione è priva di senso. La distinzione tra le due situazioni è ripresa sotto l'angolo visuale di una discussione su disproporzionalità "buone" o "cattive" da R. D'ALIMONTE, *Il premio di maggioranza: questioni di principio*, *ult. cit.*, 219, con totale assenza di sensibilità costituzionalistica nell'ambito dell'affermazione, pur in sé corretta, difficilmente contestabile che la governabilità – e l'*accountability* – è maggiormente assicurata da un premio unico nazionale che non da una collazione di risultati a livello di collegio.

Le pagine seguenti, pur occupandosi in buona misura dei premi in quanto tali, non considereranno l'esperienza dei libelli sub-statali anche in ragione della differenza dei parametri operanti per ciascun livello di governo, e che pongono certamente i più delicati problemi per il livello nazionale. Tuttavia molte argomentazioni addotte possono considerarsi valevoli in relazione ad ogni premio in seggi.

2. *Il premio di maggioranza previsto nel d.d.l. costituzionale "Meloni-Casellati"*

Possiamo ora identificare gli elementi costitutivi del "premio" come contenuti nella prima deliberazione del disegno di legge di modifica con particolare riferimento all'articolo 92 Cost. Il premio:

a) è normato, per quanto non previsto dalla Costituzione, da una legge che "disciplina il sistema per l'elezione delle Camere e del Presidente del Consiglio";
b) è assegnato "su base nazionale";
c) deve "garantire una maggioranza dei seggi in ciascuna delle Camere alle liste e ai candidati collegati al Presidente del Consiglio";
d) deve rispettare "il principio di rappresentatività e di tutela delle minoranze linguistiche".

Il primo punto, una norma *sulla* produzione, indica una divisione di compiti tra la Costituzione e la legge statale, mentre i restanti tre punti indicano le tre caratteristiche fondamentali che deve avere il premio. A ben vedere, il primo punto contiene una scelta non meramente procedurale nella misura in cui sembra affidare alla legge (una?) sia l'elezione diretta del Presidente del Consiglio e quella delle Camere. L'indicazione lessicale non appare decisiva alla luce delle usuali potenzialità ermeneutiche, ma è alquanto rafforzata dalla connessione sintattica con il terzo punto, che sembra indicare elezioni contestuali e fortemente connesse sul piano sistematico, fino ad un'unica possibile legge, ma sarebbe la prima volta in Italia di un bicameralismo disciplinato *ex novo* da un'unica legge ancorché contenente, come è tuttora indispensabile, due distinti, anche se largamente consonanti, sistemi elettorali[6].

La sussistenza di differenze strutturali tra le camere parlamentari comportando la necessità di due distinte leggi reca con sé il rischio che il premio venga attribuito a due maggioranze politiche diverse, praticamente trasformato un

[6] La legge 3 novembre 2017, n. 165, nota come Rosatellum *bis* dal nome del parlamentare ideatore, disciplina sia l'elezione della Camera dei Deputati che del Senato della Repubblica, sostituendo la precedente legge elettorale del 2015 (cd. Italicum), valida per la Camera dei Deputati (mai utilizzata) e la previgente legge Calderoli n. 270 del 2015 in vigore per il Senato della Repubblica.

potenziale vantaggio per la governabilità in un serio danno. Questo rischio può essere scongiurato soltanto con la soluzione di razionalizzazione di collegare il premio all'elezione presidenziale (eventualmente anche con secondo turno di ballottaggio), trascinando la maggioranza. Ma in tal caso il premio potrebbe essere attribuito a forze verosimilmente collegate formalmente al candidato P.d.C. anche se non risultanti di maggioranza relativa in una o perfino in entrambe le camere. Si può notare subito la differenza con l'unico caso sperimentato di elezione diretta del premier, in Israele, dove il premio era assente e lo scenario del "generale senza esercito" veniva indicato come una criticità della forma di governo, sebbene il sistema fosse agevolato dalla soluzione monocamerale. Nell'ipotesi delineata il premio sarebbe correlato ad una maggioranza di voti (relativa o assoluta, ottenuta al primo turno o ad un eventuale ballottaggio) relativamente ad una carica monocratica, e non ad una maggioranza (relativa) di ciascuna assemblea. Se il premio invece fosse collegato alle maggioranze assembleari, conformemente all'idea di seggi aggiuntivi alla maggioranza (solo relativa, nel caso che il premio fosse eventuale), allora sorgerebbe il rischio di un Presidente del Consiglio senza maggioranza o con la maggioranza in una sola camera (cd. anatra zoppa).

Restano, come si vede, spazi in bianco molto rilevanti, che la legge dovrà definire in modo da non sollevare rilievi di costituzionalità. Questi punti sono ovviamente oggetto di discussione accesa e le minoranze parlamentari giustamente ritengono la discussione sulla prossima (o prossime) leggi elettorali come un punto qualificante, un "convitato di pietra", per orientare la propria valutazione sulla riforma costituzionale, quando non chiedono che essa sia modificata per offrire copertura costituzionale a ulteriori segmenti dei sistemi elettorali attualmente rimessi alla legge. Qui emerge, una ulteriore differenza con il caso israeliano, dove l'assenza di una vera e propria costituzione scritta rendeva il confezionamento della disciplina relativamente più semplice.

Ad ogni modo la regolamentazione legislativa costituisce davvero un aspetto essenziale per valutare la capacità del modello proposta di permanere non solo nella forma di governo parlamentare ma in un assetto costituzionale equilibrato. Personalmente abbiamo più volte espresso e argomentato l'opinione che un assetto cd. neo-parlamentare simil-regionale o simil-comunale sarebbe di assai dubbia legittimità costituzionale, a partire dall'eccessiva ingessatura offerta dalla clausola che collega in modo indissolubile l'organo monocratico all'assemblea ma esso è escluso nello stato della deliberazione. Ciò non vuol dire che ogni altra forma di razionalizzazioni, con particolare riferimento al potere di crisi ma non solo (si pensi alla durata dei mandati presidenziali e alle possibili rielezioni), anche nelle loro interazioni, possano essere al riparo da censure. D'altra parte sono comprensibili le preoccupazioni che una volta

optato per una forma di elezione diretta del vertice esecutivo (peraltro tuttora denominato Pd.C.) dia luogo ad una legittimazione che venga presto dispersa nella libera dinamica parlamentare ed endo-governativa. Per questa ragione la elezione diretta, un *unicum* a livello comparato, viene affiancata intanto da un premio di maggioranza previsto in Costituzione, altro *unicum*, e da ulteriori previsioni razionalizzanti inerenti la mancata fiducia iniziale e la disciplina delle crisi di governo. Tuttavia abbiamo già notato che i decantati obiettivi del "governo di legislatura" e del "mandato popolare" si riducono potenzialmente a ben poca cosa: non alla corrispondenza necessaria tra legislatura e Presidente eletto né alla corrispondenza tra maggioranza inizialmente collegata con il Presidente e legislatura, ma ad un sorta di centralità decisionale del Presidente del Consiglio dimissionario (o non investito dalla fiducia) sulle sorti della legislatura.

Quanto premio, il carattere nazionale (viene conferito su "base nazionale") appare scontato in quanto un premio in seggi o è conferito su base unitaria, dunque nazionale, o *non* è un premio[7]. Un premio è infatti un contingente di seggi aggiuntivi che non può limitarsi ad essere meramente tale, perché è funzionalmente collegato alla soddisfazione di determinati interessi che si considerano in qualche modo presenti in Costituzione affinché, in quanto "regalo" in seggi, conservi una sua ragionevolezza del "se" (distinta dalla ragionevolezza del "come"). Si è anzi spesso già notato che la base nazionale non eviterebbe la frustrazione dei propositi funzionali del premio nell'eventualità che dovesse essere attribuito a ciascuna camera: da cui il già indicato rafforzamento dell'esigenza di collegarlo al candidato alla Presidente del Consiglio, con soluzione che però presta il fianco a sua volta a dubbi e obiezioni. La progettata revisione, nel mantenimento dell'investitura fiduciaria, mostra a ben vedere non solo di voler confermare l'assetto parlamentare (che potrebbe declinarsi con una fiducia implicita, tanto più in assenza di clausola *simul…simul* che lo pone radicalmente in discussione) ma la consapevolezza che i seggi del premio vanno mantenuti fin dal primo giorno della legislatura, e che quindi, a ben vedere, non è realmente garantita neanche una maggioranza *iniziale*. Lo corrobora ulteriormente la circostanza, piuttosto clamorosa, che nonostante il premio che "garantisce" la maggioranza, la Costituzione la revisione contempli espressa-

[7] Tale che appariva veramente bislacca la previsione di premio di maggioranza a livello regionale per l'allora Senato della Repubblica previsto dalla legge 270 del 2005. Prima ancora dell'intervento della Corte C. Pinelli, *Problemi costituzionali della legge elettorale vigente e del referendum abrogativo determina sue disposizioni*, in *I mutamenti della forma di governo tra modificazioni tacite e progetti di riforma*, a cura di M. Siclari, Roma, 2008 notava come il premio previsto fosse "del tutto aleatorio" e che non essendo calcolabile in sede nazionale risultava "incongruo rispetto a una competizione elettorale" e pertanto un "premio che rinnega se stesso"-

mente l'ipotesi, che *prima facie* dovrebbe essere remota, che il Presidente eletto e il suo governo non ottengano la fiducia alla prima votazione e la considerazione medesima anche di un secondo voto non favorevole. La circostanza si può spiegare in due modi, che non si escludono a vicenda. *In primis*, con una certa dose di falsa coscienza, vi potrebbe essere la consapevolezza che la legittimazione diretta possa comportare uno stile di direzione del Presidente del Consilio con possibili forzature politiche e di compagine (che in una logica di classico accordo di coalizione non troverebbero spazio), con possibili esiti infausti. In secondo luogo ma prima ancora, non bisogna dimenticare che un forte elemento strutturale di tensione potenziale deriva dalla circostanza che il candidato alla Presidente del Consiglio che si presenta all'elettorato viene scelto sulla base di un accordo politico pre-elettorale (verosimilmente sulla base di sondaggi) ma che solo le elezioni misurano i voti effettivi delle forze politiche a lui collegate, per cui, per quanto sia poco probabile, il *surplus* di legittimazione politica potrebbe ritrovarsi in contrasto con le evidenze delle votazioni[8].

Come è evidente il premio cala in un contesto non privo di ambiguità (nonché tensioni interne al tentativo riformatore), segnalate da una disciplina articolata, se non sofferta, probabilmente non definitiva. Appare modellisticamente poco coerente, anche se la dottrina sembra in prevalenza di opinione contraria, l'ipotesi di un Presidente del Consiglio direttamente eletto ma sfiduciabile, in quanto l'elezione popolare e diretta dà corpo ad un mandato, mentre per logica dovrebbe potersi dimettere, provocando però elezioni presidenziali: dati però subordinati al legame tra sistemi elettorali e organi su cui la riforma tace.

In altre parole, un premio è sicuramente connesso concettualmente alla governabilità, e, più riduttivamente, alla stabilità, ma alla luce della concreta ipotesi di disciplina nello stato attuale non è chiaro di *chi* e di *cosa*[9], mentre è

[8] Da qui l'ulteriore questione di disciplinare con legge la ipotesi di un voto disgiunto, il quale peraltro anche a livello locale è a nostro avviso foriero di notevoli problematiche.

[9] In questo senso appare una anomalia la proposta (che si deve a G. Pasquino), in un lontano passato, di costruire un sistema elettorale a "doppio premio" (uno di maggioranza, una di minoranza) al fine di polarizzare un sistema politico attorno alle due forze principali del sistema, con fine molto contingente di garantire sia una maggioranza che valorizzare la maggiore minoranza. La proposta, che declinava in modo specifico quella istanza di equilibrio che si ritiene insito nell'adozione dei premio, tuttavia lascia emergere la funzione praticamente sempre strumentale dei premi rispetto ad obiettivi specifici e contingenti. Nel caso specifico, se è vero che l'adozione di un premio non può non considerare una tutela delle minoranze o una funzione di garanzia, soltanto un embrione di statuto costituzionale della Opposizione avrebbe potuto offrire, forse, un'idonea copertura alla operazione pensata comunque sul piano legislativo. Diversamente, il premio avrebbe prodotto accanto alla disproporzionalità a favore della maggioranza anche una significativa disproporzionalità interna alle minoranze. Si può discutere se il fine fosse meramente politico o di pregio istituzionale (lo sblocco della cd. *conventio ad excludendum*) ma appare evidente che da un limite piuttosto pacificamente riconosciuto come insito in un

chiaro che il principio della legittimazione parlamentare (e con esso le prerogative del Capo dello Stato) viene inciso rimettendo gran parte delle dinamiche possibili alla volontà del Presidente eletto e riducendo contestualmente lo spazio del Presidente della Repubblica.

In ogni caso la natura nazionale del premio, quale aspetto essenziale e connaturato è affermato dalla Corte costituzionale nell'ambito di una valorizzazione delle duplici istanze di governabilità e di tutela del principio rappresentativo e delle minoranze: "le disposizioni censurate sono dirette ad agevolare la formazione di una adeguata maggioranza parlamentare, allo scopo di garantire la stabilità del governo del Paese e di rendere più rapido il processo decisionale, *ciò che costituisce senz'altro un obiettivo costituzionalmente legittimo*" (punto 3.1 considerato in diritto, corsivo nostro)[10].

Con ciò veniamo, appunto, alla necessità di un equilibrio sotteso al premio tra ragioni della governabilità e ragioni delle minoranze ovvero del rispetto del principio rappresentativo. Tralasciando il limite delle minoranze linguistiche, non perché non sia rilevante, ma perché fa ombra, almeno fino ad un certo punto al ragionamento, la formulazione è chiaramente prodotto, in assenza di

premio quale la tutela delle minoranze, si passava ad una doppia funzione di un premio, ovvero la sovra-rappresentazione delle forze di governo e della maggiore minoranza, non altrettanto accreditato a livello scientifico e discutibilmente rispondete ad interesse di rilievo costituzionale.

Una versione molto particolare di doppia premialità, ma operante a livello di circoscrizionale (quindi non un premio in senso proprio, secondo la nostra definizione), configurante anche un sistema maggioritario limitato ma privo di vera garanzia proporzionale, fu ad esempio un sistema adottato in passato in Argentina in base al quale in ciascuna circoscrizione due terzi dei seggi erano attribuiti alla lista con numero maggiore di voti (ovvero di maggioranza relativa) e il rimanente terzo alla seconda lista più votata. Applicandosi a circoscrizioni o grandi collegi plurinominali (similmente ad una proporzionale) era una forma di sovra-rappresentazione sia del primo che del secondo partito, a scapito degli altri, a differenza ad esempio di un sistema classicamente maggioritario limitato quale quello adottato in passato in Paraguay, dove in un'unica circoscrizione nazionale due terzi dei seggi venivano attribuiti al partito più votato e l'altro terzo distribuito proporzionalmente dagli altri. Su questi sistemi ibridi se si vuole D. FISICHELLA, *Elezioni e democratica*, cit., 163 ss.

[10] Per inciso se la Corte ammette seggi aggiuntivi – diciamolo chiaramente: un vero e proprio "regalo" in seggi, in nome di certi interessi – le sue considerazioni, riferite in concreto ad un premio di maggioranza, consentono di dare tanto per scontato l'ammissibilità del caso di seggi aggiuntivi in quota fissa ad una maggioranza relativa ma dotata di soglia minima per accedere al premio. È vero che dal giorno successivo le dinamiche parlamentari potrebbero anche consentire un effetto aggregativo, ma sembra insito nel ragionamento della Corte un effetto di favore verso la governabilità indotta dal ricorso al premio che potrebbe mettere in discussione una possibile copertura costituzionale di premi non idonei neanche inizialmente a raggiungere lo scopo. Tanto più che la Corte appare consapevole di un difetto insito in ogni tipo di premio, e ben rilevato nelle ordinanze di remissione, ovvero di favorire aggregazioni anche eterogene al fine di conseguire il premio, una vera e propria esternalità negativa insista nel meccanismo. Sul punto v. *infra*.

una significativa esperienza di diritto positivo comparato, degli scrupoli che dottrina e giurisprudenza hanno sottolineato nel tempo, volta a identificare un punto di equilibrio e di bilanciamento tra le ragioni sottese. Benché vi sia una certa dose di audacia a riproporre, per di più in Costituzione, un premio di maggioranza alla luce di una giurisprudenza della Corte costituzionale che è intervenuta con declaratorie plurime di incostituzionalità in relazione ai premi, non senza passaggi argomentativi severi, va tuttavia notato che proprio gli spazi aperti dalla Corte costituzionale hanno legittimato, se non incoraggiato, questo approccio. La Corte costituzionale, senza mai interrogarsi davvero sulla natura del premio (che è cosa diversa dagli interessi che serve, o dalle considerazioni sul peso del voto in uscita, che sono comuni ad ogni disproporzionalità), ha senza dubbio implicitamente avallato il ricorso al meccanismo, distinguendo (sempre implicitamente) tra premi di governabilità costituzionalmente legittimi e illegittimi. In tal modo ha lasciato intendere che la questione dei premi (come del resto quella degli sbarramenti, di cui diremo *infra*) è in sostanza di misura ("il come" di cui dicevamo *supra*), attinente al parametro di proporzionalità-ragionevolezza, quali ricavabili *in primis* dagli artt. 1, 3, 48 Cost.[11].

[11] Tra la copiosa dottrina in tema di eguaglianza in ragione dei premi di maggioranza v. soprattutto V. Piergigli, *Premio di maggioranza ed eguaglianza del voto. Osservazioni a margine della sentenza Corte cost., n. 1 del 2014*, in *Ianus*, 2014, n. 10, 37 ss. ed ivi numerosi riferimenti dottrinali. La Corte ha definito il suo controllo attinente al controllo sulla "manifesta irragionevolezza" (punto 3.1 *Considerato in diritto* sent. Corte cost. n. 1 del 2014) alla luce della volontà di preservare la discrezionalità del legislatore in relazione alla legge costitutiva delle assemblee rappresentative.

Va ricordato che in ragione della pregressa giurisprudenza sui referendum in base alla quale la Corte non valuta in sede di ammissibilità profili attinenti alla normativa di risulta, nella sentenza n. 15 del 2008 afferma (punto 6 "considerato in diritto") candidamente che "l'abrogazione richiesta dal quesito referendario avrebbe, per esplicita ammissione dei sostenitori dell'inammissibilità, solo l'effetto di rendere più probabile l'attribuzione dei 340 seggi ad una lista con un numero di voti relativamente esiguo". In tal modo la Corte legittimava lo svolgimento di un referendum il cui esito abrogativo avrebbe comportato l'aggravamento delle problematiche relative ad una clausola palesemente incostituzionale, quale la previsione di un premio senza soglia minima di consenso. La Corte afferma che "è sufficiente, ai fini della valutazione del quesito in sé e per sé, rilevare che la sua ammissibilità non può dipendere da possibili esiti futuri, molteplici e imprevedibili, tali da aggravare, o non, carenze già esistenti nella legge vigente", e, pur accompagnandola da una considerazione quasi-monitoria, concludeva di non poter valutare dati se non nella loro "assoluta oggettività", come se una potenzialità di per sé non sia un fatto oggettivo costituzionalmente rilevante (non è la mera potenzialità dei sistemi maggioritari di essere distorsivi *anche* a livello complessivo che conduce, innanzitutto la giurisprudenza, a dare per scontato che i premi, in quanto semplici seggi aggiuntivi, presuppongano a base dei sistemi proporzionali?). D'altra parte la considerazione nel merito di questa potenzialità in termini di ammissibilità del quesito, avrebbe anticipato un giudizio di costituzionalità perché solo alla sua stregua si sarebbe potuto individuare un limite di ordine giuridico all'ammissibilità. In questa ottica, F. Lanchester, *Ciò che la storia potrebbe insegnare*, cit., 246 auspicando una pronuncia di inammissibilità

La posizione assunta della Corte era abbastanza prevedibile alla luce di un lungo retroterra di posizioni assunte dalla riflessione scientifica. Perfino Carlo Lavagna, l'illustre studioso che pervenne perfino ad individuare un vincolo costituzionale implicito in Costituzione in relazione all'adozione di formule proporzionali, pure legato indissolubilmente e più di chiunque altro al concetto di "garanzia" (costituzionale, istituzionale, procedurale, etc.), arrivava a concedere che "un limitato premio di maggioranza, in verità, potrebbe anche essere ammesso, secondo la nostra Costituzione; nella quale c'è, è vero, il principio della proiettività e della rappresentanza delle minoranze, ma anche il principio, proprio di tutti i sistemi, della funzionalità delle organizzazioni di governo"[12]. Ci si può limitare a notare che questo ultimo argomento non presuppone necessariamente un premio, che in ogni caso l'autore ammette e ritiene costituzionalmente con limitazioni di ordine quantitativo da contenersi entro ragionevolezza: "se questo proprio fosse molto, elevato, o fosse attribuito a maggioranze molto relative, allora esso verrebbe a deformare il sistema rendendolo incostituzionale"[13]. Appare evidente che una simile premessa faccia scendere il diritto costituzionale su un piano aritmetico di quantificazione del premio, in termini percentuali, assoluti o relativi. Non si ravvisa, in altre parole, alcun limite di tipo modellistico inerente alla manipolazione delle formule elettorali, e la Corte d'altra parte non ha reiterato in tema materia elettorali limiti modellistici che ha prospettato in tema di forma di governo (regionale), ma solo limiti attinenti agli interessi protetti[14].

Ora, è vero che gran parte delle operazioni interpretative che hanno a che fare con diritti e interessi fondamentali della Costituzione sono di bilanciamento ma tale bilanciamento non è di norma di tipo quantitativo-aritmetico, ma

del quesito alla luce delle "conseguenze di una sua recezione per la sopravvivenza dei <principi supremi> dell'ordinamento costituzionale", aggiungendo che "per troppo tempo il tema dei limiti alla manipolativa del referendum è stata rinviata sulla base di una interpretazione formalistica che oramai ha superato ogni limite di sopportabilità. È doveroso non accodarsi di esprimere con forza la propria opposizione ad un meccanismo che nei risultati farebbe apparire la "legge Acerbo" uno strumento sostanzialmente speculare".

[12] C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1979, 572.

[13] Allo stesso modo i rilievi di Crisafulli alla legge del 1953 furono di natura quantitativa, giudicandosi sproporzionato il premio. Sul punto v. la discussione coeva in M. Gregorio, *Il premio di maggioranza nel pensiero costituzionale italiano*, in *Premio*, a cura di A. Chiaramonte, G.Tarli Barbieri, *op. cit.*, 69 ss.

[14] In particolare la Corte ha affermato che la soglia per ottenere il premio di maggioranza è "volta a bilanciare i principi costituzionali della necessaria rappresentatività della Camera dei deputati e dell'uguaglianza del voto, da un lato, con gli obiettivi, pure di rilievo costituzionale, della stabilità del governo del Paese e della rapidità del processo decisionale dall'altro" (punto 6 del "Considerato in diritto", Corte cost. sent. n. 37 del 2017). Nel caso, si trattava della soglia minima del 40% per ottenere il premio relativa alla Camera dei deputati.

semmai passa, nel più rigoroso dei casi, attraverso stazioni o *tests* che pesano i sacrifici e gli interessi. In questo caso, la matematizzazione di valutazioni giuridiche non sembra un progresso verso l'oggettività. Un limite quantitativo, anzi, farebbe emergere ancora più evidentemente, rispetto ad ogni altro bilanciamento, il carattere (quasi) arbitrario insito in ogni soglia di ragionevolezza. Una aritmetizzazione collegata ai *quorum*, almeno, assumerebbe un significato diverso, rifluendo verso un ragionamento logico-sistematico. Su tale piano, si può subito notare però, che se l'entità del premio potrebbe essere ragionevolmente ancorata ai *quorum*, d'altra parte viene a insistere su una Costituzione che vede alterate dal premio, piccolo o grande che sia, le logiche palesemente proporzionalistiche su cui si basa (v. ad es. l'art. 138 Cost.) dal premio. In altre parole, potrebbe sostenersi che i *quorum* accettano l'inevitabile alea delle disproporzionalità delle leggi elettorali (anche le leggi proporzionali lo sono) mentre potrebbero soffrire eccessivamente la logica di un regalo vero e proprio in termini di seggi. L'argomento verrà riproposto in seguito su un piano più tecnico. Qui basterà ricordare che anche i *quorum* sono un vincolo di ordine logico-parametrico più esplicito di un supposto (e dalla Corte riconosciuto) diritto a governare di pregio costituzionale, peraltro configurato deresponsabilizzando il parlamento e affidandosi al governo "uscito dalle urne". D'altra parte, va detto anche che senza ulteriori razionalizzazioni il premio può essere facilmente vanificato dall'operare di dinamiche parlamentari, ma in tal caso se la questione dei *quorum* si sdrammatizza è pur sempre vero che la legislatura resta segnata dal retaggio di un "regalo" che ormai ha esaurito la sua funzione (fallendo). Il premio in seggi potrebbe addirittura tradursi in un ostacolo alla creazione di un governo con una stabile maggioranza prodotto per via politica (di cd. legittimazione parlamentare). L'inserimento di un premio di maggioranza in Costituzione in ogni caso aggrava l'urgenza di intervenire sul testo costituzionale per preservare la linea di separazione tra indirizzo politico e garanzia (e indirizzo) costituzionale. Il tema non è che la Costituzione non presupponesse l'eventualità di una maggioranza assoluta, ma che prevede per l'insediamento del governo e per tutta un'altra seria di atti costituzionali e decisioni una maggioranza relativa quanto la Costituzione oggi viene a garantire giuridicamente che il governo abbiamo almeno una maggioranza assoluta iniziale.

Su un piano diverso, per non dire contrapposto, seguendo un approccio più pragmatico e disincantato, la questione dei *quorum* potrebbe essere intesa come una tecnica come un'altra, utile per quanto possibile, ma nulla di più. Questo approccio valorizzerebbe ad esempio la circostanza che una elevata disproporzionalità è sempre possibile nei sistemi elettorali, in particolare maggioritari, ma anche qui, altro è prevederla *ope legis*. Un argomento più solido è forse consiste forse nel notare che la possibilità di innalzare i *quorum* è molto

limitata e anche se v'è uno spazio ragionando su frazioni diverse da quelle in uso oggi, bisogna evitare il rischio di ingessare la Costituzione (basti tenere a mente la vicenda dell'art. 79 Cost…). In realtà l'atteggiamento della dottrina e della giurisprudenza sembra caratterizzato da una tensione interna, perché di massima si propugna o si consente l'uso simultaneo della tecnica dei *quorum* aggravati e dei premi, anche di maggioranza, purché ragionevoli. Una parte molto minoritaria della dottrina contesta esclusivamente i premi che "fabbricano" una maggioranza, ma è favore di limitati premi di cd. governabilità[15]. Una ragionevolezza dei premi, tantopiù di maggioranza, in rapporto ai *quorum* attraverso un sentiero stretto, ma percorribile. Sia dottrina che giurisprudenza sono state in ciò accomunate da un approccio di tipo puramente quantitativo (semplificando: un premio purché ridotto), o, per meglio dire, misto quanti-qualitativo (semplificando: un premio purché ragionevole, quindi anche significativamente ampio, purché capace di preservare certi equilibri, da cui discussioni su modalità e condizionalità varie). Una soluzione incoraggiata da *quorum* formulati in termini frazionari, ma che presuppone e dà per scontata l'ammissibilità dei premi.

Forse non è inutile osservare, a conclusione del discorso e prima di affrontare a fondo il tema della natura dei premi, che il *favor* per la governabilità ha anche altre forme per essere incentivato, a partire da qualunque formula proporzionale corretta, prima e ancora più che attraverso disproporzionalità attinenti a formule maggioritarie (da distinguere nettamente dalle leggi a premio), che hanno effetti poco prevedibili. Un sistema a base proporzionale dotato di un ragionevole fattore dis-proporzionale difficilmente porrebbe problemi con riferimento ai *quorum* nella misura in cui gli effetti distorsivi fossero impliciti

[15] Rarissime posizioni fortemente critiche sui premi, ed in particolare premi di maggioranza, sono riportate da G. Ferri, *I sistemi elettorali delle camere dopo le sentenze della Corte costituzionale (n. 1/2024 e n. 35/2017) e della legge n. 165/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017, n. 3, 23 n. in una linea di pensiero di forte continuità con le posizioni di Lavagna e con attenzione soprattutto alla questione del "peso" del voto in uscita. In dottrina poi ci sono obiezioni diffuse relative alla concezione della democrazia (plebiscitaria, identitaria, etc.) sottesa di premi o, in generale, alla idea di democrazia maggioritaria, ma generalmente non si traducono in un esame tecnico critico stringente dei premi quanto soprattutto della cultura loro sottesa. Non conosciamo saggi di riflessioni critica sui premi che cercano di tenere insieme il punto strettamente tecnico della natura dei premi (di maggioranza o meno) con il piano della forma di Stato e della legalità costituzionale. Un picco di attenzione per i profili di approfondimento tecnico si è registrato in relazione al premio concesso all'esito del ballottaggio previsto dal cd. *Italicum*, ma il taglio delle argomentazioni giocoforza riguardava più il processo elettorale e la natura dei doppi turni che il premio in quanto tale. Sul punto però si può vedere, per una considerazione più esplicita inerente la praticabilità di sistemi cd. *majority assuring*, D. Casanova, L. Spadacini, *Il ballottaggio nazionale tra liste: la sentenza della Corte cost. n. 35 del 2017 e il* de profundis *per i sistemi* majority assuring, in *Osservatorio costituzionale Aic*, 2017, n. 2, in part. 12.

(come ad esempio attinenti alla dimensione delle circoscrizioni) mentre una proporzionale corretta per via dello sbarramento avrebbe una minima incidenza sulla valenza dei *quorum* ma potrebbe porre problemi di tipo teorico – per chi li avverta come tali – per alcuni aspetti non dissimili ai premi di maggioranza.

La scelta dei premi però non è casuale, perché è guidata dalla volontà di predeterminare un certo risultato. Per ora ci limitiamo a concludere che la clausola di equilibrio posto dal revisore costituzionale non esclude un premio di maggioranza, che trasformi una maggioranza relativa in assoluta, ma se il premio fosse agganciato alle camere, si potrebbe dare l'eventualità di una maggioranza diversa. Se il premio, invece, fosse agganciato all'elezione del Presidente del Consiglio, non sarebbe escluso che possa andare ad una semplice minoranza (cioè ad un insieme di forze collegate non corrispondenti alla maggioranza relativa). Appare invece scontato che nel primo caso il premio possa servire a non a rafforzare una maggioranza assembleare ma a fabbricarla.

Nelle prossime pagine però seguiremo un approccio di più radicale discussione dei premi in seggi *in quanto tali* provando a mettere in luce ambiguità, contraddizioni e, forse anche abusi insiti nella loro creazione[16]. Questo approccio indubbiamente meno accomodante ma sicuramente versante impervio alla luce dello stato attuale della riflessione scientifica, intende discutere la cittadinanza dei premi in seggi nel costituzionalismo democratico occidentale e, pertanto, nell'ordinamento costituzionale italiano, andando oltre i parametri attualmente richiamati, facendo leva su alcuni nodi di ordine teorico e, per così dire, ingegneristico.

3. *Il premio in seggi tra modelli di sistemi elettorali, storia costituzionale e sparute, e fallimentari, esperienze comparate*

Il premio in seggi delineato nella revisione, per quanto genericamente tratteggiato, vanta alcune caratterizzazioni abbastanza nette, che valgono a distin-

[16] È un compito sicuramente difficile, che però costituisce il cuore della presente riflessione. Beninteso, se tale tentativo non apparisse convincente, tanto da incontrare puntuali e fondate obiezioni, chi scrive non esiterebbe a ripiegare sull'approccio attualmente diffuso di scendere sul piano di ricerca di un equilibrio di tipo matematico tra la possibilità di garantire una maggioranza iniziale e il limite esterno del rispetto del principio di rappresentatività e tutela delle minoranze, ovvero di un premio la cui entità (oltre che altri caratteri) resti sindacabile. In questa direzione il tentativo più rigoroso alla ricerca di un parametro costituzionale il più possibile oggettivo è di G. Lodato, S. Pajno, G. Scaccia, *Quanto può essere distorsivo il premio di maggioranza? Considerazioni costituzionalistico-matematiche a partire dalla sentenza n. 1 del 2014*, in *www.federalismi.it*, n. 9/2014, 1 ss. ove il primo autore figurava come Associato di Astronomia e astrofisica all'Università di Milano e offre un contributo nel saggio di tipo matematico.

guerlo da altri tipi di premi, e che qui isoliamo dalle altre previste nella revisione che qui non rilevano ai fini della economia del discorso (in particolare ciò che attiene alle possibili soglie e alla ragionevolezza in funzione di difesa di un principio garantistico o minoritario). Il premio è: corrisposto a livello nazionale e deve garantire una maggioranza. Nella non frequente terminologia politologica internazionale si direbbe *majority guaranteed* o *majority assuring*. Si noti tuttavia che si tratta di espressioni che nel linguaggio politologico vengono riferite o a tecniche del tutto generiche (come la previsione di *quorum* decisionali maggioritari) o, in campo elettorale, a meccanismi anche diversi dai premi dove le "garanzie" e le "assicurazioni" non hanno il significato dell'espressione del linguaggio giuridico[17]. Tra i premi in seggi alcuni hanno la caratterizzazione di assicurare una maggioranza (iniziale) e quello previsto dalla revisione vi rientra, prescindendo dalle suindicate questioni inerenti al bicameralismo perfetto e al modo in cui verrà configurato rispetto ai sistemi di elezione. Come abbiamo anticipato, una volta garantita (e neanche è detto…) la maggioranza iniziale, la sua preservazione è consegnata ad eventuali meccanismi politici e istituzionali di tipo diverso, che vanno dalla soluzione politica di una omogeneità sociale, politica e culturale delle forze di maggioranza all'esistenza di meccanismi di razionalizzazione, quindi congegni giuridici, come la sfiducia costruttiva, forme di scioglimento automatico o altro ancora. Le nostre notazioni investono i premi in seggi in quanto tali, ma non c'è dubbio che la storia dei sistemi elettorali "a premio" (finora leggi "a premio") sia strettamente una vicenda di premi di maggioranza, soprattutto nel contesto ordinamentale italiano. V'è una precisa ragione che non è solo fattuale, ma più precisamente di ordine storico-teorico-modellistico. Questa ragione è da ravvisare nello stretto legame concettuale che c'è tra i premi in seggi e il principio (elettorale) maggioritario e, ancora, con una certa idea di democrazia o del regime rappresentativo, che di recente è stata detta "democrazia maggioritaria" e che può riassumersi nell'idea che vi sia una legittima aspettativa di un diritto a governare in funzione di rapporto di responsabilità tra governanti e governati. Questa idea è emersa nella storia d'Italia in anni in cui la governabilità non era più assicurata dalla ristrettezza

[17] Vengono ascritti all'espressione anche semplici meccanismi incentivanti (come sbarramenti, sistemi elettorali molto distorsivi, doppi turni o premi di governabilità) che magari in contesti specifici producono il prevedibile risultato che un governo abbia la maggioranza, come un modesto premio in seggi pensato (di nuovo l'uso congiunturale!) un partito predominante ma minoritario. In questo caso siamo davanti a meccanismi giuridici che non costituiscono vere e proprie garanzie giuridiche. Analogamente in casi in cui il risultato è giuridicamente assicurato, in forza di un meccanismo giuridico alla luce del quale si realizza una condizione che non può che condurre ad una maggioranza, come nella discutibile ipotesi di un doppio turno di coalizione o di un semplice meccanismo di ballottaggio con il quale in un collegio una maggioranza relativa a sostegno di un candidato viene trasformata in assoluta.

sociale della rappresentanza politica ma in tempo successivo alla polemica per la "trasformazione dei partiti" (chiamata, con accezione spregiativa: trasformismo), quando semmai le identità partitiche e di classe emergono distintamente nell'ambito della nascente democrazia di massa. Il diritto a governare e il tema di una responsabilità di tipo elettorale emergono dunque negli anni '20 dalle convulsioni e dalla paralisi della politica di massa e negli anni' 50 per limitare i rischi di quello che poi si sarebbe detto il pluralismo polarizzato, dove una parte dello schieramento partitico non era legittimato ad accedere al governo. Quelle istanze poi sono state riprese a partire dagli anni '80 e solo con il crollo del primo sistema dei partiti repubblicano (1992-1993) si è tradotto, perfino, in anni recenti nell'adozione di leggi a premio di maggioranza a tutti i livelli (tranne quello dell'elezione del parlamento europeo, dove è stato escluso). Perfino sul piano della proposta politica vi è stato un momento in cui si è registrato un consenso quasi unanime per leggi nazionali a premio, nel senso che tutti i progetti presentati dai vari gruppi erano, in pratica, di questo genere.[18]. Solo

[18] Per avere un'idea del clima dell'epoca basti pensare che le critiche alla legge a premio del 2015 erano assai diffuse e severe, ma praticamente tutte le alternative proposte mantenevano il tratto del premio, variamente configurato. Si ricordi ad esempio il progetto Doris Lo Moro (Pd)-Donato Bruno (Pdl), combinazione di sistema proporzionale di tipo spagnolo e premio di maggioranza alla lista o alle liste apparentate che conseguissero a livello nazionale almeno il 40% dei voti, con previsione di un doppio turno di ballottaggio nel caso in cui la lista o le liste apparentate non fossero riuscite ad aggiudicarsi il premio al primo turno. Similmente in sede dottrinale il Professore D'Alimonte in quegli anni, e non solo, ha proposto un sistema chiamato "doppio turno di lista o di coalizione" articolato e non maggioritario a doppio turno ricalcante per quanto possibile il modello del sindaco, ove la lista o l'insieme delle liste che al primo turno ottengono almeno il 40% dei voti si aggiudicano il 55% dei seggi. Un modello simile è stato proposto dall'autore insieme a Violante nell'ambito dei lavori dei cd. saggi nominati dal governo Letta. Tale modello non ha mai riscontrato consensi importanti né in campo costituzionalistico né in campo politologico, tanto che anche in quest'ultimo campo, pure per ragioni metodologiche più portato alla sperimentazione e comunque per natura meno sensibile alla prescrizione costituzione e alle sue possibilità interpretative, il 1 novembre 2013 ben cento politologi (tra cui Sartori) su L'Espresso pubblicarono un appello che propugnava un doppio turno di collegio senza premio di maggioranza con sbarramento del 15% per l'accesso al secondo turno. Nello stesso mese al Senato, dove si discuteva di riforma elettorale, un ordine del giorno a firma Pd, Scelta civica e SeL chiedeva un doppio turno di coalizione con ballottaggio per avere una maggioranza chiara e certa. Nella proposta del Partito Democratico il premio andava conferito in prima istanza alla lista che avesse ottenuto la maggioranza assoluta dei seggi in modo da avere 340 seggi alla Camera e 170 al Senato oppure secondo una indicazione alternativa almeno il 40 o il 45% dei voti (grosso modo la soluzione D'Alimonte-Violante). Il Pdl dal canto suo era per una proporzionale con premio di maggioranza per le forze che avessero ottenuto almeno il 35% dei consensi, ma non presentò alcuna proposta in commissione. La prima commissione del Senato bocciò di misura il doppio turno di lista o coalizione. Erano giorni in cui pendevano le questioni di costituzionalità inerenti la legge numero 270 del 2005 che la Corte avrebbe affrontato il 3 dicembre. In quelle settimane la Lega riproponeva una sorta di ritorno alla legge Mattarella del

successivamente è subentrata una maggiore cautela in alcuni settori culturali e politici pur senza recedere, talora, da quella visione della democrazia sottesa che abbiamo chiamato "maggioritaria" o "immediata".

La dottrina repubblicana ha sempre oscillato tra un inquadramento del premio di maggioranza come una forma di correttivo ad un sistema proporzionale (anche se in fatto è stato proposto anche nell'ambito di sistemi basati su maggioritari di collegio[19]) e la qualificazione di una legge che preveda il premio come maggioritaria per definizione. Il dilemma ricostruttivo forse avrebbe meritato maggiori attenzioni. Appare chiaro che un premio in seggi e, più specificamente, un premio di maggioranza sia un rimedio fortemente ingegneristico che intende a supplire a carenti circostanze di tipo culturale politico, per non dire sociale, come quell'omogeneità che una volta veniva resa, perfino, come un fattore "spirituale". Vi sarebbe da accertare se si tratti di un surrogato funzionale efficace oppure se, al contrario, non impedisca la realizzazione di un lavoro politico verso la realizzazione di quella omogeneità di proposta politica e sociale, da noi già indicata in precedenza, che appare la via maestra per la governabilità intesa rettamente. Qui si intende mostrare che al di là delle ricostruzioni teoriche relative al premio, esso nasce storicamente sul tronco di una crescente articolazione dei sistemi elettorali, che si accentua dalla seconda metà dell'Ottocento, in stretto raccordo tra diritto costituzionale, scienze sociali e politiche, e politica del tempo. Da un lato inizia l'era dei sistemi proporzionali, visti come più prevedibili, equilibrati e rappresentativi delle nuove identità partitiche di massa (a scapito della rappresentanza di tipo territoriale,

1993, dove però il 25% dei seggi non veniva utilizzato come formula di recupero proporzionale ma come premio, di cui però non venivano fornite indicazioni molto specifiche. Queste ipotesi fanno da precedente prossimo alla legge che fu varata pochi mesi dopo, nell'ambito di un protagonismo politico di Renzi il quale, divenuto subito dopo segretario Pd, aveva proposto una rosa di sistemi tutti caratterizzati da un premio di maggioranza e dalla sua attribuzione in un eventuale secondo turno di ballottaggio. Intanto la Corte costituzionale veniva a colpire la legge elettorale vigente e a offrire spunti più precisi per un possibile premio di maggioranza, mentre il neo-segretario del Pd volle lo spostamento della discussione sulla legge elettorale presso la Camera dei deputati ove giaceva dal 10 dicembre una proposta Nicoletti (primo firmatario) che riprendeva in sostanza gli spunti di D'Alimonte e veicolati dallo stesso Renzi fino all'approvazione della legge 6 maggio 2015, n. 52 (cd. Italicum), presto dichiarato incostituzionale a sua volta dalla Corte costituzionale proprio in relazione al congegno del ballottaggio per l'attribuzione del premio.

[19] In questo caso sorge un ulteriore problema, in quanto il premio normalmente viene comunque ipotizzato come attribuito in sede di collegio unico nazionale sulla base dei voti totali, e non dei collegi aggiudicati, quindi potrebbe avere fattualmente un ruolo anti-maggioritario e sfavorire la formazione di una maggioranza. È questo il caso di un'ipotesi di riforma elettorale sostenuta dalla Lega (e non solo), la quale prevedeva un ritorno alla legge elettorali del 1993 con la quota proporzionale (di un quarto dei seggi) attribuita come premio. V. *infra*.

quale modo d'essere della rappresentanza nazionale, difesa strenuamente da posizioni quale delle del Bagehot). I sistemi proporzionali, in particolare, per quel che interessa, appaiono più atti a rappresentare le minoranze o a tutelare quel che resta dei partiti liberali[20], mediante una rappresentanza-specchio. Dall'altro lato inizia una riflessione sull'esigenza di preservare la governabilità del sistema messa a rischio dall'evoluzione dei sistemi partitici, dalle travolgenti novità della politica di massa e da una proporzionale che frammenta la rappresentanza laddove il maggioritario (uninominale come plurinominale) pur dispiegando effetti a livello di collegio, tendenzialmente sfavorisce la nascita di nuovi partiti, salvo la circostanza di un forte radicamento territoriale. Di conseguenza parte significativa della riflessione si appunta sui rischi della proporzionale come sui limiti dei sistemi maggioritari, e laddove non si scelga, e generalmente prima che si scelga, un sistema a base proporzionale (raro ancora negli ultimi decenni dell'800) l'attenzione dei riformatori si appunta su una famiglia di sistemi maggioritari non puri noti come maggioritari "limitati". Questi sistemi hanno la caratteristica di non applicare il principio maggioritario in maniera integrale e quindi presuppongono collegi plurinominali ma riservano uno spazio alle minoranze interne al collegio, generalmente prevedendo l'applicazione del riparto proporzionale.

La legge Acerbo è figlia di questa riflessione. Prima di essere il piede di porco del fascismo contro lo Stato liberale fu assecondata dalla stessa classe politica liberale sia per provare a condizionare gli effetti dell'insorgenza fascista che per difendersi dai partiti di massa che vedevano nello Stato liberale un nemico. Essa giunse dopo vari tentativi per adeguare la legislazione elettorale alla realtà ed in particolare per assicurare al ceto liberale il perdurante controllo della Stato. Dal 1882 al 1923 si succedettero ben quattro leggi elettorali. Lo Stato italiano aveva utilizzato il collegio uninominale per ben 14 legislature, dal 1848 al 1882. Nel 1882 con la legge n. 725 fu introdotto lo scrutinio di lista, per cui lo Stato fu diviso in 135 collegi dei quali 3 eleggevano due deputati ciascuno, 61 ne leggevano tre, 36 ne eleggevano quattro, e 35 ne eleggevano cinque, nei quali ultimi però si potevano votare solo quattro nomi: un primo sistema per rappresentare anche le minoranze nel collegio e un primo esempio di maggioritario "limitato", o con rappresentanza delle minoranze[21], che solo successivamente porterà alla esplicita adozione del principio proporzionale per

[20] In particolare l'introduzione della proporzionale in Belgio ebbe questa motivazione.

[21] Il sistema, per la precisione, era sia un sistema maggioritario "limitato", in quanto temperato da una componente proporzionale, sia un maggioritario con *voto* limitato, in quanto, almeno in parte, attribuiva un numero inferiore di voti all'elettore rispetto ai seggi da eleggere, con tecnica appunto detta del "voto limitato" e pure convergente nel rappresentare una forma di tutela delle minoranze.

la distribuzione di una parte minoritaria di seggi. Si noti che sistemi consimili essendo maggioritari erano basati su collegi ed erano pertanto atti a garantire la rappresentanza delle minoranze *nei* collegi, più o meno grandi. Nel 1891 si tornò al sistema uninominale che rimase in vigore fino al 1919, quando venne istituito direttamente il sistema proporzionale (o delle liste concorrenti). La proporzionale però appare subito a molti, non ultimo Giacomo Matteotti, come foriera di eccessiva frammentazione, e quindi anche dai partiti non liberali si pose il problema di preservare le condizioni di un governo che potesse lavorare con relativa tranquillità. In questo ordine di idee nacque l'idea di una correzione (non definita certo "premio") della proporzionale, che portò al deposito di vari progetti, tra cui un originale progetto Matteotti, sottoscritto da Turati e altri nel 1920[22], da cui prese in parte spunto, con essenziali modifiche, Casertano nel 1921 in quello che poi diventerà il progetto che sarebbe divenuta la famigerata legge Acerbo. La legge nasce dunque dalla confluenza di un'evoluzione dei sistemi maggioritari, che cercano di smussare il loro carattere draconiano, e dalla parallela riflessione sulla limitazione dell'applicazione integrale principio proporzionalistico. Siccome l'adozione della proporzionale nel 1919 apparve in qualche modo irreversibile, in quanto rappresentativa di una nuova epoca, si cercò si preservare la governabilità andando verso una ripresa dei sistemi maggioritari "limitati" ricostruendoli però, sovente, come proporzionali "corretti" (o, del pari limitati). Per una lunga fase la termologia fu promiscua: alcuni valorizzavano la componente maggioritaria, altri la componente proporzionale, ma ormai tendevano a divenire rare le applicazioni pure e del principio (o sistema) maggioritario (come del resto del proporzionale). Secondo Emilio Crosa, ad esempio, la legge Acerbo era un sistema "a maggioranza rinforzata"[23] Successivamente molti avrebbero ritenuto quel sistema una proporzionale con uno spropositato premio di maggioranza, e così viene definita oggi usualmente[24]. Ma la caratterizzazione del premio si comprende appieno solo riflettendo sulla circostanza che all'epoca nessuno ragionava in termini di premio e la legge fu anzi considerata come frutto di una "infatuazione collettiva" per il maggioritario, che aveva colpito anche i autorevoli liberali del tempo, come Salandra e Giolitti[25]. Occorre inoltre identificare meglio le

[22] Il progetto era piuttosto singolare, ma Matteotti non parlò mai di "premio", mentre era evidente l'intenzione di sovrarappresentare, entro certi limiti, il partito di maggioranza.

[23] E. Corsa, *Diritto costituzionale*, Torino, 1937, 464.

[24] V. ad es. E. Gentile, *Fascismo. Storia e interpretazione*, Roma-Bari, 2002, 36 secondo cui la legge "assegnava un premio di maggioranza alla lista vincente". Similmente il giudizio di Sabbatucci, ripreso di seguito.

[25] L'espressione virgolettata è riconducibile ad una editoriale dell'epoca del Mondo, qui ripresa da A. Capone, *Giovanni Amendola*, Roma, 2013, 284.

caratteristiche fondamentali perché nei laboratori istituzionali di quegli anni ci furono manipolazioni modellistiche e nacquero moltissime varianti e ibridi, non sempre oggetto di riflessioni approfondite riguardo le implicazioni. Come è noto, la legge 8 novembre 1923, n. 2444, attribuiva alla lista risultante quale maggioranza relativa, purché avesse ottenuto almeno il 25 dei voti, i due terzi del numero totale dei deputati (art. 82 del Testo Unico 1882, come modificato)[26]. Il territorio statale, costituito di un unico collegio nazionale, era diviso in 16 circoscrizioni elettorali dove erano da eleggere 535 deputati. A livello circoscrizionale ogni lista poteva presentare un numero di candidati che oscillava da un minimo di tre a un massimo dei due terzi di quelli eleggibili (non più di 356 su 535; art. 52). Oltre al voto di lista era ammesso il voto di preferenza e ogni elettore poteva esprimere sino a tre preferenze nel caso in cui i seggi assegnati alla circoscrizione fossero più di 20 e sino a due negli altri casi. Come si vede la base era costituita da un classico sistema maggioritario limitato, a cui si aggiungeva la possibilità della preferenza. Tuttavia v'era una grande novità, in quanto il premio veniva dato nell'ambito di un'unica circoscrizione nazionale ed era il risultato nel collegio unico ad essere decisivo per determinare la distribuzione dei seggi. Il terzo dei seggi restanti, proporzionale, veniva distribuito a livello circoscrizionale. Il premio era poi condizionato ad una soglia minima senza la quale il riparto sarebbe stato integralmente proporzionale. La legge aveva chiare assonanze con i sistemi maggioritari del passato ma il principio maggioritario veniva applicato ad una dimensione sua estranea, ovvero in un collegio tale solo di nome, il collegio unico nazionale, così chiamato in quanto coincidente con l'intero territorio nazionale. In questo modo il maggioritario veniva letteralmente *trasfigurato* diventando, peraltro, per una via diversa da quella inglese la matrice della democrazia maggioritaria (altra espressione che in senso stretto è anacronistica). Mentre in Inghilterra il maggioritario produceva maggioranze grazie ad un sistema partitico peculiare, in Italia (e, per qualche aspetto nella coeva Francia) il *fait majoritaire* si raggiungeva, a certe condizioni, con un artificio legale, cioè applicando il principio maggioritario ad una dimensione che fondamentalmente gli ripugna. L'estensione della formula maggioritaria a livello nazionale era la traccia della nazionalizzazione della politica, oltre che dei tentativi di assicurare la governabilità e delle finalità più contingenti. È la proporzionale, infatti, che per sua "natura" deve applicarsi a livello "nazio-

[26] In un tentativo estremo di attenuare la portata dirompente della norma i popolari proposero una soglia minima del 40%. È il caso di ricordare che la percentuale di consenso ottenuta dal "listone" (64,9%) che fu tale il premio si rivelò praticamente superfluo. Per descrivere il clima dell'epoca C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848-1948*, Roma-Bari, 2000, 347 afferma che la legge non fu voluta da Mussolini tanto per imporre il partito fascista quanto per poter contare su una maggioranza ampia e fedele.

nale" quanto un maggioritario tende (natura o tendenza qui sono espressioni stipulative) a riferirsi ad un collegio.

Quando abbiamo affermato che il collegio nazionale era tale solo di nome non è per contestare la natura nazionale, che era un fatto indiscutibile, ma la natura di collegio in senso proprio, in quanto si trattava chiaramente di una porzione non territoriale, ovvero virtuale, in quanto comprendente l'intero corpo elettorale. Anche il sistema proporzionale è basato per lo più su circoscrizioni territoriali (mediamente assai più grandi dei collegi) ma ha quasi necessità della creazione di una sede nazionale (collegio nazionale o comunque denominato) al fine di realizzare al meglio la propria logica, a partire dalla distribuzione di resti in relazione ai voti ulteriori ai quozienti interi. Questo è un problema inesistente nei sistemi maggioritari. La distribuzione dei resti, coerente con l'idea di una rappresentanza specchio a livello nazionale tipica della proporzionale, può e storicamente ha avuto anche soluzioni anti-proporzionali, tanto che un semplice premio di maggioranza può risultare proprio da una distribuzione di resti che porti a seggi aggiuntivi per la maggiore minoranza, ma il punto è che il proporzionale ha un problema di resti che è estraneo al maggioritario. Questi tende per sua natura a una rappresentanza disproporzionale, del tipo tutto-o-niente, *a livello di collegio*. La governabilità in sistema maggioritario può essere il portato di un sistema partitico peculiare: la disproporzionalità è la sua essenza ma operando a livello di collegio la governabilità non è facilmente programmabile né realizzabile[27]. Più che altro è un sistema che non tende a far emergere nuovi partiti, e ciò può semplificare le logiche della governabilità ma niente di più. Un sistema proporzionale "corretto" senza garanzie giuridiche di una maggioranza, come ad esempio con uno sbarramento significativo, tende a garantire una maggioranza in seggi più di un sistema maggioritario. L'essenza del sistema maggioritario non consiste dunque nella capacità di produrre un governo, come spesso si afferma, ma nel tipo di rappresentanza cui dà luogo. Se ne può avere una riprova indiretta verificando come nella legge Acerbo la governabilità (ripetiamo: nessuno parlava di premio) era soddisfatta nella misura in cui la base maggioritaria del sistema veniva manipolata, se non travolta, mediante il collegio unico nazionale, con ciò incidendo sul modo di essere di una parte della rappresentanza[28]. Per il resto si potrebbe discutere

[27] La governabilità è pertanto favorita da sistemi maggioritari nella misura in cui riescono a ridurre la frammentazione partitica. G. SARTORI, *Ingegneria*, cit., 72, che fa un discorso a parte per i doppi turni.

[28] L'aspetto non sembra essere colto in uno dei più autorevoli storici delle vicende della legge Acerbo, ove afferma che il premio di maggioranza, pur "essendo frutto di un computo nazionale" era novità "tutt'altro che scandalosa" (salvo che per l'entità) in quanto "il premio di maggioranza è uno dei tanti metodi adottabili – e adottati – nelle democrazie moderne per

se nella legge Acerbo restava una componente garantistica del maggioritario limitato, sebbene a livello nazionale, ed è anche noto che in sostanza il premio fu superfluo, da brogli e violenze a parte, il meccanismo ovviamente operava in modo simbolico a favore del "listone". Ma sul piano tecnico l'aspetto più saliente è che la Corte d'appello di Roma, costituita in ufficio centrale nazionale, *prima* verificava quale fosse la lista che avesse raggiunto almeno il 25% dei voti validi ed avesse ottenuto il maggior numero di voto in tutto il collegio nazionale, quindi, dopo aver assegnando i due terzi del numero dei deputati, cioè 356[29], applicava per la parte restante la proporzionale (che, in carenza di condizioni per i seggi aggiuntivi, si sarebbe applicata integralmente). Dal momento che sistema maggioritario (uninominale o plurinominale, a turno unico) non ha livelli di consenso minimi (se non per passare ad un eventuale secondo turno) tecnicamente il 25% rappresentava una novità in senso garantistico. Ma il contesto era talmente stravolgente, a partire dall'eversione del principio maggioritario "limitato" dalla sua dimensione di collegio per essere applicato nel collegio unico nazionale, che ogni considerazione passa in secondo piano. In tal modo, mentre si eliminava l'effetto erratico del sistema maggioritario (un punto di forza dei sostenitori odierni dei premi), d'altra parte si sfigurava sia il modello maggioritario sia la proporzionale creando un sistema che oggi si direbbe *majority guaranteed*, cioè dotato di una garanzia giuridica di produrre una maggioranza. Questa espressione anglosassone, intesa in senso rigoroso giuridico, non ha nulla a che vedere con il sistema maggioritario e, in particolare, il sistema *Westminster* non ha mai "garantito" una maggioranza, ma l'ha di norma prodotta per condizioni di fatto[30].

ovviare ai danni derivanti dall'instabilità dei sistemi parlamentari". G. SABBATUCCI, *II 'suicidio' della classe dirigente liberale. La legge Acerbo 1923-1924, in Italia contemporanea*, 1989, n. 174, 59. Ma l'Autore sembra ignorare che il premio di maggioranza è *nato* con la legge Acerbo, e sulla base di un'anomalia che egli stesso rileva, ma che non coglie nella capacità di realizzare una profonda trasformazione della rappresentanza. Non è un caso che l'illustre storico non condivida la fondamentale correttezza del giudizio dell'Amendola circa la capacità della legge di configurare un regime plebiscitario, di cui daremo conto in chiusura.

[29] M. S. PIRETTI, *Il premio di maggioranza: dalla legge "Acerbo" alla commissione Bozzi*, in, *Premio*, a cura di A. Chiaramonte, G. Tarli Barbieri, *op. cit.*, 46. che espressivamente riassume così l'operazione: "la lista di maggioranza andava individuata facendo ricorso al collegio unico nazionale". In realtà la lista di maggioranza relativa era individuata nel conteggio dei voti, e portata alla maggioranza assoluta dei seggi in sede di successiva attribuzione in collegio unico.

[30] L'espressione si presta ad equivoci. I sistemi *majority assuring* sono sistemi che garantiscono la maggioranza ma in uno senso assai generico: metodi di votazione o meccanismi di decisione progettati per assicurare che una decisione importante o un'elezione sia approvata solo se riceve il supporto della maggioranza dei votanti. Con ciò si intende, in senso generalissimo, *quorum* aggravati per particolari decisioni (che sono però piuttosto condizioni), o, più propriamente, sistemi che producono un vincitore, come il voto a doppio turno con ballottaggio

È su questa matrice, sulle cui peculiarità mancarono riflessioni adeguate, che si innestò l'articolato dibattito della legge del 1953, questa volta in un'epoca, per così dire, concettualmente proporzionale in modo risolto: ecco che la legge del 1953 sarà definita proporzionale "a premio di maggioranza". La riflessione si appuntò sull'entità del premio e sulle condizioni alle quali veniva attribuito ma non sul punto, non privo certo di interesse e per molti aspetti preliminare, della *origine* e *natura* dei seggi aggiuntivi, cioè di provenire da una trasposizione del sistema maggioritario dal collegio territoriale al collegio (virtuale) unico nazionale. È evidente, peraltro, che solo con il collegio unico nazionale aveva senso parlare propriamente di "seggi aggiuntivi" e di "premi di maggioranza", e non di applicazione limitata del maggioritario. Era nato, nella modellistica, un nuovo sistema elettorale considerato spesso una proporzionale (anche per questa via, del premio) corretta. Tecnicamente un sistema "a premio" è un sistema dove una quota di seggi viene accantonata e che viene distribuita in seconda battuta dopo la verifica della sussistenza delle condizioni per la sua attribuzione. Il collegio unico nazionale fino ad allora serviva essenzialmente per distribuire resti dell'applicazione della proporzionale ma questi *non* sono seggi messi da parte "a pacchetto" o in quota fissa, quanto semplicemente seggi non attribuibili in ragione dei quozienti non interi, se non definendo un criterio (eventuale) per valorizzare e "pesare" i voti. Ecco che quale correttivo proporzionale tale distribuzione di resti potrebbe ad esempio essere concepita come un possibile premio, senza ricorrere ad un premio in seggi, cioè senza accantonare seggi[31]. Un collegio unico nazionale per distri-

che determina necessariamente che il vincitore abbia la maggioranza dei voti o il voto alternativo (Instant-Runoff Voting, IRV), con il quale gli elettori classificano i candidati in ordine di preferenza e se nessun candidato ottiene la maggioranza assoluta delle prime preferenze, il candidato con il minor numero di voti viene eliminato e i suoi voti vengono redistribuiti in base alle seconde preferenze, e così via, fino a che un candidato non ottiene la maggioranza, o il metodo Condorcet e altri ancora, che però non hanno nulla a che vedere con il tema delle maggioranze a sostegno di un governo. L'unico sistema *majority assuring* da questo ultimo punto di vista è qualunque sistema elettorale che preveda un premio di maggioranza in senso proprio oppure un (discutibile) doppio turno di coalizione, ovvero un surrogato funzionale del premio che conduce inevitabilmente, a causa del ballottaggio, una coalizione ad ottenere una maggioranza di voti e di seggi. In questo caso la maggioranza è prodotta da un artificio e, a differenza del premio, può essere premiata la coalizione che non ha ottenuto la maggioranza relativa al primo turno.

In questo senso, il tema è poco meno che inesistente a livello internazionale anche nella politologia.

[31] Questa idea è stata proposta da Costantino Mortati nel suo manuale e poi riproposta *tel quel* anche nel tardo commento all'art. 1 Cost., al fine di concepire "qualche lieve vantaggio" alla lista con il maggior numero di voti, per il resto piuttosto tiepido con l'idea dei premi in seggi, con solo apparente contraddizione con la sua attenzione (soprattutto nella ultima fase, ma non solo) al ruolo del corpo elettorale nella costruzione delle dinamiche di governo. Per il resto non

buire una quota parte di seggi accantonata allo scopo o scorporati dalla logica basilare al fine di raggiungere un obiettivo predeterminato è altra cosa. Qui il collegio unico nazionale viene ad essere di fatto come collegio maggioritario plurinominale (ancorché deterritorializzato) e i seggi messi in palio che però non vengono distribuiti dal voto dagli elettori, se non indirettamente: vengono in realtà distribuiti con una *ope legis* che non ha nulla a che vedere con la regolazione giuridica dei resti. I seggi aggiuntivi sono autentici "regali", per quanto si assume che siano giustificati, e il meccanismo che opera è il medesimo che opera per le clausole di sbarramento, che sono in qualche misura seggi tolti – per così dire "scippati" – ai partiti che non superano una soglia: forme di sanzione in nome di un interesse costituzionalmente apprezzabile (su questo confronto v. comunque *infra*). Con lo sbarramento il voto di una parte degli elettori può non avere, retrospettivamente, alcun valore giuridico, mentre con il premio si produce un *surplus* giuridico per alcune liste, e un premio, va da sé, riduce l'operare di altri principi e quindi riduce il monte-seggi.

Le vicende elettorali italiane dei due dopoguerra (anni '20 che primi anni '50) furono fortemente connesse a quelle istituzionali francesi[32], ma almeno per le leggi nazionali ci sono alcune differenze fondamentali che impediscono certe assimilazioni. Più che il premio, che in alcuni casi c'era, in altri non

è riscontrabile alcun accenno all'opportunità di sottoporre agli elettori coalizioni pre-elettorali, per cui la coalizione non assurge a soggetto politico (mentre Mortati arriverà a sostenere, pur se piuttosto *en passant*, l'elezione diretta del premier). Sul punto M. CARDUCCI, *Programmaticità della politica e governi di coalizione in Costantino Mortati*, in *Forme di Stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia, Milano, 2007, 419-421. Valga per tutti C. MORTATI, *Commento all'art. 1*, in *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12*, Bologna, 1975, 39.

[32] La legge Acerbo faceva seguito alla legge francese per la Camera dei deputati del 1919. A sua volta nel dopoguerra che leggi italiane per le elezioni locali (in particolare la legge n. 84 del 1951) e la legge del 1953 facevano seguito alla legge francese per la elezione della Assemblea Nazionale del 1951, piuttosto drastica e alle coeve leggi locali francesi.

La legge nazionale francese ad eccezione di alcuni collegi per i quali valeva la distribuzione proporzionale, attribuiva in ciascun collegio alle liste collegate che avessero ottenuto la maggioranza assoluta dei seggi tutti i seggi in palio. Diversamente, i seggi venivano attribuiti con la proporzionale con metodo d'Hondt. Sulla legge in questione cfr. J. BRUYAS, *La loi du 9 mai*, in *Revue de droit public*, 1951, 1041 e P. CAMPBELL, *Remarques sur les effets de la loi électorale française du 9 mai 1951*, in *Revue française de science publique*, 1951, 498.

La legge 24 febbraio 1951, n. 84, per le elezioni comunali relativamente ai comuni al di sopra dei 10.000 abitanti assegnava alle liste collegate che avessero conseguito la maggioranza relativa i 2/3 dei seggi, mentre il restante terzo veniva ripartito proporzionalmente tra le liste rimanenti (tale legge non operata nell'ambito di collegi, evidentemente). In conseguenza dell'abrogazione della legge del 1953 avvenuta con la legge n. 640 del 1954 anche la legge comunale fu abrogata nel 1956 dalla legge 31 marzo, n. 136, che era basata su una distribuzione proporzionale dei voti con il metodo d'Hondt e senza possibilità di collegamento tra le liste (cd. apparentamento).

era tale, ciò che accomunava le leggi italiane e francesi, in particolare quelle degli anni '50 è il corredo della soluzione tecnica dell'apparentamento (o collegamento) tra le liste. Quelle che poi si sarebbero dette le leggi "a premio" generalmente cercano di essere una sorta di surrogato funzionale di un'idealizzazione del sistema *Westminister* storico. In presenza di un diverso sistema partitico (i cosiddetti partiti "a vocazione maggioritaria" duvergeriani) si ricorre agli apparentamenti per favorire, è l'assunto, la governabilità. Una forma di coordinamento strategico che la legge Acerbo anticipò con il "listone". Alcune leggi sovente considerate "a premio" in realtà erano sistemi di maggioritario limitato, ulteriormente razionalizzate dal riconoscimento della possibilità degli apparentamenti[33] ma *non* utilizzavano, a differenza della legge Acerbo, il collegio unico nazionale per far operare la componente maggioritaria. In altre parole riproponevano il rischio del sistema *Westminister* di realizzare una situazione a macchia di leopardo, perché la riproposizione omogenea degli apparentamenti su tutto il territorio nazionale non garantiva ovviamente una maggioranza. Altro è una legge a premio. In casi come nella legge comunale italiana del 1951 e nella legge statale italiana del 1953, oltre agli apparentamenti v'era anche il premio attribuibile alla medesima condizione alla lista *o* alle liste apparentate. Tra il livello locale e quello nazionale ovviamente l'attribuzione unitaria del premio era frutto di condizioni completamente diverse e aveva un senso completamente diverso. Anche se pure a livello comunale (comuni sopra i 10mila abitanti) restava l'anomalia di un maggioritario limitato non operante per veri collegi (si immagini una grande città, dove la possibilità di prevedere collegi è reale) il collegio unico di attribuzione della componente maggioritaria (o, se si preferisce, premio) non aveva alcune delle caratteristiche di un collegio unico nazionale né, forse poneva alcune delle problematiche derivanti dall'adozione del collegio unico nazionale, come quelle relative alla qualificazione e agli effetti discendenti da una simile rappresentanza. A differenza della legge "truffa" del 1953 (nonché della legge Acerbo), la legge nazionale francese dei primi anni '50 invece applicava il maggioritario limitato a livello di collegi, e quindi non può definirsi a premio né aveva quei caratteri di problematicità che si possono ravvisare nell'uso del collegio unico nazionale per distribuire pacchetti di seggi.

Sul piano storico basterà ricordare che la circostanza che né nella legge nazionale del 1923 né in quella del 1953 l'artificio si dispiegò, nel primo caso

[33] Su apparentamenti e "blocchi" in chiave storica v. B. Taverni, *Premio di maggioranza e sistemi di rappresentanza locale nella prima legislatura repubblicana: un'ottica comparata*, in *Premio*, a cura di A. Chiaramonte, G. Tarli Barbieri, *op. cit.*, 81 ss. Ovviamente apparentamenti e collegamenti erano portati teorici dell'adozione di sistemi proporzionali, e come tali se ne iniziò a parlare da fine '800 e con frequenza dall'inizio del '900.

perché praticamente superfluo, nel secondo perché non si raggiunse la condizione minima, il *quorum* richiesto[34], contribuirono alla cattiva fama, anche oltreconfine, di questi tentativi. Una fama oggi rinverdita, per così dire, da altre due leggi italiane a premio dichiarate in anni recenti incostituzionali per plurime ragioni, tra cui perfino l'attribuzione di un premio di maggioranza in assenza di soglia minima, ovvero l'assenza di una condizione prevista perfino nella legge Acerbo.

In ultima analisi potremmo chiederci se questa cattiva fama sia l'unica giustificazione del fatto che nel mondo praticamente nessuno (non pochi oppure non tutti: ma praticamente nessuno) utilizzi quelli che ormai vengono chiamati "premi di maggioranza" e molto raramente sono utilizzati i premi in seggi. Eppure appaiono incredibilmente comodi. In un campo aleatorio come la politica disporre di uno strumento in grado di *preconfezionare un risultato* senza costituire al contempo, se ben calibrato, un rischio per un potenziale ricambio al governo alla tornata successiva, dovrebbe essere una condizione invidiabile, quasi impossibile da rifiutare. Un sistema nazionale dovrebbe avere un evidente vantaggio competitivo per il fatto di poter evitare, almeno in prima battuta, il rischio di elezioni dagli esiti incerti, *prorogatio* di governi ormai scarsamente legittimati, governi di minoranza o larghe intese resi necessarie dai numeri. Eppure, per quanto il tema della governabilità sia da decenni nell'agenda pubblica di tutte le democrazie, pur senza voler risolvere la stabilità del governo in quella, appare indiscutibile che, se non ci fossero *dubbi o inconvenienti*, i premi in seggi dovrebbero essere la regola. Si potrebbe obiettare che i sistemi proporzionali non sono così diffusi, e quindi le loro correzioni, ma abbiamo visto che a leggi a premio si può facilmente arrivare anche da un sistema maggioritario, opportunamente traviato. Eppure non è così, e le democrazie continuano ad arrovellarsi nelle crescenti difficoltà, anche quando è proprio la frantumazione e lo spappolamento dei sistemi partitici, uno dei fenomeni più evidenti che negli ultimi trenta anni incide sulla governabilità. Si preferiscono tuttora leggi accentuatamente disproporzionali ma che non garantiscono maggioranze (come la proporzionale con sbarramento) o che producono effetti poco prevedibi-

[34] Si ricordi che la maggioranza assoluta dei voti andava calcolata come "metà più uno dei voti validi attribuiti a tutte le liste", dunque con esclusione di schede bianche e nulle. È notissimo invece che le schede contestate furono circa 1.300.000 con motivi di contestazione i più vari ed in parte anche pretestuosi. Molte di queste contestazioni vertevano sulle incerte espressioni di volontà del votante, tanto che insieme all'abrogazione della legge si eliminarono successivamente molte cause di invalidazione sancendo esplicitamente la presunzione di validità della volontà espressa dall'elettore ogni qualvolta risultasse chiaramente individuabile. Come noto, si rinunciò da parte della maggioranza a richiedere il riconteggio per evitare di esacerbare ulteriormente gli animi.

li (come la gran parte dei sistemi maggioritari, inclusi i maggioritari limitati, proprio perché si applicano a livello di collegio). E ciò nonostante le leggi a premio, come il raggio di un laser, concentrino la "energia" della disproporzionalità lì dove serve, senza alcuna dispersione, con una economia di mezzi apparentemente assoluta.

I premi in seggi restano oggetto di una riflessione scientifica molto limitata perfino nel campo della scienza politica, che pure è il campo per definizione dei modelli e delle sperimentazioni, e dove la sensibilità verso i limiti di ordine normativo è necessariamente inferiore. Sembra proprio mancare una riflessione di massa critica a livello internazionale sui premi di maggioranza, e ciò si riflette nelle difficoltà di sistemazione, che sono a loro volta portata di alcune evidenti ambiguità di fondo. Non è affatto detto che vengano ritenuti pericolosi per il pluralismo. È molto più probabile che questa sorta di congiura del silenzio sia la spia di una sorta di peccato di eccesso di artificiosità di questa soluzione che viene avvertito. Se così fosse, ci sarebbe da chiedersi se ha cittadinanza questa possibilità di un abuso modellistico (per esempio una presunta incompatibilità tra maggioritario e collegio unico nazionale) e se l'abuso derivi dalla violazione di logiche sistemiche, da una cultura materiale o da precisi parametri. Può semplicemente darsi che vi sia, in fondo, soprattutto in tanti governanti la consapevolezza che un premio di maggioranza dia una spinta iniziale sostanzialmente effimera e spesso anche controproducente. Può essere, ancora, che i premi in seggi vengano riconosciuti come appartenenti al novero di espedienti che, anti-liberali e no che siano, introducano un elemento ambiguo nella lotta politica (come ambiguo è il collegio unico nazionale che ne è la base). Appare certo, poi che quando un premio di maggioranza, fondamentalmente una razionalizzazione, si inserisce in sequenza con altre razionalizzazioni si possono raggiungere degli eccessi di rigidità che possono dar luogo a seri dubbi di costituzionalità non solo del premio ma di rilevanti aspetti del sistema di governo tutto. Ma anche nei casi meno problematici, nei premi di maggioranza viene evidentemente riconosciuta una qualche esternalità negativa, probabilmente consistente nella tendenza a realizzare un coordinamento strategico tra liste opportunistico e di breve respiro, che sono graziosamente può essere definito un incentivo alle aggregazioni[35]. Costituisce in ogni caso affermazione indiscutibile che i premi in seggi non aiutino il lavoro della politica e la sua auto-riforma, e nella migliore delle ipotesi sono un palliativo più che una vera soluzione.

[35] Usa questa terminologia G. Sartori, *Ingegneria costituzionale,* cit., 21, nell'ambito di un approccio comunque tendenzialmente problematico sui premi, di cui peraltro non discute la legittimità quale forma di incentivo ingegneristico.

Difficilmente può essere un caso che i premi in seggi, laddove sono stati utilizzati a livello nazionale, sono stati generalmente abbandonati, mentre vengono utilizzati, seppure di rado, con maggiore fortuna (o presunto miglior rendimento) nei livelli locali, come in Italia e Francia[36].

Non è questa la sede per interrogarsi a fondo sul difficile tema del rapporto tra modelli (di sistemi elettorali, piuttosto che di forme di governo o altro) e parametri costituzionali. In questa sede si è provato quantomeno ad affermare la loro natura ambigua (oltre che variabile in quanto i premi non sono tutti uguali) con riferimento all'inquadramento nella tassonomia dei sistemi elettorali. Loro caratteristica comune è di innestarsi, come momento logicamente e cronologicamente successivo, su una prima determinazione volta ad individuare a chi (anche solo eventualmente) spetti un premio. Tralasciando qui puntuali considerazioni su concetti politologici assai tecnici, come quello di "canale" e di "arena", il premio è davvero un *surplus* di seggi che spettano alla maggioranza (almeno) relativa (salvo quanto affermato in precedenza sull'attuale revisione). Un premio, se è veramente tale, distribuisce seggi in seconda battuta, ma questi seggi vengono distribuiti (eventualmente) in ragione del voto con cui si sono assegnati gli altri seggi. Alcuni candidati sono letteralmente beneficiati dal premio e ad esso devono la elezione, per quanto poi possano sentirsi liberi nell'esercizio del mandato[37]. Un premio, ancora, presuppone un collegio unico nazionale con finalità specifiche (anche) di attribuire questi seggi aggiuntivi al "vincitore", che è cosa diversa da attribuire "resti". Un premio presuppone un "vincitore". Ma un vincitore in senso proprio c'è quando c'è un'elezione monocratica, e allora può dirsi che c'è anche un mandato, perché la spoglia è indivisibile, ma non c'è un vincitore, se non in senso politico e comunicativo, quanto c'è l'elezione di una assemblea. Vincitore – lista o liste apparentate –

[36] La Francia utilizza a livello locale sistemi misti, che nel caso di turno di ballottaggio danno luogo ad un premio di maggioranza vero e proprio.

[37] La possibilità di identificare in modo preciso coloro che sono stati eletti grazie al premio determina la almeno teorica plausibilità della proposta di Giovanni Sartori di un Parlamento "a composizione variabile" (ove previsto dalla Costituzione) con decadenza automatica dei parlamentari eletti in ragione del premio qualora le forze politiche che lo abbiano ottenuto rompano il patto di coalizione e di governo (G. SARTORI, *Ingegneria*, cit., 21), in una logica evidente di revocare un premio che abbia fallito l'obiettivo della sua previsione. La proposta è sicuramente discutibile e scarsamente fattibile, ma chiarisce bene come il premio sia un meccanismo tanto controverso che autorevolmente si immagina la sua possibile revocazione. Dal momento che il rimedio realizzerebbe una pesante incisione di fatto del libero mandato parlamentare (di cui Sartori è stato tra i maggiori studiosi in campo extragiuridico), si comprende bene come il premio in sé sia il frutto di una forte deviazione modellistica della democrazia costituzionale. D'altra parte si finisce per mettere in luce bene una certa estraneità di questi eletti ad una dimensione rappresentativa connessa con direttamente con il corpo elettorale o sue frazioni.

qui non può che stare per *arrivato avanti* agli altri nei voti a livello nazionale. Ma anche così neutralmente inteso, il premio ha una connotazione simbolica che a cui è difficile sfuggire, che può dirsi, a prescindere dall'entità del premio, tendenzialmente plebiscitaria (v. *infra*, in particolare in relazione al giudizio di Giovanni Amendola). Singolarmente e quasi all'opposto, però, gli eletti beneficiati dal premio sono completamente sganciati da un rapporto con gli elettori. Sembra potersi affermare che se è vero che i sistemi elettorali si connettono alla forma di Stato perché incidono sul rapporto individuo-autorità"[38] nel caso di leggi a premio, e ancor più quella a premio di maggioranza, senza arrivare a conclusioni necessariamente drastiche, questa incisione – non solo concettuale – appare più evidente.

Tralasciando questi consistenti dubbi, su un piano prettamente pratico e di rendimento, un premio (nazionale) in seggi sembra godere di un indubbio effetto pratico potenzialmente positivo. Tuttavia incentiva l'eterogeneità delle aggregazioni che indubbiamente nuoce alla governabilità e potrebbe manifestare pertanto una notevole esternalità sfavorendo il ruolo della politica democratica, con una recessione del principio democratico rettamente inteso, come si può verificare a livello locale, dove il vero collante finisce con l'essere la figura monocratica eletta, la sua volontà, e non certo sedi (per lo più assenti) per svolgere forme di mediazione politico-partitica.

Non siamo in grado di dire, definitivamente, se dietro ci sia anche una cultura delle istituzioni (e, da noi, un corrispondente degrado), ma è certo che né le esperienze volte a fabbricare le maggioranze né quelle volte a incentivarle hanno avuto gran successo, una circostanza che non può non destar sospetto. La rassegna è rapidissima.

La Grecia, nella sua fase di massima instabilità, ha utilizzato per alcuni anni una legge a premio (non di maggioranza; sistema *bonus*) che assegnava 50 seggi aggiuntivi al partito che otteneva la maggioranza relativa dei voti ma già nel 2016 è stato abolito il premio a favore di una proporzionale piuttosto lineare con soglia di sbarramento applicato per la prima volta nel 2020. A premio di maggioranza sono state alcune leggi elettorali adottare dal Messico (ma non tutte quelle che gli vengono ascritte), un paese comunque abbastanza lontano dai nostri *standard* democratici e in ogni caso un sistema a premio vero e proprio è stato abbandonato in quanto non ha dato buona prova[39]. Allo stesso

[38] F. Lanchester, *Ciò che la storia potrebbe insegnare*, cit., 240.

[39] Il Messico ha avuto leggi che alcuni considerano "a premio" nel 1988 e nel 1991. Dal 2008 in ogni caso è stata eliminata qualunque clausola specifica atta a produrre un premio esplicito. In Messico la legislazione elettorale continua ad essere oggetto di lotte feroci nell'ambito di un quadro istituzionale caratterizzato da illegalità e tentativi di manipolazione, con la resistenza possibile offerta, in un quadro così deteriorato, dalla Corte Suprema.

modo tutti i sistemi che vengono considerati "a premio" (o seggi aggiuntivi) non sono più vigenti, e al limite si può discutere di uno o due casi di piccolissimi Stati[40].

Anche rispetto al rendimento il problema dei seggi aggiuntivi non sembra consistere tanto nel *quantum* e nel modo della loro distribuzione ma proprio alla radice in *ciò che sono.*

Ciò dà luogo a qualche dubbio di legittimità costituzionale in relazione all'intreccio tra modelli e parametri, e in ogni caso a delle disfunzionalità per cui ove è stato adottato è stato poi abbandonato. Naturalmente, nella logica di una indagine compiuta sulla costituzionalità dei premi, i parametri costituzionali potrebbero essere anche diversi per seggi aggiuntivi disposti da leggi nazionali per forme di governo nazionali e per seggi aggiuntivi disposti da leggi statali, regionali o locali per sistemi elettorali regionali o locali.

Un ultimo aspetto riguarda la circostanza che i premi in seggi, quale forma di disproporzionalità *ope legis*, difficilmente sono conciliabili con un istituto che è invece decisamente diffuso e consolidato nei sistemi democratici (da quando fu introdotto nel 1953 a livello federale in Germania, dopo esser previsto a livello di *Lander*) e che ad essi viene nettamente preferito. Parliamo delle clausole o soglie di sbarramento esplicite (dette anche di esclusione), che peraltro rappresentano l'opposto e, insieme, lo speculare dei premi. Gli sbarramenti sono penalizzazioni fissate da norme giuridiche in cui incappano le liste sotto una determinata soglia di consenso o altre condizioni, come l'ottenimento di

[40] Sui veri sistemi a premio di maggioranza a livello comparato A. CHIARAMONTE, *Premio*, *op. cit.*, 18 ss., con specchietto sintetico a pagina 31, secondo cui, tralasciando l'Italia, leggi a premio sono state quelle del Messico del 1988 di 1991 (anche se l'autore le avvicina fortemente a quelle coreane, che considera non a premio, pagine 32-33) nonché quelle di Malta dal 1987 (ad oggi) e della Romania dal 1926 al 1938. Quella greca, comunque abrogata, difettava di "decisività", cioè non era un premio di maggioranza e non dava luogo ad un sistema *majority assuring*. L'Autore distingue il premio vero e proprio, frutto di ulteriore assegnazione, dai sistemi maggioritari plurinominali (talora definiti in Francia come proporzionali con premio maggioritario), come alcune storiche leggi francesi. Questo criterio ci sembra il più rigoroso, fermo restando che i premi storicamente discendono dai maggioritari limitati, in particolare da leggi locali francesi, e, previa adozione del collegio unico nazionale, dalla legge del 1923. Quanto al sistema maltese, che costituirebbe per l'A. l'unica legge a premi vigente, esso in realtà curva il premio allo scopo di proporzionalizzare il sistema, dal momento che è concepito come una forma di riequilibrio: se un partito ottiene la maggioranza assoluta in voti ma non in seggi gli vengono attribuiti seggi aggiuntivi al fine di "proporzionalizzare" il risultato.

Secondo il Consiglio d'Europa anche il sistema di San Marino, un cd. Stato esiguo, come recentemente riformato sarebbe "a premio". Opinione condivisibile in quanto esso ha alcune caratteristiche che lo avvicinano molto al cd. *Italicum*, basandosi su un doppio turno eventuale (che si tiene a seguito di un'assai peculiare "fase di negoziazione") volto ad attribuire il premio.

un certo numero di mandati nei collegi[41], e sul piano funzionale non sono dissimili ai premi in seggi, per cui un tribunale costituzionale potrebbe considerare l'interazione dei due meccanismi come un irragionevole eccesso di ricorso ad una disproporzionalità (o selettività) in qualche modo programmata *ope legis*. Anche la soglia di sbarramento, che può essere rilevante anche a livello circoscrizionale, si riferisce virtualmente ad un collegio unico nazionale ed è frutto di operazioni da effettuarsi in successione, con una ripartizione (eventuale) in due tempi o, comunque, in due momenti concettuali dei seggi[42]. Riprendendo quanto detto in precedenza, nel collegio unico nazionale lo sbarramento realizza una sottrazione di rappresentanza nell'ambito di un numero generalmente fisso di seggi, con un gioco a somma zero[43], mentre il premio di maggioranza, pur trasferendo egualmente seggi dalle minoranze alle maggioranze (in modo in qualche misura identica sul piano funzionale alle soglie) incarna una sorta di *surplus* riconducibile ad una presunta volontà popolare unitaria, di cui lo sbarramento appare privo. Volizione unitaria che esiste solo fittiziamente, come del resto è evidente dalla circostanza che il premio viene attribuito solo in secondo momento. Per la parte restante, lo sbarramento si presta alle medesime obiezioni dei premi in riferimento al rischio che per sfruttarne gli effetti (nel caso dei premi) o per evitare le penalizzazioni (nel caso degli sbarramenti) l'omogeneità dell'offerta politica ne può soffrire: se la solidarietà che è alla base dei premi, fondata però su una convenienza reciproca, facilmente può cessare i propri effetti, allo stesso modo gli sbarramenti possono essere aggirati. Tuttavia, nonostante questi notevoli tratti accomunanti, gli sbarramenti sono frequenti nei sistemi costituzionali, dove si noti, pure esistono inevitabilmente anche soglie implicite, e spesso molto alte. I premi in seggi sono invece decisamente, come minimo, rari.

L'unica ragione che fa pendere la bilancia dell'esperienza comparata verso gli sbarramenti appare il collegamento più diretto dei premi con un presunto diritto a governare in relazione ai risultati elettorali e nel modo assai discutibile in cui sono nati da una vera e propria deviazione dei sistemi maggioritari con l'esondazione del principio maggioritario dal collegio territoriale.

[41] Articolo 6, comma 3, della Bundeswahlgesetz (BWG).

[42] Non convince l'argomento secondo cui la clausola di sbarramento fa sì che un sistema elettorale, pur basato su una formula proporzionale, "funzioni in modo maggioritario" nei confronti delle forze politiche che non lo superano (M. Cosulich, *Sistemi elettorali (Italia)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento, ****, Torino, 2010, 573). Certo, l'applicazione del principio maggioritario è, per definizione, tutto-o-niente e chi non supera lo sbarramento non ottiene nessun seggio, ma non è semplice considerare lo sbarramento come la componente maggioritaria di un sistema misto prevalentemente proporzionale.

[43] Altro è la sorte dei voti delle liste rimaste sottosoglie, che può essere diversamente regolamentata.

Se è vero che il collegio unico nazionale ha svolto un ruolo culturale importante con il progressivo emergere nello Stato moderno rifacendosi all'idea, e valorizzandola, dell'esistenza di una più alta rappresentanza statale rispetto alla rappresentanza di tipo territoriale, offrendo un elemento di identificazione a tutti i consociati[44], ciò vale soprattutto in epoca tarda e in riferimento all'emersione della politica di massa e della proporzionale. Gran parte di questo senso identitario e questo elemento di identificazione unitaria si è costruito dapprima sui concetti di sovranità e, sul piano della rappresentanza, sull'idea della *rappresentanza nazionale* – conciliatasi con il collegio territoriale attraverso i percorsi tormentati che conosciamo – mentre il ruolo del collegio unico non è consistito, fino alla legge Acerbo, in un elemento simbolico e unificante, quanto in un espediente tecnico, un correttivo, per risolvere un problema di equilibrio tra circoscrizioni, come la questione della distribuzione dei resti.

Ciò può essere utilmente argomentato richiamando *ad adiuvandum*, come in una sorte di appendice documentaria, alcune opinioni controcorrente, ma forse particolarmente acute e lungimiranti, d'epoca.

4. *A mo' di appendice. I vecchi statisti avevano le idee più chiare di noi? Su alcune idee e argomentazioni di Luigi Sturzo e Giovanni Amendola*

In un certo senso quella dei premi di maggioranza era una storia che poteva anche non iniziare, con una adeguata riflessione sui sistemi elettorali, attenta alle eversioni modellistiche. Il collegio unico poteva magari essere adottato a livello locale senza troppo danno, come in alcuni sistemi maggioritari italiani e francesi a cui abbiamo fatto cenno, ma il collegio unico nazionale, alla luce della sua capacità immediata di evocare un (pericoloso) legame diretto con il corpo elettorale, poteva restare per sempre un rimedio tecnico per affrontare il problema dei resti o, dopo, e ciò già pare più opinabile, anche la sede per la previsione di soglie di sbarramento[45]. Invece nella ricerca di un collegamento diretto tra corpo elettorale inteso unitariamente e rappresentanti se ne è fatto la quintessenza di una democrazia o comunque di un dominio politico in qualche modo basato sul consenso o sulla consonanza tra governanti e governati, di cui

[44] L. Trucco, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Torino, 2011, 141.

[45] La differenza è che certi sistemi elettorali pongono *per loro natura*, cioè per il modo in cui sono progettati e funzionano, ovvero per i principi che ne stanno alla base, la questione della sorte dei resti, mentre l'invenzione delle soglie di sbarramento non è insita in alcun principio elettorale (maggioritario o proporzionale) e discende da un preciso intento manipolativo e ingegneristico. I resti, come qualcosa di ulteriore rispetto ai quozienti interi *esistono* quale che sia la sorta ad essi riservata, mentre una soglia di consenso è creazione del tutto voluttuaria (e in questo, arbitraria), ciò che vale anche, e a maggior ragione, per il premio.

la governabilità (ma in realtà il mandato elettorale di un governo di legislatura) finisce per essere uno strumento specifico.

Eppure v'è chi si è accorto di questi pericoli o di queste potenzialità ambigue per tempo, due grandi esponenti di epoca liberale e proto-democratica, con spiccata sensibilità istituzionale, Giovanni Amendola e Luigi Sturzo. Autori che, in modi diversi ma sintonici e convergenti ci hanno lasciato riflessioni sui governi "scelti" dagli elettori, sul modo d'essere della rappresentanza in campo costituzionale e sul collegio unico nazionale, sia quale tecnicalità elettorale che per l'influenza che può dispiegare, almeno in certi casi, sulle trasformazioni della rappresentanza, anche con riferimento al cosiddetto "contratto" elettorale.

Durante l'*iter* di approvazione della legge elettorale del 1923 il deputato demo-sociale Giovanni Amendola osservò che essa fosse, all'opposto di quanto ritenevano i fascisti e i liberali del blocco, in stridente contrasto con le istituzioni rappresentative e liberali in quanto tale legge "chiedeva al paese di nominare la maggioranza e di investire quasi direttamente il governo della facoltà di governare"[46] Amendola in altre parole ritenne che la legge desse corpo ad un regime plebiscitario in quanto si trasferiva il diritto di scegliere il governo dal parlamento agli elettori. Un'intuizione critica assai moderna[47]. L'osservazione appare tanto più sottile in quanto pur non esistendo ancora un meccanismo identificabile in modo sintetico (come si sarebbe poi detto: un premio di maggioranza) si isolava con chiarezza una virtualità della legge, ben oltre il tema della governabilità. Amendola comprese che era in questione la concezione della democrazia, anche se non ne indica ancora un profilo tecnico-giuridico particolare e non comprese fino in fondo al momento il pericolo politico che poteva derivare dalla fattura tecnica della legge. Però comprese bene che la legge incideva sul principio rappresentativo, sul modo di funzionare della rappresentanza politica, di quello, insomma allora, richiamandosi al Mosca, spesso si usava denominare il "metodo parlamentare". Questa ottica è rafforzata da una caratteristica della legge che accresce, e non diminuisce, il suo carattere plebiscitario: la coincidenza del numero dei candidati con il numero degli eletti della lista vincente, che creava un meccanismo di blocco che enfatizzava il ruolo

[46] Le parole della Amendola vengono riprese da F. CATALANO, *Dalla crisi del primo dopoguerra alla fondazione della Repubblica*, in Storia d'Italia, a cura di N. Valeri, volume V, Torino, 1960, 209.

[47] Non condividiamo pertanto il giudizio di Sabbatucci secondo cui "non sembra invece fondata, in linea teorica, l'obiezione avanzata, fra gli altri, da Amendola" L'autore aggiunge: "Semmai, come rilevava lo stesso Amendola, a essere lesa era la prerogativa regia in materia di designazione del ministero", ma non si avvede che le due affermazioni non sono tutt'altro che contraddizione, G. SABBATUCCI, *Suicidio*, cit., 59.

del vertice del Partito fascista, e dei partiti in generale, a scapito di quello degli elettori. Mentre apparentemente si dava più potere agli elettori la direttrice del potere, a partire dalla selezione della rappresentanza, diventava ascendente in un senso ben più pregnante rispetto all'idea classicamente elitista della rappresentanza liberale che si faceva scegliere nello stato monoclasse né senza quelle forme di competizione e controllo della democrazia *à la* Schumpeter. È tutt'altro che casuale allora che lo stesso Giovanni Amendola fosse "probabilmente l'inventore del termine <totalitario>"[48], termine che riferì in un primo momento proprio al nuovo sistema elettorale, e che estese innanzitutto lui stesso a caratterizzare il regime in quanto tale[49].

Non appare pertanto del tutto sostenibile che Amendola sottovalutò "la stretta consequenzialità che, nella proposta di riforma, univa la modifica del sistema di rappresentanza con la rottura del rapporto maggioranza-minoranza quale principio fondamentale del regime parlamentare"[50], in quanto ne fu quantomeno più avvertito di altri.

Sturzo, dal suo canto, ancor più addentro già al tempo alle tecnicalità dei problemi dello Stato arricchita, la cui sensibilità si sarebbe ulteriormente accresciuta nel secondo dopoguerra dall'esperienza americana e da studi specifici sui sistemi elettorali di cui restano traccia negli archivi[51], pur sostenendo a parola una concezione della democrazia "organica" contrapposta a quella che denomina (non scorrettamente) "individualistica", assume posizioni tutt'altro che organiciste in tema di leggi elettorali e, più in generale di concezione della rappresentanza. Su questo ultimo punto, utile ad inquadrare la sua idea di democrazia parlamentare, sostiene effettivamente una concezione legata al "contratto elettorale", che chiama anche "contratti programmatici tra eletti ed elettori", ma la riconduce all'Inghilterra (e non certo a retaggi fascisti), e la ascrive al rapporto rappresentativo in senso stretto e non a rapporti tra organi, affermando in modo molto esplicito che tale "contratto" deve subire inevitabilmente i necessari aggiustamenti, in quanto, afferma testualmente, "*ad impossibilia nemo tenetur*": le condizioni politiche mutano fatalmente. Argomenta, semmai, sulla necessità di giustificare il proprio operato, e anche e soprattutto

[48] E. Gentile, *Fascismo*, cit., 84.

[49] Il 12 maggio e il 28 giugno 1923 nel quotidiano Il Mondo parlò del fascismo come di un «sistema totalitario», quale «promessa del dominio assoluto e dello spadroneggiamento completo ed incontrollato nel campo della vita politica ed amministrativa». Il 2 novembre 1923, dalle medesime colonne, parlò di "spirito <totalitario>" del regime (virgolettato nel testo originale).

[50] S. Neri Serneri, *Regime parlamentare e rappresentanza proporzionale Turati e il Psu di fronte alla "legge Acerbo"*, in *Italia contemporanea*, fascicolo 168, 1987, 41. L'articolo è facilmente reperibile sul sito www.reteparri.it

[51] G. Fanello Marcucci, *Luigi Sturzo*, Milano, 2004, 297.

i mutamenti di posizione, davanti all'opinione pubblica. Concezione modernissima, agevolata dalla sua inesausta polemica contro la partitocrazia e contro le ingerenze dei partiti nella attività parlamentare (la disciplina di partito e quelli che poi si sarebbero detti i "mandati di partiti"), dal momento che la sua convinzione ferma che fosse giunta l'opera dei partiti di massa non lo ha mai condotto (qui, forse, con una punta di ingenuità) a ritenere che ciò volesse dire che gli organi costituzionali dovessero essere fatalmente diretti politicamente dai partiti. Egli chiama addirittura "forme di intimidazione" quelle, sempre più frequenti, condotte dai partiti contro i parlamentari "non conformisti" e afferma recisamente che "non c'è nulla di peggio che svalutare un Parlamento"[52]. Afferma ripetutamente che i partiti violano il limite delle competenze, cioè pone la questione della "partitocrazia" come una questione attinente in fondo alla separazione dei poteri, che tracima talora anche in puntuali questioni di competenza giuridica[53]. La sua visione a questo proposito può apparire discutibile e superata ma ciò non toglie forza ai suoi argomenti contro una visione rigida del mandato popolare e della elezione, per così dire, diretta del governo in quanto basati su argomentazioni giuridiche inappuntabili, di schietto taglio liberale. Una riprova deriva dalle parole con cui già nel primo dopoguerra Sturzo deprecava il collegio unico nazionale: "il collegio unico nazionale ripugna ad ogni sana concezione elettorale"[54]. E con gli esatti toni che aveva utilizzato l'Amendola nel 1923, ma con una più salda dottrina giuridica e capacità analitica in materia istituzionale, nel secondo dopoguerra afferma che De Gasperi fu indotto dai partitini alla legge elettorale 31 marzo perché

[52] Egli difende tanto il "metodo parlamentare" che considera l'uscita nel 1949 dei rappresentanti del partito socialdemocratico dal gabinetto De Gasperi per sottoporre agli organi del partito la permanenza o meno dei loro ministri al governo comune episodio molto turbativo del sistema costituzionale. In questo quadro concettuale offre una visione in verità discutibile dove afferma che negli Stati Uniti d'America e in Inghilterra gli organi costituzionali contano molto più che i partiti.

[53] Tutte le citazioni testuali provengono da L. Sturzo, *Opere scelte. II, Stato, Parlamento e partiti*, a cura di M. D'Addio, Bari, 1992, *passim*.

[54] Lo afferma in più occasioni, ad esempio in un articolo dal titolo "I puritani della proporzionale" del 16 gennaio 1954. L'affermazione è relativa alla possibile utilizzazione di un sistema proporzionale pura basata appunto sul collegio unico nazionale, sostenuto da personalità come Saragat e Villabruna. L. Sturzo, *Battaglie per la libertà*, I, Il giornale d'Italia, s.d., 64, 66.

Una critica al collegio unico nazionale nella legge Acerbo provenne pure, autorevolmente, da Gaetano Mosca, il quale peraltro si espressa a favore del premio di maggioranza e, in generale, della legge. Probabilmente la sua posizione positiva sul premio e sulla legge (ma non sul collegio unico) si spiega proprio alla luce della circostanza che nella legge vedeva una forma di maggioritario limitato rispetto al quale la creazione del collegio unico nazionale stonava.

questi volevano avere un governo "prefabbricato"[55]. L'espressione governo o maggioranza prefabbricata ricorre nella (scarsa) pubblicistica critica di questi anni contro i premi di maggioranza, in termini polemici e alludendo a forme di rigidità della forma di governo ma senza mai approfondire troppo le caratterizzazioni tecniche di questa pre-fabbricazione. Come se, in fondo, fosse inopportuna ma giuridicamente sostenibile.

Né mancano altri spunti, che possono valere combinando le sue idee sul collegio unico nazionale (e quindi anche sul premio, che ne costituisce la sua attuazione più caratterizzata e ideologizzata) con l'istituto del ballottaggio, ove afferma che quest'ultimo ha fatto "decadere il costume elettorale in Italia prima del 1913 e in Francia fino al 1938, a causa delle deviazioni derivanti dall'autorizzazione di blocchi fra avversari", anticipano così la polemica contro la natura forzosa e artificiosa degli apparentamenti, che li accomuna ai premi, dei quali sono l'antecedente logico, storico e ideale e, successivamente, una ricorrente misura di corredo.

In quei giorni afferma anche che il collegio unico nazionale, come congegnato nella legge (allora) vigente, non era "sinceramente espressione della volontà dell'elettore ma il risultato di una scelta prestabilita dei partiti che non hanno alcuna veste a nominare un certo numero di deputati sostituendosi al cittadino elettore e non offrono nessuna garanzia perché non sono soggetti a formalità legali né a controlli pubblici"[56], con un elemento di polemica che, pur da prendere *cum grano salis* alla luce di alcune concezioni dell'autore, sottolinea in modo ineccepibile alcune anomalie sottese alle leggi a premio, in quanto basate su seggi aggiuntivi, ovvero letteralmente regalati.

Sturzo è molto critico inoltre in maniera espressa anche sul premio di maggioranza in quanto tale "pieno di fossi e trabocchetti"[57] e in un articolo pub-

[55] *Ult. cit.*, "Proporzionale ieri e oggi", 24 gennaio 1954, 69. E nell'articolo "Proporzionale pura, corretta e mista", 9 Febbraio 1954, 75, prende di mira un progetto dell'on. Martino ancora una volta basato sul collegio unico nazionale.

Ulteriori e più specifici (qui meno rilevanti) motivi di polemica contro il collegio unico nazionale sono il 10 Marzo del 1947 (articolo pubblicato su "il Quotidiano" del 12 Marzo) ove afferma che il collegio unico poteva essere necessario per integrare l'Assemblea Costituente con nomi di primo piano posti al sicuro dalle oscillazioni dell'opinione elettorale locale ma invece superfluo nel sistema bicamerale dove c'è un Senato che può accogliere nomi di eccezionali valore con elezioni di secondo grado o altre forme di selezione.

[56] Ulteriori e più specifici (qui meno rilevanti) motivi di polemica contro il collegio unico nazionale sono il 10 Marzo del 1947 (articolo pubblicato su "il Quotidiano" del 12 Marzo) ove afferma che il collegio unico poteva essere necessario per integrare l'Assemblea Costituente con nomi di primo piano posti al sicuro dalle oscillazioni dell'opinione elettorale locale ma invece superfluo nel sistema bicamerale dove c'è un Senato che può accogliere nomi di eccezionali valore con elezioni di secondo grado o altre forme di selezione.

[57] Lettera 13 settembre 1952 a Gonella in G. Fanelli Marcucci, *Luigi Sturzo*, cit., 298.

blicato sul "Popolo" il 29 giugno del 1952 trasfonde le sue considerazioni sul regime rappresentativo in una democrazia moderna, e quindi anche sul collegio unico nazionale quale suo elemento di notevole corruzione, in un ulteriore passaggio argomentativo ineccepibile: "la parola <premio> è semplicemente impropria; perché in un regime rappresentativo, quale è quello di una democrazia moderna, non ci sono partiti <premiati> né deputati attribuiti come <premio>; ma semplicemente cittadini elettori e cittadini eletti"[58], oltre che riprendere più consueti argomenti secondo cui il fascismo volle tra i suoi primi atti quel "premio" (con retrospezione e riforma lessicale di quella esperienza).

Se ricolleghiamo queste parole, secondo cui *ogni* premio è un regalo inaccettabile, alle sue considerazioni sul collegio unico nazionale se ne desume facilmente che Sturzo non aveva solo una chiara e lineare visione del rapporto rappresentativo ma che stava formulando una pungente critica giuridica, e non solo politico-ideologica. Una critica che la capacità di cogliere la sostanza della questione da parte di Giovanni Amendola rende ancora più affilata e attuale.

[58] *Ult. cit.*

Giovanni Poggeschi[*]

COME SI SCRIVE UN MANUALE DI DIRITTO COMPARATO DELL'AMBIENTE: UNO SFOGO ED UNA CONFIDENZA A SALVATORE PRISCO

SOMMARIO: 1. Introduzione; la scelta dell'argomento, uno sfogo ed una confidenza per un amico. – 2. Perché un libro, o un manuale, di Diritto comparato dell'ambiente. – 3. La trasversalità del Diritto ambientale e la pluridisciplinarietà della questione ambientale. – 4. Perché è importante il diritto comparato dell'ambiente. – 5. Le difficoltà incontrate.

1. *Introduzione; la scelta dell'argomento, uno sfogo ed una confidenza per un amico*

Quando si è invitati a scrivere un contributo in un *liber amicorum*, solitamente vi è una grande libertà nella scelta dell'argomento da trattare. Qualche volta i curatori indicano una traccia (come nel caso del libro in onore di Roberto Bin, gli autori dovevano partire da una delle sue tante geniali riflessioni), altre volte non vi sono limiti imposti. Vige però abitualmente la buona abitudine di cercare un collegamento con gli scritti e gli interessi del "festeggiato".

Gli agganci con i numerosi interessi dottrinali di Salvatore Prisco sarebbero stati dunque semplici: io però preferisco trovare un appiglio nell'umanità del nostro collega ed amico piuttosto che nella sua ricca, dotta ed acuta produzione[1]. Preferisco quindi sfruttare appieno la libertà di scelta, e quindi opto per un breve saggio che consiste in una confidenza, in uno sfogo: "*that's what*

[*] Professore ordinario di Diritto pubblico comparato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento.

[1] Ill pensiero va al calore, espresso anche sulla sua pagina Facebook, con il quale mi presentò ai suoi studenti, in occasione dell'invito che mi fece perché tenessi la presentazione del mio libro *La Catalogna: dalla nazione storica alla Repubblica immaginaria*, Napoli, 2018. Era il 12 novembre 2018, presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Federico II, per il corso di Diritto pubblico comparato tenuto da lui e da e da Stefania Parisi. Ho un ricordo indelebile di quella ospitalità e del fervore intellettuale ed umano che promanava dalla sua persona e che contagiava tutti i presenti, fra i quali ricordo uno degli altri "catalanisti" d'Italia, Gennaro Ferraiuolo, e la dottoressa Antonella Parente, che mi chiese se avevo a che fare con il centro Giovanni Poggeschi di Bologna, da lei in passato frequentato ed intitolato (dunque la risposta era affermativa) ad um caro familiare mio omonimo, il gesuita e pittore Giovanni Poggeschi, maestro spirituale di Fabrizio Valletti, per tanti anni presenza preziosa a Scampia. Anche il "non clericale" Salvatore rimase colpito da questi incroci e quest'incontro per me emozionante ed inaspettato.

friends are for", come cantava Dionne Warwick con gli amici Elton John, Gladys Knight e Stevie Wonder (così costringo Salvatore a cercarsi la canzone, un po' melensa ma bella, musica soul soft ma di classe).

Lo sfogo/confidenza, utile psicoanaliticamente anche (soprattutto) a me stesso, riguarda un progetto editoriale a cui sto lavorando ormai da tre anni, con la non perfetta (chiamiamola così) continuità di chi, come tutti noi, è impegnato in varie attività didattiche, di ricerca e di altro tipo(senza contare gli spostamenti dalla pianura padana al Salento che per venti anni hanno caratterizzato lamia vita, prima del trasferimento all'Università di Trento, avvenuto l'1 settembre 2025).

Si tratta di un manuale di Diritto comparato dell'ambiente, che il dottor Nicola Cacucci aspetta da tempo, e che ormai (almeno direi) è a buon punto. Chissà se sarà già uscito una volta che il *liber amicorum* per Salvatore Prisco avrà visto la luce… Adesso mi accingo, più che a spiegare come si scrive un manuale di Diritto comparato dell'ambiente, a descrivere come ho affrontato, e come sto ancora affrontando nella sua parte finale, questa intrapresa, intesa proprio come un'impresa. Tale descrizione consiste anche in meditazioni sul metodo (parola magica per i comparatisti, ancora di più che per gli altri giuristi, dovendo noi giustificare la nostra dignità ed autonomia accademica, se non proprio la nostra esistenza) e sulla essenza della comparazione del diritto ambientale, ma anche nell'analisi di quelli che considero gli aspetti fondamentali del diritto ambientale, così come da me affrontati nel libro (manuale). Alcuni passaggi potranno essere equiparati a mini-recensioni di opere che considero irrinunciabili per chi voglia approfondire il diritto ambientale: per me lo sono state.

2. *Perché un libro, o un manuale, di Diritto comparato dell'ambiente*

L'idea di scrivere un libro di Diritto comparato dell'ambiente nasce in seguito alla mia attività didatticapresso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università del Salento, dove dall'anno accademico2019-2020 mi fu affidato, fino al 2024-205 (oggi tengo l'insegnamento di Comparative publicenvironmental law nel corso di laurea in lingua inglese a Trento), con grande incoscienza dei colleghi e stima nei miei confronti, il corso di Diritto comparato dell'ambiente, all'interno del percorso "Ambiente Territorio Innovazione", dove altri colleghi offrono il loro contributo per altri aspetti del diritto ambientale: Nicola Grasso per il Diritto costituzionale, Saverio Di Benedetto per il Diritto internazionale, Massimo Monteduro per il Diritto amministrativo, Pier Luigi Portaluri e Marco Brocca per il Diritto urbanistico, Sara Tommasi per il Diritto dei consumatori e Giuseppe Rotolo per il Diritto penale (se dimentico

qualcuno o qualcuna mi perdoni)[2].

Non mi ero mai dedicato al Diritto dell'ambiente, se non indirettamente per qualche profilo riguardante la tutela dei popoli indigeni ed anche per aspetti legati al federalismo ed al regionalismo. Dopo cinque anni di insegnamento e studio della materia, non so se posso essere considerato un esperto di diritto ambientale, di sicuro conosco più cose di esso, e sono felice di poter aggiungere al mio bagaglio di conoscenza qualcosa che riguarda una questione vitale per l'umanità intera e per il pianeta. Non è solo il professore ad essere soddisfatto di questo, ma anche la persona (per quanto i due profili possano essere distinti, come sa bene Salvatore e presumibilmente tutti quelli che stanno leggendo queste confidenze).

Con il fanatismo del neofita adesso mi sento di affermare addirittura che non si possa ormai prescindere, anche per un giurista "tradizionale", dal conoscere i rudimenti della questione ambientale, perlomeno rendersi conto della sua importanza, anzi del suo carattere fondamentale: oggi (dal febbraio 2022) che la tutela dell'ambiente, insieme a quella della biodiversità e degli ecosistemi, è entrata in Costituzione, è ancora più ovvio ribadire questa verità[3]. In realtà la tutela dell'ambiente vigeva anche in precedenza, attraverso la tutela del paesaggio: mirabili a questo proposito le pagine di Alberto Predieri, la cui lettura è stata appassionante ed arricchente[4].

In tutto il libro tendo a sovrapporre i concetti di diritto ambientale con quello di diritto del cambiamento climatico, che in realtà è una parte del primo, però la più significativa perché mette in luce il pericolo della irreversibilità del deterioramento del pianeta, legato (anche se non unicamente) all'attività dell'uomo negli ultimi secoli, quelli del cosiddetto antropocene. Come il concetto di sviluppo sostenibile (sul quale rimando alle pagine successive), quello

[2] Senza contare, anche per gli altri percorsi di studio e per le materie non menzionate, gli insegnamenti indirettamente legati alla questione ambientale, che, data la pervasività di essa, sono in grande numero.

[3] In argomento, fra la già ricca letteratura, v. M. Cecchetti, *Virtù* e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione, in *Corti supreme e salute*, n. 1, 2022, 127-154; Aa.Vv., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Napoli, 2022; M. De Donno, *L'organizzazione dei poteri repubblicani di tutela dell'"integrità ecologica" del Paese: tra complessità, adattività e resilienza del sistema*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 2, 2022, 899-930; in senso critico G. Di Plinio, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, n. 16, 30/6/2021; nello stesso numero di questa rivista elettronica, abbastanza scettica appare anche F. Rescigno, *Quale riforma per l'art. 9*.

[4] A. Predieri, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969; voce *Paesaggio*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXXI, Milano, 1981. Per il rapporto fra tutela ambientale e crisi pandemica v. F. Pastore, *Costituzione e ambiente*, in M.A. Icolari (a cura di), *La tutela dell'ambiente al tempo della crisi pandemica*, Torino, 2022, 7 ss.

dell'antropocene, con le sue colpe ed i suoi inesistenti meriti, è divenuto ormai un luogo comune, ovviamente non privo di verità, ma che necessita di analisi rigorose per non diventare una risaputa autofustigazione sulla civiltà industriale, che al di là dei suoi eccessi ha permesso a miliardi di persone di uscire dalla miseria, beneficiando di quel *Welfare State* che è praticabile solo nei paesi ricchi, possibilmente democratici. Un'opera fondamentale in materia è quella di Jordi Jaría Manzano[5], dell'Università Rovira i Virgili di Tarragona, all'interno della quale il "*Centre de Estudis de Dret Ambiental de Tarragona*" (CEDAT) è un formidabile *think tank* sul diritto dell'ambiente, dove anche i salentini in esilio Endrius Cocciolo[6] e Laura Presicce sono stati e continuano ad essere protagonisti[7]. Il recente libro di quest'ultima, ammirevole per profondità di analisi ed ampiezza di contenuti, affronta il tema del ruolo degli enti locali nella lotta al cambiamento climatico, dimostrando come ogni livello di governo è tenuto ad offrire il proprio insostituibile contributo[8].

3. *La trasversalità del Diritto ambientale e la pluridisciplinarietà della questione ambientale*

La trasversalità del Diritto ambientale coincide con il fatto che esso si inserisce in tutti gli ambiti del diritto, l'internazionale, il costituzionale, l'amministrativo, il civile, il penale, il tributario, il commerciale, quello del lavoro, eccetera. Il Diritto ambientale si traduce dunque in un paradigma, che "agisce come un principio organizzativo del pensiero retorico, analitico e protettivo, collegato all'interazione sistemica e agli approcci olistici"[9], ma è assodato che ormai esso costituisce una materia, una disciplina di studio, che si nutre delle altre materie giuridiche e che contribuisce a modificare, con l'entrata prepotente delle sue regole, che discendono dai principi e valori che sovrintendono la produzione normativa relativa all'ambiente, più o meno direttamente.

La dimostrazione che il diritto ambientale non è solo una dimensione, un paradigma, ma anche una materia, può banalmente dedursi dal fatto che esso è oggetto di insegnamento in sempre più numerose Università del mondo. Esso

[5] J.J. Manzano, *La Constitución del Antropoceno*, Valencia, Tirant Humaniddes, 2020.

[6] Sempre a proposito di antropocene, per l'appunto v. E. Cocciolo, *Unión de la energía, gobernanza global y antropoceno*, in *Revista Catalana de Dret Ambiental,* 2015, pp 1-20.

[7] Dal febbraio 2024 Laura Presicce (mia laureata qualche anno fa all'Unisalento) insegna alla Universitat Oberta de Catalunya. Per quanto riguarda il CEDAT, non posso non citare anche i colleghi ed amici catalani Lucia Casado Casado e Josep Ramón Fuentes i Gasó, oltre al direttore Antoni Pigrau Solé.

[8] L. Presicce, *Los entes locales en la acción climática global. Responsabilidades, retos y perspectivas jurídicas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2023.

[9] R.L. Lorenzetti, P. Lorenzetti, *Diritto ambientale*, Napoli, 2020, 5.

è però meglio identificabile come super-materia, appunto come paradigma, come è naturale per la sua natura trasversale (giuridica) e pluridisciplinare, aspetti ai quali sono dedicate tante pagine nel mio manuale.

La questione ambientale contribuisce a modificare anche la teoria del diritto: osserva Michele Carducci che "la natura è divenuta ormai il *Tertium* necessario (accanto al binomio libertà-autorità) della dialettica costituzionale: si tratta di un Tertium per lungo tempo ignorato da tutte le teorie politiche e costituzionali, comprese quelle più critiche verso l'individualismo metodologico sotteso al costituzionalismo moderno, a partire dalle stesse tradizioni del socialismo utopico e del marxismo, che hanno sempre negato, salvo alcune eccezioni (come il Nuovo mondo industriale e societario di Charles Fourier o la Dialettica della natura di Friedrich Engels), ogni ruolo alla natura nel processo di produzione della socialità"[10].

La pluridisciplinarità della questione ambientale è la dimensione relativa all'incontro del diritto con altre discipline, come la scienza e l'economia, che assumono nel caso dell'ambiente una centralità assoluta, che è connessa alla citata "onnipresenza" della problematica della natura e della sua protezione.

Fra i testi fondamentali di Diritto dell'ambiente molti sono di Diritto internazionale. La dimensione globale della disciplina, ed il fatto che fra i primi strumenti di tutela dell'ambiente vi sono Accordi internazionali, tuttora vigenti, spiega facilmente questa realtà. Non si tratta però, in praticamente tutti i casi, di analisi solo di Diritto internazionale, bensì di opere che, partendo da questo, finiscono per assumere qualche aspetto di diritto comparato, trattando della ricezione delle regole internazionali, consuetudinarie o pattizie (comunque fra di loro mescolate, poiché dall'efficacia delle seconde discende la natura consuetudinaria delle norme in esse previste) da parte dei singoli Stati, o delle organizzazioni internazionali regionali, fra le quali assume una grande rilevanza, soprattutto per chi come noi vive all'interno di essa, il Diritto dell'Unione europea, che si è distinta negli ultimi decenni per avere creato un imponente corpus di Diritto ambientale.

Un libro prezioso è quello di Nicolas de Sadeleer, per l'appunto professore a Bruxelles di Diritto dell'Unione europea e di diritto ambientale[11]. La sua impostazione parte dall'analisi dei principi che reggono il diritto ambientale, che da slogan politici diventano regole giuridiche. Ho scelto per il mio manuale di trattare questi principi con le "altre discipline" che entrano in gioco nel

[10] M. Carducci, *Costituzionalismo e sopravvivenza umana*, in *Diritti comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa, Blog*, 9 maggio 2014: https://www.diritticomparati.it/costituzionalismo-e-sopravvivenza-umana/?print-posts=pdf.

[11] N. de Sadeleer, *Environmental Principles. From Political Slogan to Legal Rules* (second edition), Oxford University Press, 2020.

diritto ambientale: così i principi di prevenzione e precauzione[12] sono analizzati insieme alla questione del ruolo della scienza, mentre l'economia costituisce il *fil rouge* del principio dello sviluppo sostenibile, un mantra del dibattito ambientale, la formula magica che risolve (o vorrebbe risolvere) il contrasto fra il principio della tutela dell'ambiente, e delle nuove generazioni, e le esigenze dell'economia. Un concetto però anche vago ed ambiguo.

La vaghezza del principio dello sviluppo sostenibile, che peraltro è coerente con l'affermazione della sovranità dei vari Stati, è bilanciata dalla concretezza di numerosi istituti giuridici, quali le valutazioni ambientali, che sono assai diffusi e operanti in vari ordinamenti giuridici. L'ambiguità del concetto è ben visibile nel fatto che esso "talvolta consiste in un'implicita critica della società, altre volte serve come ecologismo di facciata ("*to greenwash*") buono solamente a spostare il luogo dell'estrazione, o che rinvia l'inevitabile trasformazione degli oggetti utili in rifiuti"[13].

Nonostante le (forse inevitabili) carenze del concetto (ma piuttosto delle pratiche ad esso ispirate), "a fronte di un diritto dell'ambiente difficilmente intellegibile in ragione della tecnica che lo pervade, lo sviluppo sostenibile offre una chiave di lettura sufficientemente immediata delle relative problematiche, anche a favore nella cerchia degli esperti del settore, (il che) è evidente soprattutto alla luce delle preoccupazioni suscitate dal tema del *climate change*"[14]. Di sviluppo sostenibile e di sostenibilità si parla e scrive spesso con la grande disinvoltura che i concetti "*sexy*" permettono, e bisogna essere grati a chi, come Fabrizio Fracchia, amministrativista autore di una preziosa monografia sull'argomento (fra i *must* delle letture di Diritto ambientale, citata nella nota precedente), hanno trattato con rigore e cultura giuridica un argomento potenzialmente suscettibile di analisi meramente ideologiche e superficiali[15].

[12] Su cui rimando, per la disciplina internazionale, a Saverio Di Benedetto, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale*, Roma, Argo, 2012.

[13] C. Parker Krieg, R. Toivanen, *Introduction*, in C. Parker Krieg, R. Toivanen (eds), *Situating Sustainability. A Handbook of Contexts and Concepts*, Helsinki University Press, 2021, 1.

[14] F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010, 5; sul principio v. il recente L. Cuocolo, *Diritto dello sviluppo sostenibile*, Bologna, 2025.

[15] Non è il caso di G. De Giorgi (a cura di), *Gestione delle coste e sviluppo sostenibile*, Roma, 2017, che tratta dall'ottica del concetto in esame e dal diritto amministrativo, un importante e spesso controverso argomento. Sempre frutto della scuola di Diritto amministrativo di Lecce, fondata da Ernesto Sticchi Damiani, e che ha avuto per anni l'ineguagliabile apporto di Carla Barbati, precocemente scomparsa, è B. Accettura, M. Brocca, F.F. Tuccari, *Turismo sostenibile e politiche territoriali. Profili giuridici*, in *Ambientediritto*, 2023: B. Accettura, M. Brocca, F.F. Tuccari, *Turismo sostenibile e politiche territoriali. Profili giuridici*, in *Ambientediritto*, 2023: https://www.ambientediritto.it/dottrina/turismo-sostenibile-e-politiche-territoriali-profili-giuridici/

Fra i principi analizzati nel mio libro uno spazio importante lo occupa quello di "non regressione", elaborato da Michel Prieur, professore emerito di Limoges, uno dei grandi profeti del diritto dell'ambiente, che dichiara che, "diventato un diritto fondamentale, il diritto all'ambiente beneficia delle teorie già esistenti che mirano a rendere sempre più effettivi i diritti dell'uomo, il che implica l'impossibilità di tornare indietro garantendo la non regressione del diritto riconosciuto come fondamentale ed in quanto tale irreversibile"[16].

La carica ideologica che la questione ambientale suscita è evidente sia da parte degli ecologisti sia dei negazionisti. Non ho timore nel confessare che le posizioni negazioniste sono trattate da me con una certa dose di disprezzo, ma, anche per la mia visione del mondo, che non ama le posizioni troppo radicali, non mi sento però di abbracciare le tesi della *deep ecology*: in questo mi vengono in aiuto Maria Chiara Tallacchini e soprattutto Beniamino Caravita, autore di una monografia che già nel 1990 costituiva l'irrinunciabile punto di partenza per l'analisi costituzionale del Diritto ambientale[17], rimasta tale anche nella versione più recente scritta a più (dotate) mani[18].

Scriveva il giurista e l'amico che tutti rimpiangiamo, nella prima edizione del suo seminale "Diritto pubblico dell'ambiente", che "la convinzione è quella della centralità e primarietà dell'uomo, visto in un intreccio di diritti e doveri, individuali e collettivi, in cui i profili di solidarietà (di nuovo, individuale e collettiva) devono trovare nuovo spazio di fronte ai motivi dell'individualismo: se si vuole, quasi una sorta di 'fondamentalismo' antropologico (dell'uomo di oggi, ma anche in nome dell'uomo di domani, delle generazioni future), da opporre ad un – inaccettabile, almeno nelle sue componenti estremistiche – 'fondamentalismo' ecologico"[19].

Questa scelta è da porsi in contrasto con una teoria, importante ma eccessiva, diventata celebre, per cui anche gli alberi avrebbero personalità giuridica. Senza arrivare a questi eccessi, che il responsabile in realtà puntualizza e relativizza, nonostante il titolo[20], si deve giudicare molto significativa l'apertura di legislatori e giudici alla protezione di "pezzi di natura" in quanto addirittura dotati di personalità giuridica. In tal senso va la ormai classica sentenza del 10

[16] M. Prieur, *Droit de l'environnement, droit durable*; Bruxelles, Bruylant, 2014, 184.

[17] B. Caravita, *Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna, 1990.

[18] B. Caravita, L. Cassetti, A. Morrone (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016. Fra le altre opere di dottrina italiane v. N. Lugaresi, *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2020; G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021; P. Dell'Anno, *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2022.

[19] B. Caravita, *Diritto pubblico dell'ambiente*, cit., 23.

[20] C.D. Stone, *Should Trees Have Standing ? Law, Morality, and the Environment*, Oxford University Press, 2016.

novembre 2016 della Corte costituzionale della Colombia, che attribuisce al *rio Atrato* la personalità giuridica, anche nell'interesse dei popoli indigeni (ai quali nell'occasione sono equiparati i popoli afro-colombiani) e della loro economia, e che si iscrive all'interno del "nuovo costituzionalismo andino" che tanta attenzione alla questione ambientale presta. Nella stessa direzione va la Corte Suprema della Nuova Zelanda, confermando nel 2017 una legge precedente dello Stato che attribuiva personalità giuridica al fiume Whanganaui, che ha un significato sacro per la cultura e la spiritualità dei Maori.

Pur potendo essere catalogati come esempio di "diritto ambientale estremo", il riconoscimento della personalità giuridica ai fiumi Atrato e Whanganaui è strettamente collegato ad una dimensione umana di minoranze riconosciute ma pur sempre sfavorite. Quello del rapporto fra diritto ambientale e tutela dei popoli indigeni (e dei gruppi subalterni a questi equiparabili) è un tema di grande interesse che lega la mia antica passione per il diritto delle minoranze con il mio più recente interesse per il diritto ambientale, e che meriterebbe di essere ulteriormente esplorato (intanto consiglio il bellissimo libro della neozelandese Elizabeth Macpherson[21]); lo analizzo comunque in alcune parti del libro, soprattutto a proposito del *buen vivir* andino[22], principio in buona parte ispirato alla cosmogonia indigena, espressione di "un pensiero millenario che si è convertito in paradigma costituzionale moderno per alcuni paesi dell'America Latina e di altri luoghi del mondo"[23], e che tale principio il paradigma ambientale irrora, nella logica del reciproco condizionamento fra principi ambientali ed altri principi costituzionali.

Trattando del principio di precauzione è naturale chiedersi del ruolo della scienza nel diritto ambientale: per la redazione delle pagine che trattano questo tema ho cercato di farmi una piccola cultura su aspetti scientifici, necessari alla comprensione del diritto ambientale ed anche a formulare proposte per la soluzione dei problemi che affliggono il pianeta e chi lo abita. Sembro presuntuoso a parlare di soluzioni, ma è questo quello che la dottrina dovrebbe fare, in questo caso con l'ausilio imprescindibile della scienza e della tecnologia. Il sapere scientifico e tecnologico sono alla base della decisione politica, normativa e regolamentare, ma il ruolo del diritto non è sminuito; bisogna

[21] E.J. Macpherson, *Indigenous Water Rights in Law and Regulation. Lessons from Comparative Experience*, Cambridge University Press, 2019.

[22] Fra la ricca bibliografia v. S. Baldin, *Il* buen vivir *nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Torino, 2019.

[23] L. Estupiñan Achury, *Neoconstitucionalismo ambiental y derechos de la Naturaleza en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano. El caso de Colombia*, in L. Estupiñan Achury, C. Storini, R. Martínez Dalmau, F.A. de Carvalho Dantas, *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Bogotá, Universidad Libre, 2019, 366.

peraltro ricordare che lo stesso diritto è una scienza, sociale e non esatta, con le sue specifiche caratteristiche, che la rendono differente dalle scienze pure, ma pur sempre una disciplina scientifica, nel senso di una propria autonomia epistemologica[24]. Per il rapporto dell'economia con il diritto ambientale, ho potuto attingere a tanto materiale (anche qui, sensazione mista di angoscia ed eccitazione), che tratta dei numerosi aspetti che la dottrina, italiana e straniera, analizza, in opere spesso di alto livello[25].

Economia e diritto ambientale non si incontrano solo, talvolta si scontrano. Questo si vede anche nell'Unione europea: data l'ampiezza delle sue competenze, succede spesso che sorgano dei conflitti fra regole ambientali e di altro tipo; è vero che la dimensione ambientale è talmente importante ed onnipresente da "contaminare" (discutibile la scelta di questo termine che alla lettera è assolutamente anti-ecologico"!) ogni aspetto del diritto, ma altri valori ed interessi possono essere non in linea con i principi di tutela dell'ambiente.

Un esempio, che riguarda non solo la UE, ma tutto il sistema del Wto, è quello del commercio estero, a proposito di economia. Si incontrano, o meglio si scontrano, "le due solitudini" dei due processi che a livello internazionale sono stati perseguiti: il commercio da una parte, il clima dall'altro. Lo spiega con la sua lucidità Naomi Klein, la quale punta il dito contro il sistema delle emissioni, "strana reliquia dell'era precedente al libero commercio che non teneva assolutamente conto dei cambiamenti rivoluzionari che si stavano dispiegando proprio sotto al loro naso relativamente a come (e dove) venivano prodotti i beni di consumo nel mondo"[26].

Lo studio del diritto dell'Unione europea si è arricchito negli ultimi anni di notevoli contributi sul *Green Deal*, che coniuga la crescita economica con la tutela ambientale: imperdibile sull'argomento è l'agile volume di Dario Bevilacqua ed Edoardo Chiti[27], autore quest'ultimo di pagine importanti sullo sviluppo sostenibile, già citate in precedenza (e che ha il grande merito di essere stato mio collega all'Università del Salento, come si vede fucina di pensiero sul diritto ambientale, come lo è anche la scuola di Caserta, per merito di Domenico Amirante e Vincenzo Pepe, insieme ai più giovani Enrico Buono[28], Luigi Colella, Carmine Petteruti, Pasquale Viola, Maddalena Zinzi).

[24] Riflessioni sempre illuminanti in F. Carnelutti, *Metodologia del diritto*, Padova, 1939.

[25] Ad esempio, v. A.F. Uricchio, G. Selicato (a cura di), *Green Deal e prospettive di riforma della tassazione ambientale*, Bari, 2022.

[26] N. Klein, *This changes everything*, London, Penguin Books, 2014, 153.

[27] D. Bevilacqua, E. Chiti, *Green Deal. Come costruire una nuova Europa*, Bologna, 2024.

[28] Il quale ha peraltro un'altra figura accademica paterna, che non vorrei irritare …. Perlomeno in questa sede!

4. *Perché è importante il diritto comparato dell'ambiente*

Il diritto comparato è fondamentale nello studio della questione ambientale e del cambiamento climatico perché utilizza vari elementi relativi a diverse esperienze del mondo, che possono fungere da modelli per la pratica risoluzione dei problemi e, a monte, per una discussione sulle strategie ritenute più adatte per i tanti e diversi problemi ambientali. La dottrina italiana non offre troppi esempi di diritto comparato dell'ambiente; le poche opere si sono rivelate fondamentali, sia per la redazione del libro che per l'insegnamento di questi anni. Si tratta dei lavori di Giovanni Cordini[29] e Nino Olivetti Rason[30], fra i pionieri della materia, e più recentemente di Michele Carducci[31] e Domenico Amirante, con la sua preziosa monografia sulle varie "Costituzioni ambientali"[32].

Il noto comparatista della Vanvitelli elenca tre *marker* come prova della presenza o neo di una Costituzione ambientale: "il primo *marker* è quello che considera la tutela dell'ambiente e il rapporto tra uomo e natura quali valori fondanti l'ordinamento; spesso, questi si concretizzano mediante l'inserimento di riferimenti ambientali nel preambolo o fra i principi fondamentali; non sempre la presenza dell'ambiente nel preambolo denota la sua caratteristica di valore fondante, e ciò dipende dal tenore letterale dell'enunciazione, nonché dall'effettivo sviluppo del tema ambientale nell'intero ordito costituzionale. Il secondo *marker* è dato dall'inserimento della tutela ambientale tra gli obiettivi della politica statale o tra i principi direttivi delle politiche statali. Il terzo si riferisce alla dimensione soggettiva della tutela ambientale, rilevabile nella forma di un *diritto all'ambiente*, che può essere in alcuni casi definito anche come diritto sociale. All'interno di questa categoria il diritto all'ambiente può risultare poi abbinato o meno al dovere individuale di tutelare l'ambiente. La presenza di questi primi tre *markers* consente di collocare gli ordinamenti costituzionali all'interno di un costituzionalismo ambientale forte". Sarà ovviamente l'analisi del dispiegarsi concreto di questi principi a livello di politiche, normative e regolamentazioni, con il ruolo fondamentale delle Corti, a svelare la coerenza fra la previsione sulla carta e la realtà, che spesso sono in contraddizione[33].

[29] G. Cordini, *Diritto ambientale comparato*, Padova, 2002.

[30] A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Bari-Roma, 2018. Il compianto comparatista di Padova è autore delle importanti pagine di Diritto comparato dell'opera.

[31] M. Carducci, *Cambiamento climatico (diritto costituzionale)*, voce da *Digesto delle discipline pubblicistiche* (aggiornamento), Torino, 2021, 51-74.

[32] D. Amirante, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022.

[33] *Ibidem*, 124.

Il diritto comparato, in quanto cerniera fra i principi generali del diritto internazionale, le normative e le azioni degli Stati nazionali, senza dimenticare il ruolo fondamentale delle autorità locali, ed anche delle organizzazioni intermedie (nel caso della UE assai rilevante per la politica ambientale[34]) assume dunque una funzione centrale, con la sua vocazione a scindere, attraverso l'analisi delle diverse legislazioni, politiche e decisioni giudiziarie, le cattive pratiche dai modelli virtuosi. In questo senso il diritto comparato può fungere non solo da cerniera fra i diversi diritti relativi ai vari livelli territoriali (dal mondo al quartiere), ma da bussola per tutti questi, in pratica assumendo un ruolo guida nel diritto globale, che può divenire un'entità meno misteriosa di quello che spesso appare, ponendosi come ambito centrale per la ridefinizione dei "*framing concepts*" (analizzati in varie opere del giurista scozzese Neil Walker[35]) i concetti portanti dell'ordinamento mondiale, inclusi quelli della proprietà, sovranità e potere pubblico[36], tutti sottoposti a stress per le dinamiche sempre in movimento, ma non regolari nella loro evoluzione, della globalizzazione economica e politica.

Il diritto comparato, sempre nella citata ottica del diritto globale, è anche utile per analizzare la questione centrale della giustizia climatica (su cui hanno scritto in modo esemplare i salentini Michele Carducci[37] e Attilio Pisanò[38]): in che modo i giudici dei vari Stati, o delle organizzazioni internazionali, o di qualcosa che sta a metà fra le due tipologie (ma assomiglia molto di più alla prima), come l'Unione europea, con la fondamentale giurisprudenza della Corte di giustizia, traducono in pratica i principi normativi, come dagli slogan si passa alle regole giuridiche, e come si fanno rispettare queste[39]?

Un caso chiave della giustizia climatica è *Urgenda*, che consiste in una serie di casi giudiziari, l'ultimo dei quali deciso in ultima istanza dalla Corte suprema dei Paesi Bassi nel 2019[40]; questa sentenza conferma la sentenza della Corte di-

[34] Fra la sterminata bibliografia v. S. Kingston, V. Heyvaert, A. Čavoški (eds), *European Environmental Law*, Cambridge University Press, 2017.

[35] Fra la sua estesa produzione v. N. Walker, *Intimations of Global Law*, Cambridge University Press, 2014.

[36] V. E. Chiti, In motu: *l'Unione europea e la trasformazione della costruzione giuridica della sostenibilità*, in Aa.Vv., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Napoli, 2022, 183-210.

[37] M. Carducci, *La ricerca dei caratteri differenziali della "giustizia climatica"*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2, 2020, 1346-1353.

[38] A. Pisanò, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, Napoli, 2022. Sullo stesso tono A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, Paris, PUF, 2021, 510, che ammonisce che "il ruolo della giustizia non è quello di supplire alle carenze dello Stato".

[39] N. De Saddeleer, *Environmental Principles, From Political Slogans to Legal Rules* (second edition), Oxford University Press, 2020.

[40] A. Pisanò, *Il diritto al clima*, cit., 212 e ss.

strettuale dell'Aia del 2013, con la condanna nei confronti dello Stato per non avere rispettato gli impegni internazionali assunti relativamente alla riduzione di emissioni. *Urgenda* si pone anche come precedente per altri ricorsi dello stesso tipo, che si sono succeduti nel corso dell'ultimo decennio e modellano la contemporanea tendenza a livello internazionale di risolvere la crisi climatica attraverso la ricerca di condanne emesse dalle Corti dei singoli Stati implicati, e che spesso consistono nella condanna dei governi degli Stati.

L'analisi di *Urgenda*, alla quale non può sfuggire nessuno che si dedichi al diritto ambientale[41], conduce inevitabilmente ad una presa di posizione sulla "giustizia climatica", o sul "contenzioso climatico".

Io concordo con Attilio Pisanò, che sostiene che "l'esplosione dei contenziosi climatici non è la panacea della questione climatica"[42]: questo fenomeno è legato al principio "chi inquina paga", ed è soprattutto legato alla dimensione temporale del passato, mentre quello che serve è una risposta alle sfide ambientali globale, con una serie di politiche e buone pratiche che i vari attori, pubblici e privati, debbono porre in essere, con effetti di emulazione da parte di chi non è da subito convinto della necessità e dell'utilità di decise azioni in difesa dell'ambiente e di chi ci abita. Si può obiettare che attraverso decisioni giudiziarie si orienta la futura politica di chi, una volta sanzionato, non ripeterà più le azioni contrarie all'ambiente[43]: è doveroso certamente sanzionare comportamenti illegali, specialmente se compiuti con la consapevolezza della loro nocività per l'ambiente e per la salute degli esseri umani (e degli animali e di tutto quanto è riassumibile nell'espressione "biodiversità"). Le politiche ambientali decisive sono però quelle presenti e future, ed in questo senso non ha a mio avviso troppo senso puntare soprattutto sulla strategia giudiziale, anche se alcune sentenze possono essere considerate rivoluzionarie, come quella del *Bundesverfassungsgericht* del 24 marzo 2021[44], anche in chiave di tutela delle

[41] Ancora di più che al caso della Corte suprema USA *Massachusetts v. EPA*, del 2007, sul quale rimando a G. Poggeschi, *La lotta al cambiamento climatico da* Massachussetts v. EPA *sino ad oggi. Un modello per il diritto comparato dal sistema federale statunitense?*, in *RDPCE*, n. 4, 2021, 977-1024.

[42] A. Pisanò, *Elementi per una definizione dei contenziosi climatici "propriamente" strategici, movendo dal Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review*, in *Politica del Diritto*, n. 1, 2024, 27.

[43] V. E. Buono, C. Pizi, *La democrazia climatica tra climate change mitigation e climate change litigation*. in *DPCE Online*, n. 2, 7 luglio 2023, 1943-1956: https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1951/2002

[44] R. Bin, *La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?*, in *laCostituzione.info*, 21 aprile 2021: https://www.lacostituzione.info/index.php/2021/04/30/la-corte-tedesca-e-il-diritto-al-clima-una-rivoluzione/

future generazioni[45].

5. *Le difficoltà incontrate*

Sino a qui, ho soprattutto illustrato alcuni aspetti che ritengo fondamentali del diritto ambientale. Non mi sono troppo lasciato andare allo sfogo e alla confidenza. È ora di farlo, con il rischio di non essere rigoroso dal punto di vista accademico, ma forse più interessante da leggere.

La maggiore difficoltà è la spaventosa mole di materiale che il diritto ambientale offre; dovendo (e volendo) leggere in più lingue (sette per la precisione), gli scritti sono veramente tantissimi, una quantità che sembra infinita, e che non è sempre facile procurarsi, anche se sono sempre di più le opere in *open access*[46].

Numerose sono le riviste specializzate in diritto dell'ambiente, in tutte le riviste di diritto pubblico (e non solo) abbondano i saggi sul diritto ambientale. Ogni settimana (o quasi) esce una monografia sul diritto ambientale. Insomma, il diritto ambientale "è di moda", per usare una locuzione non simpatica, o meglio è "attuale". Questa attualità è figlia dell'urgenza della questione climatica, e lo studioso (almeno a me capita questo fenomeno) è colto allo stesso tempo da una sensazione di euforia davanti ad una miniera che non cessa di offrire gemme preziose e l'angoscia di non poter leggere tutto.

La metafora della miniera è goffa se si parla di diritto ambientale, va maneggiata con cautela … e devo peraltro immediatamente puntualizzare una cosa che ho appena scritto: la miniera non offre solo gemme, ma, se non materiale di scarto, oggetti industriali anche decentemente riprodotti[47] (nel senso che ripetono quanto già scritto da più importante ed originale dottrina o che consistono in noiose esegesi di testi normativi e sentenze) ma per nulla originali. Non è prescritto che un saggio debba essere per forza originale, ma se lo è, senza che l'originalità sia sinonimo di teorie assurde (in dialetto bolognese,

[45] R. Bifulco, *Perché la storica sentenza tedesca impone una riflessione sulla responsabilità intergenerazionale*, in Luiss Open, 28 maggio 2021.

[46] Specialmente per quello che riguarda importanti opere del costituzionalismo latino-americano, fra le quali L. Estupiñan Achury, C. Storini, R. Martinez Dalmau, F.A. de Carvalho Dantas, *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, cit: https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/16011/Derechos%20Naturaleza%20%20%281%2912-2019.pdf?sequence=7&isAllowed=y; G. Amparo Rodríguez, *Fundamentos del derecho ambiental colombiano*, Bogotà, Friedrich-Ebert-Stiftung, Fescol, 2022: https://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/19179.pdf. Sul mondo magico dell'open access ringrazio sin da ora l'amico e complice Roberto Caso.

[47] È doveroso a proposito citare l'essenziale W. Benjamin, *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica*, Torino, 2014.

lu lé l'è on gran uriginel, "lui è davvero originale", non suona come un grande complimento), è meglio.

Non so se il mio libro di diritto ambientale sarà originale, non è semplice aggiungere qualcosa dal punto di vista teorico in questo argomento così tanto frequentato; il mio sforzo in questo senso è di dare una giustificazione al diritto comparato ambientale, aggiungendo all'aggettivo comparato l'aggettivo ambientale, o viceversa aggiungendo all'aggettivo comparato la parola ambientale. Non entro in questa questione terminologica, che pure ha un senso; gli aggettivi caratterizzano un sostantivo, specificando il significato altrimenti generico, ma qui gli aggettivi sono due… Ed in quanto tali compongono la disciplina oggetto del mio studio. Essendo non numerose le opere di diritto comparato dell'ambiente spero di aggiungere un po', da comparatista, di argomenti e spunti di riflessione, senza dimenticare che il libro è innanzitutto destinato agli studenti, e dunque deve offrire la necessaria chiarezza e sistematicità.

Il senso di smarrimento conseguente all'essere travolto da una spaventosa massa di materiale è in realtà talvolta accompagnato dall'eccitazione di leggere delle opere non solo arricchenti ed impeccabili nei contenuti, ma anche divertenti: un esempio è "Il governo dell'acqua" di Andrea Rinaldo, professore di Costruzioni idrauliche all'Università di Padova ed indiscussa autorità della materia, non un giurista, dunque non sempre semplice da seguire in certi passaggi per i non addetti, ma chiarissimo nell'indicare che la materia dell'ambientalismo è una cosa da prendere sul serio, nonostante le teorie superficiali e fallaci rispettivamente dei catastrofisti e dei negazionisti. Vale la pena, perché improntato all'ottimismo della conoscenza ed alla fiducia nel progresso scientifico e tecnologico, riportare il seguente pensiero del professore veneziano: "La vera cifra culturale e scientifica dei temi dell'ambientalismo deve essere emendata dalla nebbia dei suoi sfruttatori di destra e di sinistra, per mostrare una strada di opportunità che nessuna società che ci ha preceduto ha avuto a disposizione. In un paese che ha di veramente rilevante solo i suoi beni culturali e ambientali, è un dovere occuparsene"[48].

La stessa impostazione realista ed ecologista, fiduciosa nella scienza e nella tecnologia, è quella espressa da Alberto Clò[49], insieme a Roberto Miccù[50] il più consultato da me tra gli autori che si dedicano all'analisi di una "sottomateria"

[48] A. Rinaldo, *Il governo dell'acqua. Ambiente naturale e Ambente costruito*, Venezia, 2009, 20.

[49] A. Clò, *Energia e clima. L'altra faccia della medaglia*, Bologna, 2017.

[50] R. Miccù, *Lineamenti di diritto europeo dell'energia. Nuovi paradigmi di regolazione e governo multilivello*, Torino, 2020. Per un lavoro con profili comparatistici sul tema dell'energia v. C. Petteruti, *Diritto dell'ambiente e dell'energia. Profili di comparazione*, Napoli, 2020.

del diritto ambientale, il diritto dell'energia, che riguarda la sfera economica[51] e geopolitica di tutto il pianeta, e che conferma quanto sia fondamentale per gli equilibri politici e sociali mondiali il diritto ambientale. Spero che questo mio omaggio sia gradito a Salvatore Prisco, forse anche per l'interesse della materia che tratta, e soprattutto perché esprime la mia stima, la mia amicizia ed il mio affetto nei suoi confronti.

[51] Anche per tecniche innovative, come quello delle comunità energetiche, che il diritto è tenuto ad esplorare (e regolamentare): fra la già ricca letteratura v. C. Napolitano, A. Gorgoni, *Energy as a Common: New Paths of Production. The Key-Role of Energy Communities in the Italian Context*, in *Ius Publicum*, n. 2, 2022: https://airus.unisalento.it/retrieve/14890725-d5fd-4847-b-6ba-b0f581cea89d/19_05_2023_13_08_Napolitano-Gorgoni_ERCs_IusPub_REV_def-2.pdf

Annamaria Poggi[*]

EDUCAZIONE ALLA CITTADINANZA ED EDUCAZIONE CIVICA. DUE MODELLI CONTRAPPOSTI?[**]

SOMMARIO: 1. Continuità e discontinuità dell'insegnamento dell'educazione civica/alla cittadinanza nella scuola italiana. – 2. L'introduzione della disciplina negli anni Cinquanta: l'influenza del contesto storico-politico e l'importanza dell'educazione civica come collante della nascente Repubblica. – 3. La lunga eclissi sino agli anni Novanta. – 4. La svolta dell'inizio degli anni Duemila: dall'educazione civica all'educazione alla cittadinanza. – 5. La disciplina attualmente in vigore: la legge n. 92/2019 e l'introduzione dell'educazione civica: il tentativo di conciliare diverse impostazioni ed ispirazioni. – 6. La prima fase di attuazione: l'oscillazione verso l'educazione alla cittadinanza. – 7. La seconda fase: ritorno all'educazione civica? – 8. Il parere negativo del Consiglio Superiore della pubblica istruzione. – 9. Il vero nodo: la tensione tra linee ideali (e ideologiche) differenti. Educazione civica v. educazione alla cittadinanza? – 10. L'educazione alla cittadinanza globale. – 11. L'educazione civica. – 12. Conclusioni.

1. *Continuità e discontinuità dell'insegnamento dell'educazione civica/alla cittadinanza nella scuola italiana*

Nella storia ormai decennale delle trasformazioni che l'insegnamento dell'educazione civica/alla cittadinanza ha avuto in Italia vi sono elementi ricorrenti, continuità e discontinuità di cui occorre tenere conto allo scopo di meglio comprendere il significato che esso ha assunto e può assumere nel contesto della scuola italiana, soprattutto in funzione dell'idea/e di cittadinanza che inevitabilmente ne costituiscono il sostrato contenutistico.

Va premesso che nella composizione di tale significato si sono spesso intrecciate istanze diverse, non sempre completamente sovrapponibili: le aspirazioni della politica; il ruolo della scuola nella formazione della personalità degli studenti; le tendenze pedagogiche prevalenti; la lotta al nazionalismo per la globalizzazione di taluni valori (…). Sicché non deve stupire l'esito che spesso appare incoerente della disciplina che ne è scaturita nei diversi periodi e, soprattutto, la relativa facilità di mutamenti di indirizzi.

Tale incoerenza è invece più probabilmente l'esito di un incompiuto percorso di definizione, come ben emerge dal Rapporto Eurydice 2017: "Il confine tra educazione civica e educazione alla cittadinanza non è perfettamente chiaro, tuttavia la prima ha una portata più limitata rispetto alla seconda.

[*] Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università di Torino.

[**] Il testo prende spunto dalla Relazione tenuta al Convegno "Educar en valores. Construir ciudadanías" il 28 ottobre 2024 nella Università de Castilla - La Mancha.

Mentre l'educazione civica si riferisce solitamente al processo con cui si trasmettono conoscenze sulla struttura costituzionale e le istituzioni politiche di un paese, l'educazione alla cittadinanza abbraccia ulteriori competenze, come la responsabilità sociale, nonché le capacità necessarie per garantire rapporti interpersonali efficaci e uno sviluppo personale compiuto"[1]. Questa, infatti, viene nella stessa fonte definita quale "materia che mira a promuovere la convivenza armoniosa e a favorire lo sviluppo mutualmente proficuo delle persone e delle comunità in cui queste stesse vivono. Nelle società democratiche, essa aiuta gli studenti a diventare cittadini attivi, informati e responsabili, desiderosi e capaci di assumersi responsabilità per loro stessi e le loro comunità a livello nazionale, europeo e internazionale"[2].

Tale passaggio risulta cruciale nella lettura e nell'analisi dei diversi passaggi che hanno contraddistinto la storia ormai pluridecennale di tale insegnamento nella scuola italiana: essi sono il riflesso dell'oscillazione del pendolo tra tali due estremi, di cui uno (educazione civica) estremamente preciso e l'altro (educazione alla cittadinanza) assai lato e, perciò, difficilmente perimetrabile.

L'attuale fase è contrassegnata da un'opzione assai decisa verso un'idea di insegnamento ancorata al concetto di identità nazionale e senso di appartenenza alla comunità che punta sulla storia italiana quale perno attraverso cui costruire i relativi percorsi, in chiara discontinuità rispetto alle indicazioni precedenti che miravano, invece, alla costruzione di una cittadinanza "globale", in cui far confluire valori e principi "procedurali".

Si tratta dunque di un cambio di paradigma interessante da osservare sotto diversi punti di vista che verranno di seguito analizzati.

2. *L'introduzione della disciplina negli anni Cinquanta: l'influenza del contesto storico-politico e l'importanza dell'educazione civica come collante della nascente Repubblica*

L'insegnamento dell'educazione civica viene introdotto nella scuola italiana a metà degli anni Cinquanta, quando l'allora Ministro alla Pubblica Istruzione Aldo Moro la introdusse esplicitamente, con il DPR del 13 giugno 1958, intitolato *Programmi di insegnamento dell'educazione civica negli istituti e scuole di ordine secondario e artistico*, con l'intento di integrare il tradizionale insegnamento

[1] Il rapporto Eurydice *L'educazione alla cittadinanza a scuola in Europa – 2017*, pubblicato nel mese di ottobre 2017 è realizzato sotto l'egida della Commissione europea. I dati, basati sulle normative e sulle raccomandazioni esistenti, sono stati raccolti dalla rete Eurydice in 42 sistemi educativi e sono corredati dei risultati tratti dalla letteratura accademica e delle interviste condotte con i relativi attori a livello nazionale. La citazione è tratta da Eurydice in breve, 2017, Introduzione.

[2] *Ibidem.*

di storia negli istituti e scuole di istruzione secondaria attraverso due ore al mese obbligatorie, affidate al docente di storia, di cui non era prevista la valutazione.

Al di là dell'esiguità dell'insegnamento, due elementi vanno comunque sottolineati.

Il primo è che quella innovazione era consequenziale all'approvazione ed entrata in vigore della Costituzione italiana che, in anche in un orizzonte sovranazionale, aveva aderito a quei documenti e Carte solenni in cui venivano condensati valori e principi considerati indispensabili basi per la convivenza mondiale, a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti umani. L'entrata in vigore di una Costituzione che, aderendo a quei valori e alla storia del costituzionalismo democratico, costituiva una rilevante discontinuità nella configurazione della forma di stato italiano, fu dunque un elemento centrale nella costruzione di una nuova coscienza sociale e civica.

Lo stesso Moro aveva presentato l'11 dicembre 1947 un ordine del giorno, che fu approvato all'unanimità, in cui si chiedeva "che la nuova Carta costituzionale trovi senza indugio adeguato posto nel quadro didattico delle scuole di ogni ordine e grado, al fine di rendere consapevole la giovane generazione delle raggiunte conquiste morali e sociali che costituiscono ormai sacro retaggio del popolo italiano".

In tale intento vi era compresa anche un'esigenza ineludibile e, cioè, quella di affrontare la grave situazione di analfabetismo che imperversava nel Paese e che spingeva i primi governi repubblicani a varare operazioni di diffusione capillare non solo dell'istruzione ma, altresì, della coscienza civica.

I dati sull'istruzione erano, infatti, davvero preoccupanti: «nel 1948 il tasso di analfabetismo era stimato, in mancanza di dati precisi, intorno al 15-18% (con punte superiori anche a 40% in alcune zone del Sud), l'80% dei ragazzi non completava l'obbligo scolastico (…), soltanto il 10% degli ultraquattordicenni continuava gli studi»[3].

Il secondo elemento attiene all'impostazione "ideale" che si diede originariamente a quella disciplina in conseguenza della peculiare formazione di Aldo Moro e di quel gruppo di giovani professori cattolici che in Assemblea Costituente aveva a più riprese e su diverse questioni elevato il principio personalista a paradigma dei rapporti sociali e della relazione tra autorità e libertà, quale contrassegno fondamentale della forma di stato della Repubblica italiana. Filippo Pizzolato ha correttamente evidenziato come l'accordo raggiunto in sede Costituente poggiasse sull'impostazione dossettiana dell'«anteriorità

[3] G. Chiosso, *I cattolici e la scuola dalla Costituente al centro-sinistra*, Brescia, 1988, 48.

logica della persona rispetto allo Stato e nell'integrazione della persona dentro il pluralismo sociale»[4].

Come noto il principio personalista si fonda su quel filone di pensiero che non solo subordina la complessiva organizzazione statuale e le sue prestazioni alla priorità di valore della persona umana rispetto a qualunque tipo di organizzazione, ma anzi, assume che il fine ultimo di tali organizzazioni debba essere lo sviluppo di ogni singola persona umana, in chiara opposizione al liberalismo capitalista da un lato e al socialismo marxista, dall'altro[5].

Fondamento condiviso di tale prospettiva è la priorità della dignità umana rispetto a qualunque altro tipo di scelta che possa essere compiuta da una comunità politica. Allo stesso modo vi è una generale condivisione sul fatto che la radice della dignità umana risiede in una norma *extra-ordinem*, che non fa parte cioè del mondo giuridico, ma che ad esso si impone e che esso non può che riconoscere.

Non è dunque l'organizzazione statuale (né nella forma della necessità, ne secondo la modalità del contrattualismo laico) che con le sue norme può fondare l'eguaglianza, poiché questa discende dalla dignità della persona in quanto fenomeno umano che precede qualunque forma di regolamentazione giuridica pubblica.

La centralità della persona e della sua vita di relazione all'interno delle diverse comunità territoriali e sociali (dal comune sino allo stato e dalla famiglia sino alle aggregazioni politiche nazionali) costituiva il sostrato filosofico su cui articolare una specifica formazione non solo teorica ma anche "esperienziale".

Ecco allora che nelle motivazioni di tale nuovo insegnamento, contenute nell'Allegato al DPR 285 del 1958 (che conteneva un unico articolo con cui si introduceva la materia elementi di educazione civica quale appendice dell'insegnamento della storia) emergeva un'impostazione per cui tale insegnamento veniva concepito in maniera non meramente teorica, ma in funzione dell'esigenza di mettere in collegamento le classiche materie di insegnamento con elementi emergenti dalla realtà.

Non senza una certa enfasi, ma in maniera assai esplicita, l'Allegato in questione così esordiva: "L'educazione civica si propone di soddisfare l'esigenza che tra Scuola e Vita si creino rapporti di mutua collaborazione. L'opinione

[4] F. Pizzolato, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999, 102

[5] Su tale impostazione e sulla sua teorizzazione in Assemblea Costituente v. tra gli altri, C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, 155; V. Onida, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana* in G. Amato, A. Barbera (a cura di) *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 102; E. Spagna Musso, *Note per un approccio giuridico alla crisi dello Stato sociale*, in Aa.Vv., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, Padova, 1990, 189 ss

pubblica avverte imperiosamente, se pur confusamente, l'esigenza che la Vita venga a fecondare la cultura scolastica, e che la Scuola acquisti nuova virtù espansiva, aprendosi verso le forme e le strutture della Vita associata".

Dopo aver sottolineato come tale insegnamento avrebbe dovuto conformarsi al diverso sviluppo cognitivo ("Il livello dello sviluppo psichico si è soliti segnalarlo a tre diverse altezze: il primo nel periodo 6-11 anni; il secondo nel periodo 11-14 anni; il terzo nel periodo 14-18"), si suggeriva, quanto alla fascia 11-14, di non ridurre l'insegnamento stesso alla trasmissione di "ammonimenti, divieti e censure", bensì a farlo emergere attraverso la logica stessa che lo avrebbe dovuto informare: "Attraverso l'utilizzazione della stessa organizzazione della vita scolastica, come viva esperienza di rapporti sociali e pratico esercizio di diritti e di doveri, si chiarirà progressivamente che la vita sociale non è attività lontana e indifferente, cui solo gli adulti abbiano interesse, e che lo spirito civico, lungi da ogni convenzionalismo, riflette la vita nella sua forma più consapevole e più degna". Mentre dai 14 anni in poi: L'azione educativa, in questa fase di sviluppo psichico, sarà indirizzata a costituire un solido e armonico equilibrio spirituale, vincendo incertezze e vacillamenti, purificando impulsi, utilizzando e incanalando il vigore, la generosità e l'intransigenza della personalità giovanile".

Sprazzi, dunque, della consapevolezza, già in allora presente, che l'educazione civica non fosse concepita come una classica materia ma quale "fonte" di ispirazione di comportamenti diversi. Vale ancora la pena di evidenziare come il massimo riferimento di senso e contenuto fosse rinvenuto nella Costituzione, significativamente definitiva come "culmine della nostra attuale esperienza storica", a conferma di una impostazione che vedeva nella educazione civica l'educazione a diventare cittadini, come tratto fondante della personalità.

Perciò interrogandosi sul significato della disciplina Moro poteva a ragion veduta affermare che "se ben si osservi l'espressione «educazione civica» con il primo termine «educazione» si immedesima con il fine della scuola e col secondo «civica» si proietta verso la vita sociale, giuridica, politica, verso cioè i principi che reggono la collettività e le forme nelle quali essa si concreta".

In questa prima fase è innegabile l'influenza sul tema dell'educazione civica esercitata dal maggiore partito politico di allora, la Democrazia cristiana, che sulla scorta del pensiero di Aldo Moro, enfatizzava nei propri documenti la centralità della persona umana quale perno del valore della libertà di educazione familiare e valore della libertà di scelta della scuola (rispetto alla statalizzazione dell'istruzione)[6]. Particolare attenzione, sospinta in prima linea da

[6] A. Damilano (a cura di), *Atti e documenti della Democrazia cristiana 1943-1967*, Roma, 1968, I, 3

De Gasperi, veniva conferita alle scuole professionali e aziendali e, in linea generale, al nesso tra scuola e mondo del lavoro[7].

3. *La lunga eclissi sino agli anni Novanta*

L'ispirazione costituente non venne opportunamente e adeguatamente coltivata e sviluppata nelle sue implicazioni didattiche e metodologiche negli anni successivi. Essa, infatti fu oggetto di alterne vicende che la videro oggetto di dispositivi generalisti e con riferimento a contenuti trasversali ad alcune discipline (italiano, storia, geografia, diritto, economia), mentre non vennero effettuate sperimentazioni significative in grado di dare corpo e anima alla materia stessa.

Dopo una eclissi durata più di un decennio dal primo d.P.R. le cui prescrizioni vennero man mano fatte cadere nel vuoto, nel febbraio del 1979, su impulso del ministro Mario Pedini (Democrazia cristiana), l'educazione civica diventò nuovamente materia di insegnamento, affidata alle decisioni del consiglio di classe, ma solo per le classi terze della scuola media. Nel d.m. 9 febbraio 1979 per la scuola media la funzione dell'educazione civica, era quella di "far maturare il senso etico come fondamento dei rapporti dei cittadini, di rendere coscienti del compito storico delle generazioni e dei singoli, di promuovere una concreta e chiara consapevolezza dei problemi della convivenza umana ai vari livelli di aggregazione comunitaria, guidando l'alunno a realizzare comportamenti civilmente e socialmente responsabili"

Qualche anno più tardi, nel 1985, la ministra Franca Falcucci (Democrazia cristiana) la estese nella scuola primaria, accanto a storia e geografia, quale educazione alla convivenza democratica, costruita appunto sui valori riconosciuti universalmente della Costituzione stessa, che quindi diventava, secondo questa formulazione, una specie di prerequisito e un obiettivo comune di tutte le materie insegnate alle elementari.

Una metodologia diversa fu poi inaugurata a partire dal 1990 dall'allora ministro Sergio Mattarella (Democrazia cristiana), e cioè la sua trattazione non in una sede specifica bensì all'interno dei programmi di storia.

Analogamente nella Direttiva ministeriale n. 58 dell'8 febbraio 1996, i programmi di insegnamento dell'educazione civica dovevano raccordarsi in maniera più stretta con la dimensione culturale e quella propria della Carta costituzionale, secondo una "duplicità di prospettive: da un lato, nella complessiva attività didattica ed educativa (riguardante tutti gli insegnamenti, le attività extracurricolari e i diversi momenti della vita scolastica), con modalità flessibili,

[7] G. De Rosa, *I partiti politici in Italia, Bergamo*, 1972, 491-501.

anche in relazione all'autonomia delle singole scuole; dall'altro, nell'ambito di un insegnamento specifico (come previsto dal d.P.R. n. 585/1958)"[8].

Di un certo rilevo, anche se non direttamente collegato all'educazione civica, è stato il d.P.R. n. 249/1998 ("Statuto delle studentesse e degli studenti"), in cui all'art. 1, si chiariva che "La scuola è luogo di formazione e di educazione mediante lo studio, l'acquisizione delle conoscenze e lo sviluppo della coscienza critica". Il d.P.R. è stato modificato con il d.P.R. del 21 novembre 2007, n. 235 "Regolamento recante modifiche ed integrazioni al decreto del Presidente della Repubblica 24 giugno 1998, n. 249, concernente lo statuto delle studentesse e degli studenti della scuola secondaria" che, all'art. 5-bis inserisce il "Patto educativo di corresponsabilità", con l'obiettivo di impegnare le famiglie (fin dal momento dell'iscrizione) a condividere con la scuola i nuclei fondanti dell'azione educativa.

4. *La svolta dell'inizio degli anni Duemila: dall'educazione civica all'educazione alla cittadinanza*

L'apparente rapido passaggio contenuto nella legge 53 del 2003 (recante delega al Governo per la definizione delle norme generali sull'istruzione e dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di istruzione e formazione professionale) e contenuto nell'art. 2, comma 1, lett. b), secondo cui "sono promossi il conseguimento di una formazione spirituale e morale, anche ispirata ai principi della Costituzione, e lo sviluppo della coscienza storica e di appartenenza alla comunità locale, alla comunità nazionale ed alla civiltà europea") ha segnato, in realtà, un notevole mutamento concettuale.

Il rilievo conferito alla "educazione ai principi fondamentali della convivenza civile", declinati in sei tipologie di educazioni (alla cittadinanza, stradale, ambientale, alla salute, alimentare e all'affettività) ha segnato il passaggio dalla educazione civica (centrata prevalentemente sulla Costituzione italiana e sui principi da essa scaturenti) alla educazione alla cittadinanza (focalizzata, invece, su principi e valori trasversali alle varie carte internazionali, non senza, ovviamente agganci nella Costituzione italiana).

In attuazione della delega furono adottati i d.lgs. n. 59/2004 (Indicazioni Nazionali per la scuola Primaria e per la Secondaria di I grado) e il d.lgs. n. 226/2005 (sul secondo ciclo). Nel primo si evidenziava il ruolo dell'educazione alla convivenza civile, declinata nelle cosiddette "sei educazioni": alla cittadinanza, stradale, ambientale, alla salute, alimentare e all'affettività. Nel secondo,

[8] S. Panizza, *La reintroduzione dell'insegnamento scolastico dell'educazione civica da parte della legge n. 92/2019, con a fondamento la conoscenza della Costituzione. Tra buone intenzioni e false partenze,* in *Dirittifondamentali.it*., n. 27/2019

invece, si puntava più all'acquisizione di abilità trasversali attraverso la promozione dell'educazione alla convivenza civile, alla crescita educativa, culturale e professionale attraverso il sapere, il saper essere, il saper fare, l'agire, e la riflessione critica su di essi, nonché l'incremento dell'autonoma capacità di giudizio e l'esercizio della responsabilità personale e sociale.

Di li a poco la dalla legge Gelmini, 169/2008 e la successiva n. 222/2012 inglobarono l'educazione civica nella nuova dicitura di "Cittadinanza e Costituzione", attraverso un mutamento di indirizzi che riportava al centro dell'attenzione la conoscenza e la formazione sulla Costituzione italiana.

La discontinuità emergeva dal "Documento d'indirizzo per la sperimentazione dell'insegnamento di Cittadinanza e Costituzione" del marzo 2009, che illustrando i nuclei tematici e gli obiettivi di apprendimento, specificava che "L'introduzione […] dell'insegnamento Cittadinanza e Costituzione offre l'occasione per una messa a punto del fondamentale rapporto che lega la scuola alla Costituzione, sia dal punto di vista della sua legittimazione, sia dal punto di vista del compito educativo ad essa affidato. Le scuole sono chiamate in proposito a concorrere, anzitutto con la riflessione, con l'approfondimento dei problemi e con la sperimentazione, a questa messa a punto, in vista di un più maturo assetto ordinamentale della materia". Con il DPR n. 89/2009 (quadro orario scuola secondaria di I grado), l'insegnamento di "Cittadinanza e Costituzione" è inserito nell'area disciplinare storico-geografica.

Successivamente la c.d. legge sulla buona scuola (n. 107/2015) tornava all'impostazione fondata sull'educazione alla cittadinanza, attraverso il potenziamento nell'offerta formativa dello sviluppo delle competenze in materia di cittadinanza attiva e democratica, la valorizzazione dell'educazione interculturale e alla pace, il rispetto delle differenze e il dialogo tra le culture, il sostegno dell'assunzione di responsabilità, della solidarietà, della cura dei beni comuni e della consapevolezza dei diritti e dei doveri.

5. *La disciplina attualmente in vigore: la legge n. 92/2019 e l'introduzione dell'educazione civica: il tentativo di conciliare diverse impostazioni ed ispirazioni*

L'ultima legge intervenuta in materia, la n. 92 del 2019[9], costituisce una sorta di condensato delle diverse aspirazioni stratificatesi nel tempo in relazione ai contenuti della materia.

[9] Un'accurata ed analitica analisi della legge è stata effettuata, tra gli altri, da S. Panizza, *La reintroduzione dell'insegnamento scolastico dell'educazione civica da parte della legge n. 92/2019, con a fondamento la conoscenza della Costituzione. Tra buone intenzioni e false partenze,* cit.

Essa, infatti, se per un verso all'art. 1 fornisce una definizione della disciplina del tutto condivisibile, per altro verso, nelle norme successive, la declina in una eccessiva, e quanto mai dispersiva, quantità di competenze che dovrebbero animarla.

Mentre nei principi ispiratori giustamente si afferma che "L'educazione civica contribuisce a formare cittadini responsabili e attivi e a promuovere la partecipazione piena e consapevole alla vita civica, culturale e sociale delle comunità, nel rispetto delle regole, dei diritti e dei doveri" (art. 1, comma 1), i contenuti evidenziati smarriscono l'ispirazione fondamentale nel lungo elenco di tematiche di cui all'art. 3, comma: a) Costituzione, istituzioni dello Stato italiano, dell'Unione europea e degli organismi internazionali; storia della bandiera e dell'inno nazionale; b) Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 25 settembre 2015; c) educazione alla cittadinanza digitale; d) elementi fondamentali di diritto, con particolare riguardo al diritto del lavoro; e) educazione ambientale, sviluppo ecosostenibile e tutela del patrimonio ambientale, delle identità, delle produzioni e delle eccellenze territoriali e agroalimentari; f) educazione alla legalità e al contrasto delle mafie; g) educazione al rispetto e alla valorizzazione del patrimonio culturale e dei beni pubblici comuni; h) formazione di base in materia di protezione civile; h-*bis*) educazione finanziaria e assicurativa e pianificazione previdenziale, anche con riferimento all'utilizzo delle nuove tecnologie digitali di gestione del denaro e alle nuove forme di economia e finanza sostenibile.

Basterebbe la lettura del solo ultimo comma per chiedersi a che logica si sia mai potuta ispirare una legge che immagina che ragazzi, anche solo quelli di 18 anni, possano riflettere sulle questioni previdenziali.

Si tratta di contenuti così eterogenei che possono trovare una spiegazione nel solo intento di condensare tutte le diverse aspirazioni e ispirazioni registrate nel dibattito parlamentare e che hanno dato voce alle diverse forze politiche e alla loro volontà di marcare alcuni dei propri cavalli di battaglia (come le "eccellenze territoriali e agroalimentari" oppure le nuove forme di finanza sostenibile…). Un elenco che paradossalmente potrebbe condurre a smarrire il significato complessivo che pure la legge ha voluto imprimere alla disciplina centrandola sulla formazione di personalità in grado di partecipare responsabilmente alla vita civica culturale e sociale. Allo stesso tempo, si rischia anche di rendere più esile il perno su cui la stessa disciplina dovrebbe incentrarsi e cioè alla Costituzione, quale norma fondamentale per la formazione del cittadino che ruota intorno al nesso diritti-doveri e al significato che questi assumono quali caratteri storici del

concetto stesso di cittadinanza[10].

6. *La prima fase di attuazione: l'oscillazione verso l'educazione alla cittadinanza*

La stessa impostazione emerge dalle Linee guida per l'insegnamento dell'educazione civica adottate con d.m. n. 35 del 22 giugno 2020, ai sensi dell'articolo 3 della legge 20 agosto 2019, n. 92 (che sono state adottate per gli anni scolastici 2020/2021, 2021/2022 e 2022/2023)[11]. Queste sono oggi superate da nuove Linee guida che esamineremo più avanti ma la cui breve esposizione si rende necessaria allo scopo di comprendere al meglio il percorso e la nuova discontinuità che è stata introdotta.

Le Linee guida si sviluppano intorno a tre nuclei concettuali: costituzione (diritto nazionale e internazionale, legalità e solidarietà), sviluppo sostenibile (educazione ambientale, conoscenza e tutela del patrimonio e del territorio) e cittadinanza digitale.

Rientrano nella prima tematica: ordinamento dello Stato, delle regioni, degli enti territoriali, delle autonomie Locali e delle organizzazioni internazionali e sovranazionali, l'Unione Europea e le Nazioni Unite. Tali conoscenze vanno integrate attraverso la trasmissione di diversi concetti: legalità, rispetto delle leggi e delle regole comuni in tutti gli ambienti della vita sociale (es: codice della strada, regolamenti scolastici, dei circoli ricreativi, delle Associazioni).

Il secondo nucleo concettuale si fonda sui 17 obiettivi dell'Agenda 2030 e riguarda, oltre la salvaguardia dell'ambiente e delle risorse naturali, anche la costruzione di ambienti di vita, di città, la scelta di modi di vivere inclusivi e rispettosi dei diritti fondamentali delle persone, quali la salute, il benessere psico-fisico, la sicurezza alimentare, l'uguaglianza, il lavoro dignitoso, la tutela dei patrimoni materiali e immateriali delle comunità, l'educazione alla salute,

[10] Per una approfondita riflessione sul senso della conoscenza della Costituzione nella scuola v., tra gli altri, A. Pugiotto, *La Costituzione tra i banchi di scuola*, in A. Pugiotto (a cura di), *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, Napoli, 2013, 1 ss.

[11] Il decreto in questione si componeva di sei articoli: art. 1(Linee guida per l'insegnamento dell'educazione civica), art. 2 (Prima attuazione delle Linee guida), art. 3 (Valutazione periodica e finale), art. 4 (Misure di formazione, di accompagnamento e monitoraggio), art. 5 (Disposizioni per le Regioni a Statuto speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano), art. 6 (Clausola di in varianza finanziaria). Parte integrante del decreto, secondo quanto stabilito dall'art. 1 del medesimo, erano tre allegati: il più corposo è l'all. A, contenente le linee guida in senso stretto, cui si affiancavano l'all. B (Integrazioni al Profilo delle competenze al termine del primo ciclo di istruzione riferite all'insegnamento trasversale dell'educazione civica) e l'all. C (Integrazioni al Profilo educativo, culturale e professionale dello studente a conclusione del secondo ciclo del sistema educativo di istruzione e di formazione, riferite all'insegnamento trasversale dell'educazione civica)

la tutela dell'ambiente, il rispetto per gli animali e i beni comuni, la protezione civile.

Infine alla cittadinanza digitale – intesa come "capacità di un individuo di avvalersi consapevolmente e responsabilmente dei mezzi di comunicazione virtuale" – è dedicato l'intero articolo 5 della Legge n. 92/2019 dal quale si desume che oltre alle competenze informatiche occorre altresì educare all'uso consapevole dei media[12].

A parte l'assoluta eterogeneità tra i contenuti sopra riportati (che normalmente confluirebbero in una trentina di corsi universitari da 60 ore ciascuno) e le ore annualmente disponibili dalle scuole (33 ore all'anno), viene da chiedersi, ad esempio, a cosa serva ricondurre tutte quelle discipline alla Costituzione; ed ancora a cosa serva affiancare alla conoscenza della Costituzione, le materie ambientali e l'educazione digitale[13]. Soprattutto con riguardo a quest'ultima, davvero cruciale soprattutto nella scuola, sarebbe stato forse più opportuno immaginare percorsi diversi di integrazione dei curricoli, piuttosto che appiccicarla artificialmente all'educazione civica[14].

È evidente, inoltre, che così concepiti questi contenuti, e rapportati all'esiguo numero di ore a disposizione, non possono che tradursi nella trasmissione (assai faticosa, soprattutto per gli studenti) di competenze su un po' di tutto. L'insegnamento dell'Educazione civica, infatti, prevede una valutazione speci-

[12] Alla cittadinanza digitale è dedicato l'art. 5 che, di nuovo, elenca tematiche assai eterogenee in cui si perdono, peraltro, anche tematiche di assoluto rilievo per i ragazzi, quali ad esempio il contrasto ai fenomeni di bullismo attraverso strumenti digitali. L'art. 5 della legge stabilisce, infatti, che l'insegnamento preveda "almeno" la seguente serie di abilità e conoscenze digitali essenziali: l'analisi, il confronto e la valutazione critica della credibilità e dell'affidabilità di fonti, informazioni e contenuti (lett. a); l'interazione attraverso varie tecnologie digitali e l'individuazione dei mezzi e delle forme di comunicazione digitali appropriati (lett. b); l'informazione e la partecipazione al dibattito pubblico attraverso l'utilizzo di servizi digitali e la ricerca di opportunità di crescita e di cittadinanza partecipativa (lett. c); la conoscenza delle norme comportamentali da osservare nell'ambito delle tecnologie digitali (lett. d); la creazione, la gestione e la tutela dell'identità digitale, l'utilizzo e la condivisione di informazioni personali identificabili proteggendo sé stessi e gli altri (lett. e); la conoscenza dei profili connessi con la riservatezza (lett. f); la protezione dai rischi per la salute e il benessere psico-fisico, la consapevolezza dei riflessi delle tecnologie digitali sull'inclusione sociale, con particolare attenzione ai comportamenti di bullismo e cyberbullismo (lett. g).

[13] Basterebbe consultare un po' della letteratura in materia per comprendere che si tratta di un mare sconfinato di conoscenze: per averne un'idea esaustiva si v. P.C. Rivoltella, *Media Education*, Roma 2001; M. Ranieri, I. Bruni, *Digital and Media Literacy in Teacher Education: Findings and Recommendations from the European Project e-MEL,* in *Giornale Italiano della Ricerca Educativa – Italian Journal of Educational Research*, XI, n. 20: 151-165.

[14] Sul punto v. M. Nisticò, P. Passaglia (a cura di), *L'insegnamento di Cittadinanza e Costituzione ai tempi del web 2.0*. Atti del Seminario di Pisa. Palazzo dei Dodici 22 novembre 2013, Pisa, 2014.

fica, di materia a sé stante, sicché in sede di scrutinio, il docente coordinatore dell'insegnamento formula la proposta di valutazione da inserire nel documento di valutazione, acquisendo elementi conoscitivi dai docenti del Consiglio di Classe. Inutile dire che tale normativa non poteva che suscitare critiche, tra cui quella certamente comprensibile di una architettura troppo complessa e tutta sulle spalle delle scuole che, oltre a dover recuperare dal monte ore le 33 ore richieste devono altresì farsi carico di recuperare le risorse per l'attuazione della legge[15].

7. *La seconda fase: ritorno all'educazione civica?*

Il 7 settembre 2024 con Decreto Ministeriale n. 183 sono state adottate le Nuove linee guida per l'educazione civica che hanno sostituito le precedenti Linee guida adottate il 22 giugno 2020, n. 35.

Quello che poteva apparire un semplice avvicendamento di indicazioni ministeriali, in assenza della modifica del testo legislativo di base, ha invece provocato un ampio e acceso dibattito poiché in tali nuove linee guida molti commentatori hanno intravisto un "cambio di paradigma per la scuola italiana" soprattutto in virtù dell'introduzione del concetto di "patria" e di "identità occidentale" collegati ai contenuti della Costituzione.

Prima di analizzare le linee guida in tali nuovi contenuti, va sottolineato come tale mutamento di paradigma è avvenuto senza modificare sostanzialmente e nella sua ispirazione di fondo la legge di base e cioè la n. 92/2019[16]. Rimane, infatti, identica la finalità della stessa legge, come pure l'art. 3 della legge che enuncia le tematiche che sostanziano il relativo insegnamento, il che

[15] V. Ferro Allodola, *Il "grande ritorno" dell'educazione civica a scuola: struttura, funzioni, limiti e potenzialità (durante la pandemia)*, in *Studi sulla formazione*, n. 24/2021, 154.

[16] La legge 92 è stata modificata dalla legge 21 del 2024 che ha però solo inserito altre tematiche di educazione civica riferite alla dimensione economica. Così all'art. 1 (principi) è stata aggiunta la frase riferita a "*risparmio, investimento, educazione finanziaria e assicurativa, pianificazione previdenziale, anche con riferimento all'utilizzo delle nuove tecnologie digitali di gestione del denaro, nuove forme di economia e finanza sostenibile e cultura d'impresa*". All'articolo 3 (obiettivi di apprendimento) è stato invece aggiunto un ampio paragrafo riferito alla dimensione finanziaria che così recita: "h-bis) *educazione finanziaria e assicurativa e pianificazione previdenziale, anche con riferimento all'utilizzo delle nuove tecnologie digitali di gestione del denaro e alle nuove forme di economia e finanza sostenibile. 1-bis. Per l'insegnamento di cui alla lettera h-bis) del comma 1, il Ministero dell'istruzione e del merito determina i contenuti d'intesa con la Banca d'Italia, la Commissione nazionale per le società e la borsa, l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni e la Commissione di vigilanza sui fondi pensione, sentito il Comitato per la programmazione e il coordinamento delle attività di educazione finanziaria e sentite le associazioni maggiormente rappresentative degli operatori.*

potrebbe comportare qualche questione relativa al rapporto tra fonti, tra legge istitutiva della disciplina e linee guida di attuazione della stessa[17].

Al fine di valutare ciò è ora opportuno soffermarsi sulle nuove Linee.

Obiettivo del testo è definire a livello nazionale traguardi di competenza, competenze e obiettivi di apprendimento così che le singole scuole li utilizzino dal 2024/25 per la definizione dei curricoli di educazione civica. La definizione di traguardi di competenza per le scuole del primo ciclo e di competenze per il secondo ciclo con obiettivi di apprendimento correlati è attuata sulla scorta del modello con cui sono costruiti i documenti delle indicazioni nazionali del 2010 (secondo Ciclo) e 2012 (primo ciclo).

Il cuore del documento è costituito dal secondo titolo "Principi a fondamento dell'educazione civica" di cui di seguito i punti chiave.

In primo luogo, rispetto alla Costituzione italiana (la cui conoscenza rimane obiettivo prioritario) si conferisce particolare enfasi al principio personalista da cui discende "la necessità di sottolineare la centralità della persona umana, soggetto fondamentale della storia, al cui servizio si pone lo Stato. Da qui nasce l'importanza di valorizzare i talenti di ogni studente e la cultura del rispetto verso ogni essere umano. (…) Da qui anche la funzionalità della società allo sviluppo di ogni individuo (e non viceversa) ed il primato dell'essere umano su ogni concezione ideologica".

In secondo luogo, si sottolinea non solo la centralità dei diritti, ma anche dei doveri verso la collettività, che l'articolo 2 della nostra Carta costituzionale definisce come "doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale: "l'importanza di sviluppare anche una cultura dei doveri rende necessario insegnare il rispetto verso le regole che sono poste per una società ordinata al fine di favorire la convivenza civile, per far prevalere il diritto e non l'arbitrio. Da qui l'importanza fondamentale della responsabilità individuale che non può essere sostituita dalla responsabilità sociale".

In terzo luogo, si evidenzia come l'educazione civica deve contribuire ad una formazione volta a favorire l'inclusione degli alunni stranieri nella scuola italiana. L'insegnamento dell'educazione civica può supportare gli insegnanti nel lavoro dell'integrazione, producendo nei suoi esiti coesione civica e senso della comunità, evitando che anche in Italia si verifichino fenomeni di ghettizzazione urbana e sociale.

Infine, il punto in assoluto più discusso è il passaggio in cui si lega il contenuto dell'educazione civica al concetto di Patria e di identità nazionale: "Le linee guida offrono una cornice efficace entro la quale poter inquadrare temi e

[17] Così G. Benassi, *Educazione civica: servono nuove linee guida?*, in *Scuola7*, 25 agosto 2024.

obiettivi di apprendimento coerenti con quel sentimento di appartenenza che deriva dall'esperienza umana e sociale del nascere, crescere e convivere in un Paese chiamato Italia. È in tale realtà geografica ed esperienziale insieme che il bambino comincia a rappresentare sé stesso e sé stesso in relazione al mondo. Per questa ragione il ruolo della scuola diventa fondamentale anche al fine di svelare il significato del ricchissimo patrimonio culturale e ambientale dell'Italia, dei suoi territori e delle sue comunità. L'educazione civica può proficuamente contribuire a formare gli studenti al significato e al valore dell'appartenenza alla comunità nazionale che è comunemente definita Patria, concetto che è espressamente richiamato e valorizzato dalla Costituzione". E il testo così continua: "Rafforzare il nesso tra il senso civico e l'idea di appartenenza alla comunità nazionale potrà restituire importanza, fra l'altro, al sentimento dei doveri verso la collettività, come prescritto dall'art. 2 della Costituzione, nonché alla coscienza di una comune identità italiana come parte peraltro della civiltà europea ed occidentale e della sua storia, consapevolezza che favorisce una autentica integrazione".

8. *Il parere negativo del Consiglio Superiore della pubblica istruzione*

Prevedibilmente il documento ha suscitato un vasto dibattito[18] e molte critiche, provenienti in larga parte dal mondo della scuola, che non ha apprezzato la linea "dirigistica" in esse contenuta, contrastante con l'autonomia scolastica e con le sperimentazioni già avviate negli anni precedenti (dal 2020).

In particolare l'affondo più incisivo è giunto dall'organo tecnico di consulenza del Ministero, il Consiglio Superiore della Pubblica Istruzione che il 28 agosto 2024 ha espresso parere negativo sul metodo (con riguardo soprattutto al ruolo dell'autonomia delle istituzioni scolastiche) e nel merito (la valorizzazione di taluni aspetti e non altri della Costituzione italiana).

Anzitutto secondo il CSPI le Linee non avrebbero tenuto conto del "grande e importante lavoro pedagogico e culturale" elaborato nelle scuole nel quadriennio 2020-2024 per strutturare percorsi curricolari aderenti ai tre nuclei concettuali previsti nella legge 92/2019: 1) Costituzione, diritto (nazionale e internazionale), legalità e solidarietà; 2) sviluppo sostenibile, educazione ambientale, conoscenza e tutela del patrimonio e del territorio; 3) cittadinanza

[18] Tra gli altri si veda, R. Marchisio, *Linee Guida di Educazione civica: un primo commento al parere del CSPI*, in *Gessetti colorati*, 29 agosto 2024; E. Fisichella, *Educazione Civica, firmato il decreto sulle nuove linee guida. CSPI ignorato, tre macroaree e 12 competenze chiave,* in *La Voce della scuola*, 7 settembre 2024; S. Pappalardo, *Parere non favorevole del CSPI sulle linee guida per l'insegnamento dell'educazione civica*, in *La tecnica della scuola*, 29 agosto 2024; C. Gammaldi, *La scuola al via (?!)*, in *Insegnare*, 8 settembre 2024.

digitale. Quel lavoro, infatti, avrebbe "dato forma interdisciplinare ad un insegnamento, quello di Educazione Civica, fondamentale per le nostre studentesse e i nostri studenti" e perciò avrebbe meritato di essere valorizzato. Da ciò la convinzione che le Linee guida ex D.M. n. 35/2020 non richiedevano particolari revisioni[19], poiché già assunte dalle scuole quale quadro di riferimento assodato.

Nel merito i rilievi critici diventano assai incisivi: nel paragrafo *Principi a fondamento dell'Educazione civica* mancherebbe "un riferimento alla relazione sociale tra individuo e collettività, che trova significato e centralità nel pieno sviluppo della persona umana che la Costituzione riconosce nella seconda parte dell'art. 3". Inoltre vengono ritenute improprie talune formule quali "il recupero di chi è rimasto indietro"; "di chi non conosce la nostra lingua". Nella sezione Costituzione, inoltre, mancherebbe qualunque riferimento esplicito all'educazione contro ogni forma di discriminazione e violenza di genere, al centro di continue riflessioni in ambito scolastico e anche oggetto di circolari ministeriali; mancherebbe, ancora, un approfondimento specifico all'educazione finanziaria, oggetto di articolati percorsi già attuati dalle scuole.

Il parere suggerisce poi una serie di riformulazioni in relazione ai diversi obiettivi e suggerisce altresì l'eliminazione di taluni obiettivi quali quelli di conoscere: la bandiera italiana, l'inno nazionale e la loro storia; lo stemma del Comune, la bandiera della regione e dell'Unione europea; l'inno dell'Unione europea; il valore e il significato dell'appartenenza alla comunità nazionale; il significato di Patria.

Le voci critiche hanno inoltre evidenziato come il richiamo al concetto di Patria debba considerarsi eccedente rispetto alla Costituzione dove Patria ricorre solo due volte (art. 52 comma 1: "La difesa della Patria è sacro dovere del cittadino" e art. 59 comma 2: "Il Presidente della Repubblica può nominare senatori a vita cittadini che hanno illustrato la Patria per altissimi meriti nel campo sociale, scientifico, artistico e letterario"), mentre non vengono considerati sino in fondo tutte le conseguenze che derivano dall'art. 3 Cost., soprattutto con riguardo al genere[20].

[19] Sulle Linee guida del 2020 v. la posizione adesiva di L. Mingardo, *Educazione civica e Diritto. Una ricognizione di normativa e percorsi per la didattica giuridica nelle scuole superiori*, in *Amministrazione in cammino*, 6 aprile 2020, che mette in evidenza la centralità di un'educazione non meramente centrata sul diritto e sulla Costituzione e quella più problematica di S. Panizza, *Le Linee guida ministeriali per l'insegnamento dell'educazione civica a partire dall'anno scolastico 2020/2021*, cit., invece, critica proprio la valenza di "codice chiaro e organico di valenza culturale e pedagogica" che le Linee guida assegnano alla Costituzione.

[20] A. Tosolini, *Nuove linee guida Educazione Civica, ecco cosa cambia: centrale il concetto di "patria", assente quello di "pace"*, in *La Tecnica della scuola*, 7 settembre 2024.

Altri hanno invece cercato di dare una lettura meno sfavorevole, cercando di cogliere gli aspetti positivi ed evidenziando gli eventuali pericoli di un eccessivo uso di taluni concetti (quali appunto quello di Patria e identità)[21].

9. *Il vero nodo: la tensione tra linee ideali (e ideologiche) differenti. Educazione civica v. educazione alla cittadinanza?*

Le Linee guida del 2024 hanno in sostanza fatto emergere una tensione tra opposte concezioni della disciplina che hanno avuto entrambe elaborazioni concettuali e teoriche e che potremmo sinteticamente definire educazione civica *v.* educazione alla cittadinanza. Del resto si tratta di quanto nel Rapporto Eurydice del 2017 citato in Introduzione era già stato evidenziato, secondo cui l'educazione civica riguarderebbe unicamente il processo con cui si trasmettono conoscenze sulla struttura costituzionale e le istituzioni politiche di un Paese, mentre l'educazione alla cittadinanza abbraccerebbe ulteriori competenze (libertà, responsabilità…) e sarebbe finalizzata allo sviluppo di una personalità compiuta.

Posto che, come si evidenzierà più avanti, tale contrapposizione pare a dir poco fallace, è comunque ora utile soffermarsi su di essa poiché proprio su tale distinzione sono state elaborate teoriche assai elaborate che continuano ad influenzare le diverse opzioni contenutistiche della disciplina e produrre quella oscillazione del pendolo che abbiamo visto realizzarsi anche nel nostro Paese.

10. *L'educazione alla cittadinanza globale*

Quella che ha sicuramente riscosso maggior successo e avuto più accoglienza, sia nella dottrina che nel mondo della scuola, punta sull'estensione e sulla trasformazione speculativa del concetto di cittadinanza oltre i confini del giuridico, sino a ricomprendervi dimensioni culturali ed etiche.

Le motivazioni connesse a tale ripensamento trarrebbero le mosse dai grandi sconvolgimenti che dall'inizio del 900 hanno interessano tutti i Paesi e le società e che, tra le molte conseguenze, hanno gradatamente messo in evidenza come l'orizzonte per la formazione delle persone avrebbe dovuto divenire il "globale". Il nazionalismo avrebbe, infatti, espresso le sue peggiori potenzialità dando origine a guerre, autocrazie, modelli culturali asfittici e pure modelli di formazione fondati sulle esigenze dello Stato stesso (quale ad esempio la formazione della classe dirigente del Paese).

[21] L. Rondanini, *Educazione civica e identità nazionale. Una riflessione sul concetto di Patria*, in *La scuola7*, 22 settembre 2024.

L'educazione ed i sistemi formativi, al contrario, dovrebbero uscire dalla sfera puramente pedagogica di fatti "naturali" (la relazione maestro-discente) per assumere la dimensione di fatti "sociali".

Sulla scorta di Marshall[22] che ricostruì il concetto di cittadinanza attraverso tre componenti (civile, politica e sociale), lo scopo, in questa prospettiva, è quello di veicolare la transizione da un concetto nato per definire la posizione assunta da un soggetto di fronte ad un determinato Stato a "contenitore comprensivo non solo dell'identità politico-giuridica del soggetto ma anche delle modalità della sua partecipazione politica, nonché dell'insieme dei suoi diritti e dei suoi doveri, fino a comprendere il diritto all'uguaglianza tra membri di una comunità[23]".

Di talché la cittadinanza perde "il significato originario (cittadinanza burocratica o anagrafica) per diventare una delle grandi parole-chiave nell'ambito del lessico filosofico-politico contemporaneo"[24]. Essa, cioè, assume perlomeno due dimensioni diverse: quella di *status* e quella di "ruolo" che "richiama idee di uguaglianza, diversità e giustizia sociale e che pertanto va educata affinché la persona possa impegnarsi nello spazio pubblico e in un mondo in cui l'altro è parte della propria condizione"[25].

Diverse poi sono le sfumature che si declinano e arricchiscono questa impostazione tra cui, quella di Cambi che si assume i diritti umani e la loro diffusione attraverso l'educazione come perno della cittadinanza democratica[26], quella di Veca che suggerisce di prendere in considerazione le capacità dell'individuo complessivamente intese[27], quella di Lynch che punta alla dimensione interculturale di apertura alle differenze[28], quella di McLaughlin secondo cui l'educazione alla cittadinanza deve essere principalmente finalizzata allo sviluppo di una comprensione critica dei processi sociali[29].

Dal punto di vista pedagogico l'aspirazione alla cittadinanza globale deve tradursi in educazione ai valori, ai diritti, alla pace, alla sostenibilità in una dimensione orizzontale di relazionalità tra persone più che nella classica dimen-

[22] T.H. Marshall, *Citizenship and Social Class and Other Essays*, Cambridge (1950), Cambridge University Press (trad. it *Cittadinanza e classe sociale*, Torino, 1976).

[23] R. Sicurello, *Educazione alla cittadinanza: significati, linee di ricerca, finalità e pratiche didattiche*, in *Foro de Educación*, v. 14, n. 20, enero-junio 2016, 73-74.

[24] *Ibidem*.

[25] *Ivi,* 75.

[26] F. Cambi, *Cittadinanza e intercultura oggi,* in M. Galiero, *Educare per una cittadinanza globale. Costruire un mondo giusto a partire dalla scuola*, Bologna, 2009, 20 ss.

[27] S. Veca, *Cittadinanza*, Milano, 2008.

[28] J. Lynch, Multicultural Education in a Global Society, Bristol, The Falmer, 1989.

[29] T.H. McLaughlin, *Citizenship, Diversity and Education: a philosophical perspective*, in *Journal of Moral Education*, n. 21/1992, 235 ss.

sione verticale di rapporto tra Stato e cittadino. Perciò dallo studio delle norme occorre transitare verso pratiche di cittadinanza. Rispetto a tale prospettiva l'educazione civica in senso classico, intesa quale apprendimento, oltreché dei valori e principi, ma soprattutto della struttura organizzativa e, dunque, della dislocazione del potere di un dato ordinamento storicamente dato, costituirebbe un disvalore poiché la personalità del cittadino non potrebbe essere desunta dall'insieme dei diritti-doveri che un determinato ordinamento giuridico attribuisce al cittadino poiché ciò equivarrebbe a conformare, attraverso l'educazione, le persone a quell'insieme di regole giuridiche[30].

Quello che invece andrebbe sviluppato è l'idea di persona come libertà, anche rispetto al sistema di regole dato in cui si è inseriti poiché solo ciò consentirebbe di riconoscersi cittadini del mondo, in una dimensione globale.

Una notevole spinta in questa direzione è giunta dall'Unione Europea che in taluni documenti, per la verità focalizzati in generale sul tema della formazione (la Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea relativa a competenze chiave per l'apprendimento permanente del 2006, la Carta del Consiglio d'Europa sull'educazione per la cittadinanza democratica e l'educazione ai diritti umani del 2010 e il quadro strategico Istruzione e formazione 2020), ha individuato le competenze civiche come competenze chiave della formazione.

11. *L'educazione civica*

Per altra corrente di pensiero occorre non abbandonare la Costituzione come perno dell'educazione civica/alla cittadinanza. Anzi, in questa prospettiva è proprio l'insegnamento della Costituzione a costituire l'architrave di quella che dovrebbe essere a tutti gli effetti una disciplina. Ciò, peraltro, non è in contrasto con l'idea di una educazione alla cittadinanza globale e al rispetto dei diritti umani poiché, sebbene rimanga incontestabile che tale rispetto costituisca la bussola indispensabile per avventurarsi nel nuovo mondo, "è però altrettanto vero che la nostra Costituzione, elaborata nel corso del 1947, prima della famosa Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, votata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea dell'ONU, contiene tutti i principi fondamentali di quella dichiarazione[31]. Piut-

[30] Per questa impostazione risulta utile, tra la molta letteratura, la lettura dei contributi contenuti nel volume G. Spadafora (a c. di), *Verso l'emancipazione. Una pedagogia critica per la democrazia*, Roma 2010, 21-45. Pieno di suggestioni anche il volume di A. Touraine, *La globalizzazione e la fine del sociale. Per comprendere il mondo contemporaneo*, Milano 2008.

[31] R. Prodi, *Presentazione* in L. Corradini, G. Refrigeri (a cura di), *Educazione civica e cultura costituzionale. La via italiana alla cittadinanza europea*, Bologna 1999, 11.

tosto il tema è come i principi costituzionali possano dalla pedagogia essere tradotti in termini educativi.

Del resto le norme, in particolare quelle di principio, non sono delle sovrastrutture artificiali, bensì la traduzione di norme sociali. Gli stessi "doveri" possono essere concepiti non in quanto dipendenti dalla relazione verticale tra Stato-soggetto, ma in quanto scaturenti dal dovere di solidarietà orizzontale che lega il soggetto a quanti appartengono alla stessa comunità. Ed ancora, lo stesso principio di autorità ha una qualche valenza nella misura in cui si traduce in educazione e rispetto per la legalità[32]. "Essere" e "dover essere" non costituiscono solo endiadi del diritto ma possono ben tradursi, altresì, nella dimensione della realtà di ognuno, in cui l'iniziativa personale deve fare i conti con il principio di realtà.

In questa prospettiva "l'ordinamento giuridico, che trova nella Costituzione il suo nucleo generativo e il suo impianto organizzativo, può essere considerato, come un corpo vitale di princìpi che si rivela sia nell'ambito personale che in quello sociale, un'efficace guida alla comprensione e alla trasformazione della realtà, per impostare relazioni, per affrontare e risolvere pacificamente i conflitti a tutti i livelli, per immaginare e promuovere nuove regole, coerenti con le linee portanti dell'ordinamento democratico, ed, infine, per accrescere il capitale sociale"[33]. La nostra Costituzione, peraltro, ben si presta a tale percorso educativo: l'articolo 2 può costituire il punto di partenza per sviluppare i contenuti sui diritti umani contenuti nelle Dichiarazioni internazionali; dall'articolo 3 si può partire per tracciare il percorso, anche storico e rivoluzionario, che ha portato all'affermazione del principio di uguaglianza; nell'art. 5 si possono rintracciare gli insegnamenti che a partire da Alexis de Tocqueville hanno sviluppato il concetto di pluralismo collegato alla democrazia. Ma ciò vale anche per la parte organizzativa: la struttura della Presidenza della Repubblica conduce all'idea di "garanzia", quella della Magistratura all'ideale della giustizia (…).

12. *Conclusioni*

La contrapposizione tra educazione alla cittadinanza ed educazione civica, in conclusione, pare fondarsi su alcuni malintesi.

[32] C. De Luca, *Educare alla legalità e alla cittadinanza nella contemporaneità. Problematiche pedagogiche*, in M.A. D'Arcangeli, M.L. Ronconi (a cura di), U*na nuova idea di cittadinanza per uno sviluppo sostenibile della società e dell'ambiente*, Pieraldo, Roma 2011, 119.

[33] S. Nanni, *Educare alla cittadinanza attraverso l'etica della responsabilità*, Fascicolo monografico *Educazione e Costituzione 1948-2008: analisi critica di quattro paradigmi didattici* in *CQIA Rivista Formazione Lavoro Persona,* 4/2012, 6.

Il primo è che l'educazione civica non possa essere al contempo anche educazione alla cittadinanza. Non si comprende, infatti, il motivo per cui educare all'insieme dei diritti-doveri desunti dalle norme costituzionali non possa condurre ai medesimi risultati di un'educazione alla cittadinanza globale, intesa quale educazione ai grandi principi universali che reggono la comunità internazionale. Da questo punto di vista l'idea di Bauman che la struttura del diritto possa contrapporsi a dimensioni etico-morali[34] andrebbe seriamente sottoposta a revisione critica: l'assunzione di comportamenti rispettosi delle leggi ha come fondamento una responsabilità morale, oltreché giuridica[35].

Perché in sostanza non si possa educare alla pace partendo, ad esempio, dall'art. 11 Costituzione ovvero come non si possa educare alla solidarietà partendo dalle innumerevoli norme costituzionali che su di essa si fondano (artt. 2, 4, 36, 38…).

Come l'educazione alla cittadinanza viene individuata quale percorso mutevole, la stessa cosa vale per l'educazione civica, se vogliamo continuare ad utilizzare per semplicità tali etichette.

Ora è evidente che nell'Italia degli anni 50 vi era la necessità di ricostruire un comune terreno di convivenza civile nazionale dopo vent'anni di dittatura e di totale disprezzo per i valori di democrazia e di convivenza sociale. Così si spiega l'enfasi sulla Costituzione come casa comune… Oggi i ragazzi vivono una realtà completamente diversa che i media e i social network hanno completamente trasformato il che implica che l'educazione civica si orienti verso l'idea dell'educazione ai valori transnazionali che, tuttavia, non necessariamente non possono poggiare su costruzioni di diritto: la democrazia, la pace, la solidarietà sono valori che il diritto ha trasformato in istituti e istituzioni. E, in ogni caso, la cittadinanza, va rammentato, non si è fondata sul solo vincolo verticale (Stato-cittadino) ma anche su quello orizzontale.

Allo stesso modo i doveri fanno parte di questo costrutto poiché costituiscono il naturale risvolto dei diritti delle persone: ogni volta che si individua un diritto vi è correlato un dovere. Il diritto alla sanità e all'istruzione comporta che tutti sentano il dovere di un contributo fiscale[36].

[34] Z. Bauman, *La solitudine del cittadino globale* (1999), trad. it., Milano 2000.

[35] M. Santerini, *Educare alla cittadinanza. La pedagogia e le sfide della globalizzazione*, Roma 2008, 187-188.

[36] Ho cercato di dimostrare tali assunti in *NCS e cittadinanza: un circuito virtuoso da recuperare come contenuti della materia dell'educazione civica*, in G. Chiosso, A. Poggi, G. Vittadini (a cura di), *Viaggio nelle character skills*, Bologna, 2021, 185-207 e più diffusamente sul nesso diritti-doveri come perno della costruzione della cittadinanza anche globale in *Per un «diverso» Stato sociale. La parabola del diritto all'istruzione*; Bologna, 2019.

È chiaro che se l'educazione civica si riduce unicamente allo studio dell'organizzazione statuale o all'approfondimento di taluni concetti legati alla dimensione statuale e non asseconda l'afflato valoriale che deriva dalla Costituzione, essa rischia di divenire ciò che non dovrebbe essere. Allo stesso modo un'educazione alla cittadinanza che trascura completamente ed anzi tende a cancellare il dato del vincolo che lega il cittadino alle diverse comunità di cui è parte (locale, nazionale, europea, internazionale) sviluppandone le relative implicazioni rischia di formare più che una persona, una monade isolata. Tale ultima prospettiva, è stato giustamente osservato, si fonda su un controverso concetto di libertà in cui l'Io diventa padrone di sé disancorandosi dal contesto che lo circonda[37].

Il secondo è che l'educazione alla cittadinanza globale, in realtà più che contenuti indica metodologie di cui dovrebbero farsi carico min maniera trasversale tutte le discipline. Edgar Morin si riferisce ad un'educazione globale come metodologia che dovrebbe pervadere l'intero modello educativo scolastico. Se "educare oggi alla cittadinanza significa costruire percorsi di formazione per i futuri cittadini, soggetti in grado di porsi in relazione all'interno di contesti plurali ed eterogenei, confrontandosi con la diversità in ogni sua forma, superando recinti identitari e localismi"[38], pare evidente che ciò debba giustamente diventare una modalità di approccio globale educativo più che una disciplina.

[37] Su tali contrapposizioni e sui problemi che ne derivano v. V. Burza, *Il soggetto come problema della pedagogia*, Armando, Roma 2007; E. Ducci, *Approdi dell'umano. Il dialogare minore*, Roma 1999; F. Cambi, *Abitare il disincanto. Una pedagogia per il post-moderno*, Torino 2006.

[38] L. Stillo, *Educare alla cittadinanza in prospettiva interculturale. Riflessioni e proposte per la società odierna*, in *Pedagogia oggi*, n. 2/2021, 68.

Fabrizio Politi[*]

LA "SAGA" DEL CROCIFISSO NELLE AULE SCOLASTICHE. UN "DIALOGO" CON SALVATORE PRISCO

SOMMARIO: 1. Premessa. Il punto di partenza: gli anni ottanta. – 2. Il primo scossone. L'ordinanza del 2003 del Tribunale dell'Aquila. – 3. I percorsi argomentativi della giurisprudenza amministrativa. – 4. Il cambiamento di prospettiva. Le pronunce della Corte Edu. – 5. La ricerca dell'accomodamento ragionevole. La pronuncia delle Sezioni Unite del 2021.

1. *Premessa. Il punto di partenza: gli anni ottanta*

Piace dedicare (in segno di piccolo ringraziamento e gratitudine) all'amico e Maestro Salvatore Prisco queste rapide riflessioni su un tema a Lui tanto caro e sul quale la dottrina italiana deve molto al pensiero dello studioso che oggi onoriamo[1].

Per molti anni – e non solo nel nostro Paese – è stata oggetto di ampio dibatto la questione relativa all'obbligo dell'*esposizione del crocifisso negli edifici pubblici* ed in particolare nelle aule scolastiche e nei tribunali. Da ultimo si è registrata la pronuncia del Consiglio di Stato (sezione seconda, sentenza 18 marzo 2024, n. 2567) che ha dichiarato illegittima l'ordinanza (del 2009) del Sindaco di un comune della Sardegna che, facendo leva sugli artt. 50 e 54 del d. lgs. n. 267 del 2000, aveva ordinato l'immediata affissione del crocifisso in tutti gli uffici pubblici presenti nel territorio comunale, prevedendo al contempo la sanzione di euro cinquecento a carico dei trasgressori. In primo grado, il Tar

[*] Ordinario di diritto costituzionale, Università degli Studi dell'Aquila, fabrizio.politi@univaq.it.

[1] 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 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.; ID., *Laicità*, in *Dizionario di Diritto pubblico,* diretto da S. Cassese, vol. IV, Milano, 2006, 3335 ss.; ID., *Il principio di laicità nella recente giurisprudenza*, in *Costituzionalismo.it*, 2007; ID., *Intervento,* al Convegno "*Problemi pratici della laicità agli inizi del XXI secolo*" (Napoli, 26-27 ottobre 2007), in *Annuario* 2007. *Associazione italiana dei Costituzionalisti*, Padova, 2008, 285 ss.; ID., *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2009; ID., *Costituzione, diritti umani, forma di governo. Frammenti di un itinerario di studio fra storia e prospettive*, Torino, 2014; ID., *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*, in www.statoechiese.it, 2021. In ragione delle dimensioni del presente lavoro, sono omessi, nel corso del testo, i singoli richiami ai vari contributi dell'Autore che però sono facilmente rinvenibili a chi abbia frequentazione degli scritti di Salvatore Prisco.

per la Sardegna (Sezione Seconda, n. 383/2017) aveva dichiarato improcedibile il giudizio in ragione della sopravvenuta revoca dell'ordinanza da parte del medesimo Sindaco ed aveva rigettato in parte il ricorso sul rilievo che, in base alla sentenza del 18 marzo del 2011 della Corte Edu (v. *infra*, par. 4), lo Stato è titolare di un margine di apprezzamento, dovendosi al contempo escludere che il crocifisso rappresenti un elemento di indottrinamento. Il Consiglio di Stato (che richiama le Sezioni Unite della Cassazione, sentenza n. 24414 del 2021, v., *infra*, par. 5) rileva che il provvedimento impugnato – che giustificava la prescrizione dell'esposizione del crocifisso negli uffici pubblici con l'urgenza 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*" – è basato su una motivazione che *"non rientra, neppure indirettamente, in alcuno dei presupposti di fatto che avrebbero legittimato l'esercizio del relativo potere*" e pertanto afferma che il provvedimento è stato emesso in difetto di attribuzioni e dunque in violazione dei principi di legalità e di tipicità dei provvedimenti amministrativi.

Quest'ultima pronuncia si pone come l'ennesimo capitolo di una vicenda che prende le mosse negli anni ottanta del secolo scorso, in seguito alla riforma dei Patti Lateranensi. Questi, come noto, nulla disponevano in merito e la materia era disciplinata (ed è formalmente ancora disciplinata) dall'art. 118 del r.d. 30 aprile 1924, n. 965, e dall'allegato C del r.d. 26 aprile 1928, n. 1297. Il Consiglio di Stato (sez. II, parere n. 63 del 1988) dichiarava «*tuttora legittimamente operanti*» tali disposizioni e, dopo aver evidenziato che «*il crocifisso … rappresenta il simbolo della civiltà e della cultura cristiana, nella sua radice storica, come valore universale, indipendente da specifica confessione religiosa*», affermava che le due norme citate non si ponevano in contrasto con la Costituzione, giacché questa «*non prescrive alcun divieto alla esposizione nei pubblici uffici di un simbolo che … per i principi che evoca …, fa parte del patrimonio storico*» del Paese, né la presenza del crocifisso nelle aule scolastiche costituisce «*motivo di costrizione della libertà individuale a manifestare le proprie convinzioni in materia religiosa*». Non appare difficile, riletto a distanza di qualche decennio, sottolineare la singolarità di tali argomentazioni che nascondevano la volontà di mantenere la presenza del crocifisso nelle aule scolastiche per le – riconosciute – ragioni storiche ma anche per la – allora ancora sussistente – prevalenza della religione cattolica nel nostro Paese.

2. *Il primo scossone. L'ordinanza del 2003 del Tribunale dell'Aquila*

Spetterà al Tribunale dell'Aquila (sia pure con poca fortuna, almeno nell'immediato) dichiarare esplicitamente che le norme che dispongono l'e-

sposizione del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche «*partono dalla logica della confessione cattolica come istituzione religiosa privilegiata*». Nel 2003, infatti, in seguito a un ricorso presentato da genitore che chiedeva la rimozione del crocifisso dalle aule della scuola elementare frequentata dai figli minori, il Tribunale dell'Aquila (con ordinanza del 22 ottobre 2003) affermava – per la ragione sopra esposta – non più legittima la presenza del crocifisso nelle aule scolastiche. E l'ordinanza aggiungeva che «*le giustificazioni addotte per ritenere non in contrasto con libertà di religione l'esposizione del crocifisso nelle scuole (e negli uffici pubblici) … sono divenute ormai giuridicamente inconsistenti, storicamente e socialmente anacronistiche, addirittura contrapposte alla trasformazione culturale dell'Italia e, soprattutto, ai principi costituzionali che impongono il rispetto per le convinzioni degli altri e la neutralità delle strutture pubbliche di fronte ai contenuti ideologici*». E veniva definita "forzatura" la definizione del crocifisso come mero "simbolo passivo", giacché la presenza del crocifisso «*manifesta l'inequivoca volontà dello Stato … di porre il culto cattolico al centro dell'universo, come verità assoluta*». La presenza del crocifisso nelle aule scolastiche finisce così per connotare in maniera confessionale la struttura pubblica "scuola" ridimensionandone fortemente l'immagine pluralista.

Tale ordinanza – la cui emanazione fece sorgere un ampio dibattito nel Paese, compreso l'invio da parte del Ministro della giustizia degli ispettori presso il Tribunale dell'Aquila – in sede di reclamo al presidente del Tribunale (ordinanza del 19 novembre 2003), veniva annullata per difetto di giurisdizione (ritenuta di spettanza del giudice amministrativo).

3. *I percorsi argomentativi della giurisprudenza amministrativa*

Negli anni successivi è toccato alla giurisprudenza amministrativa affrontare tale problematica anche in ragione della assenza di una pronuncia nel merito della Corte costituzionale, avendo questa dichiarato l'inammissibilità della relativa questione per assenza di valore legislativo delle disposizioni in oggetto. E sono stati Tar Veneto e Consiglio di Stato a delineare la "risposta" che, fino al 2021, ha caratterizzato il panorama giuridico in materia.

Il Tar del Veneto (sentenza n. 1110 del 2005) muove dalla premessa secondo cui il crocifisso «è un simbolo» e pertanto bisogna interrogarsi sul significato («*o i significati*») che lo stesso evoca, per verificarne la compatibilità con le norme costituzionali. A questo proposito, il valore costituzionale cui fare riferimento è quello della laicità dello Stato che «*non significa … l'opposto di religione o religiosità, ma … che lo Stato democratico riconosce una valenza autonoma alla sfera religiosa come estranea alla sua volontà di determinazione … Stato laico vuol dire quindi il riconoscimento di una sfera di autonomia lasciata*

in campo religioso alla libera determinazione del singolo … Stato laico significa altresì che nella scuola pubblica in cui si devono formare i giovani anche ai valori di libertà, democrazia e laicità dello Stato, non è lecito imporre alcun tipo di credo religioso e anzi risulta doverosa un'educazione improntata alla massima libertà e al rispetto reciproco in tale campo».

Dopo tali premesse, il Tar riconosce al crocifisso la valenza di «*simbolo storico-culturale*», e dunque, in quanto tale, «*dotato di una valenza identitaria*» del popolo italiano giacché rappresenta «*il percorso storico e culturale caratteristico del nostro Paese e in genere dell'Europa intera*». Se i principi cristiani costituiscono parte integrante del «*patrimonio storico del popolo italiano*», il crocifisso «*riassume alcuni rilevanti aspetti della nostra civiltà, della nostra cultura umanistica nonché della nostra coscienza popolare*». Al tempo stesso il Tar riconosce che il crocifisso «*sia per la valenza plurima che tale simbolo contiene, sia per un elementare rispetto della verità … non può, oggi, essere considerato come un mero simbolo storico e culturale, nemmeno nel contesto scolastico, ma deve essere valutato anche come un simbolo religioso*». Ma il giudice amministrativo, dopo aver riconosciuto il crocifisso quale simbolo religioso – anziché interrogarsi sulla conformità a Costituzione della previsione normativa che impone tale simbolo nelle aule scolastiche –, ritiene necessario interrogarsi su «*come il cristianesimo si ponga rispetto ad alcuni valori giuridicamente sanciti dalla Costituzione repubblicana, per valutare la compatibilità della collocazione di un simbolo cristiano in una scuola pubblica*». E questo interrogativo è così posto per aprire la strada al riconoscimento al cristianesimo di religione che, avendo «*la tolleranza dell'altro e la difesa della dignità dell'uomo, al centro della propria fede*», «*contiene* in nuce *quelle idee di tolleranza, eguaglianza e libertà che sono alla base dello Stato laico moderno e di quello italiano in particolare*». Il Tar individua dunque «*un filo che collega tra di loro la rivoluzione cristiana di duemila anni fa, l'affermarsi in Europa del "habeas corpus", gli stessi elementi cardine dell'illuminismo (che pure storicamente si pose in vivace contrasto con la religione), cioè la libertà e la dignità di ogni uomo, la dichiarazione dei diritti dell'uomo e infine la stessa laicità dello Stato moderno*». Per il Tar, «*attraverso i tortuosi e accidentati percorsi della storia europea, la laicità dello Stato moderno è stata faticosamente conquistata anche … in riferimento … ai valori fondanti del cristianesimo*». Ed anche «*nella redazione della Costituzione repubblicana e nella fissazione dei principi di laicità dello Stato, ha avuto parte decisiva l'elemento culturale di ispirazione cristiana*».

Nella ricostruzione proposta dal Tar, «*il legame tra cristianesimo e libertà implica una consequenzialità storica» che* si individua («*a saper mirare la storia»)* nella «*percepibile affinità (non identità) tra il "nocciolo duro" del cristianesimo, che, privilegiando la carità su ogni altro aspetto, fede inclusa, pone l'accento*

sull'accettazione del diverso, e il "nocciolo duro" della Costituzione repubblicana, che consiste nella valorizzazione solidale della libertà di ciascuno e quindi nella garanzia giuridica del rispetto dell'altro». Il crocifisso, dunque, deve essere considerato «non solo come simbolo di un'*evoluzione storica e culturale, e quindi dell'identità del nostro popolo, ma quale simbolo altresì di un sistema di valori di libertà, eguaglianza, dignità umana e tolleranza religiosa e quindi anche della laicità dello Stato*». Pertanto, il richiamo ai valori di tolleranza espressi dal crocifisso assume una «*valenza particolare*» nella contemporanea scuola pubblica italiana frequentata da numerosi allievi extracomunitari, cui risulta importante trasmettere principi di apertura alla diversità e di rifiuto di ogni integralismo (*«Viviamo in un momento di tumultuoso incontro con altre culture, e, per evitare che esso si trasformi in scontro, è indispensabile riaffermare anche simbolicamente la nostra identità, tanto più che essa si caratterizza proprio per i valori di rispetto per la dignità di ogni essere umano e di universalismo solidale*»). La croce in classe, in quanto «*segno universale dell'accettazione e del rispetto per ogni essere umano in quanto tale*», non è fattore di esclusione e «*non impone e non prescrive nulla a nessuno, ma implica soltanto … una riflessione … sulla storia italiana e sui valori condivisi della nostra società come giuridicamente recepiti nella Costituzione, tra cui* in primis *la laicità dello Stato*». A rileggere queste parole a distanza di anni è in particolare l'avverbio "*soltanto*" a far sorgere più di un sorriso.

La sentenza del Tar era appellata dinanzi al Consiglio di Stato che (sez. VI, sent. n. 556 del 2006) confermava l'*iter* argomentativo del giudice di primo grado. Per il Consiglio di Stato, nell'ordinamento italiano, il principio di laicità (che è «*essenzialmente storica*») indica «*la reciproca autonomia esistente fra ordine temporale e ordine spirituale» che si declina nell'*impianto costituzionale nella interdizione per lo Stato di entrare nelle questioni interne alle confessioni religiose (artt. 7 e 8 Cost.), nella tutela dei diritti fondamentali della persona (art. 2), nell'uguaglianza giuridica di tutti i cittadini anche con riguardo alla fede religiosa (art. 3), nel rispetto della libertà delle confessioni di organizzarsi autonomamente (art. 8, comma 2) e nella tutela della libertà religiosa e di esercitarne il culto (art. 19).

Pertanto, anche il problema della legittimità della esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche va affrontato esaminando se il crocifisso (poiché «*in grado di rappresentare … in forma sintetica immediatamente percepibile e intuibile … valori che … ispirano il nostro ordine costituzionale*») possa svolgere «*anche in un orizzonte "laico", diverso da quello religioso che gli è proprio, una funzione simbolica altamente educativa, a prescindere dalla religione professata dagli alunni*». Anche in questo caso, il giudice amministrativo non si interroga se l'obbligo di esposizione in un'aula scolastica sia lesiva della libertà religiosa,

ma mira a collocare il crocifisso nell'orizzonte dei valori costituzionali. Infatti il Consiglio di Stato afferma che in Italia il crocifisso esprime «*l'origine religiosa dei valori 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*». E tali valori emergono dalle norme fondamentali della Costituzione ed in particolare da quelle «*delineanti la laicità propria dello Stato italiano*». La laicità dello Stato italiano viene così ad essere strettamente connessa con la religione cattolica.

4. *Il cambiamento di prospettiva. Le pronunce della Corte Edu*

La questione è in seguito giunta dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (seconda sezione, *Lautsi c. Italia*, r. n. 30814/06 del 3 novembre 2009) nelle argomentazioni della cui decisione si riscontra subito la differenza di approccio rispetto al giudice italiano, giacché la Corte Edu non solo si esprime contro la presenza del crocifisso nelle aule scolastiche, ma soprattutto rigetta nettamente ogni costruzione volta ad assegnare al crocifisso una valenza che non sia quella religiosa.

Infatti – nonostante la rapida motivazione che la caratterizza – in tale pronuncia si afferma che la scuola, quale luogo di incontro di diverse religioni e convinzioni filosofiche, non può essere la scena di proselitismo e lo Stato deve garantire che lo svolgimento delle funzioni in materia di istruzione avvenga in modo obiettivo, critico e pluralista. Ed il pluralismo, in tale ambito, è garantito dalla neutralità dello Stato sul quale ricade l'obbligo di astenersi da imporre, direttamente o indirettamente, un credo in luoghi dove le persone siano a suo carico o in luoghi in cui gli stessi siano particolarmente vulnerabili (come, ad esempio, in una scuola). La Corte Edu rigetta nettamente la tesi (sostenuta dal governo italiano) secondo cui l'obbligo di esposizione del crocifisso, in quanto collegato al positivo messaggio morale della fede cristiana, finirebbe per essere espressione di valori laici. Secondo la Corte Edu, il simbolo del crocifisso ha una pluralità di significati, tra cui però è sempre predominante quello religioso. La Corte dichiara di non poter condividere l'idea secondo cui l'esposizione nelle aule delle scuole pubbliche di un simbolo che può essere ragionevolmente associato con il cattolicesimo possa servire al pluralismo educativo. Pertanto lo Stato italiano, nel prevedere l'obbligatorietà del crocifisso nelle aule scolastiche, non rispetta il principio di neutralità nell'esercizio della pubblica istruzione ed anzi, assegnando alla religione cattolica una posizione privilegiata, pone in essere una forma di discriminazione verso i non-cattolici ed interferisce nella libertà di pensiero, di coscienza e di religione dei non-cat-

tolici che vengono lesi anche nel diritto di educare i figli secondo le proprie convinzioni morali e religiose.

Tale decisione era appellata dal governo italiano dinanzi alla *Grande Chambre* della Corte EDU la quale, con sentenza del 18 marzo 2011, ha affermato che l'obbligo di esposizione del crocefisso non comporta di per sé violazione del diritto all'istruzione essendo «*legittima la scelta dello Stato di riservare maggiore visibilità alla religione maggioritaria del Paese attraverso la semplice esposizione di un simbolo religioso (quale il crocifisso) negli ambienti di scuola, sempre che tale scelta non conduca al vero e proprio indottrinamento. La sola affissione del crocifisso nelle aule scolastiche, non accompagnata da insegnamenti obbligatori del cristianesimo né da forme di intolleranza verso gli alunni di religione diversa, non viola il diritto dei genitori di orientare i propri figli verso un'educazione conforme alle proprie convinzioni religiose*».

La pronuncia della Corte EDU merita apprezzamento perché non nega (anzi conferma) la valenza di «simbolo eminentemente religioso» del crocefisso, ma riconosce che la scelta dello Stato di assegnare una "maggiore visibilità" alla religione maggioritaria nel Paese è ammissibile (ai sensi della Convenzione Edu) qualora non finisca per concretizzarsi in azioni di indottrinamento né in forme di discriminazione nei confronti di altre religioni. Per la Corte Edu la mera presenza del crocifisso («quale situazione essenzialmente passiva») non è ritenuta idonea a influenzare direttamente la formazione degli alunni giacché «*la semplice affissione di un simbolo religioso negli ambienti scolastici non ha potenzialità di coazione sulle persone e non viola il diritto del genitore di garantire ai propri figli un'educazione ed un orientamento conforme alle proprie convinzioni religiose e filosofiche*».

È agevole rilevare le differenze argomentative riscontrabili fra le motivazioni del giudice amministrativo italiano (che fa leva sul significato che la religione cristiana – e dunque il crocifisso – avrebbe assunto nella storia italiana) e quelle della Corte EDU che invece ha ribadito la valenza religiosa del simbolo, ma di cui ha escluso la capacità di "coazione" in quanto l'apposizione nelle aule scolastiche si risolve in una "situazione essenzialmente passiva", sicché la relativa decisione può essere rimessa alla discrezionalità dello Stato.

5. *La ricerca dell'accomodamento ragionevole. La pronuncia delle Sezioni Unite del 2021*

Le Sezioni Unite della Cassazione (sentenza 9 settembre 2021, n. 24414), chiamate a pronunciarsi sul ricorso presentato da un insegnante (di scuola media superiore) destinatario di una sanzione disciplinare perché aveva «sistematicamente rimosso il crocifisso prima di iniziare la lezione, ricollocandolo al

suo posto solo al termine della stessa», hanno affermato i seguenti principi di diritto: 1) «*In base alla Costituzione repubblicana, ispirata al principio di laicità dello Stato e alla salvaguardia della libertà religiosa positiva e negativa, non è consentita, nelle aule delle scuole pubbliche, l'affissione obbligatoria, per determinazione dei pubblici poteri, del simbolo religioso del crocifisso*»; 2) «*Il R.D. n. 965 del 1924, art. 118, che comprende il crocifisso tra gli arredi scolastici, deve essere interpretato in conformità alla Costituzione e alla legislazione che dei principi costituzionali costituisce svolgimento e attuazione, nel senso che la comunità scolastica può decidere di esporre il crocifisso in aula con valutazione che sia frutto del rispetto delle convinzioni di tutti i componenti della medesima comunità, ricercando un "ragionevole accomodamento" tra eventuali posizioni difformi. È illegittima la circolare del dirigente scolastico che, nel richiamare tutti i docenti della classe al dovere di rispettare e tutelare la volontà degli studenti, espressa a maggioranza in una assemblea, di vedere esposto il crocifisso nella loro aula, non ricerchi un ragionevole accomodamento con la posizione manifestata dal docente dissenziente*».

Per le Sezioni Unite, la Costituzione «*esclude che il crocifisso possa essere un simbolo identificativo della Repubblica italiana. Ciò che unisce il popolo italiano, formato dall'insieme dei suoi cittadini in un determinato momento storico, sono i valori, le istituzioni e i principi della Carta costituzionale*», nella quale l'unico dei simboli della Repubblica previsti è la bandiera (art. 12 Cost.). Pertanto, «*l'esposizione del crocifisso non è più un atto dovuto, non essendo costituzionalmente consentito imporne la presenza*» e l'art. 18 del R.D. n. 965 del 1924 va letto non come obbligo di esporre il crocifisso nelle scuole, ma «*nel senso che l'aula può accoglierne la presenza allorquando la comunità scolastica interessata valuti e decida in autonomia di esporlo, nel rispetto e nella salvaguardia delle convinzioni di tutti, affiancando al crocifisso, in caso di richiesta, gli altri simboli delle fedi religiose presenti all'interno della stessa comunità scolastica e ricercando un ragionevole accomodamento che consenta di favorire la convivenza delle pluralità*». Questo significato è frutto di «*un'interpretazione evolutiva che tramuta l'obbligo di esposizione del crocifisso in una facoltà, affidando alle singole comunità scolastiche la decisione circa la presenza dei simboli religiosi nelle proprie aule*». È questa «*una soluzione "mite" … che si articola in scelte da effettuare caso per caso, alla luce delle concrete esigenze, nei singoli istituti scolastici, con la partecipazione di tutti i soggetti coinvolti e la ricerca del più ampio consenso*». La Cassazione dichiara dunque cessato l'obbligo di esposizione del crocifisso, ma precisa che tale cessazione non si traduce automaticamente in un divieto di presenza del crocifisso nelle aule scolastiche, giacché il principio di laicità è da intendersi «non come indifferenza dello Stato di fronte all'esperienza religiosa, bensì come tutela del pluralismo, a sostegno della massima espansione della

libertà di tutti, secondo criteri di imparzialità». Il principio di laicità («quale emerge dagli artt. 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». La laicità italiana non è "neutralizzante": «non nega le peculiarità e le identità di ogni credo e non persegue un obiettivo di tendenziale e progressiva irrilevanza del sentire religioso. La laicità della Costituzione si fonda su un concetto inclusivo e aperto di neutralità e non escludente di secolarizzazione».

Per la Cassazione, la scuola pubblica, oltre che un luogo istituzionale, «è anche uno spazio pubblico condiviso in cui la presenza della simbologia religiosa, quando costituisce l'effetto di una scelta che proviene dal basso e non di una determinazione unilaterale del potere pubblico, non rappresenta la visione generale dello Stato-istituzione, ma descrive ricognitivamente le fedi, le culture e le tradizioni … di quella comunità di persone che abita tale spazio. … Nella scuola italiana aperta a tutti, la Costituzione costituisce la punteggiatura che unisce … l'identità personale e sociale con il pluralismo culturale, le istituzioni e le regole della democrazia con l'orizzontalità della solidarietà che si esprime nelle e attraverso le formazioni sociali. La scuola pubblica è un luogo aperto che favorisce l'inclusione e promuove l'incontro di diverse religioni e convinzioni filosofiche». Pertanto, nella scuola pubblica (quale «luogo di democrazia pluralista»), le identità e le istanze religiose hanno diritto di esprimersi e si presentano come proposte culturali, come opportunità di arricchimento spirituale. In questo quadro, il crocifisso (quale simbolo del cristianesimo), in quanto espressione anche delle radici culturali della nostra società, qualora inserito in un contesto aperto alla presenza di simboli anche di altre religioni, concorre a delineare uno spazio pubblico condiviso ispirato ad una neutralità accogliente delle identità. La Cassazione afferma che anche altri simboli, nati come religiosi ed esterni alla identità tradizionale del Paese, sono suscettibili di diventare, nella scuola pubblica aperta a tutti, simboli culturali di integrazione. L'apertura ai simboli anche di altre religioni non solo riconosce un'uguaglianza fra tutte le religioni, ma diventa per gli studenti anche elemento fi insegnamento al rispetto reciproco fra le varie fedi religiose. E per perseguire questa strada, è necessario riconoscere che la presenza nelle scuole dei simboli religiosi (e quindi anche del crocifisso) non può non rientrare nell'ambito dell'autonomia delle singole istituzioni scolastiche.

Dinnanzi alla tensione tra libertà religiosa positiva e quella negativa, va riconosciuto che nessuno dei due aspetti può essere destinato a prevalere in maniera assoluta sull'altro, dovendosi invece riconoscere la necessità di garantire le diverse libertà di coscienza e le differenti sensibilità. Il relativo "punto di equilibrio" deve essere ricercato «secondo criteri di proporzionalità e di

ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale». Pertanto «*La strada da percorrere in materia di libertà religiosa è quella dell'accomodamento ragionevole, intesa come ricerca, insieme, di una soluzione mite, intermedia, capace di soddisfare le diverse posizioni nella misura concretamente possibile, in cui tutti concedono qualcosa facendo, ciascuno, un passo in direzione dell'altro. L'accomodamento ragionevole è il luogo del confronto: non c'è spazio per fondamentalismi, per dogmatismi o per posizioni pretensive intransigenti … L'accomodamento ragionevole è basato sulla capacità di ascolto e sul linguaggio del bilanciamento e della flessibilità. Valorizza le differenze attraverso l'avvicinamento reciproco orientato all'integrazione tra le diverse culture. La dimensione che lo caratterizza è quella dello stare insieme, improntata ad una logica dell'et et, non dell'aut aut. Seguendo questa prospettiva, le soluzioni vanno ricercate in concreto, non sulla linea di chiusure e di contrapposizioni, ma attraverso un dialogo costruttivo in vista di un equo contemperamento delle convinzioni religiose e culturali presenti nella comunità scolastica, dove la plurale e paritaria coesistenza di laici e credenti, cattolici o appartenenti ad altre confessioni, è un valore inderogabile. L'accomodamento ragionevole si traduce in soluzioni di mediazione e di limitazione proporzionata*». E «L'accomodamento ragionevole favorisce, insieme al raggiungimento di soluzioni concrete più eque, l'incontro e la creazione di un clima di mutuo rispetto, di condivisione e di comune appartenenza, di coesione e di intesa, particolarmente utile in uno spazio vitale di convivenza organizzata come l'aula scolastica. … È coerente con l'idea di una democrazia in cui il processo di costruzione della decisione è fondato su, e accompagnato da, una ricca e argomentata discussione e in cui la ricerca del compromesso tra la pluralità di interessi e dei valori in gioco è affidato a una limpida e pubblica capacità di ascolto delle ragioni altrui e di ricerca di un punto di mediazione e di dialogo».

La Cassazione aggiunge che «la regola di maggioranza senza correttivi non può utilizzarsi nel campo dei diritti fondamentali, che è dominio delle garanzie per le minoranze e per i singoli. I diritti fondamentali svolgono un ruolo contro-maggioritario», ma «Come deve essere escluso che i molti possano vantare una qualche forma di primazia che il dissenziente sarebbe tenuto a onorare, allo stesso modo il metodo ed il criterio dell'accomodamento ragionevole non si lasciano compendiare nel riconoscimento di un potere di veto assoluto del singolo».

E così, applicando i predetti principi nella fattispecie concreta, la Cassazione ritiene la circolare adottata dal dirigente scolastico (il cui mancato rispetto ha portato all'adozione del provvedimento disciplinare nei confronti del docente) «non conforme al modello e al metodo di una comunità dialogante che ricerca insieme la composizione di diritti uguali e contrari, e non esprime una

soluzione di mediazione o di compromesso». Nello specifico, «il docente, componente della comunità scolastica, è rimasto estraneo al processo deliberativo: hanno votato gli studenti nella loro assemblea adottando una deliberazione a maggioranza, ma non c'è stata una conforme e successiva deliberazione del consiglio di classe» (caratterizzato dalla presenza dei docenti e che si era limitato ad una presa d'atto). Per la Cassazione, il dirigente scolastico, non avendo tenuto conto della voce del docente dissenziente, era venuto meno «al compito di aiutare gli studenti e il docente a trovare una soluzione di compromesso da tutti sostenibile e rispettosa delle diverse sensibilità. Non è stata tentata la strada della ricerca dell'accomodamento ragionevole, l'unica capace di promuovere il pluralismo non divisivo nell'ambiente – l'aula scolastica – in cui si animano le relazioni tra studenti e tra questi e gli insegnanti. Non è stato stimolato un approccio orientato all'intesa. Non è stato ricercato un consenso condiviso. Il dirigente scolastico … non ha operato alcun giusto contemperamento per trovare una regola che tenesse conto del punto di vista del dissenziente, ma ha dato seguito, semplicemente, alla richiesta degli studenti. E questa non è *reasonable accomodation*, cioè una regola *ad hoc*, su misura del caso specifico, in esito a un procedimento mediatorio, capace di farsi carico anche della posizione del docente dissenziente. Non sono state valutate, in particolare, le molte possibilità in campo sulle modalità di affissione del crocifisso, tra le quali: (a) l'affissione sulla parete della stessa aula, accanto al crocifisso, di un simbolo o di una frase capace di testimoniare l'appartenenza al patrimonio della nostra società anche della cultura laica; (b) la diversa collocazione spaziale del crocifisso, non alle spalle del docente; (c) l'uso non permanente della parete, con il momentaneo spostamento del crocifisso, in modi formalmente e sostanzialmente rispettosi del significato del simbolo per la coscienza morale degli studenti, durante l'orario di lezione dell'insegnante dissenziente». Per la Cassazione «*La ricerca della composizione … impegna i protagonisti (docente e studenti) a valutare e considerare come praticabili le diverse possibilità in campo; poi impegna il dirigente scolastico ad adottare la determinazione maggiormente coerente con questo metodo, e dunque quella che esprime il punto di arrivo spontaneo della discussione ovvero, in caso di fallimento di questa, quella che è più armonica con i principi*».

E di questa sentenza Salvatore ha subito sottolineato la "fecondità" della direzione di marcia da essa indicata[2] (e la recente sentenza del Consiglio di Stato di marzo 2024 conferma la bontà di tale intuizione).

[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*, in www.statoechiese.it, 2021.

Antonino Procida Mirabelli di Lauro[*]

LA PROMESSA DI DONARE COME DONAZIONE OBBLIGATORIA DI DARE

SOMMARIO: 1. La pretesa nullità del contratto preliminare di donazione, quale «coazione all'adempimento», che contrasterebbe con il requisito della spontaneità, tipico dell'atto di liberalità. – 2. I tentativi della dottrina di superare il dogma della nullità della promessa di donazione: il contratto con obbligazioni del solo proponente e le donazioni indirette. I dubbi sulla donazione "liberatoria" che, invece, rientra nelle liberalità non donative di cui all'art. 809 c.c. – 3. Il c.d. contratto preliminare di donazione quale donazione obbligatoria di dare. – 4. L'adempimento traslativo non donativo, come atto dovuto *solvendi causa*. – 5. L'esecuzione in forma specifica delle obbligazioni del donante e del donatario. La forma della donazione obbligatoria.

1. *La pretesa nullità del contratto preliminare di donazione, quale «coazione all'adempimento», che contrasterebbe con il requisito della spontaneità, tipico dell'atto di liberalità*

Com'è noto, ed a prescindere da orientamenti ormai datati[1], se v'è una differenza chiara tra gratuità e spirito di liberalità[2] questa non consiste soltanto nel carattere gratuito dell'attribuzione *ex parte donantis*[3] o nel requisito dell'arricchimento del donatario, cui corrisponde il depauperamento del donante, quanto nella volontà di effettuare un'attribuzione patrimoniale senza corrispettivo[4] caratterizzata da spontaneità e, quindi, dalla regola "nullo iure cogente"[5]. Mentre la dottrina concorda sulla struttura contrattuale della donazione[6], e tale dato non può essere revocato in dubbio in virtù del preciso riferimento testuale, assai più controversa è la nozione di "spirito di liberalità",

[*] Ordinario di Diritto civile, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, antonino.procidamirabellidilauro@unina.it.

[1] Criticati, per tutti, da A. MARINI, *Il "modus" come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano 1976, 39 ss.

[2] Sul punto, ora, A. GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale. Ai limiti della donazione*, Milano 2002.

[3] A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano 1970, 125, anche in nt. 173.

[4] Già G. BALBI, *Saggio sulla donazione*, Torino 1942, 70 ss.

[5] Oltre alla *Relazione al codice civile*, n. 144; già A.C. JEMOLO, *Lo spirito di liberalità. Riflessioni su una nozione istituzionale*, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, Torino 1960, 980; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. di dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 6, *Successioni*, II, Torino 1982, 443.

[6] Per tutti, U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 441 ss.; A. MARINI, *op. cit.*,16 ss.

quale «impulso di beneficenza, di generosità, di altruismo», come «libera scelta del donatario da parte del donante»[7] o, più in generale, quale interesse non patrimoniale del soggetto che dispone di un diritto o che assume un'obbligazione[8]. Quindi, da un lato, l'assunzione di un'obbligazione rientra a pieno titolo nel contratto di donazione; dall'altro, l'area comune tra gratuità e liberalità va intesa soltanto «nel senso che se è vero che tutti gli atti di liberalità sono gratuiti, non è vero il contrario»[9].

Malgrado in dottrina si sia già da tempo tentato di contestare la nozione di "spirito di liberalità", affermando che rappresenterebbe ora una superfetazione dottrinale[10], ora una formula di chiusura dell'ordinamento giuridico ormai priva di significato concreto[11], ora un dato estraneo allo schema causale della donazione, riducendosi, l'*animus donandi*, ad un fattore squisitamente psicologico che rimarrebbe confinato nell'area dei motivi[12], la giurisprudenza pressoché unanime conviene sull'idea che l'attribuzione debba essere spontanea e, quindi, compiuta *nullo iure cogente*[13], tant'è che continua a considerare integralmente nullo[14] il contratto «preliminare di donazione, perché incompatibile con lo spirito di liberalità, che è elemento essenziale della donazione; la presenza di un futuro obbligo negoziale a contrarre comporta, in capo al donante, l'obbligo di manifestare in un successivo definitivo atto la propria determinazione alla liberalità che, viceversa, nel contratto di donazione è frutto di una volontà spontaneamente ed istantaneamente manifestata»[15]. Quindi la Cassazione, per un verso, ribadisce che la donazione è un *actus legitimus* che non ammette il preliminare; per altro verso, afferma che la «promessa di donazione non è giuridicamente produttiva di obbligo a contrarre, perché la

[7] L. Gardani Contursi Lisi, *Donazioni*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1976, 6 ss.

[8] A. Checchini, *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 262 ss.; C. Manzini, *«Spirito di liberalità» e controllo giudiziario sull'esistenza della* causa donandi, in *Contr. impr.*, 1985, 409 ss.

[9] F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, XIV ed. agg., Napoli, 2009, 833.

[10] B. Biondi, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, XII, 4, Torino 1961, 101.

[11] M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano 1969, 236.

[12] G. Biscontini, *Eseguibilità del contratto preliminare e preliminare di donazione*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 582 s.

[13] Già Cass., 9 aprile 1980, n. 2273, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Donazione*, c. 748, n. 3; Cass., 3 giugno 1980, n. 3621, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1583, con nota di A. Lener; in dottrina, per tutti, C.M. Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano 1987, 186.

[14] Ad es., Cass., 8 giugno 2017, n. 14262, in *Diritto.it*, 2017.

[15] Di recente, Cass., 4 marzo 2020, n. 6080, in *DeJure*, che riproduce un indirizzo assolutamente costante della giurisprudenza di legittimità. Cfr., tra le tante, Cass., 12 novembre 1971, n. 3247, in *Foro it.*, 1972, I, c. 1291; Cass., 18 dicembre 1975, n. 4153, in *Giust. civ.*, 1976, I, 726; Cass., 18 febbraio 1977, n. 737; Cass., 24 gennaio 1979, n. 526, ivi, 1980, I, 982; Cass., 12 giugno 1979, n. 3315, in *Foro it.*, 1981, I, c. 1702.

coazione all'adempimento, cui il promittente sarebbe soggetto, contrasta con il requisito della spontaneità della donazione, il quale deve sussistere al momento del contratto»[16]. Ma, nella quasi totalità dei casi, la nullità è dichiarata sulla base dell'«assenza dei requisiti di forma richiesti dalla legge», allorché si tratta «di scrittura privata e non di atto pubblico, privo dell'accettazione del donatario e della presenza di due testimoni»[17].

Pur sottacendo la fonte legale, forse perché evidente (ma non sempre) ai più, questo orientamento giurisprudenziale trova il suo fondamento nel comma 3 dell'art. 782 c., il quale così recita: «Prima che la donazione sia perfetta, tanto il donante quanto il donatario possono revocare la loro dichiarazione». Ciò significa che, pur ammettendosi, per ipotesi, la legittimità di un preliminare di donazione (che donazione non sia), sia il donante sia i donatari potrebbero revocare, in ogni tempo e *ad nutum* il proprio consenso fin quando la donazione non sia perfetta. Non di inadempimento di un obbligo a contrarre si tratterebbe, ma di una legittima facoltà che la legge riconosce a donante e donatari fino al "perfezionamento" della donazione.

Anche la giurisprudenza più recente, là dove l'accettazione dei donatari non sia contestuale, continua a pronunziarsi con indubbio rigore in ordine alla notifica al donante dell'atto di accettazione dei donatari (art. 782, comma 2, c.c.): oltre alla forma vincolata dell'atto pubblico posteriore, esplicitamente prevista dalla norma, la Cassazione richiede che la notifica debba essere «solo ed esclusivamente quella disciplinata dagli artt. 137 e ss. c.p.c., da compiersi a mezzo di ufficiale giudiziario», essendo del tutto da escludere «che tale incombente sia sostituito da altre diverse modalità, ancorché idonee a rendere il donante consapevole dell'intervenuta accettazione»[18]. La notifica dell'accettazione a mezzo di ufficiale giudiziario sarebbe «l'unico strumento idoneo a garantire la certezza legale in ordine alla conoscenza dell'atto di accettazione *indispensabile per il perfezionamento di un negozio solenne*, permeato di formalismo, quale la donazione»[19].

Tale disciplina può sorprendere, non tanto per quanto riguarda la facoltà di revoca concessa al donante, per le ragioni di spontaneità e incoercibilità della sua manifestazione di volontà, quanto per l'estensione di tale regola anche al donatario, che si arricchisce gratuitamente incrementando il suo patrimonio senza dovere alcun corrispettivo. Secondo la vulgata, infatti, il rigore formale della donazione, a cominciare dal diritto romano classico, è stato giustificato in

[16] Cass., SS. UU., 18 dicembre 1975, n. 4153, in *DeJure*.
[17] Ancora Cass., 4 marzo 2020, n. 6080, cit.
[18] Cass., Sez. II, 23 marzo 2022, n. 9476, in *DeJure*.
[19] Ancora, Cass., Sez. II, 23 marzo 2022, n. 9476, cit.

ragione delle esigenze di tutela del donante, «per evitare che potesse compiere atti particolarmente incisivi sul suo patrimonio senza un'adeguata e ponderata riflessione»[20]. Mal si comprende, quindi, perché il legislatore abbia voluto estendere uno *ius poenitendi* così ampio ed esteso anche al donatario, il quale, pur obbligandosi ad accettare la donazione, ha la possibilità di frustrare le legittime aspettative del donante, e soprattutto degli altri eventuali donatari, fin quando la donazione non sia perfetta. Probabilmente il legislatore ha voluto intendere la donazione come contratto unitario, istituendo un formalistico "parallelismo" tra i pur divergenti interessi che connotano le due diverse dichiarazioni di volontà, così estendendo le caratteristiche di spontaneità e di incoercibilità anche all'accettazione del donatario. Diversamente, soltanto la volontà del donante, in quanto espressione di liberalità, dovrebbe essere spontanea e incoercibile, mentre l'obbligazione del donatario di accettare sarebbe suscettibile di esecuzione in forma specifica.

2. *I tentativi della dottrina di superare il dogma della nullità della promessa di donazione: il contratto con obbligazioni del solo proponente e le donazioni indirette. I dubbi sulla donazione "liberatoria" che, invece, rientra nelle liberalità non donative di cui all'art. 809 c.c.*

A fronte di un orientamento così consolidato e pervicace della giurisprudenza, che considera affetto da nullità qualsiasi contratto preliminare di donazione (*recte,* promessa di donazione), pur stipulato nelle forme prescritte dall'art. 782 c.c. – ma questo caso è difficilmente rinvenibile nella prassi, stante il divieto, per il notaio, ai sensi del temibile art. 28 l. not., di rogare atti espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume e all'ordine pubblico –, pare legittimo chiedersi se sia ragionevole un'interpretazione che pretende di porre nel nulla accordi talvolta difficili, laboriosi e molto spesso equilibrati, per il solo fatto che tra i molteplici atti che le parti si impegnano a compiere vi sia una donazione che, semmai, vede concorde il donante ma non più qualche donatario, che talvolta può utilizzare strumentalmente la disciplina di favore prevista per la donazione al solo fine di rimettere in discussione l'intero assetto d'interessi (le quote della divisione, ad es.) che si era obbligato ad eseguire.

Si pensi, ad esempio, ad un verbale di un procedimento di mediazione, sottoscritto dal mediatore, il quale certifica (autenticandone le sottoscrizioni) la presenza di tutte le parti e dei rispettivi avvocati, dal quale risultino una promessa di donazione di una madre a favore dei suoi figli nonché successive

[20] O. Clarizia, *La donazione «liberatoria»*, Camerino-Napoli 2019, 161 s.

cessioni di quote di proprietà e di nuda proprietà tra i fratelli al fine di poter procedere alla divisione del patrimonio (tra i fratelli), con riserva di usufrutto su alcuni cespiti a favore della donante e previo pagamento di un conguaglio a carico di un donatario a favore degli altri fratelli. Atto, dal quale emerge un collegamento tra più atti giuridici tipici (donazione, cessione di quote di piena e nuda proprietà al fine della divisione), che tuttavia conservano la loro autonomia tipologica, precedendo la promessa di donazione, logicamente e cronologicamente, la successiva cessione di quote, concordemente e specificamente individuate, in funzione della divisione. In presenza della disponibilità della donante di procedere alla stipula degli atti necessari ad eseguire gli impegni assunti e, viceversa, della sopravvenuta indisponibilità di uno soltanto dei tre fratelli donatari, il quale oppone (forse strumentalmente) il suo dissenso al fine di modificare le quote della divisione a suo vantaggio, pur qualificandosi la promessa di donazione come donazione obbligatoria di dare, la mancata osservanza della forma prescritta per la donazione (atto pubblico con la presenza di due testimoni) determina la nullità dell'intera operazione (e delle clausole penali, forse improvvidamente previste per l'inadempimento). È possibile ritenere, a tutt'oggi, che pur in assenza delle forme prescritte dall'art. 782 c.c., le parti non fossero sufficientemente avvertite degli impegni che stavano assumendo, alla presenza dei loro legali, in sede di mediazione?

Un primo indirizzo[21] propone di esaminare la questione del c.d. contratto preliminare di donazione alla luce dell'art. 1333 c.c. Il contratto con obbligazioni (o, meglio, con prestazioni)[22] del solo proponente consentirebbe di realizzare, previo il "non-rifiuto" del destinatario (art. 1333, comma 2), un'attribuzione spontanea, dunque caratterizzata da spirito di liberalità. Questa attribuzione potrebbe avere ad oggetto anche un diritto reale, se si accede all'opinione – che non sembra controvertibile – che interpreta il termine "obbligazioni" riferito anche all'obbligazione di dare, e quindi ai contratti ad efficacia reale[23]. Sotto il profilo della forma, il contratto con obbligazioni del solo proponente, che non sia qualificato come donazione, secondo il comune giudizio, non è soggetto al vincolo dell'atto pubblico, che dovrebbe desumersi dal collegamento tra gli artt. 782 e 1351 c.c.

Tuttavia, «Dai rari approfondimenti che hanno avuto ad oggetto il profilo funzionale del contratto con obbligazioni del solo proponente si ricava decisamente l'impressione che, fino ad oggi, non siano pervenuti a risultati sod-

[21] A. Palazzo, *Le donazioni*, in *Comm. del cod. civ.* diretto da Schlesinger, Milano 1991, 207 ss.; B. Tassone, *Qualche apertura sul preliminare di donazione?*, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3424.

[22] Così F. Rossi, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, Napoli 2005, 64 s.

[23] F. Rossi, *op. cit.*, 59 ss.

disfacenti gli sforzi compiuti dalla dottrina per individuare il criterio in base al quale discernere quando l'assunzione di un impegno da parte di chi abbia intenzione di gravarsene gratuitamente vada ricondotta alla fattispecie contemplata dall'art. 1333 c.c. e non all'area della donazione obbligatoria *ex* art. 769»[24].

Il *discrimen* riguarda, ancora una volta, la distinzione tra liberalità e gratuità[25], rappresentando lo "spirito di liberalità" un elemento essenziale che qualifica il tipo riconducibile al contratto di donazione: «il donante non si limita a conferire un diritto al donatario ma giustifica la sua attribuzione come una liberalità»; se «l'attribuzione non ha il significato sociale della liberalità, essa non è una donazione»[26]. D'altronde il nostro codice esplicitamente (e assai opportunamente) prevede ipotesi che, pur essendo atti di liberalità, non siano donazioni (cc.dd. donazioni indirette: art. 809 c.c.). La norma sulla formazione del contratto mediante mancato rifiuto, quindi, può trovare applicazione solo «relativamente ai contratti a titolo gratuito che non siano donazioni», con esclusione di qualsiasi obbligazione modale a carico del beneficiario[27]. Vengono ricondotti allo schema dell'art. 1333 c.c. gli atti nei quali «si ha unicità di prestazione e così nel caso, ad esempio, di gratuità del mandato senza rappresentanza o del patto fiduciario, ad iniziativa del mandatario o del fiduciario, di fideiussione […], accollo, espromissione, prelazione» ecc.[28].

Riguardo alla forma, poi, pur ammesso il ricorso all'art. 1333 per il trasferimento di ricchezza immobiliare realizzato gratuitamente da un soggetto in adempimento di una precedente obbligazione[29], un consolidato indirizzo dottrinale e giurisprudenziale ritiene necessario un atto rivestito della forma della donazione, affinché si produca l'effetto traslativo (per gli immobili e i beni ad essi equiparati) ogni qualvolta l'attribuzione patrimoniale non sia giustificata da una causa corrispettiva o accompagnata dalla *traditio*[30]. Così, anche la giurisprudenza che forse non intendeva dichiarare la nullità della promessa di donazione, in concreto ha poi accertato la nullità del contratto per la mancata osservanza delle forme previste dall'art. 782 c.c. Nella specie, la Cassazione ha dichiarato nulla, per difetto di forma, la donazione contenuta in una scrittura privata, denominata "transazione", con cui una parte si era obbligata a versare

[24] F. Rossi, *op. cit.*, 36 s.

[25] Ad es., Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1237 ss.

[26] C.M. Bianca, *Diritto civile*, 3, cit., 468.

[27] C.M. Bianca, *op. cit.*, 263.

[28] F. Gazzoni, *Obbligazioni e contratti*, XVIII ed. agg., Napoli 2018, 873 s.

[29] Così Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, cit.

[30] Cfr. M. Costanza, *Art. 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari* solutionis causa, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1237 ss., in nota a Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500.

al beneficiario una determinata somma mensile per tutta la durata della vita di quest'ultimo[31].

In presenza di tali orientamenti della dottrina e, soprattutto, della giurisprudenza di legittimità, non sembra utile la strada del contratto con obbligazioni del solo proponente. Nei casi giurisprudenziali caratterizzati dal contratto con obbligazioni del solo proponente o da fattispecie di donazione c.d. indiretta, le parti – che ben si guardano dal dichiarare una donazione – pongono in essere atti caratterizzati da un proprio schema tipico (ad es., fideiussione; espromissione cumulativa; rinunzia ad un diritto reale di godimento; remissione del debito; rinunzia all'azione di regresso in caso di espromissione o di adempimento del terzo; acquisto di un bene con intestazione a nome altrui; co-intestazione di un conto corrente bancario con versamenti da parte di un solo soggetto, ecc.) che determina, quale conseguenza ulteriore, «un arricchimento altrui, in termini economici, giustificato dall'interesse non patrimoniale di chi attribuisce il bene o rinunzia al diritto»[32].

La tipizzazione dei modelli di donazione disposta dal nostro codice (art. 769 c.c.: contratto ad effetti reali o ad effetti obbligatori), le differenze strutturali e soprattutto funzionali, evidenti anche sotto il profilo della «minima unità effettuale»[33] tra il contratto di donazione e la c.d. «remissione con funzione di liberalità»[34], da ultimo, la considerazione del formalismo donativo – se non come un «relitto storico»[35], un «arcaismo legislativo destinato, in quanto tale, ad un più o meno prossimo tramonto»[36] (si pensi, ad es., alla necessaria presenza dei due testimoni)[37], quanto meno – come una regola dettata per il solo contratto di donazione, inducono a dubitare che nel diritto italiano possa essere rinvenuto, in via d'interpretazione, un terzo tipo di donazione, definita "liberatoria"[38], riconducibile direttamente all'art. 769 c.c. piuttosto che alle liberalità non donative di cui all'art. 809 c.c. La remissione, infatti, rappresenta una vicenda puramente e semplicemente estintiva del rapporto obbligatorio che, a differenza della donazione, ontologicamente esclude qualsiasi efficacia

[31] Cass., 29 novembre 1986, n. 7064, in *Foro it.*, 1987, I, c. 805 ss.; alla quale *adde* Trib. Pistoia, 8 maggio 1981, in *Giust. civ.*, 1982, I, 307 ss.

[32] Per tutti, F. Gazzoni, *Manuale*, cit., 547.

[33] Considera inammissibile la c.d. donazione liberatoria anche sulla base di questo fattore, G. Biscontini, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli 1984, 164 ss.

[34] Per tale espressione, O. Clarizia, *La donazione*, cit., 15.

[35] A. Palazzo, *Le donazioni*, cit., 11 s.

[36] A. Marini, *Il "modus"*, cit., 52.

[37] In proposito, v. il caso cit. *retro* nel § 2, 2° cpv.

[38] Così, invece, O. Clarizia, *op. cit.*, 15 ss., 168 ss.; *contra*, tra i tanti, già A. Torrente, *La donazione*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, Milano 1956, 219.

traslativa o costitutiva[39]. Diversamente, il "contratto di donazione" rappresenta un modello che il nostro codice ha inteso rigorosamente tipizzare sotto i profili della struttura e della funzione. La specifica previsione di «altri atti di liberalità» «diversi da quelli previsti dall'art. 769» (art. 809 c.c.), cui estendere soltanto specifiche norme previste per le donazioni, ma non le prescrizioni in tema di forma, da un lato, testimonia la consapevolezza del nostro legislatore circa l'esistenza di ulteriori figure tipiche (o atipiche) caratterizzate non soltanto dalla gratuità ma anche dallo "spirito di liberalità", dall'altro si giustifica proprio al fine di dettare una disciplina generale per questi atti che, pur non essendo donazioni, sono gratuiti e, soprattutto, caratterizzati da finalità di liberalità, a prescindere dalla struttura giuridica impiegata per conseguirla. Proprio la specifica previsione di cui all'art. 809 c.c. impedisce di riconoscere una eccessiva "elasticità" dello schema donativo[40], all'interno del quale ricomprendere fattispecie che invece il legislatore ha inteso collocare nell'ambito dell'art. 809 c.c.

3. *Il c.d. contratto preliminare di donazione quale donazione obbligatoria di dare*

Non solo per ragioni di *policy*, ma anche sulla base di un saldo fondamento dogmatico[41], è possibile, invece, proporre una diversa ricostruzione del c.d. contratto preliminare di donazione (*recte*, della promessa di donazione), che sia maggiormente appagante della soluzione seguita dall'orientamento che ne afferma apoditticamente la nullità, il quale tralascia di considerare alcuni aspetti essenziali della teoria dell'obbligazione e del contratto, pur riguardando, sotto il profilo casistico-giurisprudenziale, quasi sempre scritture private di dubbio valore, sotto i profili sia del contenuto, sia della forma.

La dottrina italiana, soprattutto dopo l'entrata in vigore del codice del 1942 e della generalizzazione iscritta nell'art. 1376 c.c. ("Contratto con effetti reali"), professando, forse con eccessiva enfasi[42], l'opposto principio che, depurato da ogni riferimento trascendente al diritto naturale, trova fondamento nella concezione storico positivista del diritto espressa nella teoria del *Rechts-*

[39] Lo sottolinea, con decisione, P. Perlingieri, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1975, 168 s.

[40] *Contra*, A.A. Carrabba, *Le donazioni*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*, a cura di R. Calvo e G. Perlingieri, t. III, *Le donazioni*, II ed., Napoli 2015, 1421.

[41] L'insegnamento, appunto, di R. Sacco, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, tomo II, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, III ed., Torino 2004, 274.

[42] R. Sacco, voce *Circolazione giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano 1960, 8.

schein[43], ha attribuito la massima espansione al principio del "consenso traslativo", ereditato dal diritto francese[44], dimenticando che il contratto non è altro che una «convenzione mediante la quale una o più persone *si obbligano* […] a dare, a fare o a non fare qualche cosa» (art. 1101 Cod. Nap.), ovvero «l'accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere tra loro un vincolo giuridico» (art. 1098 c.c. del 1865) o un «rapporto giuridico patrimoniale» (art. 1321 c.c.). Così il codice italiano del 1865, dopo aver dedicato la norma introduttiva (Capo I) del titolo IV del libro III alle obbligazioni ed alle loro "cause" (art. 1097: «Le obbligazioni derivano dalla legge, da contratto o quasi-contratto, da delitto o quasi-delitto»), riferisce, sulla scia del codice d'oltralpe, la causa all'obbligazione e non al contratto, disponendo che «L'obbligazione senza causa, o fondata sopra una causa falsa o illecita non può avere alcun effetto» (art. 1119 c.c. del 1865, che traduce letteralmente l'art. 1131 *code civ.*). Anche a seguito della riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti, il diritto francese conserva la definizione del contratto come accordo di volontà tra due o più persone destinato a creare, modificare, trasmettere «obbligazioni» (art. 1101 *code civ.* nuovo testo)[45]. Questa centralità dell'obbligazione fu chiara al legislatore delle codificazioni, ma anche alla più autorevole dottrina italiana[46]: non a caso il libro IV del nostro codice è intitolato alle "obbligazioni", mentre

[43] Formidabile, sul punto, il pensiero di R. Sacco, voce *Apparenza*, in *Dig. Disc. priv.*, *Sez. Civ.*, IV ed., vol. I, Torino 1987, 355.

[44] Una illuminante spiegazione è resa proprio da R. Sacco, *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1387, per il quale «L'errore dei redattori del Code Napoléon fu quello di aver identificato le piccole regole sulla tradizione finta come elemento naturale della vendita e della donazione con la grande regola giusnaturalistica che lega il passaggio della proprietà al consenso: e di aver poscia enunziato cumulativamente l'una e le altre regole senza scegliere tra di esse con consapevole chiarezza». In argomento v., altresì, G. Gorla, *La "logica-illogica" del consensualismo o dell'incontro di consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 255 ss.; R. Sacco, *Modificazione (soggettiva) della proprietà e dissociazione del diritto*, in *Studi Scaduto*, vol. III, Padova 1970, 115 ss. e 170; Id., *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ.* Vassalli, Torino 1975, 686 ss.; P.G. Monateri, *La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano 1984, 358 ss.; Id., *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanisti*, Milano 2008, 227; A. Chianale, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano 1990, 80 ss.; G. Vettori, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano 1995, 25 ss. In argomento, per ulteriori svolgimenti, si rinvia ad A. Procida Mirabelli di Lauro, *"Consenso traslativo" e obbligazione di dare nel trasferimento della proprietà immobiliare*, in A. Procida Mirabelli di Lauro, M. Feola, *Diritto delle obbligazioni*, Napoli 2020, 231 ss.; e già Id., *Teorie del contratto, pubblicità e apparenza nel trasferimento della proprietà immobiliare*, in *Annuario dir. comp.*, 2011, 382 ss.

[45] Sul punto, A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il rapporto obbligatorio*, in A. Procida Mirabelli di Lauro, M. Feola, *op. cit.*, 22 ss.

[46] V., infatti, già E. Gianturco, *Diritto delle obbligazioni. Lezioni di diritto civile*, Napoli 1895.

il contratto e l'illecito sono considerati (e qualificati) quali mere "fonti" di obbligazioni, al pari delle promesse unilaterali, dei titoli di credito, della gestione di affari, del pagamento dell'indebito e dell'arricchimento senza causa. Questo collegamento funzionale tra l'obbligazione e la sua fonte è lumeggiato ancor più chiaramente dal codice tedesco il quale, dopo aver conferito l'opportuna centralità al rapporto obbligatorio (nel Libro II), considera il contratto come uno strumento per la costituzione e la modificazione del rapporto obbligatorio (§ 311 BGB)[47].

Quindi, malgrado la figura del contratto ad effetti reali (art. 1376 c.c.) rappresenti la generalizzazione della disciplina disposta dal codice francese (art. 1583, tutt'oggi vigente) e dal codice civile del 1865 (art. 1448) per la vendita, espressione ultima di un lungo processo storico durante il quale il *modus adquirendi* viene ad incorporarsi nel *titulus*[48], l'originaria obbligazione di dare non scompare né dalle definizioni generali del contratto, né da talune figure tipiche. Un esempio eloquente è proprio quello rappresentato dall'art. 769 c.c. in tema di donazione, ove si statuisce che la stessa «è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto *o assumendo verso la stessa una obbligazione*». Oggetto del contratto di donazione, quindi, può essere sia la disposizione (il trasferimento o la costituzione) di un diritto reale o di credito del donante in favore del donatario, sia l'assunzione di un'obbligazione di dare (o di fare) da parte del donante nei riguardi del donatario (donazione obbligatoria). E se si ammette che il donante, con la stipulazione della donazione, possa obbligarsi a dare, a maggior ragione deve ammettersi che il donatario possa obbligarsi ad accettare. Donante e donatario, «al pari di ogni altro debitore», devono «eseguire le obbligazioni che discendono dal contratto: vuoi consegnando il bene donato, vuoi eseguendo la prestazione dedotta ad oggetto dell'obbligazione contratta *donandi causa*»[49], vuoi prestando il consenso, in sede di adempimento dell'obbligo a contrarre convenzionalmente assunto. L'evidente differenza tra le posizioni del donante e del donatario in merito all'adempimento delle rispettive promesse è sancita dall'art. 789 c.c., là dove stabilisce che il donante (e soltanto il donante), in caso di inadempimento o di ritardo nell'esecuzione della donazione, è responsabile solo per dolo o per colpa grave. E così, se la cosa donata è difettosa, il donante può essere tenuto alla garanzia per vizi soltanto in caso di dolo (art. 798 c.c.). Del pari, la garanzia per evizione è circoscritta

[47] Per tutti, V. Emmerich, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, II, München 2019, Rdnr. 1.

[48] In argomento, A. Procida Mirabelli di Lauro, *"Consenso traslativo"*, cit., 232 ss.

[49] G. Bonilini, *Le donazioni*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino 1995, 289.

entro limiti ben precisi: la garanzia deve essere stata espressamente promessa; l'evizione deve dipendere da dolo o da fatto personale del donante; nei casi di donazione modale o di donazione remuneratoria, la garanzia è dovuta fino alla concorrenza dell'ammontare degli oneri o dell'entità delle prestazioni ricevute dal donante (art. 797).

4. *L'adempimento traslativo non donativo, come atto dovuto* solvendi causa

Non pare discutibile, quindi, che, al fianco di una donazione che produce effetti reali al momento e per effetto del consenso, operando sulla base del principio del "consenso traslativo", il codice ponga una donazione obbligatoria o ad effetti obbligatori, in cui il contratto di donazione si perfeziona con l'assunzione di obbligazioni. Questo dato non è sfuggito a quella dottrina, la quale ritiene «del tutto pacifico» che rientri nel tipo donativo l'assunzione di un'obbligazione di dare, attraverso cui si realizza l'arricchimento del donatario[50] e, conseguentemente, l'assunzione, da parte del donatario, dell'obbligo di prestare il consenso affinché, nella fase di attuazione dell'obbligo, si produca l'effetto reale. Nella gran parte dei casi esaminati, trattasi di assunzione di un'obbligazione di dare, ovvero di trasferire la proprietà. Ma ciò non toglie che un'avvertita dottrina abbia esaminato la più dibattuta questione relativa all'assunzione, con il contratto di donazione, delle obbligazioni di fare, propendendo per la soluzione affermativa[51].

Allora, più che di contratto preliminare di donazione, come continua a fare la giurisprudenza, deve parlarsi di un contratto di donazione obbligatoria, concluso validamente sulla base dell'ultimo inciso dell'art. 769 c.c. Il contratto preliminare, infatti, è istituto introdotto dal codice del 1942 al fine di ricreare quella antica scissione tra *titulus* e *modus adquirendi*, tra effetti obbligatori ed effetti reali, che «astratte idee, totalmente avulse dalla realtà dei traffici commerciali»[52], avevano contribuito a superare. L'istituto rileva sul solo piano strutturale di un collegamento necessario tra contratti (con il c.d. definitivo), tant'è che l'interesse (generale e astratto) che il preliminare consente di realizzare non ne rappresenta la causa, la quale, invece, «si identifica principalmente nella stessa causa del definitivo»[53]. Nel diritto francese, ancor oggi, «*la promes-*

[50] Per tutti, U. Carnevali, *Le donazioni*, cit., 436.

[51] Ad es., D. Rubino, *L'appalto*, II ed., Torino 1954, 109; B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 389 ss.; A. Cataudella, *La donazione mista*, cit., 166 ss.; Id., *Donazione e liberalità*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano 1998, I, 173; ampiamente, A. Gianola, *Atto gratuito*, cit., 45 ss.; in tema di rapporto di lavoro, R. Corrado, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Torino 1956, 219 ss.

[52] F. Gazzoni, *Il contratto preliminare*, III ed., Torino, 2010, 1.

[53] C.M. Bianca, *Diritto civile*, 3, cit., 186.

sa di vendita vale vendita, allorché vi sia il consenso reciproco delle due parti sulla cosa e sul prezzo» (art. 1589 *code civ.*).

Che non si tratti di un contratto preliminare di donazione, ma di donazione obbligatoria[54], è affermazione che è confermata dalla più autorevole dottrina. Proprio Rodolfo Sacco[55], con la chiarezza di pensiero e l'eleganza dello stile che caratterizzano la sua Opera, afferma che «il preliminare di donazione non deve essere dichiarato nullo. Il donante si è obbligato a trasferire in futuro, e deve adempiere. Ma peraltro il negozio, che le parti chiamano contratto definitivo di donazione, merita una riqualificazione: l'intento di donare è caratteristico della donazione, e manca nell'alienazione in questione; ciò che le parti chiamano contratto definitivo di donazione è un normale atto di trasferimento solutorio, come quello con cui il mandatario trasferisce al mandante l'immobile acquisito. In breve: il preliminare di donazione è valido, ma, in sede concettuale, deve essere riqualificato come donazione mediante la quale "una parte arricchisce l'altra … assumendo verso la stessa una obbligazione" (preleviamo le parole dall'art. 769 c.c. it.)».

L'intuizione del Maestro, fondata sulla approfondita conoscenza sincronica e diacronica degli itinerari percorsi dall'obbligazione di dare nei principali diritti euro-continentali, è seguita dalla più avvertita dottrina. Se, da un lato, nell'affrontare la questione, peraltro in un testo istituzionale, si afferma che deve riconoscersi che «in pratica un preliminare di donazione equivale ad una donazione obbligatoria, perfettamente legittima accanto a quella reale (art. 769)»[56]. Dall'altro, nel ribadire quella dottrina che individuava il dato della spontaneità proprio al momento ed in funzione dell'assunzione della promessa di donare[57], si individua, «in realtà», nel c.d. contratto preliminare di donazione della proprietà una donazione obbligatoria di dare, alla quale segue un (pagamento, *recte*) adempimento traslativo *solvendi causa*[58]. «Solo assumendo la prospettiva dell'atto dovuto, cioè della funzione solutoria del definitivo», può risolversi il dubbio circa l'ammissibilità della promessa di donazione. Ma «anche in tale caso non appare corretto escludere la possibilità di ravvisare nel-

[54] Un'isolata giurisprudenza distingue le due fattispecie, affermando che vi sarebbe contratto preliminare di donazione allorché, dall'interpretazione del complessivo regolamento contrattuale, non emerga la chiara volontà del donante di creare soltanto un vincolo meramente preparatorio, rimandando al futuro la definitiva manifestazione dell'*animus donandi* (Trib. Bergamo, 10 dicembre 2002, in *Giur. it.*, 2003, 2071).

[55] Ora R. Sacco, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., 274.

[56] A. di Majo, *Il contratto preliminare*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, cit., 542.

[57] F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano 1954, 21.

[58] F. Gazzoni, *Manuale*, cit., 879; Id., *Il contratto preliminare*, cit., 89, ove cita, in nt. 340, proprio R. Sacco, in Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., 274.

la vicenda preliminare una donazione, se si considera che l'obbligo a contrarre nasce pur sempre dalla volontà delle parti che liberamente si vincolano»[59]. Anche nell'ipotesi di donazione traslativa, senza dover ricollegare necessariamente gli effetti reali al preliminare ipotizzando la conversione del preliminare nel definitivo[60], «è sufficiente ricostruire la vicenda secondo lo schema dell'obbligo di dare per risolvere ogni problema di spontaneità: la liberalità va ravvisata nella c.d. promessa, che si configura dunque alla stregua di una donazione obbligatoria di dare, seguita da un atto di adempimento traslativo non donativo, perché dovuto»[61].

Questa soluzione è pienamente appagante «nel caso in cui l'attribuzione finale sia traslativa», ma non nel caso in cui essa sia, nell'intenzione del donante, a carattere obbligatorio. Lo schema dell'obbligo di dare non sarebbe infatti in tal caso utilizzabile ed allora non si potrebbe giustificare una donazione che obbliga a contrarre, seguita dalla conclusione di una successiva donazione con la quale si assumerebbe l'obbligo»[62].

5. *L'esecuzione in forma specifica delle obbligazioni del donante e del donatario. La forma della donazione obbligatoria*

Così ricostruita la vicenda con riguardo alla donazione obbligatoria di dare, donante e donatari «possono revocare la loro dichiarazione» soltanto «prima che la donazione» obbligatoria «sia perfetta» (art. 782, comma 3, c.c.). Il "perfezionamento" della donazione obbligatoria non può non riguardare la conclusione del contratto, quindi la fattispecie, non certo gli effetti reali, che si produrranno al momento in cui viene posto in essere il *modus*, ovvero l'atto di adempimento traslativo non donativo che le parti si sono obbligate a concludere. In caso di inadempimento dell'obbligo a contrarre da parte del donante o di alcuno dei donatari, la parte non inadempiente potrà senz'altro ottenere la sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso. Poiché, nella specie, si tratta di un obbligo a contrarre che ha ad oggetto (l'adempimento di) un'obbligazione di dare, lo strumento giuridico più appropriato è quello dettato dall'art. 2932 c.c., rispetto a quello disciplinato dagli artt. 2930 e 2931 c.c., che fanno riferimento ad obbligazioni aventi ad oggetto un consegnare o un *facere* fungibile, a contegni piuttosto che a dichiarazioni di volontà.

A questo punto, però, si pone un problema di forma.

[59] F. Gazzoni, *Il contratto preliminare*, cit., 89.

[60] Così, invece, B. Biondi, *Le donazioni*, cit., 1007.

[61] F. Gazzoni, *Il contratto preliminare*, cit., 89; in giurisprudenza, Trib. Bergamo, 10 dicembre 2002, cit. in nt. 54.

[62] F. Gazzoni, *op. cit.*, 89.

La stessa dottrina che opportunamente ricostruisce il c.d. preliminare di donazione, o meglio la promessa di donazione, come donazione obbligatoria di dare afferma che quest'ultima dovrà osservare la forma dell'atto pubblico, sotto pena di nullità, «non già *per relationem ex* art. 1351 in quanto preliminare, ma *ex* art. 782 in quanto donazione (definitiva) obbligatoria»[63]. Al contrario, il successivo atto traslativo, in quanto mero *modus adquirendi*, «dovrà osservare la forma ordinariamente pretesa e quindi quella scritta *ex* art 1350 solo in caso di trasferimenti immobiliari. Conseguenza ovvia se si considera che in tal caso l'attribuzione traslativa è operata *solvendi* e non già *donandi causa*»[64].

Se è vero che il diritto è anche forma, soprattutto per quei contratti per i quali la legge impone formalità particolarmente complesse e solenni, quasi sempre a tutela degli interessi sostanziali quantomeno di una parte[65], potrà essere rilevata la nullità d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio, per la mancata osservanza della forma richiesta *ad substantiam* per il contratto di donazione, anche là dove lo stesso produca effetti soltanto obbligatori. Anche la giurisprudenza di merito richiede che i requisiti di forma propri del contratto di donazione siano assolti con indubbio rigore. Pur in presenza della redazione del contratto per atto pubblico, si è dichiarata la nullità di una vendita che dissimulava una donazione, a causa dell'assenza dei due testimoni[66]. E ciò conformemente a quanto disposto dalla Cassazione secondo la quale, «Se in un negozio di trasferimento […] non è avvenuto alcun pagamento di prezzo, si configura una vendita dissimulante una donazione e non una donazione indiretta, con conseguente necessità della forma di atto pubblico con la presenza di due testimoni ai fini della validità dell'atto»[67], giusta il disposto dell'art. 48, comma 1, della l. 16 febbraio 1913, n. 89, come modificato dall'art. 12, comma 1, l. 28 novembre 2005, n. 246.

[63] F. Gazzoni, *op. cit.*, 89.

[64] F. Gazzoni, *op. cit.*, 89.

[65] Sul punto, P. Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Camerino-Napoli 1987, 12 ss., 20 e 60. Sulle cc.dd. forme convenzionali, R. Favale, *Forme "extralegali" e autonomia negoziale*, Camerino-Napoli 1994, 17 ss.

[66] Trib. Napoli, Sez. VIII, 10 luglio 2019, Camera di cons., in R.G.A.C. n. 36722/2013.

[67] Cass., Sez. II, 2 luglio 2014, n. 15095, in *DeJure*.

Saverio Regasto[*]

QUEL CHE RESTA DEL GIORNO… ALCUNE DISORDINATE RIFLESSIONI SUL *WELFARE STATE*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Che cos'è e quando nasce il *welfare state*. – 3. Il caso italiano. – 4. Il fascismo. – 5. Il *welfare* durante la guerra. – 6. Il Secondo dopoguerra. – 7. La Costituzione. – 8. Gli anni '50. – 9. Gli anni '60. – 10. Gli anni '70 ed il Sistema Sanitario Nazionale. – 11. Conclusioni.

1. *Introduzione*

È il 31 Dicembre 2019 quando la Commissione Sanitaria Municipale di Wuhan in Cina segnala all'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) un cluster di polmonite ad eziologia ignota. I ricercatori cinesi lo identificano come un tipo di coronavirus. A questo virus, nuovo rispetto a tutti quelli conosciuti sino a quel momento, viene dato il nome di Covid-19, trasmissibile da uomo a uomo. Il numero di focolai cresce molto rapidamente facendo così scattare in Cina, il 23 gennaio 2020, il primo lockdown di massa della storia che vedrà coinvolte 60 milioni di persone.

Il 21 Febbraio 2020 anche in Italia viene identificato il primo caso di Covid-19, un 38enne di Codogno, definito per lungo tempo il "paziente zero".

Si sviluppano i primi focolai e inizia così quella che sarà la prima ondata italiana di Covid-19 a cui si cercò di porre un freno imponendo il lockdown nazionale a partire dall'8 marzo 2020. L'11 marzo l'OMS dichiara lo stato di pandemia: il Covid-19 è ormai diffuso in tutto il mondo. Da subito inizia la ricerca di una cura che arriverà però a dicembre 2020 con l'approvazione del primo vaccino contro questo virus, non prima che l'Italia venga nuovamente costretta a un secondo lockdown nazionale a ottobre 2020.

Il 27 dicembre 2020, il cosiddetto "Vaccine day", inizia la prima campagna di vaccinazione obbligatoria in tutta Europa.

Dopo quasi 3 anni dall'inizio della pandemia, il 5 maggio 2023, l'OMS dichiara la fine dell'emergenza sanitaria.

Dalle stime dell'Organizzazione Mondiale della Sanità sono circa 20 milioni i decessi da Covid-19. A questa situazione tragica si devono aggiungere tutta una serie di problematiche sociali. In tutto il mondo le persone hanno visto modificarsi le proprie condizioni di vita, cambiamenti che hanno toccato

[*] Professore Ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Brescia.

la sfera lavorativa, affettiva e privata di ciascuno di noi. Proprio per affrontare questa drammatica situazione emergenziale, fondamentali sono stati i sistemi sanitari pubblici, le misure di prevenzione e assistenza messe in campo dai diversi Stati per fronteggiare una crisi economica e ancor prima umanitaria. Emerge in questo contesto la centralità dei sistemi di *welfare* e di giustizia sociale. Da ben prima della pandemia il tema dello Stato Sociale era già stato riportato all'attenzione del dibattito pubblico e come conseguenza di questa situazione di emergenza si sono riproposte questioni fondamentali circa i diritti sociali, libertà individuali, diseguaglianze di genere. Problematiche mai risolte e che necessitano di essere finalmente affrontate.

2. *Che cos'è e quando nasce il* welfare state*?*

A livello generale il termine *stato sociale* o *protezione sociale* indica un insieme di attività, prevalentemente, ma non esclusivamente pubbliche, volte a fornire sostegno a chi si trova in stato di bisogno e assicurazione e copertura contro determinati rischi e necessità.

Ebbe origine in Inghilterra e fu Asa Briggs, uno storico inglese, a darne una definizione più specifica: «*uno Stato in cui il potere organizzato è deliberatamente utilizzato (attraverso la politica e l'amministrazione) nel tentativo di modificare le forze di mercato in almeno tre direzioni: prima di tutto garantendo agli individui e alle famiglie un reddito minimo indipendente dal valore di mercato della loro proprietà; in secondo luogo riducendo il grado di insicurezza, mettendo gli individui e le famiglie in condizione di far fronte a certe contingenze sociali (per esempio: malattia, vecchiaia e disoccupazione); in terzo luogo assicurando ad ogni cittadino senza distinzione di classe o status i migliori standard disponibili in relazione ad una gamma concordata di servizi sociali*»[1].

Possiamo quindi definirlo come uno Stato nel quale i pubblici poteri promuovono il *welfare*, cioè il benessere dei cittadini, mediante interventi programmati nelle attività economico-sociali e nel campo della protezione sociale per rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della personalità e l'uguaglianza fra i singoli, per richiamare testualmente il disposto del secondo comma dell'art. 3 della nostra Costituzione. Lo Stato sociale si fonda sulle libertà civili, sull'uguaglianza formale, sulla costituzionalizzazione dei diritti sociali, su una più equa redistribuzione delle ricchezze per raggiungere e assicurare l'uguaglianza sostanziale. Il *welfare state* è quindi caratterizzato da un insieme di apparati, di interventi, prestazioni che tutelano la persona in relazione a situazioni di svantaggio e a bisogni essenziali della vita, includendo la

[1] Y. Kazepov, D. Carbone, *Che cos'è il welfare state,* Roma, 2018, 12,

previdenza sociale, l'assistenza sociale e la sanità pubblica, scuola e servizi di collocamento[2].

Andando aldilà della mera definizione di *welfare state* e concentrandosi sulla sua origine, si deve volgere l'attenzione al processo di modernizzazione che vide come protagonista *in primis* la società inglese e che fu il terreno fertile per la nascita del *welfare state*. Lo Stato sociale si sviluppò per modificare l'impatto del funzionamento del mercato sulla società e poter garantire a ogni cittadino un reddito minimo indipendentemente dal valore della sua forza lavoro.

Per poter capire come si sia giunti all'affermazione dello Stato sociale è necessario ripercorrerne, sinteticamente, i momenti più salienti.

Tra il XI e il XV secolo si avviò una fase di trasformazione che ebbe come conseguenza l'abbandono di un'economia fondata sul meccanismo della reciprocità nella quale i contadini coltivavano la terra garantendo il sostentamento alimentare ai signori i quali offrivano protezione militare e amministravano la giustizia. La proprietà non era un diritto formalizzato perché la quantità di terra disponibile eccedeva i bisogni della popolazione.

La situazione cominciò a cambiare nel XIII secolo a seguito di una forte crescita demografica che impose la necessità di colonizzare nuove terre incidendo sulla politica e sull'economia. Acquisì una certa rilevanza anche l'ambito urbano che diventò il centro di sviluppo degli scambi commerciali nonché luogo dell'innovazione tecnica.

Con l'aumento del commercio i signori non riuscirono più a garantire la protezione necessaria affinché questi fossero svolti in sicurezza e incominciò un processo di accentramento del potere politico e militare che sfociò nel consolidamento degli Stati nazionali nel XVII secolo.

Progressivamente i principi dell'economia monetaria alla base delle attività commerciali si estesero anche alle attività produttive agricole e artigianali.

La modernizzazione vera e propria si ebbe però con l'affermazione dei diritti di proprietà. Si affermò l'uso esclusivo della terra da parte del proprietario che ne disponeva secondo i propri interessi individuali. La terra divenne «un fattore di produzione attraverso cui ricavare un profitto monetario»[3], come sostenuto da Tawney, storico ed economista inglese, un «investimento redditizio»[4].

All'economia instabile si aggiunsero guerre ed epidemie e la povertà emerse come fenomeno di massa a cui il governo inglese cercò di porre rimedio at-

[2] F.A. Cancilla, *Servizi del welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea,* Milano, 2009.

[3] Y. Kazepov, D. Carbone, *Che cos'è il welfare state,* Roma, 2018, cit., 31.

[4] *Ibidem*.

traverso l'emanazione della *Poor law*, la legge sui poveri, nella quale fu sancito il diritto a vivere per tutti i cittadini. Era previsto un aiuto che sarebbe stato elargito dalle parrocchie, utilizzando le risorse derivanti da una tassa sui poveri imposta a tutti i proprietari e fittavoli a seconda della rendita della terra o della casa in possesso. Gli indigenti per accedere ai servizi offerti avrebbero dovuto accettare di essere internati in apposite strutture differenziate a seconda del tipo di disagio oppure di essere avviati al lavoro nelle *poorhouses*, strutture create per svolgere attività produttive sia all'esterno che al proprio interno. La *Poor law* aveva come intento quello della difesa dell'ordine pubblico e del controllo dei poveri, una previsione normativa definibile come «politica sociale negativa»[5]. La povertà era vista come «conseguenza di una colpa e per questo l'unico metodo ritenuto efficace per risolvere il problema era individuato nella responsabilizzazione degli individui attraverso l'impegno lavorativo»[6].

Nel 1662 fu applicato *l'Act of settlement* che obbligava le persone bisognose a ricevere assistenza dalla parrocchia presso la quale erano residenti. Nel 1795 venne emanata la *Speenhamland law* che prevedeva a favore dei lavoratori con un salario inferiore a una certa soglia, la possibilità di ricevere un'integrazione. Bisognerà attendere il 1834 con il *Poor law emendament Act* per ottenere l'abolizione del vincolo del domicilio così da permettere alle persone di potersi spostare per lavorare in relazione alla domanda del mercato. In questo periodo di cambiamenti fu ormai chiaro come la povertà non fosse una scelta individuale ma un problema che riguardava la società intera al quale gli Stati risposero approvando le prime misure a tutela del lavoro.

Con la rivoluzione industriale si sviluppò anche la classe operaia che, come sosteneva Marx, iniziò a organizzarsi e a mobilitarsi per richiedere il riconoscimento di diritti sociali e politici, con lo sviluppo di una "coscienza di classe". Nel 1820 sorsero in Gran Bretagna i primi sindacati che si fecero promotori delle rivendicazioni della classe operaia ed anche dei diritti politici ottenendo il riconoscimento nel 1848 del suffragio parziale maschile.

Fondamentale fu lo poi sviluppo delle assicurazioni sociali per garantire ai lavoratori e alle famiglie una soglia minima di sicurezza. La prima fu introdotta in Germania nel 1871 in ambito infortunistico riconoscendo la responsabilità civile in capo al datore di lavoro. Successivamente nei primi anni del Novecento altri Paesi istituzionalizzarono i sistemi assicurativi attraverso le assicurazioni volontarie. Fu sempre in Germania che venne, per la prima volta, adottata l'assicurazione obbligatoria e a seguire si svilupparono le assicurazioni sociali estese ai soggetti non attivi del nucleo familiare o ai superstiti. Questo fu un

[5] Y. Kazepov, D. Carbone, *op. cit.*, 34.
[6] *Ibidem*.

passaggio epocale per lo Stato sociale: si affermò il principio di protezione minima in caso di bisogno. L'ultima assicurazione a essere istituita fu quella contro la disoccupazione.

Nel periodo fra le due guerre lo stanziamento di bilancio destinato alle assicurazioni sociali aumentò e così anche la platea dei beneficiari.

Ovviamente la risposta ai diversi problemi e alle richieste della società fu diversa negli Stati democratici e in quelli totalitari.

Per esempio la Costituzione della Repubblica di Weimar nel 1919 sancì il riconoscimento dei diritti sociali e la piena legittimazione dell'assistenza sociale[7]. Negli Stati Uniti prese invece avvio il *New Deal* (1933-1937), ammettendo nel campo del lavoro e dell'industria la legittimazione alle pratiche sindacali, alla contrattazione collettiva. Nel campo della sicurezza sociale fu previsto il *Social Security act,* l'assicurazione obbligatoria contro invalidità, vecchiaia, vedovanza, protezione dei familiari defunti. Nei regimi totalitari invece ci fu la repressione delle minacce rivoluzionarie, soffocando ogni domanda di cambiamento sociale. Nella Germania hitleriana, come è noto, la povertà era addirittura una colpa.

Il passo avanti dello Stato sociale si ebbe ancora una volta dal Regno Unito con l'emanazione del Rapporto Beveridge che stabiliva come la causa della povertà fosse la perdita di reddito. Per poterla arginare erano necessari una politica sociale ampia e lo sviluppo dell'assicurazione sociale. Si passò dall'assicurazione dei lavoratori a quella di tutti i cittadini, la concessione degli assegni familiari per le famiglie numerose, la creazione di un servizio sanitario nazionale gratuito e l'unitarietà e universalità dell'intero sistema assistenziale. Presentato nel dicembre 1942 entrò in vigore nel 1945.

Nel secondo dopoguerra il *welfare state* si consolidò. Accanto alle assicurazioni sociali, lo Stato aumentò l'impegno in alcuni settori cruciali dell'economia e della vita sociale. Fra il 1960 e il 1970 il *welfare* raggiunse la sua massima espansione in Europa. La spesa pubblica degli Stati aumentò e vennero colmate le lacune delle fasi precedenti, nonché fu ulteriormente ampliata la platea dei beneficiari.

Lo Stato diventò garante del benessere sociale, uno strumento di distribuzione di redditi e servizi grazie allo sviluppo economico e al sistematico ricorso al *deficit spending*, ovvero il finanziamento di servizi e interventi per mezzo dell'indebitamento pubblico. Questo ne provocò l'espansione ma innescò an-

[7] La Legge Fondamentale di Bonn, entrata in vigore dopo la tragedia nazista e scritta "sotto dettatura" dalle potenze occupanti dell'Ovest (Stati Uniti, Francia e Gran Bretagna) non riconobbe ai diritti fondamentali sociali rango costituzionale, accogliendo la tesi di parte della dottrina che ne denunciò, ai tempi di Weimar, l'inutilità, quando non la pericolosità.

che meccanismi che ne minarono la sua stessa sostenibilità e che portarono lo Stato sociale a essere bersaglio negli anni Ottanta e Novanta di processi di ristrutturazione, ancora oggi non conclusi, per risanare i bilanci pubblici dando luogo a tensioni sociali estremamente aspre.

3. *Il caso italiano*

Per poter analizzare il *welfare state* in Italia bisogna partire da tempi più recenti ovvero dalla Grande Guerra.

Nel giugno del 1914 la Camera dei Deputati si riunì per discutere della legislazione sociale. Socialisti e radicali sottolineavano la povertà delle leggi sociali dalle quali erano escluse larghe fasce della popolazione e l'inerzia del governo nel portare a termine i progetti di legge. A paragone con altri Stati l'orizzonte italiano era quello più carente: la Germania contava ormai un'esperienza trentennale, la Gran Bretagna introdusse numerose riforme nei primi anni del Novecento. Senza dimenticare la Francia, i Paesi del Nord-Europa che godevano di una legislazione sociale meglio strutturata e più articolata. Anche in Italia nei primi anni del Novecento non mancarono alcuni provvedimenti in questa direzione come la riforma del lavoro minorile e femminile, la Cassa maternità per le operaie dell'industria ma furono previsioni di scarso rilievo. Nel campo dell'assistenza agivano numerose istituzioni (soprattutto di natura religiosa), controllate nel loro operato dallo Stato, secondo il principio della carità legale. Questa forma di assistenzialismo fu uno dei problemi maggiori di tutta l'architettura della legislazione sociale. Nel settore della sanità erano le Società di mutuo soccorso e le Opere pie quelle che reggevano in modo inidoneo e con profonde differenze fra comune e comune, città e campagna, nord e sud, le fila degli aiuti. I tentativi di disciplinare la loro attività risalgono al 1890 con la legge Crispi che le ribattezzò Istituzioni pubbliche di beneficenza (IPB). Si cercò di sottoporle a un maggiore controllo pubblico, sorvegliate dal Ministro dell'Interno, coordinandole nella loro attività per mezzo della Congregazione di carità che era un organo del Comune in cui alcune IPB furono obbligate a convogliare dalla legge Crispi. Le altre rimasero autonome e sottoposte al controllo del prefetto. Lo Stato si impegnava a tutelare la salute dei suoi cittadini per il tramite del medico condotto. La legge Crispi-Pagliani del 1888 prevedeva che ogni Comune fosse obbligato a stipendiare un medico che assicurasse l'assistenza sanitaria e chirurgica, con l'obbligo della cura gratuita dei poveri del territorio di cui i comuni si sarebbero dovuti far carico. Le amministrazioni locali erano quindi sostenitrici di oneri non indifferenti e non poterono che esserci ampi dislivelli di tutela dovendo farvi fronte con le loro disponibilità finanziarie.

Altro ambito in cui vi era una qualche forma di assistenza sanitaria era l'esercito. Fu prevista per i soldati la vaccinazione contro il vaiolo estesa poi nel 1888 alla popolazione intera. Alla vigilia della prima guerra mondiale le condizioni del popolo italiano erano precarie: un numero altissimo di riformati dell'esercito e soprattutto dati allarmanti in tema di mortalità infantile: 134 bambini su 1000 morivano nel primo anno di vita.

La previdenza rimaneva, a causa della matrice liberale, su base volontaria. Comune era l'idea che bastasse una gestione oculata del proprio salario per poter affrontare gli imprevisti della vita e la vecchiaia. Si fondava quindi sul concetto di risparmio. In Germania, al contrario, per infortuni, malattia e vecchiaia l'assicurazione era obbligatoria e gestita da istituzioni controllate e finanziate in parte dallo Stato. La previdenza così organizzata veniva considerata una forma di socialismo di Stato, un'ingerenza indebita dello Stato nelle scelte individuali, mal vista in Italia dove esigua era la partecipazione dello Stato sia in ambito decisionale che economico fino a quando «il radicato principio della previdenza libera era stato incrinato nel marzo del 1898 dalla prima forma di assicurazione obbligatoria introdotta in Italia»[8] nel campo degli infortuni sul lavoro, rivolta agli operai e operaie dell'industria. L'assicurazione era a spese del capo o dell'esercente dell'impresa, riguardava chi lavorava negli opifici industriali nei quali si faceva uso di macchine mosse da agenti inanimati o animali. Non ci furono particolari contrasti dal mondo dei datori di lavoro perché li sollevava dalla responsabilità dell'infortunio, riconoscendo un rischio cosiddetto professionale, oggettivo e impersonale, intrinseco nelle nuove tecnologie.

Dell'assicurazione obbligatoria se ne sarebbe dovuta occupare la Cassa nazionale d'assicurazione per gli infortuni degli operai, con sede a Milano, a carattere semipubblico che agiva in un regime di libera concorrenza al fianco di altre imprese assicuratrici. Nonostante la nascita della Cassa nazionale rimanevano maggioritarie le posizioni a favore della previdenza libera, principio a cui si ispirò la Cassa nazionale di previdenza per l'invalidità e vecchiaia degli operai, rivolta anche ai contadini, a cui potevano iscriversi su base volontaria i cittadini italiani di entrambi i sessi che svolgevano lavori manuali o prestavano servizio a opera o a giornata. Altro fronte delicato fu il lavoro femminile. Le contadine vennero escluse dalla protezione contro gli infortuni e assenti furono le tutele nell'ambito del lavoro a domicilio e del lavoro domestico.

L'inadeguatezza della legislazione sociale italiana nel periodo antecedente la prima guerra mondiale era chiara. Solo il 4,8% della popolazione era coperto da una qualche forma di protezione sociale; Germania e Gran Bretagna si aggiravano al 42,8% ed al 36,3%. Solo l'1,56% del bilancio dello Stato era

[8] Y. Kazepov, D. Carbone, *op. cit.*, 31.

destinato nel 1914 alle spese sociali. Il fallimento fu anche nel campo della previdenza volontaria.

Bisognerà attendere le due guerre mondiali per lo sviluppo dei sistemi di previdenza sociale a seguito delle quali venne coniato il binomio *warfare-welfare*[9].

Durante la Prima Guerra Mondiale centrale divenne la figura del soldato, perno di una rete familiare da lui dipendente. Le norme sociali emanate durante la guerra cercarono di rispondere a un fronte interno sempre più instabile, furono dei tentativi di risarcimento nei confronti di chi per la guerra perse tutto. Provvedimenti a carattere emergenziale che si continuarono a sommare nel tempo. Dal 1916 al 1919 gli interventi furono riformatori rispetto agli schemi del passato grazie all'azione dei partiti, dell'organizzazione dei lavoratori, del mondo scientifico nonché di singole figure. Si incominciò lentamente a passare dal concetto di beneficenza a quello del diritto, acquisito però per aver partecipato alla guerra, ancora lontano dal concetto di diritto sociale.

Nel 1917 furono istituite le pensioni di guerra nel cui ambito venne inserito l'istituto della reversibilità, rivolgendosi quindi anche a mogli, vedove (categoria che racchiudeva anche conviventi e promesse spose), figli e genitori. L'importo della pensione si basava sulla diminuita capacità lavorativa che le ferite o l'invalidità avevano procurato impedendo al soldato di fare rientro nel mondo del lavoro. Veniva applicato anche al mondo militare il concetto di rischio professionale. Nasceva «una teoria parallela: quella del rischio di guerra»[10].

Altra misura varata dal ministro del Tesoro Francesco Saverio Nitti (dal 1917 al 1919) fu l'introduzione di polizze vita gratuite per i combattenti fino ad estenderle agli orfani di guerra e ai genitori dei caduti. La polizza veniva emessa dall'Istituto nazionale delle assicurazioni (INA)[11]. La sottoscrizione a carico dello Stato. Questa misura ebbe particolare successo e fu unica nel panorama europeo. Lo Stato cominciò dunque a subire un'evoluzione andando sempre di più, nel compiere la sua attività, verso il concetto di "assistenza di Stato".

Nel 1918 venne proposto un provvedimento per l'assicurazione obbligatoria contro l'invalidità e la vecchiaia, il cui precedente, che ebbe particolare fortuna, fu l'iscrizione obbligatoria alla Cassa nazionale di previdenza degli operai degli stabilimenti destinati alla produzione bellica. La Germania risultò essere l'esempio per la scelta del sistema di finanziamento delle pensioni ovvero quello a capitalizzazione. Il lavoratore versava alla Cassa e accumulava su un dossier a suo nome i contributi che venivano poi investiti dallo Stato in

[9] *Ivi*, 37.
[10] Y. KAZEPOV, D. CARBONE, *op. cit.*, 44.
[11] *Ivi*, 47.

operazioni finanziarie a basso rischio. La pensione era quindi la somma di tutti i contributi, aumentata del rendimento ottenuto attraverso il suddetto investimento. Il disegno di legge fu tradotto nel decreto 21 aprile 1919 n. 603, la platea di beneficiari fu di 12 milioni di lavoratori, 10 dei quali provenienti dal mondo contadino.

Le riforme avviate nel biennio 1917-1919 spianarono la strada alle richieste avanzate da milioni di cittadini per ottenere il risarcimento dei danni subiti a seguito della guerra nonché il riconoscimento di nuovi diritti. Venne anche introdotta l'assicurazione obbligatoria per la disoccupazione involontaria, in rottura con l'idea liberale che vedeva nella disoccupazione un evento transitorio. Non furono invece convertiti in legge molti provvedimenti fra cui quello inerente all'assicurazione contro le malattie. Un provvedimento che sarebbe stato necessario a maggior ragione in Italia che risultava essere il Paese europeo con il più alto tasso di mortalità, soprattutto infantile. Tornò a mietere vittime la tubercolosi, si diffusero il tifo, la malaria e l'influenza spagnola che fece più di 470mila morti.

Furono diverse le Commissioni che vennero incaricate di elaborare un progetto in tale ambito. La più importante fu la Commissione Abbiate che tratteggiò le linee di una sorta di servizio sanitario nazionale a carattere universale. Questo fu rigettato per il pericolo di un aumento delle spese a carico del bilancio. Abbandonato ogni progetto proto-universalista, passò in eredità al fascismo la frammentazione organizzativa ed istituzionale dei sistemi di protezione sociale.

Nonostante le difficoltà nel quinquennio 1915-1920 l'Italia fu il Paese nel quale crebbe maggiormente l'indice della prestazione sociale permettendo di raggiungere il livello di altri Paesi europei che potevano vantare una legislazione sociale ben più matura.

4. *Il fascismo*

La legislazione sociale così descritta giunse nelle mani del partito fascista, nella figura di Mussolini. Il fascismo fece della previdenza sociale uno dei principali strumenti di governo. Questi anni «vedono infatti la messa in atto di politiche previdenziali tese a raggiungere un ampio controllo sociale su larghe fasce della popolazione, a realizzare processi di integrazione nazionale e di accettazione diffusa del regime, a favorire forme di neutralizzazione del conflitto e dell'opposizione. Obiettivi compatibili con quelli liberticidi, autoritari e repressivi di più ampia portata»[12]. Furono previsti vantaggi di vario tipo come ri-

[12] Y. Kazepov, D. Carbone, *op. cit.*, 91.

compensa rispetto alla cancellazione di diritti politici. Si trattava di concessioni non legate alla cittadinanza e sottoposte all'approvazione del regime

Ereditò dal periodo liberale alcune grandi Opere nazionali come quella dei combattenti, degli invalidi di guerra, degli orfani; la differente previsione normativa per i dipendenti pubblici e privati, le distinzioni di tipo razziale, di genere, territoriali.

Nel 1923 venne ristretta la platea dei beneficiari dell'assicurazione infortuni per i lavoratori delle campagne. Fu cancellata l'obbligatorietà dell'assicurazione per l'invalidità e la vecchiaia, inaspriti i controlli (effettuati anche per mezzo delle forze dell'ordine) sui disoccupati per poter accedere al sussidio che fu direttamente negato a chi si trovava in condizioni di invalidità temporanea fra cui anche le lavoratrici incinte. Venne punita la disoccupazione volontaria, derivante dal licenziamento del lavoratore, prevedendo la posticipazione del sussidio di 30 giorni e dal 1935 una detrazione della somma di cui si aveva diritto. Lo scopo era quello di favorire un aumento dell'attività assistenziale del partito fascista e delle sue organizzazioni per mezzo di sussidi in denaro ed in natura erogati a seguito di controlli ferrei, anche di tipo morale e politico, sui beneficiari. I vantaggi furono molta manodopera a basso costo ed il controllo di una larga parte della popolazione.

Nel 1934 vennero istituiti gli assegni familiari, nell'ambito della contrattazione collettiva, per compensare la diminuzione delle ore di lavoro (40 ore settimanali) con un abbassamento relativo dei salari, l'abolizione del lavoro straordinario, sostituzione della manodopera femminile con quella maschile. Gli assegni familiari servivano a integrare il mancato guadagno, inizialmente rivolta a soggetti con famiglie numerose e orario lavorativo ridotto, successivamente previsti a favore di tutti gli operai capifamiglia ed infine anche a moglie e genitori a carico. Questi assegni venivano finanziati da un contributo da parte di tutti i lavoratori e datori di lavoro in misura analoga. La misura degli assegni familiari era differente per ciascuna categoria e faceva parte degli interventi pro-natalisti del regime con evidenti caratteri discriminatori. In questo periodo si incominciò a delineare un modello familiare caratterizzato dal lavoro femminile domestico e stipendio del lavoratore dipendente a cui si integravano le misure di sostegno derivanti direttamente dal partito fascista. Il regime non legittimò e non diede protezioni adeguate al lavoro femminile. La legislazione previdenziale femminile vide l'istituzione dell'Opera nazionale per la protezione della maternità e dell'infanzia (OMNI) nel 1925. Sulla carta un ente che avrebbe dovuto tutelare donne e bambini e portare l'Italia ai livelli di altri Paesi europei molto più evoluti in questo ambito ma che negli anni 30 cercò di dare impulso alla natalità con obiettivi in linea con i principi del regime fascista ovvero il miglioramento e la difesa della razza. Nella realtà la

sua attività fu altamente inefficiente, a causa anche del sotto-finanziamento da parte dello Stato e la scarsa professionalità del personale sanitario. Le donne continuarono ad essere considerate solo in relazione ai loro doveri di madri.

Nel 1923 la Cassa nazionale per le assicurazioni sociali, dal 1933 INFPS, divenne il centro di tutte le assicurazioni sociali (disoccupazione, maternità, tubercolosi). Si trovò nel tempo ad avere un ruolo sempre più funzionale al progetto fascista sostituendo i vertici con persone fedeli e favorevoli al governo Mussolini. L'istituto divenne organo esecutore della missione sociale del regime. L'INFPS rese possibili investimenti imponenti nell'edilizia pubblica, finanziando opere, erogando risorse a favore dello Stato perdendo così la propria autonomia nella gestione delle sue finanze, subordinandosi alle decisioni assunte dal governo, non adempiendo più alla sua funzione principale cioè la tutela degli assicurati. A livello economico finanziava direttamente il Tesoro e altre attività di investimento; a livello politico-sociale riuscì ad esercitare un elevato controllo sociale. Le pensioni venivano considerate come un favore del duce. La loro emanazione era vincolata dal parere di autorità appartenenti al regime e non mancarono dunque episodi di discriminazione e "selezionalismo". Alla vigilia del secondo conflitto mondiale, l'INFPS si era notevolmente espanso assumendo sotto di sé circa 60 gestioni assicurative ampliando la platea degli assistiti ma sempre rivolgendosi a determinati settori e categorie di lavoratori. Una tendenza in contrasto con altri Paesi europei che invece in questo periodo si fecero promotori di misure sempre più inclusive.

Il fascismo cercò di rafforzare il controllo su questo settore strategico. Crebbero le tensioni fra Stato e Chiesa cattolica le cui istituzioni gestivano l'assistenza e la beneficenza sul territorio fino al raggiungimento nel 1929 di una pacificazione attraverso i Patti Lateranensi. Riuscì comunque, al termine di questi scontri, ad ottenere il controllo delle Congregazioni di carità, nelle quali confluirono le Opere Pie, e a utilizzarne le finanze negli anni successivi per finanziare alcuni prodotti del fascismo tipo l'ONMI. Successivamente venne lasciato spazio a una diversa conflittualità tra il Ministero dell'Interno e il Partito nazionale fascista. Il partito cercò di avere un ruolo centrale nella gestione dell'assistenza sovrapponendosi all'attività dello Stato che fu destinata ad avere negli anni un ruolo sempre più residuale. Nel 1937 fu emanata una legge che trasformò gli EOA in Enti comunali di assistenza, ECA, diventando espressione di una funzione statale subordinata al partito, finanziati attraverso un'addizionale su alcuni tributi locali. Rimasero organi deboli che non imbrigliarono nel sistema le IPAB, le quali riuscirono in larga parte a mantenere la propria autonomia.

Il fascismo ereditò le strutture sanitarie del precedente periodo liberale. Centrale risultava ancora essere il ministero dell'Interno, della sua Direzione

generale nonché il ruolo di Comuni e Province nel fornire assistenza medica, ospedaliera e farmaceutica. Vi erano profonde differenze fra città e campagna, Nord e Sud.

Un altro sussidio proveniva dalle Società di mutuo soccorso che il fascismo non riuscì del tutto a eliminare ma soprattutto sorsero per i lavoratori dell'industria le casse mutua malattia aziendali o inter-aziendali. Nel 1921 quella per gli impiegati della FIAT e nel 1923 per gli operai. Per i lavoratori agricoli erano solo due le Casse mutua. La situazione così frammentata fece sì che l'istituzione di un'assicurazione generale di malattia rimase incompiuta.

Successivamente alla Prima Guerra Mondiale, a seguito dell'annessione dei territori austro-ungarici che godevano di una normativa previdenziale e assistenziale più favorevole rispetto a quella italiana, si sviluppò il dibattito circa la necessità di un'assicurazione obbligatoria di malattia. Fra i favorevoli vi fu anche Mussolini. Avrebbe dovuto essere gestita dal CNAS e applicata sulla falsa riga di quella di invalidità e vecchiaia. Ma come spesso successe durante l'epoca fascista anche questa disposizione non fu concretizzata.

La legislazione dell'assicurazione infortuni era quella ereditata dal periodo liberale. Nel 1929 venne introdotta quella contro le malattie professionali che entrò in vigore solo nel 1934. Il catalogo delle malattie professionali che davano diritto all'indennità era limitato rispetto a quello previsto in Germania e Gran Bretagna oltre a essere rivolto solo ai lavoratori dell'industria.

Nel 1935 venne varata la riforma riguardo agli infortuni sul lavoro ma fu applicata solo nel 1937.

Nell'ottobre 1927 venne introdotta l'assicurazione obbligatoria contro la tubercolosi. La protezione sanitaria risultò divisa tra chi poteva accedere a forme di cura fornite dalle assicurazioni e chi doveva accontentarsi di una rete meno efficace che il regime ereditò dal periodo liberale e non riformò mai in maniera profonda. La maggioranza della popolazione rientrava in questa seconda categoria.

L'assicurazione contro la tubercolosi con i suoi limiti fu affidata alla gestione dell'INFPS, ente privo di competenze e di strutture medico-sanitarie. Furono costruiti sanatori *ex novo*, enormi i costi di gestione e di impianto risultando quindi l'attività anti-tubercolare principalmente come edilizia. I non assicurati dovevano affidarsi ai sanatori pubblici e ai Consorzi provinciali antitubercolari istituiti nel 1927. Le attività di profilassi e prevenzione erano assenti e i finanziamenti erano insufficienti. Si utilizzò dunque la beneficenza privata e la propaganda.

Il dislivello della tutela sanitaria fu la conseguenza della mancata introduzione dell'assicurazione obbligatoria di malattia.

Al termine degli anni Trenta, l'Italia si trovava in una situazione di impoverimento generale e sempre più inadeguate erano le prestazioni fornite dalla previdenza sociale del regime. Nel 1938 su richiesta di Mussolini venne varata la riforma complessiva della previdenza sociale. Furono la previsione per la famiglia il centro della riforma come, per esempio, la nuova assicurazione di "nuzialità e natalità" che si fece promotrice delle politiche di natalità ed espressione del concetto di difesa della famiglia, una provvidenza in caso di matrimonio o di nascita dei figli con importanti differenze fra salariati dell'industria e del settore agricolo. La riforma riguardò anche gli assegni familiari, l'assicurazione contro la tubercolosi di cui pochi, a seguito delle modifiche, riuscirono a beneficiare, quella contro la disoccupazione involontaria. Fu prevista anche un'integrazione per i figli a carico, crescente a seconda del numero e superiore per gli impiegati. Gli assegni familiari vennero estesi anche alla moglie e ai genitori a carico. Fu abrogato però l'esile concorso economico dello Stato e l'obbligo contributivo fu previsto invece a carico del datore di lavoro. Fu anche istituita, sempre in carico all'INFPS, la Cassa unica degli assegni familiari.

In questo contesto di riforma, non mancò l'introduzione di previsioni espressione della politica antisemita introdotta dal regime già nel 1938 ovvero tutti gli impiegati e dirigenti di razza ebraica vennero licenziati dalle amministrazioni statali, scuole, università, esercito, enti statali, ecc. Un trattamento minimo di pensione era previsto solo se compiuto il decimo anno di servizio. Furono esclusi dall'assicurazione di natalità e nuzialità mentre gli altri schemi assicurativi rimasero in vigore ancora per alcuni anni.

5. *Il* welfare *durante la guerra*

Prima dello scoppio della Seconda Guerra Mondiale, l'Italia era già impegnata su diversi fronti: la guerra d'Etiopia dal 1935, l'affiancamento delle truppe di Franco durante la guerra civile spagnola, l'invasione dell'Albania nel 1939. La popolazione venne globalmente coinvolta nei conflitti registrando fin da subito un deterioramento delle condizioni di vita. In un primo momento furono applicate nuove forme di tutela per i militari volontari o i richiamati alle armi e le loro famiglie. Ma con la prosecuzione della guerra fu chiaro che la legislazione sociale non poteva più rivolgersi solo ai combattenti ma avrebbe dovuto riguardare la popolazione intera. Il metodo utilizzato dal fascismo nel periodo di guerra fu quello dei sussidi, delle indennità, delle gratifiche nonostante la situazione precipitasse di mese in mese. A questa situazione si aggiunse un peggioramento delle condizioni sanitarie, già prima della guerra molto precarie, a cui il regime rispose con misure sostanzialmente di natura amministrativa. L'ultimo tentativo fu posto in essere nel 1943 con la duplicazione degli

importi degli assegni familiari e un aumento delle pensioni per far fronte all'inflazione. Dopo poco il regime cadde e venne instaurata la Repubblica sociale italiana con il trasferimento al Nord dell'INFPS e INFAIL che continuarono a operare. Il partito venne rinominato, come è noto, Partito fascista repubblicano e cercò di assumere un ruolo centrale nella gestione dell'assistenza alla popolazione registrando però l'ennesimo fallimento. In questo panorama si cominciò a profilarsi quella che sarebbe stata la difficile fase della ricostruzione.

6. *Il Secondo dopoguerra*

Il fascismo lasciò in eredità oltre alla difficile situazione economico-finanziaria e sociale anche le istituzioni sanitarie e previdenziali fra cui INPS, INAIL. Dopo la liberazione di Roma il 4 giugno 1944, le autorità di governo li sottoposero a una gestione commissariale. Per oltre quattro anni l'attività fu di riordino della contabilità, quantificazione del *deficit*, approfondimento delle criticità della macchina previdenziale. Ingenti furono gli effetti disastrosi dell'inflazione. Tutto ciò portò a pensioni estremamente basse e a differenze di trattamento tra le diverse categorie di lavoratori. I primi governi antifascisti si concentrarono sul settore previdenziale nel tentativo di adeguare le prestazioni al costo della vita. Vennero concessi indennità, assegni integrativi e assegni familiari supplementari. Nacque un Fondo d'integrazione per le assicurazioni sociali per offrire un assegno integrativo del 70% alle pensioni di invalidità, vecchiaia e superstiti più l'ulteriore garanzia di un minimo di pensione.

La novità del FIAS fu l'introduzione del sistema a ripartizione ovvero i contributi versati dai lavoratori FIAS venivano utilizzati immediatamente per pagare le pensioni di chi era già in pensione. Calcolato di anno in anno, si adeguava al mutare del costo della vita e permetteva di modificare l'importo delle pensioni. Nonostante questa previsione gli importi delle pensioni risultavano esser ancora insufficienti. Ulteriori misure furono introdotte nel 1947 nonché fu prevista l'istituzione del Fondo di solidarietà sociale per corrispondere un ulteriore assegno detto di contingenza, finanziato dallo Stato, lavoratori e datori di lavoro e affidato nella sua gestione all'INPS. Le misure assunte nel biennio 1945-1947 che furono sì positive contribuirono però al caos amministrativo. I beneficiari risultavano essere i medesimi del periodo fascista, rimanevano le disparità tra categorie di lavoratori e gli stessi lavoratori dipendenti subivano trattamenti differenziati nonostante fosse obbligatoria l'assicurazione per l'invalidità, vecchiaia e superstiti (introdotta nel 1945), l'assicurazione per tubercolosi, disoccupazione ed assegni familiari.

La guerra causò un regresso delle condizioni di salute degli italiani. La situazione venne gestita dall'Istituto nazionale per l'assicurazione contro le

malattie, l'INAM, dall'INPS e dall'INAIL. Il discrimine per accedere all'assicurazione era la condizione di lavoratore, una volta in pensione gli assicurati non erano più beneficiari dovendo quindi mettere mano ai risparmi o rivolgersi all'assistenza prestata da istituzioni pubbliche o private che fornivano servizi insufficienti. Lo stesso valeva per i disoccupati e per gli strati più poveri della popolazione. Lo scarso livello di assistenza sanitaria era accompagnato da una suddivisione irrazionale delle competenze, da grandi disparità locali, scarsi finanziamenti, poca organizzazione, troppi attori che diminuivano l'efficacia delle somme destinate ogni anno all'assistenza. Da qui la proposta di istituire un ministero capace di sovrintendere tutti gli organismi e le attività che non fosse quello dell'Interno.

7. *La Costituzione*

Già dal 1944 era chiara la necessità di una riforma ma nessuna forza politica si fece promotrice di una riforma universalista. Con l'elaborazione della Costituzione furono previste una serie di innovazioni nonostante furono per molti anni largamente disattese. Lo Stato si impegnava a promuovere la realizzazione di un benessere sociale a cui tutti avevano diritto. Le norme sulla protezione sociale risposero al principio dell'uguaglianza sostanziale come fondamento costituzionale dello Stato sociale.

Nel secondo dopoguerra l'uguaglianza di fatto assunse rilievo costituzionale con la redazione dell'art 3. Da subito fu chiara l'intenzione di fondare la nuova Costituzione su principi di democrazia sostanziale, i poteri pubblici avrebbero dovuto agire per una società più giusta.

Lo Stato avrebbe dovuto fornire gli elementi di base, abitazioni civili, organizzare e assicurare la protezione sociale, eliminare le disuguaglianze. Fu pensata come una norma-principio, la chiave di tutte le altre racchiuse nella Costituzione e che andavano a toccare diversi ambiti.

Al primo comma dell'art 3 viene teorizzata l'uguaglianza formale raggiungibile solo attraverso l'uguaglianza sostanziale come prevista dal secondo comma che descrive come in Italia l'ordine giuridico sia in netto contrasto con l'ordine sociale. Per poter far sì che i due coincidano compito dello Stato è quello di rimuovere tutti gli ostacoli che nella realtà impediscono l'uguaglianza sostanziale.

Scopo fondamentale quindi è la partecipazione di tutti all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese nonché il pieno sviluppo della persona umana. Il secondo comma si pone come base di numerose norme sia costituzionali che ordinarie e come guida per modificare l'ordinamento sociale. L'uguaglianza come forza propulsiva, come impegno della Repubblica a ridurre

le differenze economiche, sociali e culturali insite nella società. I costituenti furono accomunati dall'idea di garantire costituzionalmente i diritti della persona affermandoli come inviolabili, ampliare le garanzie contro l'arbitrio del potere attraverso un allargamento di questi diritti di libertà del cittadino ma non venne affermata l'obbligatorietà degli stessi. L'art 3 secondo comma ispirò nei decenni successivi una vasta legislazione sociale.

A completamento dell'art 3 furono previsti gli artt 32 e 38 della Costituzione, il primo nell'ambito dei rapporti etico-sociali, il secondo nei rapporti economici. Questi articoli attestano il riconoscimento della sicurezza sociale.

L'art 38 fornisce gli strumenti concreti per realizzare l'idea di Stato sociale prefigurata dai costituenti, concordi sulla volontà di garantire ai cittadini che versano in condizioni di maggiore debolezza economica e sociale adeguate condizioni di vita. Configura un sistema di protezione sociale nell'interesse di tutta la collettività, compito essenziale dello Stato. Viene sottolineata la distinzione tra assistenza e previdenza, la prima come tutela ai cittadini inabili al lavoro o indigenti e la seconda prevista per i lavoratori. L'assistenza si fonda sulla solidarietà collettiva e la previdenza sull'obbligo assicurativo in capo ai lavoratori. Nonostante le diverse visioni in seno alla Costituente, la finalità perseguita fu quella di liberare dal bisogno ogni persona, permettendo di far fronte alle esigenze minime di vita, eliminando la visione dell'assistenza come beneficenza e carità ma come espressione di un diritto che doveva essere garantito dallo Stato, come proposto da Togliatti e non affidato alle formazioni sociali, come avanzato invece da esponenti della DC. Veniva declinato nel diritto all'esistenza, lo Stato doveva garantire la possibilità di vivere a chi non era in grado di lavorare.

La salute nella Costituzione si configura come l'unico diritto sociale espressamente fondamentale, presupposto per la piena realizzazione della persona umana, nucleo fondativo di tutti gli altri diritti costituzionali. La nostra Costituzione fu l'unica nell'Europa occidentale a dare rilievo ad interessi legati alla salute dei cittadini, dandone una disciplina compiuta. Il diritto alla salute unì sia pretese positive, ai singoli il diritto di pretendere beni e servizi funzionali al pieno sviluppo della persona, che pretese negative rispetto a comportamenti lesivi o pregiudizievoli per l'integrità psico-fisica e rispetto a trattamenti sanitari non obbligatori. Oggetto del diritto alla salute era l'integrità psico-fisica della persona umana, ovvero come stabilito dall'OMS nel 1946 lo «stato di completo benessere fisico, psichico e sociale».

Diversi i punti di vista in sede di Costituente che fecero emergere come fosse necessario un nuovo impianto sanitario rispetto al passato. La Repubblica avrebbe dovuto essere impegnata nella tutela del bene "salute", senza ricollegare tale tutela all'ordine pubblico e alla capacità produttiva. Doveva essere riconosciuto come un diritto fondamentale, rivolto a tutti ed assicurato

dallo Stato. Emergeva l'impegno pubblico nella realizzazione di strutture sanitarie a carattere universale e cure gratuite agli indigenti come attuazione del principio di uguaglianza sostanziale. Comprendeva diverse attività: curative, preventive, riabilitazione, assistenza sanitaria ed ospedaliera andando a delineare quello che si raggiunse solo nel 1978 con l'istituzione del Sistema Sanitario Nazionale. Il 2 comma dell'art 32 profila un altro aspetto importante: la libertà della scelta terapeutica come espressione del diritto all'autodeterminazione. La possibilità di imporre trattamenti sanitari solo in casi eccezionali a seguito di una previsione legislativa, nell'interesse del singolo e della collettività sempre nel rispetto dello stato di salute. Il rispetto della persona umana quindi come limite primario di qualsiasi intervento legislativo.

8. *Gli anni '50*

Gli anni Cinquanta furono caratterizzati da un aumento della protezione sociale cumulativo e scomposto. Nel 1952 ci fu una prima riorganizzazione del sistema pensionistico. Venne previsto il meccanismo a capitalizzazione per il trattamento pensionistico di base, quello a ripartizione per le quote integrative per garantire l'adeguamento al costo della vita che attingeva al Fondo per l'adeguamento delle pensioni, FAP. La legge istituiva il trattamento pensionistico minimo, una prestazione di tipo assistenziale per migliorare le condizioni dei lavoratori che altrimenti avrebbero avuto, a causa di salari molto modesti, pensioni insufficienti. Nonostante le diverse riforme, donne e disoccupati continuarono ad essere esclusi rimanendo gli anelli più deboli del sistema. Nel 1948 venne presentata alla Camera da Fanfani, Ministro del Lavoro e della Previdenza durante il governo De Gasperi, la legge n. 264 che prevedeva una serie di interventi per contrastare la disoccupazione focalizzati sul collocamento e sull'avviamento al lavoro; Una legge però caratterizzata da una continuità di fondo con il fascismo e dalla quale molte categorie furono escluse. La legge sulla disoccupazione ebbe gravi limiti, il disoccupato rimaneva in una situazione di fragilità. Il progetto governativo presentato da Fanfani venne approvato dopo due anni di discussione. Le lavoratrici continuarono a trovarsi in uno stato di minorità giuridica e materiale e la tutela della maternità restava affidata al rapporto privatistico tra datore di lavoro e lavoratrice. La parità salariale rimaneva un miraggio e le giustificazioni erano di natura culturale e biologica.

Nel 1958 vi fu l'approvazione di due norme importanti. Una riguardava la tutela del lavoro domestico e l'altra la tutela del lavoro a domicilio. Queste disposizioni furono entrambe largamente disattese.

Gli anni '50 furono caratterizzati da un processo di inclusione di sempre nuove categorie di cittadini sotto l'ombrello dell'assicurazione obbligatoria

contro le malattie. I cittadini coperti nel 1948 erano 17, 8 milioni e arrivarono a 37,1 milioni nel 1959. Nonostante l'alta percentuale di persone soggette a una copertura sanitaria, molti erano sprovvisti di tutele, i dislivelli tra le categorie erano notevoli e la tubercolosi non era ancora stata debellata. L'estensione della tutela sanitaria iniziò nel 1952 e la prima categoria di lavoratori a essere inclusa fu quella dei lavoratori domestici; Nel 1954 nacque la Federazione delle Casse mutua malattia dei coltivatori diretti, nota come Federmutue e quella delle Casse mutua malattia, artigiani e commercianti. L'INAIL continuò invece a occuparsi delle malattie professionali e degli incidenti sul lavoro. Nel 1952 il Parlamento approvò una legge che estendeva considerevolmente le malattie professionali fino ad arrivare a una lista di 42 malattie. La normativa contro gli infortuni sul lavoro fu caratterizzata da elementi di grande debolezza che riguardavano l'entità delle indennità e la segmentazione e differenziazione categoriale che ebbero come conseguenza trattamenti differenziati. Nonostante i progressi, buona parte della popolazione italiana risultava ancora scoperta dall'assicurazione sanitaria. Per molti il punto di riferimento rimaneva l'assistenza medica gratuita fornita dai Comuni tenuti ad assistere i cittadini iscritti nell'elenco dei poveri che nel 1952 aumentò considerevolmente arrivando ai 4 milioni con un corrispondente aumento delle spese pro-capite dei Comuni. Evidente fu la spaccatura ancora esistente fra Nord e Sud e fra le diverse regioni. Alla fine degli anni '50 il panorama italiano era caratterizzato da una spesa sociale pari al 5,5% del PIL, un divario crescente rispetto ad altri Paesi che indicava come l'Italia fosse ancora in tema di *welfare* estremamente arretrata. Non vi fu una riforma organica ma si cercò di realizzare un recupero dell'ordinamento previdenziale. Il sistema di protezione sociale come previsto dalla Costituzione fu molto lento. Il principio corporativo e assicurativo tipico dell'epoca precedente venne superato a favore di un sistema di sicurezza sociale per tutti i cittadini solo nel 1957.

Ultima novità degli anni '50 fu l'istituzione nel 1958 del ministero della Sanità, caratterizzato da competenze limitate, molte furono lasciate in capo al ministero del Lavoro e della Previdenza e al ministero dell'Interno. Venne istituito un ministero caratterizzato da esclusioni precise che condivise i suoi compiti con altri dicasteri ma che nonostante ciò fu guidato da personalità che ebbero un ruolo importante nelle riforme in materia sanitaria.

9. *Gli anni '60*

Gli anni Sessanta sono stati fondamentali per lo sviluppo dello Stato sociale in Italia. Furono numerosi i progetti di riforma e di espansione dell'intervento pubblico ma attraverso un percorso poco lineare che portò la spesa sociale a

privilegiare pensioni e trasferimenti di reddito piuttosto che servizi, ritardando l'introduzione di un sistema sanitario pubblico e di misure a sostegno dei disoccupati. Lo Stato sociale fu caratterizzato da una crescita distorta, non vi fu una riforma strutturale ma un'evoluzione incrementale.

L'economia era caratterizzata dalla compressione dei salari, immobilismo nei rapporti di potere, stabilità monetaria. Incominciarono le lotte sindacali nel 1962-1963 che ebbero come conseguenza la rottura dell'equilibrio raggiunto negli anni del miracolo economico. Nel 1963 l'Italia entra in crisi. Negli anni a seguire la condizione nelle fabbriche peggiorò fino ad arrivare agli scontri del 1968-1969 durante i quali i sindacati ebbero un ruolo di primaria importanza, soprattutto la CGIL, accrebbero la loro autonomia dalle forze politiche, riuscirono ad aumentare il proprio peso in campo contrattuale, imponendo un nuovo sistema di relazioni industriali. Furono promotori della lotta per le riforme sociali partecipando alla formazione della politica economica e sociale nazionale ed assumendo tratti specifici rispetto ad altri Paesi.

Le linee guida dei sindacati furono richiamate nel progetto di legge del 1960 proposto da alcuni deputati. Il sistema previdenziale doveva essere riformato attraverso una delega al governo ai fini dell'attuazione di un sistema di sicurezza sociale. La sicurezza sociale doveva essere un diritto certo ed inalienabile. Due i punti fondamentali: predisporre un'organizzazione dei servizi fondata su principi democratici e sulla redistribuzione del reddito; la sicurezza sociale non doveva sfociare in generiche attività assistenziali.

In secondo luogo la definizione di un piano graduale di riforma della previdenza per garantire un sistema di sicurezza sociale esteso a tutti i cittadini. Migliorare le prestazioni esistenti e coprire sempre più vaste categorie di lavoratori.

10. *Gli anni '70 ed il Sistema Sanitario Nazionale*

Alla fine degli anni '70 il *welfare* presentava un incontestabile avanzamento, segnato da elementi contraddittori ovvero grandi conquiste in ambito sanitario, persistenti problematicità in ambito pensionistico e assistenziale. Era caratterizzato da una spesa pensionistica elevata. La crisi economica del 1973 aggravò la situazione con un aumento della popolazione anziana e un calo della natalità incidendo su prestazioni e contributi. Si propose per molto tempo l'urgenza della riforma previdenziale senza che fu mai posta in essere. Un altro ambito critico fu quello della tutela della disoccupazione a cui vennero destinate scarse risorse con una forte penalizzazione delle donne, dei giovani e del Sud Italia. Vi furono alcuni interventi normativi ma costante nel tempo fu l'adozione di forme di tutela di chi era già attivo nel mercato del lavoro e non di chi era disoccupato.

Molto di quello che si ottenne negli anni Settanta fu merito del contributo delle donne che crearono una vera e propria cultura dei servizi: nel 1971 la legge n. 104 sugli asili nido che passarono sotto il controllo degli enti locali, nel 1975 venne emanata la legge n. 405 circa l'istituzione dei consultori familiari, nel 1977 la legge n. 517 riguardante i bambini, ragazzi portatori di *handicap*.

In ambito assistenziale si tentò di sviluppare una visione dell'assistenza come diritto soggettivo nonostante l'opposizione della Chiesa cattolica. I primi passi vennero mossi soprattutto al centro-nord con lo sviluppo della legislazione regionale, una visione dell'assistenza legata ai servizi socio-sanitari e al territorio; dall'altro lato vigeva ancora una gestione privatistica delle risorse, politiche pubbliche clientelari e una forte presenza della Chiesa cattolica.

Sempre in questo decennio, a seguito di conflitti politici e sociali, si giunse alle leggi sul divorzio, alla legge sull'interruzione di gravidanza, alla riforma dell'assistenza psichiatrica, all'istituzione del Sistema sanitario nazionale e a molti altri provvedimenti. Protagonista di queste riforme furono i movimenti, le mobilitazioni sindacali e operaie. Si realizzò una profonda democratizzazione della vita quotidiana e dei rapporti sociali[13]. Nonostante questi sviluppi il *welfare* terminò, in Italia come in altri paesi, la sua parabola espansiva. Ci fu infatti, dopo la crisi economica degli anni 70, un minore intervento dello Stato, l'avvio di processi di privatizzazione, un ridimensionamento del *welfare* in nome della crisi fiscale e delle difficoltà di organizzazione dei servizi. Lo stato sociale e la spesa pubblica incominciarono a essere considerati come un onere economico non sostenibile a causa di una crescita economica ridotta e di vincoli ai deficit di bilancio dello Stato.

Nonostante l'assistenza sanitaria fosse dagli anni Cinquanta in avanti migliorata, la condizione dell'Italia rimaneva comunque disastrosa. Negli anni '60 si aprì dunque una fase proficua di dibattito sulla salute e la sua tutela che portò alla legge n. 833/1978 che istituì il Sistema sanitario nazionale. Sia culturalmente che politicamente si andò verso una riformulazione universalistica e istituzionale del sistema sanitario. Molti furono gli attori che svolsero un ruolo fondamentale, decisive furono le riflessioni del PCI e del PSI, della CGIL a cui si affiancarono i diversi movimenti presenti nella società e singole personalità, favorevoli ad una tutela capillare tramite un SSN pubblico ed universale, finanziato tramite la fiscalità generale.

[13] La legislazione di quel periodo fu indubbiamente influenzata dal profondo mutamento dei rapporti fra le due principali forze politiche presenti in Parlamento, la Democrazia Cristiana e il Partito Comunista Italiano che realizzarono, in minima parte, quel progetto di "compromesso storico" tragicamente interrotto dall'assassinio di Aldo Moro.

Il percorso che portò alla nascita del SSN fu lungo quasi un ventennio. Per la prima volta nel 1958 fu la CGIL ad approvare un documento nel quale se ne chiedeva l'istituzione. Si incominciò così a delineare l'architettura del futuro sistema sanitario nazionale che avrebbe dovuto fondarsi su due strutture: le Regioni e le Unità sanitarie locali (USL) che avrebbero dovuto assicurare tutti i servizi sanitari di base alla popolazione. Fu chiara la necessità di passare da uno Stato assistenziale ad uno Stato di diritto.

Ma qual era la situazione in Italia a livello concreto? Il sistema degli enti mutualistici era inefficiente, gli ospedali erano prossimi al collasso. Retti ancora dalla legge Crispi del 1890, giuridicamente erano delle Istituzioni di pubblica assistenza e beneficenza (IPAB) ma nei fatti enti autonomi privi di coordinamento del ministero dell'Interno. Gli ospedali dipendenti dagli enti previdenziali erano a loro volta autonomi e sottoposti al controllo del ministero del Lavoro e della Previdenza. La dispersione dei mezzi finanziari era enorme. Oltre alla scarsa qualità degli ospedali vi era anche la scarsa quantità degli stessi.

Fu questa la situazione che si presentò alla politica agli inizi degli anni Sessanta. Fondamentali furono il democristiano Camillo Giardina, ministro della Sanità dal 1959 al 1962 e Luigi Mariotti, ministro della Sanità dell'estate del 1964 al cui nome si legò la riforma degli enti ospedalieri nel 1968.

Giardina e Mariotti furono promotori di due proposte di legge fortemente innovative ma che fecero sorgere numerose polemiche portando nel 1966 all'approvazione di un diverso disegno di legge in cui le novità erano state fortemente soppresse e che nel 1968 divenne legge, la n. 132, intitolata "Enti ospedalieri e assistenza ospedaliera". I punti di maggiore innovazione furono l'universalità del diritto al ricovero, la previsione di forme di partecipazione alla gestione da parte degli operatori tramite il Consiglio dei sanitari, il trasferimento dei poteri di controllo al ministero della Sanità, la suddivisione degli ospedali in zonali, provinciali e regionali. La remunerazione continuava ad essere effettuata tramite le rette di degenza, il Fondo nazionale ospedaliero fu dotato di soli 10 miliardi di lire per il rinnovo, adeguamento e miglioramento delle attrezzature tecnico-sanitarie. Seguirono diversi tentativi di riforma ma sarà solo nel marzo del 1977 che venne approvata la proposta del democristiano Dal Falco, ministro del governo Andreotti, a cui fecero seguito tre disegni di legge del PCI, PSI e Democrazia proletaria. Vennero discussi in Commissione permanente di Igiene e Sanità della Camera e grazie anche alla convergenza registratasi tra PCI e DC, il disegno di legge fu approvato a metà dicembre del 1978 e permise al SSN di vedere la luce il 21 dicembre 1978. La legge era il risultato di una vasta elaborazione culturale e scientifica che considerava il SSN come strumento unitario di prevenzione, cura e riabilitazione atto a dare attuazione all'art 32 Cost. e a quelli relativi alle autonomie locali, al rispetto della dignità e della libertà personale.

Il SSN giunse in un periodo di forte crisi economica e di calo del consenso popolare che aveva alimentato la sua progettazione per lungo tempo.

La legge era costituita da 83 articoli fra cui l'art 1 che compiva un richiamo all'art 32 della Costituzione; all'art 2 venivano delineati gli obiettivi del nuovo servizio sanitario nello specifico: cura e prevenzione delle malattie, promozione e salvaguardia della salubrità, igiene degli ambienti, formazione professionale del personale, superamento degli squilibri territoriali, tutela degli ambienti di lavoro, della maternità e dell'infanzia, della salute mentale.

Allo Stato la direzione politico-sanitaria del SSN, alle Regioni compiti di integrazione e coordinamento, ai Comuni la gestione diretta delle USL formate da un'assemblea generale e da un comitato di gestione.

A finanziare il nuovo sistema sarebbe stato il Fondo sanitario nazionale con un importo stabilito ogni anno in sede di bilancio statale, ripartito tra le Regioni avendo come obiettivo quello di garantire standard uniformi delle prestazioni su tutto il territorio nazionale. Furono quindi previsti un Piano sanitario nazionale e Piani sanitari regionali.

L'applicazione della riforma fu tutt'altro che semplice ma fu un passaggio epocale nella storia del nostro Paese a cui partecipò tutta la società: i partiti, i sindacati i movimenti sociali. Fu una riforma che arrivò tardi rispetto al resto dell'Europa ma fu una delle istituzioni più all'avanguardia sul piano nazionale ed internazionale. Da sottolineare l'importanza e le potenzialità di un nuovo sistema sanitario pubblico ispirato ai principi universalistici, finanziato dalla fiscalità generale, attento non solo alla cura ma anche alla prevenzione a cui si accompagnarono una serie di atti riformatori di portata ineguagliabile per quantità e qualità e che conclusero positivamente gli anni Settanta.

Nonostante questo enorme passo avanti, l'applicazione di quanto previsto con la nascita del sistema sanitario nazionale risultò sin dall'inizio difficile e venne aggravata dalle politiche di contenimento della spesa sociale. Il governo dimostrò una certa inerzia nella realizzazione del piano sanitario nazionale che la legge aveva previsto entro il 1979. La tarda approvazione del Piano sanitario nazionale che avverrà solo nel 1994 ebbe come conseguenza l'assenza di coordinamento e di indirizzo nazionale, aumentarono il divario e le differenziazioni territoriali. Due gli aspetti ulteriori: le Regioni posero in essere un cammino espansivo in ambito socio-sanitario mentre venivano applicate politiche di riduzione della spesa pubblica a livello centrale; la dissociazione tra politiche nazionali e politiche regionali, i ritardi nel passaggio al finanziamento tramite fiscalità generale del SSN ebbero come risultato quello di limitarne il funzionamento. Il mancato controllo della spesa sanitaria comportò un ricorso a misure aggiuntive raccolte attraverso la compartecipazione degli utenti alle prestazioni. Venne esteso il ticket, limitati i farmaci prescrivibili per ricetta medica, in-

troduzione di controlli sulle prescrizioni farmaceutiche, il blocco del turn over del personale sanitario. Si passò da un impianto universalistico ad uno selettivo condizionato in un contesto di cambiamento anche politico. Ci fu la liberalizzazione dei mercati, la privatizzazione dei servizi pubblici e del *welfare*, una forte espansione della finanza.

Si arrivò al controllo dei consumi sociali e alla spartizione delle dirigenze delle USL da parte dei partiti di governo fino ad arrivare a una loro tecnicizzazione e trasformazione manageriale a cui poco dopo approdò anche il SSN.

Rimase presente e di fondamentale importanza il problema del finanziamento del SSN previsto come fiscalità generale ma che tardò a essere applicato avendo come conseguenza la permanenza del meccanismo contributivo e del sistema assicurativo. Fu a seguito dei numerosi richiami della Corte Costituzionale che il governo attuò una revisione dell'intero sistema contributivo.

Nonostante i limiti della riforma del 1978, la sanità pubblica italiana ebbe un'importante espansione; lo Stato generale di salute migliorò, aumentarono i redditi e l'istruzione, la conoscenza delle malattie ed i modi per prevenirle, la cura del corpo e stili di vita più sani, ambienti di lavoro migliori e maggiori diritti riconosciuti alle donne ma al contempo aumentarono i divari tra Nord e Sud, tra centri urbani e periferie.

11. *Conclusioni*

Al forte sviluppo degli anni '70, fece seguito nel decennio successivo una politica improntata a interventi stringenti e settoriali. I vincoli di spesa divennero più severi, prevalsero logiche particolaristiche e così venne depotenziata la portata innovativa del periodo appena precedente.

Dal 1980 al 1993 crebbe la spesa pubblica italiana, fino al 56% del PIL nel 1993, ma solo una parte limitata di questa riguardò la spesa sociale. Il divario con Paesi come la Francia tornò ad aumentare. La spesa sociale per la maggior parte fu investita nelle pensioni complice l'invecchiamento della popolazione e la commistione tra previdenza e assistenza. Nel 1992 vi fu una crisi che coincise con l'inizio del processo di unificazione monetaria a seguito della sottoscrizione del Trattato di Maastricht. Quest'ultimo, come è noto, introduceva una serie di vincoli al deficit dello Stato e al debito pubblico che imposero un ridimensionamento della spesa e

aprì una fase di tagli ai servizi e privatizzazioni. La spesa pubblica nel 2000 scese al 46% del PIL e nel 2009 raggiunse il 27%. A seguito della crisi finanziaria del 2008 che ebbe come conseguenza una lunga recessione, le difficoltà maggiori si ebbero nel finanziare il *welfare*. La popolazione sempre più anziana fece aumentare la spesa previdenziale; quella sanitaria fu sempre più distante

da quella applicata in altri Paesi europei. Così si esaurì la spinta propulsiva all'eguaglianza sostanziale in Italia ma il *welfare* entrò in crisi anche nel resto d'Europa.

A livello economico si deve tener conto di due recessioni internazionali che hanno fortemente indebolito le economie avendo come conseguenze l'applicazione di politiche di contenimento della spesa pubblica.

A livello sociale la popolazione sempre più anziana e la natalità sempre più ridotta, il lavoro precario, nuovi flussi migratori hanno portato a cambiamenti nella domanda di servizi pubblici e prestazioni sociali con una maggiore complessità, articolazione e differenziazione. A livello politico lo Stato sociale come fonte di legittimazione e consenso è andato riducendosi lasciando il posto ai progetti neoliberisti con l'obiettivo di ridimensionamento dei servizi di *welfare* che è così diventato terreno di scontro politico ed ideologico.

In Italia dove già il *welfare* era incompiuto, si è registrato un arretramento complessivo e si è affermato un sistema di *welfare* misto pubblico e privato, con differenze di qualità e quantità dei servizi prestati. La capacità redistributiva del *welfare* è stata limitata, sono prevalsi i trasferimenti monetari piuttosto che la fornitura di servizi e di interventi specifici. Oggi le attività di *welfare* sono ferme su livelli molto bassi; sul piano sociale si è registrato un diffuso impoverimento, nuovi rischi e insicurezze.

A noi non resta che constatare, purtroppo, il declino di questo fondamentale modello, tanto in Europa, quanto in Italia, che ha garantito, sia pure in un contesto decisamente difficile come quello del secolo scorso, prosperità e benessere, appunto, al Vecchio continente. Constatare, appunto, quel che resta del giorno…

Francesca Rescigno[*]

LA DIGNITÀ DELLA LAICITÀ

SOMMARIO: 1. Breve premessa. – 2. Il binomio democrazia-laicità. – 3. Eguaglianza e dignità: la dignità democratica è laica.

1. *Breve premessa*

È per me un piacere e non un dovere formale cominciare con un sincero e sentito ringraziamento per le promotrici e i promotori di questa importante raccolta che mi hanno generosamente coinvolta. Ho accettato subito e con grande gioia il loro invito perché considero il professor Salvatore Prisco non solo un Maestro (di quelli con la "M" maiuscola), ma anche e soprattutto un Amico (e anche in questo caso con la maiuscola). Ho conosciuto il professor Prisco quando ero ancora una giovane dottoranda e anche grazie a lui ho compreso che studiare, scrivere, insegnare e approfondire non solo riempie la mente, ma finanche il cuore e che lo si può fare senza presunzione, con il sorriso e l'umiltà di chi sempre sa di non sapere. Grazie caro Salvatore per tutto quello che mi hai insegnato e per come lo hai fatto.

Il tema oggetto del mio contributo è uno di quelli più volte indagati dal professor Prisco che sull'argomento ha scritto pagine davvero importanti, cercherò quindi di tributargli il giusto riconoscimento e riflettere su alcuni aspetti della laicità che ritengo di estrema importanza, perché non possiamo parlare di democrazia, eguaglianza e dignità se allo stesso tempo non affermiamo con decisione la laicità del nostro spazio pubblico[1].

[*] Associata di Istituzioni di Diritto Pubblico - Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali - Università di Bologna.

[1] Punti di riferimento imprescindibili nella redazione di questo mio lavoro sono stati i seguenti contributi del professor PRISCO: *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato "laico"*, Napoli, 1986; *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; *La laicità e i suoi contesti storici. Modelli socio-culturali e realtà istituzionali a confronto*, in *Diritto e Religioni*, n. 1-2/2006; *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2009; *Le radici religiose dei diritti umani e i problemi attuali*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011; *I modelli istituzionali di integrazione musulmane: il caso dell'"Islám italiano"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2011; *I modelli di integrazione musulmana in Europa e il caso dell'"Islam italiano"*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Bari, 2012; *La musica della vita. Quaderno di biopolitica e bioetica di un giurista*, Napoli, 2015; F. ABBONDANTE, S. PRISCO (a cura di), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*,

2. *Il binomio democrazia-laicità*

Indagare il binomio democrazia-laicità non rappresenta una novità nell'ambito della riflessione giuridica, ma allo stesso tempo non è nemmeno un mero esercizio di stile. Collegare laicità e democrazia implica la volontà di sottolineare un aspetto specifico della laicità, per cui una società è laica quando risulta capace di emanciparsi dall'invadenza di questa o quella chiesa e in essa si manifesta uno spazio pubblico in cui tutti i cittadini, credenti e non, confrontano i loro argomenti e seguono procedure consensuali di decisione, senza far valere ragioni autoritative delle proprie verità di fede[2].

La laicità non è un concetto astratto, non è una divagazione filosofica ma ha un contenuto specifico, concreto e tangibile; non è *il sogno di un giurista*[3], poiché solo lo Stato laico è in grado di essere «*il luogo di confronto ed integrazione di tutte le verità, riconosciute e relativizzate come tali nella loro infinità varietà*»[4].

Il profilo della laicità oggetto di questa riflessione è quello più marcatamente politico-istituzionale e in particolare la connessione esistente tra dignità, democrazia e laicità, perché la laicità e la democrazia hanno un destino comune e, tra le sfide del terzo millennio, decisamente urgente appare quella di realizzare uno Stato neutralmente laico. Certamente – come sosteneva Kelsen – la questione non si porrebbe se non esistesse alcun legame fra cristianesimo e democrazia o se la religione cristiana fosse politicamente indifferente e incapace di condizionare la vita politica, ma così non è, ed anzi i rapporti tra Stato e Chiese influenzano da sempre e probabilmente per sempre il bilancio complessivo di ogni sistema democratico e naturalmente anche il nostro[5].

Laicità significa pluralismo, significa pacifica convivenza per tutti, difesa del pari diritto, riconoscimento della libertà di coscienza, regola del «*non fare*

Napoli, 2015; *Je suis Charlie, mais il faut réfléchir*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2015; *La laicità come apertura al dialogo critico nel rispetto delle identità culturali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 21/2021.

[2] In questo senso cfr. G. Calogero, *Filosofia del dialogo*, Milano, 1969; G. E. Rusconi, *Come se Dio non ci fosse. I laici, i cattolici e la democrazia*, Torino, 2000; G. Giorello, *Libertarismo ovvero radicalismo senza radici*, in D. Antiseri, G. Giorello (a cura di), *Libertà, un manifesto per credenti e non credenti*, Milano, 2008, 22; A. Di Giovine, *Laicità e democrazia*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia, Napoli, 2008, 255.*

[3] Così si esprime F. Margiotta Broglio, *La laicità dello Stato*, in G. Preterossi (a cura di), *Le ragioni dei laici*, Roma-Bari, 2005, 93, «*… dopo il risultato del referendum sulla procreazione assistita incombe il rischio che la laicità si riveli solo il sogno di un giurista*».

[4] Così cfr. V. Zanone, *Laicismo*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1976, 511; ed anche F. Rimoli, *Laicità,* in *Enciclopedia Giuridica Treccani,* vol. XVIII, 1995.

[5] Cfr. H. Kelsen, *Democrazia e religione*, in Id., *La democrazia*, Bologna, 1955, 326.

ad altri ciò che non vorresti essere fatto a te», contro qualsiasi principio restrittivo[6], insomma laicità significa democrazia e la democrazia deve essere laica.

L'idea delle democrazie costituzionali trae la sua forza da due principi chiave: innanzitutto l'autonomia individuale e la capacità di autodeterminazione della persona che si accompagna al fondamentale principio di uguaglianza, presupposto necessario e indefettibile del vivere insieme e della costruzione costituzionale. La democrazia si nutre di partecipazione, di confronto libero e informato, di senso delle regole e di apertura all'interesse generale, la democrazia è plurale per sua stessa natura. Il pluralismo democratico è un tratto persistente e strutturale, non congiunturale e accidentale[7], esso conosce molteplici declinazioni tra cui anche quella religiosa. Il pluralismo religioso si traduce in equidistanza delle scelte pubbliche da qualsiasi credenza e soprattutto nel paradigma laico. In questo senso la laicità non è indifferenza o, peggio, ostilità, bensì neutralità per cui non si deve negare o disconoscere la presenza delle organizzazioni religiose all'interno delle moderne democrazie liberali, ma esse devono convivere nello spazio pubblico plurale in cui non spetta loro dettare le regole istituzionali.

La laicità del nostro sistema costituzionale democratico non è limitativa del diritto di libertà religiosa, ma piuttosto strumentale alla sua realizzazione, poiché lo Stato e le sue istituzioni devono avere un atteggiamento di imparzialità nei confronti delle diverse convinzioni in materia religiosa e proprio allo Stato spetta il compito di creare le migliori condizioni possibili perché il diritto di libertà religiosa individuale, collettivo ed istituzionale possa effettivamente esercitarsi. Così il pluralismo democratico si configura anche quale libertà di credere e non credere. Nello Stato laico le diverse Chiese invitano i propri fedeli a vigilare sulle leggi che ai loro occhi appaiono imperfette[8], ma allo stesso tempo lo Stato compie il suo dovere approntando in maniera laica e neutrale gli strumenti indispensabili al fine di assicurare una convivenza pacifica per tutte e tutti in una società sempre più plurale e garantista.

Soffermandoci, seppur brevemente, sull'ordinamento giuridico italiano risulta evidente come, ancor prima dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, si sia dedicata una grande attenzione al fattore religioso perché

[6] Così G. Calogero, *Il principio del laicismo*, in Aa.Vv., *A trent'anni dal Concordato*, Firenze, 1959, 67.

[7] Così S. Veca, *Laicità e democrazia: "simul stabunt, simul cadent"*, in *MicroMega*, *Almanacco di filosofia*, Roma, 2009, 98.

[8] «*I cristiani dovrebbero avere abbastanza fede nel potere di convinzione del loro messaggio e del loro stile di vita da non aspettarsi l'aiuto sempre univoco e pericoloso di un qualsiasi braccio secolare*». Così G. E. Rusconi, *Come se Dio non ci fosse. I laici, i cattolici e la democrazia*. Torino, 2000.

l'esperienza religiosa è stata considerata come un bene-valore propenso alla crescita della persona; ma anche perché, al di là dell'interiorità personale, la religione ha sempre avuto forti ricadute nella sfera giuridico-sociale[9].

La complessità dei rapporti che avevano caratterizzato le relazioni Stato-Chiesa cattolica prima della scelta repubblicana influenzarono inevitabilmente il dibattito in Assemblea Costituente dove forze e ideologie diversificate espressero posizioni anche antitetiche rispetto ai temi religiosi[10]. Malgrado queste distanze di pensiero, era comunque presente un postulato comune e cioè la volontà di mantenere lo Stato e la Chiesa cattolica quali ordinamenti separati e indipendenti, salvaguardando la pace religiosa faticosamente raggiunta e garantendo una generale libertà religiosa, accompagnata dall'affermazione dell'eguaglianza e dalla tutela di tutte le confessioni, legittimando al contempo la libertà di non professare alcuna religione. Questa visione pluralistica non condusse però, come noto, alla espressa affermazione della laicità tra i principi fondamentali del nuovo ordinamento costituzionale, mentre grande attenzione venne dedicata alla disciplina dei rapporti tra Stato e confessioni religiose e alla possibilità di professare qualsiasi religione.

Il tema dei rapporti Stato-Chiesa costituiva, come lo definì emblematicamente Vittorio Emanuele Orlando, una «*zona infiammabile*»[11] e ad incendiare gli animi fu soprattutto l'adozione del secondo comma dell'articolo 7 poiché si temeva che il riconoscimento costituzionale dei Patti Lateranensi avrebbe condotto ad un arbitrario potenziamento delle norme pattizie e ad un conseguente privilegio per la religione cattolica. È da escludersi la costituzionalizzazione dei Patti e la formulazione del secondo comma dell'articolo 7 si traduce nella possibilità di modifica bilaterale degli accordi del 1929 attraverso ulteriori intese tra le due parti, da rendere esecutive nell'ordinamento statale secondo le procedure previste per gli accordi internazionali, mentre, in mancanza di una visione comune con l'altra parte, cioè la Chiesa cattolica, lo Stato può sempre ricorrere al procedimento di revisione costituzionale *ex* articolo 138[12]. Le norme pattizie

[9] Su a tale aspetto cfr. G. Dalla Torre, *Il fattore religioso nella Costituzione*, Torino, 1988.

[10] Sul ruolo della Chiesa nel secondo dopoguerra e sul dibattito in Costituente cfr. V. Atripaldi, *Il catalogo delle libertà civili nel dibattito in Assemblea Costituente*, Napoli, 1979; L. Musselli, *Chiesa e Stato dalla resistenza alla Costituente*, Torino, 1990.

[11] Orlando concordava sul riconoscimento dell'indipendenza della Chiesa ma non riteneva che tale affermazione dovesse essere posta all'interno di un testo costituzionale per evitare il pericolo di confusioni e anomale interpretazioni. Rispetto ai Patti Lateranensi il grande statista non appare tanto preoccupato del loro inserimento costituzionale quanto della mancanza di una clausola che salvi il diritto sovrano di denunciare un Trattato. Cfr. Atti dell'Assemblea Costituente, vol. I, 1941 ss.

[12] L'esclusione della costituzionalizzazione dei Patti del 1929 e la loro soggezione ai principi fondamentali è stata successivamente sostenuta dalla Corte costituzionale che ha chiarito come

non sono dunque norme costituzionalizzate potendo essere modificate con legge ordinaria qualora vi sia l'accordo tra le parti, ma presentano comunque una resistenza passiva all'abrogazione per la quale è percorribile unilateralmente la sola via della revisione costituzionale; esse, inoltre, in quanto norme speciali, hanno la forza di derogare alle norme costituzionali pur incontrando il limite invalicabile dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato[13].

Si evidenzia come l'esplicita menzione dei Patti Lateranensi all'interno della Costituzione abbia influenzato le sorti del trattamento delle altre confessioni, poiché il pluralismo costituzionale non poteva tradursi in una posizione di esclusività e privilegio per la sola Chiesa cattolica e quindi bisognava riconoscere e garantire anche le confessioni diverse dalla cattolica, non più meri "culti ammessi" ma "confessioni religiose" tutte egualmente libere davanti alla legge[14]. In questo senso l'articolo 8 rappresenta una sorta di "antidoto" contro una possibile (e temibile) deriva confessionale cattolica della Costituzione e una garanzia per il pluralismo stesso.

L'architettura costituzionale degli articoli 7 e 8 dimostra, seppure con declinazioni differenti, la volontà dei Costituenti di eleggere il metodo dell'incontro delle volontà quale strumento principe per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le diverse Confessioni[15], indipendentemente dalla loro quantificazione numerica e dal loro reale *appeal* nella società. Il pluralismo confessionale divie-

il secondo comma dell'articolo 7 «*non sancisce solo un generico principio pattizio da valere nella disciplina dei rapporti fra lo Stato e la Chiesa cattolica, ma contiene altresì un preciso riferimento al Concordato in vigore e, in relazione al contenuto di questo … tuttavia, giacché esso riconosce allo Stato e alla Chiesa cattolica una posizione reciproca di indipendenza e di sovranità, non può avere forza di negare i principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato*». Cfr. Sentenze n. 30, 31 e 32 del 1971 (rispettivamente in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1971, 150, 154 e 156), per le quali C. Lavagna, *Prime decisioni della Corte sul Concordato*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1971, I, 628; P. Bellini, *Sul sindacato di costituzionalità delle norme di derivazione concordataria*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1971, IV, 86; S. Lariccia, *Patti Lateranensi e principi costituzionali*, in *Diritto ecclesiastico*, 1971, 332; F. Modugno, *La Corte costituzionale di fronte ai Patti lateranensi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1971, 414.

[13] Come noto, i Patti Lateranensi sono stati revisionati una sola volta nella storia repubblicana, con l'Accordo del 18 febbraio 1984. Cfr. Legge 25 marzo 1985, n. 121 contenente *Ratifica ed esecuzione dell'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede*. La revisione del 1984 appare particolarmente significativa in quanto ad essa si deve la scomparsa del principio della religione cattolica quale religione di Stato, eliminazione che finalmente riporta la normativa in materia in linea con le trasformazioni del costume sociale e dell'ordinamento giuridico già da tempo manifestatesi.

[14] Cfr. J. Pasquali Cerioli, *L'indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose. Contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell'ordinamento italiano*, Milano, 2006.

[15] Così S. Landolfi, *L'intesa tra Stato e culto acattolico. Contributo alla teoria delle fonti del diritto ecclesiastico italiano*, Napoli, 1962.

ne quindi uno degli strumenti per superare definitivamente lo Stato liberale e ancor più quello fascista.

La nostra Carta fondamentale non contiene la parola laicità ma questo non significa che il nostro ordinamento non debba essere considerato e qualificato quale ordinamento democratico laico, seppure, a volte, i comportamenti della politica ci sembrino inconciliabili con questo assunto[16]. Il nostro ordinamento democratico è necessariamente laico, perché, come già evidenziato, «*il principio del laicismo non è che il principio della democrazia*»[17] capace di fare coesistere la pluralità delle idee, dei valori, degli stili di vita e la laicità rappresenta «*la regola di convivenza di tutte le possibili filosofie e ideologie*»[18]. Il principio di laicità è dunque "*adiàforo*"[19], valore di tutti i valori, in quanto, grazie alla sua neutralità assiologica, «*permette a tutti l'espressione della propria personalità e dei propri convincimenti*»[20]. Lo Stato laico riconosce il valore delle differenze e delle culture non assumendone alcuna in proprio, rispettandole tutte in egual misura.

La nostra Costituzione è quindi laica e l'omissione formale è stata colmata dalla dottrina e soprattutto dalla giurisprudenza costituzionale per affermare come la laicità rientri a pieno titolo tra i principi fondanti del nostro vivere comune. È la Sentenza n. 203 del 1989 a chiarire che la laicità è uno dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, sostenendo «*il principio supremo della laicità dello Stato, che è uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale*»[21]. Effettivamente un'approfondita riflessione sulla pronuncia del 1989 lascia in sospeso alcune questioni, poiché la Consulta, da un lato afferma l'esistenza di uno Stato laico «*entro un quadro normativo rispettoso del principio supremo di laicità*» (punto 5), ma dall'altro, «*proprio per la*

[16] Sul valore "politico" della laicità mi si consenta di rimandare a F. Rescigno, *"Ite missa est". Laicità paradigma di eguaglianza*, Napoli, 2015.

[17] Così si esprime G. Calogero, *Il principio del laicismo*, in Aa.Vv., *A trent'anni dal Concordato*, Firenze, 1959, 72, in senso analogo H. Lévy, *Dix commandements pour une laïcité à la française*, in *Marianne*, 11-17 mars 2007, 91, in cui afferma: «*la laïcité c'est la démocratie … elle n'est pas un* élément*, mais le cœur battant de la culture démocratique*».

[18] Cfr. G. Calogero, *Filosofia del dialogo*, Milano, 1969, 280.

[19] Così lo definisce F. Rimoli, *Laicità (dir. cost.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, IV volume di aggiornamento, 1995, 9; e ancora, sempre F. Rimoli, *Laicità e pluralismo bioetico*, Relazione al Convegno annuale dell'associazione italiana dei Costituzionalisti, *Problemi della laicità agli inizi del secolo XXI*, Napoli, 26-27 ottobre 2007, annuario 2007, Padova.

[20] Cfr. P. Prodi, *La questione laica nell'Italia di oggi*, in *Rivista del Grande Oriente d'Italia*, 2006, n. 4, in cui osserva che «*l'Occidente nella sua storia ha imparato a tenere a bada il sacro senza scacciarlo e questa è la nostra conquista della laicità*».

[21] Cfr. Sentenza n. 203 del 1989 in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, 890, con nota di L. Musselli, *Insegnamento della religione cattolica e tutela della libertà religiosa*, 908 e G. G. Floridia, S. Siccardi, *Dall'eguaglianza dei cittadini alla laicità dello Stato*, ivi, 1086.

sua forma di Stato laico» (punto 7), conferisce solo ad una specifica religione una condizione privilegiata, rendendola unica confessione oggetto di studio (sia pure non più obbligatorio) nelle scuole pubbliche. La Corte cerca dunque di realizzare un compromesso, a dire il vero non molto onorevole, per non eliminare il privilegio della Chiesa cattolica, anche se, così facendo, rischia di vanificare lo stesso principio di eguaglianza.

La laicità dunque quale principio fondamentale, anche se forse un po' meno fondamentale degli altri (…).

Proprio il tortuoso ragionamento della Corte ci spinge a ribadire il necessario legame inscindibile tra democrazia e laicità, nesso ancor più urgente nelle moderne società globali e multiculturali che richiedono istituzioni capaci di realizzare la pacifica convivenza delle differenze; ancora, la laicità è legata all'incessante crescita scientifica e alle questioni bioetiche, questioni che ci "sfidano" quotidianamente e che richiedono una maturità laica e democratica e non una pericolosa eticizzazione delle istituzioni.

La laicità delle istituzioni e delle scelte pubbliche rappresenta quindi un (il) valore fondamentale per la vita democratica in cui le scelte che valgono per tutte e tutti non possono fondarsi su dottrine e concezioni appartenenti solo a qualcuno, anche nel caso in cui questo qualcuno sia la maggioranza. Ecco perché laicità e democrazia sono inevitabilmente e indissolubilmente intrecciate e ad esse ben si attaglia la formula «*simul stabunt, simul cadent*»[22] e spetta al popolo sovrano e ai suoi rappresentanti il compito di evitarne la caduta.

3. *Eguaglianza e dignità: la dignità democratica è laica*

Come evidenziato, malgrado le Madri e i Padri Costituenti abbiano preferito non affermare espressamente il principio di laicità in Costituzione, esso emerge comunque dal pluralismo – anche religioso – che anima l'intera Carta ed è stato riconosciuto tra i nostri principi fondamentali dalla giurisprudenza costituzionale. Il principio di laicità si unisce dunque a quello democratico, pluralista, personalista e al principio di eguaglianza formando un *unicum* inscindibile. L'eguaglianza domina ed informa le nostre esistenze in maniera pervasiva, seppure permane, ancora oggi, un'evidente discrasia tra l'affermazione dell'eguaglianza formale e l'eguaglianza di fatto o sostanziale, cioè quell'eguaglianza che pone in un rapporto dialettico incessante la Costituzione e la realtà. L'eguaglianza è un concetto relazionale, relativo rispetto ad un parametro diverso da sé, per cui ogni giudizio di eguaglianza ha sempre un grado di in-

[22] L'adattamento della celebre espressione è preso in prestito da S. Veca, *Laicità e democrazia: "simul stabunt, simul cadent"*, in *MicroMega*, *Almanacco di filosofia*, Roma, 2009, 98.

certezza, essa è un concetto per sua natura fluido e dinamico e il corretto funzionamento della democrazia presuppone la costante e continua realizzazione del principio di eguaglianza, la valorizzazione delle differenze e la ricerca delle soluzioni più idonee alla rimozione degli ostacoli che impediscono la realizzazione di ogni persona.

L'eguaglianza è pluralismo e soprattutto l'eguaglianza è laica perché la laicità non si limita al rispetto della separazione tra Stato e Chiesa, tra sfera politica e sfera spirituale e religiosa, ma consolida i valori comuni posti alla base del vincolo sociale, perseguendo una doppia esigenza: la neutralità dello Stato da una parte e la protezione della libertà di coscienza e dell'eguaglianza dall'altra. Nel principio di laicità confluiscono storia, filosofia politica, etica personale ed equilibrio tra diritti. Senza laicità non è quindi possibile affermare l'eguaglianza e non solo quella specificamente legata alle diverse professioni di fede, ma l'eguaglianza in generale, valore cardine del sistema costituzionale, limite immanente alla funzione legislativa, guida dell'intero ordinamento verso la coerenza e la ragionevolezza.

L'affermazione dell'eguaglianza nella nostra Carta si apre con il richiamo alla pari dignità sociale che rappresenta il *trait d'union*, tra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale, «*corollario della libertà e dell'eguaglianza di tutti, considerate come presupposti e strumenti per il pieno sviluppo della persona umana*»[23]. È la dignità a ridisegnare lo statuto della persona nel nuovo quadro dei doveri costituzionali, e così come la "rivoluzione dell'eguaglianza" era stata il principio base della modernità, la "rivoluzione della dignità" inaugura l'era del rapporto tra persona, scienza e tecnologia[24]. La dignità è valore fondante di tutti i diritti, dato intangibile da rispettare e tutelare, «*ponte dagli orrori, gli errori e le angosce del passato*»[25], verso il presente e il futuro.

La dignità umana dunque quale bene fondamentale, «*valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo*»[26], sintesi dell'intera gamma dei valori storicamente affermatisi come dominanti nella nostra civiltà[27]. Dignità, insomma, quale «*diritto ad avere diritti*»[28].

[23] Cfr. G. Ferrara, *La pari dignità sociale. Appunti per una ricostruzione*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, 1974, vol. II, 1089.

[24] Così S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, Napoli, 2013.

[25] Cfr. G. M. Flick, *Elogio della dignità*, Città del Vaticano, 2015, 17.

[26] Cfr. Sentenza Corte costituzionale n. 293 del 2000 in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, 2239, con nota di A. Oddi, *La riesumazione dei boni mores*, ivi, 2245.

[27] In tal senso E. Ripepe, *La dignità umana: il punto di vista della filosofia del diritto*, in E. Ceccherini (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo. Lezioni Volterrane 2006*, Napoli, 2008, 31.

[28] Come affermava H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, Milano, 1996.

La dignità è legata al principio personalista, poiché la persona è il riferimento dell'azione dello Stato e la dignità della persona è *conoscenza e coscienza di sé*[29] e capacità di autodeterminazione. L'affermazione del principio personalista costringe il diritto a tutelare la persona quale effettivamente è, l'essere umano in carne e ossa, con le sue determinanti storiche, sociali e culturali, non come dovrebbe essere secondo una specifica dottrina religiosa, ideologica o di filosofia morale. Spogliata da ogni riferimento mistico, la persona viene assunta dalla Costituzione come unione inscindibile di spirito e di corpo, quale potestà autodeterminativa dell'individuo su se stesso, con l'unico limite del *neminem laedere*.

Lo Stato ha dunque la responsabilità di eliminare ogni norma, situazione, ed anche omissione, in conflitto con la dignità della persona e per questo deve impegnarsi costantemente per un'equa ripartizione delle risorse disponibili, al fine di consentire a tutte e tutti un'"esistenza dignitosa". Definire cosa si intenda per "dignità" non appare semplice, ma è fondamentale comprendere che non ci si trova dinanzi ad un concetto metafisico, poiché la dignità è un vero e proprio principio normativo dotato di intrinseca prescrittività, un "concetto valvola" che consente all'interprete un margine di manovra in sede di determinazione del contenuto, in considerazione dello specifico contesto sociale e temporale in cui ci si muove[30]. La dignità è complessa, multiforme e dinamica, capace di dispiegarsi con portata e caratteristiche differenti, ma nel momento in cui viene posta alla base dello stato contemporaneo ne costituisce il perno essenziale in quanto non semplice espressione di un singolo diritto, bensì sintesi omnicomprensiva di tutte le situazioni riconducibili al libero dispiegarsi della personalità di ogni soggetto. Sulla dignità si costruisce l'essere umano, la dignità è lo strumento di *empowerment* dell'individuo nei confronti di qualsiasi potenziale interferenza esterna[31].

In estrema sintesi la dignità si sostanzia nel diritto di ogni essere umano ad ottenere rispetto da parte di ogni altro essere umano, nel diritto a non subire interventi indebiti nella propria sfera personale dai terzi e dal potere pubblico ed infine, ma non certo meno rilevante, nel diritto ad essere posto nelle migliori condizioni possibili per poter sviluppare la propria personalità, attraverso l'autodeterminazione, nel modo che ogni persona considera dignitoso[32]. Accanto alla dignità *empowerment* del singolo esiste anche la dignità del genere umano,

[29] Così C. M. Mazzoni, *Quale dignità. Il lungo viaggio di un'idea*, Firenze, 2019, 71 ss.

[30] Così lo definisce V. Scalisi, *Per uno statuto normativo della dignità della persona*, in *Liber Amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, Napoli, 2018, Vol. II, 1851.

[31] Sull'accezione di *dignity as empowerment* e di *dignity as constraint* cfr. D. Beyleveld, R. Brownsword, *Human dignity in bioethics and biolaw*, Oxford, 2001.

[32] In tal senso cfr. G. Giaimo, *La volontà e il corpo*, Torino, 2019, 10 ss.

cioè la dignità sociale che lega tra loro «*tutti i membri della famiglia umana*»[33]. Ciò significa che la dignità umana si riflette "anche" nella comunità rimarcando la collocazione del soggetto nell'aggregato sociale. L'aspetto sociale della dignità pone accanto alla dignità *as empowerment* la dignità *as constraint*, per cui esiste una dignità fonte di diritti così come una dignità fonte di obblighi, frutto dell'innata socialità dell'essere umano.

Gli ordinamenti giuridici democratici del secondo dopoguerra si muovono intorno al concetto di "persona" non solo quale astratto soggetto giuridico, ma quale "persona sociale"[34] dando rilevanza alla materialità dei rapporti in cui ognuno è collocato e alle relazioni sociali che la caratterizzano. La costituzionalizzazione della persona è espressa dalla sua dignità e comporta la formazione di un diritto alla libera costruzione della personalità stessa[35] alla quale va garantita un'esistenza libera e dignitosa[36] e soprattutto va assicurata la libertà di autodeterminazione sfatando il mito per cui l'autodeterminazione si tradurrebbe in egoismo individuale a scapito della solidarietà politica, economica e sociale mentre essa è «*principio generale del sistema*»[37], manifestazione del pluralismo costituzionale. Il principio di solidarietà non è in antitesi con quello di autodeterminazione ma ne costituisce un prezioso corollario, dignità e autodeterminazione non isolano il soggetto ma gli conferiscono identità come singolo e nelle formazioni sociali ove esercita la propria personalità.

La dignità non è un concetto essenziale per il solo ordinamento costituzionale, in quanto essa appare elemento imprescindibile anche dell'antropologia cristiana ed è importante verificare come venga tratteggiata dalla dottrina cattolica. In tale contesto, riferimento imprescindibile appare la recente Dichiarazione "*Dignitas Infinita*" redatta dal Dicastero per la Dottrina della Fede, un documento che celebra il 75° anniversario della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, riaffermando «*l'imprescindibilità del concetto di dignità della persona umana all'interno dell'antropologia cristiana*», il cui testo ha richiesto ben cinque anni di lavoro e ha visto la luce nel marzo 2024. Composta da quattro parti, nelle prime tre richiama principi e presupposti teorici volti a definire

[33] Come afferma il Preambolo della Dichiarazione universale dei diritti umani: «*Considerato che il riconoscimento della dignità intrinseca e dei diritti uguali e inalienabili di tutti i membri della famiglia umana è il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo…*».

[34] Cfr. A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997.

[35] Cfr. F. Perussia, *Storia del soggetto: La formazione mimetica della persona*, Torino, 2000; S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, 144.

[36] Si pensi ad esempio alla previsione dell'articolo 36 ove si afferma il diritto del lavoratore «*ad una retribuzione … in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa*», stabilendo una relazione tra esistenza, libertà, dignità e sviluppo della personalità nel quadro dell'eguaglianza.

[37] Cfr. A. Cerri, *Doveri pubblici*, voce *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1989, Vol. XII, 1.

il concetto di "dignità", mentre la quarta parte è dedicata ad alcune specifiche situazioni considerate problematiche dal magistero della Chiesa, situazioni cioè in cui la dottrina cattolica ritiene che la dignità venga messa a repentaglio.

Il documento si riferisce alla "dignità ontologica", che è anche "dignità morale, sociale ed esistenziale" e si esprime nell'essere umano in ogni condizione della vita. Non esistono quindi vite più o meno degne: la dignità non si acquisisce nè si perde in quanto non è "conferita" e "attribuita" a posteriori da qualcuno, ma essa deriva dal fatto che l'essere umano è creato "a immagine e somiglianza" di Dio e redento in Cristo Gesù. La Dichiarazione non si ferma alla teorizzazione filosofico-teologica ma scende nella pratica per applicare il significato di dignità umana ad alcune delle questioni centrali della nostra epoca, mettendo sul medesimo piano problemi come la povertà legata all'iniqua distribuzione delle risorse nel mondo, la guerra, con la devastazione, distruzione e dolore che da essa derivano, il travaglio dei migranti emarginati e sfruttati, gli abusi sessuali e le violenze contro le donne e le diseguaglianze inaccettabili, accanto a fattispecie quali l'aborto, il fine vita, il *gender* (qualunque cosa significhi), il cambiamento di sesso, la maternità surrogata (sarebbe stata preferibile la definizione di gestazione per altri) e l'omosessualità.

Alla "dignità ontologica" che compete ad ogni persona per il «*solo fatto di esistere e di essere voluta, creata e amata da Dio*» si affianca la "dignità morale" che invece si riferisce all'esercizio della libertà da parte dell'essere umano che però deve prestare particolare attenzione perché allontanandosi da Dio attraverso un'egoistica autodeterminazione rischia di comportarsi in un modo che "non è degno", offuscando la propria dignità in quanto «*senza il correttivo fornito dalla religione, anche la ragione può cadere preda di distorsioni*»[38].

La ricostruzione effettuata dalla dottrina cattolica considera dunque l'autodeterminazione del singolo quale possibile minaccia alla dignità. Tale emblematico assunto evidenzia la necessità per lo Stato secolarizzato di prendere nettamente le distanze dalla visione confessionale della dignità, una visione che mortifica l'essenziale capacità di autodeterminazione dell'essere umano, rimettendone l'esistenza a "forze superiori". Non si tratta di voler procedere con un'apologia dell'individualismo, bensì di ribadire che quando le decisioni assunte si esauriscono nella sfera dell'interessato è imperativo affermare la prevalenza dell'autodeterminazione al di sopra e al di là di qualsiasi *ordre morale institutionnel*; la prospettiva cambia nel caso in cui l'esercizio della propria autodeterminazione interferisca con l'altrui sfera, poiché in tale eventualità sarà necessario bilanciare le diverse situazioni in virtù dell'aspetto relazionale della

[38] Così Benedetto XVI, *Discorso a Westminster Hall* (17 settembre 2010), in *Insegnamenti*, VI/2, Città del Vaticano, 2011, 240.

dignità stessa, poiché non esiste dignità in contrapposizione agli altri, in quanto la dignità si coniuga e coordina con la collettività in una prospettiva dinamica e costruttiva. La dimensione "collettiva" della dignità non deve però trasformarsi in un pretesto volto ad imporre "modelli virtuosi di vita", utilizzando la tutela della dignità umana quale cavallo di Troia al fine di introdurre nei circuiti deliberativi della democrazia liberale «*concezioni del mondo egemoni o prevalenti nella società in un dato momento storico*»[39] secondo una visione paternalistica che distingue tra una dignità buona ed una cattiva. La dignità infatti è di per sé "buona", essa rappresenta un valore centrale, attorno al quale costruire l'intero arco dei diritti costituzionali, valorizzando il principio di autodeterminazione, tanto più quando ad essere in discussione sia la gestione del proprio corpo, per questo i richiami censori del Dicastero della fede appaiono particolarmente temibili nel momento in cui si confrontano con tematiche come l'interruzione di gravidanza, la gestazione per altri o il fine vita, rappresentando pericolosi tentativi di influenzare le istituzioni verso azioni limitative dei diritti[40].

La dignità è intrinsecamente buona ed è necessariamente laica, perché solo in una società che non è moralmente orientata l'autodeterminazione e la solidarietà si combinano positivamente secondo il dettato costituzionale, atteso che lo Stato laico neutrale è capace di prendere le distanze dai parametri magisteriali e affermare un diritto e una giustizia al servizio di tutte e tutti. Istituzionalizzare in senso religioso le questioni attinenti alla dignità umana vuol dire mistificare il ruolo dello Stato democratico fondato sui diritti inviolabili, sull'autodeterminazione e sulla libertà di coscienza dei suoi consociati.

La laicità è fondamentale per la nostra dignità e per la vita democratica perché come saggiamente afferma l'Amico e Maestro Salvatore Prisco «*nel senso suo più profondo … la laicità indica un'attitudine critica del pensiero, deliberatamente "irrispettoso" del principio di autorità, in quanto tale*»[41] ed anche per questo la democrazia deve essere "irrispettosamente" laica.

[39] Come afferma P. Ridola, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Seminario su *La dignità umana*, in S. Panunzio (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle corti europee. Il dibattito nelle riunioni dell'Osservatorio costituzionale presso la Luiss Guido Carli dal 2003 al 2005*, Padova, 2007, 69 ss.

[40] Cfr. D. Schefold, *La dignità umana*, in S. Panunzio (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 53 ss.

[41] S. Prisco, *La laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2007, 43.

Paolo Ridola[*]

L'ESPERIENZA COSTITUZIONALE TEDESCA DOPO LA RIUNIFICAZIONE E GLI ITINERARI DEL CONFRONTO ITALO-TEDESCO NELLA DOTTRINA ITALIANA

SOMMARIO: 1. La Legge fondamentale dopo la riunificazione. – 2. Gli sviluppi costituzionali nel tempo della stabilizzazione del processo di riunificazione. – 3. Gli *Staatsrechtslehrer*, le sfide della riunificazione e quelle dello "stato costituzionale cooperativo". – 4. Il ruolo del *Bundesverfassungsgericht*. – 5. Il ruolo "sociale" della corporazione degli *Staatsrechtslehrer*. – 6. Cittadinanza repubblicana e *Verfassungspatriotismus*. – 7. La comparazione tra Italia e Germania negli itinerari della dottrina italiana. – 8. La Legge fondamentale nella riflessione della dottrina italiana sulla Costituzione repubblicana. – 9. La comparazione con la Germania come comparazione culturale: osservazioni conclusive.

1. *La Legge fondamentale dopo la riunificazione*

Il trentennio trascorso dalla *Wiedervereinigung* coincide con tornanti decisivi della storia costituzionale tedesca. Il processo di riunificazione si svolse attraverso scelte costituzionali ispirate dall'obiettivo di evitare soluzioni traumatiche, nel segno della continuità e della stabilizzazione, attraverso l'assorbimento dei *Länder* orientali negli assetti tranquillizzanti della *Bundesrepublik*, protetti da scenari di radicale conflittualità politica e sociale, Una scelta mossa da grande cautela e da indiscutibile saggezza, la quale comportò il sostanziale accantonamento della fascinosa via prefigurata dall'art. 146 *GG*, secondo il quale la Legge fondamentale avrebbe cessato di avere vigore il giorno in cui fosse subentrata «una Costituzione approvata con libera determinazione dal popolo tedesco». Una norma di chiusura del *Grundgesetz*, segnata da una concezione molto weimariana del potere costituente, che additava una via ambiziosa, quella di far uscire la Germania riunificata dal lavacro purificatore di una fase costituente, un percorso considerato dagli esiti non prevedibili, a pochi mesi dalla caduta del muro e dall'apertura dei confini ad un paese devastato da decenni di socialismo reale, il quale aveva lasciato scorrere sullo sfondo, come un fiume carsico, quelle inquietudini della società dell'est che i romanzi di Christa Wolf avevano rappresentato con accenti vibranti.

Fu preferita invece la via additata dall'art. 23 *GG* (*alte Fassung*), quella del *Beitritt* dei *Länder* orientali, a seguito del quale la vecchia Legge fondamentale

[*] Professore emerito di Diritto pubblico comparato, Dipartimento di Scienze giuridiche, Sapienza Università di Roma, paolo.ridola@uniroma1.it.

sarebbe entrata in vigore «nelle altre parti della Germania». La Germania riunificata nasceva pertanto dall'annessione dei territori della vecchia *DDR*, che il nuovo preambolo del *GG* declinava con un simbolico e solenne rinvio al «potere costituente del popolo tedesco», il quale aveva reso possibile, in tutti i *Länder* tedeschi, di portare a compimento «in libera autodeterminazione, l'unità e la libertà della Germania»[1]. Questa soluzione fu accolta in modo fiducioso dalla dottrina prevalente, che su di essa costruì fin dai primi anni solide sistemazioni dogmatiche del processo della *Wiedervereinigung*[2]. Non si mancò di riconoscere nel processo di riunificazione non solo e non tanto la *Kapitulation* della *DDR*, ma l'esercizio di un diritto di autodeterminazione del popolo tedesco, al quale avrebbe preso parte una molteplicità di *Träger* anche attraverso modalità di confronto comunicativo (ad esempio, il *runder Tisch*)[3]. Proprio il dispiegarsi del processo di riunificazione attraverso l'apertura ad una estesa ed articolata *Öffentlichkeit* pantedesca avrebbe consentito di elevare l'art. 23 *a.F.* a vera e propria *allgemeine Verfassungsbasis* della Germania riunificata[4]. Ed ancora, il modello prefigurato dall'art. 23 *a.F* avrebbe consentito di edificare il processo di riunificazione su basi più solide, ispirate dalla concezione della costituzione come fattore di integrazione, rispetto agli scenari della mera costruzione di una *Vertragsgemeinschaft* o di una *Konföderation*, collocando la *Wiedervereinigung* sul piano più alto della legittimazione democratica della Legge fondamentale come *gesamtdeutsche Verfassung*[5].

Fu messa in cantiere la normalizzazione di un trauma, sociale, culturale e politico, prima che costituzionale, della storia tedesca, perché tornavano a comunicare mondi che avevano intrapreso strade contrapposte e subito inoltre dolorose separazioni di affetti e di destini personali[6]. Il trauma della separazione era anzitutto, ma non soltanto, politico. Da un lato, un sistema politico-par-

[1] Su processo di riunificazione la letteratura è sterminata. Si v. almeno S. Korioth, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Tübingen, 2023, 452 ss.

[2] Si v., trattandosi in particolare di voci particolarmente autorevoli nel panorama degli *Staatsrechtslehrer*, P. Badura, *Die innerdeutschen Verträge, insbesondere der Einigungsvertrag*, in J. Isensee, P. Kirchhof, Hrsgg., *Handbuch des Staatsrechts*, VIII, Heidelberg, 1995, 171 ss.; H. Quaritsch, *Wiedervereinigung in Selbstbestimmung*, ivi, 321 ss; P. Lerche, *Der Beitritt del DDR. Voraussetzungen, Realisierungen, Wirkungen*, ivi, 403 ss.; M. Heckel, *Die Legitimation des Grundgesetz durch das deutsche Volk*, ivi, 489 ss.; H.H. Klein, *Kontinuität des Grundgesetzes und seine Änderung im Zuge der Wiedervereinigung*, ivi, 557 ss. Sul ruolo della dottrina nella costruzione dell'edificio costituzionale della Germania riunificata v. M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, IV, München, 2012, 636 ss.

[3] Si v. H. Quaritsch, *op. cit.*, 373 ss.

[4] Si v. P. Lerche, *op. cit.*, 405 ss.

[5] Si v. H.H. Klein, *op. cit.*, 569 ss.

[6] Rinvio alla ricchissima ricostruzione della classica opera di E. Collotti, *Storia delle due Germanie. 1945-1968*, Torino, 1968.

titico coeso, che aveva abbracciato, sebbene con *nuances* ideologiche differenti, i principi della democrazia liberale e della economia sociale di mercato, e peraltro dotato di consistenti barriere di protezione contro le forze antisistema, e oggetto di una «idealizzazione in termini di esemplarità», che lasciava sullo sfondo un passato con il quale non si erano del tutto fatti i conti, una *unbewältigte Vergangenheit*, nella quale restavano componenti limacciose che facevano resistenza alla «completa estirpazione dei fattori politici, sociali e culturali che avevano alimentato il nazismo». Esse avrebbero steso sulla storia della *Bundesrepublik* le ombre di «una mentalità pericolosa, di episodi di sopravvivenza o di rinascita di movimenti nazionalisti e antidemocratici che ripercorrono in maniera impressionante le formule politiche e la terminologia del partito nazionalsocialista»[7]. Per altro verso, la letteratura tedesco-occidentale aveva dato voce, come nel caso di Heinrich Böll e di Günther Grass, ad una certa insofferenza nei confronti dello stereotipo di una *BRD* ordinata ed opulenta e del «livellamento sociale-ideologico» che nasceva dal miracolo economico, o ancora, con Uwe Johnson, all'inquietudine con la quale erano vissuti la separazione tra le due Germanie ed «il trauma che questo significava per l'uomo tedesco»[8].

Sul versante orientale, l'imposizione dei canoni del socialismo reale nella *DDR* nasceva dalla enfatizzazione radicale della rottura con il passato nazista, lasciando sopravvivere sotto la coltre oppressiva di un regime poliziesco un groviglio frastagliato di inquietudini, di spinte di liberazione represse, di dissimulazione onesta. E dopo la riunificazione, la lunga diseducazione dell'opinione pubblica alla democrazia e le frustrazioni nascenti dal confronto con il mondo tedesco-occidentale avrebbero esposto i *Länder* orientali alla suggestione di spinte radicali di segno differente, non escluse quelle che richiamavano il passato nazista. Sotto questo profilo, può dirsi che la riunificazione, nonostante il richiamo alla poderosa legittimazione democratica della sua *Verfassungsbasis*, non avrebbe risolto, ma acuito «l'espressione di un malessere permanente della società tedesca, posta continuamente di fronte al proprio passato dalla sua stessa incapacità di risolvere politicamente il problema dell'eredità del nazismo»[9].

È parziale concludere peraltro che l'ideologia della «democrazia militante», messa a disposizione della *Bundesrepublik* dall'intellettualità ebraico-tedesca esiliata negli Usa, ed ispiratrice dei robusti congegni di protezione approntati dalla Legge fondamentale, abbia rappresentato l'unico baluardo per assicurare la tenuta della *freiheitliche demokratische Grundordnung*[10]. Ciò va

[7] Così efficacemente E.Collotti, *op. cit.*, 295 ss.

[8] Cfr. E. Collotti, *op. cit.*, 339 ss.

[9] Cfr. E. Collotti, *op. cit.*, 297.

[10] Su quell'ideologia v. K. Loewenstein, *Democrazia militante e diritti fondamentali*, a cura di M. Croce, Macerata, 2024. Sui congegni (un po'enfatizzati) della *wehrhafte Demokratie* v. A.

detto anzitutto per il campo dei diritti di partecipazione politica. Ricordo, ad esempio, la scelta di sospendere l'applicazione della *Sperrklausel* del 5% nei *Länder* orientali nelle prime elezioni pantedesche, allo scopo di consentire a nuove formazioni politiche affacciatesi per la prima volta alla competizione elettorale di rafforzare la loro presenza nel sistema politico-partitico: una scelta che sembrò ispirata ad una concezione aperta della *Chancengleichheit* dei partiti, indirizzata a favorire il ricambio dei soggetti della competizione politica prima che il *Parteienprivileg* delle forze con una solida e collaudata presenza sul territorio federale[11]. Ricordo inoltre che, nella giurisprudenza degli ultimi anni del Tribunale costituzionale, il principio della *freiheitliche demokratische Grundordnung* è stato interpretato, con riferimento alla anticostituzionalità dei partiti, con una peculiare attenzione all'evidenza prognostica oltre che al contenuto ideologico, e precisamente con riferimento al concreto pericolo che può derivare dalla "potenzialità" che l'azione del partito abbia successo, da valutare anche in considerazione del contesto degli sviluppi della società, poiché, ove questo presupposto non sia riscontrabile, non troverebbe giustificazione la necessità di ricorrere all'«arma più affilata» di cui dispone lo stato democratico di diritto[12].

Su un piano più generale, una parte della dottrina tese a declinare il principio della *freiheitliche demokratische Grundordnung* come formula riassuntiva della cultura che costituisce il retroterra dell'impianto dei *Grundrechte*, motivo di orgoglio indiscusso della Legge fondamentale[13]. In questa cornice si colloca, per un verso, l'attenzione che la dottrina manifestò, negli anni immediatamente successivi alla riunificazione, per le nuove costituzioni dei *Länder* orientali, in particolare per opzioni di principio innovative sul terreno dei cataloghi dei diritti, raccolte intorno alla triade *Vielfalt/ Sicherheit/ Solidarität*[14], e con aper-

GATTI, *La democrazia che si difende. Studio comparato su una pratica costituzionale*, Bologna-Padova, 2023.

[11] Le due differenti declinazioni della *Chancengleichheit* dei partiti sono messe a fuoco da H. R. LIPPHARDT, *Die Gleichheit der politischen Parteien vor der öffentlichen Gewalt*, Berlin, 1975.

[12] BVerfGE, 107, 225. Su questi nuovi orientamenti del Tribunale v. una rapida sintesi in C. BUMKE, A. VOSSKUHLE, *Casebook Verfassungsrecht*, IX Aufl., Tübingen 2023, 405 ss. Per un ripensamento del canone della *freiheitliche demokratische Grundordnung* alla luce delle sfide delle (e alle) democrazie contemporanee v. U. VOLKMANN, *Demokratie und Vernuft*, Tübingen, 2024, 87 ss.

[13] Si v. la ricca documentazione raccolta in E. DENNINGER, *Die freiheitliche demokratische Grundordnung*, Frankfurt a.M., 1977; nonché C. STARCK, *Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee* (1987), in ID., *Der demokratische Verfassungsstaat*, Tübingen, 1995, 161 ss.; H. DREIER, *Idee und Gestalt des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Tübingen, 2014; U. Di Fabio, *Die Kultur der Freiheit*, München, 2005, 71 ss.

[14] Si v. E. DENNINGER, *Menschenrechte und Grundgesetz*, Weinheim, 1994, 13 ss.

ture significative sul terreno dei diritti sociali e degli *Staatsziele* in tema di lavoro, educazione, tutela dell'ambiente[15]. Per altro verso, fu avvertita subito dalla dottrina la necessità di ripensare, alla luce delle sfide del processo di riunificazione, il perimetro degli *Strukturprinzipien* della Legge fondamentale, con l'obiettivo programmatico dichiarato di concorrere alla *Festigung* e all'*Übergang* dell'unità tedesca, sfruttando tutte le potenzialità di integrazione del *GG*[16].

2. *Gli sviluppi costituzionali nel tempo della stabilizzazione del processo di riunificazione*

E peraltro gli anni della stabilizzazione del processo di riunificazione hanno avuto ricadute su pilastri del diritto costituzionale vivente che sembravano incrollabili, dal progressivo scompaginamento del sistema partitico della *Bundesrepublik* alle sfide imponenti sul terreno della omogeneità economica e sociale e della tenuta della clausola del *Sozialstaat*[17]. Sono stati, ancora, gli anni di una *Föderalismusreform* che avrebbe tentato, a partire dal 2006, di innestare sulle collaudate architetture del federalismo cooperativo fattori propulsivi della competizione tra i *Länder*, nel quadro di uno scenario che, dalla grande recessione del 2007 alle risposte alla pandemia, avrebbe suggerito di sperimentare nuove forme di collaborazione tra il *Bund* ed i *Länder*[18]. Sono stati, poi, gli anni nei quali ad una diffusa *Politikverdrossenheit* soprattutto delle giovani generazioni si è accompagnato un riassestamento di quel «multipartitismo temperato» che, sostenuto dalla *Sperrklausel* e dalle barriere della *wehrhafte Demokratie*, aveva per decenni contribuito alla stabilità della forma di governo disegnata dal *Grundgesetz* nel 1949, con ricadute problematiche sulla composizione delle coalizioni, sulla loro omogeneità, sulla tenuta delle *Koalitionsvereinbarungen*, e più di recente sulla conformazione degli spazi di-

[15] Si v. P. Häberle, *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, Baden Baden, 1996, *passim* e 16 ss.; C. Starck, *Die Verfassungen der neuen Länder*, in J. Isensee, P. Kirchhof, Hrsgg., *Handbuch* cit., IX, Heidelberg, 1997, 353 ss. Il più approfondito ripensamento degli *Staatsziele* dopo la riunificazione si deve a K.P. Sommermann, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tübingen, 2020.

[16] Si v., tra gli altri, i saggi di H.H. Rupp, *Die soziale Marktwirtschaft und ihre Verfassungsbedeutung*, di O. Depenheuer, *Das soziale Staatsziel und die Angleichung der Lebensverhältnisse in Ost und West*, di A. Dittmann, *Föderalismus in Gesamtdeutschland*, di H. Bauer, *Die finanzverfassungsrechtliche Integration der neuen Länder*, di A. Freiherr von Campenhausen, *Staatskirchenrecht in den neuen Ländern*, in J. Isensee, P. Kirchhof, Hrsgg., op. ult. cit., 129 ss., 149 ss., 229 ss., 259 ss., 305 ss.

[17] Rinvio su ciò a F. Saitto, *Economia e stato costituzionale. Contributo allo studio della costituzione economica in Germania*, Milano, 2015.

[18] Si v., anche per indicazioni ulteriori, J. Wieland, *Bundesstaat*, in M. Herdegen, J. Masing, R. Poscher, K.F. Gärditz, *Handbuch des Verfassungsrechts*, München, 2021, 503 ss.

screzionali riservati al *Bundespräsident*[19]. Non è stata scalfita la fiducia granitica nelle risorse razionalizzatrici della democrazia parlamentare, e ne è la riprova la persistente diffidenza nei confronti della democrazia diretta, quanto meno a livello federale, dove è ancora avvertita come prevalente l'esigenza di mantenere la formazione della volontà politica del popolo nell'alveo del sistema dei partiti[20]. Un sistema dei partiti, tuttavia, profondamente mutato rispetto a quello che aveva sorretto la forma di governo a multipartitismo temperato a suo tempo evocata da Leopoldo Elia[21], la quale, proprio dopo la riunificazione, che qui si presenta davvero come una cesura, viene sottoposta a tensioni inedite a causa di una maggiore debolezza nell'elaborare *issues* capaci di esprimere una *politische Richtung* forte e tutte le virtualità di coesione e di stabilità della *Kanzlerdemokratie*, ed in grado di sorreggere soltanto difficili compromessi quotidiani tra le forze di coalizione, come sta dimostrando emblematicamente l'esperienza del governo Scholz. Questo scenario è stato poi occupato con prepotenza dall'affermazione, particolarmente significativa nei *Länder* orientali, di *Alternative für Deutschland* (*AfD*), un movimento politico di destra radicale con dichiarate nostalgie neonaziste, che ha aperto un problematico ripensamento del canone della «democrazia militante», vero cardine della forma di stato della Legge fondamentale[22].

Ma anche sul terreno dei *Grundrechte*, oggetto dal 1949 di un poderoso sforzo di ricostruzione dogmatica, l'ultimo trentennio ha segnalato novità importanti, dalle sfide del diritto alla sicurezza[23] al tema della dimensione intertemporale dei diritti con riguardo alla responsabilità nei confronti delle generazioni future[24], alle nuove declinazioni del rapporto tra *Grundrechte* e intangibilità della *Menschenwürde*, che tendono a spostare il *focus* sull'atten-

[19] Anche su ciò rinvio, per indicazioni aggiornate, a C. Waldhoff, *Parteien-, Wahl- und Parlamentsrecht*, e J. Kersten, *Parlamentarisches Regierungssystem*, entrambi in M. Herdegen, J. Masing, R. Poscher, K.F. Gärditz, *op. cit.*, 645 ss., 721 ss.

[20] Per una contestazione brillante degli argomenti contro la democrazia diretta, v. ora G. Lübbe-Wolff, *Demophobie. Muss man die direkte Demoratie fürchten?*, Frankfurt a.M., 2023.

[21] Cfr. L. Elia, *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, 2009, 196 ss.

[22] Emblematico il recentissimo saggio di A. Uhle, *Staat und Politik. Der Wandel des Parteiensystems als Herausforderung für das Recht der politischen Parteien*, Tübingen, 2024.

[23] Si v. almeno J. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin, 1983.

[24] Recentissima la messa a fuoco del volume collettaneo curato da G. Kirchhof, D. Wolff, Hrsgg., *Zukunftsicherdnes Verfassungsrecht*, Tübingen, 2024. Con particolare riferimento al *Klimabeschluss* del *Bundesverfassungsgericht* v. A. Di Martino, *Intertemporalità dei diritti e dintorni: le scelte argomentative del* Bundesverfassungsgericht *nella sentenza sul clima e le interazioni con i processi democratici*, in "Diritti comparati", 6 settembre 2023.

zione, più concreta e meno filosofica, ai «problemi pratici della dignità»[25]. In questo quadro peraltro, nell'ultimo trentennio, la robusta dogmatica dei *Grundrechte*, elaborata dal *Bundesverfassungsgericht* e sostenuta da un imponente sforzo dottrinale, è stata sottoposta alle tensioni dello «stato costituzionale cooperativo», aprendosi ai canoni della *Europarechtsfreundlichkeit* e della *Völkerrechtsfreundlichkeit*, ma altresì misurandosi, in un confronto non privo di tensioni e di irrigidimenti, con la giurisprudenza delle Corti europee[26].

È stato fondamentale il contributo della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* sui rapporti con il diritto dell'UE, che ha toccato tutti i principali punti di frizione con la *Verfassungsordnung*, dal rapporto tra i *Grundrechte* e la Carta di Nizza alla salvaguardia dei principi della democrazia parlamentare e dello stato federale, ai limiti degli interventi e delle misure della BCE, al contrasto degli atti *ultra vires* delle istituzioni europee. In un percorso che, dal *Maastricht Urteil* in avanti, ha visto il *Bundesverfassungsgericht* contrapporsi in modo deciso alla Corte di giustizia a difesa dei pilastri dell'identità costituzionale tedesca[27]. Sorprende che questo itinerario si sia dipanato in parallelo con un poderoso sforzo della dottrina che, ripensando categorie ed istituti risalenti del principio federativo nella storia tedesca, ha contribuito alla elaborazione dei tratti fondamentali di un federalismo sovranazionale, verso il quale il processo di integrazione si sarebbe indirizzato, in un'approssimazione graduale, di *als ob*, agli assetti federali[28]. Né va trascurato che la riflessione sul processo di integrazione europea ha rappresentato un fattore decisivo nell'avanzamento di quella transizione dalla *Staatslehre* alla *Verfassungslehre* che, iniziatasi negli anni weimariani in una prospettiva ancora prigioniera dei canoni del *Nationalstaat*, veniva ora trasferita sul piano della costruzione di un *Mehrebenensystem* formato dai livelli costituzionali statali ed europeo, e di un *gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, che è sembrato lasciarsi alle spalle, con un *Abschied* vigoroso,

[25] Ricchezza di informazioni e materiali in M. Baldus, *Kämpfe um die Menschenwürde. Die Debatten seit 1949*, Berlin, 2016.

[26] Si v., per un bilancio interessante, a mezzo tra approccio scientifico e rievocazione dell'esperienza vissuta nel *Bundesverfassungsgericht* in anno decisivi per il confronto con il diritto dell'UE e con la CEDU, A. Vosskuhle, *Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte*, Berlin, 2021.

[27] Su ciò v. ora, con particolare considerazione della vicenda tedesca, F. Saitto, *Giurisdizione costituzionale e protezione dei diritti fondamentali in Europa. I sistemi accentrati di fronte alle sfide della legalità costituzionale europea*, Milano, 2024.

[28] Si v., tra i contributi più significativi di questo indirizzo, sebbene con approcci differenti, P. Häberle, M. Kotzur, *Europäische Verfassungslehre*, VIII Aufl., Baden Baden, 2016; I. Pernice, *Der europäische Verfassungsverbund. Ausgewählte Schriften zur verfassungstheoretischen Begründung und Entwicklung der europäischen Union*, Baden Baden,2020; A. von Bogdandy, *I principi fondamentali dell'Unione Europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011.

le sirene della dogmatica statualistica[29]. Ciò ha aperto, nella dottrina tedesca degli ultimi decenni, una riflessione che ha allargato molto gli orizzonti della *Staatsrechtslehre*, raccogliendo gli spunti del dibattito apertosi dopo il 1949, il quale aveva visto come protagonisti autorevoli i giuristi delle prime generazioni della *Bundesrepublik*, ma collocandoli intorno a *focus* che richiamavano i profili emersi da fattori di trasformazione in parte interni, in parte esterni al quadro tedesco: dal rapporto del *Grundgesetz* con i grandi filoni del costituzionalismo occidentale, un *topos* di derivazione angloamericana poco familiare alla tradizione tedesca, a quello con il *Mehrebenensystem* europeo ed internazionale, a quello con le istanze di *Ausgleich* nella crisi dello stato sociale, al ruolo, infine, della scienza costituzionalistica nelle dinamiche di sviluppo della costituzione[30].

3. *Gli* Staatsrechtslehrer*, le sfide della riunificazione e quelle dello "stato costituzionale cooperativo"*

La Germania è così apparsa, in quest'ultimo trentennio, come un laboratorio particolarmente suggestivo e peraltro *facettenreich*, assai vivace di *nuances* e di contrasti, e la riunificazione ha offerto anche, a giuristi nati prima della fine della seconda guerra mondiale e formatisi nei primi decenni della *Bundesrepublik*, di tracciare uno sguardo retrospettivo ampio sul loro itinerario scientifico ed umano[31]. Occorre aggiungere che questo trentennio ha visto confrontarsi, sui temi dell'Europa, posizioni aperte alla edificazione di una «costituzione europea» e di uno «spazio pubblico europeo» (mi riferisco soprattutto a Peter Häberle e a Jürgen Habermas)[32] e posizioni fedeli alla imprescindibile dimensione statualistica della *Verfassungslehre* (mi riferisco a Dieter Grimm e a Ernst- Wolfgang Böckenförde)[33]. Un clima culturale, occorre aggiungere, che

[29] Su questo passaggio v. R. Lhotta, *Der Staat als Wille und Vorstellung. Die etatistische Renaissance nach Maastricht und ihre Bedeutung für das Verhältnis von Staat und Bundesstaat*, in "Der Staat", 1997, 89 ss.

[30] Si v. i saggi introduttivi dei quattro curatori dell'opera M. Herdegen, J. Masing, R. Poscher, K.F. Gärditz, *op. cit.*, 13 ss., 61 ss., 149 ss., 221 ss.

[31] Si v. E.W. Böckenförde, *Wissenschaft Politik Verfassungsgericht*, Berlin, 2011; D. Grimm, *"Ich bin der Freund der Verfassung". Im Gespräch mit O. Lepsius, C. Waldhoff und M. Roßbach*, Tübingen, 2017

[32] Si v. J. Habermas, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, Frankfurt a.M., 2011; Id., *Ach Europa. Kleine politische Scriften 7*, Frankfurt a.M., 2013; P. Häberle, *Europäische Rechtskultur*, Baden Baden, 1994; Id., *Europäische Verfassungslehre*, VIII Ausg., Baden Baden, 2016 (ma la prima edizione risale al 2001).

[33] Si v. D. Grimm, *Europa ja- aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*, München, 2016; E. W. Böckenförde, *Staat Nation Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Frankfurt a.M., 1999.

ha visto nascere imprese scientifiche monumentali, molto legate, nella struttura sistematica, alla tradizione dello *Staatsrecht,* ma connotate da una spiccata vocazione culturale europeistica ed aperte al contributo di autorevoli studiosi europei, come l'*Handubuch Ius Publicum Europaeum* curato da Armin von Bogdandy e da Peter M. Huber e pubblicato a partire dal 2007, e l'*Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, curato da Detlef Merten e Hans Jürgen Papier, pubblicato a partire dal 2004. Ed ha inoltre tenuto a battesimo importanti *networks* di cooperazione tra i costituzionalisti tedeschi e quelli europei, come l'*Institut für Deutsches und Europäisches Parteienrecht und Parteienforschung*, fondato da Dimitris Tsatsos nel 1989 e poi proseguito a Düsseldorf da Martin Morlok, il *Forum Constitutionis Europae*, fondato da Ingolf Pernice presso il *Walter Hallstein Institut* di Berlino, e l'*Institut für die Europäischen Verfassungswissenschaften*, fondato dallo stesso Tsatsos ad Hagen con l'apporto di giuristi, storici e scienziati politici. Né può essere trascurato il ruolo svolto, sotto la direzione di Peter Häberle, dallo *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, divenuto un prestigioso *forum* di comparazione costituzionale aperto a studiosi di diversi paesi, secondo l'approccio *kulturwissenschaftlich* del suo *Herausgeber*.

Il confronto sembra peraltro andare molto aldilà del rapporto tra la *Bundesrepublik*, il suo *Grundgesetz* e le limitazioni di sovranità derivanti dall'Unione Europea, e non può neppure essere semplificato, a mio avviso, enfatizzando le avvisaglie di una sorta di *étatistische Renaissance* della dottrina costituzionale, stimolata dal fascino dello *Staat als Argument* del Tribunale costituzionale[34], il quale peraltro sembra muoversi tra i due poli di un *entgrenztes Gericht*, pronto in ogni occasione a far valere una solida legittimazione acquisita nell'opinione pubblica nei confronti sia del Governo che del legislatore federale, e di un difensore a tratti assai arcigno di una identità costituzionale profondamente radicata nella statualità[35].

Il quadro che emerge appare invero assai più vivace e contrastato. Non potendosi qui far cenno dei pur significativi segnali che emergono dalla produzione monografica (penso soprattutto alla collana *Ius publicum* edita da Mohr),

[34] È il titolo della monografia di C. Möllers, *Staat als Argument*, Tübingen, 2011. E peraltro la critica all'ispirazione statocentrica che scorre sul fondo del ruolo svolto dal *Bundesverfassungsgericht* è risalente: v. H. Ridder, *Vom Wendekreis der Grundrechte* (1977), in Id., *Gesammelte Schriften*, Baden Baden, 2010, 396 ss.

[35] Mi riferisco al titolo di un fortunato volume collettaneo, che traccia un bilancio approfondito del ruolo svolto dal *Bundesverfassungsgericht*: M. Jestaedt, O. Lepsius, C. Möllers, C. Schönberger, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 2011. Nella letteratura italiana v. G. Repetto, F. Saitto, a cura di, *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania*, Napoli, 2020.

mi soffermerò su alcune opere di carattere generale, le quali si segnalano per uno sforzo corale di ripensamento critico della dogmatica statualistica e per la consapevolezza che una nuova dogmatica della costituzione non possa prescindere dal quadro comparatistico e da quello del diritto europeo, così come più in generale da quelle interdipendenze dell'*offener Verfassungsstaat* che, a dispetto di tante arcigne recriminazioni statualistiche, sono oramai un dato acquisito nell'orizzonte del costituzionalista. Mi limito a ricordare, tra i segnali più significativi, il *Dreier Kommentar* della Legge fondamentale, al quale hanno collaborato studiosi allievi di giuristi tedeschi con una forte vocazione europea, come Peter Häberle e Hasso Hofmann. Esso, pur restando fedele al modello consolidato della *Gliederung* dei commentari tedeschi, rimasti legati, dopo il 1949, e con la significativa eccezione dell'*AlternativKommentar* diretto da Helmut Ridder e Erhard Denninger, all'approccio del giuspositivismo statualistico, se ne distacca anzitutto per l'attenzione costante al quadro europeo e per i riferimenti comparatistici. Né meno significative appaiono alcune ambiziose opere collettanee, le quali hanno avviato un vigoroso ripensamento critico del monumentale *Handbuch des Staatsrechts* diretto da Josef Isensee e Paul Kirchhof, la cui pubblicazione era iniziata nel 1987 ed è poi proseguita in modo intensivo fino a coprire, anche con le successive edizioni, tutto l'arco temporale che stiamo qui osservando.

L'*Handbuch* fu oggetto di giudizi affilati da parte dei suoi critici, che ne contestarono, in sostanza, la fedeltà abbastanza ripetitiva ai canoni della dogmatica statualistica. Vennero mosse critiche alla struttura dell'opera, anzitutto perché muoveva dallo *Staatsrecht* anziché dal *Verfassungsrecht*, nella continuità con una tradizione risalente a prima del 1949, e con opzioni decisamente contrastanti con l'impianto della Legge fondamentale, come quella di far seguire la trattazione dei *Grundrechte* a quella dello *Staatsorganisationsrecht*, opzione non a caso abbandonata dalla manualistica universitaria degli ultimi decenni, e che invece nell'*Handbuch* nasceva dalla preordinazione della *Staatlichkeit* alla costituzione, dall'intento di interpretare la costituzione «a partire dallo stato», di usare la costituzione per contestare polemicamente la diffusa *Staatsvergessenheit* degli *Staatsrechtslehrer*, ed in definitiva di assoggettare la costituzione ad una «riserva di statualità»[36]. Ma anche la concezione dello stato accolta dai promotori dell'*Handbuch* veniva sottoposta a critica, in quanto essa risultava troppo intimamente legata alla storia dello "stato nazione" ed all'idea di nazione come "nazione culturale", con una conseguente sua ontologizzazione, la quale non soltanto risultava chiusa alla comprensione del pluralismo, ma gravida di ricadute restrittive sulla interpretazione costituzionale e sulla compren-

[36] Si v. H. Schulze-Fielitz, *Staatsrechtslehre als Mikrokosmos*, Tübingen, 2013, 262 ss.

sione delle sfide della dimensione sovranazionale[37]. La critica di Schulze-Fielitz giungeva così al cuore del problema, giacché l'impostazione dell'opera, fedele ad una linea di tendenza fortemente statualistica, approdava ad una declinazione angusta del principio democratico nella Legge fondamentale, ridotto ad un mero «*organisatorisch-formales Formprinzip*» dello stato, insensibile ad una visione della democrazia "*bürgerorientiert*"[38]. Non meno pungenti le critiche ai volumi sui diritti fondamentali, che qui possono solo essere rapidamente accennate: una chiara preferenza per una concezione liberale dei diritti, con il conseguente appiattimento dell'eguaglianza sulla dogmatica dei *Grundrechte*, e quello degli obblighi di protezione sulla dimensione "difensiva" e negativa dei diritti, non dando risalto ai mutamenti della dogmatica degli *Schutzpflichten* nel quadro della dimensione della sicurezza sociale nel *Sozialstaat*. Ed infine l'affondo finale agli autori dell'opera, di avere voluto trasformare *Grundrechtsfragen* in *Machtfragen*[39]. La critica di Schulze-Fielitz si chiude davvero col preannuncio di una *Methodenstreit*, contrapponendo ad una visione così tradizionale della dogmatica statualistica il richiamo alla necessità di cogliere le trasformazioni dello stato costituzionale nel loro sviluppo storico ed alla consapevolezza dei «processi di pluralizzazione» che hanno interessato lo stato, la società, la scienza[40].

Destano invero stupore le rilevate chiusure metodologiche in un'opera monumentale, che proprio a ridosso della riunificazione, si proponeva di offrire l'immagine di una comunità scientifica che intendeva non solo mettere a disposizione della Germania riunificata un solido apparato ricostruttivo, ma anche rivendicare il ruolo della dogmatica più tradizionale dello *Staatsrecht* come fondamenta della nuova *Bundesrepublik*. Occorre riconoscere che il quadro che in quegli anni offriva la dottrina costituzionalistica tedesca non era peraltro, come ho accennato, così monocorde. È significativo che l'impianto metodologico dell'*Handbuch* sia stato poi ripensato, e con cautela abbandonato, anzitutto in ambiziose opere collettanee apparse negli ultimi anni. Per un verso, si è spostato il *focus* dalla dogmatica della costituzione, per quanto aggiornata secondo un approccio *problemorientiert* e *praxisorientiert*, alla teoria della costituzione, la quale offre le potenzialità della "distanza" da un ordinamento positivo, necessaria per osservarlo nei suoi processi di sviluppo e

[37] Cfr. ancora H. Schulze-Fielitz, *op. cit.*, 268 ss.

[38] Cfr. H. Schulze-Fielitz, *op. cit.*, 271 ss.

[39] Cfr. H. Schulze-Fielitz, *op. cit.*, 277 ss.

[40] Cfr. H. Schulze-Fielitz, *op. cit.*, 285 ss. Molto evidente qui l'influenza del maestro dell'autore di questa lunga recensione, il quale raccolse prontamente la sfida sul terreno del *Methodenstreit*: mi riferisco a P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, II stark erw. Aufl., Berlin, 1998.

per collocarlo in uno scenario storico-comparatistico, capace di illuminare le sfide alle quali una concreta costituzione è chiamata a rispondere. In breve, la *Verfassungstheorie* esplora gli strati profondi dell'esperienza costituzionale, e si distingue dalla *Verfassungdogmatik*, e non ha bisogno, come questa, del "ricorso fondativo" al diritto costituzionale positivo, in quanto getta lo sguardo sulle "leggi del movimento" della costituzione, sui fattori legittimanti come sulla sua proiezione nel futuro[41]. Per altro verso, si è ritenuta imprescindibile l'attenzione alla dimensione internazionale e transnazionale del diritto costituzionale, la quale produce una serie di recezioni incrociate tra ordinamenti costituzionali. Il diritto costituzionale tedesco resta, in quest'altra opera recente, il *focus*, ma collocato in una prospettiva *selbstdistanzierend*, che pone l'accetto sull'intreccio tra considerazione dei fattori transnazionali e dimensione evolutiva del diritto costituzionale[42]. Prospettive e sensibilità culturali differenti, accomunate dall'aver spostato con decisione il *focus* dallo stato alla costituzione e da uno sforzo di ripensamento critico della dogmatica del diritto costituzionale.

Sotto questo aspetto, merita attenzione l'avvio, a partire dal 2023 del "nuovo" *Handbuch des Staatsrechts*, affidato alla cura di due giovani giuristi, Uwe Kischel e Hanno Kube, uno dei quali noto soprattutto per la sua vocazione di comparatista. I curatori ribadiscono, sin dalle pagine introduttive, lo spirito di continuità con l'*Handbuch* precedente, continuità chiaramente espressa dalla scelta metodologica di porre lo stato, e non la costituzione, al centro di una nuova monumentale ricostruzione dello *Staatsrecht* della *Bundesrepublik*. Una continuità anticipata dai due illustri padri dell'opera, che in una pagina iniziale, anche in risposta alle critiche a suo tempo ricevute, rivendicano con orgoglio di aver dato voce ad una pluralità di prospettive scientifiche, e di aver preferito un approccio *staatstheoretisch* non già per minimizzare la centralità della costituzione, ma per collocarla in una prospettiva più ampia, non ristretta all'interpretazione del testo ed alla giurisprudenza costituzionale, bensì attenta ad osservarne l'evoluzione, saggiarne gli elementi di continuità pur nel fluire delle suggestioni del politico e le sfide del cambiamento, prime fra tutte quelle proposte dallo *Staatenverbund* europeo e dal diritto internazionale[43]. La suggestione viene ripresa dai nuovi curatori nella presentazione dell'opera, difendendo la centralità dello *Staatsrecht* come «spina dorsale della comunità statale», ma allo stesso tempo preannunciando un approccio aperto alle sfide della statualità, a

[41] Si v. il *Vorwort* programmatico di O. Depenheuer, C. Grabenwarter, Hrsgg., *Verfassungstheorie*, Tübingen, 2010, V ss.

[42] Si v. il *Vorwort* di M. Herdegen, J. Masing, R. Poscher, K.F. Gärditz, Hrsgg., *Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in trnsnationaler Perspektive*, München, 2021, IX s.

[43] Così J. Isensee, P. Kirchhof, *Zum Geleit*, in U. Kischel, H.Kube, Hrsgg., *Handbuch des Staatsrechts*, I, Heidelberg, 2023, V.

quelle dell'internazionalizzazione, delle rivoluzioni tecnologiche, di profondi mutamenti della società, i quali aprono lo studio dello stato alla interdisciplinarità[44]. Ed invero, già nel suo primo volume, l'opera si segnala per porre al centro la *Staatlichkeit im Wandel* sotto la spinta della globalizzazione, e l'attenzione a *Querschnittsthemen*, come le migrazioni, il problema demografico, le minoranze, l'identità sessuale, la digitalizzazione, la bioetica, la questione climatica.

Seguendo questo itinerario, la "cultura" costituzionale, la ineludibile dimensione storica dell'esperienza costituzionale, lo sguardo attento alle sfide identitarie della complessità sociale, l'internazionalizzazione e la fuoriuscita del diritto costituzionale dai *Grenzen* della statualità, sono divenuti *topoi* ricorrenti e largamente utilizzati dalla dottrina costituzionalistica[45], e peraltro ancora al centro di controversie accese. Le quali hanno riguardato anzitutto la dimensione della statualità nella sua storica identificazione in *Grenzen*, da preservare, contro gli indirizzi che tendono a far prevalere la *Offenheit*, l'universalismo, la trascendenza del *Raum*, la deterritorializzazione. Viene pertanto contestata come mistificante la tendenza ad immaginare «*ein Volk ohne Staat*», e ad usare le armi del cosmopolitismo per disegnare i contorni di una costituzione che sta aldilà della statualità. I confini spaziali restano – così conclude Josef Isensee – un ineludibile *Formelement* dello stato moderno, e solo all'interno di questi *Grenzen* può cogliersi la complessità dello stato nei suoi condizionamenti sovrastatuali e nelle faglie di differenziazione che convivono al suo interno[46]. La polemica di Isensee, volta a contestare in modo radicale l'idea della apertura dei confini, finiva per travolgere, come frutto di infatuazione cosmopolitica, non solo le conquiste epocali della universalità dei diritti umani[47], ma tutta la complessa realtà delle interdipendenze dello «stato costituzionale cooperativo»[48]. A queste posizioni si è replicato da Susanne Baer auspicando una *renaissance* della comparazione costituzionale, proprio facendo tesoro dell'esperienza come *Verfassungsrichterin* in anni nei quali la pandemia, la questione climatica e le sfide della sicurezza non consentono più di arrestarsi ai "confini" degli stati[49].

[44] Così U. Kischel, H. Kube, *Vorwort*, in U. Kischel, H.Kube, Hrsgg., *op. cit.*, VII.

[45] Si v., ad es., gli scritti raccolti in E. Denninger, *Recht in globaler Unordnung*, Berlin, 2005, 397 ss.

[46] Si v. J. Isensee, *Grenzen. Zur Territorialität des Staaes*, Berlin, 2018, 13 ss.

[47] Si v., invece, per una prospettiva radicalmente capovolta, M. Herdegen, *Der Kamf um die Weltordnung*, München, 2019.

[48] Sviluppo peraltro ben presente da anni alla dottrina: v., con un ruolo pionieristico P. Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein/Ts., 1980, 287 ss. Un approccio teorico sul quale questo A. è tornato più volte, e da ultimo in Id., *Die Kultur des Friedens. Thema der universalen Verfassungslehre*, Berlin, 2017.

[49] Si v. S. Baer, *Renaissance der Verfassungsvergleichung?*, Tübingen, 2023.

Né vanno trascurati altri segnali significativi di nuove tendenze della dottrina costituzionalistica tedesca. Ricordo, in primo luogo, i tentativi, che hanno investito persino il dogma della *Unantastbarkeit* della dignità dell'uomo, di coniugare la tradizionale elaborazione della *Abwägung*, che dal *Lüth Urteil* in avanti era stata infissa nella concezione della costituzione come *Wertordnung*, con un approccio più empirico, *situatiert*, ispirato dalla comparazione con le tecniche argomentative della Corte suprema statunitense[50]. Segnalo, in secondo luogo, il vigoroso ripensamento della dottrina, in occasione del centenario weimariano, sull'eredità di quella esperienza, il quale sembra aver avviato al superamento di quel *Complex Weimar*, che aveva condizionato fortemente il giudizio su di essa dopo il 1949[51]. Ricordo, infine, l'avvio, per la cura di Matthias Herdegen e di Horst Dreier, della pubblicazione in Germania dell'*opera omnia* di Hans Kelsen, un segnale di avvicinamento all'autore di un pensiero non proprio congruente con la poderosa elaborazione della *Wertordnung*, e peraltro di un pensiero che aveva fornito la declinazione forse più radicale del superamento della *Staatslehre* nella *Verfassungslehre*. È stato osservato che, nel panorama tedesco, per molto tempo la recezione di Kelsen era stata ostacolata dal pregiudizio diffuso che *Staatsvergessenheit*, *Wertrelativismus*, nichilismo politico ed un positivismo "cieco", asserragliato in astratte concettualizzazioni logiche, segnassero la distanza da una "cultura" costituzionale che si era mossa lungo coordinate anche filosoficamente molto differenti: una mentalità che, a partire dagli anni ottanta del secolo scorso, sembra fare strada ad un approccio più problematico, se non ad un riavvicinamento, all'opera di Kelsen, sulla quale non si poteva stendere un velo di trascuratezza, ma era ineludibile avviare un confronto, al quale contribuirono in modo pionieristico maestri, come Niklas Luhmann, Konrad Hesse, Hasso Hoffmann, i quali peraltro non si erano formati in ambiente kelseniano[52].

Sono forse dettagli, quelli segnalati ora, i quali rivelano tra l'altro i segnali crescenti di una certa stanchezza nei confronti dell'antagonismo tra le scuole schmittiana e smendiana, all'interno delle quali si era svolta, con contrapposizioni vivaci, la discussione sulla interpretazione costituzionale dopo il 1949. Il confronto tra questi due maestri, iniziato negli anni weimariani, avrebbe fatto nascere, dopo il 1949, qualcosa di più che scuole, veri e propri "*Denkkollekti-*

[50] Si v., per un panorama molto articolato di questa evoluzione, D. Grimm, A. Cammerer, C. Möllers, Eds., *Human Dignity in Contest. Explorations of a Contested Concept*, Baden Baden, 2018.

[51] Si v., nell'ampia letteratura fiorita nel centenario, almeno U. Di Fabio, *Die Weimarer Verfassung. Aufbruch und Scheitern*, München, 2018; C. Waldhoff, H. Dreier, Hrsgg., *Das Wagnis der Demokratie. Eine Anatomie der Weimarer Reichverfassung*, München, 2018.

[52] V. H. Dreier, *Kelsen im Kontext*, Tübingen, 2019, 117 ss., 128 ss.

ve", i quali riflettevano, nell'atmosfera intellettuale che si respirava tra gli allievi, la fisionomia dei maestri. Cosicché al decisionismo, allo statualismo e ad una concezione dell'unità politica destinata a trascendere la datità empirica del pluralismo è corrisposta, nell'affollato *Kreis* schmittiano, una percezione diffusa di orgogliosa chiusura del gruppo[53]; mentre una concezione della costituzione fondata su fattori spirituali, ma aperta all'integrazione ed all'armonizzazione del pluralismo, ha favorito il costituirsi di un clima di libertà, di tolleranza, di «erudizione letteraria»[54].

4. *Il ruolo del* Bundesverfassungsgericht

È interessante osservare che gli scritti autobiografici di Böckenförde e di Grimm, ai quali ho fatto sopra riferimento, individuano nell'esperienza a Karlsruhe il punto più alto del loro percorso scientifico ed intellettuale, il che può forse stupire in modo particolare per il primo dei due, che ebbe un percorso culturalmente complesso, iniziato nella ricerca storica e poi transitato per importanti incursioni nella filosofia del diritto e in fondamentali studi di *Verfassungstheorie*[55]. Fedele al suo sforzo di una lettura liberale del pensiero schmittiano, Böckenförde riconosce nel giudice costituzionale l'*Hüter der Verfassung*, di una costituzione che costituisce la cornice di diritti e di garanzie che limitano la politica, e nella partecipazione a questo compito, al quale egli dedica una ricostruzione analitica, l'ispirazione e la conferma dei suoi approdi sul piano *verfassungtheoretisch*[56]. Per parte sua, Dieter Grimm, ripercorrendo l'esperienza a Karlsruhe in una prospettiva diversa, ma sempre costruita sul nesso tra *Wissenschaft* e *Praxis*, giunge a collocare il Tribunale costituzionale al centro del sistema dei poteri costituzionali ed a riconoscere alla *Verfassungsgerichtsbarkeit* «la condizione per la rilevanza pratica delle costituzioni», ponendola in una posizione di bilanciato equilibrio, che affida alla sempre aperta possibilità di correggere la giurisprudenza sul terreno politico, attraverso il potere legislativo, il contrappeso alla irrinunziabile indipendenza dei giudici, ma appunto

[53] Se ne ha una testimonianza molto bella e, in alcuni passaggi, commovente nel *Briefwechsel* tra Schmitt e Böckenförde: v. R. Mehring, Hrsg., *Welch gütiges Schicksal. Ernst Wolfgang Böckenforde/ Carl Schmitt. Briefwechsel 1953-1984*, Baden Baden, 2022.

[54] Così F. Günther, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration. 1949-1970*, München, 2004, 159 (a questo A. si deve, nel volume cit., la più accurata ricostruzione del contrasto tra le scuole schmittiana e smendiana).

[55] Si v. R. Mehring, *Voraussetzungen und Garantien des Staates: Ernst Wolfgang Böckenfördes Staatsverständnis*, Baden Baden, 2014.

[56] Cfr. E. W. Böckenförde, *Wissenschaft Politik Verfassunggericht* cit., 435 ss.

nel quadro di un equilibrio pressoché paritario, che tende a preservare da ogni *countermajoritarian difficulty*[57].

Leggendo queste pagine, sembrano lontani i tempi nei quali Bernhard Schlink, in aperto dissenso dagli approdi prevalenti nella dottrina dopo il *Lüth Urteil* (Lerche, Hesse, Häberle), muoveva solide critiche alla *Abwägung* del *Bundesverfassungsgericht*[58], e Helmut Ridder, voce "eretica" ed isolata ma di straordinario e fulminante spessore teorico, tracciava una poderosa stroncatura della *Grundrechtsjudikatur*, accusata di voler imporre, su un terreno schiettamente ideologico, una immagine dell'uomo fondante una vera e propria *Staatsphilosophie*[59]. Una critica ripresa negli ultimi anni, da un'angolazione differente da quella del maestro, da un allievo approdato su posizioni neoliberali, Karl-Heinz Ladeur, attraverso una critica stringente alla dogmatica dei diritti fondamentali elaborata dal *Bundesverfassungsgericht*, la quale, con tutto il suo impegnativo bagaglio di *Verfassungswerte*, ponderazioni, perimetri argomentativi dell'*Übermaßverbot*, *Schutzpflichten*, avrebbe costruito un immagine paternalistica della *Verfassungsgerichtsbarkeit* e tenuto a freno lo spontaneo dispiegarsi della società civile[60]. Sono stati inoltre avvertiti rischi di una deriva "conservatrice" del Tribunale costituzionale, che dopo la riunificazione, a fronte delle maggiori sfide della complessità sociale, della inedita fragilità del sistema politico-partitico e del confronto con il federalismo sopranazionale, avrebbe tenuto la barra dritta su una linea di "stabilizzazione costituzionale", anche al fine di consolidarne una diffusa ed incontrastata legittimazione. Un giudizio volto a problematizzare la *vulgata* del Tribunale come «grande innovatore del diritto costituzionale», e ad accreditarne l'immagine non come «motore di sviluppi dinamici», ma piuttosto come custode di consolidate costruzioni dogmatiche e di teorie superate. Per consolidare questo ruolo *konservativ*, il Tribunale sarebbe proceduto, secondo uno schema scalare, svolgendo ruoli di custodia e di garanzia, di fermezza nella difesa della sua giurisprudenza, di fattore frenante del cambiamento, ed infine di costruzione *musealisiert* della tradizione costituzionale[61].

[57] Cfr. D. Grimm, *Ich bin ein Freund* cit., 235 ss.

[58] Si v. B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, 1976.

[59] Si v. H. Ridder, *op. cit.*, 392 ss. Sulla figura di Ridder, oggetto da qualche anno di una meritata riscoperta, v. ora I. Feichtner, T. Wihl, Hrsgg., *Gesamtverfassung. Das Verfassungsdenken Helmut Ridders*, Baden Baden, 2022 ss.

[60] Si v. K.H Ladeur, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik. Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie*, Tübingen, 2004.

[61] Cfr. A. Kulick, J.J. Vasel, *Das konservative Gericht. Ein Essay zum 70. Jubiläum des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen, 2021, 23 ss.

È indubbio che lo sforzo di dotarsi di una base di legittimazione forte, nei confronti della società tedesca prima che nei confronti degli organi costituzionali e delle corti europee, abbia costituito una delle principali direttrici di azione del *Bundesverfassungsgericht*, consolidando un ruolo di *political player* delineatosi fin dagli esordi[62], e che tanto l'obiettivo di porsi a modello della giustizia costituzionale nel continente europeo e al di fuori di esso, sostenuto da una poderosa azione di supporto degli *Staatsrechtslehrer*, che quello di costruire intorno a sé un immagine di indiscusso rispetto nella società tedesca abbiano rappresentato tasselli decisivi in questa strategia[63]. Una strategia che non ha mancato di suscitare interrogativi, quando ad esempio, a fronte di un crescente *Übergewicht* e soprattutto di uno spostamento di poteri in capo ad un giudice, si è tornato ad invocare il *self-restraint* come strumento per «difendere la costituzione dai suoi custodi»[64], o più polemicamente ad evocare i rischi di democrazia derivanti dalla "ipercostituzionalizzazione" della *Karlsruher Republik*[65]. Da questa rapida rassegna emerge un quadro articolato di voci, di scienziati politici, filosofi del diritto, giornalisti, e questo è già di per sé la conferma della posizione centrale occupata dal Tribunale nel panorama della società tedesca, anche per i tanti riferimenti, che ricorrono negli scritti che ho ricordato, a decisioni che hanno toccato questioni nevralgiche della sua vita, e qualche volta, "scelte tragiche".

È stato osservato peraltro, in un quadro di riflessioni più problematico sul terreno strettamente costituzionale, che questi elementi di difficoltà, che hanno finito per riassumersi nella formula di un *entgrenztes Gericht*, hanno origine dalla ambiguità che avvolge la posizione costituzionale del tribunale, il quale si configura come *Gericht* e come *Verfassungsorgan*[66]. Una duplice natura che ne

[62] Si v. l'analisi lucidissima di una delle firme più autorevoli del giornalismo tedesco, R. Leicht, *Eine Fortsetzung der Politik mit andren Mitteln. Das Bundesverfassungsgericht als* political player, in M. Stolleis, Hrsg., *Herzkammern der Republik. Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, München, 2011, 148 ss. Ma v. anche, in chiave storiografica, nello stesso volume collettaneo, il contributo di N. Frei, *Transformationsprozesse. Das Bundesverfassungsgericht als vergangenheitspolitischer Akteur in den Anfangsjahren der Republik*, 64 ss.

[63] Rinvio, sull'immagine del Tribunale nella società civile, ai due contributi, di taglio diverso, di H. Bredekamp e di M.G. Schmidt, in M. Stolleis, Hrsg., *op. cit.*, 9 ss., 200 ss. E sull'interesse che esso ha suscitato in un ambiente di cultura costituzionale lontano, v. O. Jouanhian, Conseil constitutionnel *und Bundesverfassungsgericht: zwei verschiedene Modelle der europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit*, ivi, 137 ss.

[64] Cfr. O. Höffe, *Wer hütet die Verfassung von ihren Hütern?*, ivi, 124 ss.

[65] Cfr. M. Zürn, *Ist die Karlsruher Republik demokratisch? Auswege aus der Überkonstitutionalisierung und dem methodologischem Nationalismus moderner Verfassungsgerichtsbarkeit*, ivi, 258 ss.

[66] Si v. C. Schönberger, *Anmerkungen zu Karlsruhe*, in C. Schönberger u.a., *Das entgrenzte Gericht* cit., 49 ss.

ha indubbiamente accresciuto lo "spazio di risonanza" ed allo stesso tempo il bisogno di legittimazione[67], e lo ha costretto ad affinare nel tempo gli strumenti per gestire la ineludibile tensione tra politica e diritto, spostando l'interpretazione costituzionale dal piano tradizionale della sussunzione su quello della proporzionalità e delle ponderazioni, ed acquistando così la fisionomia di un potere costituzionale, ma di una *maßtabsetzende Gewalt*[68].

Si comprende pertanto perché il "successo" del Tribunale sia stato attribuito anche, ma in misura rilevante, alla simbiosi con la *Staatsrechtslehre*, grazie alla quale esso avrebbe contribuito ad una ottimizzazione e ad un perfezionamento "fulminanti" dello stato costituzionale[69]. La simbiosi si sarebbe sviluppata secondo un andamento circolare, in quanto le grandi decisioni del Tribunale avrebbero ispirato, a cascata, le costruzioni dogmatiche della scienza giuridica, e queste sarebbero ritornate sul piano della giurisprudenza, da questa recepite e poste a solido supporto delle decisioni, con risultati particolarmente sinergici sul terreno della *Vergrundrechtlichung* dell'ordinamento[70]. Ed infine tale simbiosi avrebbe permesso altresì al Tribunale di sfuggire all'isolamento e soprattutto a costituire basi solide, perché costruite su elaborate sistemazioni dogmatiche, per contrastare la critica sempre strisciante della *countermajoritarian difficulty* e per guidarlo nel difficile compito di canoni interpretativi allo stesso tempo *verfassungskonform* e *unionrechtskonform*[71].

La difesa così enfatica della dogmatica come *trait d'union* coessenziale tra i due formanti giurisprudenziale e dottrinale può forse apparire troppo schierata nella *Methodenstreit* della dottrina costituzionalistica degli ultimi decenni, ma è anche fortemente emblematica di un'atmosfera culturale. Né meraviglia che l'orgogliosa enfatizzazione del ruolo del Tribunale nell'esperienza costituzionale tedesca abbia condotto all'approdo, assai problematico sul terreno del metodo storico, di sostenere che proprio lo studio della giurisprudenza costituisca non solo un fattore ineludibile per ricostruire la *Wirkungsgeschichte* della Legge fondamentale, ma più in generale il *proprium* della storia costituzionale e la specificità che ne segna i confini, ma in fondo la separatezza, dalla *allgemeine Sozialgeschichte*. In questo modo si traccia, a mio avviso, una frattura troppo netta tra gli sviluppi costituzionali, che certo non possono prescindere dal ruolo delle corti, e gli svolgimenti della *Verfassungsgeschichte*, la quale

[67] Si v. C. Möllers, *Legitimation. Zur Rechtfertigung des Bundesverfassungsgerichts*, ivi, 308 ss.

[68] Si v. O. Lepsius, *Die Maßtabsetzende Gewalt*, ivi,161 ss.

[69] Così P.M. Huber, *Das Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre*, Tübingen, 2024, 4 ss.

[70] Cfr. ancora P. M. Huber, *op. cit.*, 6 ss., 18 ss.

[71] Così P. M. Huber, *op. cit.*, 32 ss.

rinvia sempre ai grandi e decisivi snodi della storia della cultura, della società, della politica, secondo una linea tracciata proprio dalla tradizione tedesca della storia costituzionale, alla quale, da Huber a Kimminich a Korioth, illustri *Staatsrechtslehrer* hanno offerto contributi fondamentali[72].

5. *Il ruolo "sociale" della corporazione degli* Staatsrechtslehrer

Non deve sorprendere il rilievo che ho dato, in questa rapida rassegna, alle linee di tendenza della dottrina costituzionalistica, che ha svolto, anche nel trentennio dopo la riunificazione, un ruolo particolarmente significativo non solo sul terreno scientifico e della formazione dei ceti dirigenti, ma più in generale come interlocutrice presente ed assai ascoltata nello spazio pubblico e nelle discussioni sul *Gemeinwohl* repubblicano. In una linea di continuità risalente nella storia tedesca, nella quale le università e la corporazione degli *Staatsrechtslehrer* sono state interlocutrici di riconosciuto prestigio in tutti i frangenti della storia costituzionale tedesca[73]. Il centenario della *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, fondata da Heinrich Triepel nel 1922, è stato l'occasione di un ripensamento di una lunga stagione della cultura costituzionale tedesca. Una riflessione resa più stimolante dai tratti caratterizzanti della *Vereinigung*, aperta a studiosi di paesi di lingua tedesca, portatori, come gli austriaci e gli svizzeri, di culture e di storie molto diverse da quelle della Germania, e soprattutto aperta, oltre che agli studiosi di diritto statuale e pubblico, a storici e filosofi del diritto, ad internazionalisti ed a specialisti di *Europarecht*. Gli studi che hanno accompagnato il centenario[74] hanno tratteggiato un quadro molto analitico di questa *Staatsrechtslehre als Mikrokosmos*, del quale la *Vereinigung* sarebbe stata l'istituzione più rappresentativa sin dalla sua fondazione, in un intreccio molto stretto tra vocazione scientifica e consapevolezza del ruolo pubblico della corporazione[75]. Un'istituzione pluralistica sin dalle origini, se si guarda all'elenco dei primi trentanove soci fondatori, da Smend a Kelsen, da Heller a Thoma, da Anschütz a Nawiasky, e dunque davvero *ein Stück Kulturgeschichte* della Germania in un secolo attraversato da traumi drammatici (il *Führerstaat* nazista) e da rotture profonde (la divi-

[72] È il discutibile filo conduttore dell'opera recente di D. Grimm, *Die Historiker und die Verfassung. Ein Beitrag zur Wirkungsgeschichte des Grundgesetzes*, München, 2022, spec. 13 ss.

[73] Come è ampiamente documentato nell'ormai classica ricostruzione di M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, München, 1988-2012.

[74] Mi riferisco in particolare all'ampia ricostruzione a più voci offerta da P. Cancik, A. Kley, H. Schulze Fielitz, C. Waldhoff, E. Wiederin, *Streitsache Staat. Der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehre 1922-2022*, Tübingen, 2022.

[75] Si v. H. Schlze-Fielitz, *Die Wissenschaftskultur del Staatsrechtslehrer. Im Spiegel der Geschichte der Vereinigung*, Tübingen, 2022, 1-5.

sione e poi la riunificazione), come anche da laboratori febbrili di discussione (Weimar) e dalla edificazione di robuste architetture costituzionali (il *Modell Grundgesetz*)[76]. Un concerto pluralistico, quello offerto dalla *Vereinigung,* che ha conosciuto elementi di contraddizione (il ruolo a lungo marginale delle componenti svizzera ed austriaca, l'esclusione di personalità rappresentative di un dissenso radicale, come Helmut Ridder), ma che, soprattutto attraverso i suoi convegni annuali, ha anche segnato, con una traccia di lungo periodo, gli orientamenti della dottrina costituzionalistica tedesca, e nell'ultimo quarto di secolo con aperture tematiche che sembrano dischiudere scenari in parte nuovi: dal rapporto tra stato e religione alla *staatliche Lenkung* del mercato del lavoro, dalla *Entparlamentarisierung* del processo politico alle nuove sfide della libertà della scienza, dalle sfide del *Sozialstaat* nel contesto europeo alla fondazione teorica della *Bürgerverantwortung*, dal rapporto tra *Gemeinwohl* e *Wettbewerb* alla crisi della democrazia rappresentativa, dalle aperture del metodo alla internazionalizzazione ed alla interdisciplinarità, alla *Fragmentierung* delle società complesse, dalle migrazioni alle sfide della pandemia.

6. *Cittadinanza repubblicana e* Verfassungspatriotismus

Il tempo della riunificazione è stato per la Germania, infine, un tempo di ripensamento sulle "legature", nel senso fatto palese da Ralf Dahrendorf, di una cittadinanza repubblicana. Un ripensamento suscitato, da un lato, dalla sfida di integrare gli *Ossis* usciti dalle angustie della *DDR* nelle rassicuranti *Lebenschancen* della vecchia *Bundesrepublik*, e dall'altro di gestire un imponente fenomeno migratorio che, secondo le stime più recenti, interessa oramai oltre il venticinque per cento della popolazione residente. Già prima della riunificazione, la migliore intellettualità tedesca, da Sternberger ad Habermas, aveva ravvisato nel *Verfassungspatriotismus* la chiave di volta per costruire un nucleo duro di integrazione intorno ad una comunità politica che, dopo la fine della seconda guerra mondiale, si trovava di fronte uno stato dimezzato ed una nazione ferita. In un tempo nel quale – scriveva Sternberger – «*das Nationalgefühl bleibt verschwundet*» e «*wir leben nicht im ganzen Deutschland*», deve sopperire la forte carica valoriale unificante della costituzione, che pertanto «*ist selbst eine Art von Vaterland*»[77]. Nell'ultimo quarto di secolo il patriottismo costituzionale ha dovuto misurarsi, come si è accennato, con nuove sfide, molto più impegnative di quelle della società più coesa della *Bundesrepublik* occidentale, ancora percorsa dalle ferite della *unvergangene Vergangenheit*, ma

[76] Sulle diverse fasi della storia della *Vereinigung* si v. in particolare i saggi di C. Schönberger, A.B. Kaiser e C. Waldhoff nel volume collettaneo *Streitsache Staat* cit., 3 ss., 75 ss., 151 ss.

[77] Cfr. D. Sternberger, *Verfassungspatriotismus*, Frankfurt a.M., 1990, 13 ss.

saldamente protetta dai congegni securitari della *werhafte Demokratie*[78]. Di qui un ripensamento del patriottismo costituzionale nel quadro di una apertura dei diritti di cittadinanza ad obiettivi di inclusione sociale. Questo ripensamento, che ha prodotto importanti ricostruzioni storiografiche della cittadinanza, le quali hanno superato l'approccio ad un intreccio indissolubile tra cittadinanza e nazione culturale[79], ha investito anche la declinazione del "patriottismo costituzionale"[80], ed è ora al centro di riflessioni penetranti nell'ultimo libro, *Wir*, del presidente federale Frank-Walter Steinmeier. Una comunità politica – egli osserva – riuscirà ancora a sostenere la forza di una nazione e di uno stato solo in quanto riesca ad unire "storie di vita" profondamente differenti in un quadro di appartenenza comune. Ciò impone di abbandonare i *verfassungsfeindliche Phantasmen* di un'identità nazionale costruita su basi autoritarie o anche soltanto fondate su un principio di esclusione. È solo un approccio realistico alla democrazia pluralistica – conclude Steinmeier – che spinge a lasciarsi alle spalle l'idea di una "sostanza" religiosa, culturale o etnica di una comunità politica, per prendere atto che il contrassegno delle nostre società è riposto nel riconoscimento di una *Vielfalt* di storie individuali e collettive, di differenti orientamenti e stili di vita[81]. Sovvengono ancora pertanto, pur nel contesto mutato delle società complesse, le legature apprestate dai valori costituzionali, i quali, con il robusto impianto di diritti, di tutele minoritarie, di contropoteri, di argini democratici alla tirannia della maggioranza che ispirano, sono ancora in grado di fondare il patriottismo di una comunità politica plurale.

La più recente esperienza costituzionale tedesca sembra per un verso situarsi come la prosecuzione della transizione dagli orizzonti della "nazione culturale" a quelli della "cultura costituzionale"[82]. Una transizione non sempre indolore, e che continua per altro verso a rifiutare rotture radicali con idee di lungo periodo della storia tedesca[83]. Hanno suscitato accese discussioni, negli

[78] Per un importante ricostruzione storica del richiamo al passato nazista nella pedagogia dei presidenti federali v. ora N. Frei, *Im Namen der Deutschen. Die Bundespräsidenten und die NS-Vergangenheit. 1949-1994*, München, 2023.

[79] Si v. D. Gosewinkel, *Schutz und Freiheit? Staatsbürgerschaft in Europa im 20. und 21. Jahrhundert*, Berlin, 2016.

[80] Si v. il recente volume antologico curato da S. Augsberg, Hrsg., *Verfassungspatriotismus. Konzept. Kritik. Künftige Relevanz*, München, 2024.

[81] Cfr. F.W. Steinmeier, *Wir*, Berlin, 2024, 7 ss.

[82] Rinvio su ciò al contributo profondamente innovativo offerto da P. Häberle: si v. in particolare la sua introduzione *Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht* al volume antologico, da lui stesso curato, *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, Darmstadt, 1982. Tutta la controversia, come si è dipanata dal 1949 in poi a partire dai saggi di Huber, è ricostruita da M.E. Geis, *Kulturstaat und kulturelle Freiheit*, Baden Baden, 1990.

[83] Si v. H.A. Winkler, *Nationalstaat wider Willen*, München, 2022,

ultimi anni, le posizioni provocatorie di due storici autorevoli, Hedwig Richter e di Heinrich August Winkler che hanno messo a fuoco, l'una, le contraddizioni della democrazia come *deutsche Affäre*, e l'altro il complesso rapporto dei tedeschi con la rivoluzione dal 1848 al 1989[84]. La consapevolezza di questo groviglio di pesanti contraddizioni della storia tedesca spiega perché la continuità abbia salvato l'esperienza della *Bundesrepublik*, fino agli inizi di questo quarto di secolo, dai contraccolpi di una difficile riunificazione. E spiega perché, negli ultimi frangenti di questo trentennio, le risorse del parlamentarismo razionalizzato continuino ad essere una difesa indiscussa dai rischi della maggiore radicalizzazione del confronto politico, e l'impianto dei *Grundrechte* sia diffusamente avvertito come un fattore di crescita proiettata nel futuro della società anche nella sua dimensione intertemporale. E spiega, infine, perché l'esperienza costituzionale tedesca riveli un ruolo così forte del *Bundesverfassungsgericht*, chiamato ad un prudente adeguamento del *Grundgesetz* alle pressioni della complessità sociale ed a quelle delle interdipendenze transnazionali, come sembrano dimostrare, tra l'altro, le letture prudenti dei congegni della democrazia protetta, le aperture a nuove istanze di libertà sempre riportate nell'alveo della consolidata dogmatica dei *Grundrechte*, e la declinazione dialettica, ma mai unilaterale, del rapporto tra identità costituzionale tedesca e tradizioni costituzionali comuni.

7. *La comparazione tra Italia e Germania negli itinerari della dottrina italiana*

È interessante incrociare ora gli spunti di riflessione che emergono dall'esperienza tedesca dell'ultimo trentennio con le principali linee di tendenza della comparazione tra Italia e Germania nella nostra cultura costituzionale. Si tratta di un percorso complesso, il quale segue le scansioni della storia costituzionale dei due paesi che hanno fatto da sfondo ad un confronto serrato tra gli studiosi. Sebbene in questo confronto abbia svolto un ruolo decisivo la recezione, da parte della dottrina italiana, delle robuste costruzioni di quella tedesca, Germania ed Italia hanno rappresentato un punto di osservazione reciproco di esperienze condivise della loro storia costituzionale: dal consolidamento dello stato liberalborghese nel processo di unificazione nazionale agli echi del laboratorio weimariano del costituzionalismo democratico del Novecento, dalla fondazione dello stato autoritario in Italia, che precedette di oltre dieci anni l'affermazione del *Behemoth* nazionalsocialista, alle coeve esperienze costituenti del secondo dopoguerra, sviluppatesi, nell'un caso, in un paese che,

[84] Si v. H. Richter, *Demokratie. Eine deutsche Affäre. Vom 18. Jahrhundert biz zur Gegenwart*, München, 2020; H. A. Winkler, *Die Deutschen und die Revolution. Eine Geschichte vom 1848 bis 1989*, München, 2023.

dopo la fine della guerra di liberazione, aveva dato avvio ad una fase costituente aperta ad un'amplissima legittimazione delle forze politiche, e nell'altro caso in un paese nel quale l'approdo ad un modello di democrazia liberale fu ispirato dall'ideologia di alcune forze dell'antifascismo europeo tra le due guerre, ma condizionato dall'occupazione delle potenze occidentali vincitrici.

Ritengo necessaria questa premessa, perché i rapporti tra Germania ed Italia sono stati evidentemente sostenuti da risalenti filoni di reciproca attrazione culturale, che hanno riguardato la scienza giuridica, ma anche la filosofia, la letteratura, l'arte, e tuttavia sono suscettibili di una lettura *kulturwissenschaftlich* anzitutto in quanto essa richiede una sensibilità intrinsecamente storica, dal momento che tali rapporti si sono sviluppati con l'occhio sempre rivolto all'osservazione ed al confronto di "esperienze" costituzionali, nella concretezza del loro storico manifestarsi. Mi sembra pertanto superficiale l'affermazione che il rapporto dei giuristi liberali con la Germania si sia risolto per intero nella recezione del giuspositivismo costruttivistico di Laband e nel progetto orlandiano della fondazione su basi scientifiche, su quella scia, del diritto pubblico. Sebbene sia difficile contestare il peso della dogmatica dello *Staatsrecht* tedesco, e dell'ircocervo liberale-autoritario che ad esso faceva da sfondo, sulla scienza giuridica dell'Italia liberale, è possibile intravvedere linee di contrasto che non sono situabili soltanto lungo l'asse del prima e del dopo la cosiddetta svolta orlandiana del metodo. Si spingono, al contrario, fino alle soglie della dittatura fascista, con l'approdo romaniano al pluralismo giuridico e soprattutto l'attacco durissimo alla dogmatica dei diritti pubblici soggettivi, mosso negli anni della dittatura da parte della cultura liberale del nostro paese, dalle pagine taglienti in *Etica e politica* di Benedetto Croce (1931) a *I diritti di libertà* di Francesco Ruffini (1926).

Occorre domandarsi se la svolta orlandiana non abbia avuto, oltre che un significato metodologico[85], un altrettanto netto significato politico, in quanto essa fosse stata funzionale all'ultimo tentativo dei giuristi liberali di attrezzare il liberalismo giuridico di strumenti idonei a contrastare l'ascesa delle forze sociali che si affacciavano prepotentemente sulla scena dello stato monoclasse borghese, il quale poteva essere salvato dagli attacchi portati ad esso da giuristi «troppo sociologi o troppo filosofi» soltanto rinchiudendosi nelle neutralizzazioni della purezza del metodo. Del resto, già prima delle prolusioni orlandiane e della recezione di Jellinek, che si collocano oramai agli albori dell'età giolittiana, il dibattito sulla crisi del parlamentarismo, svoltosi negli ultimi due decenni del XIX secolo, manifesta il dissidio tra gli studiosi che guardarono con ammirazione al modello parlamentare inglese, il quale, a partire dal *Reform*

[85] Sul quale è d'obbligo il riferimento a G. Cianferotti, *Il pensiero di Vittorio Emanuele Orlando e la giuspubblicistica italiana tra Otto e Novecento*, Milano, 1980.

Bill del 1832, era riuscito a coniugare stabilità degli assetti di governo, apertura del suffragio elettorale e consolidamento della forma partito, e gli esponenti del liberalismo conservatore, alfieri, da Palma a Bonghi ad Arcoleo, di un progetto costituzionale liberale-autoritario, i quali al modello bismarckiano della monarchia costituzionale guardavano come all'unico baluardo possibile al fine di preservare l'egemonia borghese dall'allargamento dello spazio pubblico ai suoi potenziali nemici[86].

Non è pertanto, in questa temperie storica, soltanto la recezione della dogmatica statualistica ereditata dai giuristi del *Kaiserreich* a dividere la scienza giuridica italiana, ma un acceso confronto comparatistico, e perciò essenzialmente critico, nel giudizio sulle robuste architetture dello *Staatsrecht* e sulla loro utilizzazione politica. La comparazione di Palma, Brunialti, Arangio Ruiz, Arcoleo appare davvero come il terreno della frattura tra il liberalismo conservatore ed un liberalismo "di una specie nuova", che guardava all'Inghilterra e, con occhio privo di pregiudizi antidemocratici, alla Francia della Terza Repubblica, precorrendo la svolta parlamentaristica e riformatrice dell'età giolittiana[87]. E peraltro la suggestione dell'apparato concettuale e sistematico dello *Staatsrecht* resterà molto forte nella dottrina giuspubblicistica italiana anche dopo il tracollo dello stato liberale e dopo che la *Verfassungslehre* weimariana avrebbe agitato le acque di un edificio così poderoso. Con alcune significative eccezioni: quella di Gaetano Mosca, la cui teoria della classe politica si muoveva in un orizzonte storico così ampio che gli consentiva di guardare con occhio profondamente critico ad un'esperienza divisa per secoli tra pulsioni universalistiche e *Kleinstaaterei*[88]*;* e quella di Costantino Mortati, la cui teoria della costituzione materiale nasce da una rilettura dei classici weimariani attraverso il filtro delle teorie elitiste della politica[89].

E tuttavia negli anni della dittatura il rapporto con la cultura costituzionale tedesca appare problematico. Ne subiscono il fascino giuristi giovani, come Franco Pierandrei e Carlo Lavagna, che ad essa dedicheranno due importanti monografie, rispettivamente, su *I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione*

[86] Nell'ampia letteratura si rinvia, anche per ulteriori indicazioni, a L. Borsi, *Storia, nazione, costituzione. Palma e i "preorlandiani"*, Milano, 2007; e T.E. Frosini, *L'antiparlamentarismo ed i suoi interpreti*, in *Rivista AIC*, 2008.

[87] È d'obbligo il richiamo a M. Galizia, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Arch. Giuridico Serafini*, 1963, 103 ss.

[88] Su Mosca nei dibattiti costituzionali di fine secolo v. L. Borsi, *Classe politica e costituzionalismo. Mosca, Arcoleo, Maranini*, Milano, 2000, 53 ss.

[89] Sia consentito rinviare, per qualche sviluppo di questa lettura di Mortati, al mio *Costantino Mortati, la "costituzione materiale", la Costituzione repubblicana. Spunti di riflessione*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 3, 2023; e soprattutto a M. Fioravanti, *Il concetto di costituzione in senso materiale*, in *Historia constitucional*, n. 12, 2011, 295 ss.

della dottrina germanica (1940) e su *La dottrina nazionalsocialista del diritto e dello stato* (1938), mentre può dirsi assente la recezione dei classici weimariani, e quella di Carl Schmitt limitata ad un'opera nel complesso minore, *La dottrina giuridica del nazionalsocialismo*, tradotta da Delio Cantimori, un grande storico con una profonda consuetudine con la *Kultur* tedesca e con le inquietudini del «furibondo cavallo ideologico» del Novecento[90]. E così, mentre la dogmatica statualistica del *Reich* guglielmino, soprattutto attraverso la lezione di Otto Mayer e di Rudolf von Gneist, transita nell'opera dei giuristi italiani che, da Ranelletti a Bodda a D'Alessio, tentano l'innesto del *Rechtstaat* sull'apparato dello stato autoritario[91], la cultura del regime sembra percorrere altre strade, rifacendosi ad una lettura totalizzante dello stato etico hegeliano, come, da angolazioni diverse, nella teorizzazione dello "statismo", non per caso contrapposto allo statalismo, da parte di Sergio Panunzio, e nella gentiliana *Genesi e struttura della società*[92].

8. *La Legge fondamentale nella riflessione della dottrina italiana sulla Costituzione repubblicana*

Dopo l'avvento della Repubblica, il confronto fra Germania ed Italia prende a percorrere nuove strade. Si svilupperà anzitutto una fruttuosa comparazione tra due esperienze costituzionali coeve, sorte dalla fuoriuscita dallo stato totalitario e segnate da comuni suggestioni delle culture costituzionali dell'antifascismo europeo tra le due guerre[93]. La storia conferì pertanto al *Grundgesetz* così come alla Costituzione repubblicana il carattere di "costituzioni per valori", declinato peraltro con accenti diversi, a causa del quadro differente delle forze politiche che parteciparono ai rispettivi processi costituenti. Per quanto riguarda la nostra Carta costituzionale, un livello assai più tenue nella razionalizzazione della forma di governo parlamentare, e la costruzione di diritti della

[90] Riprendo il titolo di una bella raccolta di scritti cantimoriani sul Novecento: D. Cantimori, *Il furibondo cavallo ideologico. Scritti sul Novecento*, edizione a cura di F. Torchiani, Macerata, 2019.

[91] Da una angolazione più generale, il tema della continuità tra liberalismo giuridico e esperienze autoritarie della prima metà del Novecento è esplorato da G. Ridolfi, *Identità e continuità dello stato. Un'indagine filosofico-giuridica*, Roma, 2022.

[92] Si v. A. Amato, *L'etica oltre lo stato. Filosofia e politica in Giovanni Gentile*, Sesto San Giovanni, 2011. Sullo *statismo* di Sergio Panunzio rinvio al mio *Sulla fondazione teorica della "dottrina dello stato": i giuspubblicisti della Facoltà romana di Scienze politiche dalla istituzione della Facoltà al 1943*, in F. Lanchester, a cura di, *Passato e presente della Facoltà di Scienze politiche*, Milano, 2003, 109 ss.

[93] Si v. il saggio risalente, ma ancora utile ed informato, di S. Basile, *La cultura politico-istituzionale e le esperienze tedesche*, in U. De Siervo, a cura di, *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, Bologna, 1980, 45 ss.

personalità embricati nella pari dignità sociale e nel principio di eguaglianza sostanziale. E per quanto riguarda il *Grundgesetz* un impianto robustissimo del sistema dei *Grundrechte*, che non conosce le aperture della "costituzione economica" della Costituzione di Weimar come della nostra Costituzione e di quella, egualmente coeva, della Quarta Repubblica francese; una democrazia parlamentare che salda *Kanzlerdemokratie* e centralità del *Bundestag* ed è protetta dal sovvertimento delle forze antisistema; un modello autonomistico che, riscoprendo la fiducia nella coesione assicurata dal principio federativo, si fonda sull'integrazione tra il livello statale ed il livello federale. Si comprende perché quello tra Germania ed Italia sia apparso come un terreno privilegiato della comparazione, anche nelle ricorrenti discussioni sulle riforme, nelle quali è stato quasi d'obbligo, con qualche sofferenza del comparatista abituato a diffidare di trapianti meccanici, il richiamo all'ordinamento tedesco, dalla sfiducia costruttiva alla *Sperrklausel*, dalla regolazione della democrazia interna dei partiti al *Modell Bundesrat*, al principio di sussidiarietà.

Sullo sfondo della comparazione tra le due esperienze costituzionali, considerate nel loro sviluppo all'interno di società che vivevano tutte le contraddizioni del capitalismo maturo, si intravvedono peraltro scenari culturali più ampi. La nostra Costituzione e il *Grundgesetz* hanno declinato il principio pluralistico nel quadro di un differente equilibrio tra conflitto e consenso. E la letteratura tedesca, già dai primi anni del dopoguerra, si è già ricordato, aveva dato voce ad una certa insofferenza nei confronti della vita, ordinata e solo apparentemente non scossa da inquietudini, della *Bundesrepublik*, così come, penso ai romanzi di Bernard Schlink, a persistenti contraddizioni ed ipocrisie nella liquidazione di un passato assai ingombrante. Allo stesso tempo, le suggestioni offerte dalla Scuola di Francoforte, che avevano trovato larga diffusione nella cultura italiana sulla scia delle inquietudini del sessantotto europeo, portavano i costituzionalisti, in Germania ed in Italia, ad interrogarsi sulle nuove forme di autoritarismo e sulla torsione degli istituti della democrazia rappresentativa nelle società del capitalismo maturo. In un percorso intellettuale che, soprattutto attraverso la lezione di Jürgen Habermas e più tardi di quella di Axel Honneth e di Rainer Forst, approdava alla teorizzazione di una cittadinanza repubblicana fondata su uno spazio pubblico comunicativo e su una democrazia discorsiva sostenuta da un'etica del riconoscimento[94].

Se non si ha presente questo scenario di interrogativi che percorrono le esperienze dello stato costituzionale di democrazia pluralistica, è difficile comprendere perché, dall'inizio degli anni Settanta del secolo scorso, l'attenzione

[94] Si v., sulle ultime generazioni della Scuola di Francoforte, la bella ricostruzione di G. FAZIO, *Ritorno a Francoforte. Le avventure della nuova teoria critica*, Roma, 2020, *passim* e 123 ss.

dei costituzionalisti italiani venga attratta in modo così significativo dall'esperienza della Repubblica di Weimar e dall'imponente laboratorio di teoria della costituzione che maturò all'interno di essa. Contribuì certo a questa riscoperta di Weimar ed a questa importante svolta degli studi costituzionalistici, o fu comunque con esse concomitante, un'atmosfera intellettuale segnata profondamente dalle sfide della complessità sociale e dalla crisi dei tradizionali protagonisti dello spazio pubblico. Nel secondo dopoguerra, invero, l'esperienza weimariana era nel complesso rimasta in ombra, con due eccezioni peraltro significative: il saggio di Mortati del 1946, che aveva centrato, con acume anticipatore, il nodo dell'organizzazione del pluralismo nelle democrazie; e l'importante recezione dell'opera di Kelsen, la quale contribuì alla diffusione, soprattutto grazie all'impegno di Giacomo Gavazzi, anche dei suoi classici sulla democrazia, sul parlamentarismo e sulla giustizia costituzionale, che facevano riconoscere nel maestro praghese uno dei principali oppositori dei totalitarismi del secolo breve. Ora invece, all'inizio degli anni settanta del Novecento, quando si intravvedevano i segnali della difficile gestione del pluralismo nelle società complesse, la riscoperta di Weimar, che riguardava non solo il diritto, ma la filosofia, le arti, il cinema, il teatro, offriva nuove chiavi di lettura e aiutava ad orientarsi meglio fra le inquietudini del nostro tempo, che iniziavano a minacciare da vicino la vocazione delle costituzioni del secondo dopoguerra, con la loro pretesa di fondare una cittadinanza repubblicana su un tessuto di valori condiviso. Ricordo l'effetto che sui giovani studiosi della mia generazione ebbe la comparsa delle prime traduzioni di Neumann, Schmitt, Heller, Kirchheimer, Smend. I classici weimariani affrontavano di petto, e spesso in modo provocatorio, il nodo del rapporto tra conflitto e consenso nelle democrazie pluralistiche, suggerendo percorsi e soluzioni differenti, ora radicalmente antagonistiche (*Freund/Feind:* Schmitt), ora puntando sull'integrazione di una comunità politica attraverso fattori storico-spirituali (Smend), ora sull'organizzazione del conflitto sociale (Heller), ma tutte peraltro portavano alla questione di fondo, quella del mutamento del ruolo delle costituzioni nelle democrazie.

9. *La comparazione con la Germania come comparazione culturale: osservazioni conclusive*

Dedico questo scritto a Salvatore Prisco, giurista "a tutto tondo" di straordinaria sensibilità culturale, amico carissimo e interlocutore prezioso dei miei itinerari di studio, con il quale ho condiviso la convinzione che il giurista muove i suoi passi nella storicità dell'esperienza giuridica, e che il costituzionalista, e più ancora il costituzionalcomparatista, deve avere lo sguardo mai chiuso nelle astrattezze della dogmatica, ma aperto agli apporti indispensabili della

storia, della scienza politica, della filosofia politica, della letteratura. Non è evidentemente, questo contributo che dedico al *Liber amicorum* in suo onore, una ricostruzione completa del ricchissimo dibattito costituzionale apertosi in Germania dopo la riunificazione. È piuttosto una raccolta di schede di lettura, e la rievocazione di tanti incontri, di tanti colloqui e di tante esperienze intellettuali, perché il trentennio trascorso è stato per me anche quello dei rapporti più intensi che, dopo gli anni della formazione, ho intrattenuto con maestri, colleghi e studiosi tedeschi. Pertanto il mio angolo di osservazione non può essere "distanziato", dal momento che il mondo culturale tedesco, non solo quello della scienza giuridica, ha accompagnato molto a lungo il mio itinerario scientifico ed intellettuale. Con la modestia che è in questo caso è d'obbligo, faccio mie le notazioni con le quali Benedetto Croce accompagnò nel 1931 l'invio a Thomas Mann della sua *Storia d'Europa nel secolo XIX*: «ma pensi che io mi sono educato sui libri e nel pensiero tedesco, e che molte delle mie critiche sono critiche a me stesso… e ormai tutti abbiamo fatto e facciamo il nostro esame di coscienza»[95].

E forse è anche per questa motivazione autobiografica, oltre che per l'approdo convinto ad una visione storico-culturale della comparazione, che il lungo e complesso itinerario della comparazione con l'esperienza tedesca, che ho provato a sintetizzare, rifugge da un approccio alla comparazione di taglio meramente descrittivo o prevalentemente tassonomico, approcci che non consentono, tra l'altro, di collocare tanti tasselli dell'attualità istituzionale tedesca nello scenario delle sfide della globalizzazione e della complessità sociale allo stato costituzionale. Occorre muovere invece dalla premessa che gli sviluppi dello stato costituzionale, soprattutto nei periodi di crisi, richiedono una prospettiva comparativa non solo europea, ma globale. Ad uno studioso per il quale la *deutsche Reise* ha rappresentato il passaggio fondamentale del suo itinerario scientifico non resta che auspicare che la prosecuzione di un itinerario così ricco del confronto italo-tedesco segua la traccia di un approccio dagli orizzonti slargati. Un confronto che, ripercorrendo la mia storia intellettuale, mi ha aiutato in maniera decisiva a scoprire le risorse di un approccio *kulturwissenschaftlich* alla comparazione. Solo questo approccio, alimentato dal dialogo, oltre che con i giuristi, con alcuni grandi mentori, da Thomas Mann a Karl Löwith, da Friedrich Meinecke a Werner Jaeger, può consentire di apprezzare tutte le virtualità della comparazione. Ad essa la cultura appresta tutti gli strumenti di un approccio critico, capace di scavare sotto la ricchissima traccia dei formanti, per giungere a toccare davvero l'*Abgrund* dell'esperienza giuridica.

[95] Cfr. *Croce-Mann. Lettere 1930-36*, edizione a cura di E. Paolozzi, E. Cutinelli Rendina, Napoli, 1991, 5.

Andrea Ridolfi[*]

EMERGENZA E COSTITUZIONE (IN DIALOGO CON SALVATORE PRISCO)[**]

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il dibattito sulla sospensione dei diritti. – 3. L'emergenza Covid-19. – 4. Costituzionalizzare l'emergenza?

1. *Premessa*

Nell'ambito della sua pluridecennale riflessione su diversi argomenti del diritto costituzionale e pubblico, Salvatore Prisco si è occupato anche della problematica dell'emergenza in un lavoro pubblicato assieme a Fulvia Abbondante nel marzo 2020, durante il primo periodo di chiusure per evitare la diffusione del virus SARS-Cov-2[1]. Analizzando le restrizioni introdotte, Prisco ha rilevato che, da un punto di vista formale, era tutto in regola (le limitazioni

[*] Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate nell'Università di Roma *Sapienza* e titolare del contratto di docenza integrativa in diritto costituzionale presso l'Università *LUISS Guido Carli* di Roma.

[**] Una versione rielaborata ed ampliata di questo lavoro è in corso di pubblicazione con il titolo *Costituzionalizzare l'emergenza? Qualche riflessione a partire da uno scritto di Salvatore Prisco e Fulvia Abbondante*.

[1] Cfr. S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it* (24-3-2020). Sull'emergenza Covid-19, si vedano anche G. AZZARITI (a cura di), *Costituzione e pandemia. Seminari dell'a.a. 2021/2022*, Napoli, 2023; G. BARCELLONA, *Prolegomeni di diritto emergenziale. Tutele di sanità pubblica e diritti umani*, Napoli, 2021; M. CAVINO, L. CONTE, S. MALLARDO, M. MALVICINI (a cura di), *Un'imprevista emergenza nazionale. L'Italia di fronte al Covd-19*, Napoli 2020; A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem? Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza Coronavirus*, Modena, 2020; A. D'ALOIA, *Il diritto e l'incerto del mestiere di vivere. Ricerche di biodiritto*, Milano, 2021, 299 ss.; U. DE SIERVO, *Il contenimento di Covid-19: interpretazioni e Costituzione*, Modena, 2021; G.P. DOLSO, *Circolare liberamente. Principi, interpretazioni e disciplina emergenziale*, Napoli, 2021, 85 ss.; S. LIETO, *Emergenza e compatibilità costituzionale tra limitazione dei diritti, concentrazione dei poteri e sicurezza*, Napoli, 2023; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 558 ss.; M. LUCIANI, *Salus*, Modena, 2022; F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020; I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Rivista AIC*, 1/2021, 98 ss.; V. PIERGIGLI, *Diritto costituzionale dell'emergenza*, Torino, 2023, 150 ss.; E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, 2/2021, 64 ss.; F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, 253 ss.; O. SPATARO, *Stato di emergenza e legalità costituzionale alla prova della pandemia*, in *Federalismi.it*, 11/2022, 158 ss.

alla libertà di riunione e di circolazione erano giustificate da esigenze di sanità e sicurezza; i d.p.c.m. con cui il Governo operava avevano fondamento nel d.l. n. 6/2020), ma, ad una analisi realistica, la Costituzione era stata sospesa[2]. In particolare, a suo avviso, si stava realizzando quella che Carl Schmitt aveva chiamato una dittatura commissaria[3].

Per quanto la strada di governare l'emergenza tramite l'adozione di decreti-legge fosse la più diretta e controllabile *ex post* dalle Camere in sede di conversione e dal Presidente della Repubblica, sia in sede di emanazione del decreto che in sede di promulgazione della legge di conversione[4], essa era la meno percorribile non solo in virtù degli stringenti limiti alla libertà di circolazione che colpivano tutti i cittadini, compresi gli esponenti della classe politica, ma anche per la necessità di ridurre le possibilità di contagio, il che aveva imposto una riunione a ranghi ridotti delle Camere, stante il rifiuto, da parte dei Presidenti dei due rami del Parlamento, di autorizzare riunioni telematiche[5].

Di qui, per Prisco, la scelta di operare tramite decreti paranormativi, facendo ricorso ad una variante particolare dello schema previsto dall'art. 76 Cost., in cui i principi, i criteri e l'oggetto della delega erano posti dal d.l. n. 6/2020, seppur in modo non stringente, ed in cui il termine finale di esercizio era individuabile solo riferendosi al momento del superamento dello stato di emergenza[6]. Il problema era rappresentato dal fatto che i d.p.c.m. eludevano non solo il controllo delle Camere, ma anche quello del Presidente della Repubblica, e finanche quello della Corte costituzionale[7]. Tutto questo portava

[2] Cfr. S. Prisco, F. Abbondante, *op. cit.*, cit., 3. Di una serie cospicua di limitazioni della libertà di circolazione che confina con una vera e propria sospensione della stessa, parla anche G.P. Dolso, *op. cit.*, 106-107, secondo cui sembra evidente che ne sia stato intaccato il nucleo essenziale per alcuni periodi, nemmeno tanto brevi. Nega invece che ci sia stata sospensione della Costituzione O. Spataro, *op. cit.*, 173.

[3] Cfr. S. Prisco, F. Abbondante, *op. cit.*, 4. Sulla distinzione tra dittatura commissaria e sovrana, invece, si veda C. Schmitt, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, tr. it. a cura di A. Caracciolo, II ed., Roma, 2006, 21 ss., 165 ss.

[4] In senso simile, A. Lucarelli, *op. cit.*, 566, secondo cui l'emergenza sanitaria andava ricompresa nei casi di straordinaria necessità ed urgenza previsti dall'art. 77 Cost., lasciando al decreto-legge, e non ai d.p.c.m., il ruolo della fonte dominante e protagonista.

[5] Si veda S. Prisco, F. Abbondante, *op. cit.*, 4. Un auspicio a introdurre un diritto parlamentare dell'emergenza, con la possibilità, in casi eccezionali, di ammettere il voto a distanza con dispositivi telematici è in I.A. Nicotra, *op. cit.*, cit., 148 ss., allo scopo di evitare un progressivo ed inesorabile esautoramento delle Camere. Assolutamente contrario è, invece, M. Luciani, *op. cit.*, 36 ss., che parla di coraggio civile del Parlamento nel respingere la comoda soluzione da remoto.

[6] Cfr. S. Prisco, F. Abbondante, *op. cit.*, cit., 4. Di una delega in bianco ai d.p.c.m. da parte del d.l. n. 6/2020, parlano anche A. Celotto, *op. cit.*, 43; A. D'Aloia, *op. cit.*, 314; A. Lucarelli, *op. cit.*, 562 e 572; V. Piergigli, *op. cit.*, 162.

[7] Si veda S. Prisco, F. Abbondante, *op. cit.*, 5. Una preoccupazione simile è espressa da O. Spataro, *op. cit.*, 175-176. Si veda anche E. Griglio, *La parlamentarizzazione dei DPCM*

Prisco a ritenere che si fosse trattato di un adattamento in concreto di poteri necessari per lo stato di guerra *ex* art. 78 Cost., ma senza una formale delibera parlamentare autorizzativa, che sarebbe stata comunque necessaria[8].

Sulla base di queste osservazioni, Prisco riteneva necessario introdurre una revisione costituzionale che, integrando gli artt. 77, 78 e 120 Cost., indicasse ciò che cosa si poteva fare e ciò che non si poteva fare, e chi fosse legittimato a farlo nell'eventuale gabinetto della crisi. A sua volta, il gabinetto avrebbe dovuto rispondere sia alle assemblee parlamentari che al Presidente della Repubblica, organi la cui azione si sarebbe collocata all'inizio e alla fine del procedimento, con le Camere chiamate a fare una sorta di consuntivo, e, eventualmente, a sanare le illegittimità *medio tempore* intercorse, che non fosse stato possibile correggere immediatamente a causa del carattere convulso degli eventi[9].

Prisco ha ribadito le proprie tesi in due ulteriori interventi, ovverosia nelle conclusioni finali del libro sull'emergenza curato da Francesca Niola e Michela Tuozzo[10], e in un breve intervento dello scorso anno sulle riforme costituzionali[11], dove ha avuto modo di commentare anche la proposta di revisione costituzionale avanzata dall'on. Tomasi[12]. In tutti questi tre interventi emerge chiaramente la necessità di un rafforzamento dei controlli di tipo parlamentare, proprio allo scopo di evitare che, dallo stato di emergenza, si possa giungere allo stato di eccezione.

Le questioni poste da Prisco non sono affatto marginali. In generale, si può dire che l'emergenza comporta un'espansione di potere in capo all'esecutivo, l'unico in grado di operare velocemente una risposta nei riguardi della situazione imprevista. Se quindi la concentrazione di potere in capo al Governo è una conseguenza logica dell'emergenza[13], è necessario che tale concentrazione

"pandemici": un caso di inversione dell'onere della prova, ne *Il Filangieri*, 2020, 27 ss., che sottolinea (ivi, 32-33) la loro non soggezione alle garanzie procedurali previste dall'art. 17 l. n. 400/1988, né ai controlli da parte del Presidente della Repubblica.

[8] Si veda nuovamente S. Prisco, F. Abbondante, *op. cit.*, 5.

[9] Ivi, 6.

[10] Cfr, S. Prisco, *Gli insegnamenti istituzionali della crisi del coronavirus*, in F. Niola, M. Tuozzo (a cura di), *Dialoghi in emergenza*, Napoli, 2020, 461 ss.

[11] Si veda Id., *Forse la volta buona? Istruzioni scettiche per riforme costituzionali (e non solo) finalmente condivise*, in *Federalismi.it* (7-6-2023), 10 ss.

[12] Ivi, 11-12. Per una rassegna delle proposte di revisione costituzionale tese a costituzionalizzare l'emergenza, si veda V. Piergigli, *op. cit.*, cit., 124 ss.

[13] Si veda L. Violante, *Introduzione*, in A. Pajno, L. Violante (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of Law nella società, I. Problemi di governo*, Bologna, 2021, 9 ss., che sottolinea come l'emergenza segni l'ora degli esecutivi, ma gli esecutivi non apparecchiano pranzi di gala. Sulla concentrazione di potere in capo all'autorità di governo, si soffermano anche P.G. Grasso, *Pieni poteri*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, Torino, 1966, 61 ss.; C.

sia temporanea[14], in modo da evitare abusi. Si possono infatti creare situazioni in cui la sopravvivenza di un ordinamento richiede l'adozione di misure che finiscono per essere (in tutto o solo in parte) incompatibili con la tutela dei diritti[15].

La nostra carta costituzionale, a differenza di altre[16], è priva di clausole che consentano di attivare regimi speciali per fronteggiare eventuali emergenze, limitando o sospendendo, a determinate condizioni, alcune libertà fondamentali[17]. Si pone quindi la questione fondamentale: le deroghe al regime costituzionale durante l'emergenza Covid-19 hanno configurato una mera sospensione di alcuni diritti previsti dalla Costituzione repubblicana, o l'avvento di una vera e propria Costituzione dell'emergenza, alternativa alla Costituzione vigente? E l'eventuale possibilità di prevedere in costituzione regimi emergenziali può essere in qualche modo una soluzione plausibile?

La questione se introdurre o meno nel testo costituzionale una clausola riguardante l'emergenza è stata affrontata anche da altri studiosi, e le risposte,

Graziani, *Sicurezza e diritti in tempo di terrorismo internazionale. Tra endiadi e antitesi*, Napoli, 2022, 43 ss.

[14] Cfr. R. Bifulco, *Diritto costituzionale*, II ed., Torino, 2022, 27-28, il quale cita come emblematico l'istituto della dittatura nell'esperienza giuridica romana. Su temporaneità e provvisorietà come caratteri distintivi dell'emergenza, si soffermano anche M. Luciani, *op. cit.*, 58 ss.; G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003, spec. 16-17, 71 ss., 149 ss.; P. Pinna, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988, 58 ss.

[15] Così C.J. Friedrich, *L'uomo, la comunità, l'ordine politico*, tr. it. a cura di S. Ventura, Bologna, 2002, 181. In senso simile, si veda P.G. Grasso, *op. cit.*, 65, secondo cui i pieni poteri comportano un abbandono, sia pur temporaneo, dei principi del costituzionalismo, con deroghe alle discipline normali delle funzioni statali e dei diritti fondamentali. Si vedano anche F. Rigano, M. Terzi, *Lineamenti dei diritti costituzionali*, Milano, 2021, 84, che qualificano come emergenza tutte quelle circostanze di fatto che mettono in concreto pericolo sia i diritti che il funzionamento delle istituzioni costituzionali. Sul rapporto tra emergenza e diritti, infine, si vedano G. Bascherini, *L'emergenza e i diritti. Un'ipotesi di lettura*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2003, 3 ss.; M. Olivetti, *Diritti fondamentali*, Torino, 2018, 133 ss.

[16] Per una analisi comparata, si vedano A. Buratti, *Tra regola ed eccezione. Le ragioni del costituzionalismo di fronte all'emergenza*, in F.S. Marini, G. Scaccia, *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, cit., 1 ss.; A. Celotto, *op. cit.*, 55 ss.; G. Morelli, *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno. La Legge Fondamentale di Bonn comparata con le costituzioni francese e italiana*, Milano, 1966; P. Piciacchia, *Lo stato di emergenza e il tortuoso cammino del controllo parlamentare*, in C. Murgia (a cura di), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Torino, 2017, 773 ss.; V. Piergigli, *op. cit.*, 213 ss.; G. Rolla, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2015 (15-5-2015).

[17] Sulla mancanza di clausole nella Costituzione repubblicana che prevedano la sospensione o la limitazione dei diritti in caso di emergenza, insistono G. Bascherini, *op. cit.*, 32; R. Bifulco, *op. cit.*, cit., 364; A. Buratti, *op. cit.*, 8 ss.; M. Olivetti, *op. cit.*, 134 ss.

come è logico, sono state diverse tra loro[18]. Il pericolo dietro i ricorsi allo stato di emergenza è quel che Bruce Ackerman ha chiamato «il governo in nome dell'emergenza», che ha come caratteristiche peculiari quello di invocare la crisi, di giustificare, sulla base della crisi invocata, un'azione governativa dubbia o palesemente illegale, e di lasciare conseguenze giuridiche durature, destinate a permanere a lungo anche dopo che è cessata la crisi[19]. Occorre tenere presente, infatti, che provvedimenti temporanei ricorrenti si cristallizzano in norme, e, in condizioni di crisi, lo stato di emergenza tende a divenire regola[20]. Che una situazione emergenziale possa produrre conseguenze durature anche dopo la cessazione dello stato di fatto che lo ha generato è una circostanza più ricorrente di quel che si pensi[21].

In questo contributo, compatibilmente con il numero ridotto di caratteri a disposizione, proverò a rispondere a questi interrogativi. Partirò dall'illustrazione del dibattito in dottrina sulla possibilità di sospendere in tutto o in parte i diritti costituzionali, per poi affrontare la questione dell'emergenza Covid-19. Concluderò infine il lavoro prendendo in esame l'ipotesi di Prisco sulla costituzionalizzazione dell'emergenza.

2. *Il dibattito sulla sospensione dei diritti*

La mancata previsione costituzionale dello stato di emergenza nella Costituzione repubblicana non ha comunque fatto venire meno il dibattito da parte della dottrina[22]. Una prima questione si poneva in ordine alla possibilità di

[18] Si vedano, in proposito, G. De Minico, *Costituzione, emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016, 277 ss.; M. Luciani, *Una norma costituzionale per l'emergenza?*, in A. Pajno, L. Violante, *Biopolitica, pandemia e democrazia, I*, cit., 67 ss.; P. Milazzo, *Le fonti del diritto e le diverse risposte ad una emergenza simmetrica: qualche lezione francese sul "rendimento" delle clausole di emergenza costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, fasc. spec., 409 ss.; V. Piergigli, *op. cit.*, 261 ss.

[19] Si veda B. Ackerman, *Tutti i poteri del Presidente. Declino e caduta della Repubblica americana*, tr. it. a cura di G. Guazzaloca, Bologna, 2012, 106. Sui rischi del prolungamento temporale della normativa emergenziale, in confronto al regime ordinario degli atti e delle norme, si veda anche V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, 227 ss.

[20] Così C.J. Friedrich, *Governo costituzionale e democrazia*, tr. it. a cura di M. Grego, Vicenza, s.d., 831.

[21] Si veda A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, III ed., Padova, 2003, 347, secondo cui l'esperienza dimostra che spesso la legislazione dell'emergenza abbia finito per confondersi con la normazione ordinaria, come stigmatizzato dalla Corte costituzionale nella sentenza 15/1982.

[22] Per una ricostruzione, si veda anche G. Bascherini, *op. cit.*, 33 ss.

limitare o sospendere i diritti costituzionali[23]. Se questa possibilità sembra pacifica in caso di deliberazione dello stato di guerra[24], molto più complessa è la questione circa lo stato di emergenza[25]. Questione strettamente collegata alla prima, ed ugualmente controversa, è anche la applicabilità dell'art. 78 Cost., riguardante la guerra, alle emergenze interne: di fronte a opinioni dottrinali favorevoli in questo senso[26], si sono ritrovate molte opinioni di segno opposto[27].

Per quanto riguarda la sospensione dei diritti, un primo orientamento, ascrivibile a Meuccio Ruini, negava che, al di fuori delle ipotesi previste dagli artt. 77 e 78 Cost., si potesse derogare alle leggi vigenti. Di conseguenza, secondo Ruini, i poteri di emergenza previsti dalla normativa fascista – come, ad esempio, il T.U.L.P.S. – erano gravati da sospetto di incostituzionalità[28]. In un precedente scritto sul Parlamento nella Costituzione repubblicana[29], Ruini aveva difeso la scelta di disciplinare i decreti-legge proprio per la constatazione che il silenzio non avrebbe sbarrato la porta ad essi, ma, anzi, ne avrebbe

[23] La possibilità di sospendere i diritti costituzionali in casi di emergenza era ammessa da G. Morelli, *op. cit.*, 308 ss., secondo cui il silenzio esplicito della Costituzione era da ritenersi casuale, in quanto, a suo avviso, un'interpretazione sistematica dell'art. 78 Cost. che dell'art. 77 Cost. legittimavano una simile affermazione.

[24] Si veda M. Olivetti, *op. cit.*, 133-134, che da ciò trae la conclusione che, in caso di deliberazione dello stato di guerra, le Camere possano sospendere in tutto o in parte i diritti costituzionali. In senso simile, anche P.G. Grasso, *op. cit.*, cit., 69, il quale ritiene che, in caso di guerra, possano essere sospese non solo le disposizioni legislative vigenti, ma anche le disposizioni costituzionali. Di diverso avviso, invece, sembrano F. Rigano, M. Terzi, *op. cit.*, 86, secondo cui se lo stato di guerra ammette che i poteri eccezionali attribuiti al Governo possano comprimere i diritti fondamentali, nondimeno la compressione non è assoluta e priva di limite alcuno, in quanto vi sarebbe un perimetro costituzionale entro il quale l'operatività dei diritti può essere ristretta in tempo di guerra (la necessaria proporzionalità delle misure adottate, la delimitazione di quelle misure nel tempo e il fatto che i diritti possano essere attenuati, ma non eliminati).

[25] Cfr., in proposito, A. Pace, *op. cit.*, 338, secondo cui è privo di senso pratico, nonché giuridicamente scorretto, dedurre che nel nostro ordinamento, tranne l'ipotesi di conferimento al Governo dei poteri necessari in caso di deliberazione dello Stato di guerra, non esisterebbe la possibilità di dichiarare lo stato di emergenza, e, di conseguenza, il potere governativo di sospendere in via generale, anche se solo per un periodo limitato, l'efficacia delle disposizioni costituzionali attributive di diritti.

[26] Cfr. M. Ruini, *La nostra e le cento Costituzioni del mondo. Commenti e note alla nostra Costituzione*, Milano, 1962, 529, secondo cui l'espressione *poteri necessari* era da intendersi non solo come misure necessarie alla guerra esterna, ma anche all'ordine interno. In senso simile, si veda A. Celotto, *op. cit.*, 60-61, il quale riteneva applicabile l'art. 78 Cost. all'emergenza Covid in base ad una interpretazione estensiva ed evolutiva della nozione di guerra.

[27] Si veda U. De Siervo, *op. cit.*, 24, il quale nega recisamente l'applicabilità dell'art. 78 Cost. alla emergenza Covid.

[28] Cfr. M. Ruini, *op. cit.*, 529-530.

[29] Si veda Id., *Il parlamento nella nuova Costituzione*, in Aa.Vv., *Il centenario del Parlamento (8 maggio 1848-8 maggio 1948)*, Roma, 1948, 399 ss.

determinato l'arbitrio e l'abuso, in quanto, a suo avviso, era meglio stabilire le limitazioni più rigorose ed efficaci, anziché utilizzare il divieto o il silenzio[30].

Un secondo orientamento, che va fatto risalire a Carlo Esposito, individuava nel decreto legge la fonte idonea a sospendere in tutto od in parte i diritti costituzionali nelle situazioni di emergenza, sulla base di una interpretazione testuale dell'art. 77, co. 3, Cost., e dell'art. 78 Cost.[31]. Secondo Esposito, l'art. 77, co. 3, Cost. sarebbe stato privo di significazione pratica, ove si fosse escluso che i provvedimenti del Governo avrebbero potuto eccedere i limiti delle leggi ordinarie, in quanto, se così fosse stato, le leggi ordinarie non avrebbero potuto senza particolare autorizzazione della Costituzione disciplinare rapporti ad esse sottratti[32]. Quanto all'art. 78 Cost., esso confermava che vi potevano essere leggi ordinarie che, in rapporto alla necessità delle situazioni, potevano legalizzare provvedimenti che andavano oltre il disponibile con legge ordinaria (come, ad esempio, conferire al Governo la sospensione delle garanzie costituzionali in caso di guerra)[33].

Tuttavia, per quanto i decreti-legge potessero disporre oltre i limiti della legge ordinaria, essi incontravano i limiti insuperabili derivanti dalla configurazione stessa dell'istituto in Costituzione, in quanto presupponevano un Governo responsabile, Camere funzionanti ed in grado di sostituire provvedimenti definitivi a quelli provvisori adottati dal Governo, e la possibilità di essere sindacati dalla Corte costituzionale[34] In virtù di questi limiti, i provvedimenti previsti dall'art. 77 Cost. potevano dare luogo al massimo a rotture o sospensioni della Costituzione, ma mai a mutamenti o a revisione della Costituzione[35]. In questa ottica, Esposito criticava la tesi della necessità come fonte dei decreti-legge, perché, a suo dire, la necessità, nella sua indeterminatezza, non poteva fungere da fonte di competenze giuridiche specifiche e determinate. Inoltre, se la necessità fosse stata fonte del diritto, essa non poteva che essere fonte esclusiva del diritto, con la logica conseguenza che non poteva essere considerato diritto positivo tutto ciò che non derivava da essa[36].

Una ricostruzione diversa era stata prospettata da Costantino Mortati, secondo il quale il ricorso al decreto-legge, che aveva forza di legge ordinaria, per derogare norme di carattere costituzionale, non aveva fondamento, in quanto

[30] Ivi, 424.

[31] Cfr. C. Esposito, *Decreto legge*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962, 831 ss., spec. 852 ss.

[32] Ivi, 853.

[33] *Ibidem*.

[34] Ivi, 864-865.

[35] Ivi, 843-844.

[36] Ivi, 834.

la eventuale conversione di provvedimenti di urgenza adottati *ex* art. 77 Cost. sarebbe dovuta spettare all'organo di revisione, con un tempo decisamente maggiore di quello imposto per la conversione dall'art. 77 Cost.[37]. Da ciò discendeva che, nei casi in cui si rendeva necessaria una sospensione della costituzione, essa trovava la sua giustificazione giuridica nella necessità come fonte, che consentiva la sostituzione di un organo straordinario (il Governo) a quello ordinario (l'organo di revisione costituzionale), quando questo ultimo non poteva intervenire tempestivamente[38]. Questo perché, a suo avviso, si potevano verificare situazioni in cui la necessità assurgeva a fonte autonoma del diritto[39].

La posizione di Mortati non era altro che la logica conseguenza di una visione realistica dei fenomeni[40], visione che lo portava ad essere scettico sull'effettività di divieti di sospensione totale o parziale del testo costituzionale. Nella sua voce sulle dottrine generali della costituzione[41], egli arrivava ad esprimere dubbi che una formulazione come quella dell'art. 130 Cost. Belgio – che vietava esplicitamente la sospensione totale o parziale della costituzione – potesse effettivamente preservare da quelle evenienze che imponevano di trascendere l'ordine formale: di conseguenza, a suo dire, non vi era nessuna differenza sostanziale tra l'ipotesi prospettata dalla costituzione belga e quella opposta prevista, invece, dall'art. 92 Cost. Francia 1799, in cui era contemplata la possibilità di sospendere la vigenza della costituzione[42].

[37] Cfr. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, VIII ed., Padova, 1969, tomo I, 639. Sul pensiero di Mortati in materia di emergenza, si vedano anche L. Carlassare, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali in Costantino Mortati*, in M. Galizia, P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, 1990, 479 ss.; G. de Vergottini, *Necessità, costituzione materiale e disciplina dell'emergenza. In margine al pensiero di Costantino Mortati*, in *Diritto e società*, 2/1994, 217 ss.

[38] Cfr. C. Mortati, *op. cit.*, tomo I, 639-640, ove soggiunge che il ricorso alla forma del decreto-legge avrebbe funzioni ed effetti diversi da quelli ordinari, perché servirebbe ad investire subito il Parlamento della sussistenza di queste esigenze, allo scopo non di convertire in legge il decreto, ma di emettere un giudizio sulla opportunità del provvedimento.

[39] Ivi, tomo I, 306 ss.

[40] Si veda G. de Vergottini, *op. cit.*, cit., 228, secondo cui, nel giungere alla conclusione della necessità come fonte-fatto giustificativa, intesa come necessità istituzionale, Mortati non faceva altro che rimanere fedele alla sua dottrina della costituzione materiale.

[41] Cfr. C. Mortati, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962, 139 ss.

[42] Ivi, 194. L'art. 92 Cost. Francia 1799 (Mortati fa riferimento all'art. 93, ma si tratta chiaramente di un refuso) prevedeva che, in caso di rivolta armata o di agitazioni che minacciavano la sicurezza dello Stato, la legge poteva sospendere, nei tempi e nei luoghi da essa stabiliti, la vigenza della costituzione. Tale possibilità poteva essere, nei medesimi casi, dichiarata con un decreto dal Governo, quando il Corpo legislativo fosse in vacanza, a condizione che esso fosse convocato nel più breve termine da un articolo dello stesso decreto. Sulla Costituzione dell'anno VIII, si vedano J.J. Chevallier, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la*

Una posizione ulteriormente diversa era quella di Paolo Barile, secondo cui la soluzione ipotizzabile in caso di emergenza era il varo di una legge costituzionale che sospendesse temporaneamente talune garanzie, lasciando integro il regime giuridico, senza intaccare il nocciolo delle libertà, l'unico veramente immodificabile anche in caso di revisione costituzionale[43]. Tutto questo portava però Barile ad essere scettico sulla possibilità di intervenire con legge ordinaria, tanto da non risparmiare critiche alla sentenza n. 15/1982 della Corte costituzionale, che, a suo dire, poneva condizioni che aprivano una breccia nel principio della rigidità costituzionale, senza neanche indicare quella che a Barile appariva la via maestra, ovverosia quella della legge costituzionale[44]. A maggior ragione, quindi, Barile era critico sulla possibilità di operare tramite ordinanze, che potevano derogare solo alla legge, non alla costituzione[45].

Un altro orientamento era quello espresso da Franco Modugno e Damiano Nocilla[46]. Interrogandosi sul fatto se fosse possibile prevedere e disciplinare stati e regimi di emergenza con legge[47], essi rilevavano la soluzione ottimale era sempre quella rappresentata dall'integrazione costituzionale, ai sensi dell'art. 138 Cost., proprio perché, indipendentemente dalla possibilità che i regimi di eccezione comportassero la sospensione di norme costituzionali e di diritti fondamentali, questi ultimi incidevano comunque nell'ordine costituzionale delle competenze normative[48]. Tuttavia, per quanto riguardava l'emergenza esterna, era sufficiente anche una legge ordinaria, in quanto era possibile applicare il procedimento previsto dall'art. 78 Cost. (che non necessitava di una legge costituzionale) in via analogica, ai casi in cui non vi fosse una dichiarazione di guerra[49].

I due studiosi ritenevano che, proprio perché il potere di dichiarare gli stati di guerra era attribuito al Parlamento, non si configurava alcun ostacolo alla

France de 1789 à 1958, IX ed., Paris, 2001, 115 ss.; G. Marazzita, *op. cit.*, 102 ss.; M. Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, VII ed., Paris, 2002, 139 ss.; A. Saitta, *Costituenti e costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1789-1875)*, Milano, 1975, 503 ss.; L. Scuccimarra, *Il più civile dei militari: concentrazione del potere e governo di guerra nel regime bonapartista*, in F. Benigno, L. Scuccimarra (a cura di), *Il governo dell'emergenza. Poteri straordinari e di guerra in Europa tra XVI e XX secolo*, Roma, 2007, 155 ss.

[43] Cfr. P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 450-451.

[44] Ivi, 451-452.

[45] Ivi, 452, ove viene citato a suffragio della tesi C. cost., sent. n. 29/1961; C. cost., ord. n. 4/1977.

[46] Si veda F. Modugno, D. Nocilla, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano, 1988, 513 ss.

[47] Ivi, 526 ss.

[48] Ivi, 531.

[49] Ivi, 532-533.

possibilità che esso, attraverso una sorta di autolimitazione del proprio potere, stabilisse una volta per tutte che, in presenza di emergenze, esse venissero gestite dal Governo per mezzo dei poteri che il Parlamento aveva preventivamente conferito[50], aggiungendo che, in questo caso, sarebbe stato necessario riconoscere tali stati con apposita deliberazione o ratifica da parte del Parlamento, così come la valutazione su provvedimenti ed atti adottati circa la loro corrispondenza ai poteri conferiti[51]. Quanto all'atto con cui il Governo, nell'impossibilità di una preventiva deliberazione parlamentare, poteva procedere alla instaurazione di uno dei regimi di emergenza, essi ritenevano che il mezzo più idoneo fosse il decreto-legge[52].

Una posizione simile a quella di Esposito, anche se non perfettamente sovrapponibile ad essa, era infine quella di Alessandro Pace, secondo cui, per fare fronte a situazioni di emergenza interna che necessitavano di provvedimenti immediati, era precluso il ricorso all'art. 78 Cost. in quanto la necessità della preventiva delibera parlamentare escludeva logicamente l'adozione di provvedimenti immediati[53], né, tanto meno, era invocabile la necessità come fonte autonoma del diritto, in quanto era dubbio che un fatto per definizione *extra ordinem* potesse identificarsi come fonte normativa di un determinato ordinamento[54]. Per Pace, l'unico modo di fare fronte alle emergenze era il decreto-legge, che poneva al Governo limiti insuperabili sia di forma che di contenuto[55], ed era soggetto a una serie controlli, sia preventivi che successivi[56]. Contro questa tesi non era possibile invocare l'art. 15, co. 2, lett. *b*, l. n. 400/1988, che vietava di provvedere tramite decreto-legge nelle materie indicate nell'art. 72, co. 4, Cost. (tra cui, la materia costituzionale), in quanto non era ammissibile che una legge ordinaria potesse restringere i poteri attribuiti al Governo[57].

Pace era invece molto dubbioso sul fatto che, al di fuori dei casi in cui non ricorreva la straordinaria necessità ed urgenza, la sospensione dei diritti potesse essere attribuito dal Parlamento al Governo con una legge ordinaria[58], in quanto nessuna attribuzione di poteri derogatori era disposta dalla Costituzione a favore del legislatore, a differenza di quanto previsto dall'art. 77, co. 2, Cost.[59],

[50] Ivi, 534.
[51] Ivi, 535.
[52] Ivi, 544-545.
[53] Si veda A. PACE, *op. cit.*, 339.
[54] Ivi, 339-340.
[55] Ivi, 341.
[56] Ivi, 341-342.
[57] Ivi, 343-344.
[58] Ivi, 345 ss.
[59] Ivi, 347-348.

Egli soggiungeva, anzi, che, in mancanza di casi di necessità ed urgenza, una eventuale sospensione temporanea delle garanzie costituzionali poteva essere disposta solo con legge costituzionale[60]. Sulla base di queste premesse, Pace escludeva categoricamente che la sospensione temporanea dei diritti e delle garanzie costituzionali potesse essere disposta da fonti sublegislative come le ordinanze[61].

3. *L'emergenza Covid-19*

L'emergenza Covid-19 ha avuto implicazioni notevolissime sul piano del diritto costituzionale: dal ridimensionamento del ruolo delle assemblee legislative[62], e dalla correlativa espansione de ruolo della normativa governativa[63], alla compressione delle autonomie territoriali[64], per arrivare ad una estesa re-

[60] Ivi, 349.

[61] Ivi, 350 ss.

[62] Cfr. V. Piergigli, *op. cit.*, 265, la quale parla di emarginazione del Parlamento a beneficio dell'esecutivo e del suo organo di vertice, e di estrema difficoltà dell'organo rappresentativo di adempiere ai propri doveri istituzionali nella fase più acuta dell'emergenza, anche a causa del rifiuto di introdurre il voto di distanza. Di diverso avviso è M. Luciani, *Salus*, cit., 36, secondo cui la marginalizzazione del Parlamento è fenomeno risalente e non ascrivibile alla pandemia, che ha fatto, anzi, esibire alle istituzioni uno scatto di dignità. Del Parlamento come spettatore scomodo parla A. Vernata, *Il Parlamento nell'emergenza (pandemica)*, in G. Azzariti, *Costituzione e pandemia*, cit., 27 ss.

[63] Si vedano G. Brunelli, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 1/2021, 384 ss.; M. Cavino, S. Mallardo, *Stato di emergenza e potere di ordinanza*, in M. Cavino, L. Conte, S. Mallardo, M. Malvicini, *Un'imprevista emergenza nazionale*, cit., 8 ss.; C.F. Ferrajoli, *Le Camere nella pandemia. Gli squilibri costituzionali prodotti dall'esercizio emergenziale della funzione legislativa*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2023, 217 ss.; V. Lippolis, *Il rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, ne *Il Filangieri*, 2020, 3 ss.; N. Lupo, *Il Parlamento nell'emergenza pandemica, tra rischio di auto-emarginazione e "finestra" di opportunità*, ivi, 145 ss.; M. Malvicini, S. Mallardo, *Le fonti del diritto: legislazione emergenziale e riforme costituzionali*, in M. Cavino, L. Conte, S. Mallardo, M. Malvicini (a cura di), *Dove va la Repubblica? Istituzioni e società ancora in transizione 2017-2021*, Bologna, 2022, 59 ss.; A. Manzella, *Elogio dell'assemblea, tuttavia*, Modena, 2020, 60 ss.; G. Morbidelli, *La Protezione civile nell'intreccio delle fonti normative. Riflessi sulla forma di governo*, in G. Cerrina Feroni, M. Morisi (a cura di), *Il governo delle nuove emergenze. La Protezione civile in tempo di Covid*, Bologna, 2023, 33 ss.

[64] Sui rapporti tra Stato ed autonomie regionali, si vedano L. Castelli, *Il sistema delle conferenze. Terza Camera o sede di ratifica?*, Bologna, 2023, 126 ss.; S. Lieto, *op. cit.*, 265 ss.; A. Lucarelli, *Op, cit.*, 577 ss.; V. Piergigli, *op. cit.*, 180 ss.; E. Rinaldi, *Gli effetti futuri del Covid-19 nell'ordinamento costituzionale. Tre brevi riflessioni sul rapporto Stato-Regioni*, in G. Azzariti, *Costituzione e pandemia*, cit., 173 ss.; G. Scaccia, *I rapporti fra Stato e autonomie territoriali alla prova dell'emergenza Covid-19*, in A. Pajno, L. Violante, *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of Law nella società, I*, cit., 247 ss.

strizione dei diritti e delle libertà civili[65]. Si è cercato di giustificare la forte compressione delle libertà civili in nome della centralità del diritto alla salute, unico diritto che viene espressamente qualificato come fondamentale[66]. Inoltre, non sempre gli atti adottati per prevenire la propagazione del virus si sono dimostrati conformi al canone della proporzionalità e della adeguatezza rispetto agli scopi che intendevano perseguire[67].

La gestione dell'emergenza da parte degli apparati pubblici si è sviluppata attraverso una catena normativa molto complessa[68], costituita da alcuni decreti-legge, un impressionante numero di atti atipici come i d.p.c.m. e un profluvio di ordinanze (non solo governative, ma anche di altre autorità, sia statali che locali)[69]. D'altra parte, la prassi di collegare stati di emergenza, decreti-legge e ordinanze di protezione civile non è nuova, ma, anzi, era stata già più volte utilizzata nei primi anni del nuovo secolo per una serie di questioni (dall'emergenza rifiuti in Campania, al terremoto de L'Aquila, ecc.)[70].

[65] Si vedano M. Cecili, A. Chiappetta, *Diritti fondamentali ed emergenza*: *come la pandemia Covid-19 ha influenzato l'ordinamento giuridico italiano e il bilanciamento dei diritti*, in F.S. Marini, G. Scaccia, *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, cit., 23 ss.; A. Celotto, *op. cit.*, 25 ss.; V. Piergigli, *op. cit.*, 185 ss.

[66] Cfr. M. Cecili, A. Chiappetta, *op. cit.*, 30. Per una critica di questa tesi, si veda G. Barcellona, *op. cit.*, 82 ss., secondo cui tale prevalenza non può mai essere assoluta, anche in virtù del fatto (ivi, 85) che lo stesso art. 32 Cost. indica nel rispetto della persona un limite agli interventi statali a tutela della salute. Critico sull'idea della salute al vertice dei diritti è anche A. D'Aloia, *op. cit.*, 318 ss.

[67] Di una compressione continuata dei diritti, scollegata dalla concreta gestione dell'emergenza, con troppi diritti sospesi attraverso atti che la carta costituzionale non riconosce idonei allo scopo, in nome della paura del contagio, parla F. Rescigno, *op. cit.*, 260-261. secondo cui (ivi, 263) la strada dei d.p.c.m. e dei successivi decreti-legge approvati sostanzialmente per avvallare gli atti del Presidente del Consiglio è stata non tanto quella del prudente e ragionevole bilanciamento tra alcuni diritti fondamentali, quanto quella della postulata prevalenza assoluta del diritto alla salute (peraltro interpretato in modo tanto restrittivo quanto, *ipso facto*, arbitrario) su qualsiasi altra situazione soggettiva. Sulla adeguatezza delle misure adottate, si veda anche M. Luciani, *Salus*, cit., 57, che arriva a parlare di scelte talvolta cervellotiche e prive di matrice razionale, nonché inutilmente limitative, tipo il divieto di spostamento al di fuori di una Regione, di dubbia utilità quanto al contenimento del virus. Dubbi sulla proporzionalità delle misure adottate anche da parte di A. D'Aloia, *op. cit.*, 315 ss.

[68] Per una analisi puntuale dei molteplici interventi normativi, a partire dalla dichiarazione dello stato di emergenza il 30 gennaio 2020, rinvio a M. Cavino, S. Mallardo, *op. cit.*, 23 ss.; A. Celotto, *op. cit.*, 8 ss.; U. De Siervo, *op. cit.*, 19 ss.; G.P. Dolso, *op. cit.*, 86 ss.; M. Malvicini, S. Mallardo, *op. cit.*, cit., 64 ss.; V. Lippolis, *op. cit.*, 4 ss.; I.A. Nicotra, *op. cit.*, 133 ss.; V. Piergigli, *op. cit.*, 155 ss.

[69] Sulla molteplicità di atti normativi da parte di diverse autorità (sia statali che regionali che locali) si soffermano A. D'Aloia, *op. cit.*, 311; E.C. Raffiotta, *op. cit.*, 67.

[70] Si vedano E. Albanesi, R. Zaccaria, *Le "fonti" dell'emergenza*: *dal decreto-legge alle ordinanze di protezione civile*, in *Amministrare*, 2/2010, 185 ss.; G. Razzano, *L'amministrazione*

Si può dire quindi che il Governo si è mosso, per certi aspetti, nell'ambito dell'ottica espositiana, e, per altri aspetti, nell'ambito di quella mortatiana. Se, infatti, l'adozione di una serie di decreti-legge va collocata nell'ambito dell'ottica espositiana, l'adozione di fonti sostanzialmente *extra ordinem* come d.p.c.m. e ordinanze sembra riconducibile all'ottica mortatiana della necessità come fonte del diritto[71]. Va anche detto che le polemiche hanno riguardato soprattutto il Governo Conte e il massiccio uso dei d.p.c.m.[72], che non il Governo Draghi, in virtù del fatto che quest'ultimo ha utilizzato lo strumento più corretto dal punto di vista costituzionale, ovverosia i decreti-legge[73].

In particolare, Ugo De Siervo ha parlato di procedure innovative, non poche delle quali estranee al dettato costituzionale[74]: a suo avviso, infatti, non erano mutate solo le fonti di produzione primarie e secondarie, ma le normative adottate avevano derogato anche ad una serie di norme legislative e costituzionali[75]. Tuttavia, a parziale giustificazione, è stato rilevato che i tempi di adozione dei decreti-legge e della loro conversione in legge sono stati ritenuti troppo lunghi per fornire risposte efficaci rispetto ai problemi da affrontare nell'immediato[76]. Secondo De Siervo, non sono stati i d.p.c.m. a porre in

dell'emergenza. *Profili costituzionali*, Bari, 2010, 227 ss.

[71] Di fonte anomala a proposito dei d.p.c.m. parla A. Celotto, *op. cit.*, 62. Dei d.p.c.m. come fonte anomala e atipica parla F. Clementi, *Il Presidente del Consiglio dei ministri*: *mediatore o decisore?*, Bologna, 2023, 93-94. Più sfumato è il giudizio di M. Luciani, *Salus*, cit., 39, secondo il quale la loro legittimità costituzionale è stata asseverata dalla giurisprudenza costituzionale (Luciani cita C. cost., sent. nn. 37 e 198 del 2021), anche se poi ammette che si potevano usare di meno a favore delle fonti primarie.

[72] Critico sull'uso massiccio dei d.p.c.m. per limitare le libertà costituzionali è A. Vernata, *Decretazione d'urgenza e e perimetro costituzionale nello stato di "emergenza epidemiologica"*, in *BioLaw Journal*, 2020, special issue a cura di L. Busatta e M. Tomasi, 161 ss., secondo cui l'emergenza da Covid-19 sembra rappresentare un caso emblematico di come la normazione sub-secondaria si stia, man mano, appropriando di terreni e ambiti della legislazione sempre più ampi e (spesso) dai confini piuttosto incerti. Critico è anche G. Morbidelli, *op. cit.*, 48 ss., che sottolinea anche (ivi, 53 ss.) le pronunce di illegittimità dei d.p.c.m. anteriori alla decisione della Corte costituzionale. Perplessità anche da parte di F. Clementi, *op. cit.*, 95. Si vedano anche A. D'Aloia, *op. cit.*, 311 ss.; A. Lucarelli, *op. cit.*, 563 ss.

[73] Sul maggiore utilizzo da parte del Governo Draghi del decreto-legge in luogo dei d.p.c.m., si soffermano C.F. Ferrajoli, *op. cit.*, 230; M. Malvicini, S. Mallardo, *op. cit.*, 73 ss.; V. Piergigli, *op. cit.*, 169.

[74] Si veda U. De Siervo, *op. cit.*, 7.

[75] Ivi, 9-10.

[76] Ivi, 14. Una diversa ricostruzione, invece, è stata avanzata da M. Cavino, S. Mallardo, *op. cit.*, 35, secondo cui le limitazioni adottate con i d.p.c.m. dall'8 marzo all'11 marzo 2020 avrebbero dovuto formare oggetto di un decreto-legge. Sulla riaffermazione dei decreti-legge come via maestra per la limitazione, temporanea e proporzionata, dei diritti, insiste G. Brunelli, *op. cit.*, 392 ss.

modo discrezionale limitazioni a precedenti facoltà o diritti, ma è stato il legislatore a determinare la liceità e la probabilità di queste compressioni[77].

Proprio per questo, sono stati avanzati molti dubbi di costituzionalità sul d.l. n. 6/2020[78], non solo perché consentiva alle autorità di adottare misure ulteriori rispetto al lunghissimo elenco previsto, in violazione del principio di legalità e derogabilità del dettato costituzionale in situazioni di emergenza (principio che esige la previa individuazione delle materie derogabili)[79], ma anche per l'utilizzazione generalizzata di una sanzione penale, come quella prevista dall'art. 650 cod. pen., in violazione della riserva di legge assoluta in materia penale[80], e, infine, per la mancata menzione della provvisorietà delle misure adottate[81].

Il successivo d.l. n. 19/2020 ha abrogato le parti più discutibili del d.l. n. 6/2020, anche se ne ha confermato alcune caratteristiche istituzionali di fondo, ovverosia il tentativo di tipizzare in modo analitico le aree di possibile intervento per contenere la pandemia, e la disciplina dei d.p.c.m.[82], e, proprio per questo, non ha fugato del tutto i dubbi e le perplessità da parte della dottrina[83].

[77] Si veda U. De Siervo, *op. cit.*, 28-29. In dissenso da questa ricostruzione sembra A. Vernata, *Decretazione d'urgenza e e perimetro costituzionale nello stato di "emergenza epidemiologica"*, cit., 163-164, secondo il quale il Governo ha preferito adottare d.p.c.m. limitativi delle libertà costituzionali, sulla base di una copertura flebile.

[78] Cfr., in proposito, M. Cavino, S. Mallardo, *op. cit.*, 33 ss., che sottolineano come il d.l. n. 6/2020 sia in contrasto con quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 127/1995. Perplessità sul d.l. n. 6/2020 anche da parte di G. Brunelli, *op. cit.*, 389; G. Morbidelli, *op. cit.*, 49-50; E.C. Raffiotta, *op. cit.*, 69-70. Critica è anche F. Rescigno, *op. cit.*, 256.

[79] Cfr. U. De Siervo, *op. cit.*, 29-30. Molto critico è anche G.P. Dolso, *op. cit.*, 90, secondo cui l'art. 2 d.l. n. 6/2020 non è in grado di fornire una idonea copertura per provvedimenti di rango secondario limitativi di diritti, così come è dubitabile che la stessa norma possa fornire base costituzionalmente idonea ad ampliare il novero delle situazioni che possono legittimare ulteriori misure restrittive della libertà di circolazione. Perplessità su questo aspetto del d.l. n. 6/2020 anche da parte di M. Luciani, *Salus*, cit., 45; G. Morbidelli, *op. cit.*, 49-50. Si veda, infine, anche I.A. Nicotra, *op. cit.*, 136-137.

[80] Cfr. U. De Siervo, *op. cit.*, 30-31. Di previsione talmente ingiustificabile da essere da essere derubricata a sanzione amministrativa nel successivo d.l. n. 19/2020 parla F. Rescigno, *op. cit.*, 256.

[81] Si veda U. De Siervo, *op. cit.*, 31.

[82] Ivi, 32. Di un tentativo di rimediare al *vulnus* rappresentato dal d.l. n. 6/2020 parla G. Morbidelli, *op. cit.*, cit., 51-52. Sulle novità introdotte dal d.l. n. 19/2020, si vedano anche G.P. Dolso, *op. cit.*, 96 ss.; A. Lucarelli, *op. cit.*, 575 ss.; I.A. Nicotra, *op. cit.*, 137 ss.; E.C. Raffiotta, *op. cit.*, 71 ss.

[83] Forti perplessità sul d.l. n. 19/2020 sono state avanzate da G. Brunelli, *op. cit.*, 389-390. Perplessità anche da parte di M. Cavino, S. Mallardo, *op. cit.*, 36, secondo cui la disciplina complessiva successiva alla adozione del d.l. n. 19/2020 non vale a dissipare le perplessità e i dubbi di legittimità costituzionale, perché, non diversamente dal d.l. n. 6/2020, attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri ed ai Presidenti delle regioni un potere di ordinanza capace

In questo d.l. veniva prevista per la prima volta la temporaneità delle misure limitative, e veniva indicata la data del 31 luglio 2020 come scadenza dei poteri di emergenza, con la conseguenza che una eventuale proroga sarebbe potuta avvenire solo con atto normativo primario[84]. Ulteriore innovazione introdotta con il d.l. n. 19/2020 è stato lo spostamento dell'apparato sanzionatorio dal piano penale a quello delle sanzioni amministrative, anche se vi era comunque una ipotesi di aggravamento di una fattispecie penale[85].

La Corte costituzionale, seppur molto tempo dopo[86], ha sostanzialmente avallato la gestione della crisi pandemica da parte del Governo[87]. Investita di una questione di legittimità costituzionale nei riguardi dei d.l. n. 6/2020 e n. 19/2020, la Corte ha ritenuto non fondate le questioni nei riguardi del d.l. n. 19/2020, in quanto ha negato che il d.l. n. 19/2020 abbia dato luogo ad un conferimento di potestà legislativa nei riguardi del Presidente del Consiglio, in violazione degli artt. 76 e 77 Cost.[88]. Per quanto riguarda, invece, il d.l. n. 6/2020, la Corte non ha preso posizione, in quanto, accogliendo l'eccezione dell'Avvocatura dello Stato, ha ritenuto inammissibili le questioni sollevate dal giudice di pace di Frosinone per difetto di rilevanza[89].

di limitare fortemente diritti costituzionali presidiati dalla riserva di legge assoluta. Qualche perplessità anche da parte di O. Spataro, *op. cit.*, 176.

[84] Si veda, in proposito, U. De Siervo, *op. cit.*, 34. Sottolineano questo aspetto anche A. Celotto, *op. cit.*, 11; E.C. Raffiotta, *op. cit.*, 72. Quanto alle ulteriori proroghe dello stato di emergenza, perplessità sono avanzate da G. Barcellona, *op. cit.*, 109 ss. (che, da un lato, ritiene legittime, in quanto pedissequa attuazione della normativa prevista dalla legge nazionale, le proroghe dello stato di emergenza deliberate dal Governo il 29 luglio 2020, il 7 ottobre 2020, il 13 gennaio 2021 e il 21 aprile 2021, e, dall'altro, è invece molto critico sulla proroga al 31 dicembre 2021 adottata dal d.l. n. 105/2021); M. Luciani, *Salus*, cit., 58-59 (che manifesta perplessità sulla proroga operata dal d.l. n. 221/2021 al 31 marzo 2022, con la motivazione che un'emergenza che supera i due anni cessa di essere una condizione straordinaria, e si fa pura ordinarietà).

[85] Cfr. U. De Siervo, *op. cit.*, 35, che sottolinea comunque (ivi, 37) la singolarità del fatto che la legge di conversione (l. n. 35/2020) sia stata pubblicata dopo la data di entrata in vigore di un nuovo decreto-legge (il d.l. n. 33/2020) modificativo del d.l. n. 19/2020, con la conseguenza di rendere inefficaci buona parte degli emendamenti introdotti in sede di conversione. Sottolinea questo aspetto anche V. Piergigli, *op. cit.*, 165.

[86] Sul fatto che il giudice delle leggi sia rimasto fuori gioco, almeno nel periodo di più acuta emergenza, insiste G.P. Dolso, *op. cit.*, 135.

[87] Di avallo complessivo da parte della giurisprudenza costituzionale parlano S. Buccino, *Il self-restraint della Corte costituzionale in materia di emergenza*, in G. Azzariti, *Costituzione e pandemia*, cit., 79 ss., spec. 90 ss.; O. Spataro, *op. cit.*, 176 ss.

[88] Cfr. C. cost., sent. n. 198/2021, §§ 6.3 e 8 del *Considerato in diritto*. Sulla sentenza n. 198/2021, si veda anche O. Spataro, *op. cit.*, 179 ss., la quale non esita a criticare la sommarietà con cui la Corte ha ritenuto i d.p.c.m. atti necessitati confinati all'interno di una discrezionalità meramente esecutiva, che trova il suo fondamento nel decreto legge.

[89] Cfr. C. cost., sent. n. 198/2021, § 4.1 del *Considerato in diritto*.

La Corte ha avuto modo di ribadire il suo punto di vista anche in una successiva pronuncia, in cui ha nuovamente ritenuto inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sul d.l. n. 6/2020 per carenza di rilevanza[90]. L'inammissibilità delle questioni poste sul d.l. n. 6/2020 non ha quindi fugato i dubbi sulla correttezza costituzionale di un simile *modus agendi*.

4. *Costituzionalizzare l'emergenza?*

Della gestione dell'emergenza Covid-19 si sono date due letture diverse, una antitetica all'altra. In primo luogo c'è chi ne ha evidenziato le profonde criticità sul piano costituzionale per sostenere la necessità di una revisione costituzionale che garantisca in modo maggiore rispetto quello che è accaduto nel 2020. In questa prospettiva si colloca chiaramente Salvatore Prisco, ma non solo[91]. Di diverso avviso è chi, come Massimo Luciani, ha ritenuto invece che la vastità e la profondità delle limitazioni dei diritti durante la pandemia non giustificherebbero la tentazione di introdurre in Costituzione una norma specifica per l'emergenza, non essendo stato dimostrato che l'ordinamento non è stato capace di assicurare il funzionamento degli strumenti ordinari di tutela dei diritti[92].

È stato anche osservato che, sebbene manchino in costituzione strumenti eccezionali per affrontare circostanze straordinarie, o per istituire degli stati di emergenza caratterizzati da un diritto speciale, al di fuori del decreto-legge e della deliberazione dello stato di guerra, non manca affatto una disciplina sulla risposta di livello costituzionale all'emergenza[93].

Ad onor del vero, va detto che l'emergenza Covid-19, proprio per la sua straordinarietà, ha imposto ovunque un certo sperimentalismo nell'adozione di provvedimenti atta a fronteggiarla. A questo proposito, è interessante una comparazione con l'esperienza francese. Pur essendo la V Repubblica francese uno tra i regimi costituzionali contemporanei che dispone di più strumenti da utilizzare in caso di emergenza[94] – due di essi sono espressamente previsti da

[90] Cfr. C. cost., ord. n. 132/2022.

[91] Sulla necessità di introdurre una revisione costituzionale che contempli uno stato di emergenza, con un ruolo del Parlamento si esprime A. Vernata, *Decretazione d'urgenza e e perimetro costituzionale nello stato di "emergenza epidemiologica"*, cit., 165. Possibilista sul punto è anche S. Lieto, *op. cit.*, 267 ss.

[92] Si veda M. Luciani, *Una norma costituzionale per l'emergenza?*, cit., 71.

[93] Cfr., in questo senso, P. Milazzo, *op. cit.*, 410, secondo cui essa è stata sviluppata dal legislatore con la legge del 1992 sulla protezione civile e poi con il Codice della protezione civile del 2018, ed è stata delineata nei suoi contenuti costituzionalmente necessari dalla giurisprudenza costituzionale ed amministrativa.

[94] Sugli strumenti di gestione dell'emergenza nella V Repubblica francese, si vedano P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e Costituzioni democratiche*, Bologna, 2009, 166 ss.; A. D'Aloia,

disposizioni costituzionali (i poteri del Presidente della Repubblica *ex* art. 16 Cost. Francia 1958; l'*état de siège*, disciplinato dall'art. 36 Cost. Francia 1958) e uno da una legge ordinaria approvata nel 1955, durante gli ultimi anni della IV Repubblica (il c.d. *état d'urgence*) – nessuno di questi tre regimi emergenziali è stato attivato con il Covid-19: per combattere la pandemia, è stato deciso di istituire il c.d. *état d'urgence sanitaire*, in virtù della l. n. 2020-290 del 23 marzo 2020[95].

Le ricostruzioni volte a sminuire i pericoli corsi tendono tuttavia a mettere in ombra il fatto che, soprattutto all'inizio, l'unico a decidere sia stato il Governo in perfetta solitudine, senza nessun tipo di controllo: è stato il Governo infatti che ha deliberato lo stato di emergenza che, a sua volta, lo ha abilitato ad adottare i decreti-legge, e, sulla base dei decreti-legge, i d.p.c.m. limitativi delle libertà costituzionali[96]. Tutti questi passaggi sono intervenuti senza che il Parlamento abbia potuto dire quasi nulla, se non effettuare la votazione sulla conversione in legge del decreto-legge, votazione svoltasi in fretta e furia pochi giorni dopo.

Il fatto che ci fossero delle evidenti falle è dimostrato dalla vicenda della "parlamentarizzazione" dei d.p.c.m.[97]: se si fosse effettivamente trattato di atti meramente esecutivi, non si capisce perché illustrarli al Parlamento. Certamen-

op. cit., 302-303; A. Iacopino, *Il sistema italiano di gestione dell'emergenza alla prova della comparazione*: *la gestione del rischio nel sistema francese*. *Spunti per un modello di regolazione e gestione del rischio*, in L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, 363 ss.; P. Mbongo, *Échographie des dispositifs français d'état d'exception*, in Id. (a cura di), *L'état d'urgence*. *La prérogative et l'état de droit*, Paris, 2017, 163 ss.; P. Piciacchia, *op. cit.*, 795 ss.; P. Milazzo, *op. cit.*, 412 ss.; G. Morelli, *op. cit.*, 244 ss.; V. Piergigli, *op. cit.*, 221 ss.

[95] Si vedano G. Fontanella, *Le libertà fondamentali in Francia alla prova dell'emergenza sanitaria*, in F. Niola, M. Tuozzo, *Dialoghi in emergenza*, cit., 45 ss.; P. Milazzo, *op. cit.*, 421 ss.; V. Piergigli, *op. cit.*, 226 ss.

[96] Di un modello troppo sbilanciato su una direzione governativa e del suo Presidente in particolare parla A. D'Aloia, *op. cit.*, 314-315. Di un Parlamento marginalizzato a favore del Governo dalla funzione di determinazione ed attuazione dell'indirizzo politico emergenziale, parla A. Lucarelli, *op. cit.*, 562-563. Di un Parlamento ridotto al mero ruolo di spettatore parla A. Vernata, *Decretazione d'urgenza e perimetro costituzionale nello stato di "emergenza epidemiologica"*, cit., 165, che sottolinea come, contrariamente a quanto previsto dall'art. 78 Cost. nel caso di guerra, il Governo abbia legittimato sé stesso, conferendosi i poteri necessari.

[97] Perplessità sulla parlamentarizzazione dei d.p.c.m. da parte di G. Brunelli, *op. cit.*, 390; F. Clementi, *op. cit.*, 95. Di parlamentarizzazione debole dei d.p.c.m. parla E. Griglio, *op. cit.*, 37 ss., secondo cui (ivi, 51) questa vicenda dimostra che, di fronte all'urgenza del provvedere, lo spazio democratico del confronto parlamentare non possa essere ricercato solo nella forma. Critico è anche N. Lupo, *op. cit.*, 156, che sottolinea come tale procedura si sia rivelata, al contempo, troppo pesante e troppo generica, e, quindi, poco incisiva. Ugualmente critico è G. Morbidelli, *op. cit.*, 53.

te, non si è verificata una deriva di tipo ungherese[98], ma la mancanza di una qualche forma di controllo avrebbe dovuto allarmare, a maggior ragione vista la delega in bianco operata dal d.l. n. 6/2020 ai d.p.c.m. A mio avviso, è bene ribadire che quel modo di agire non può costituire in nessun modo un precedente, e va criticato con la massima durezza[99]. Questione ulteriormente diversa è se le criticità emerse soprattutto nella prima fase dell'emergenza Covid-19 legittimino o meno l'introduzione di una clausola sull'emergenza.

Si può dire che la previsione in costituzione di un regime dell'emergenza costituisce una delle diverse espressioni dell'indirizzo razionalizzatore dei costituenti: più seria e meditata è la volontà di proteggere i valori caratterizzanti la costituzione, più attenta dovrebbe rivelarsi la preoccupazione di predisporre preventivamente rimedi comportanti deroghe alla normalità[100]. D'altra parte, si potrebbe replicare che se la scrittura costituisce in genere una garanzia rispetto alla prassi ed al diritto non scritto, è anche vero che la scrittura in quanto tale non garantisce integralmente dalla possibilità di abusi, essendo i testi ugualmente interpretabili, e, come tali, soggetti ai diversi contesti in cui vengono ad operare.

In generale, si può osservare che l'introduzione di una clausola costituzionale sull'emergenza pone una serie di problemi circa la filosofia di fondo che deve ispirare le revisioni costituzionali. Prima di modificare il testo della carta costituzionale, in primo luogo, bisognerebbe domandarsi se la formulazione della proposta di riforma costituzionale sia adeguata allo scopo che intende perseguire, e, in particolare, se possa creare o meno problemi maggiori di quelli che è destinata a risolvere. La questione non è affatto così peregrina come si potrebbe pensare, visto che negli ultimi anni abbiamo avuto modo di assistere a revisioni costituzionali ispirate al più becero populismo, e che non è esagera-

[98] Come è noto, in Ungheria l'emergenza Covid-19 è stata strumentalizzata per poter distruggere quel poco di Stato di diritto e di separazione dei poteri che ancora resisteva nell'ambito delle c.d. «*democrazie illiberali*». Si vedano, in proposito, A. Buratti, *op. cit.*, 6-7; J. Sawicki, *La pandemia Covid-19, in Polonia ed Ungheria, come possibile occasione per intensificare la mutazione illiberale delle istituzioni*, in *DPCE online*, 2/2020, 1963 ss.

[99] Di un precedente pericoloso parla G.P. Dolso, *op. cit.*, 113 ss., che sottolinea come il macrosistema delle fonti creato dai primi due decreti-legge abbia dato l'impressione di attribuire a fonti secondarie, *in primis* i d.c.p.m., un ruolo surrogatorio di fonti primarie, finendo per affidare al giudice amministrativo il sindacato di legittimità dei provvedimenti di emergenza, laddove il giudice più attrezzato ad esercitare il sindacato sulla ragionevolezza, proporzionalità e congruità delle misure adottate sarebbe stata la Corte costituzionale, anche perché si tratta di decisioni che implicano evidentemente un bilanciamento tra i diversi diritti costituzionalmente garantiti.

[100] Cfr., in questo senso, G. de Vergottini, *op. cit.*, 218.

to definire assurde e prive di senso logico[101]. La constatazione dell'infimo livello della classe politica e della sua inevitabile tendenza al populismo potrebbero fornire un primo argomento contro la costituzionalizzazione dell'emergenza: il principio di precauzione, in effetti, sconsiglia caldamente che una classe politica priva di una visione in prospettiva possa mettere mano alla carta costituzionale, allo scopo di evitare danni irreparabili[102].

Un possibile argomento contro la costituzionalizzazione può essere tratto anche dalla comparazione con la Francia, esperienza costituzionale intrinsecamente legata all'emergenza[103], tanto da essere la prima che l'ha disciplinata in costituzione. È bene ricordare infatti che il tentativo del Presidente Hollande di costituzionalizzare l'*état d'urgence* dopo i sanguinosi attentati di Parigi e di Nizza (2015-2016)[104], sulla scia di quanto già proposto sia dal Comitato Vedel che dal Comitato Balladur, è naufragato miseramente nel corso della discussio-

[101] Mi riferisco, in particolare, alla l. cost. n. 1/2020, sul c.d. taglio dei parlamentari, e alla l. cost. n. 1/2021 sulla equiparazione dell'elettorato attivo per Camera e Senato, le quali hanno reso i due rami del Parlamento ancor più simili tra loro, incentivando la discutibile prassi del monocameralismo di fatto, laddove, invece, sarebbe stato molto meglio differenziarne il lavoro, istituendo finalmente una Camera delle Regioni. Critico sulla l. cost. n. 1/2020 è S. Prisco, *Gli insegnamenti istituzionali della crisi del coronavirus*, cit., 464. Fortemente critico su entrambe le revisioni è R. Bifulco, *Differenziare il Parlamento!*, in *Federalismi.it* (7-6-2023), che non esita a parlare di un bicameralismo sempre più distonico rispetto alle esigenze del Paese. A favore della istituzione di un Senato federale, si vedano anche L. Castelli, *op. cit.*, 165 ss.; S. Lieto, *op. cit.*, 273 ss.

[102] Sulla crisi della classe politica e sullo scadimento della qualità della stessa, con annessa perdita della capacità di elaborazione di strategie di lungo periodo si sofferma M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, 230. Di crisi del rappresentante e dello stesso rappresentato parla G. Azzariti, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Roma-Bari, 2021, 74 ss.

[103] Basti pensare al ruolo ricoperto dall'emergenza in tutta la Rivoluzione Francese. Si veda, in questo senso, M. Prospero, *La politica moderna. Teorie e profili istituzionali*, Roma, 2002, 248-249, secondo cui, dalla dichiarazione della patria in pericolo, la parola d'ordine diventava quella della salvezza dello Stato con misure eccezionali: a suo dire, tra la parentesi giacobina, incentrata sull'idea di emergenza, sulla necessità di misure eccezionali e risolute ai fini della conservazione della salute pubblica, e la dittatura napoleonica, basata sull'emergenza permanente, si riscontravano forti radici comuni. Sul ruolo assunto dal Comitato di Salute Pubblica, si veda G. Bascherini, *op. cit.*, cit., 7-8, ove sottolinea il fatto che è con il Comitato di Salute Pubblica che si afferma per la prima volta l'idea della prevalenza dell'ordine pubblico e della salute pubblica sui diritti dell'uomo. Si veda, inoltre, J.J. Chevallier, *op. cit.*, 81 ss.; G. Marazzita, *op. cit.*, 96 ss.; R. Martucci, *Una dittatura di salute pubblica (1793-1795)*, in L. Scuccimarra, F. Benigno, *Il governo dell'emergenza*, cit., 121 ss.; M. Morabito, *op. cit.*, 100 ss.

[104] Sulla proclamazione dell'*état d'urgence* dopo gli attentati di Parigi e Nizza, si vedano R. Casella, *La Francia dopo gli attentati di Parigi: la dichiarazione dello stato d'urgenza e la proposta di revisione del Presidente Hollande*, in *Nomos*, 3/2015, 7 ss.; P. Mbongo, *op. cit.*, 178, 190 ss.; P. Piciacchia, *op. cit.*, 798 ss.; V. Piergigli, *op. cit.*, 224-225.

ne parlamentare[105]. Da questo rifiuto si potrebbe trarre la conclusione che, alla fine, la costituzionalizzazione di regimi emergenziali non sia poi così necessaria, quando essi sono già disciplinati con legge.

D'altra parte, sempre la Francia mostra come la costituzionalizzazione dell'emergenza, se non è circondata da una serie di garanzie rigorose, può risultare molto pericolosa, dando l'avvio a quella che Schmitt ha chiamato dittatura sovrana, ovverosia a quella dittatura volta non a conservare l'ordinamento esistente, ma a costruirne uno nuovo[106].

Basti pensare, per esempio, all'art. 14 Cost. Francia 1814[107] – la cui ampia e generica formulazione non aveva suscitato significativi dibattiti al momento della sua redazione[108] –, che prevedeva la possibilità per il Re di adottare ordinanze per la sicurezza dello Stato. L'uso di questi poteri allo scopo di sospendere le libertà costituzionali da parte di Carlo X comportò la reazione da parte della popolazione parigina, con la cacciata dei Borbone dal trono di Francia, e la redazione di una nuova Costituzione[109]. Quest'ultima, pur non essendo altro che una mera revisione di quella del 1814, e pur riconoscendo al Governo del Re il potere regolamentare, negava esplicitamente che il Re potesse sospendere

[105] Sulla proposta di revisione costituzionale avanzata dal Presidente Hollande, si vedano R. Casella, *op. cit.*, 12 ss.; G. De Minico, *op. cit.*, 235 ss., 249 ss.; P. Mbongo, *op. cit.*, 204 ss.; P. Piciacchia, *op. cit.*, 798-799; V. Piergigli, *op. cit.*, 266-267.

[106] Il caso più emblematico di atto normativo che comporta l'avvio di una dittatura sovrana è il *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich* del 24 marzo 1933, che, approvato con le maggioranze richieste dall'art. 76 Cost. Weimar, conferì i pieni poteri ad Hitler e diede l'avvio al regime nazista. Sull'importanza di questa legge, si sofferma A.A. Cervati, *La revisione costituzionale ed il ricorso a procedure straordinarie di riforma delle istituzioni*, in A.A. Cervati, S.P. Panunzio, P. Ridola, *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia*, Torino, 2001, 1 ss., che la ritiene un caso emblematico di rottura della Costituzione (ivi, 54 ss.). Sulla legge dei pieni poteri come costituzione provvisoria insiste F. Lanchester, *Le Costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn. Introduzione e testi*, Milano, 2002, 72. Di costruzione emergenziale di una costituzione parla, infine, M. Stolleis, *Introduzione alla storia del diritto pubblico in Germania (XVI-XXI sec.)*, tr. it a cura di P. Scotini, Macerata, 2017, 126-127.

[107] Sulla *Charte* del 1814, si vedano J.J. Chevallier, *op. cit.*, 174 ss.; M. Fioravanti, *Le potestà normative del Governo. Dalla Francia d'Ancien Régime all'Italia liberale*, Milano, 2009, 73 ss.; L. Lacché, *La libertà che guida il Popolo. Le Tre Gloriose Giornate del luglio 1830 e le «Chartes» nel costituzionalismo francese*, Bologna, 2002, 28 ss.; G. Marazzita, *op. cit.*, 107 ss.; M. Morabito, *op. cit.*, 169 ss.; P. Pinna, *op. cit.*, spec. 3 ss., 15 ss.; A. Saitta, *op. cit.*, 569 ss.

[108] Si vedano M. Fioravanti, *op. cit.*, 79 ss.; L. Lacché, *op. cit.*, 91; A. Saitta, *op. cit.*, 572.

[109] Sulla *Charte* del 1830, si vedano J.J. Chevallier, *op. cit.*, 192-193; M. Fioravanti, *op. cit.*, 139 ss.; L. Lacché, *op. cit.*, 58 ss.; G. Marazzita, *op. cit.*, 109 ss.; M. Morabito, *op. cit.*, 194 ss.; A. Saitta, *op. cit.*, 607 ss.

le leggi o dispensare dalla loro esecuzione[110], allo scopo di evitare il ripetersi della situazione.

Alle argomentazioni contrarie alla costituzionalizzazione dell'emergenza, si potrebbe tuttavia ribattere con le parole di Carl Friedrich, secondo cui le disposizioni costituzionali sull'emergenza (legge marziale, stato d'assedio, poteri di emergenza, ecc.) non sono in grado di realizzare controlli effettivi rispetto ad una concentrazione temporanea del potere, con la logica conseguenza che tutti i sistemi politici corrono il rischio, a determinate condizioni, di essere trasformati in sistemi totalitari, ma l'assoluta mancanza di trattazione del problema è una politica dello struzzo che finisce per lasciare il governo senza risorse costituzionali per far fronte ad uno stato di emergenza che, prima o poi, è probabile che si possa presentare[111].

Un argomento a favore della costituzionalizzazione dell'emergenza può essere tratto dal fatto che l'art. 15 C.E.D.U. prevede esplicitamente che, in caso di guerra o di ogni altro pericolo pubblico che minacci la vita di una nazione, ogni singolo Stato possa adottare misure in deroga agli obblighi previsti, fatta eccezione per gli obblighi previsti dall'art. 2 (diritto alla vita), 3 (proibizione della tortura), 4 § 1 (proibizione della schiavitù) e 7 (legalità in materia penale)[112], e questa possibilità è stata richiamata sin da uno dei primi casi decisi dalla Corte di Strasburgo[113], e poi in una ulteriore serie di casi riguardanti la normativa antiterrorismo britannica[114]. Se persino la C.E.D.U. riconosce che, in caso di emergenza, è possibile limitare o sospendere alcuni diritti fondamentali, non si capisce perché analoga disposizione non possa esservi anche in un testo costituzionale, a maggior ragione tendendo presente che essa è stata invocata da un elevato numero di Paesi aderenti alla C.E.D.U. proprio durante l'emergenza sanitaria[115].

[110] Va tenuto presente che il dibattito sulla revisione della *Charte* del 1814 si soffermò sin da subito sulla soppressione di ogni riferimento alla sicurezza dello Stato nella definizione del potere di ordinanza del Re. Si vedano, in proposito, J.J. Chevallier, *op. cit.*, 208; M. Fioravanti, *op. cit.*, 84; L. Lacché, *op. cit.*, 120; M. Morabito, *op. cit.*, cit., 201; P. Pinna, *op. cit.*, 17-18.

[111] Cfr., in proposito, C.J. Friedrich, *Governo costituzionale e democrazia*, cit., 829.

[112] Sull'art. 15 CEDU, si vedano G. Barcellona, *op. cit.*, 41 ss.; P. Bonetti, *op. cit.*, 227 ss.

[113] Corte EDU, 1 luglio 1961, *Lawless c. Irlanda* (ric. 332/57).

[114] Corte EDU, 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito* (ric. 5319/71); Corte EDU, 29 novembre 1988, *Brogan e altri c. Regno Unito* (ric. 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85); Corte EDU, 25 maggio 1993, *Branningan e McBride c. Regno Unito* (ric. 14553/89 e 14554/89). Su queste decisioni, si veda P. Bonetti, *op. cit.*, 247-248.

[115] Cfr., in proposito, R. Lugarà, *Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU: perché la Corte europea dovrebbe intensificare il sindacato sulle deroghe ai diritti fondamentali*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, 341 ss.

In ogni caso, qualora si intenda procedere nel senso della costituzionalizzazione, è bene seguire le raccomandazioni della Commissione di Venezia[116], che, pur ammettendo la possibilità di una introdurre una clausola costituzionale sull'emergenza, evidenziava la necessità di introdurre limiti invalicabili alla sospensione di alcuni diritti, sul modello dell'art. 15 C.E.D.U., nonché la necessità di controlli di tipo politico-parlamentare e giurisdizionali (giudici e tribunali costituzionali).

In questo senso, la proposta di Prisco di una autorizzazione preventiva da parte del Parlamento e di una ratifica successiva degli atti normativi emergenziali, mi sembra decisamente più garantistica di quel che è accaduto con l'emergenza Covid-19. Che poi un Parlamento egemonizzato dal populismo sia effettivamente in grado di approvare una revisione costituzionale rigorosa e lungimirante è questione altamente controversa[117].

[116] Sulla posizione della Commissione di Venezia, rinvio a V. PIERGIGLI, *op. cit.*, 268 ss.

[117] Sulle numerose antitesi esistenti tra democrazia costituzionale e populismo, si sofferma M. OLIVETTI, *Democrazia costituzionale e populismo*, Roma, 2024, 113 ss., che ne sottolinea il carattere antiparlamentare, ipermaggioritario ed antipluralistico.

Francesco Rimoli[*]

SULLA DIGNITÀ "IN SENSO OGGETTIVO" COME ARGOMENTO GIURIDICO

SOMMARIO: 1. I mille volti della dignità. – 2. Dignità in senso oggettivo? – 3. Dignità del vivere e dignità del morire. – 4. La funzione sistemica della dignità.

1. *I mille volti della dignità*

Com'è facile rilevare, il concetto di dignità umana è da tempo uno dei più indagati sul piano giuridico[1], ed è ampiamente utilizzato sia sul piano della giurisprudenza costituzionale (laddove è talora, si pensi anzitutto all'art. 1 del *Grundgesetz*, posto a base dell'intero ordinamento)[2], sia su quello della giurisprudenza comune: in realtà, come ben si è rilevato, la dignità diventa nei casi più difficili una sorta di *trump card*, in apparenza capace di chiudere il discorso

[*] Ordinario di Diritto costituzionale e pubblico nell'Università "Roma Tre".

[1] La letteratura giuridica in tema è vastissima, ma riuscite sintesi dell'evoluzione del concetto si trovano in S. PRISCO, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, in *BioLaw Journal* (www.biodiritto.org), n. 2S/2019, 61 ss.; P. RIDOLA, *Il principio libertà nello Stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, 2018, 235 ss.; si leggano inoltre gli studi, di vario orientamento, di A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli, 2012; EAD, *Dignità. Le contraddizioni*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, III, Torino 2016, 1785 ss.; G. SERENO, *La dimensione costituzionale della dignità umana. Da concetto filosofico a elemento normativo di diritto positivo*, Roma, 2016; ID., *La dignità umana nella Costituzione italiana e nell'ordinamento europeo*, in D. Morana (a cura di), *I diritti costituzionali in divenire. Tutele consolidate e nuove esigenze di protezione*, Napoli, 2023, 41 ss.; F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, II ed., Torino, 2018; P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, Brescia, 2022; una sintetica ma efficace trattazione generale del tema è anche in M. ROSEN, *Dignità. Storia e significato* (2012), tr.it., Torino, 2013; sul più specifico tema della tutela della dignità in ambito carcerario, M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2011.

[2] Mentre nella Costituzione italiana il termine è opportunamente usato con parsimonia, e con significati diversi, negli articoli 3, co. 1 (per il quale tutti i cittadini hanno "pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge"), 36, co. 1 (al lavoratore e alla sua famiglia deve garantirsi "un'esistenza libera e dignitosa"), 41, co. 2 (l'iniziativa economica privata trova, tra gli altri, il limite della "dignità umana"); ma l'art. 48, co. 4, prevede anche che il diritto di voto possa essere limitato anche nei casi di "indegnità morale" indicati dalla legge. Ovviamente, il concetto, in via interpretativa, può ritenersi implicato anche in altre disposizioni della Carta, a partire dal principio personalista di cui all'art. 2 (si veda, tra molti, M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Dal "diritto alla sicurezza" alla "sicurezza dei diritti"*, Napoli, 2012, 132 ss.). Sul dibattito tedesco intorno all'art. 1 *GG* si veda P. RIDOLA, *op. cit.*, 261 ss.

benché, in realtà, affatto evanescente nei contenuti, e come tale sostanzialmente insufficiente sul piano argomentativo[3].

Tuttavia, se ne rileva sovente la natura di "principio supremo", anzi se ne raffigura una vera "*supremitas*", tale da far sì che la dignità umana si innalzi «a criterio di bilanciamento di valori, senza che essa stessa sia suscettibile di riduzioni per effetto di un bilanciamento». Dunque, si è detto, «essa non è effetto di un bilanciamento, ma è la *bilancia medesima*»[4]. Da altri si è riconosciuto nella dignità un "metadiritto", capace di guidare al riconoscimento di altri diritti fondamentali[5], e si è posto il concetto in relazione anche con la sempre problematica e sfuggente prospettiva della responsabilità intergenerazionale[6]. In realtà, far assurgere la dignità a tale ruolo rischia, al di là di ogni retorica, di rendere ancor più incerta e difficile la soluzione di certi problemi, poiché il tratto di soggettività intrinsecamente connesso ai contenuti del concetto in esame finisce infine con l'impedire, ben più che favorire, la condivisione delle decisioni che su esso si basino.

D'altronde, vero è che la dignità è intesa come una sorta di estremo baluardo avverso ogni aggressione alla sfera di libertà dell'individuo da molti documenti giuridici, a tutti i livelli: per fare solo qualche esempio, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea afferma nel Preambolo che «l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà», e, all'art. 1, che «la dignità umana è inviolabile. Essa

[3] Si veda in proposito R. Bin, *La Corte, i giudici e la dignità umana*, in *BioLaw Journal* (www.biodiritto.org), n. 2/2019; l'idea dei diritti come "*trump cards*" è, com'è noto, espressa da R. Dworkin, *Rights as Trumps*, in J. Waldron (ed. by), *Theories of Rights*, Oxford 1984, 153 ss. (adattamento di Id., *Abbiamo un diritto alla pornografia?* (1981), tr.it. in *Questioni di principio*, Milano 1990, 312 ss., ma spec. 343 ss.). Il concetto di dignità dell'uomo è stato però anche oggetto, nel tempo, di forti critiche: così A. Schopenhauer, *Il fondamento della morale* (1837), tr.it., Roma-Bari 2005, 168, icasticamente lo definisce come «lo *scibboleth* di tutti i moralisti sconsigliati e spensierati», che lo posero, da Kant in poi, a coprire la mancanza di un fondamento vero della morale. Peraltro, Schopenhauer ritiene la concezione kantiana della dignità come valore assoluto una *contradictio in adiecto*, giacché «ogni valore è la valutazione di una cosa in confronto con un'altra, cioè un concetto comparativo e quindi relativo: questa relatività costituisce appunto l'essenza del concetto di valore» (ivi, 168-169; sul punto anche M. Rosen, *op. cit*., 3 ss).

[4] Così G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Rivista AIC* (*www.rivistaaic.it*), 14 marzo 2008 (corsivo dell'a.); sul punto anche B. Malvestiti, *Criteri di non bilanciabilità della dignità umana*, in M. Cossutta (a cura di), *Diritti fondamentali e diritti sociali*, Trieste, 2012, 113 ss.

[5] A. Ruggeri, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consultaonline* (*www.giurcost.org*), 2/2018, 392 ss., ma spec. 395 ss.; Id., *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi* (*www.federalismi.it*), n. 17/2013.

[6] Sul punto anche U. Pomarici, *Dignità a venire. La filosofia del diritto alla prova del futuro*, Napoli, 2019, 15 ss. e 105 ss.

deve essere rispettata e tutelata» (l'intero capo I è intitolato alla dignità)[7]; il Protocollo addizionale n. 13 della CEDU, approvato nel 2002, abolisce la pena di morte negli Stati aderenti per l'ovvia tutela del diritto alla vita e per «il pieno riconoscimento della dignità inerente a tutti gli esseri umani»[8]; ma già il Preambolo della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 considera che «il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo», e si potrebbe continuare[9].

La dignità, declinata in senso universalistico ma rigidamente oggettivo, è altresì da sempre concetto centrale del Magistero cattolico, che di recente ha di nuovo affrontato il tema, affermando che «una dignità infinita, inalienabilmente fondata nel suo stesso essere, spetta a ciascuna persona umana, al di là di ogni circostanza e in qualunque stato o situazione si trovi»; dunque «la Chiesa, alla luce della Rivelazione, ribadisce e conferma in modo assoluto questa dignità ontologica della persona umana»[10].

[7] Sul punto, tra molti, B. Malvestiti, *La dignità umana dopo la "Carta di Nizza". Un'analisi concettuale*, Napoli, 2015; G. Monaco, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *www.forumcostituzionale.it* (s.d.).

[8] Estendendo anche al caso di guerra il divieto già previsto dal Protocollo addizionale n. 6 del 1983.

[9] Ovviamente, il tema della dignità è da molto tempo centrale anche nella giurisprudenza delle Corti europee: sul punto già F. Politi, *Il rispetto della dignità umana nell'ordinamento europeo*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo. I. I princìpi dell'Unione*, Milano, 2006, 43 ss.; P. Ridola, *op. cit.*, 285 ss. A riprova dell'ambiguità del termine, però, si noti che anche la Costituzione ungherese del 2012, da molti letta quale paradigma di una democrazia illiberale, afferma nel Preambolo che la dignità "è la base dell'esistenza umana", dichiarandola altresì, nell'art. II della parte prima, "inviolabile".

[10] Sono parole contenute nel n. 1 della *Dichiarazione* Dignitas infinita *circa la dignità umana,* del Dicastero per la dottrina della Fede, approvata dal Pontefice il 25 marzo 2024 e pubblicata l'8 aprile dello stesso anno; da notare che, in modo alquanto sorprendente, poche righe più avanti lo stesso testo afferma che «fin dall'inizio della sua missione, sulla spinta del Vangelo, la Chiesa si è sforzata di affermare la libertà e di promuovere i diritti di tutti gli esseri umani» (n. 3), dimenticando alcuni secoli di torture e condanne capitali inflitte dalla Santa Inquisizione. Ma, a ben vedere, anche in quei casi a prevalere non era forse una negazione della dignità, quanto piuttosto quella declinazione etico-deontologica della stessa che considerava inquisiti e condannati "indegni" della vita loro donata e dunque meritevoli dei tormenti loro inflitti, a riprova dell'enorme varietà di significati che al concetto di dignità possono essere connessi. Peraltro, lo stesso concetto cattolico di "persona" è non privo di ambiguità, contenendo in sé un forte fattore deontologico; la dignità è comunque citata e utilizzata in moltissimi documenti magisteriali: si veda per esempio il costante riferimento al concetto presente nell'esortazione apostolica di papa Francesco *Evangelii gaudium* (24 novembre 2013).

Da notare che, forse non per caso, anche nella recente sentenza n. 135/2024 della Corte costituzionale si afferma che "ogni vita è portatrice di una *inalienabile dignità*, indipendentemente dalle concrete condizioni in cui essa si svolga" (c.i.d., punto 7.3, corsivo mio). Il riferimento del

In realtà, la dignità, intesa come valore, costituisce uno di quei punti di intensione assiologica su cui tutti sembrano essere d'accordo, salvo poi rendersi conto del fatto che, al momento di trarne conseguenze concrete, i contenuti di cui il concetto stesso deve riempirsi sono assai diversi tra loro.

Meglio partire allora dalla considerazione che la dignità «non è in nessun modo una dotazione naturale, come si presume che siano certe qualità fondamentali dell'intelligenza», e «non è nemmeno, semplicemente, un "valore" che, in base ad una determinata dotazione naturale, un uomo "ha" o "porta in sé"». Essa corrisponde piuttosto a «un'esigenza di rappresentazione», e «deve essere costituita», in quanto «è il risultato di rappresentazioni difficili, relative a interessi generali del sistema della personalità, in parte consce in parte inconsce ed è, nella stessa misura, il risultato di una continua cooperazione che, ugualmente, può essere praticata in modo conscio o inconscio, latente o trasparente – ma mai nella forma della comunicazione esplicita, poiché sarebbe un errore di rappresentazione»[11].

Se dunque la dignità è frutto di rappresentazione, e altresì di *auto*rappresentazione[12], è evidente che i contenuti di essa potranno variare in modo assai rilevante, risentendo in modo determinante della cultura entro cui il soggetto è inserito, del riconoscimento della comunità di comunicazione cui

giudice a una dignità "innata" è chiaro, anche se, così formulato, rischia di "provare troppo", perché se si ritiene che la dignità sussiste (e persiste) ontologicamente e necessariamente in qualunque vita, anche la più misera e vessata, si elide la necessità di una sua tutela, l'intangibilità diventando un dato del *Sein* e non del *Sollen*. Detto altrimenti, è un'affermazione che certo serve a sottrarre forza all'argomento della vita ritenuta dal soggetto che soffre "non più degna di essere vissuta", ma certo non rassicura chi soffre e chi, empaticamente, si immedesima nel sofferente, consapevole di poter essere, presto o tardi, nelle stesse condizioni.

[11] Così N. Luhmann, *I diritti fondamentali come istituzione* (1965-1999), tr.it., Bari 2002, 119-120, ove il sociologo e giurista rileva, in un'opera giovanile in cui sono però presenti molti spunti, anche lessicali, che saranno precisati nel suo pensiero più maturo, che «la dignità è uno dei beni più sensibili dell'uomo, perché è così fortemente generalizzata che tutte le sue particolarità riguardano l'uomo nel suo complesso. Una singola deviazione, una singola indiscrezione la può distruggere in modo radicale».

[12] *Ibidem*: «L'autorappresentazione è quel processo che fa diventare persona l'uomo che comunica con altri uomini, costituendolo nella sua umanità. L'uomo non può usare la sua personalità, se la sua autorappresentazione non ha successo, se non ha dignità». In una prospettiva sistemico-funzionalistica esaminano la dignità anche K.-H. Ladeur, I. Augsberg, *Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat. Humangenetik-Neurowissenschaft-Medien*, Tübingen, 2008. Sul tema della rappresentazione è altresì d'obbligo un riferimento a E. Goffman, *La vita quotidiana come rappresentazione* (1959), tr.it., Bologna, 1969, spec. 29 ss., che definisce con tale termine «tutta quell'attività di un individuo che si svolge durante un periodo caratterizzato dalla sua continua presenza dinanzi a un particolare gruppo di osservatori e tale da avere una certa influenza su di essi» (ivi, 33).

appartiene[13], nonché della gerarchia valoriale in questa prevalente: così, per esempio, l'autorappresentazione della dignità del cittadino ligio alla legge dello Stato sarà ben diversa da quella dell'appartenente a un'organizzazione mafiosa, perché diversa sarà la sua autocomprensione sociale e la sua reazione dinanzi a vere o presunte violazioni di una dignità assai dissimile nei due contesti, e soprattutto diversi saranno i suoi valori e modelli etici di riferimento (in primo luogo in ordine a concetti come quelli di dignità e onore).

Così impostato il problema, possono essere lasciati sullo sfondo i molti tentativi di delineare diversi "tipi" di dignità, per esempio distinguendo una dignità "ontologica o innata" da una "esistenziale o acquisita"[14], oppure, all'interno del concetto medesimo, un "tratto personologico" da uno "eudemonologico" e da uno "deontico"[15], ovvero una "teoria della dotazione" da una "della prestazione"[16]: tentativi diversi, qui menzionati tra molti altri, ma accomunati dal fine di rendere riconoscibile, sulla scorta di una prospettiva kantiana talora ancorata a certe ascendenze del pensiero antico[17], un *quid* di "intangibilità",

[13] Su tale concetto, K.-O. Apel, *L'*apriori *della comunità di comunicazione e i fondamenti dell'etica*, in Id., *Comunità e comunicazione* (tr. it. parz. di *Transformation der Philosophie*, 1973), Torino, 1977, 205 ss.

[14] In tal senso M. Ruotolo*, op. cit*., 126.

[15] Così B. Malvestiti, *op. cit*., 116 ss.

[16] H. Hoffmann, *La promessa della dignità umana*, in *Riv. int. fil. dir*., 76 (1999), 625 ss. È da notare che, nella dottrina cattolica, la *Dignitas infinita* distingue quattro tipi di dignità: ontologica, morale, sociale ed esistenziale. Tuttavia, mentre la prima è in sé incancellabile, perché legata alla stessa esistenza della persona, già la seconda può essere violata dalla persona stessa che eserciti la sua libertà comportandosi in un modo «che "non è degno" della sua natura di creatura amata da Dio e chiamata all'amore degli altri» (n. 7).

[17] Il riferimento è ovviamente a I. Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi* (1785), parte II: «agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona sia in quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo» (tr. it, Roma-Bari, 1970, 61); Id., *La metafisica dei costumi* (1797), Dottrina degli elementi dell'etica, parte II, sez. II: «il rispetto, che io ho per un altro o che un altro può esigere da me (*observantia aliis praestanda*), è dunque il riconoscimento di una dignità (*dignitas*) negli altri uomini, cioè di un valore che non ha nessun prezzo, nessun equivalente con il quale si possa scambiare l'oggetto dell'estimazione (*aestimii*)» (tr. it., Roma-Bari, 1989, 333); sul punto D. von der Pfordten, *Sulla dignità umana in Kant*, in *La Cultura*, 2/2011, 209 ss., che rileva come Kant non usi con costanza il sintagma "dignità umana" (*Würde des Menschen*), ma lo alterni con altri, soprattutto con "dignità di un essere razionale" (*Würde eines vernünftigen Wesens*) e "dignità dell'umanità" (*Würde der Menschheit*).

Per quanto riguarda il pensiero antico, assai comune in tema è il riferimento a Cicerone, ancorché nell'uso dei latini il termine *dignitas* si collegasse prevalentemente alla bellezza virile (intesa come gravità e nobiltà d'aspetto), mentre alle donne si riferisse piuttosto la *venustas*: così «*Cum autem pulchritudinis duo genera sint, quorum in altero venustas sit, in altero dignitas, venustatem muliebrem ducere debemus, dignitatem virilem. Ergo a forma removeatur omnis viro non dignus ornatus, et huic simile vitium in gestu motuque caveatur*» (M.T. Cicerone, *De officiis*, I, XXXVI, tr. it., *Dei doveri*, Milano 1994, 102). Nel pensiero della prima modernità, un

un nucleo invalicabile di tutela di un presunto contenuto essenziale del diritto alla dignità inteso come diritto a un bene ontologicamente legato all'individuo, ossia legato al mero fatto della sua stessa esistenza.

Ma «mentre la teoria della dotazione ha una pretesa di universalità, quella della prestazione riconosce dignità solo agli uomini che l'hanno conquistata secondo gli standard culturali dominanti», e ciò rende ragione della concezione oggi prevalente nella nostra civiltà occidentale. Infatti, «l'etica dell'onore e quella del lavoro sono state e sono, pertanto, fonte di disuguaglianza sociale», mentre «l'etica dei diritti, oggi prevalente, si basa sull'idea che a tutti si deve un'eguale considerazione e rispetto e che la dignità umana è inviolabile»[18].

Il fine sotteso a tali distinzioni è del tutto condivisibile: ma, per quanto fin qui detto, l'individuazione di tale contenuto necessario risulta poi alquanto difficile, soprattutto se finisce con l'essere rimessa, com'è di fatto in molti casi, a soggetti investiti di una potestà di decisione il cui esercizio concreto è comunque condizionato da numerosi fattori di precomprensione etica, prima che giuridica. In altre parole, quale tipico concetto indeterminato[19], la dignità si riveste dei panni che le sono forniti dall'interprete, il quale impone dunque la sua visione a colui che si trovi, per avventura, sottoposto alle conseguenze della sua scelta.

riferimento comune è al noto scritto di G. Pico della Mirandola, *Oratio de hominis dignitate* (1486-1504), tr.it. *La dignità dell'uomo*, Torino, 2021; nel secolo XVIII, per S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium libri octo*, 3.11.1, «*In ipso hominis vocabulo iudicatur inesse aliqua dignatio*» (ove, peraltro, il termine *dignatio* sembra avere una sfumatura alquanto diversa da *dignitas*). Una sintetica ricognizione storica dei significati di cui il termine *dignitas* si è rivestito nel tempo sta in S. Prisco, *op. cit*., 63 ss.

[18] Così F. Viola, *Dignità*, in *Enciclopedia filosofica*, V, Milano, 2010, 2863 ss. (cit. a 2864); per cogliere la dimensione condizionante del contesto culturale entro cui vivono i singoli e le collettività, è utile, ancorché svolta su diverso piano, la trattazione di P. Bourdieu, *La distinzione. Critica sociale del gusto* (1979), tr.it. Bologna, 2001 (spec. 173 ss. su *habitus* e stili di vita).

[19] Tanto indeterminato che taluno ha potuto ritenerlo un esempio di enantiosemia, ossia di rovesciamento diacronico del senso: da fattore escludente, quale era nella sua connessione a cariche pubbliche proprie dei "dignitari" di un dato sistema sociale, a fattore includente, come quello che si lega alla dignità "intangibilmente" propria di ciascun essere umano (U. Pomarici, *Il prisma umano della dignità nell'era delle tecnoscienze. Spunti per una discussione*, in *Riv. fil. dir*., n.spec., 2015, 141 ss.; ma sul tema anche Id., *Dignità a venire,* cit., *passim*). Ben rileva S. Prisco, *op. cit.*, 66, che «la dignità trascorre nei secoli da principio eminentemente politico e che socialmente implicava doveri, era *distintivo* e identitario… a valore *inclusivo*, che implica o potenzia diritti, pre-politico ed etico, ma beninteso, come si osservava sopra, di un'etica che si confronta, nel tempo, con un panorama di macerie dei grandi sistemi ideali capaci di assicurare al singolo la confortevole inclusione in grandi appartenenze collettive rassicuranti, insomma in presenza di un *pluri-verso* etico, non più di un *uni-verso* assiologico». E peraltro, si porrebbe qui anche il complesso tema della dignità degli animali non umani, che secondo M. Nussbaum, *Le nuove frontiere della giustizia* (2006), tr.it., Bologna, 2007, 177 ss., dovrebbe affrontarsi in senso aristotelico e non kantiano, secondo una prospettiva legata, cioè, alle capacità piuttosto che alla razionalità.

E tuttavia non si tratta, qui, solo degli effetti della frammentazione delle prospettive propria della temperie postmoderna, che certo si traduce in riflessi rilevanti anche sull'ambito giuridico[20], ma non denota, infine, il concetto attuale di cui trattiamo in modo determinante rispetto allo stesso operante nei passati contesti socioculturali. In effetti, semplificando molto, due dimensioni appaiono essere state sempre, con tutte le ovvie variazioni, proprie di esso: da un lato una deontologica, legata a un profilo comunicativo-relazionale, per il quale degno è colui che risponde alle istanze etico-sociali dominanti entro il gruppo di riferimento (il quale è a sua volta calato, com'è evidente, in un contesto complessivo storicamente connotato e condizionante)[21]; dall'altro, e in stretta connessione con questo primo aspetto, c'è una dimensione riflessiva, in cui l'autocomprensione dell'individuo, ossia la sua percezione di sé sul piano sociale, implica, sul piano psicologico, reazioni di accettazione o rifiuto legate a fattori che fondono profili comunitari con profili eminentemente personali (di carattere e di esperienza), in un'alchimia difficilmente prevedibile e controllabile.

Di qui, com'è evidente, appare assai improbabile rinvenire una qualsivoglia definizione comunemente accettabile di dignità: come molti concetti consimili (giustizia, equità, merito, solo per citarne alcuni), divenuti da tempo mezzi di persuasione politico-mediatica, ma non di rado tradotti e riflessi in strumenti giuridici di decisioni importanti, sia di tipo legislativo/amministrativo che, soprattutto, giudiziale (si pensi solo al labile concetto di ragionevolezza), anche quello di dignità, moltiplicandosi in mille facce diverse, diventa a un esame più attento solo un argomento retorico e sostanzialmente vuoto (forse perché – e

[20] Sul punto ancora S. Prisco, *op. cit.*, 65, che sottolinea come l'influenza dell'imperativo categorico kantiano permanga ancora sullo sfondo della cultura contemporanea, ma la frammentazione tipica della postmodernità abbia «reso arduo il concretarla, rafforzando invece la versione iper-individualistica – nel particolare senso della soggettivizzazione della percezione di contenuto del valore – della nozione qui indagata [*scil.* la dignità], insomma la convinzione che, essendo la morale un'opzione del singolo, quand'anche le relative scelte si riflettano nei comportamenti nell'adesione a un compiuto sistema organico di precetti e nel conformarsi a vincoli esterni, anche l'orizzonte e il peso assiologico della dignità varino in relazione alle valutazioni personali di ciascuno». Su diritto e postmodernità rinvio a F. Rimoli, *Postmodernità, modernità e diritto: la struttura e la funzione* (2020), ora in Id., *Dei diritti e dei doveri. Percorsi controvento*, Napoli, 2022, 13 ss.

[21] Si pone qui sullo sfondo, ma non è affrontabile, l'enorme problematica relativa alla devianza sociale, ossia alla qualificazione e al trattamento della delinquenza, della malattia psichica, dell'asocialità, o, in regimi totalitari, della stessa dissidenza ideologica: sul tema, tra moltissimi, d'obbligo almeno il riferimento a M. Foucault, *Gli anormali* (Corso al *Collège de France*, 1974-75), tr.it., Milano, 2009; Id., *Storia della follia nell'età classica* (1972), tr.it., Milano 1976; un quadro sintetico dei problemi in tale ambito è in F. Vianello, A. Sbraccia, *Sociologia della devianza e della criminalità*, Roma-Bari, 2014, nonché in A. Dino, C. Rinaldi (a cura di), *Sociologia della devianza e del crimine. Prospettive, ambiti e sviluppi contemporanei*, Milano, 2021.

non sembri un paradosso – troppo "pieno"), utile solo a chiudere il percorso argomentativo del decisore con uno strumento che è in apparenza inconfutabile, proprio perché è un contenitore capace di trovare consenso nell'uditorio facendosi riempire da questo dei contenuti più diversi. Ma è, a ben guardare, un pilastro che poggia su un terreno assai friabile.

2. *Dignità in senso oggettivo?*

Procedendo nel nostro discorso, l'elemento relazionale e quello, connesso, dell'autocomprensione debbono indurre a qualche riflessione in più: in particolare (questo breve scritto non ha, ovviamente, alcuna pretesa di esaustività rispetto a un tema così vasto), l'attenzione deve volgersi verso l'argomento, utilizzato più volte dalla giurisprudenza in contesti anche assai diversi, di una dimensione "oggettiva" – e come tale costitutiva di un limite invalicabile per ogni possibile violazione – della dignità individuale[22].

Ma, come non di rado accade, le conseguenze di certe impostazioni concettuali si dimostrano, in concreto, ben diverse da quelle attese, e la funzione manifesta del principio di dignità, rivolto a garantire un intangibile nucleo di diritti all'individuo, è tradita da effetti concreti che di fatto violano proprio quella sfera di libertà. Qui sarà utile ragionare su qualche esempio concreto, ma, ancorché sia comune (e fondato) il rilievo per cui oggi l'attacco alla dignità umana giunge da fenomeni affatto nuovi, come l'intelligenza artificiale, la robotica, le biotecnologie, la stessa Rete, soffermeremo la nostra attenzione su alcuni dei casi legati ad attività assai più tradizionali, che pure meritano ancora di essere osservati, e varrà la pena notare fin d'ora che al centro dei temi che tratteremo sta anzitutto *il corpo* del soggetto, il suo uso e la sua disponibilità.

Così è nota, e sovente citata, la duplice pronuncia con cui, già alla fine del secolo scorso, il *Conseil d'État* francese stigmatizzò il cosiddetto "lancio del nano"[23], ossia la deplorevole pratica, invalsa in alcuni locali, di divertirsi

[22] Ben rileva G. Resta, *La disponibilità*, cit, 11-12, che «le due dimensioni del principio in discorso – quella "soggettiva" e quella "oggettiva" – sono sempre coesistite e continuano tuttora a coesistere, segnando la specificità e la complessità operazionale del principio di dignità».

[23] Conseil d'État, Ass., 27 ottobre 1995, Ville d'Aix-en-Provence, n. 143578 (leggibile all'url https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007882056?init=true&page=1&query=+-Ville+d%27Aix-en-Provence%2C+n%C2%B0+143578&searchField=ALL&tab_selection=all); Id., 27 ottobre 1995, Commune de Morsangsur-Orge, n. 136727 (leggibile all'url https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007877723/). Su tali pronunce P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 121 ss.; M. Ruotolo, *op. cit*., 155 ss.; G. Resta, *Dignità*, *persone, mercati*, Torino, 2014, 31 ss., ma spec. 50 ss.; M. Rosen, *op. cit*., 65 ss.

Assai citato, in materia, è anche il c.d. caso "Omega", ossia la decisione con cui la Corte di giustizia dell'UE riconosce la legittimità di un divieto statale all'uso di giochi elettronici con

lanciando un individuo affetto da nanosomia contro un bersaglio, a mo' di freccetta umana; il giudice citato affermò che, ancorché praticata con il pieno consenso del soggetto lanciato e senza pericoli per l'incolumità dello stesso, «*par son objet même, ce spectacle porte atteinte à la dignité de la personne humaine*», e che «*l'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, dès lors, l'interdire même en l'absence de circonstances locales particulières et alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition contre rémunération*»; l'autorità municipale dunque può e deve intervenire con un divieto perché «*le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public*»[24]. Dunque, non vale qui invocare la libertà d'impresa o il diritto al lavoro, né un principio di autodeterminazione che, in assenza di costrizioni specifiche, determinano il soggetto portatore di quello specifico *handicap* fisico ad accettare il ruolo del proiettile umano. In altri termini, la decisione del giudice, e mediatamente quella dell'autorità locale, impediscono a costui di svolgere un lavoro (forse l'unico) per il quale è ben remunerato e può (di nuovo forse) condurre, al di fuori della discoteca in cui si svolge quella pratica, una vita indipendente.

L'obiezione, affatto comune in questo come nei casi di cui si dirà oltre, è tanto immediata quanto banale: la volontà di quel soggetto è solo in apparenza libera, poiché il suo *handicap* in realtà lo costringe ad accettare un'umiliazione continua pur di sbarcare il lunario. Il che è innegabile: ma questo argomento, oltre a poter valere in certa misura per tutte le decisioni umane (ossia, anche per quelle dei cosiddetti "normali"), fa trasparire un tono paternalistico che disconosce l'autonomia del soggetto stesso in modo almeno altrettanto umiliante, e in più non considera le alternative realmente praticabili. Sarà infine più avvilente per quell'uomo farsi lanciare per l'altrui (pur miserabile) sollazzo, o, in assenza di sostegni sociali effettivi, dover mendicare cibo e alloggio, magari ricevendo disprezzo, indifferenza e rifiuto, in una situazione di indigenza assoluta? Un livello minimo di indipendenza economica, seppur raggiunto con un lavoro in sé indesiderabile, che umilia per qualche ora, sarà probabilmente meno disperante di una vita in cui la mortificazione e la sofferenza, psicologica

simulazione di omicidi (CGUE, I sez., 14 ottobre 2004, leggibile all'url https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62002CJ0036&from=MT); sul punto, tra molti, G. Resta, *Dignità*, cit., 58 ss.

[24] Conseil d'État, Ass., 27 ottobre 1995, 143578, cit.; si veda sul tema, con molti riferimenti alle reazioni nel contesto francese, lo scritto di M. Gros, Giu. Serges, "*Prima lezione di diritto": ordine morale, dignità umana e "neutralità" del diritto. Dal lancio del nano al comico nazista*, in *Dir. Soc.*, 2/2015, 237 ss.; G. Resta, *op. cit.,* 50 ss.

e fisica, sono sostanzialmente costanti[25]. E dunque, in quale modo si tutela davvero, nel caso in esame, la dignità? Brandendola quale nobile vessillo e privando, in virtù di un'astratta affermazione di principio, la persona del suo lavoro, o riconoscendo la situazione reale, accertando il suo libero consenso, e consentendogli di mantenere il suo (pressoché unico) mezzo di sostentamento?

Esemplificando con un altro *hard case*, e venendo al contesto italiano, merita attenzione la pure assai nota e commentata sentenza n. 141 del 2019 della Corte costituzionale[26]: anche qui, entro una motivazione peraltro ampia, attenta e puntuale, c'è un chiaro riferimento al concetto di "dignità oggettiva", intesa come «principio che si impone a prescindere dalla volontà e dalle convinzioni del singolo individuo»[27]. Chiamata a giudicare della legittimità dell'art. 3, primo comma, numeri 4), prima parte, e 8) di alcune disposizioni della legge n. 75 del 1958 (la nota legge Merlin)[28], «nella parte in cui configura come illecito penale il reclutamento ed il favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata», la Corte respinge gli argomenti proposti dal giudice rimettente (anzitutto un diritto all'autodeterminazione sessuale deducibile dall'art. 2 Cost. e la presunta violazione della libertà d'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.), e, pur riconoscendo la peculiarità del fenomeno della prostituzione volontaria rispetto a quella coatta (per il cui sfruttamento la sanzionabilità non è comunque in discussione)[29], muove dall'art. 2 Cost. per affermare che la prima non può in ogni caso farsi rientrare

[25] È significativo il fatto che a fare ricorso contro l'ordinanza con cui il sindaco di Morsang-sur-Orge aveva vietato la gara di lancio era stato Manuel Wackenheim, ossia lo stesso soggetto lanciato, e che la Corte amministrativa d'appello di Versailles aveva, in primo grado, annullato l'ordinanza affermando che l'evento non era di natura tale da disturbare la quiete o l'ordine pubblico, né portava conseguenze negative sulla salute dei cittadini (a ciò non rilevando la disapprovazione di alcuni); la decisione affermava poi che, «anche nell'ipotesi, adombrata dal sindaco, che quest'evento costituisse un affronto alla dignità umana, non sarebbe comunque possibile emanare un divieto in assenza di specifiche circostanze» (cit. da M. Rosen, *op. cit.*, 65-66).

[26] La legge su cui verte tale pronuncia era già più volte passata al vaglio della Corte: se ne veda ricostruita la vicenda in M. Siclari, *Ruffian, baratti e simile lordura. Note introduttive ad un dibattito sulla sentenza 7 giugno 2019 n. 141 della Corte costituzionale*, in M. Manetti, M. Siclari (a cura di), *Libertà sessuale e prostituzione in una recente sentenza della Corte costituzionale*, Roma, 2023, 7 ss.; alla decisione citata è seguita poi, sugli articoli 3, co. 1, numeri 3) e 8), prima parte, della legge 20 febbraio 1958, n. 75 (riguardanti tolleranza abituale e favoreggiamento della prostituzione), la sentenza n. 278/2019, che ha sostanzialmente utilizzato le medesime argomentazioni per dichiarare l'infondatezza delle questioni (si leggano entrambe in www.cortecostituzionale.it).

[27] Così C. cost., sent. n. 141/2019, punto 4.1 del c.i.d.

[28] In particolare, dell'art. 3, primo comma, numeri 4), prima parte, e 8), in riferimento agli articoli 2, 3, 13, 25 co. 2, 27 e 41 Cost.

[29] Deve qui ricordarsi, oltre all'art. 3 della stessa legge n. 75/1958, la legge 23 novembre 1966, n. 1173, con cui l'Italia ha aderito e dato esecuzione alla Convenzione per la repressione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione, adottata a New York il

tra le modalità di autoaffermazione della persona umana, giacché «l'offerta di prestazioni sessuali verso corrispettivo non rappresenta affatto uno strumento di tutela e di sviluppo della persona umana, ma costituisce – molto più semplicemente – una particolare forma di attività economica». E poiché «la sessualità dell'individuo non è altro, in questo caso, che un mezzo per conseguire un profitto: una "prestazione di servizio" inserita nel quadro di uno scambio sinallagmatico»[30], il parametro utilizzabile in tale ambito non è quello dell'art. 2, ma quello dell'art. 41 Cost., laddove, come detto, rispetto alla libertà di iniziativa economica privata sussiste, tra gli altri, il limite espresso della dignità umana: qui dunque si arriva al punto che più ci interessa.

Spostando, per così dire "strategicamente", il parametro del giudizio dall'art. 2 all'art. 41 Cost.[31], la Corte in effetti può servirsi di tale limite in vari modi: con il già citato argomento del condizionamento indiretto della volontà, per cui «anche nell'attuale momento storico, quando pure non si sia al cospetto di vere e proprie forme di prostituzione forzata, la scelta di "vendere sesso" trova alla sua radice, nella larghissima maggioranza dei casi, fattori che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue opzioni esistenziali»[32]; ma anche richiamando il tema, pure ricorrente nella giurisprudenza costituzionale, della tutela delle persone deboli, tra le quali possono annoverarsi anche, a detta della Corte, quelle che «si prostituiscono – in ipotesi – per effetto di una scelta (almeno inizialmente) libera e consapevole», senza però considerare le pressioni che l'ingresso in un circuito da cui sarà poi difficile uscire comporta e i molti pericoli che si corrono nel contatto con il cliente[33].

21 marzo 1950; peraltro, in alcuni casi lo sfruttamento estremo può configurare anche il reato di riduzione in schiavitù di cui all'art. 600 c.p.

[30] Corte cost., sent. n. 141/2019, punto 5.2 del c.i.d.

[31] Che ora, com'è noto, pone quali limiti all'iniziativa economica privata, oltre a sicurezza, libertà e dignityà umana, anche salute e ambiente, inseriti dalla modifica di cui alla l.cost.11 febbraio 2022, n.1. Ma forse, per quanto detto prima, sarebbe stato qui conferente anche un riferimento al parametro dell'art. 13 Cost. e all'*habeas corpus*, inteso in senso ampio come disponibilità e libertà di uso del proprio corpo (ancorché tale parametro fosse invocato dal giudice rimettente solo in relazione al profilo dell'offensività del reato).

[32] Ivi, punto 6.1 del c.i.d.: la Corte precisa che «può trattarsi non soltanto di fattori di ordine economico, ma anche di situazioni di disagio sul piano affettivo o delle relazioni familiari e sociali, capaci di indebolire la naturale riluttanza verso una "scelta di vita" quale quella di offrire prestazioni sessuali contro mercede». Ma il tema si pone spesso anche in altri ambiti: si vedano per esempio, rispetto alla pratica della maternità surrogata, penalmente vietata (ora anche al di fuori del territorio nazionale) dall'art.12, co.6, della legge n. 40 del 19 febbraio 2004, le sentenze nn. 272/2017 e 33/2021 della stessa Corte costituzionale (quest'ultima specialmente al punto 5.1 delc c.i.d.).

[33] *Ibidem*; anche qui traspare una certa sfiducia della Corte nella capacità di autodeterminazione delle prostitute volontarie, ritenute (un po' aprioristicamente) soggetti deboli da protegge-

Ma soprattutto è rilevante, per il nostro discorso, l'affermazione per cui, rispetto alla concorrente finalità di tutela della dignità umana della legge in esame, «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». Ne deriva che «è, dunque, il legislatore che – facendosi interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico – ravvisa nella prostituzione, anche volontaria, una attività che degrada e svilisce l'individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente»[34].

Tralasciando i numerosi altri profili della decisione, ciò implica infine anche un mutamento rilevante di prospettiva nella giustificazione della scelta "abolizionista" del legislatore del 1958, che oggi può, secondo la Corte, essere riletta sotto nuova luce[35], anche in virtù del fatto che il richiamo alla "dignità oggettiva" è presente, pur dopo molte oscillazioni, anche nella giurisprudenza di legittimità[36].

re, giacché si sottolinea che «in questa materia, la linea di confine tra decisioni autenticamente libere e decisioni che non lo sono si presenta fluida già sul piano teorico» (punto 6.1 del c.i.d.): il che certamente è vero, ma può valere, come detto, per ogni decisione umana in ogni ambito, tanto da poter diventare argomento capace infine di travolgere l'idea stessa di autodeterminazione e di libertà. Sulla decisione si veda comunque P. Scarlatti, *La sentenza n. 141 del 2019 della Corte costituzionale tra discrezionalità del legislatore e tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili*, in M. Manetti, M. Siclari (a cura di), *op. cit.*, 137 ss. Un simile fondo di paternalismo anima la Corte anche (solo per fare un altro esempio) nella citata sent. n. 33/2021 in tema di accertamento del rapporto di filiazione tra il minore nato all'estero mediante maternità surrogata e il c.d. "genitore di intenzione": il già citato divieto della surrogazione di maternità di cui alla legge n.40/2004, è giustificato dalla Corte richiamando la sent. n. 272/2017, per la quale la gestazione per altri «offende in modo intollerabile la donna e mina nel profondo le relazioni umane», e affermando altresì che «gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate», che, «ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse di terzi» (c.i.d., punto 5.1). Su tale pronuncia (e sulla precedente n.32/2021) rinvio a F. Rimoli, *Diritto all'omogenitorialità,* best interest of the child *e famiglia "naturale": un problema ancora irrisolto*, in *Giur.cost.*, 2021, 339 ss.

[34] Corte cost., sent. n. 141/2019, punto 6.1 del c.i.d.

[35] Ovviamente, il "comune sentimento sociale" interpretato dal legislatore del 1958 (ammesso che fosse davvero tale), deve ritenersi oggi enormemente mutato, essendosi però sostituita all'idea della lesione di un'astratta morale comune quella di una tutela, forse altrettanto astratta, della dignità del corpo femminile (che però poi, prescindendo di fatto dall'autodeterminazione individuale, finisce con il tradursi in una nuova forma di espropriazione dello stesso). Altri profili critici della decisione sono evidenziati, nel volume di M. Manetti, M. Siclari, *Libertà sessuale*, cit., soprattutto dai saggi di C. Aliberti (ivi, 17 ss.); A. Anzon Demmig (ivi, 41 ss.), e R. Bin (ivi, 85 ss.).

[36] La Corte richiama le pronunce di Cass., sez. III pen., 17 nov. 2017-30 mar. 2018, n. 14593 e 19 lug. 2017 - 7 feb. 2018, n. 5768.

Indubbiamente, è qui comprensibile la critica mossa dalle parti costituite, circa il fatto che tale uso della dignità dissimuli un ritorno all'idea di tutela di una "morale dominante", in sé ormai inaccettabile in virtù del principio di laicità dello Stato[37]; ma la Corte, pur riconoscendo la possibilità per il legislatore di disciplinare in modo diverso le "condotte parallele" di chi promuove, trae profitto o comunque tollera o favorisce l'esercizio del meretricio[38] e per il giudice il potere-dovere di escludere la configurabilità del reato in caso di mancanza di potenzialità lesiva (ossia di offensività in concreto) delle singole condotte, conclude per l'infondatezza delle questioni sollevate.

Ora, pur nell'ovvia considerazione del fatto che il fenomeno della prostituzione porta con sé, soprattutto nella cultura religiosa, una lunghissima tradizione di disvalore e riprovazione sociale, capace comunque di incidere sulla stessa precomprensione del fenomeno, è abbastanza evidente che, mentre il riferimento alla morale pubblica e al buon costume quali oggetto di tutela della norma penale è in sé coerente con il divieto di svolgere certe attività, giacché l'una e l'altro, come ben afferma la stessa Corte, riguardano un interesse "metaindividuale" e indisponibile[39], il richiamo a una "dignità oggettiva" quale fondamento della decisione appare assai più opinabile, riconducendosi inevitabilmente a un concetto in cui la soggettività e la disponibilità non sono affatto negabili *a priori*[40].

In altre parole, proprio in un contesto di riaffermazione del principio di laicità (inteso, deve precisarsi, come espressione diretta del pluralismo ideologico, etico e politico cui si informa l'ordinamento liberaldemocratico)[41], definire un tratto "oggettivo" e indisponibile della dignità rischia di risultare incoerente e addirittura pericoloso per la tutela di quegli stessi diritti che se ne fanno derivare: quale che sia il contenuto che si voglia dare al concetto in esame, infatti, è

[37] Principio «che impedirebbe di assoggettare a pena determinate condotte solo perché considerate dai più eticamente scorrette» (ivi, punto 7.2 del c.i.d.).

[38] Sul punto anche la sent. n. 278/2019, cit., punto 3.1 del c.i.d.

[39] Corte cost., sent. n. 141/2019, punto 7.2 del c.i.d.; su dignità in senso soggettivo e oggettivo, tra molti, F. Mastromartino, *Due concetti di dignità per due concetti di autonomia*?, in *Diritto e questioni pubbliche*, XXI (2021), 239 ss.; V. Baldini, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2013; F. Politi, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, II ed., Torino, 2018, 61 ss.

[40] Tra molti, si leggano sul tema i saggi contenuti nel volume di A. Apostoli (a cura di), *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*, Torino, 2021; L. Violini, *La dignità umana al centro: oggettività e soggettività di un principio in una sentenza della Corte Costituzionale (sent. 141 del 2019)*, in *www.dirittifondamentali.it*;

[41] Rinvio qui a F. Rimoli, *Laicità (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, Ist. Enc. it. G. Treccani, Aggiornamenti, Roma 1995, nonché, con diverse prospettive, P. Bellini, *Il diritto d'essere se stessi. Discorrendo dell'idea di laicità*, Torino, 2007; S. Prisco, *Laicità. Un percorso di riflessione* (saggi), Torino, 2009; di recente, A. Barbera, *Laicità. Alle radici dell'Occidente*, Bologna, 2022.

difficile individuarne, se non d'autorità (o, più moderatamente, in modo paternalistico) un contenuto essenziale da cui sia impossibile prescindere[42].

Soprattutto, appare impossibile sottovalutare quel menzionato fattore di *autocomprensione* che, ancor prima dell'*autodeterminazione*, deve caratterizzare, per principio, il soggetto adulto, libero e consapevole in un ordinamento di eguali. Non si può, in altri termini, consentire che siano altri, dall'esterno, a decidere chi necessiti di aiuto e debba essere guidato, se non traducendo tale scelta, di fatto, nell'imposizione di una minorità coatta e surrettiziamente indotta di soggetti pur maggiorenni, le cui convinzioni e comportamenti potranno essere anche assai distanti da quelle di una pretesa "morale comune", ma non possono per ciò solo, in assenza di pericoli concreti per un ordine pubblico inteso in senso strettamente materiale o per la pacifica convivenza e l'altrui sfera di libertà, essere oggetto di sanzione penale.

La persona che, *liberamente e senza costrizioni imposte da altri*, preferisca prostituirsi perché ritiene meno umiliante (oltre che più redditizio) concedere il proprio corpo dietro compenso per poche ore piuttosto che prestare il proprio lavoro, sfruttato e sottopagato, in qualche *call-center* o in qualche *home delivery service* potrà certo essere biasimata sul piano etico da chi abbia convinzioni diverse o secondo un presunto "sentire comune", ma non dovrebbe essere ostacolata, in uno Stato liberale, democratico e pluralista (ossia laico), nell'attuazione di questa sua scelta di vita.

In tal senso, accanto alla dimensione della laicità dello Stato, torna in primo piano, in una lettura più ampia, proprio quel principio personalista da cui siamo partiti, ossia quell'art. 2 Cost. "strategicamente" respinto dalla Corte quale parametro nella decisione citata. Ma non basta: c'è almeno un altro ambito da trattare, in cui tale rovesciamento di effetti del principio di dignità, in un'infelice eterogenesi dei fini, risulta evidente, e qui sarà necessaria qualche ulteriore considerazione.

[42] Non a caso, in un contesto dogmatico-cognitivista come quello del pensiero cattolico, si afferma che «la dignità umana non può essere basata su *standard* meramente individuali né identificata con il solo benessere psicofisico dell'individuo. La difesa della dignità dell'essere umano è fondata, invece, su esigenze costitutive della natura umana, che non dipendono né dall'arbitrio individuale né dal riconoscimento sociale. I doveri che scaturiscono dal riconoscimento della dignità dell'altro e i corrispondenti diritti che ne derivano hanno dunque un contenuto concreto ed oggettivo, fondato sulla comune natura umana. Senza un tale riferimento oggettivo, il concetto di dignità viene di fatto assoggettato ai più diversi arbitrii, nonché agli interessi di potere» (*Dignitas infinita*, cit., n. 25). Ovviamente, tale concezione è ben poco compatibile con il contesto culturale e giuridico liberaldemocratico, di orientamento laico e pluralista (che resta affatto contrapposto al pensiero cattolico, nonostante i vani sforzi del postsecolarismo di trovare affinità tra due visioni comprensive del mondo così distanti tra loro: sul punto rinvio a F. Rimoli, *Laicità, postsecolarismo, integrazione dell'estraneo: una sfida per la società pluralista*, in *Dir. pubbl.*, 2/2006, 335 ss.).

3. *Dignità del vivere e dignità del morire*

Ai temi trattati si deve aggiungere infatti, pur in una riflessione assai sintetica, quello, assai attuale e lacerante, del coacervo dei problemi inerenti all'inizio, ma soprattutto al termine dell'esistenza umana individuale: se per il primo profilo sovvengono subito le *vexatae quaestiones* dell'interruzione volontaria di gravidanza e della procreazione medicalmente assistita, laddove il legislatore è più o meno felicemente intervenuto con una disciplina specifica[43], per il secondo la perdurante latitanza di questo fa sì che una disciplina minimale sia stata dettata nel nostro ordinamento, in funzione suppletiva, dalla Corte costituzionale con alcune rilevanti decisioni, nelle quali si sono aperti, a determinate condizioni, spiragli per la pratica del suicidio assistito[44].

Anche in questo campo, com'è ovvio, emerge in primo piano il profilo della dignità[45]: dell'embrione, nel caso in cui questo sia equiparato *tout court*

[43] Il riferimento è ovviamente alle leggi 27 maggio 1978, n. 194 e 19 febbraio 2004, n. 40, la prima confermata da un referendum popolare del 17 maggio 1981, e la seconda, frutto di un'impostazione fortemente improntata all'ideologia cattolica, divenuta oggetto di incisivi interventi della Corte costituzionale (si vedano le sentenze nn. 151/2009, 162/2014, 96 e 229/2015) , nonché la recentissima 68/2025.

[44] Si vedano anzitutto le note pronunce di Corte cost., ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019, su cui si è sviluppata una letteratura multidisciplinare a dir poco torrenziale, caratterizzata, com'è facile intendere, dalle forti contrapposizioni ideologiche proprie dei temi "eticamente sensibili": per una prospettiva filosofica attenta al profilo giuridico si vedano gli scritti recenti di G. Fornero, *Indisponibilità e disponibilità della vita: una difesa filosofico-giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria*, Milano 2020, spec. 679 ss.; Id., *Il diritto di andarsene. Filosofia e diritto del fine vita tra presente e futuro*, Milano 2023, spec. 172 ss.; per una lettura più strettamente giuridica, con ulteriori riferimenti bibliografici, rinvio a F. Rimoli, *Diritto di morire o dovere di vivere? La democrazia liberale e i limiti del pensiero giuridico*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2019, 483 ss. (e ora in Id., *Dei diritti,* cit., 185 ss.); Id., *Il diritto di morire come espressione del diritto alla vita: riflessioni su una prospettiva*, in *Dir. soc.*, 4/2023, 645 ss.; G. Fontana, *La dignità umana di fronte alle scelte di fine-vita (Considerazioni critiche intorno agli usi giurisprudenziali di un problematico e cangiante concetto)*, in *Riv. int. fil. dir.,* 3/2021, 533 ss. ma spec. 550 ss. ; P. Becchi, *Licenza di morire*, Torino, 2025. Il tema è stato infine trattato, con prospettiva peculiare, nel volume di G. Fornero, F. Rimoli, R. D'Andrea, *Diritto di vivere e di morire. Una rivoluzione copernicana*, Milano, 2025.

[45] Fondamentale in tutti i campi eticamente sensibili, come quello del biodiritto: si veda tra molti, sul punto, G. Resta, *Dignità* (2010), ora in Id., *Dignità, persone, mercati,* cit., 3 ss., che ben rileva che «la nozione di "dignità" rappresenta una delle parole chiave, forse *la* parola chiave, dei discorsi contemporanei in campo biogiuridico» (ivi, 3). In quest'ambito si possono anche tracciare parallelismi – seppur in contesti affatto diversi – con il tema, poc'anzi accennato, della prostituzione volontaria, alla luce del comune fattore della disponibilità del proprio corpo: per una prospettiva siffatta si veda F. Pacella, *Dignità umana e libertà fondamentali nella prostituzione e nell'aiuto al suicidio*, in *Osservatorio costituzionale* (*www.osservatorioaic.it*), 3/2020. Si aggiungono in materia alle pronunce citate la sentenza n. 135/2024, in cui la Corte mantiene sostanzialmente ferma la linea definita, ribadendo la non configurabilità di un "diritto di morire", nonché i presupposti elencati nell'ord. n. 207/2018 e nella sent. 242/2019, e, su

alla persona, come nella prospettiva cattolica[46]; del morente, in ogni caso di malattia grave, terminale e irreversibile, o anche – ed è questo un punto assai problematico – di colui che comunque concepisca una ferma, consapevole e radicata volontà di porre fine, per qualsiasi ragione, a una vita che *egli stesso* ritenga, a suo giudizio insindacabile, non più degna di essere vissuta[47].

Giacché l'embrione o il feto non possono esprimere alcuna volontà né giudizio, è evidente che sono le due ipotesi da ultimo descritte quelle in cui più si manifestano i delicati contorni del problema di cui stiamo trattando: ma chi può ritenersi giudice della dignità del vivere rispetto alla singola vita, se non chi quella stessa vita sta vivendo? Ben più che nel caso della prostituzione volontaria, il tema della soggettività della valutazione emerge qui in modo drammatico: l'idea di una dignità "oggettiva", ossia rimessa al giudizio di un soggetto

profili simili e con orientamenti sostanzialmente analoghi, la sentenza n. 66/2025. Se da un lato, con la sentenza 135/2024, si amplia lievemente la nozione di "trattamento di sostegno vitale" ai fini dell'integrazione delle condizioni già indicate dalle decisioni precedenti in ordine alla praticabilità del suicidio assistito (in particolare, si veda il punto 8 del c.i.d.), dall'altro si riafferma però la necessità del rispetto di una procedura medicalizzata tramite una valutazione del Servizio sanitario nazionale, l'intervento del comitato etico territorialmente competente (ivi, punto 9), e l'ovvia giurisdizione del giudice penale sui profili di reato. Costante (quanto probabilmente vano) rimane poi l'appello al legislatore per una disciplina organica del fine-vita; su una linea conforme le recenti sentenze nn.66 e 132 del 2025.

[46] Anche qui, ovviamente, esiste una letteratura immensa e ricca di forti contrasti ideologici: cito solo le diverse riflessioni di E. Severino, *Sull'embrione*, Milano, 2005; R. Dworkin, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale* (1993), tr.it., Milano 1994; F. Rimoli, *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione*, in *Dir. Soc.*, 1994, 115 ss.; per la prospettiva cattolica, si legga l'istruzione della Congregazione per la dottrina della fede, Donum vitae. *Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, del 22 febbraio 1987.

[47] Sul punto G. Fornero, *Il diritto*, cit., spec. 189 ss.; F. Rimoli, *Il diritto di morire*, cit., *passim.* La concezione sacrale della vita umana che ispira da sempre il Magistero cattolico nel senso dell'assoluta illiceità etico-religiosa del suicidio assistito e dell'eutanasia è stata di recente riaffermata con la citata Dichiarazione *Dignitas infinita*, in cui, ai paragrafi 51 e ss., si dice che oggi «è assai diffusa l'idea che l'eutanasia o il suicidio assistito siano coerenti con il rispetto della dignità della persona umana»; ma dinanzi alla sofferenza si ribadisce che questa «non fa perdere al malato quella dignità che gli è propria in modo intrinseco e inalienabile, ma può diventare occasione per rinsaldare i vincoli di una mutua appartenenza e per prendere maggiore coscienza della preziosità di ogni persona per l'umanità intera» (ivi, 51). Inoltre, «non esistono infatti condizioni mancando le quali la vita umana smette di essere degnamente tale e perciò può essere soppressa», e «aiutare il suicida a togliersi la vita è, pertanto, un'oggettiva offesa contro la dignità della persona che lo chiede, anche se si compisse così un suo desiderio» (ivi, 52). Ovviamente, in questa prospettiva il desiderio (o la volontà) del sofferente hanno pressoché nessun valore, essendo peraltro la sofferenza anche strumento di redenzione. Emerge qui, in tutta la sua rigidità, la concezione deontologica propria dell'ideologia cattolica, che esalta la "persona" e le concede diritti e autonomia, ma solo fino al punto in cui questa non vada contro una presunta legge divina di cui, ovviamente, la gerarchia ecclesiastica è l'unico custode.

esterno, o a un generico quanto impalpabile "sentire comune" di cui qualcuno si erge a interprete, si traduce per il malato terminale (o per colui che comunque voglia cessare di vivere) in una condanna a prolungare indefinitamente la sua sofferenza e a perdere ogni speranza di liberazione da una condizione divenutagli insostenibile, da un corpo diventato spietata prigione[48].

Non è questa la sede per tornare a trattare dei molti problemi, teorici e pratici, che il suicidio assistito o l'eutanasia (passiva e attiva) comportano[49]: rimanendo sul tema della dignità, tuttavia, sono questi i luoghi più critici per saggiare la plausibilità di una valutazione esterna, perché proprio in questi contesti specifici, a ben vedere, si dimostra che quello stesso concetto di dignità (che dovrebbe valere, nel discorso comune, a garantire i più deboli, a impedire che si ripetano le degenerazioni dei totalitarismi, in fondo a esorcizzare lo spettro del "*Muselmann*" che sempre grava e deve gravare, quale monito, sulla nostra memoria collettiva)[50], se interpretato in modo da disancorarlo dalla sua dimensione soggettiva, può inopinatamente rovesciarsi nel suo opposto, imponendo *sine die* una prigione disumana proprio a coloro che si dovrebbero maggiormente proteggere e che invece sono ridotti non più a fine, ma – qui davvero! – a mezzo per l'attuazione di un principio, tanto astratto quanto (in questo contesto) divenuto crudele.

In altre parole, il tema della tutela dei deboli[51], che pure ha indotto la Corte costituzionale alla massima cautela nella definizione delle condizioni di praticabilità del suicidio assistito (punito dall'art. 580 c.p.)[52], può essere declinato anche

[48] Qui i referenti costituzionali sono facilmente individuabili almeno negli articoli 2, 3, 13 e 32, co. 2 della Carta, ma il nostro discorso deve svolgersi al di là del profilo esegetico: tra molti, sul tema, si veda comunque P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano 2007.

[49] Oltre agli scritti già citati, si vedano, tra moltissimi, quelli di H. Jonas, *Il diritto di morire* (1985), tr. it., Genova 1991; R. Dworkin, *op. cit*., 247 ss.; C. Tripodina, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli 2004; U. Adamo*, Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Padova 2018; S. Agosta, *Disposizioni di trattamento e dignità del paziente*, Roma, 2020; L. d'Avack, *Consenso informato e scelte di fine vita. Riflessioni etiche e giuridiche*, Torino, 2020 nella prospettiva cattolica, G. Razzano, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasici*, Torino, 2019.

[50] Sulla terribile figura del "*Muselmann*" nel campo di sterminio, ossia sull'essere umano ridotto a larva e deprivato di ogni dignità, G. Agamben, *Quel che resta di Auschwitz. L'archivio e il testimone (*Homo sacer *III)*, Torino, 1998, spec. 37 ss.

[51] Questo profilo ricorre anche nella citata sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale; di recente, sul tema, P. Scarlatti, *I diritti delle persone vulnerabili*, Napoli, 2022, 131 ss. e 170 ss., che ben rileva i rischi di paternalismo connessi a un certo uso argomentativo della vulnerabilità. Su profili specifici si vedano anche i saggi contenuti in F. Politi (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali delle persone in condizioni di vulnerabilità ed il limite dei vincoli di bilancio*, Torino, 2024.

[52] Anche appoggiandosi sulla disciplina di cui alla legge 22 dicembre 2017, n. 219, in tema di disposizioni anticipate di trattamento, sulla relazione medico/paziente e sulla legge 15 marzo

in modo assai diverso: laddove infatti sia acclarata un'autodeterminazione *libera* del soggetto, che deve comunque essere presunta in un adulto (almeno nei limiti in cui questa sia plausibile per qualunque essere umano, quali che siano le sue condizioni contingenti), tutelare il sofferente significa certo consentirgli di accedere, anzitutto, a cure palliative e a sostegni clinici di ogni tipo, ma anche, ove ciò sia oggetto del suo reale desiderio, permettergli di liberarsi da un giogo divenuto troppo pesante, senza poterne però sindacare dall'esterno, in base a criteri altrui presunti come "oggettivi", la decisione di morire[53].

2010, n. 38 in tema di cure palliative. Ma non può ignorarsi che, in un caso analogo, il *Bundesverfassungsgericht* ha scelto una via più coraggiosa con la nota sentenza del 26 febbraio 2020: si veda BVerfG, II Senat, 26 feb. 2020 (la sentenza ha dichiarato incostituzionale il divieto dell'assistenza al suicidio esercitata in modo professionale, ossia la sua agevolazione commerciale [*geschäftsmässig*], contenuto nell'art. 217 dello *StGB,* ed è leggibile all'url *https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/02/rs20200226_2bvr234715.html*, riconoscendo in sostanza il diritto a una morte autodeterminata, raggiunta anche con l'ausilio altrui): su tale pronuncia, F. Laus, *Anche la Corte costituzionale tedesca interviene sul suicidio assistito*, in *Federalismi.it* (*https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=41642*); S. Grosso, Bundesverfassungsgericht *e Corte costituzionale italiana a confronto: il peso specifico della dignità personale nelle scelte di fine vita*, ivi, n. 21/2020; si vedano anche le considerazioni di G. Fornero, *Il diritto di andarsene*, cit., 146 ss. Anche altri giudici costituzionali, in Europa, in Canada e in America centrale hanno scelto in materia una posizione di apertura: si vedano, tra le altre, le pronunce del Tribunale costituzionale austriaco, sent. 11 dic. 2020, causa G 139/2019-71 (scaricabile all'url *https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Austria-Verfassungsgerichtshof-causa-G-139-2019-e-incostituzionale-il-divieto-assoluto-di-aiuto-al-suicidio2*), su cui A. De Petris, *La Corte costituzionale austriaca cancella il divieto al suicidio*, in *www.nomos.it*, n.3/2020, e del Tribunale costituzionale spagnolo, sent. 22 marzo 2023, causa 4057/2021 (all'url *https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Spagna-Tribunal-Constitucional-sent.-n.-19-2023-recurso-n.-4057-2021-legittimita-costituzionale-della-Ley-Organica-3-2021-sull-eutanasia#:~:text=-22%20marzo%202023,2021%20in%20materia%20di%20eutanasia*), richiamate dalla stessa sentenza n. 135/24 della Corte italiana, che preferisce però allinearsi alle posizioni preclusive della Corte EDU (Pretty c. Regno Unito, IV sez., 29 apr. 2002, leggibile all'url https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-60448%22]}; Karsai c. Ungheria, I sez., 13 giu. 2024, all'url *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-234151%22]}*), nonché alla Corte Suprema del Regno Unito (sent. 25 giu. 2014, Nicklinson e altri, KSC 38, all'url *https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2013-0235-judgment.pdf*). È infine da ricordare che in Spagna l'eutanasia è stata disciplinata con la legge organica n.3 del 24 marzo 2021 (si veda il testo all'url *https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Normativa/Spagna-Ley-n.-3-2021-del-24-marzo-2021-approvata-legge-organica-sull-eutanasia#:~:text=122%2F000020%2C%20pubblicata%20poi%20con,de%20regulaci%C3%B3n%20de%20la%20eutanasia*); sul punto P.Q. Cardinali, *La legalizzazione dell'eutanasia in Spagna ed un confronto con la normativa sul "fine vita" in Italia*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, n. 4/2021.

[53] Resta lontano da tale prospettiva l'approccio della Corte costituzionale italiana, che ancora nella sent. n. 135/2024, pur dopo essersi dichiarata "non insensibile" alla nozione "soggettiva" di dignità, afferma però che "non può non rilevarsi che questa nozione di dignità finisce con il coincidere con quella di autodeterminazione della persona, la quale a sua volta evoca l'idea secondo cui ciascun individuo debba poter compiere da sé le scelte fondamentali che

È in tal senso che la dignità, soggettivamente intesa come autocomprensione, diventa anche – e anzitutto – un diritto all'autodeterminazione[54]. Per chi ritiene che la *qualità* della vita debba prevalere sulla sua *quantità*, tutto passa anzitutto per un giudizio riflessivo, che pone il Sé di fronte a se stesso: e dinanzi al proprio giudicarsi, al proprio *ritenersi non più capace di una vita degna* nel senso antico del termine, ogni altra dimensione relazionale deve finire con il cedere.

Da quanto detto, dovrebbe poi dedursi un'ulteriore considerazione: a ben vedere, è fuorviante, in questa prospettiva, ragionare in termini di disponibilità/indisponibilità del diritto in ordine alla dignità[55], giacché tale comune considerazione presuppone ancora una volta, in termini più o meno visibili, una concezione oggettiva della stessa. In altre parole, laddove si acceda alla diversa dimensione soggettiva della dignità, questa sarà per sua stessa definizione oggetto di una possibile disposizione da parte del soggetto cui si riferisce: detto in modo più radicale, io (e solo io) posso disporre comunque di quella che ritengo essere la *mia* dignità, e *posso pretendere che altri non possa mai espropriarmene*. È per tal via che, più correttamente, si costruisce quel nucleo di intangibilità che dovrà poi essere garantito da una tutela adeguata dell'ordinamento. E se la dignità anzitutto si lega al diritto fondamentale di (ben) vivere, questo a sua volta implica il diritto di (ben) morire, essendo vita e morte ontologicamente inscindibili[56].

Esaminato qualche esempio pratico rilevante per il tema trattato, sarà infine utile qualche considerazione teorica, per quanto possibile conclusiva.

concernono la propria esistenza, incluse quelle che concernono la propria morte"; ma a tale pur lineare concezione, che sarebbe affatto coerente con un ordinamento liberale che riconosce la maturità dei singoli, si oppone, per la Corte, il fatto che, rispetto a essa, non possono non valere le considerazioni inerenti alla sua "necessaria sottoposizione a un bilanciamento a fronte del contrapposto dovere di tutela della vita umana", bilanciamento peraltro rimesso alla discrezionalità del legislatore (ivi, punto 7.3 del c.i.d.). Non è qui possibile un esame puntuale di una sentenza così complessa, ma di nuovo, potrebbe dirsi, tutto è rimesso a uno Stato "paterno" che, tramite medici e giudici, decide tutelando coloro che, per aprioristico assunto, ritiene di fatto incapaci di scorgere da sé il proprio bene; sulla stessa linea si sono peraltro poste, di recente, le sentenze n.66 e 132 del 2025 della stessa Corte (la prima inerente all'art.580 c.p. e la seconda all'art.579 c.p.).

[54] Sul punto anche M. Panebianco, *La dignità come parametro e come diritto all'autodeterminazione. Profili di giurisprudenza costituzionale*, in *Nomos* (*www.nomos.it*), 2/2021; P. Bellini, *op. cit*., 99 ss. ; R. Dworkin, *Il dominio*, cit., spec. 329 ss.

[55] Sul punto A. Ruggeri, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *www.rivistaaic.it*, 1/2011, spec. 4 ss.; G. Resta, *Dignità*, cit., 31 ss.

[56] Si tratta di un profilo troppo complesso per essere qui trattato: rinvio a F. Rimoli, *Il diritto di morire come espressione del diritto alla vita: riflessioni su una prospettiva*, in *Dir. Soc*., n. 4/2023, 645 ss.; si veda anche G. Fornero, *Indisponibilità e disponibilità della vita*, cit., 353 ss.; G. Fornero, F. Rimoli, R. D'Andrea, *op. cit.*, *passim*; H. Jonas, *op. cit*., 50.

4. *La funzione sistemica della dignità*

Tornando dunque alla prospettiva iniziale, si può forse delineare qualche elemento ulteriore per la comprensione del concetto in esame: si è detto che funzione della dignità, nel sistema sociale, è quella della rappresentazione del Sé, sia nella prospettiva relazionale, sia in quella (autoriflessiva) individuale. In tal senso, è ovvio che il contenuto concreto della dignità stessa, intesa come dignità del singolo in quanto soggetto esistente *e* come dignità delle sue espressioni vitali (azioni, riflessioni, si potrebbe dire dignità del suo stesso vivere) è la risultante di una complessa serie di interazioni: la dignità in senso soggettivo/individuale, infatti, non può non risentire *anche* di una dignità in senso oggettivo/collettivo, in certa misura convenzionale, che si sviluppa dal sentire comune dei consociati (in un significato vicino all'antico *decus*, che si estrinseca, per esempio, nella pur variabilissima nozione di buon costume).

In altre parole, la dignità in senso oggettivo, comunicativamente e socialmente diveniente, al contempo si contrappone e si fonde, come fattore condizionante già nella precomprensione e nella costruzione del Sé[57], alla dignità in senso soggettivo, quale giudicata e percepita dal singolo rispetto alla propria collocazione sociale. E nondimeno, il fine di tutela di un nucleo intangibile di dignità si garantisce anzitutto, come detto, tramite la dimensione soggettiva, giacché nessuno vorrà mai essere deprivato di certi beni primari, a partire dalla libertà personale, dai mezzi del proprio sostentamento e dal rispetto sociale (semmai, si può porre qui il problema opposto, ossia quello del limite oltre il quale un eccesso di pretesa individuale, argomentato con un'accezione soggettiva di dignità, possa ritenersi non obbligante per i livelli di prestazione a carico dei pubblici poteri)[58].

Se si accetta questa prospettiva, si devono trarre almeno due conseguenze: 1) la dignità è un dato eminentemente sociale e dunque assiologicamente relativo e variabile[59], poiché riguarda l'interdipendenza, storicamente contingente,

[57] Sul punto K.-H. Ladeur, I. Augsberg, *op. cit.*, 16 ss., per i quali «*Die individuelle Verantwortung für die Menschenwürde impliziert zunächst auch die Verpflichtung, sich als in anderer in einer Bewegung der Selbsttransformation (wieder-)zu erkennen und sieht sich darin weiterverwiesen an die individuelle Verantwortung für eine unbestimmbare Gemeinschaft*» (ivi, 16).

[58] Ciò accadrebbe ove, per assurdo, io ritenessi non degno di me un impiego che mi rendesse meno di centomila euro l'anno: ma più realisticamente si pongono qui, non affrontabili, i numerosi e complessi problemi inerenti al sostegno degli indigenti, ossia ai pur discussi diritti al reddito garantito, al salario minimo, all'abitazione, nonché il tema dei livelli essenziali di prestazione di cui all'art. 117, co. 2, lett. m), Cost. Sul tema della lotta alla povertà, entro una letteratura sterminata, R. Fattibene, *Povertà e Costituzione*, Napoli, 2020; M. Ruotolo, *op. cit.*, 205 ss.

[59] Risulta quindi superfluo, se non fuorviante, denotare la "pari dignità sociale" di cui all'art. 3, co. 1, Cost. come alcunché di concettualmente peculiare rispetto alla dignità *tout court*.

tra il sistema sociale, con i suoi sottosistemi differenziati, e i sistemi psichici (ossia, gli individui) in esso operanti. Il primo inevitabilmente configura e condiziona i secondi, che a loro volta reagiscono con decisioni e comportamenti che si riflettono nel tempo sul primo (si tratta cioè, in termini sistemico-funzionali, di una irritazione reciproca: in tal senso, anche il riconoscimento di una dignità "ontologica" è il frutto di una specifica e transeunte temperie culturale); 2) la dignità in senso oggettivo è frutto di un'opzione ideologica che può avere in sé funzioni e contenuti variabili, ma è capace di diventare, nel singolo contesto e in certe condizioni, strumento di potere. In tal senso, essa non è *necessariamente* fondativa di diritti, perché lo può essere solo in determinati contesti socioculturali; fonda invece, per lo più, doveri e obblighi di conformazione, ossia definisce il paradigma e il progetto di vita di un *homme situé*[60] con imposizioni più o meno dissimulate che possono arrivare fino a livelli estremi (si pensi alla combinazione dignità/onore nei già citati codici di comportamento mafioso e agli obblighi di vendetta ivi inscritti, o al particolare tratto di dignità e disciplina che deve caratterizzare i comportamenti di chi ricopre certi ruoli sociali)[61].

Con diverse letture, tra molti, B. Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984, 43 ss.; sull'inserimento della formula nel testo dell'art. 3, M. Dogliani, C. Giorgi, *Art. 3*, Roma, 2017, 48 ss.

[60] Azzardando un parallelo con il primo lessico heideggeriano, si tratta di una *Geworfenheit* intesa come effettività dell'esser-ci (insieme ad altri, ossia dell'essere-con), resa concreta dalla (pre) comprensione e dal conformismo che se ne genera: lo stato di inautenticità (peraltro, non *moralmente* inferiore) che deriva da una "gettatezza" tradotta in una "deiezione" (*Verfallenheit*), intesa come consegna del *Dasein* a uno stato interpretativo comune, si supera solo con l'appropriazione di sé e della cosa interpretata, ossia con il progettarsi secondo la possibilità che per ciascun esser-ci risulta più sua. Si veda M. Heidegger, *Essere e tempo* (1927), Pt. I, sez. I, cap. V, §§ 29 ss. (tr.it. dell'XI ed. di P. Chiodi, Milano 1976, 172 ss., sull'esser-ci come situazione emotiva); sul punto G. Vattimo, *Introduzione a Heidegger*, Roma-Bari, 2008, 38 ss., secondo il quale la *Geworfenheit* mostra che il progetto stesso dell'esser-ci è «storicamente qualificato, cioè è "finito"» (ivi, 44); nel tardo Heidegger, dopo la svolta ermeneutica, il concetto di *Selbe*, inteso come unità di appello e di risposta del linguaggio, tenterà di risolvere il tema del dialogo tra un'umanità storica e quella del permanere di un'identità dell'essere. Perché è vero che «l'esistenza storica è sempre risposta a un appello che di fatto si concreta in ciò che il passato ci trasmette; la parola a cui noi, parlando, rispondiamo è la parola del passato»; ma «questo dialogo è reso possibile da un dialogo più profondo, che è quello in cui ogni umanità storica risponde a un appello che storico non è, perché anzi è esso che rende possibile ogni storia. Il dialogo che fonda la storia, che noi stessi, secondo la parola di Hölderlin, siamo, non è dialogo con l'essere inteso come appello; è piuttosto esso stesso accadere dell'essere come unità di appello e risposta» (ivi, 124-125; si veda anche U. Galimberti, *Heidegger e il nuovo inizio. Il pensiero al tramonto dell'Occidente*, Milano, 2020, cap. 18 [ed. Kindle]). Ovvie sono le conseguenze di tale concezione sul nostro tema di analisi.

[61] Si consideri, per esempio, chi fa parte degli apparati militari o chi, più ampiamente, è pubblico funzionario e deve adempiere le sue funzioni "con disciplina ed onore" (art. 54 Cost.). Ovviamente, la dignità fonda doveri anche negli ordinamenti misurati sui diritti: l'art. 2 della Costituzione italiana, che affianca i "diritti inviolabili" ai "doveri inderogabili", è un buon esempio

Detto altrimenti, la distinzione tra la dignità ontologica e quella deontologica, ancorché plausibile in astratto, è assai più opinabile in concreto, laddove sul piano assiologico le due dimensioni finiscono con il sovrapporsi.

Muovendo da tali premesse, si può meglio cogliere l'importanza della dimensione soggettiva della dignità: lo stesso Luhmann sottolinea come la perdita di dignità comporti un effetto devastante sull'autorappresentazione dell'individuo, ossia su «quel processo che fa diventare persona l'uomo che comunica con altri uomini, costituendolo nella sua umanità», giacché «l'uomo non può usare la sua personalità, se la sua autorappresentazione non ha successo, se non ha dignità»; una tale condizione lo induce a ritrarsi dal contesto delle relazioni, a isolarsi nel proprio nucleo più ristretto, non potendo affrontare il confronto entro un ordine sociale differenziato che «è interessato a mantenere personalità integre e capaci di contatti», screditando «tutti quegli espedienti dell'autorappresentazione, che rendono più o meno inabili all'interazione e compensano la perdita di dignità con la rinuncia alla libertà». Ma «tale scopo è raggiunto soprattutto attraverso l'istituzionalizzazione della libertà e della dignità come valore, nel senso di un'illimitata capacità di contatti». Dunque, «la libertà e la dignità dell'uomo si condizionano reciprocamente». Non sono innate qualità naturali né valori impliciti, ma «precondizioni interne ed esterne dell'autorappresentazione della personalità individuale nell'ambito del processo comunicativo»[62]. Ma per non tradurre l'una e l'altra in scatole vuote, entro i meccanismi di una società sempre più funzionalmente differenziata, resta centrale il compito dei diritti fondamentali, che consentono ai singoli di sfruttare spazi di autorappresentazione diversi entro un sistema sociale organizzato per ruoli. Realisticamente, Luhmann ritiene che tali diritti non possano garantire, in sé, né libertà né dignità, poiché ciò esula di fatto dal potere dello Stato, e ne desume che sia sensato considerare entrambe come «beni giuridici pre-statali»[63]. E tuttavia, se il legame tra libertà e dignità è così stretto, appare evidente che il profilo soggettivo dell'autorappresentazione, pur nei limiti concessi dall'assetto differenziato del sistema sociale, assume una priorità innegabile nella definizione della funzione stessa della dignità.

in tal senso. Ma è evidente che il contenuto degli uni e degli altri risente in modo netto del tratto di fondo – liberale o autoritario – del regime entro cui si sviluppano questi concetti, e la dignità in senso oggettivo, di fatto definita da un decisore esterno al soggetto, ben può prestarsi, in certe condizioni, a far prevalere i secondi sui primi, operando in senso fortemente conformativo e sovente coercitivo rispetto alle libertà individuali. Su questi temi rinvio a F. Rimoli, *Appunti per uno studio sulla dimensione funzionale dei doveri pubblici*, in *www.federalismi.it*, n. 13/2015 (e in Id., *Dei diritti*, cit, 105 ss).

[62] N. Luhmann, *op. cit.*, 120-122.

[63] Ivi, 124.

In altri termini, *la diade concettuale dignità/libertà si pone come luogo centrale dell'autorappresentazione individuale e fondamento del principio di autodeterminazione del singolo*. Essa è, cioè, il prodotto dell'autoosservazione dei sistemi psichici in relazione al sistema sociale, e determina l'autocomprensione individuale e la costituzione del Sé nella rete delle relazioni[64], entro uno spazio che è e deve restare garantito tramite la stessa istituzionalizzazione dei diritti fondamentali, in tal senso operanti pur con le loro (sempre) possibili limitazioni[65]. Perché è entro tale spazio che l'intero paradigma dei diritti si estrinseca; laddove esso sia precluso, si vanifica e si pone in dubbio l'intero paradigma, poiché è il riconoscimento positivo, e soprattutto l'attuazione legislativa e giurisprudenziale dei diritti stessi, intesi come istituzione destinata nella concezione funzional-strutturalista a proteggere i singoli dalla prevaricazione entropico-invasiva propria dei sottosistemi sociali funzionalmente differenziati[66], a rendere concrete dignità e libertà.

Sono dunque i diritti, così intesi, riconosciuti e tutelati, a generare dignità e libertà quali spazi dell'autonomia individuale, e non l'opposto. Dignità e libertà, in tal modo costruite, valgono dunque a garantire da un lato il mantenimento della differenziazione sociale dei sistemi e dei ruoli e, dall'altro e soprattutto, lo spazio di autonomia e immunità dei singoli dinanzi all'omologazione e alla *hýbris* della società funzionale (in altri termini, esse sono – con qualche approssimazione – un equivalente operativo della distinzione habermasiana tra un mondo sistemico-funzionale strategicamente orientato al successo e una *Lebenswelt* comunicativamente orientata all'intesa)[67].

Per quanto fin qui detto, appare evidente che una dignità concepita come valore, comunque soggettivamente interpretata ma presentata come "oggettiva", è nella migliore delle ipotesi un contenitore astratto, nella peggiore uno strumento di dominio etico-giuridico[68]. Una dignità intesa, invece, come luo-

[64] Sulla *Konstituierung des Selbst* nella società moderna si vedano anche K.-H. LADEUR, I. AUGSBERG, *op. cit*., 16 ss.

[65] Così, per N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1993, ed. tascabile 1995, «*Von Eklatanz der Verstöße wird man nur mit Bezug auf Menschenwürde sprechen können*», poiché «*Einschränkungen der Rechte auf Freiheit und Gleichheit, die auch als Menschenrechte geführt werden, sind so normal und so unentbehrlich, daß man staatlichen Rechtsordnungen einen Spielraum (qua "Gesetzesvorbehalt") konzedieren muß*» (ivi, 580).

[66] In tal senso, semplificando, N. LUHMANN, *I diritti*, cit., *passim*; sul tema A. FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, Milano, 1975, 145 ss.

[67] Il richiamo è alla nota costruzione di J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo. II. Critica della ragione funzionalistica* (1981), tr.it. della III ed. (1984), Bologna, 1997, 697 ss.

[68] Secondo N. LUHMANN, *op. cit*., 312-313, «il concetto di valore indica un punto di vista preferenziale per determinate conseguenze dell'azione», quindi è istituzionalizzato come dover essere e considerato giusto al di là degli esiti concreti della singola azione; i valori sono «aspet-

go della rappresentazione comunicativa e della conseguente autorappresentazione, valorizzata primariamente nella sua dimensione soggettiva e nella sua connessione con i diritti fondamentali, è il momento supremo della libertà, dell'autocomprensione/autoosservazione e dell'autodeterminazione dei singoli, dinanzi al quale lo Stato liberale, laico e pluralista non può porre limiti che non siano quelli, strettamente necessari alla civile convivenza, di cui si è già detto[69]. Altrimenti operando, esso tradisce i propri fondamenti assiologici e rischia di diventare, lentamente ma inesorabilmente, uno Stato etico.

tative stabilizzate in modo controfattuale ed in questo sono simili alle norme giuridiche», Ma mentre queste danno una chiara alternativa legalità/illegalità, per i valori si applica piuttosto una regola di preferenza contingente, che sceglie un valore e rinuncia ad altri (non essendo, deve intendersi, sempre possibile un reale bilanciamento): così, in caso di conflitto si traccia una gerarchia che è altrettanto contingente, perché «una gerarchia di valori può essere praticata sempre e solo relativamente a una situazione. Solo i valori, ma non i loro rapporti gerarchici, possono essere formulati in modo astratto e l'astrazione dei primi senza quella dei secondi è praticamente inutile». Sul tema della *Wertordnung*, del bilanciamento e dell'interpretazione per valori rinvio anche a F. Rimoli, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino, 1999, spec. 307 ss.

[69] Non mi pare di poter condividere qui la perplessità espressa da P. Ridola, *Il principio libertà*, cit., secondo il quale la ricostruzione della dignità alla luce delle teorie dei sistemi (in particolare quella proposta da K-H. Ladeur, I. Augsberg, *op. cit*., che parte da una lettura della dignità come *re-entry* di un *principium individuationis* [ivi, 8 ss.]) «rischia di coprire dietro la (condivisibile) presa d'atto della secolarizzazione della dignità dell'uomo gli esiti di una interpretazione neoliberale di essa, alla luce della quale gli *Einzelgrundrechte*, meri strumenti della differenziazione funzionale delle sfere parziali della società, finiscono per essere funzionali alla riduzione della dignità dell'uomo ad un individualismo totalmente autoreferenziale» (ivi, 301). Non è possibile qui neanche sfiorare la complessità di concetti peculiari delle teorie in esame, come quello citato di *re-entry*, ossia del fenomeno, presente nei sistemi autopoietici, consistente nel rientro di una distinzione in ciò che è distinto sulla base dell'iniziale operazione distinzione/indicazione in una forma a due lati. Con il *re-entry* si fa, cioè, ritornare una distinzione nello stesso ambito che essa consente di distinguere, e ciò vale, mediante l'asimmetrizzazione temporale, a superare i paradossi (esemplificando: la scienza, che opera secondo un codice vero/non vero, a un certo livello di complessità si autoosserva e inizia a riflettere sulla verità/non verità della stessa distinzione vero/non vero). Sul punto però si vedano almeno G. Spencer-Brown, *Laws of Form,* New York, 1972, 56 ss., e N. Luhmann, *Introduzione alla teoria dei sistemi* [lezioni, 1991/92], tr.it., Lecce, 2018, 73 ss. e 239 ss.; più ampiamente Id., *Observing Re-entries*, in *Graduate Faculty Philosophy Journal*, 16.2 (1993), 485 ss. Ma, al di là della tesi degli autori citati, deve dirsi che la funzione istituzionale dei diritti fondamentali, intesi già dal giovane Luhmann come argine alle tendenze dedifferenzianti ed entropiche di alcuni sottosistemi del sistema sociale (per esempio, quello economico o quello politico), che tendono a fagocitare in sé l'intera sfera di autonomia dei singoli sistemi psichici, serve proprio a non ridurre a mera autoreferenzialità individuale l'autocomprensione e l'autorappresentazione di cui si parla nel testo, garantendo piuttosto uno spazio di "intangibilità" alla sfera dell'autodeterminazione che non impedisce affatto, ma anzi mantiene, in quanto necessaria, la relazionalità e l'intersoggettività del comunicare. Sull'interazione tra sistema sociale e sistemi psichici individuali, N. Luhmann, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale* (1984), tr.it., Bologna, 1990, 413 ss.

Maria Grazia Rodomonte[*]

LE MADRI COSTITUENTI E L'EGUAGLIANZA SENZA DISTINZIONI DI SESSO. IL CONTRIBUTO DI MARIA AGAMBEN FEDERICI[**]

SOMMARIO: 1. La Costituzione italiana del 1948 e l'eguaglianza dei sessi. – 2. Le donne alla Costituente e l'elaborazione dell'art. 37 della Costituzione. – 3. L'apporto di Maria Agamben Federici all'elaborazione dell'art. 51 della Costituzione. – 4. Maria Agamben Federici e l'accesso delle donne alla carriera giudiziaria. – 5. Brevi riflessioni finali.

1. *La Costituzione italiana del 1948 e l'eguaglianza dei sessi*

La Costituzione italiana del 1948 è innegabilmente connotata da un carattere profondamente innovativo. Tra le previsioni che rappresentano un evidente rottura con il passato figurano senz'altro tutte quelle che sono riferite alla condizione della donna. A partire dall'affermazione del principio di pari dignità sociale e di eguaglianza davanti alla legge «senza distinzioni di sesso», passando attraverso l'affermazione dell'eguaglianza sostanziale, fino alle diverse disposizioni che nella prima parte del testo costituzionale ne sanciscono un ruolo paritario, si giunge infatti a definire una posizione della donna nella società e nei rapporti familiari nuova e profondamente distante dalla condizione preesistente riconducibile alla legislazione di stampo fascista e prefascista oltre che, evidentemente, a un contesto culturale ancora non del tutto superato all'epoca dell'elaborazione del testo costituzionale. Il principio di eguaglianza formale, presente all'art. 3, c. 1 della Costituzione, completato dal principio di eguaglianza sostanziale, previsto al secondo comma di quello stesso articolo, è infatti ulteriormente e più specificamente declinato in successivi articoli costituzionali che contribuiscono a modellare una nuova visione della società e della donna nel matrimonio e nella vita familiare, nel settore lavorativo e, più in generale, nella vita pubblica. Ci riferiamo, in particolare, all'art. 29 Cost., con il riconoscimento dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con il solo limite dell'unità familiare; al successivo art. 37 Cost., con la previsione della parità di trattamento retributivo indipendentemente dal sesso a parità di prestazione

[*] Prof.ssa Associata di Diritto Costituzionale e Pubblico.

[**] Il presente contributo riproduce, con alcune integrazioni, l'intervento al convegno organizzato dal *Centro Studi Femininum Ingenium* dal titolo "Le Madri della Patria. Le donne della Costituente (1946-2021)" il 1° ottobre 2021 (webinar).

lavorativa e con il riconoscimento, inoltre, che le condizioni di lavoro debbano consentire «l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione». Infine, all'art. 51 Cost., con l'affermazione del riconoscimento di parità di *chances*, indipendentemente dal sesso, per l'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive.

Si tratta di previsioni che esprimono in modo evidente una volontà di rottura rispetto ad un passato, invero non distante e spesso tutt'altro che superato, caratterizzato dalla posizione subordinata della donna rispetto all'uomo. Invisibile per la società ed esclusa dai processi decisionali, la donna aveva visto per lungo tempo circoscritto il proprio ruolo all'interno della vita familiare, in posizione subalterna al marito. Il testo costituzionale, che sigilla l'accordo tra cattolici e laici attorno a una nuova visione della società e della politica proiettandosi verso un futuro che si auspica imminente, aspira a realizzare quindi un vero e proprio capovolgimento di prospettiva rispetto alla condizione, all'epoca ancora presente, di subordinazione nel privato e di esclusione dal pubblico dell'intero universo femminile. Il principio di eguaglianza, formale e sostanziale, ma anche l'apporto dell'art. 2 della Costituzione[1], con il riconoscimento della centralità della persona umana, unitamente a tutte le previsioni normative poc'anzi richiamate e presenti nel testo costituzionale del 1948, sono dunque il segno, per nulla celato, dell'intento di Madri e Padri costituenti di porre una cesura rispetto al passato e di tracciare, al tempo stesso, il percorso evolutivo che avrebbe dovuto indirizzare i giudici e il futuro legislatore.

2. *Le donne alla Costituente e l'elaborazione dell'art. 37 della Costituzione*

A tale scelta, profondamente innovativa, contribuiscono in maniera determinante le 21 Costituenti elette il 2 giugno del 1946. Un piccolo "drappello" di donne che rappresenta in effetti solo il 3,7% dell'intera Assemblea Costituente. Una percentuale minima e ben lontana da quella soglia del 30% di seggi che solitamente si ritiene possa essere se non altro sufficiente a rappresentare una massa critica in grado di esercitare un'influenza effettiva sull'adozione delle decisioni nei luoghi della rappresentanza. Tuttavia, come è stato affermato, la

[1] In merito si richiamano le osservazioni di L. Turco, *Le donne e le più importanti leggi di attuazione della Costituzione,* in Aa.Vv., *L'Italia delle donne. Settant'anni di lotte e di conquiste,* Roma, 2018, 31-32, secondo la quale la duplice dimensione della persona umana, quella individuale e quella relazionale, è riconducibile alla formulazione dell'art. 2 Cost. Proprio la dimensione più strettamente relazionale della persona, quella «che si svolge nei diversi ambiti della vita, distinti tra loro ma non più contrapposti in termini di valore e di promozione della cittadinanza sociale e politica – costituisce un fondamento importante della cittadinanza femminile perché comprende la differenza sessuale, valorizza la sua capacità di legame umano e sociale, pone l'accento sulle pluralità delle sfere di vita e sulla complessità del soggetto donna».

loro autorevolezza e legittimazione, derivante dalla storia politica e personale che ciascuna di esse rappresentava[2]; la saggezza e il pragmatismo che ne hanno contraddistinto anche l'impegno profuso nel corso dei lavori dell'Assemblea[3], hanno certamente contribuito in maniera determinante alla definizione di principi costituzionali destinati a successivi e fondamentali sviluppi nella legislazione e nella giurisprudenza costituzionale negli anni a venire.

La ricchezza dei principi costituzionali in materia di eguaglianza dei sessi è dunque certamente frutto dell'apporto fornito dalle nostre Costituenti; un apporto non limitato tuttavia all'elaborazione dei soli articoli che direttamente chiamavano in causa il ruolo della donna nel nuovo ordinamento democratico, avendo esse del pari fattivamente contribuito anche all'elaborazione di ulteriori e rilevanti disposti costituzionali[4]. La varietà culturale e politica della provenienza delle Costituenti, le diverse visioni delle quali ciascuna di esse è portatrice si traduce nella richiamata ricchezza dei disposti costituzionali in materia di eguaglianza, frutto spesso anche del confronto, sempre rispettoso, pur se talvolta aspro, che le vide protagoniste.

Basti pensare, ad esempio, all'elaborazione del testo definitivo dell'art. 37 Cost., in relazione al quale prevalse la posizione espressa dalla cattolica Maria Agamben Federici con riferimento al riconoscimento dell'«essenziale funzione familiare» della donna, secondo l'espressione voluta da Aldo Moro, in contrasto, in questo caso, con le posizioni espresse dalla comunista Teresa Mattei e dalla socialista Lina Merlin[5]. Secondo le Costituenti che avversavano la previsione, in particolare l'espressione "essenziale" risultava limitativa nei confronti della donna e la previsione appariva espressione di un approccio tradizionalista, ormai superato, che avrebbe in seguito rischiato di rendere più difficile l'accesso delle donne al mondo lavorativo. Se indubbiamente nell'immediato il riferimento «all'essenziale funzione familiare» sembrava distanziarsi dall'intento di scardinare le diseguaglianze nel mondo familiare, chiaramente presente invece nel testo dell'art. 29 Cost., va tuttavia riconosciuto che esso si è rivelato riferimento dalle molteplici virtualità, le cui potenzialità non sono state ancora forse del tutto esplorate. In effetti va constatato come tale previsione abbia rap-

[2] G. Brunelli, *Lo sguardo lungo delle costituenti in materia di famiglia e di filiazione,* in Aa.Vv., *L'Italia delle donne,* cit., 294.

[3] M.T. Morelli, *Le donne della Costituente,* in *federalismi.it*, 1/2017, 5. Sulle donne alla Costituente vedi anche M. Iacometti, *Il contributo delle donne dell'Assemblea costituente all'elaborazione della Costituzione italiana*, in M. D'Amico, s. Leone (a cura di), *La donna dalla fragilitas alla pienezza dei diritti?, Un percorso non ancora concluso*, Milano 2017, 169-206; M D'Amico, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne,* Milano, 2020, in particolare 51-73.

[4] Cfr. M. Iacometti, *op. cit.*, 172-173.

[5] M. T. Morelli, *Le donne della Costituente,* cit., 7.

presentato lo strumento per contrastare le più evidenti discriminazioni nei confronti delle donne nel mondo del lavoro e per attuare politiche che sono state in grado di garantire l'accesso delle donne alla vita lavorativa e al tempo stesso il suo peculiare ruolo di madre[6]. La norma in questione si presta infatti ad essere letta proprio in una duplice prospettiva, volta cioè a consentire alla donna di partecipare alla vita lavorativa senza che ciò possa costituire un "freno" per la maternità che, al contrario, deve sempre essere agevolata e protetta; ad impedire inoltre che le donne che già sono madri possano essere discriminate nell'accesso al mondo del lavoro. Nella logica che si impone anche alla luce dell'idea di centralità dell'individuo e della sua precedenza rispetto allo Stato, secondo le previsioni dell'art. 2 della Cost. e, del pari, in linea con l'idea dell'eguaglianza quale riconoscimento della "pari dignità" delle differenze anche tra l'uomo e la donna, l'obiettivo è quello di consentire alla donna di poter scegliere di essere madre e al tempo stesso di non rinunciare alle aspirazioni lavorative. D'altro canto i due "poli" della tutela presenti nel testo dell'art. 37 Cost. non sono certo in contraddizione poiché, come acutamente rilevato, lavoro e maternità non solo sono entrambi possibili, ma proprio l'incremento dell'occupazione femminile – se opportunamente affiancato da misure che agevolino la genitorialità – potrebbe anche favorevolmente riflettersi in un aumento demografico, come dimostrano le statistiche presenti in altri paesi europei nei quali ad un aumento dell'occupazione delle donne si accompagna anche un aumento del tasso di natalità[7].

La tutela accordata alla essenziale funzione familiare della donna può inoltre oggi tradursi nel riconoscimento dell'esigenza di politiche sociali che siano in grado di garantire e tutelare in ogni ipotesi la maternità, in collegamento anche con le previsioni contenute nell'art. 31 della Costituzione nella quale appare evidente l'intento di valorizzare "la funzione sociale della maternità" e tutelare il rapporto madre – bambino in tutte le fasi di sviluppo[8].

In questa prospettiva è chiaro quindi quanto felice sia stata l'intuizione di Maria Agamben se si considera la particolare attualità delle previsioni dell'art. 37 e le potenzialità innovative che ne contraddistinguono il disposto, evidentemente non tutte ancora realizzate sul piano degli esiti legislativi. La previsione

[6] Sui numerosi interventi normativi a tutela della donna madre e lavoratrice, a partire dagli anni '50 del '900 sia consentito rinviare a M.G. Rodomonte, *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso. Evoluzioni di un principio a settant'anni dalla nascita della Costituzione,* Torino, 2018, 59-92.

[7] Vedi per tutti A. Rosina, *Crisi demografica. Politiche per un paese che ha smesso di crescere*, Milano, 2021.

[8] A. Sperti, *Art. 31,* in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo,* Bologna, 2021, 223 ss.

dell'esigenza di tutela dell'essenziale funzione familiare della donna appare in grado, infatti, in primo luogo, di aprire le porte ad ulteriori ed adeguati strumenti di incentivazione e di tutela della maternità in tutte le sue forme, in risposta alla crisi della natalità presente già da tempo nel nostro Paese[9]. Inoltre, esso può essere letto, come in parte già accaduto, anche in una diversa prospettiva che ha reso possibile ampliare il margine interpretativo offerto dall'art. 37 Cost., rendendo progressivamente realizzabile l'auspicio secondo cui "l'unicità in capo alla donna della procreazione" non debba "determinare come inevitabile conseguenza che sia l'unico soggetto demandato alla cura della prole, cosicché proprio al fine di tutelare la donna lavoratrice occorre incentivare la condivisione dei carichi familiari e non consentire, entro determinati limiti, il trasferimento del periodo di congedo retribuito da un genitore all'altro ed in particolare dal padre alla madre"[10]. In questa prospettiva va in effetti evidenziato come l'interpretazione evolutiva del disposto costituzionale da parte del giudice costituzionale abbia reso possibile rileggere la previsione nel senso di consentire un ampliamento dell'ambito applicativo del dato costituzionale anche al padre, trasformando quindi progressivamente i congedi per maternità in congedi parentali e giungendo infine a prevedere, anche sulla spinta delle politiche decise a livello europeo, l'introduzione di forme di congedo di paternità e di congedo parentale in grado di determinare una condivisione delle responsabilità di cura tra uomini e donne e la parità in ambito lavorativo e familiare[11].

3. *L'apporto di Maria Agamben Federici all'elaborazione dell'art. 51 della Costituzione*

Un ambito nel quale l'accordo tra le Costituenti si rivela determinante è quello rappresentato dall'art. 51 della Costituzione che deve anch'esso la sua formulazione definitiva al determinante apporto della Costituente Maria

[9] Ci riferiamo in particolare alle proposte di introdurre il cosiddetto "quoziente familiare" già sperimentato con esiti positivi in altri Paesi europei.

[10] E. Catelani, *La donna lavoratrice nella sua "essenziale funzione familiare" a settant'anni dall'approvazione dell'art. 37 Cost.*, in *federalismi.it*, 5/2019, 77.

[11] Questo l'obiettivo che si propone il D.lgs. 30 giugno 2022 n. 105 attuativo della Direttiva UE 2019/1158 relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza. Tra gli interventi più recenti e significativi a tutela della maternità e del lavoro femminile si richiamano la l. n. 46 del 2021, *Delega al Governo per riordinare, semplificare e potenziare le misure a sostegno dei figli a carico attraverso l'assegno unico e universale* e la l. n. 32 del 2022 *Deleghe al governo per il sostegno e la valorizzazione della famiglia*, che prevede tra le altre una serie di misure a sostegno della genitorialità e della funzione sociale ed educativa delle famiglie, per il contrasto della denatalità e a favore della conciliazione della vita familiare con il lavoro, in particolare quello femminile.

Agamben Federici. Secondo quanto previsto nella sua originaria formulazione, precedente alle implementazioni che lo hanno riguardato con la riforma costituzionale intervenuta nel 2003, "tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge". Si tratta, come è evidente, della declinazione nel campo della vita pubblica e politica dell'esigenza espressa dal primo comma dell'art. 3 Cost. di garantire l'eguaglianza senza distinzioni di sesso. Come è noto gli interventi in questo settore sono risultati particolarmente tardivi, dovendosi far risalire infatti solo al 1993; oltre che inizialmente ostacolati da una lettura restrittiva di quella previsione da parte della Corte costituzionale che nella nota decisione n. 422 del 1995 ha finito con l'ancorarla al solo primo comma dell'art. 3 del testo costituzionale. Una lettura che successivamente ha sollecitato l'intervento di riforma del legislatore costituzionale, con l'aggiunta al primo comma dell'art. 51 della previsione in base alla quale, al fine di assicurare la parità nell'accesso, "… la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini". Si tratta peraltro di previsione che interviene qualche anno dopo quella dello stesso tenore, sebbene sicuramente più ampia, contenuta nel settimo comma dell'art. 117, introdotto nel 2001 con la riforma del titolo V, e riferita espressamente alla legislazione regionale. È evidente, tuttavia, che anche nella formulazione originaria l'orizzonte teorico di riferimento dell'art. 51 Cost. non fosse circoscritto alla sola eguaglianza formale. La riconducibilità anche a quello del secondo comma è cioè inevitabile già prima della modifica apportata nel 2003, al fine di rendere concreta e attuale la norma volta a statuire la parità nell'accesso: se l'obiettivo è la parità, il mezzo, quindi – anche se implicito rispetto all'obiettivo che ci si propone di raggiungere – è la rimozione di tutto ciò che impedisce la *par condicio* nell'accesso stesso. Di qui la previsione legislativa di incentivi volti ad accrescere le *chances* per il genere sfavorito anche attraverso l'introduzione di quote nelle liste, presenti oggi nelle leggi elettorali dei vari livelli di governo[12] e che, tuttavia, devono pur sempre rappresentare delle misure transitorie, "delle stampelle ortopediche"[13] che ci si augura possano essere solo momentaneamente necessarie.

[12] Vedi M. D'Amico, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne,* Milano, 2020, in particolare 98-111.

[13] L'espressione richiamata è utilizzata da S. Prisco, *La rappresentanza sfidata: il modello liberale tra quote di genere e rilievo del fattore etnico* in L. Chieffi (a cura di), *Rappresentanza politica. Gruppi di pressione. Élites al potere. Atti del convegno (Caserta, 6-7 maggio 2005)*, 2006, 256, secondo il quale tali misure sono forse necessarie in quest'epoca ma "è augurabile vengano esplorate dai posteri con l'intenerita curiosità con cui – nell'era dei cellulari – guardiamo nei telefoni a manovella di certi film neorealisti".

Altra questione che ha condotto nell'interpretazione e nella successiva giurisprudenza a diverse soluzioni è quella relativa ai "requisiti stabiliti dalla legge". Se infatti, come si evince dai dibattiti in seno all'Assemblea costituente, l'intento è quello di eliminare tutte le limitazioni che fino a quel momento avevano impedito alle donne di accedere in particolare a numerosi impieghi, nei primi commenti da parte della dottrina non sembra certo emergere una lettura univoca del comma in questione. Secondo un primo approccio, in realtà minoritario, il richiamo all'intervento legislativo avrebbe comportato il valore esclusivamente programmatico della previsione[14]. Si tratta tuttavia di una posizione isolata alla quale si affiancano quelle, in una prima fase maggioritarie, di chi ritiene che l'art. 51 finisca con l'introdurre una deroga al divieto di discriminazioni in base al sesso di cui all'art. 3 della Costituzione[15]. In questo contesto vi è in particolare chi ritiene che il sesso debba rientrare tra i requisiti attitudinali[16], con l'ammissibilità di quelle sole esclusioni che non siano arbitrarie e che possano sindacarsi sul piano dell'eccesso di potere, determinate da incompatibilità sia fisiche che morali; chi ritiene, invece, che possano ammettersi le sole discriminazioni che possano però essere collegate all'inidoneità fisica[17]. Solo alcuni, come Paladin, ritengono infine che ogni differenziazione sulla base del sesso sia da escludersi in quanto del tutto incostituzionale[18].

Se si analizzano però i dibattiti in Assemblea costituente il senso della scelta fatta diviene evidente: l'intento non celato è infatti proprio quello di giungere ad eliminare qualunque riferimento che avrebbe potuto in seguito consentire il perpetrarsi delle precedenti discriminazioni che avevano condotto ad escludere in particolare le donne dall'accesso a numerose cariche ed impieghi. La formulazione finale è infatti frutto di un emendamento con il quale si decide di sopprimere il riferimento alle "attitudini e facoltà", inizialmente presente nel testo votato in Prima sottocommissione[19]. Il senso di tale scelta, alla quale

[14] C. Cereti, *Corso di diritto costituzionale italiano,* Torino, 1949, 124 ss.

[15] C. Esposito, *La Costituzione italiana,* Padova, 1947*;* Id., *Le donne e i pubblici uffici,* in *Giur. Cost.*, 1958, 869 ss.; Id., *Il sesso e i pubblici uffici,* in *Giur. Cost.,* 1960, 568 ss.

[16] V. Crisafulli, *Eguaglianza dei sessi, requisiti e sindacato della Corte*, in *Giur. cost.*, 1958*,* 862 ss.; Id., *Eguaglianza dei sessi e requisiti attitudinali all'ammissione ai pubblici uffici,* in *Giur. cost.,* 1960, 564 ss.

[17] R. Lucifredi, *La nuova Costituzione italiana; raffrontata con lo Statuto Albertino e vista nel primo triennio di sua applicazione,* Milano, 1952, 256; P. Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana,* Padova, 1953, 64 ss.; Id., *Giur. Cost.,* 1958, 1242 ss.; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico,* cit., 479.

[18] L. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza,* Milano, 1965, 254.

[19] L'iniziale formulazione dell'articolo è infatti la seguente: "tutti i cittadini di entrambi i sessi possono accedere alle cariche pubbliche in condizioni di eguaglianza, conformemente alle loro attitudini e facoltà, secondo norme stabilite per legge".

si giunge nel corso della seduta del 22 maggio del 1947, è chiaro se si fa riferimento alle parole di Maria Agamben Federici. È quest'ultima, infatti, a evidenziare come le donne presenti in seno all'Assemblea costituente avessero colto un'intenzione particolare in quello che era originariamente l'art. 48 del testo "e cioè che si volesse limitare alle donne la possibilità di accedere ai pubblici uffici o alle cariche elettive; questa intenzione abbiamo colto precisamente nelle due frasi contenute nell'articolo proposto dalla Commissione dove si dice 'conformemente alle loro attitudini, secondo le norme stabilite dalla legge'". Secondo la Agamben c'è infatti in queste due frasi l'idea di voler creare una barriera nei riguardi delle donne ma, "dobbiamo dunque arrivare a superare anche questa barriera", non solo quella riferita alle attitudini ma anche quella che si collega alle norme di legge. Mentre invece, aggiunge, "accetterei ben volentieri la formulazione presentata dall'onorevole Mortati, cioè quella che dice: 'tutti i cittadini forniti dei requisiti stabiliti dalla legge' […] perché parlare di requisiti è cosa ben diversa che parlare di attitudini; e allora in questo senso potremmo accettare una limitazione o una dichiarazione che dica che ci sarà una legge che determinerà i requisiti richiesti in particolari incarichi".

In effetti in quella seduta ad essere infine approvato è proprio il primo comma dell'art. 48 nel nuovo testo proposto dalla Commissione, modificato con il cosiddetto "emendamento Federici"[20]. Appare chiaro, quindi, come il senso del riferimento all'accesso in condizioni di eguaglianza fosse da intendersi proprio come eliminazione di qualunque ostacolo in grado di impedire alle donne di concorrere con gli uomini in una condizione di parità ad uffici pubblici ed a cariche elettive.

Ciò tuttavia, sempre secondo la Agamben, non deve intendersi nel senso che le donne "debbano procedere e conquistare posti non in armonia con le loro attitudini e con le loro più profonde aspirazioni. Non vogliamo neppure dire che esse debbano occupare posti assolutamente inadeguati alla loro femminilità". Anzi, ponendosi in questo caso assolutamente in linea con le scelte compiute dai Costituenti anche nell'affermazione dell'eguaglianza tra i sessi nella vita matrimoniale e sul lavoro, "la donna dovrà fare liberamente la propria scelta, seguendo il suo spontaneo desiderio, guidata dall'educazione o da altri elementi di valore anche spirituale, mai per ragione di ingiustizia che la offende profondamente". A ben vedere, infatti, l'assenza di limiti all'eguaglianza nell'art. 51 Cost., quali quelli richiamati negli artt. 29 e 37 Cost. e collegati al riconoscimento di un differente ruolo della donna nella famiglia e nella società,

[20] Il testo approvato in quella sede è il seguente: "tutti i cittadini di ambo i sessi possono accedere alle cariche elettive e agli uffici pubblici in condizione di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge".

non ne esclude la rilevanza anche nel caso dell'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive. In primo luogo infatti la valorizzazione della differenza, e dunque delle peculiarità del ruolo della donna, appare elemento imprescindibile nell'affermazione dell'eguaglianza; inoltre, è evidente che il riconoscimento e la valorizzazione della specificità femminile attiene o alla fase che precede il momento dell'accesso, dunque la fase che potremmo definire "strumentale" rispetto all'obiettivo della parità; ovvero alla fase successiva, a quella cioè nella quale si è già instaurato il rapporto lavorativo o l'insediamento alla carica che consegue all'elezione, ipotesi entrambe riconducibili all'alveo dell'art. 37 Cost. piuttosto che nell'ambito dell'art. 51 Cost[21].

Da evidenziare, infine, che la norma in questione, pur caratterizzata da formulazione unitaria, si riferisce a due distinte situazioni solo parzialmente sovrapponibili: l'accesso ai pubblici uffici e l'accesso alle cariche elettive. In quest'ultimo caso, che peraltro ben poco fu dibattuto in sede di Assemblea Costituente, il riferimento alle condizioni di eguaglianza per l'elettorato passivo si collega strettamente alla previsione contenuta nell'art. 48 Cost. e riferito, al primo comma, al suffragio universale, per cui sono elettori "tutti i cittadini, uomini e donne, che hanno raggiunto la maggiore età" e, al secondo comma, al fatto che il voto è eguale, oltre che personale, libero e segreto. In quel caso il riferimento al suffragio universale, che viene elevato dall'art. 48 Cost. al rango costituzionale[22], rappresentava in realtà l'approdo di un percorso avviato nel 1848 e giunto a conclusione con l'art. 1 del d.l.lgt. n. 23 del 1945, in una fase che precede quindi l'inizio dei lavori in sede di Assemblea Costituente. Il sesso quindi non può essere più elemento di discriminazione in materia elettorale attiva e corollario di tale conquista è la formulazione esplicita della parità di accesso alle cariche elettive richiamata dall'art. 51 della Costituzione. Rispetto a tale affermazione il consenso risulta quindi pressoché unanime, non potendosi invece constatare lo stesso livello di consenso attorno al tema della parità di accesso ai pubblici uffici. Rispetto a quest'ultimo profilo non mancarono le

[21] M. Cuniberti *Sub. Art. 51,* in S. Bartole, R. Bin, *Commentario breve alla Costituzione,* Padova, 2008, 517. I "pubblici uffici" sono infatti quelli indicati nell'art. 97 della Costituzione che costituiscono tradizionalmente la p.a. e dunque, in questa ipotesi, i requisiti richiesti per l'accesso agli uffici pubblici coincidono con quelli richiesti per l'instaurazione di un valido rapporto di impiego e la garanzia dell'eguaglianza formale è offerta dalla regola del concorso pubblico quale "scelta dei migliori". Cfr. P. Perlingieri, G. Romano, *Sub art. 51 Cost.,* in P. Perlingieri, *Commento alla Costituzione italiana,* Napoli, 2001, 347 ss. Per "cariche elettive" si intendono invece quelle caratterizzate dall'investitura che consegue ad un'elezione e che può contrapporsi solo ad una carica alla quale si acceda con atti di nomina, per chiamata diretta o per cooptazione (Id, *Ib.,* 348).

[22] L.A. Mazzarolli, *Sub art. 48,* in V. Crisafulli, L. Paladin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione,* cit. 322-323.

discussioni e l'emergere di posizioni inizialmente distanti rispetto a quella che fu in ogni caso la soluzione finale alla quale si giunse nella discussione in Assemblea, l'affermazione cioè della *par condicio* nell'accesso sia ai pubblici uffici che alle cariche elettive.

4. *Maria Agamben Federici e l'accesso delle donne alla carriera giudiziaria*

È proprio l'accesso ai pubblici uffici non elettivi a divenire terreno di scontro con riferimento all'esercizio da parte delle donne della carriera giudiziaria[23]. Nella seduta del 10 gennaio 1947 si discute l'ammissione delle donne alla magistratura prevista nella proposta di Calamandrei. La discussione è riservata alla seconda sezione della seconda Sottocommissione incaricata di redigere le norme sull'ordinamento giudiziario. Il collegio è diviso tra quanti sono contrari e quanti, pur essendo favorevoli, ritengono che l'impegno delle donne debba riguardare solo specifici settori quali, ad esempio, il diritto di famiglia, riflesso dell'idea, evidentemente non ancora superata, del ruolo della donna riconducibile in via pressoché esclusiva alla vita familiare. Nonostante l'approvazione del principio generale il testo esaminato dalla Commissione dei settantacinque dopo l'intervento del Comitato di redazione è profondamente diverso poiché esso prevede che anche le donne possano essere nominate magistrato "nei casi previsti dalle norme sull'ordinamento giudiziario". Su quest'ultima previsione si apre un duro confronto tra i deputati Targetti e Leone, il primo favorevole all'eliminazione della previsione; il secondo contrario in quanto ritiene che i tempi non siano ancori maturi per consentire alle donne un pieno e paritario esercizio della funzione giurisdizionale. In particolare, infatti, quest'ultimo ritiene che, tra i campi in cui la donna può esprimere la propria femminilità non rientrano gli "alti gradi della Magistratura, dove bisogna arrivare alla rarefa-

[23] A tal proposito è interessante ricordare le affermazioni, che oggi appaiono quanto mai singolari, dell'on. Conti nella seduta del 15 novembre 1947. Contrario all'ammissione delle donne in Magistratura egli afferma infatti "… io vedo il problema in questi termini: non si devono chiudere le porte. Le donne entreranno in magistratura; vedranno che essere in Magistratura significa avere molte preoccupazioni e che esercitarne le funzioni non è per esse agevole, e per gli altri tranquillante, in certi periodi della loro vita. È proprio questo l'argomento che in dottrina si oppone all'ammissione delle donne in Magistratura. Si dice che sia imprudenza, per la loro subordinazione fisiologica, che si assumano donne in Magistratura. In verità, e mi sia consentito il dirlo, anche molti uomini hanno ricorrenze: ci sono moltissimi i quali in certi periodi sono assolutamente intrattabili. Le donne potranno entrare in Magistratura, ma non ci entreranno: questa è la mia convinzione. Comunque, non si deve in una Costituzione moderna chiudere le porte all'ingresso delle donne. D'altra parte, è stato detto che se potranno entrare ed entreranno, bene saranno applicate alla Magistratura dei minorenni. Credo che questa sarebbe un'applicazione utilissima. Si può pensare ad un'altra applicazione utile: ai servizi di cancelleria." Cfr. *Atti ass. Cost.,* 15 novembre 1947, 3896-3897.

zione del tecnicismo" e che, in queste ipotesi, "solo gli uomini possano mantenere quell'equilibrio di preparazione che più corrisponde per tradizione a queste funzioni"[24]. Pur trovando il favore delle donne presenti, l'emendamento di Targetti non viene approvato e il testo dell'art. 98 che giunge all'Assemblea plenaria prevede che "i magistrati sono nominati con decreto del presidente della Repubblica, su designazione del Consiglio superiore della Magistratura, in base a concorso seguito da tirocinio. Possono essere nominate anche le donne nei casi previsti dall'ordinamento giudiziario". È proprio Maria Agamben Federici, con estremo realismo, a proporre però un emendamento soppressivo dell'ultimo periodo nella seduta del 26 novembre 1947. Ad essere votata sarà proprio la formulazione "neutra" proposta dalla Federici e respinto invece l'emendamento sostitutivo di Teresa Mattei e Maria Maddalena Rossi volto a integrare il primo comma precisando che le donne hanno diritto di accedere a tutti gli ordini e gradi della magistratura[25]. Va evidenziato come proprio la mera soppressione della previsione rappresentasse, come è evidente, la sola strada percorribile per rendere possibile un accordo, pur se questa strada richiedeva di rinunciare a rendere esplicita la partecipazione delle donne a tutti gli ordini e gradi della magistratura, come avrebbero voluto altre costituenti. In pari tempo, tuttavia, tale scelta avrebbe in ogni caso consentito, negli anni a venire, l'apertura anche alle donne all'accesso alla Magistratura in linea anche con le previsioni dell'art. 51 Cost. Segno, oltre che della particolare sensibilità di Maria Agamben, anche del realismo e della capacità di mediazione di quest'ultima all'interno di un contesto non sempre favorevole ad esprimere soluzioni evolutive e profondamente innovative rispetto al passato.

Ad affermare soluzioni evolutive contribuì, come è noto, negli anni successivi anche il coraggio di una sollecitazione "dal basso" proveniente da un'altra donna, resa nota proprio dalla vicenda di cui si rese protagonista[26]. Si tratta di Rosa Oliva che esclusa dalla partecipazione al concorso alla carriera prefettizia, rappresentata e difesa dall'avv. Costantino Mortati, già suo docente alla facoltà di Scienze Politiche di Roma, riuscì a far giungere innanzi alla Corte costituzionale la questione di costituzionalità della legge che era stata causa

[24] Come ricordano D. Granara, C. Fatta, *L'accesso delle donne alla magistratura dall'Assemblea Costituente italiana alla prospettiva europea*, *DPCE online,* 4/2019, 2414. Sule tema delle donne in magistratura e il dibattito in Assemblea costituente vedi anche C. Latini, Quaeta non movere*. L'ingresso delle donne in magistratura e l'art. 51 della Costituzione. Un'occasione di riflessione sull'accesso delle donne ai pubblici uffici nell'Italia repubblicana,* in *Giornale di Storia Costituzionale*, n. 27, 1/2014, 143 ss.

[25] Vedi F. Rosa, *I diritti politici,* in Aa.Vv., *L'Italia delle donne,* cit., 224-226.

[26] Cfr. T. Groppi, *La Corte e 'la gente': uno sguardo 'dal basso' all'accesso incidentale alla giustizia costituzionale,* in *RivistaAIC,* 2/2019, 408-437.

dell'esclusione dal concorso. La Corte, con sentenza n. 33 del 1960[27], dichiara così l'illegittimità costituzionale della norma contenuta nell'art. 7 della legge 17 luglio 1919, n. 1176, che escludeva le donne da tutti gli uffici pubblici che implicano l'esercizio di diritti e di potestà politiche, in riferimento all'art. 51, primo comma, della Costituzione. Ciò in quanto, come afferma la Corte, richiamando la precedente sentenza n. 56 del 1958, "L'art. 51 o, più esattamente, l'inciso 'secondo i requisiti stabiliti dalla legge' non sta punto a significare che il legislatore ordinario possa, senza limiti alla sua discrezionalità, dettare norme attinenti al requisito del sesso"[28]. Il legislatore potrebbe piuttosto assumere l'appartenenza all'uno o all'altro sesso come requisito attitudinario "che faccia presumere, senza bisogno di ulteriori prove, l'idoneità degli appartenenti a un sesso a ricoprire questo o quell'ufficio pubblico". Ma non è questo il caso sollevato innanzi alla Corte poiché piuttosto si può affermare che il legislatore abbia in questo caso assunto il sesso femminile "come tale a fondamento di incapacità o di minore capacità, non già a requisito di idoneità attitudinale, per una categoria amplissima di pubblici uffici […] in via di regola, non già in via di eccezione"[29]. Solo successivamente alla decisione della Corte costituzionale l'intervento del legislatore, con la legge n. 66 del 1963, rimuoverà gli ultimi ostacoli all'accesso delle donne a tutti i pubblici impieghi dando seguito alla decisione del giudice costituzionale e riconoscendo il diritto della donna ad "accedere a tutte le cariche, professioni e impieghi pubblici, compresa la magistratura", senza limiti nell'attribuzione di mansioni e di svolgimento della carriera.

5. *Brevi riflessioni finali*

Da quanto brevemente in questa sede richiamato appare quindi evidente il determinante apporto delle Madri Costituenti – e tra queste di Maria Agamben Federici – alla definizione di principi e di nuovi modelli relazionali che avrebbero impresso, negli anni successivi, una svolta significativa all'evoluzione della società italiana e al ruolo della donna. La lungimiranza che le caratterizza nelle scelte operate è forse l'aspetto più importante che merita una particolare sottolineatura in un momento, quale quello attuale, di crisi della politica e della sua stessa vocazione. Le Madri della Costituzione non si limitano a guardare il tempo presente ma hanno la capacità di volgere lo sguardo oltre la contin-

[27] Per un commento alla decisione vedi B. Pezzini, *Uno sguardo di genere sulla sentenza 33 del 1960*, in *OsservatorioAIC,* 5/2021, 31 ss.; S. Sciarra, *'Effetto farfalla' La sentenza n. 33 del 1960*, in *RivistaAIC,* 5/2021, 49 ss.

[28] C. cost., sent. n. 33/1960, n. 2 cons. dir.

[29] C. cost., sent. n. 33/1960, n. 2 cons. dir.

genza e le difficoltà di una mediazione tra posizioni spesso distanti, riuscendo tuttavia a individuare un punto di sintesi in grado di rappresentare la migliore soluzione possibile per lo sviluppo della democrazia, a beneficio anche delle generazioni future. Una soluzione che si traduce nella definizione di una serie di previsioni costituzionali che rappresentano quegli indispensabili "puntelli" dell'eguaglianza[30] riferiti alle varie sfere della vita in cui le differenze tra donne e uomini si sono tradotte in discriminazioni. Disposizioni che sono destinate ad operare congiuntamente, secondo la fondamentale intuizione dei Costituenti, poiché ogni ambito della vita così individuato, quello famigliare, quello lavorativo e quello pubblico, non è separato dall'altro ma l'uno all'altro collegato e tutti caratterizzati da reciproca influenza.

In questa stessa prospettiva appare così evidente, come Salvatore Prisco ha acutamente rilevato, che la "risposta vera" alle diseguaglianze e alle discriminazioni non può essere semplicemente ricondotta a strumenti di ingegneria istituzionale; in altri termini, nessun approccio settoriale è da solo in grado di raggiungere l'obiettivo dell'eguaglianza se non all'interno di "una riforma della complessiva organizzazione sociale e politica"[31] che, attraverso un "complesso articolato di politiche e di azioni integrate", costruisca una democrazia effettiva permettendo "la valorizzazione in essa anche dello 'specifico femminile' e della sua proiezione istituzionale"[32]. Senza un mutamento complessivo, anche di tipo socioculturale, nessuna reale affermazione democratica può quindi pienamente realizzarsi: non possiamo quindi che concordare con l'osservazione in base alla quale non è certo sufficiente che le donne conquistino "i massimi ruoli politici disponibili nel sistema" se la fenomenologia del potere continua ad essere "quella che conosciamo"[33] e se non vogliamo certo che "le donne, finalmente divenute eguali, ai loro omologhi uomini" aprano così nuove "voragini di diseguaglianza"[34].

[30] Espressione utilizzata da C. Tripodina, *I gradini di pietra della parità di genere,* in *costituzionalismo.it,* 2/2021, in particolare 94.

[31] S. Prisco, *op. ult.cit,* 257.

[32] *Ib.,* 259.

[33] *Ib.*

[34] *Ib.,* 260. Nuove "voragini di diseguaglianza" che si aprirebbero, come afferma Salvatore Prisco, "nei confronti degli eserciti di madri, *baby sitter*, maestre d'asilo, cameriere o badanti che, per consentire loro la realizzazione personale e la condivisione di un gioco fin qui quasi tutto maschile, ne svolgono vicariamente la parte, per necessità dismessa o esercitata con intermittenza, del ruolo familiare".

Umberto Ronga[*]

GRUPPI PARLAMENTARI E PARTITI POLITICI NELLA XIX LEGISLATURA[**]

SOMMARIO: 1. Delimitazione del tema. – 2. Premesse teoriche minime. Sulla natura dei gruppi. – 3. La prassi più recente. Dinamiche partitiche e vicende dei gruppi. – 4. La XIX Legislatura: alla prova della nuova disciplina. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *Delimitazione del tema*

Il lavoro ricostruisce le dinamiche tra partiti politici e gruppi parlamentari nella XIX Legislatura: muovendo da un inquadramento teorico sulla natura giuridica dei gruppi parlamentari, se ne considerano le vicende della prassi più recente, con specifico riguardo alle ultime tre Legislature (XVII, XVIII e XIX).

Com'è noto, la relazione in discorso – quella tra partiti e gruppi – se di per sé è naturalmente dinamica, in determinati snodi dell'esperienza repubblicana – di cui il periodo in considerazione è espressione – ha assunto connotazioni frenetiche, che hanno condotto a indebolire, se non a disarticolare, il paradigma secondo cui il gruppo parlamentare è (o dovrebbe essere) la proiezione del partito in Parlamento.

Tale circostanza si determina alla luce di fattori complessi e concomitanti, di carattere istituzionale ma anche politico. Qui basti soltanto considerare il tema delle trasformazioni dei partiti nel quadro di tendenze in atto, come la personalizzazione della politica[1], che vengono in rilievo in ordine a specifiche vicende della dinamica parlamentare: la frammentazione, il transfughismo, la proliferazione dei gruppi.

Si tratta di dinamiche che hanno raggiunto livelli considerevoli, specie nella XVII Legislatura, che si segnala per il dato più alto[2]: la mobilità politica, indi-

[*] Ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II, umberto.ronga@unina.it.

[**] Il contributo riproduce e sviluppa ulteriormente, aggiornandolo al mese di settembre 2024, il saggio *Partiti personali e vicende dei gruppi parlamentari nell'esperienza recente. Contributo allo studio della XVII e della XVIII Legislatura*, pubblicato nella Rivista *federalismi.it*, n. 12/2020.

[1] Valga, sul punto, l'intuizione di S. STAIANO, *Prolegomeni minimi a una ricerca forse necessaria su forma di governo e sistema dei partiti*, in *federalismi.it*, n. 3/2012, 17.

[2] Circa la mobilità individuale: sono stati 566 i cambi di gruppo (anche ripetuti, per un totale di 313 cambi alla Camera e 253 al Senato), coinvolgendo 207 deputati (il 32,86% del totale)

viduale (in termini di transfughismo) e dei gruppi (in termini di proliferazione e frammentazione politica), che si è registrata in quel periodo, infatti, ha raggiunto livelli tali da provocare reazioni di diverso tipo nel sistema parlamentare, attraverso *soluzioni politiche*, nell'ambito di alcuni statuti dei gruppi[3]; e, soprattutto, *soluzioni istituzionali*.

Queste ultime, in particolare, contemplano – principalmente – le modifiche dei regolamenti parlamentari intervenute nelle ultime tre legislature: la prima, nel 2017 (XVII Legislatura)[4], ha riguardato la modifica del regolamento del Senato, attraverso cui si è cercato, tra l'altro, di correggere la frammentazione politica e la mobilità parlamentare introducendo una nuova disciplina per la costituzione dei gruppi, fondata su un *criterio qualitativo*, pur lasciando irrisolta – con rimarchevoli implicazioni anche sul piano politico-partitico

e 140 senatori (il 43,57%), per un totale di 347 parlamentari. Al riguardo, si vv. i dati raccolti in Associazione Openpolis, *Cosa succede in Parlamento nell'ultima settimana della legislatura*, 28 dicembre 2017. Circa la proliferazione dei gruppi: alla Camera, rispetto agli undici formatisi a inizio legislatura, si è registrata la costituzione di cinque nuovi gruppi e quattro componenti politiche; al Senato, a fronte degli otto gruppi costituitisi a inizio legislatura, si è registrata la costituzione di sette nuovi gruppi. Per una ricostruzione ampia relativa all'evoluzione della maggioranza e dei gruppi nella XVII Legislatura, si v. G. Lasorella, *Aggiornamenti e sviluppi in tema di programmazione dei lavori, tra decreti-legge e maggioranze variabili*, in V. Lippolis, N. Lupo (a cura di), *Il parlamento dopo il* referendum *costituzionale*, Il Filangieri, Quaderno 2015-2016, Napoli, 2016, 53 ss.

[3] Quanto alle *soluzioni politiche*, si v. l'art. 21, comma 5, del dibattuto Statuto del Gruppo parlamentare M5S, ai sensi del quale è prevista, tra le altre, nell'ipotesi di "cambio di casacca" in corso di legislatura, una clausola penale di € 100.000,00. Sul punto, in chiave problematica, si vv. S. Prisco, *Elogio della mediazione. Statuti dei gruppi parlamentari e libertà di mandato politico nelle democrazie rappresentative. Brevi annotazioni*, in *federalismi.it*, n. 13/2018, 11; S. Curreri, *La legittimità del regolamento interno del gruppo parlamentare del M5S sul tavolo della Presidente del Senato*, in *laCostituzione.info*, 4 luglio 2018.

[4] Com'è noto, tale modifica è intervenuta il 20 dicembre 2017, a margine della XVII Legislatura. Questa, nell'ambito di una modifica "organica" del regolamento, ha previsto misure concernenti sia la mobilità individuale che la più ampia disciplina dei gruppi politici. Nel primo caso, all'art. 13, comma 1-*bis* r.S., è stata prevista la sanzione della decadenza da determinate cariche (Vice-Presidenti e segretari degli uffici di presidenza anche delle Commissioni permanenti); nel secondo, nella novellata disposizione dell'art. 14 r.S., si introduce un requisito qualitativo che impone la corrispondenza del gruppo ad un partito politico che abbia partecipato con proprie liste alle ultime elezioni; il divieto di costituzione di nuovi gruppi in corso di legislatura che non siano il risultato di una scissione o fusione di gruppi parlamentari preesistenti; l'abolizione della fattispecie dei c.d. gruppi "autorizzati" in deroga al requisito quantitativo (di 10 senatori) previsto dal regolamento. Per un approfondimento su entrambi i versanti, si v. A. Carboni, M. Magalotti, *Prime osservazioni sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, in *federalismi.it*, n. 1/2018, 16 ss.

– l'asimmetria con il regolamento della Camera; la seconda, nel 2022 (tra la XVIII e la XIX Legislatura), a seguito della riduzione della composizione del Parlamento[5], ha riguardato le modifiche per l'adeguamento dei regolamenti di Camera e Senato, intervenute con modalità e tempi diversi.

Al Senato, dove la revisione è intervenuta prima rispetto alla Camera, è stata approvata una riforma piuttosto ampia, anche orientata a riallineare la disciplina nei due rami del Parlamento[6].

Alla Camera, successivamente, è stato seguito il metodo del *doppio binario*[7], sicché, in prima battuta, si è prescelta la strada di un adeguamento dei *quorum*, stabilendo peraltro che le modifiche che riguardano la composizione di organi già costituiti all'inizio della legislatura entrino in vigore a partire dalla XX Legislatura[8].

Tali soluzioni, tuttavia, non hanno mostrato piena capacità conformativa rispetto agli obiettivi prefissati: al contrario, hanno dato luogo a esiti alterni,

[5] Si tratta della revisione intervenuta con la legge cost. n. 1/2020 che ha determinato la modifica degli artt. 56, 57 e 59 Cost. e un "taglio lineare" del 36,5% di deputati (da 630 a 400) e senatori (da 315 a 200). Sul punto, per ulteriori analisi, tra gli altri, si vv. S. Curreri, L*e conseguenze della riduzione del numero dei parlamentari sui gruppi politici*, in *Rivista trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, n. 1/2022; N. Lupo, *Riduzione del numero dei parlamentari e organizzazione interna delle Camere*, in *Forum di Quad. cost.*, n. 3/2020, 332.

[6] È la modifica approvata a maggioranza assoluta il 27 luglio del 2022. Oltre all'esigenza di adeguamento numerico, l'obiettivo della modifica è stato quello di riallineare la disciplina dei gruppi a quella della Camera dei deputati. In tal senso, si è intervenuti lungo i seguenti versanti: l'adeguamento numerico per la costituzione dei gruppi ordinari e dei gruppi relativi alle minoranze linguistiche; il rafforzamento della corrispondenza politico-elettorale tra gruppi e partiti (attraverso l'utilizzo del medesimo contrassegno del partito rappresentato; una dichiarazione di riconoscimento del partito che con il gruppo si intende rappresentare; criteri specifici per la formazione dei gruppi nel corso della legislatura); la positivizzazione delle componenti politiche in seno al gruppo misto; l'estensione soggettiva dei senatori non iscritti ad alcun un gruppo, in deroga alla obbligatoria appartenenza ad un gruppo parlamentare. Alla Camera dei deputati, invece, la modifica ha prevalentemente riguardato l'adeguamento numerico del Regolamento alla nuova composizione dell'Assemblea; tuttavia, giacché la modifica è stata approvata soltanto a poco più di un mese dall'avvio della XIX Legislatura, tali modifiche sono destinate a operare a partire dalla XX Legislatura e, pertanto, di fatto, l'adeguamento si è determinato in via interpretativa. Su questi profili, per ulteriori apprendimenti, si v. G. Lasorella, *Il Parlamento: regole e dinamiche. Una introduzione al diritto parlamentare*, Torino, 2023. Inoltre, per uno studio sul merito della modifica, tra gli altri, si v. L. De Carlo, *L'adattamento del Regolamento del Senato alla riduzione del numero dei parlamentari: prime osservazioni*, in *Forum di Quad. cost.*, n. 3/2022, 78 ss.

[7] Un metodo, cioè, che ha consentito di approvare le questioni sulle quali il consenso è stato maggiore (in particolare, sull'adeguamento dei *quorum*), rinviando quelle più complesse (per una possibile modifica organica). In questo caso, la modifica è intervenuta il 30 novembre 2022.

[8] A questo novero si ascrive anche la disciplina dei gruppi parlamentari.

specie rispetto all'obiettivo principale di favorire la corrispondenza dei gruppi politici alle forze presentate alle elezioni.

Fattori che, anche alla luce di successivi riadeguamenti della disciplina – attraverso i regolamenti o in via di prassi – restituiscono la prova tangibile della necessità di considerare le trasformazioni, e oramai le degenerazioni, in atto nel sistema politico-parlamentare, e di immaginare adeguate soluzioni.

Nel quadro di queste coordinate, dunque, il lavoro si articola come segue: la prima parte considera, per notazioni minime, i profili teorici connessi alla natura giuridica dei gruppi parlamentari; la seconda approfondisce le principali tendenze venute in rilievo nel rapporto tra gruppi e partiti; la terza considera le vicende dei gruppi parlamentari nella XIX Legislatura per ricercare elementi di continuità e discontinuità rispetto all'esperienza pregressa e svolgere considerazioni di prospettiva, a partire da alcune notazioni sul rendimento della nuova disciplina dei regolamenti parlamentari, delineando un bilancio di medio termine.

2. *Premesse teoriche minime. Sulla natura dei gruppi*

Com'è noto, il dibattito sulla natura dei gruppi parlamentari è caratterizzato da complessità, incertezze, differenti ricostruzioni dottrinali. A rendere problematico un inquadramento univoco è stata, in primo luogo, la peculiare collocazione dei gruppi nel modello di riferimento. Essi, infatti, si muovono su un duplice crinale: da un lato, di tipo *istituzionale*, nell'ambito delle Camere in cui operano e di cui sono soggetti necessari; dall'altro, di tipo *politico*, essendone, i gruppi, la proiezione in sede istituzionale[9]. In ragione di questa duplice connotazione – di contesto e di funzioni – le principali tesi sulla natura giuridica dei gruppi potrebbero sintetizzarsi nelle seguenti tre: una pubblicistica, una privatistica, una mista.

Si tratta di posizioni differenti ma legate da un fattore comune: il riconoscimento della soggettività giuridica dei gruppi, cui è pertanto attribuita capacità giuridica generale.

La prima tesi, quella pubblicistica, poggiando principalmente sulla circostanza che i gruppi sono previsti in Costituzione e operano nell'ambito del

[9] Sul punto, si v. A. Ciancio, *Il gruppo parlamentare come formazione sociale e la tutela del dissenso dei singoli aderenti*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, 617 ss. Inoltre, per ulteriori apprendimenti, si considerino gli studi di S. Merlini, *Natura e collocazione dei gruppi parlamentari Italia*, in Id. (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi parlamentari, partiti: il contesto italiano*, Torino, 2004, 12 ss.; S. Curreri, *Democrazia e rappresentanza politica. Dal divieto di mandato al mandato di partito*, Firenze, 2004, 192.

Parlamento, ha inteso riconoscerli come organi delle Camere[10] o come enti pubblici[11].

Sulla teoria dei gruppi come organi, le tesi contrarie sono state proposte alla luce della definizione di organo, quale «ufficio particolarmente qualificato da una norma come idoneo ad esprimere la volontà della persona giuridica e ad imputarle l'atto e i relativi effetti»[12], oppure quale ufficio «attraverso cui un ente personificato opera giuridicamente [: tesi secondo cui] il gruppo parlamentare non è organo della Camera o del Senato, perché in nessun caso e per nessuna ragione il gruppo esprime la volontà della Camera o del Senato»[13]. Ulteriori tesi contrarie, sulla base di argomenti differenti, sono quelle fondate sull'idea che i gruppi, pur operando all'interno delle Camere, non perseguono l'interesse dell'istituzione, dacché non può «ammettersi, in virtù della sua insopprimibile autonomia politica, l'inquadramento del gruppo parlamentare nei meccanismi di gerarchia, sovraordinazione e coordinamento di una organizzazione in senso proprio, quale certamente anche le Camere sono»[14]. In continuità con questo approccio, nel qualificarne il carattere indipendente, è stato sostenuto che i gruppi non possono essere considerati «né organi dei partiti, né organi del Parlamento, né organi ad un tempo dei partiti e del parlamento, né una realtà interna delle Camere, ma organizzazioni a sé stanti»[15].

Ulteriori criticità, sulla teoria dei gruppi come enti pubblici, sono state rinvenute nella circostanza che i gruppi, pur esercitando alcune funzioni pubbliche, dal punto di vista della loro configurazione non sono dotati delle caratteristiche proprie di un ente[16], né sono chiamati a perseguire interessi

[10] Per questa tesi, si v., tra gli altri, G.F. Ciaurro, *Sulla natura giuridica dei gruppi parlamentari*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, IV, Firenze, 1969, 236; Id., *I gruppi parlamentari*, in *Le istituzioni parlamentari*, Milano, 1982; Id., G. Negri, *Gruppi parlamentari*, in *Enc. Giur.*, XV, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1989, 9.

[11] In tal senso, in una prima fase, cfr. A. Manzella, *Il Parlamento*, Bologna, 1977; in una seconda fase, infatti, l'A. è ritornato sul tema, definendo i gruppi quali «uffici strumentali indipendenti».

[12] Così, in prospettiva amministrativistica, M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 142.

[13] In questi termini, G.U. Rescigno, *Gruppi parlamentari*, in *Enc. Dir.*, Milano, XIX, 1969, 794.

[14] Cfr. A. Manzella, *Il Parlamento*, cit., 98.

[15] Così scrive A. Tesauro, *I gruppi parlamentari*, in *Rassegna di diritto pubblico*, n. 2/1967, 201.

[16] Tra le caratteristiche di un ente pubblico, infatti, vi sono: la soggezione a forme di controllo pubblico; la partecipazione statale nella determinazione della scelta di alcuni incarichi di vertice, nonché alle spese o a forme di finanziamento pubblico. Sul punto, cfr. S. Banchetti, *La natura giuridica dei gruppi parlamentari*, in *Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure,*

generali[17].

La seconda tesi, quella privatistica, poggiando sulla considerazione che i gruppi esistono indipendentemente dalle disposizioni costituzionali e regolamentari che li riguardano, e sono indipendenti dalla sede istituzionale in cui operano, ritiene che essi abbiano il proprio fondamento nella libertà di associazione dei parlamentari[18]; libertà che, peraltro, precede la regolamentazione di cui essi godono[19], e che considera i gruppi come organi dei partiti oppure come soggetti privati esercenti pubbliche funzioni[20], o, ancora, come associazioni non riconosciute[21].

Muovendo da questa tesi, è stato ritenuto che i gruppi siano organi dei partiti, in quanto proiezione degli stessi in Parlamento[22]; e in tal senso, deporrebbero anche alcuni statuti e regolamenti dei gruppi, che li qualificano come associazioni facenti parte di determinate organizzazioni di partito[23].

Questa ricostruzione è stata sottoposta a critica in ordine a due argomenti, fondati sul presupposto della non assoggettabilità del gruppo al partito e viceversa, tanto più quando in gioco c'è una libertà protetta costituzionalmente.

Dal lato del partito: l'azione del gruppo in Parlamento non può impegnare il partito di riferimento, dacché l'uno non gode di un potere di rappresentanza legale nei confronti dell'altro; dal lato del gruppo – e della libertà del singolo deputato nell'ambito dello stesso: in considerazione dell'art. 67 Cost., non può configurarsi una ipotesi di subordinazione del gruppo a discipline di partito

apparati, Roma, II, 2008, 670, il quale osserva come per i gruppi parlamentari vi sia solamente il requisito del finanziamento pubblico; sui profili connessi alle regole di prevenzione della corruzione politica, si v. U. Ronga, *Tentativi di prevenzione della corruzione politica. Utilità e profili critici della legge 9 gennaio 2019, n. 3*, in *federalismi.it*, n. 9/2019, spec. 5 ss.

[17] In tal senso, L. Di Majo, M. Rubechi, *Gruppi parlamentari*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche. Aggiornamento*, Torino, VI, 2015, 232.

[18] Cfr. S. Banchetti, *La natura giuridica dei gruppi parlamentari*, cit., 692. In questa prospettiva, considerando i gruppi come la manifestazione del pluralismo politico, si v. altresì A. Ciancio, *I gruppi parlamentari. Studio intorno a una manifestazione del pluralismo politico*, Milano, 94 ss.

[19] Cfr. S. Banchetti, *La natura giuridica dei gruppi parlamentari*, cit., 692.

[20] Cfr. A. Tesauro, *I gruppi parlamentari*, cit., 201 ss.

[21] Cfr. G.U. Rescigno, *Gruppi parlamentari*, cit., 780; A. Placanica, A. Sandomenico, *Le funzioni dei gruppi parlamentari*, in S. Merlini (a cura di), R*appresentanza politica, gruppi parlamentari, partiti: il contesto italiano. Volume II*, Torino, 2004, 22.

[22] Secondo parte della dottrina, peraltro, la relazione gruppo-partito è stata considerata priva di rilievo giuridico. In tal senso, per tutti, si v. G. Silvestri, *I gruppi parlamentari tra pubblico e privato*, in *Studi per L. Campagna*, II, Milano, 1980, 299 ss.

[23] In tal senso, G.U. Rescigno, *L'attività di diritto privato dei gruppi parlamentari*, in *Giur. cost.*, 1961, 295 ss.

o del singolo a vincoli di mandato (argomenti che, peraltro, hanno concreta ricaduta nella ipotesi di gruppi non corrispondenti ad alcun partito)[24].

Sulla teoria dei gruppi come associazioni non riconosciute, invece, le tesi critiche interessano principalmente il fatto che i parlamentari sono obbligati ad associarsi; mentre, com'è noto, la libertà di associazione equivale anche a una libertà negativa, di non associarsi[25].

La terza tesi, quella mista, forse caratterizzata da un approccio più concreto, si basa sulla constatazione che le due visioni precedenti, pur coerenti per molti profili teorici, si espongono a criticità. In effetti, è possibile empiricamente constatarlo: i gruppi hanno un volto pubblicistico e uno privatistico[26].

Potrebbe concludersi, pertanto, che i gruppi non sono né completamente associazioni di diritto privato non riconosciute (come i partiti[27]), né organi parlamentari di diritto pubblico. Essi sarebbero: associazioni di natura privata,

[24] Sulla complessità del tema, anche per indicazioni ulteriori, si vv. C. Mortati, *Art. 67*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1976, 179 ss.; N. Zanon, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Milano, 1991; P. Ridola, *Divieto del mandato imperativo e pluralismo politico*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli. Scritti su le fonti normative e su temi vari di altro diritto*, Milano, II, 1985, 679 ss.; C. De Fiores, *Sulla rappresentazione della Nazione. Brevi note sul divieto di mandato imperativo*, in *Diritto e società*, n. 1/2017, 19 ss.

[25] In tal senso, in Corte cost., sent. n. 69/1962, si considera la libertà negativa quale possibilità di non associarsi, impedita ai parlamentari che, invece, devono associarsi. Sul punto, si v. L. Gianniti, N. Lupo, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, 2018, 127.

[26] Sulla tesi mista dei gruppi parlamentari, si vv., tra gli altri, A. Pizzorusso, *I gruppi parlamentari come soggetti di diritto. Pagine di un saggio giuridico*, Pisa, 1969; A. Mannino, *Diritto parlamentare*, Milano, 2010, 63 ss.; S. Antonelli, *Sulla natura giuridica dei gruppi parlamentari*, in *Studi Urbinati*, Milano, XXXIII, 1965; E. Griglio, La *natura giuridica dei gruppi consiliari, dal parallelismo all'asimmetria con i gruppi parlamentari*, in R. Zanon (a cura di), *I gruppi consiliari*, Caselle di Somma campagna, 2015, 49 ss.

[27] Sui partiti politici, si vv. P. Ridola, *Partiti politici*, in Aa.Vv., *Enciclopedia del Diritto*, Milano, XXXII, 1982, 66-127; Id., *L'evoluzione storico-costituzionale del partito politico*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, Napoli, 2009; Id., *Pluralismo e mutamenti della forma partito*, in *Accademia dei Lincei*, L*o Stato delle Istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Milano, 1994, 59 ss.; F. Lanchester, *Dal "grande" partito al "piccolo", rispettabile e regolato*, in *Nomos. Le attualità nel diritto,* n. 2/2014, 1; F. Barbagallo, *I partiti politici dallo Stato liberale alla Costituzione repubblicana*, in M. Fioravanti, S. Guerrieri (a cura di), *La Costituzione italiana*, Roma, 1999, 73 ss.; P. Scoppola, *Partiti politici*, in *Dizionario delle idee politiche*, Roma, 1993; A. Predieri, *I partiti politici*, in P. Calamandrei, A. Levi (diretto da), *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, I, Firenze, 1950, 150 ss.; E. Rossi, *I partiti politici*, Roma, 2007, 5-38; Id., *Partiti politici*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di Diritto pubblico*, V, Milano, 2006, 4149 ss.; O. Massari, *I partiti politici nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 2004.

per quanto riguarda la loro struttura interna e i rapporti con terzi; soggetti di natura pubblicistica, per quanto riguarda l'attività parlamentare.

In tal senso depone la giurisprudenza consolidatasi a partire dalla nota pronuncia della Corte di Cassazione del 2004 – precedente di riferimento sul tema, che ha trovato continuità nella giurisprudenza successiva[28] – in cui nell'osservare la natura giuridica dei gruppi, è sostenuto che «vanno distinti due piani di attività […]: uno squisitamente parlamentare, in relazione al quale i gruppi costituiscono gli strumenti necessari per lo svolgimento delle funzioni proprie del Parlamento, come previsto e disciplinato dalle norme della Costituzione, dalle consuetudini costituzionali, dai regolamenti delle Camere e dai regolamenti interni dei gruppi medesimi; l'altro, più strettamente politico, che concerne il rapporto del singolo gruppo con il partito politico di riferimento, ed in ordine al quale i gruppi parlamentari sono da assimilare ai partiti politici, cui va riconosciuta la qualità di soggetti privati»[29]. Questa pronuncia sembra bilanciare la propensione alla natura privatistica dei gruppi, cui si applica la disciplina civilistica, con le eccezioni rinvenibili nei profili pubblici indicati dalla medesima Corte: le funzioni squisitamente parlamentari, che si sottraggono alla giurisdizione ordinaria[30]. Tale interpretazione sembra coerente con la *ratio* della disciplina dei gruppi recata nei regolamenti parlamentari, dove le difficoltà teoriche considerate trovano qualche conferma nelle disposizioni dei regolamenti di Camera e Senato[31]. Se si riguarda il *Capo III* del Regolamento della

[28] Si tratta delle ordinanze delle SS.UU., nn. 3335/2004, 27863/2008 e 27396/2014. Più di recente, è venuto in rilievo il caso dell'ordinanza SS.UU. Cass. n. 6458/2020, che, sul tema dell'espulsione del parlamentare dissenziente, ha riconfermato l'orientamento a favore della natura giuridica "mista" dei gruppi parlamentari. Al riguardo, per un commento analitico sul merito della pronuncia, si vv. D. Coduti, *L'espulsione dal gruppo parlamentare tra autodichia delle Camere e assenza di controlli (Nota a Corte Cass., SS.UU. civ., sent. 6 marzo 2020, n. 6458)*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2020, 607 ss.; F.F. Pagano, *La tutela del parlamentare espulso dal gruppo di appartenenza e la "suggestione" dell'autodichia*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020, 77 ss.

[29] Così: Cass. SS.UU., ord. n. 3335/2004.

[30] Su questi profili, cfr. A.M. Sandulli, *Spunti problematici in tema di autonomia degli organi costituzionali e di giustizia domestica nei confronti del loro personale*, in *Giur. it*., 1977, 1834; G. Malinconico, *Ancora sull'autodichia delle Camere e sul sindacato di legittimità dei regolamenti parlamentari*, in *federalismi.it*, n. 12/2013, 7 ss.; R. Ibrido, *Gli organi di autodichia delle Camere quali "giudici a quo"? A proposito di una recente ordinanza di rimessione*, in *Quad. cost*., 2015, 169 ss.; M. Midiri, *Organi costituzionali e giurisdizione (note su una prerogativa controversa: l'autodichia)*, in *Giur. cost*., 1989, 39; P. Passaglia, *Autodichia ed insindacabilità dei regolamenti parlamentari: stare decisis e nuovi orizzonti*, in *Giur. cost*., 2014, 2115.

[31] Gli interventi nei regolamenti parlamentari del 2012 sembrano dunque ispirarsi a questa natura «ibrida»: cfr. L. Di Majo, M. Rubechi, *Gruppi parlamentari*, in *Digesto*, cit., 233: «Le novelle regolamentari […] sanciscono definitivamente la loro natura ambigua»; per E. Griglio,

Camera dei deputati, rubricato *Dei gruppi parlamentari* e, in particolare, l'art. 14, nel comma 1 (così come novellato a esito della modifica del 2012), vengono in rilievo i primi profili problematici: i gruppi parlamentari sono infatti considerati sia quali «associazioni di deputati», sia quali «soggetti necessari al funzionamento della Camera». Da ciò consegue che la natura giuridica degli stessi è segnata da un intrinseco dualismo, anche qui legato alla qualificazione degli stessi, ora quale soggetto giuridico di diritto privato, come associazione non riconosciuta[32], ora quale soggetto di diritto pubblico, come organo delle Camere[33]. Ragionando su questo scivoloso crinale, con il contributo di parte della dottrina e della giurisprudenza costituzionale[34], è stata elaborata, anche in sede teorica, quella relazione tra formante parlamentare e formante partitico di cui si diceva in premessa: una vera e propria endiadi, in cui i partiti politici, in ragione della proiezione a loro assicurata dai gruppi parlamentari, «si fanno istituzioni»[35].

3. *La prassi più recente. Dinamiche partitiche e vicende dei gruppi*

Il tema di indagine (la relazione insopprimibile tra gruppi parlamentari e partiti politici), lo si è visto anche nell'analisi della prassi condotta in studi pregressi[36], incontra profili di particolare interesse nelle vicende più recenti, dove si sono consolidate tendenze in atto da tempo e ne sono venute in rilievo di nuove.

Del resto, nell'analisi delle dinamiche della rappresentanza politica[37], studiare i tratti connotativi dei partiti – anche in chiave dinamica, considerandone

La natura giuridica dei gruppi consiliari, dal parallelismo all'asimmetria con i gruppi parlamentari, 67-68, la riforma indica il «duplice inquadramento dei gruppi: quali soggetti necessari e funzionali all'organizzazione e al funzionamento interno delle Camere […]; quali associazioni di parlamentari [di] natura privatistica».

[32] Cfr. Cass. civ. SS. UU., ord. n. 3335/2004.

[33] Cfr. L. Gianniti, N. Lupo, *Corso di diritto parlamentare*, cit., 127.

[34] Cfr. Corte Cost. sent. n. 49/1998, in cui i gruppi parlamentari sono definiti come «il riflesso istituzionale del pluralismo politico».

[35] Così, R. Bin, *Rappresentanza e Parlamento. I gruppi parlamentari e i partiti*, in S. Merlini (a cura di), *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, Firenze, 2009, 253 ss.; nonché, F. Fabrizzi, *Partiti politici e gruppi parlamentari ai tempi delle riforme*, in *federalismi.it*, n. 8/2015, spec. 4 ss.

[36] Cfr. U. Ronga, *Gruppi parlamentari e partiti politici. Tendenze recenti*, in Aa.Vv, *Scritti in onore di Pietro Ciarlo*, Napoli, 2022, 551 ss.; Id., *Partiti personali e vicende dei gruppi parlamentari nell'esperienza più recente*, cit., 201 ss.

[37] Cfr. S. Staiano, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, spec. 10 ss. in cui il tema è indagato alla luce delle vicende del sistema partitico; sul punto, si vv. altresì L. Ciaurro, D.

la relativa proiezione nella sede parlamentare – consente di cogliere le dinamiche interne alle istituzioni, comprendere i «processi di governo»[38], analizzare le tendenze della legislazione. Al contempo, assumere questa prospettiva consente di osservare le dinamiche dei gruppi parlamentari, il cui campo d'azione è segnato dall'autonomia della politica e dalla debolezza sostanziale della disciplina dei regolamenti parlamentari, nonostante i diversi tentativi di contenerne le attività.

Qualsivoglia considerazione su questi profili, anche in relazione ai livelli di autonomia dei soggetti politici[39], obbedisce a variabili differenti in considerazione del contesto in cui si dispiega il loro campo d'azione. Senza voler cedere alla «falsa aritmetica»[40] delle narrazioni compiute da gran parte delle ricostruzioni giornalistiche sul punto, è tuttavia pacifico che gli assetti partitici siano cambiati nel corso dell'esperienza repubblicana e che in considerazione di tali cambiamenti, oltre che dei mutamenti degli assetti geopolitici e delle modifiche introdotte nei meccanismi istituzionali di selezione della classe dirigente, si siano profondamente trasformate le dinamiche della rappresentanza parlamentare.

Sin dalla prima fase dell'esperienza repubblicana, struttura e assetto dei partiti, nel quadro delle rispettive discipline regolamentari di Camera e Senato, hanno determinato le modalità di costituzione e funzionamento degli organi parlamentari. Nelle dinamiche della forma di governo di tipo consensuale[41], ad esempio, i partiti erano «*framer*»[42] della Costituzione e rappresentavano la «pietra angolare»[43] su cui poggiavano le basi istituzionali della Repubblica[44]. In

Nocilla, *(voce) Rappresentanza politica*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1970, 545; G. Ferrara, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, in *Riv. Dir. Cost*., 1998; M. Luciani, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon, F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, 2001, 109.

[38] Così: A. Bentley, *The process of government: A study of Social Pressures*, Chicago, 1908, trad. it. *Il processo di governo. Uno studio delle pressioni sociali*, Milano, 1983.

[39] Cfr. M. Manetti, *I limiti della politica nel diritto parlamentare*, in N. Lupo (a cura di), *Il precedente parlamentare tra diritto e politica*, Bologna, 2013, 305 ss.

[40] Cfr. S. Staiano, *La forma di governo italiana. Permanenza e transizione,* in *Osservatorio AIC*, n. 2/2018, 1.

[41] Sul tema, si v. S. Curreri, *Sistema elettorale e regolamenti parlamentari*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2011, 5.

[42] Così, S. Staiano, *Prolegomeni minimi a una ricerca forse necessaria su forma di governo e sistema dei partiti*, cit., 4.

[43] Cfr. N. Lupo, *La disciplina dei gruppi parlamentari, nel mutare delle leggi elettorali*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017, 7.

[44] Cfr. P. Scoppola, *La Repubblica dei partiti. Profilo storico della democrazia in Italia (1945-1990)*, Bologna, 1991, spec. 97 ss.

questo assetto, segnato da elasticità e debole razionalizzazione delle dinamiche organizzative interne al rapporto tra organi costituzionali, il sistema dei partiti politici era, contestualmente, strumento di selezione degli interessi, centro di influenza, architrave del modello parlamentare. Con riguardo a questo ultimo profilo, essi hanno concorso alla definizione del funzionamento delle aule parlamentari, connotate, sin da quel periodo, da una debole disciplina di rango costituzionale.

La determinazione delle regole di funzionamento delle Camere, infatti, fu affidata a regolamenti parlamentari[45] costruiti guardando al modello costituzionale a centralità del sistema dei partiti e del Parlamento: quelli vigenti fino al 1920[46], sospesi durante il fascismo. In quel contesto, «l'articolazione della rappresentanza parlamentare in gruppi politici e in commissioni permanenti composte proporzionalmente a quelli»[47] rappresentava lo strumento privilegiato ai fini del maggiore protagonismo degli attori partitici, tanto a livello parlamentare, quanto a livello politico. L'organizzazione di quei partiti era segnata da una tendenziale omogeneità, pur nella diversità dei rispettivi assetti ideologici: si trattava, infatti, di partiti nazionali, i cui processi decisionali erano fortemente centralizzati, segnati da una vocazione di tipo oligarchico, intesa alla cooptazione nella dinamica interna[48].

In questo quadro, pertanto, i partiti, per il tramite dei gruppi, esercitavano un controllo dell'aula parlamentare e delle commissioni permanenti, composte

[45] Sulle modifiche dei Regolamenti parlamentari negli anni Ottanta, si v. S. Traversa, *Le «novelle» alla riforma del regolamento della Camera dei Deputati*, in Id., *Il Parlamento tra la Costituzione e la prassi*, Milano, 1989, 477 ss.

[46] Per ulteriori apprendimenti, si vv. G. Orsina, *L'organizzazione politica nelle Camere della proporzionale*, in F. Grassi Orsini, G. Quagliariello (a cura di), *Il partito politico dalla grande guerra al fascismo. Crisi della rappresentanza e riforma dello Stato nell'età dei sistemi politici di massa (1918-1925)*, Bologna, 1996, 397 ss.; A. D'Andrea, *Il Parlamento. Profilo istituzionale*, Brescia, 1999; E. Gianfrancesco, *Uffici e Commissioni nel diritto parlamentare del periodo statutario*, in V. Casamassima, A. Frangioni (a cura di), Pa*rlamento e storia d'Italia. II. Procedure e politiche*, Pisa, 2016, 101 ss.; E. Gianfrancesco, *Parlamento e regolamenti parlamentari in epoca fascista*, in Id., N. Lupo (a cura di), *Giornale di Storia costituzionale*, *I regolamenti parlamentari nei momenti di "svolta" della storia costituzionale italiana*, Macerata, 15, 2008, 55; P. Pombeni, *La questione costituzionale in Italia*, Bologna 2016, 81; U. Ronga, N*otazioni sulla questione costituzionale*, in *Dialoghi*, n. 3/2017, 88.

[47] Cfr. N. Lupo, *La disciplina dei gruppi parlamentari, nel mutare delle leggi elettorali*, cit., 7.

[48] Cfr. S. Staiano, *La forma di governo italiana. Permanenza e transizione*, cit., 3; per approfondire il dibattito sulla democrazia interna e sulle proposte di regolazione del partito, si vv. L. Elia, *A quando una legge sui partiti politici?*, in S. Merlini (a cura di), *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, cit.; A. Barbera, *La regolamentazione dei partiti: un tema da riprendere*, in *Quad. cost.*, n. 2/2006, 323 ss.

proporzionalmente in ragione della rappresentatività di ciascun gruppo. Questa tendenza è confermata anche dal segno delle modifiche dei regolamenti di Camera e Senato intervenute nei primi decenni dell'esperienza repubblicana (e, in particolare, in quella del 1971), attraverso cui si è posta in essere «una progressiva razionalizzazione ed accelerazione dei processi decisionali che ha fatto leva soprattutto sulla dimensione del gruppo parlamentare»[49]. In effetti, il criterio seguito al fine di adeguare gli organi parlamentari agli sviluppi della società e potenziarne l'efficacia nei meccanismi di funzionamento interno è stato quello di incrementare le funzioni dei gruppi: ciò, pur con asimmetrie tra i due rami del Parlamento, sino alla fine degli anni Novanta.

Ancora in queste considerazioni viene in rilievo la necessaria relazione tra le vicende della dimensione interna al Parlamento e quelle della organizzazione partitica, le cui dinamiche sono cambiate nelle transizioni politiche[50] e istituzionali della Repubblica. Lo studio dell'esperienza più recente, infatti, mostra un modello di partito di tipo «personale»[51], incentivato da tecniche di investitura diretta[52], il cui tratto caratterizzante è dato dal dominio del *leader* e dalla riduzione, in organizzazione servente a esso, degli apparati tradizionali del partito medesimo[53]. Al *capo carismatico* e alla sua *leadership* è affidata, in primo luogo, la selezione delle candidature[54], con una concentrazione di potere nella figura del segretario di partito, talvolta rafforzata dalla coincidenza tra la figura del segretario e quella del Presidente del Consiglio[55]. In questo contesto,

[49] In questi termini, N. Lupo, *La disciplina dei gruppi parlamentari, nel mutare delle leggi elettorali*, cit., 9.

[50] Tesi e profili di studio differenti, ma accomunati dallo studio delle transizioni della Repubblica, si v. S. Ceccanti, S. Vassallo, *Come chiudere la transizione. Cambiamento, apprendimento e adattamento nel sistema politico italiano*, Bologna, 2004; G. Guzzetta, *La Repubblica transitoria*, Catanzaro, 2018.

[51] Cfr. M. Calise, *Il partito personale*, Roma-Bari, 47.

[52] Cfr. S. Gambino, *Democrazia di investitura o democrazia parlamentare? Interrogativi e dubbi su revisione costituzionale e democrazia maggioritaria*, in *Revista de Estudios Jurídicos*, n. 16/2016, spec. 3 e 19; Id., *Forma di governo e rappresentanza politica fra "Costituzione materiale" e riforme istituzionali. Riflessioni introduttive*, in Id. (a cura di), *Forme di governo*, Milano, 2007.

[53] Cfr. S. Staiano, *Prolegomeni minimi a una ricerca forse necessaria*, cit., 3.

[54] Cfr. L. Gori, *Le elezioni primarie nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 2018, 14-15; U. Ronga, *La selezione delle candidature*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2019, spec. 54 ss.

[55] Considera questi profili S. Prisco, *Rinnovare i canali ostruiti della rappresentanza politica e della democrazia*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna* online, n. 2/2021, 86. Sono tendenze che, in proiezione, possono incidere sulle prospettive di attuazione della riforma del c.d. premierato, approvato al Senato il 18 giugno 2024. Per una ricostruzione dei principali profili oggetto del dibattito in corso, si vv. M. Cavino, *L'introduzione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2024, 49 ss.; S. Ceccanti, *Per un'efficace* (*ma*

colpevole anche un andamento parlamentare imbrigliato in procedure impermeabili a forme di razionalizzazione, specie quando la disomogeneità degli assetti politici è alta, si è registrato un rafforzamento in via di fatto dell'Esecutivo rispetto al Legislativo[56].

L'affermarsi del partito personale, poi, si è riprodotta nell'organizzazione partitica interna, con due conseguenze: in alcuni casi, la proliferazione di correnti, che spesso hanno indebolito, nelle logiche coalizionali, l'omogeneità degli assetti politici[57]; in altri, la marginalizzazione e, in qualche caso, persino l'espulsione delle voci dissenzienti[58].

Questa dinamica – segnata anche dal tentativo di costruire *leadership* alternative a quelle maggioritarie – ha coinvolto, pur con intensità differenti, l'intero arco politico. Tali divisioni, destinate a riprodursi nell'organizzazione interna delle Camere, sono spesso la conseguenza della conflittualità tra personalità carismatiche, con «un bagaglio di consenso e mezzi organizzativi autonomi, e che contendono o partecipano alla *leadership* di partito»[59], e alla sua dirigenza. In questo modo, si sviluppano comportamenti tesi alla ricerca di *posizioni di dominio*[60] nell'organizzazione politica, in conseguenza dei quali

non troppo rigida) forma di governo neoparlamentare, in *federalismi.it*, 7 giugno 2023, 2 ss.; F. Clementi, *Per un'innovazione consapevole: rafforzare la premiership senza rigidità sistematiche,* in *federalismi.it*, 7 giugno 2023, 2 ss.; A. Lucarelli, *Premierato e riforme costituzionali: il mito della governabilità,* in *Rivista AIC*, n. 4/2023, 2 ss.; G. Guzzetta, *Il "Governo di legislatura": applicazione del modello e soluzioni incoerenti*, in *federalismi.it*, 7 giugno 2023, 2 ss.; M. Luciani, *Riforme e saggezza*, in *federalismi.it*, 7 giugno 2023, 2 ss.; N. Lupo, *Revisioni costituzionali "puntuali" e "a tappe" della forma di governo. Perché no?*, in *federalismi.it*, 7 giugno 2023, 2 ss.

[56] Cfr. F. Musella, *Il premier diviso. Italia tra presidenzialismo e parlamentarismo*, Milano, 2012; per un approfondimento su questi profili, nel quadro di una riflessione sulle trasformazioni anche «striscianti» della forma di governo, si vv. S. Ceccanti, *La forma di governo parlamentare in trasformazione*, Bologna, 1999; M. Cartabia, *Legislazione e funzione di governo*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, spec. 86 ss.; L. Violante, *Note sulla crisi del procedimento legislativo e su alcune sue conseguenze*, in L. Duilio (a cura di), *Politica della legislazione oltre la crisi*, Bologna, 2013.

[57] Cfr. M. Calise, *Il partito personale*, Roma-Bari, 2010, 11.

[58] Considera tali vicende D. Coduti, *L'espulsione dal gruppo parlamentare tra autodichia delle Camere e assenza di controlli (Nota a Corte Cass., SS.UU. civ., sent. 6 marzo 2020, n. 6458)*, cit., 607 ss.

[59] Cfr. F. Musella, *Il partito politico tra reti e organizzazioni,* in S. Staiano (a cura di), *Nella rete dei partiti*, cit., 46.

[60] Dinamiche meritevoli di osservazione anche alla luce dell'applicazione di alcune tecniche proprie delle scienze sociali, come la *network analysis*, applicata al sistema dei partiti: cfr. F. Piselli, *Reti. L'analisi di* network *nelle scienze sociali*, in S. Staiano (a cura di), *Nella rete dei partiti*, cit.

l'avversario rimasto sconfitto e le strutture di riferimento assumono una posizione servente alla nuova posizione di dominio e al rispettivo indirizzo politico. In considerazione dell'assenza di un fattore di coesione di carattere ideologico, il conflitto si consuma su un crinale in prevalenza personale, in cui si produce una scissione tra *partito personale-padre* e un *partito personale-figlio*, in corrispondenza della quale si è variamente assistito alla costituzione di nuovi gruppi politici in corso di legislatura – con il conseguente incremento della mobilità individuale – talvolta carenti sul piano della rappresentanza politica, poiché mancanti della corrispondenza con un partito o movimento di riferimento[61].

4. *La XIX Legislatura: alla prova della nuova disciplina*

L'esperienza della XIX Legislatura, entro tali coordinate, mostra ulteriori tendenze. Queste, alla luce dell'osservatorio prescelto – la relazione tra partiti politici e gruppi parlamentari – assumono specifico interesse in ragione del rendimento e delle prassi interpretative emerse rispetto alla nuova disciplina in materia di gruppi parlamentari. Una di queste, anche in ragione di una ulteriore modifica del sistema elettorale intervenuta in connessione alla riduzione del numero dei parlamentari[62], riguarda l'alleanza tra partiti a vocazione per-

[61] Cfr. S. Curreri, *Gruppi parlamentari e norme anti-transfughismo*, cit., 143. Inoltre, per ulteriori spunti sul tema, si v. S. Prisco, *Elogio della mediazione. Statuti dei gruppi parlamentari e libertà di mandato politico nelle democrazie rappresentative. Brevi annotazioni*, cit., 11 ss.

[62] Al riguardo, infatti, per le elezioni della XIX Legislatura è stato adottato un sistema elettorale misto, riconducibile a quello introdotto con la legge n. 165/2017. Esso comprende una componente maggioritaria (in collegi uninominali) per l'assegnazione di 3/8 dei seggi disponibili (sono 147 alla Camera dei deputati e 74 al Senato, inclusi i seggi della Valle d'Aosta e del Trentino Alto-Adige); e ne comprende una proporzionale (in collegi plurinominali) per l'assegnazione di 5/8 dei seggi rimanenti (245 alla Camera dei deputati e 122 al Senato) tra le liste che abbiano superato le soglie di sbarramento. Tale sistema, tuttavia, in ragione della riduzione del numero dei parlamentari (legge cost. n. 1/2020), è stato oggetto di modifiche ulteriori (con legge n. 51 del 2019), attraverso l'integrazione di alcuni correttivi per garantirne l'applicazione indipendentemente dalla composizione delle Camere; e dalla ridefinizione dei collegi, intervenuta in attuazione della delega prevista dalla legge in discorso. Per un approfondimento sugli effetti della riduzione del numero dei parlamentari anche sul sistema elettorale, *ex multis*, si vv. U. Ronga, *L'emergenza in Parlamento. Attraverso e oltre la pandemia*, Napoli, 2022, 180 ss.; I.A. Nicotra, *La riduzione del numero dei parlamentari: un'opportunità per il rilancio della rappresentanza*, in *federalismi.it*, n. 25/2020, 8; E. Catelani, *Una riforma costituzionale puntuale che ha effetti ulteriori alla mera riduzione del numero dei parlamenti?*, in *Forum di Quad. cost.*, n. 3/2020, 287; L. Ciaurro, *Riduzione del numero dei parlamentari e procedure parlamentari*, in *Forum di Quad. cost.*, n. 3/2020; S. Curreri, *Le conseguenze della riduzione del numero dei parlamentari sui gruppi politici*, cit.; Id., *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari sull'organizzazione e sul funzionamento delle Camere*, in *federalismi.it*, 2020; G. Tarli barbieri, *L'impatto della riduzione*

sonalistica, in una sorta di cartello elettorale finalizzato a un duplice obiettivo politico: di breve termine, per superare la soglia di sbarramento per l'accesso alla ripartizione dei seggi; e di medio-lungo periodo, per la costruzione di un "terzo polo" di orientamento centrista, attraverso la presentazione di liste comuni e un contrassegno composito[63].

Certo, benché si tratti di tendenze consolidate, risultano per molti versi inedite le relative conseguenze sugli assetti dei gruppi politici in Parlamento, specie alla luce delle vicende connesse a tali alleanze nel nuovo perimetro regolamentare.

A questo novero appartiene il caso dell'alleanza alle elezioni politiche per la XIX Legislatura tra Italia Viva e Azione. I due partiti, avendo conseguito un numero di seggi utili, hanno costituito un gruppo politico denominato "*Azione-Italia Viva-Renew Europe*" presso Camera e Senato. Lo hanno fatto, come si è anticipato rispetto alle permanenti asimmetrie regolamentari, con una composizione e in un quadro normativo differenti[64]. Tuttavia, è alla separazione di questi che, a poco più di un anno dall'inizio della legislatura[65], sia alla Camera che al Senato, sono derivate questioni interpretative particolarmente rilevanti sul tema della disciplina dei gruppi parlamentari, specie quanto alla costitu-

del numero dei parlamentari sui Regolamenti delle Camere, in *Il Filangieri. Quaderno 2021*, Napoli, 2021, 131; L. Violini, S. Trancossi, *L'effetto della riduzione del numero dei parlamentari sulle dinamiche di ciascuna Camera: le modifiche dei regolamenti parlamentari*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2021, 547 ss.; N. Lupo, *Riduzione del numero dei parlamentari e organizzazione interna delle Camere*, cit., 332.

[63] Si tratta del caso dell'alleanza tra i partiti Italia Viva e Azione. Questa, com'è noto, era stata stipulata in vista delle elezioni politiche del 25 settembre 2022. I partiti, dunque, si sono presentati con una lista comune: vale a dire, con un contrassegno unitario, ma composito, cioè comprensivo dei simboli dei due partiti (nella parte superiore), della dicitura "Calenda" – con carattere grande – e "*Renew Europe*", più in basso, con un carattere più piccolo. Per approfondire l'analisi del contrassegno, si v. G. Maestri, *Italia viva e Azione, sotto il segno di Calenda e di Renew Europe*, in *I simboli della discordia*, 11 agosto 2022 (il quale ricorda anche come la presenza del simbolo di Italia Viva abbia garantito a tale lista l'esenzione dalla raccolta delle firme). Una dinamica analoga si è verificata anche in relazione alle elezioni europee del 2024, con l'alleanza tra Italia Viva e +Europa (lista Stati Uniti d'Europa).

[64] Quanto ai rapporti di forza tra i due partiti: Azione, infatti, è minoritaria al Senato mentre è maggioritaria alla Camera.

[65] Nel dettaglio, il cambio di denominazione – e la conseguente separazione – è intervenuto: al Senato, il 9 novembre 2023; alla Camera, il 20 novembre 2023, costituendo il gruppo "*Italia Viva - Il Centro - Renew Europe*". Per un approfondimento su tali variazioni, si vv. i seguenti *link*: per la Camera dei deputati, si v. https://www.camera.it/leg19/1083; per il Senato, invece: https://www.senato.it/composizione/gruppi-parlamentari/variazioni-nella-composizione-dei-gruppi-del-senato-nella-xix.

zione di nuovi gruppi in corso di legislatura: su quella "nuova" al Senato, e su quella "transitoria" alla Camera[66].

Com'è noto, infatti, mentre alla Camera la costituzione di gruppi in corso di legislatura è possibile garantendo il rispetto del requisito numerico (di 20 deputati)[67], al Senato la nuova disciplina è più articolata (ma più flessibile rispetto a quella del 2017). L'art. 14, comma 4, r.S., infatti, con riferimento alle ipotesi di aggregazione di più partiti, prevede che, di norma, «per ciascun contrassegno presentato, anche contenente più di un simbolo, [possano] essere costituiti un solo Gruppo o una sola componente politica in seno al Gruppo misto»; in tal caso, stabilisce che «la richiesta di costituzione del Gruppo o della componente politica deve essere accompagnata dall'assenso del soggetto che ha depositato il contrassegno»[68]. Laddove invece più partiti abbiano partecipato alle elezioni congiuntamente presentando liste comuni con il medesimo contrassegno, essi possono alternativamente: costituire un solo gruppo rappresentativo di tutti i soggetti politici della coalizione; ovvero «uno o più Gruppi autonomi, composti da almeno sei Senatori, purché corrispondenti a singoli partiti»[69].

Peraltro, ancora diversamente rispetto al 2017, il divieto di costituzione di nuovi gruppi (e, come ulteriore novità, di componenti politiche) in corso di legislatura è superato, ancorché condizionato e circoscritto ad alcune ipotesi derogatorie. Con riferimento alla costituzione di gruppi, infatti, l'art. 14, comma 5, r.S. dispone che «è ammessa la costituzione di Gruppi che rappresentino un partito o un movimento politico che nella legislatura abbia presentato alle elezioni politiche o del Parlamento europeo propri candidati conseguendo l'elezione di propri rappresentanti, a condizione che tale Gruppo sia costituito da non meno di nove componenti e che abbia la medesima denominazione ovvero il medesimo contrassegno del partito o movimento politico rappresentato»[70]. Con riferimento alla costituzione delle componenti politiche, invece, si prevedono due diverse ipotesi: a inizio di legislatura, richiedendo l'elezione di almeno un senatore e la corrispondenza a un partito politico che abbia partecipato alle ultime elezioni conseguendo almeno un rappresentante; e in corso di legislatura, a condizione che «rappresentino un partito […] che nella legislatu-

[66] Sul punto, per una analisi approfondita, si v. L. Bartolucci, N. Lupo, *L'effetto sui gruppi di Camera e Senato della rottura tra Azione e Italia Viva, tra asimmetrie (regolamentari) e simmetrie (nella prassi applicativa)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2023, 162 ss.

[67] Che diverranno 14, con l'entrata in vigore nella XX Legislatura delle modifiche approvate il 30 novembre 2022: cfr. art. 14, comma 1, r.C.

[68] Cfr. art. 14, comma 4, r.S.

[69] *Ibidem.*

[70] Cfr. art. 14, comma 5, r.S.

ra abbia presentato alle elezioni politiche, regionali o del Parlamento europeo propri candidati conseguendo l'elezione di propri rappresentanti»[71].

In questo rinnovato quadro regolamentare, di fronte a tale caso, ancora una volta, si è trattato di confrontarsi sulla natura giuridica della nuova composizione politica e di individuare come conservarne la rappresentanza in Parlamento.

Alla Camera dei deputati, la soluzione è stata quella di consentire a ciascuno dei partiti la costituzione di due gruppi autonomi, sulla base di una interpretazione estensiva – e, comunque, a determinate condizioni[72] – del requisito partitico relativo all'autorizzazione ai gruppi politici in deroga al requisito numerico (di venti deputati)[73].

Al Senato, invece, la soluzione interpretativa prescelta[74] è stata quella di diversificare il tipo di gruppo: a uno (Italia Viva), è stato consentito di conservare un proprio gruppo autonomo, nella sussistenza dei requisiti numerico ed elettorale; all'altro (Azione), è stato consentito di costituirsi come componente politica in seno al Gruppo misto, nel difetto del requisito numerico per costituirsi come gruppo. Una soluzione che ha trovato adesione unanime da parte di tutti i gruppi parlamentari e che, dal punto di vista giuridico, sottende ad una interpretazione estensiva della disciplina regolamentare, riconducendo la separazione tra i due soggetti alla fattispecie contemplata *ex* art. 14, comma 4, terzo periodo, r.S.: ovvero «facendo leva sul riferimento alla sussistenza di una "coalizione"» nella fase elettorale e, così, consentendo la costituzione di un gruppo per ciascun partito che abbia partecipato ad un'unica lista "di coalizione", con un proprio simbolo presente all'interno del contrassegno composito. Ciò che riconferma la portata di quella relazione intrinseca tra partiti, regole elettorali, regolamenti parlamentari e gruppi parlamentari; nonché il ruolo che il Presidente d'Assemblea assume nell'attività interpretativa che svolge con il supporto della Giunta per il regolamento, al fine di creare le condizioni per l'assorbimento degli "strappi" e delle forzature della politica, anche in ragione dell'elasticità del modello regolamentare.

[71] Cfr. art. 14, comma 6, r.S.

[72] Quelle che la Giunta per il regolamento ha individuato in: «liste elettorali presentate unitariamente da più partiti le quali abbiano partecipato all'assegnazione nazionale dei seggi», e che abbiano superato la soglia di sbarramento; applicazione limitata «anche alle diverse forze politiche che abbiano concorso alla presentazione delle predette liste, purché i rispettivi simboli e denominazioni compaiano nel contrassegno della lista unitaria». Sul punto, si v. Camera dei deputati, Giunta per il regolamento, parere del 15 novembre 2023.

[73] *Ibidem*.

[74] Cfr. Senato della Repubblica, Giunta per il regolamento, XIX Legislatura, *Resoconto sommario*, seduta del 31 ottobre 2023.

5. *Osservazioni conclusive*

L'esperienza considerata – nel periodo tra ottobre 2022 e agosto 2024 (in 22 mesi di legislatura) – consente di trarre un bilancio di medio-termine sul rendimento delle nuove regole, relativamente ai seguenti profili: l'andamento delle tendenze della mobilità individuale; la conservazione degli assetti politico-partitici venuti in rilievo a esito delle elezioni.

In questo periodo, quanto al transfughismo, si è registrato un livello di mobilità piuttosto contenuto: alla Camera dei deputati, infatti, si sono verificati 11 casi (il 2,5% rispetto alla composizione totale); al Senato, invece, soltanto 4 (il 2% sul totale)[75].

Quanto alla tenuta degli equilibri politico-partitici venuti in rilievo a esito delle elezioni, analogamente, i risultati possono dirsi positivi. Ad oggi, infatti, l'unico caso – sia alla Camera che al Senato – è quello determinatosi dalla rottura dell'alleanza tra Italia Viva e Azione che ha determinato lo scioglimento del gruppo comune costituito all'inizio della legislatura e la conseguente formazione di due soggetti politici diversi, che hanno assunto una diversa conformazione nei due rami del Parlamento, mostrando un nuovo caso degli effetti dell'asimmetria regolamentare. Questo perché, come si è osservato, le questioni interpretative hanno avuto una soluzione diversa, calibrata sulle possibilità di interpretazione dei rispettivi regolamenti (come si è visto, Italia Viva e Azione si configurano come gruppi autorizzati alla Camera, "in deroga" al requisito numerico; al Senato, invece, Azione figura come componente politica, non potendosi numericamente costituire come gruppo autonomo, anche in deroga)[76].

Questo caso conferma una tendenza di fondo: che le fibrillazioni della politica determinano i maggiori mutamenti nella geografia parlamentare, in termini di mobilità individuale e proliferazione di gruppi; e che i regolamenti parlamentari riescono a incidere solo in parte sulle dinamiche della politica – e, comunque, senza riuscire a contenerne le implicazioni sul piano della rappresentanza politica.

Al riguardo, il rendimento della disciplina dei gruppi politici ne è la conferma: infatti, sia nella XVII che nella XVIII Legislatura i livelli di mobilità sono stati elevati, nonostante le modifiche regolamentari intercorse.

Nella XVIII Legislatura, in particolare – quella che avrebbe dovuto costituire il momento di verifica della riforma del regolamento del Senato del

[75] Per il monitoraggio dei dati sui gruppi parlamentari della XIX Legislatura, si v. la pagina S. Curreri, *Gruppi in movimento*, in *laCostituzione.info*.

[76] Come si è detto, infatti, nel nuovo regolamento del Senato la costituzione di un gruppo in deroga, avrebbe richiesto almeno 9 senatori oltre alla corrispondenza – anche nominale – ad un partito politico che ha partecipato con proprie liste alle elezioni: cfr. art. 14, comma 5, r.S.

2017 – l'obiettivo di contenere tali fenomeni non è stato raggiunto attraverso le soluzioni (istituzionali e politiche) adottate[77]. Ciò per molteplici fattori: la loro complessiva debolezza e disomogeneità nei due rami del Parlamento, rivelando asimmetrie non solo regolamentari, ma anche "di risultato" dal punto di vista della geografia parlamentare[78]; la ricerca dei partiti di *escamotage* interpretativi per eludere la nuova disciplina e consentire la costituzione di nuovi gruppi in corso di legislatura (in qualche caso anche rappresentativi di partiti di nuova formazione)[79]. La conseguenza di ciò si riproduce in assetti frammentati, in costante mutamento, impermeabili a perimetri di regolazione.

Nella XIX Legislatura in corso, però, tale tendenza sembrerebbe essere oggetto di una fase recessiva, sia dal punto di vista della mobilità individuale che di quella collettiva. Il rendimento prodotto dalle nuove regole, allo stato, potrebbe infatti dirsi positivo, specie rispetto agli obiettivi che queste intendevano perseguire: il contenimento del transfughismo parlamentare; la stabi-

[77] Il rendimento della modifica del regolamento del Senato (e della conseguente asimmetria con la Camera) nella XVIII Legislatura, infatti, è stato il seguente. Quanto alla mobilità individuale: alla Camera, sono stati 217 i deputati coinvolti (il 34,4%), registrando 297 cambi totali. Al Senato, invece, sono 87 (il 27,61% dell'Assemblea) i parlamentari coinvolti, per 159 cambi totali. Quanto ai gruppi politici: al Senato, alla fine della legislatura (12 ottobre 2022) vi sono un totale di 10 gruppi compreso il misto, a fronte dei 6 gruppi costituitisi all'inizio della legislatura (23 marzo 2018); 6 componenti politiche nel gruppo misto, a fronte delle 4 componenti a inizio legislatura. Alla Camera, invece, alla fine della legislatura sono 9 i gruppi compreso il misto (di tre nuovi gruppi, infatti, se ne è estinto uno), a fronte dei 7 costituiti a inizio legislatura; e 10 componenti politiche nel gruppo misto, a fronte delle 5 costituitesi all'inizio.

[78] Il principale caso della XVIII Legislatura è quello della costituzione del gruppo *Liberi e Uguali* che, a causa dell'asimmetria regolamentare, alla Camera ha potuto costituirsi come gruppo autonomo (in deroga al requisito numerico), mentre al Senato no, collocandosi nel gruppo misto, in ragione dell'abrogazione della fattispecie dei gruppi "autorizzati". Sul punto, si v. S. Curreri, *Alla Camera costituito, in deroga, il gruppo di Liberi e Uguali: una decisione legittima, imparziale, opportuna*, in *laCostituzione.info*, 10 aprile 2018.

[79] La vicenda del gruppo *Italia Viva* è l'esempio paradigmatico di questa tendenza. Sul punto, cfr. G. Maestri, *Il nuovo gruppo "Psi-Italia Viva" al Senato: le falle della riforma "antiframmentazione" del Regolamento*, in *laCostituzione.info*, 19 settembre 2019. E tuttavia, non è questo l'unico caso. Una vicenda analoga ha riguardato il gruppo *Insieme per il futuro* che, alla Camera, si è potuto costituire come gruppo ordinario; al Senato, invece, lo ha fatto con un espediente interpretativo – basato sulla corrispondenza ad un movimento politico presentatosi alle elezioni (simbolo MAIE) – con la costituzione del gruppo parlamentare *Europeisti-MAIE-Centro democratico* il 21 gennaio 2021. Esso nasce in concomitanza con la crisi del Governo Conte II, con la finalità di sostenerne una nuova esperienza (il c.d. Conte *ter*), tuttavia, senza raggiungere l'esito auspicato. La natura "strumentale" della costituzione di questo gruppo trova infatti conferma nello scioglimento di poco successivo, intervenuto il 29 marzo 2021. Sul punto, si v. S. Curreri, *Un Parlamento che non sa rispettare le regole che si è dato*, in *laCostituzione.info*, 28 gennaio 2021.

lizzazione degli equilibri politici e delle relative proiezioni in Parlamento; la corrispondenza gruppi-partiti. Che sia il principio di una inversione di tendenza dovuta al rinnovato impianto regolamentare, o che sia soltanto un fattore di mera contingenza politica destinato a rovesciarsi dinanzi a una fase di crisi politica, è difficile prevederlo. Il bilancio di medio-termine, dunque, è inevitabilmente provvisorio; occorrerà, per questo, seguirne gli sviluppi per capire se tali modifiche e prassi interpretative riusciranno a conservare l'equilibrio sino ad oggi venuto in rilievo e per analizzare l'impatto delle vicende politico-partitiche future, sul Parlamento e, più in generale, sulle dinamiche della rappresentanza politica.

In sostanza, il tentativo di regolare la dimensione politico-parlamentare – mai per interferire con le sue irrinunciabili prerogative, ma per porre qualche argine ragionevole alle sue degenerazioni – si conferma quale obiettivo arduo e delicato. Ma è un obiettivo che merita indubbiamente rilanciare e, altresì, contestualizzare, al cospetto dei cambiamenti in atto nel sistema politico e istituzionale. Le oramai tumultuose trasformazioni dei partiti, le sistematiche torsioni della forma di governo, le persistenti asimmetrie tra Camera e Senato, si confermano come oggetto privilegiato, di indagine e di proposta, alla ricerca di soluzioni per restituire legittimazione, autorevolezza ed efficienza al modello parlamentare. È questa una materia di studio che offre oggi piste di ricerca ulteriori, non solo rispetto al monitoraggio costante della mobilità parlamentare nella corrente legislatura. Al contrario, queste riguardano le possibili modifiche che potranno venire in rilievo alla Camera, anche allo scopo di colmare le differenze persistenti dal punto di vista della disciplina dei gruppi (è il c.d. *secondo binario*, in corso di definizione)[80]; e coinvolgono le prospettive della XX Legislatura – quando, cioè, entreranno in vigore le nuove regole anche alla Camera – con l'obiettivo di monitorare gli effetti di quel progressivo e tendenziale riallineamento (non solo interpretativo, com'è avvenuto in questa legislatura) della disciplina dei gruppi parlamentari nei regolamenti di Camera e Senato[81], che non si è ancora compiuto.

[80] Al riguardo, infatti, è in corso l'istruttoria del Gruppo di lavoro per la modifica del Regolamento della Camera, quanto agli "*Interventi per la razionalizzazione dei lavori dell'Assemblea*"; allo stato, tuttavia, non risultano proposte relative alla disciplina dei gruppi. Sul punto, si v. Camera dei deputati, Giunta per il regolamento, XIX Legislatura, *Resoconto stenografico*, seduta del 24 gennaio 2024.

[81] Sul punto, come scrivono L. Bartolucci, N. Lupo, *L'effetto sui gruppi di Camera e Senato della rottura tra Azione e Italia Viva, tra asimmetrie (regolamentari) e simmetrie (nella prassi applicativa)*, cit., 183: «Tocca quindi ora alla Camera adeguarsi, per ridurre quella distanza che rischia di originare criticità ulteriori e non giustificate nella vita del Parlamento e, più in generale, nella forma di governo».

Orlando Roselli[*]

ITALO CALVINO – 100 ANNI: LE LEZIONI AMERICANE E IL DIRITTO. DIALOGANDO CON UN ILLUSTRE GIURISTA BRASILIANO

SOMMARIO: 1. Una piacevolissima sorpresa. – 2. La scienza giuridica è una scienza saprofita, vive di contaminazioni. – 3. L'accresciuto ruolo e responsabilità dei giuristi. – 4. Le «lezioni americane» di Italo Calvino e l'insegnamento per il giurista.

1. *Una piacevolissima sorpresa*

Quando l'amico Emilio Santoro mi ha invitato ad intervenire al *Simposio dottorale italo-brasiliano* di Firenze del 30 gennaio-1° febbraio 2023, ne sono stato ben lieto, perché iniziative di questo genere si collocano nella feconda tradizione di colloquio tra le culture giuridiche dei due Paesi. Penso, tra gli altri, sul versante italiano, al Tullio Ascarelli esule in Brasile e ad Enrico Tullio Liebman titolare a partire dal 1940 della cattedra di diritto processuale civile a San Paolo, alla pluridecennale vitalissima attività del *Centro studi Paolo Grossi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, agli studi di sociologia del diritto animati da Renato Treves ed a quelli del suo allievo Vincenzo Ferrari, allo stesso vulcanico organizzatore culturale e scientifico Emilio Santoro, alla diffusione nel grande Paese latino-americano degli studi di Norberto Bobbio.

[*] Già Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Firenze. Dedico questo mio intervento al Simposio dottorale italo brasiliano di Firenze del 30 gennaio – 1° febbraio 2023, pubblicato in *L'Altro Diritto – Rivista*, 2024, n. 8, a Salvatore Prisco. Intendo così rendere omaggio ad uno studioso che ha saputo unire, in un pluridecennale percorso intellettuale, rigore scientifico, ampiezza di orizzonti culturali e straordinaria sensibilità.

Come noto, Salvatore Prisco è tra gli studiosi del nostro Paese che ha colto le potenzialità degli studi di *Law and Humanities* per la comprensione di quel particolare fenomeno sociale che denominiamo «diritto» e, come ha scritto, per la formazione di un «nuovo giurista critico» (S. PRISCO, *Letteratura ed 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., in part. 422 ss.). Il tratto distintivo di Salvatore Prisco è la generosità e l'attenzione per la valorizzazione di progetti innovativi, in particolare quando i protagonisti sono giovani studiosi: non a caso si è reso disponibile a scrivere l'*Editoriale* del primo numero (giugno 2017) della *Rivista di Diritto delle Arti e dello Spettacolo* promossa dall'appassionato Fabio Dell'Aversana della Società Italiana Esperti di Diritto delle Arti e dello Spettacolo, mettendo così a disposizione di una iniziativa coraggiosa il Suo prestigio.

Il Brasile per la cultura giuridica (e non solo) è un Paese "continente", nel senso che "contiene" una vastissima pluralità di esperienze, culture, tradizioni, orizzonti, prospettive, potenzialità straordinarie e contraddizioni laceranti. Osservata da fuori, la cultura giuridica brasiliana rappresenta per noi giuristi italiani la possibilità di comprendere modalità originarie di costruzione della "dimensione giuridica"; obbliga a ripensare le categorie, la stessa nozione di tradizione giuridica sembra avere una natura diversa rispetto al pensiero giuridico dell'Europa continentale: più l'esito di contaminazioni in movimento che consolidamento (che non significa peraltro staticità) di concezioni.

La fecondità della cultura giuridica brasiliana a me sembra legata al carattere magmatico della relativa società, difficile da ordinare, ma al contempo aperta ad "inventare" (nel significato evocato da Paolo Grossi[1]) forme nuove di giuridicità.

Già per questi soli motivi l'invito di Emilio ad intervenire al Simposio rappresenta una preziosa occasione, ma quando mi ha indicato il compito da svolgere sono rimasto entusiasticamente sorpreso: commentare la relazione del Prof. Marcilio Toscano Franca Filho dell'Università Federale del Paraiba, uno studioso ben conosciuto ed apprezzato anche nel nostro Paese, che avevo incontrato pochi mesi prima.

Infatti, il prof. Marcilio Toscano Franca Filho ha tenuto la conferenza di chiusura del IX Convegno nazionale della Società Internazionale di Diritto e Letteratura svoltosi a Campobasso il 30 giugno – primo luglio 2022, dove ero stato chiamato a tenere una relazione e presiedere una sessione.

In quell'occasione è emersa una comunanza di interessi, curiosità e sensibilità. Ma l'intensità di tale comunanza l'ho percepita in modo ancora più chiaro nell'apprendere il tema scelto dall'illustre studioso brasiliano: Italo Calvino!

Uno scrittore che è riuscito a rappresentare alcune mie profonde convinzioni.

Se, infatti, mi venisse chiesto come descrivere quella che definirei la mia "filosofia politica", non farei riferimento ad un testo di scienza o filosofia politica ma al *Visconte dimezzato*[2] dell'inquieto narratore della dimensione umana.

Tale breve racconto-novella, letterariamente delizioso come ogni contributo di Calvino, esprime un liberante messaggio culturale e valoriale. Liberante rispetto ad ottusi recinti ideologici, a limitanti schematismi. Fortissimo nella capacità di contrastare la irruente tendenza presente in ognuno di noi a dividere il mondo in santi ed in demoni (ovviamente, catalogando tra i primi chi riteniamo condivida le nostre opinioni, nei secondi gli altri).

[1] P. Grossi, *L'*invenzione *del diritto*, Bari-Roma, 2017.

[2] I. Calvino, *Il visconte dimezzato*, Torino, prima edizione, 1952.

Nota è la trama del *Visconte dimezzato*: il nobile cristiano va a combattere le armate ottomane che assediano Vienna; nel corso di una battaglia il Visconte viene centrato da una palla di cannone, dividendo in due lo sventurato, le cui parti proiettate lontano vengono separatamente ricucite consentendo ad entrambe una vita autonoma. Ma, per un misterioso fenomeno, in una metà del dimezzato Visconte si è concentrato tutto il male, nell'altra tutto il bene.

Terminato il conflitto ciascuna delle due metà ritorna nei propri medesimi possedimenti: per prima, la metà in cui si sono concentrati tutti i cattivi sentimenti e le conseguenze sono infinite angherie sugli sventurati sudditi. Ritorna poi anche l'altra metà del nobiluomo, quella in cui si è concentrato tutto il bene, ma la condizione dei sudditi non trova requie: il Visconte dimezzato pretende, rendendosi parimenti insopportabile, di imporre le sue più minute volontà, ovviamente … a fin di bene!

Naturalmente, le due metà si odiano mortalmente e nell'incontrarsi è inevitabile lo scontro a fil di spada. Due simultanei fendenti feriscono nel bordo di ciascuna metà il dimezzato disconnesso Visconte e nel mentre sono svenute un medico pietoso le ricuce insieme. Il Visconte si risveglia sorridendo e, narra Calvino, non ha un sorriso né buono né cattivo, umano.

Umano!

Capite ora il mio entusiasmo nell'aderire all'invito di Emilio Santoro? Poter colloquiare con un autorevole esponente della grande cultura giuridica brasiliana e poterlo per giunta fare con uno studioso con il quale, a distanza di migliaia di chilometri, si condividono sensibilità ed interessi: il rapporto tra diritto e letteratura e, per di più, la passione per Italo Calvino.

2. *La scienza giuridica è una scienza saprofita, vive di contaminazioni*[3]

La scienza giuridica è una scienza saprofita, vive di contaminazioni: di più, queste sono parti costitutive del fenomeno giuridico.

Il diritto non è un informe affastellamento di disposizioni.

Il giurista non è un logico asettico, neppure quando pretende (e si impegna in tal senso con onestà intellettuale) di esserlo. È egli stesso prodotto non solo delle tecniche di una delle possibili culture giuridiche, ma l'esito di contaminazioni, passioni, valori, pregiudizi, "immersione" sociale, tradizioni, interessi

[3] Sia consentito rinviare a O. Roselli, *Un problema di natura costituzionalistica: la ricerca di che cos'è diritto oltre le sole disposizioni. Il contributo di scienze ed arti*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Scienza costituzionalistica e scienze umane*, Atti del XXXVI Convegno annuale, Napoli, 3-4 dicembre 2021, Annuario 2021, Napoli, 2022, 227-244, anche in *Rivista AIC*, 2/2022, https://www.rivistaaic.it

che rappresentano il profilo soggettivo di quella che Paolo Grossi definisce la "carnalità" del diritto[4].

Il giurista ha di conseguenza necessità di acquisire consapevolezza dei fattori metagiuridici che condizionano (di più: che concorrono) a determinare il proprio ragionamento giuridico.

La constatazione che il "diritto" non è solo fenomeno riducibile al momento della statuizione delle disposizioni, non sia kelsenianamente una "scienza pura", non è cedimento a vacuo-imponderabile-invalutabile-inconsistente eclettismo. È consapevolezza della complessità del mestiere del giurista che deve ricercare (portare ad "emersione"[5]) la molteplicità dei processi che producono ordinamento della società.

Condividendo l'insegnamento del fondatore dei *Quaderni fiorentini della storia del pensiero giuridico moderno* Paolo Grossi, per definire il fenomeno sociale che qualifichiamo "diritto" ritengo più funzionale utilizzare il sintagma "dimensione giuridica"[6].

Tutto ciò che può aiutarci a comprendere tale dimensione sociale va dunque coltivato. Da qui l'interesse per "diritto e letteratura", "diritto e musica", "diritto e teatro", "diritto e cinema", "diritto ed arti figurative", "diritto e fatto", "diritto e sistema politico", "diritto ed economia", in una parola: "diritto e società", "diritto e metamorfosi del mondo"[7].

3. *L'accresciuto ruolo e responsabilità dei giuristi*

L'accrescersi della multiforme complessità del mondo, della sua sempre più rapida metamorfosi[8], conferisce alla cultura giuridica ed alle molteplici giurisprudenze un ruolo ed una responsabilità sempre più significativi.

Senza la capacità di rinnovare istituti, categorie, principi giuridici, l'ordinamento non sarà in grado di corrispondere alle necessità delle società contemporanee.

Non è in crisi quel fenomeno sociale che denominiamo "diritto"; è in crisi una concezione storicamente datata di diritto.

[4] P. Grossi, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, 2018, *passim*.

[5] P. Grossi, *L'*invenzione *del diritto*, cit., *passim*.

[6] O. Roselli, *La dimensione giuridica come dimensione costituzionale*, in *Quaderni fiorentini*, 2023, n. 52, *Il diritto come forma dell'esperienza. Per Paolo Grossi*, Tomo I, 231 e ss. https:///www.quadernifiorentini.eu/quaderni/52/.

[7] Per alcuni di questi profili, si v., tra gli altri, *Le arti e la dimensione giuridica*, a cura di O. Roselli, cit.*, passim*.

[8] U. Beck, *La metamorfosi del mondo*, Bari-Roma, prima ed. it., 2017.

Sempre più centrale diviene il tema della formazione giuridica, di chi è chiamato a far funzionare i multiformi variegatissimi profili di ordinamenti giuridici di società sempre più complesse. Su questo terreno si giocheranno alcune delle sfide ordinamentali del futuro e, a suo tempo, ho espresso la necessità di promuovere una "scienza della formazione giuridica"[9] che muova dall'essere essa stessa osservatorio privilegiato del mutamento sociale.

4. *Le «lezioni americane» di Italo Calvino e l'insegnamento per il giurista*

La scelta operata dall'illustre giurista brasiliano di riflettere intorno al libro, pubblicato postumo*, Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*[10], è particolarmente felice.

La letteratura e le altre arti ampliano la comprensione del possibile, un'esigenza che caratterizza società e ordinamenti giuridici oggi come non mai.

Vastissima è la pubblicistica su "diritto e letteratura" dal Brasile agli Stati Uniti, dall'Italia al Belgio ed in molti altri contesti, ma, di regola, viene preso a punto di riferimento un tema, degli autori, delle opere letterarie.

In modo originale, Marcilio Toscano De Franca Filho ha scelto invece un saggio di un grande scrittore sulla difficoltà di fare letteratura, sul modo multiforme, variabile nel tempo e nello spazio, nelle diverse culture e nei vari contesti, di un fenomeno centrale della dimensione ed espressività umana al fine di verificare analogie sulle difficoltà di "fare diritto".

Italo Calvino con le sue riflessioni si propone di individuare i caratteri della letteratura da preservare, individuando dei "termini-valore" quasi dovessero essere elevati a componenti "costituzionali" della letteratura.

Qui emerge un'impostazione, un sentire che è tipico di Calvino e che me lo fa sentire, come ho detto, vicino. Prende come punto di riferimento vocaboli-obiettivo: "leggerezza", "rapidità", "esattezza", "visibilità", "molteplicità", ma lo fa confrontandosi da un lato sia con le loro diverse percezioni letterarie che con visioni alternative e, dall'altro, relazionando i concetti con il mutare dei contesti, con i problemi del vivere.

L'esito è che giunge a mettere in discussione le sue convinzioni, fin dentro gli stessi concetti che propone, sino a farsi carico delle "peculiarità-esigenze" che i termini opposti pongono.

Insomma, se Italo Calvino fosse un giurista non credo che muoverebbe dall'adesione alle grandi dicotomie che hanno prodotto una sorta di guerra civile nella cultura giuridica occidentale: diritto consuetudinario *versus* diritto

[9] O. Roselli, *Scritti per una scienza della formazione giuridica*, Napoli, 2012.

[10] Milano, prima ed., 1988.

positivo, diritto naturale *versus* diritto positivo, diritto privato *versus* diritto pubblico.

Significativamente, per Calvino fare letteratura richiede non farsi racchiudere in categorie ridotte a idolatria concettuale; che occorre consapevolezza di quanti siano i modi diversi di fare letteratura, al punto che talora si può rendere necessario *far convivere i contrari*.

Ma non è forse questo l'atteggiamento non solo culturale ma psicologico che dovrebbe avere un giurista che non si accontenti di una giuridicità ormai inadeguata?

Le nostre società sempre più multiculturali, multireligiose, multivaloriali non necessitano della capacità di far convivere i contrari?

La sfida della contemporaneità consiste nella capacità di fare ordinamento in società sempre più disomogenee, anche in contesti in cui dirompente è l'idea non negoziabile delle proprie concezioni di società.

Il libro di Italo Calvino è utile a noi giuristi anche se non ci parla di diritto, né ci offre soluzioni, ma perché nel parlarci del suo arrovellamento di scrittore (dolorosamente esistenziale), ci indica un metodo che è utile anche a noi giuristi: quello di fare i conti con la realtà.

Anche quando parla di fantasia, di immaginazione, lo fa partendo dalle difficoltà del presente: ed allora, preveggente (siamo nel 1984), ci parla di una società talmente inflazionata da una martellante-ossessiva-ripetitiva-abbagliante-istantanea-subliminale comunicazione per immagine da uccidere l'immaginazione. Chissà cosa direbbe ora Calvino, 40 anni dopo, su immagini utilizzate per precostituire ed imporre (e non inventare e fare immaginare) sensazioni, emozioni, giudizi.

Le sollecitazioni di Calvino e di Marcilio Franca sono tantissime, ma sono tenuto alla sinteticità e non posso che selezionarne alcune.

Calvino pensa al suo essere scrittore, ma tocca temi che investono il nostro essere giuristi: scrittori e giuristi sono entrambi Siddharta[11], colui che cerca: l'oggetto può mutare, non la tensione sorretta da onestà intellettuale: non servono approdi consolatori, l'idea di incompletezza può essere alla base del narrare poetico o in prosa, ma è anche preziosissima nel costruire ordinamento, molto più di irreali pretese definitive, prive della necessaria elasticità, adattabilità, capacità di rappresentare il multiforme che è fuori e dentro di noi.

Il giurista Marcilio Franca nel leggere Calvino si è comportato come il grande scrittore nella ricerca del narrare: ha portato ad emersione le immagini e le intuizioni del grande scrittore e le ha decodificate ricercando anche con la fantasia analogie e differenze con le categorie giuridiche. L'uno e l'altro hanno

[11] H. Hesse, *Siddharta. Poema indiano*, prima ed. it., Torino, 1945.

proiettato il proprio film, ma lo schermo è comune: è la società, è il vissuto delle persone, è il rapporto tra le persone e le cose, è la relatività e pluralità della condizione umana.

Ecco, dunque, che Calvino ci parla di complessità ed al contempo di necessità di leggerezza, di molteplicità e quindi di pluralità e al contempo manifesta una sofferta necessità di trovare una propria identità di scrittore, ma soprattutto di uomo; Calvino ci parla della letteratura come comunicazione ed anche il diritto è linguaggio, è modalità di comunicare.

In questa inquieta ricerca il grande scrittore ci parla di letteratura come *ars combinatoria*; di mondi che costruiscono reti; del ruolo della cultura che si fa immaginazione, inventiva, costruzione originale; della necessità di fare incontrare scienze ed arte; della incessante necessità di conoscenza (non so se come sosteneva Aristotele "Tutti gli uomini per natura desiderano la conoscenza", certo è che la desidera Calvino). Sono tutti interrogativi che rappresentano componenti necessarie delle riflessioni di noi giuristi.

L'ultima "lezione americana", di cui non abbiamo riscontro, avrebbe dovuto avere come parola chiave "*Consistency*", di cui scrive nell'introduzione al volume la moglie Esther Calvino: "di questa solo so che si sarebbe riferito a *Bartleby* di Herman Melville"[12].

Nessuno può immaginare come sarebbe stata interpretata la parola, perché il pensiero di Calvino ha le stimmate della originalità.

In compenso ho chiaro quale sarebbe stata la parola che per Calvino potrebbe riassumerle tutte: "inquietudine", un fuoco che dobbiamo tenere acceso anche noi giuristi.

[12] E. Calvino, in I. Calvino, *Lezioni americane,* cit., 1 dell'introduzione.

Emanuele Rossi[*]

LA LEGGE APRE L'AMMINISTRAZIONE CONDIVISA AGLI ENTI RELIGIOSI ORATORIALI (NON APPARTENENTI AL TERZO SETTORE)

SOMMARIO: 1. Il senso di un piccolo omaggio. – 2. L'amministrazione condivisa e gli enti del Terzo settore. – 3. La valorizzazione operata dalla Corte costituzionale e dalla legislazione successiva. – 4. La novella contenuta nella legge di bilancio per il 2025. – 5. Le ricadute ordinamentali. – 6. Quali sono gli enti cui si riferisce la legge di bilancio? – 7. E la legislazione regionale? – 8. Per concludere.

1. *Il senso di un piccolo omaggio*

Il presente contributo intende affrontare un piccolo tema – se vogliamo marginale – che riguarda l'allargamento a soggetti collettivi che hanno una connotazione religiosa di procedure pensate per definire le modalità di relazione progettuale tra pubbliche amministrazioni ed enti privati aventi determinate caratteristiche: la specifica natura di enti cui si riferisce la novella legislativa di cui subito si dirà richiama un tema di più ampia portata, quale quello della laicità dello Stato. Un tema – è quasi superfluo ricordarlo – che è stato ampiamente e in profondità indagato dall'amico Salvatore Prisco, cui queste riflessioni sono dedicate. In uno dei suoi interventi in argomento, egli definisce la laicità come un oggetto «tuttora misterioso e inafferrabile, ad onta delle biblioteche che al riguardo sono state riempite», ma che al contempo «investe in modo centrale e diretto l'intimo sentire e l'esperienza intellettuale di ciascuno»[1]. E che proprio per questo deve essere attentamente colto e valorizzato dal legislatore, con l'attenzione necessaria a favorire l'apporto delle diverse idee e dei diversificati interessi presenti nel contesto sociale, ma anche delle varie realtà organizzative che di tali idee ed interesse sono espressione. Per questo ho ritenuto che un tema tutto sommato circoscritto come quello che vado ad affrontare meriti specifica attenzione, quale sintomo di un legislatore che talvolta si dimostra poco attento alle ripercussioni di carattere generale di scelte

[*] Professore ordinario di Diritto costituzionale, Istituto di Diritto, Politica e Sviluppo, Scuola Superiore Sant'Anna.

[1] S. PRISCO, *La laicità e i suoi contesti storici. Modelli socio-culturali e realtà istituzionali a confronto, in Diritto ecclesiastico*, n. 1-2 2006, 301; riprodotto in ID., *Laicità. Un percorso di riflessione*, II ed., Torino, 2009, 1 ss.

che, seppur ispirate da intenti non commendevoli, possono tuttavia produrre effetti di rilievo su assetti in via di (precario) consolidamento.

Dedico con particolare piacere e riconoscenza questo lavoro al prof. Prisco, cui mi ha unito, da sempre, vicinanza di pensiero, a partire dalle comuni riflessioni sui temi dell'obiezione di coscienza e del servizio civile: una vicinanza che è stata rafforzata dalle esperienze condivise in ambito accademico, e da ultimo dalla partecipazione ai lavori della commissione per l'abilitazione scientifica nazionale in diritto delle religioni e diritto canonico. Di lui ho sempre apprezzato la profonda onestà intellettuale, la passione per la ricerca, l'impegno civile. Doti che fanno onore a lui e che, anche grazie a lui, onorano la nostra professione.

2. *L'amministrazione condivisa e gli enti del Terzo settore*

La legge di bilancio per il 2025 (legge 30 dicembre 2024, n. 207) contiene, all'art. 1 comma 213, una disposizione che merita di essere analizzata con attenzione, perché potenzialmente molto rilevante sul tema della amministrazione condivisa. Espressione, questa, che grazie all'intuizione iniziale di Gregorio Arena[2], è venuta progressivamente affermandosi nel nostro ordinamento, intendendosi con essa una modalità di amministrazione basata «sulla collaborazione fra amministrazione e cittadini, che si ritiene possa consentire una soluzione dei problemi di interesse generale migliore dei modelli attualmente operanti, basati sulla separazione più o meno netta fra amministrazione e amministrati»[3].

Tale modalità è stata prevista e disciplinata dall'art. 55 del Codice del Terzo settore (da ora in avanti: CTS), in forza del quale «in attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare, le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attra-

[2] L'espressione «amministrazione condivisa» è stata coniata per la prima volta da G. Arena, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 117-118, 1997, 29 ss.

[3] Da ultimo, sul tema, G. Arena, M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Trento, 2022. Con specifico riguardo alla co-progettazione nell'ambito dei servizi sociali v., per tutti, E. Frediani, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, Torino, 2021.

verso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona».

Tale previsione si riferisce dunque a tutti gli enti del Terzo settore: sia quelli di carattere imprenditoriale (imprese sociali, cooperative sociali) che quelli non imprenditoriali (organizzazioni di volontariato, associazioni di promozione sociale, enti filantropici, e così via); tende inoltre a coinvolgere tutte le amministrazioni pubbliche (di cui al d.lgs. n. 165/2001) e può essere realizzata in tutti gli ambiti di attività di interesse generale nei quali gli enti di Terzo settore possono essere costituiti (definiti dall'art. 5 CTS). La circostanza per cui tutti gli enti iscritti al Registro Unico Nazionale del Terzo settore (d'ora in avanti, RUNTS) possono partecipare a procedure di co-programmazione e co-progettazione, e la considerazione per cui il coinvolgimento di un ente in un processo di amministrazione condivisa può risultare efficace soltanto se quell'ente sia in grado di offrire un apporto adeguato al tema in questione, fanno comprendere la necessità che le attività di interesse generale indicate da ciascun ETS nel proprio statuto o atto costitutivo coincidano con quelle effettivamente svolte dall'ente.

Il CTS specifica poi, offrendone una definizione, cosa si debba intendere per co-programmazione (che è quell'attività «finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili»), e per co-progettazione («finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione»). Con riguardo specifico alla prima delle due modalità, il Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali 31 marzo 2021, n. 72, con cui sono state adottate Linee guida sul tema dell'amministrazione condivisa[4], definisce la co-programmazione come un'attività che «si sostanzia in un'istruttoria partecipata e condivisa, nella quale – fermo restando le prerogative dell'ente pubblico, quale "amministrazione procedente", ai sensi della legge n. 241/1990 – il quadro di conoscenza e di rappresentazione delle possibili azioni da intraprendere è il portato della collaborazione di tutti i partecipanti al procedimento». In tal modo, «l'amministrazione condivisa ha l'ambizione

[4] L'atto ministeriale, frutto di una esplicita richiesta avanzata al Ministero dal Consiglio nazionale del Terzo settore, è stato previamente condiviso con il Coordinamento delle Regioni in materia sociale ed ha acquisito l'intesa in seno alla Conferenza Unificata: v. nel dettaglio L. Gallo, *L'evoluzione dell'"amministrazione condivisa"*, in Aa. Vv., *Dal non profit al terzo settore. Una riforma in cammino*, Terzjus Report 2022, Napoli, 2022, 134 ss.

di intercettare quelle numerose risorse di conoscenze, saperi, tempo e capacità che sono diffuse tra i cittadini, più o meno organizzati, affinché queste intelligenze diano frutti positivi anche per gli interessi generali»[5], e fa sì che le forme procedurali previste siano funzionali non soltanto ad un migliore funzionamento dell'amministrazione ma anche alla valorizzazione della democrazia partecipativa[6].

3. *La valorizzazione operata dalla Corte costituzionale e dalla legislazione successiva*

Le previsioni del CTS hanno ricevuto una particolare valorizzazione dalla giurisprudenza della Corte costituzionale[7], che – nella sentenza n. 131 del 2020 – ha ritenuto quanto previsto dall'art. 55 «una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria». Giustificando la sua applicazione soltanto agli enti del Terzo settore (quindi, iscritti nel RUNTS), la Corte ritiene che questi, «in quanto rappresentativi della "società solidale", (…) spesso costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale, e sono quindi in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a proprio carico), sia un'importante capacità organizzativa e di intervento: ciò che produce spesso effetti positivi, sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della "società del bisogno"». E ciò in quanto, nello specifico, il modello procedimentale configurato dalla norma «non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico».

L'insieme di queste ragioni giustifica, a giudizio della Corte, il coinvolgimento limitato ai soli enti del Terzo settore, escludendo quindi altri soggetti collettivi che, pur possedendo analoghi requisiti, non siano iscritti al RUNTS. Ne sintetizza i motivi la stessa Corte, rilevando che «gli ETS sono identificati

[5] F. Giglioni, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., 68.

[6] Come opportunamente sottolinea G. Gotti, *La co-programmazione tra politica e amministrazione. Teoria, prassi e nuove prospettive*, in *Federalismi*, n. 8/2024, 52.

[7] V. da ultimo, D. de Pretis, *Principi costituzionali e amministrazione condivisa*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., 31 ss.

dal CTS come un insieme limitato di soggetti giuridici dotati di caratteri specifici (art. 4), rivolti a "perseguire il bene comune" (art. 1), a svolgere "attività di interesse generale" (art. 5), senza perseguire finalità lucrative soggettive (art. 8), sottoposti a un sistema pubblicistico di registrazione (art. 11) e a rigorosi controlli (articoli da 90 a 97)». Dunque chi è fuori dal RUNTS sembrerebbe escluso dalle procedure di amministrazione condivisa.

In forza delle ragioni indicate, la Corte costituzionale affronta il tema della compatibilità del diritto interno con quello dell'Unione europea, su cui era intervenuto un parere adottato da una Commissione speciale del Consiglio di Stato (n. 02052/2018 del 20 agosto 2018). Tale parere, riferito nello specifico alla gestione dei servizi sociali, riteneva che il relativo affidamento, «comunque sia disciplinato dal legislatore nazionale, deve rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea, in quanto rappresenta una modalità di affidamento di un servizio (in termini euro-unitari, un "appalto") che rientra nel perimetro applicativo dell'attuale diritto euro-unitario». A quest'ultimo la procedura di affidamento di servizi sociali disciplinata dal diritto interno potrebbe essere sottratta, sempre secondo la Commissione speciale, soltanto al ricorrere di alcuni requisiti, ed in particolare «allorché la procedura disciplinata dal diritto interno non abbia carattere selettivo; non tenda, neppure prospetticamente, all'affidamento di un servizio sociale; miri sì all'affidamento ad un ente di diritto privato di un servizio sociale che, tuttavia, l'ente affidatario svolgerà a titolo integralmente gratuito[8]».

La Corte costituzionale ribalta tale conclusione, ritenendo che sia in ragione della disciplina di carattere positivo (vengono richiamate le direttive 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione), che anche in forza della giurisprudenza della Corte di giustizia[9], si viene a mantenere «in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà (sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali)»[10].

[8] Per un esame critico cfr. A. Albanese, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, in *Munus*, n. 1/2019, 145 ss.

[9] In particolare, Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-50/14, CASTA e a. e Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 11 dicembre 2014, in causa C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a.

[10] Dopo la sentenza della Corte costituzionale, lo stesso Consiglio di Stato ha ritenuto "superato" il precedente con il parere 3 maggio 2022, n. 802. Va tuttavia rilevato che la giurispru-

Successivamente alla decisione della Corte, il nuovo Codice dei contratti pubblici (introdotto con d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) ha, all'art. 6 (contenuto all'interno dei "Principi generali"), ricostruito coerenza al sistema, stabilendo che «in attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore di cui al codice del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, sempre che gli stessi contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato»[11]. La condizione particolare riguarda dunque, anche secondo il Codice dei contratti pubblici, gli enti del Terzo settore come disciplinati dal relativo Codice, e pertanto iscritti nel RUNTS[12]. Per gli altri, seguendo la disposizione, non si dovrebbe applicare la procedura condivisa bensì quella prevista dal Codice dei contratti pubblici. Si tratta, è bene ribadirlo, di due procedure aventi analogo valore e dignità, e che si pongono tra loro in termini di alternatività e quindi di equiordinazione (e non pertanto in rapporto di regola-eccezione)[13]. La stessa Corte costituzionale, nella richiamata sentenza n. 131 del 2020, si è riferita infatti, con riguardo all'amministrazione condivisa, ad un canale «*alternativo* a quello del profitto e del mercato».

denza amministrativa (Cons. Stato, Sez. V, 26 maggio 2023, n. 5217), ritiene applicabile in via analogica il regime di convenzionamento *ex* art. 56 CTS agli affidamenti in convenzione conseguenti a procedura di co-progettazione, al fine di valorizzare il concetto di "gratuità" in luogo di quello di "non lucratività": cfr. sul punto, anche per rilievi critici, B. L. Boschetti, N. Berti e G. Macdonald, *L'amministrazione condivisa tra modelli normativi e operativi*, in B. L. Boschetti (a cura di), *Per un laboratorio dell'amministrazione condivisa. Primi risultati di una ricerca multidisciplinare*, Napoli, 2024, 101.

[11] Tale soluzione era stata prospettata, prima della sua realizzazione, anche da A. Lombardi, *Gli strumenti collaborativi tra P. A. e Terzo settore nel sistema delle fonti*, in A. Fici, L. Gallo, F. Giglioni (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore*, Napoli, 2020, 53, il quale aveva auspicato, dopo la sentenza della Corte costituzionale del 2020, «un intervento chirurgico del legislatore, imperniato sull'inserimento, all'interno del d. lgs. n. 50/2016, di una clausola di salvaguardia delle disposizioni contenute nel titolo VII del CTS». Sulla disposizione del Codice dei contratti pubblici v., da ultimo, S. Vuoto, *Commento all'art. 6*, in G. F. Cartei, D. Iaria (a cura di), *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2025, 63 ss.

[12] Tale delimitazione soggettiva è stata ritenuta conseguente alla scelta operata dai redattori del nuovo codice di «concepire e disciplinare un'attuazione della sussidiarietà orizzontale interamente "coperta" dall'ombrello offerto dalla recente giurisprudenza costituzionale»: così S. Vuoto, *Commento all'art. 6*, cit., 72.

[13] L. Gori, *L'«amministrazione condivisa»: contributo alla ricomposizione del quadro normativo*, in *Studium iuris*, n. 7-8/2022, 838.

4. *La novella contenuta nella legge di bilancio per il 2025*

Proprio in relazione alle conclusioni cui sono giunti la Corte costituzionale e il Codice dei contratti pubblici deve essere valutata la novella ora introdotta dalla legge di bilancio per il 2025 cui si è fatto cenno in apertura. Essa è così formulata: «*per incentivare il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore e degli enti religiosi che svolgono attività di oratorio o attività similari, attraverso le forme di co-programmazione e di co-progettazione previste dagli articoli 55 e 56 del codice del Terzo settore…*» etc.

I motivi di interesse di tale disposizione sono, alla luce del quadro sopra riassunto, consistenti.

In primo luogo, essa distingue tra "enti del Terzo settore" e "enti religiosi", sull'evidente presupposto che gli enti religiosi non siano già ricompresi nella prima categoria[14].

Il punto è molto delicato e richiede qualche precisazione.

Partendo dalla considerazione che l'attività *religiosa* non è tra quelle "di interesse generale" individuate dall'art. 5 CTS (sebbene lo sia, ad esempio, quella "turistica di interesse religioso"), il comma 3 dell'art. 4 CTS stabilisce che «agli enti religiosi civilmente riconosciuti (…) le norme del presente decreto si applicano limitatamente allo svolgimento delle attività di cui all'articolo 5, nonché delle eventuali attività diverse di cui all'articolo 6, a condizione che per tali attività adottino un regolamento, in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata, che, ove non diversamente previsto ed in ogni caso nel rispetto della struttura e della finalità di tali enti, recepisca le norme del presente Codice e sia depositato nel Registro unico nazionale del Terzo settore». Per identificare i destinatari della previsione normativa, occorre ricordare che il riconoscimento della personalità giuridica può realizzarsi sulla base di differenti procedure: o quelle stabilite dalle norme pattizie con la confessione religiosa cui essi appartengano; oppure quelle applicabili a tutte le persone giuridiche private ai sensi del codice civile; oppure ancora quelle previste dall'art. 2 della legge sui culti ammessi (l. 24 giugno 1929, n. 1159) e riguardanti gli enti non appartenenti a una confessione con intesa[15].

Al di là comunque di tale distinzione, va sottolineato come la norma si riferisca soltanto agli *enti religiosi civilmente riconosciuti*; inoltre, essa stabilisce che per questi il CTS si applica soltanto in relazione alle attività di interesse

[14] Ho già trattato di questi temi in E. Rossi, *Enti religiosi e attività religiose, tra Costituzione e Codice del Terzo settore*, in *Rivista AIC*, n. 2/2025, 93 ss.

[15] A. Chianale, *Gli enti religiosi civilmente riconosciuti ed il patrimonio del "ramo ETS"*, in A. Fuccillo, L. Decimo (a cura di), *Gli enti religiosi tra diritto speciale, diritto comune e mercati*, Napoli, 2022, 489.

generale che vengono specificate nell'art. 5 e a quelle "diverse" di cui all'art. 6. *Ergo*, restano fuori da *questa* previsione normativa gli enti religiosi *non* civilmente riconosciuti: il che non significa tuttavia che questi debbano considerarsi esclusi dalla normativa del CTS, almeno ad opera dell'art. 4 comma 3. Questa disposizione, infatti, si riferisce ad una tipologia specifica di enti (ovvero quelli civilmente riconosciuti, come detto), senza possibilità di essere interpretata come escludente quegli enti religiosi che non siano civilmente riconosciuti.

Tuttavia la prassi applicativa che fino ad oggi si è formata è nel senso di escludere la possibilità di iscrizione al RUNTS per gli enti che dichiarino di svolgere, come attività principale, quella religiosa: al di là di ogni valutazione in merito, occorre considerare che questa è la situazione esistente.

Dunque, tornando alla disposizione della legge di bilancio, e limitandomi per il momento a considerare il riferimento all'art. 55 (dirò poi di quello all'art. 56), essa sembrerebbe parificare – con riguardo alle attività di co-programmazione e co-progettazione – gli enti religiosi (tutti, sia quelli con personalità giuridica che quelli che ne sono privi) agli ETS.

Procedendo nell'analisi della norma, sembra doversi ritenere che, per il legislatore, l'attività considerata (di oratorio o similare) possa essere svolta da entrambe le tipologie di enti considerati (sia quelli del TS che quelli religiosi)[16]: ciò significa che, sempre secondo la previsione normativa, vi possono essere ETS che svolgono attività di oratorio. Il punto è assai delicato e su di esso tornerò.

Ma l'aspetto che suscita maggiori perplessità è quello successivo: la disposizione stabilisce infatti che tutti questi enti, e quindi anche quelli "religiosi" (non ETS), possono accedere alle forme di co-programmazione e di co-progettazione previste dall'art. 55. E ciò malgrado che la giurisprudenza della Corte costituzionale tenda ad escluderlo, come si è visto («Lo specifico modello di condivisione della funzione pubblica prefigurato dal richiamato art. 55 è *riservato in via esclusiva agli enti che rientrano nel perimetro definito dall'art. 4 CTS*, in forza del quale costituiscono il Terzo settore gli enti che rientrano in specifiche forme organizzative tipizzate», si legge ancora nella sentenza n. 131 del 2020).

[16] In verità la norma potrebbe interpretarsi diversamente, ovvero nel senso che l'espressione «che svolgono attività di oratorio o attività similari» sia da riferire soltanto agli enti religiosi e non a quelli del Terzo settore, e che quindi questi ultimi siano da considerare nella loro totalità (ovvero *tutti* gli enti del terzo settore, indipendentemente dall'attività da questi svolta). Ma in considerazione che la norma mira a istituire un Fondo «per il sostegno alle attività educative formali e non formali», credo sia corretto ritenere che l'*intentio* della stessa sia di favorire soltanto alcuni enti del Terzo settore, ed in particolare quelli che svolgono – appunto – attività di oratorio o similare.

Pertanto, per ricostruire una qualche razionalità al sistema, occorre ritenere – così almeno a me pare – che l'obiettivo della norma sia di *allargare l'ambito di operatività dell'art. 55* CTS facendovi rientrare non soltanto gli ETS ma anche gli enti religiosi (che svolgono attività oratoriale), assimilando quindi questi ultimi, almeno con riguardo alle attività di co-programmazione e co-progettazione, agli ETS. Si tratterebbe di una novità significativa, in potenziale contrasto con quanto affermato dalla Corte costituzionale, o che comunque andrebbe verificata alla luce della stessa pronuncia costituzionale.

Né meno problematico è il riferimento, contenuto nella norma in commento, all'art. 56 CTS. Il quale stabilisce, lo si ricorda, che «Le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato». La medesima disposizione stabilisce, al comma 3, che «l'individuazione delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale con cui stipulare la convenzione è fatta nel rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, *mediante procedure comparative riservate alle medesime*» (corsivo aggiunto).

Se non si vuole ritenere che si tratti di un errore del legislatore (cosa che in verità farebbe supporre anche la circostanza per cui le forme di co-programmazione e co-progettazione cui si riferisce la disposizione non hanno nulla a che vedere con l'art. 56[17]), occorre considerare che la previsione di convenzionamento ivi contenuta deve considerarsi riservata alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale, in quanto connotate da una spiccata dimensione solidaristica rispetto a tutti gli altri ETS. Se pertanto la disposizione della legge di bilancio intendesse estendere anche questo regime agli enti religiosi che svolgono attività di oratorio o attività similari, si dovrebbe ritenere che questi ultimi possono accedere alle convenzioni previste anche qualora la loro forma giuridica fosse diversa da quella di ODV o di APS[18]:

[17] Come giustamente sottolinea G. Arena, *Sussidiarietà orizzontale ed enti del Terzo settore*, in A. Fici, L. Gallo, F. Giglioni (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore*, cit., 26, le previsioni contenute nell'art. 55 da un lato e negli artt. 56 e 57 dall'altro si basano su due paradigmi diversi: quello sussidiario nell'art. 55, quello bipolare tradizionale negli altri due articoli. Vi è da dire peraltro che anche la giurisprudenza amministrativa sembra talvolta confondere i due differenti piani: cfr. Cons. Stato, sentenza 26 maggio 2023, n. 5217.

[18] Non sarebbe possibile, infatti, interpretare la disposizione nel senso che essa debba essere limitata a quegli enti religiosi che siano ODV o APS, perché in tal caso la previsione non

ergo, che l'art. 56 non dovrebbe (più) considerarsi riservato soltanto alle due tipologie di ETS. E quindi ancora che un ente pubblico potrebbe stipulare una convenzione *ex* art. 56 CTS anche con enti religiosi che svolgono attività di oratorio, pur non essendo questi né ODV né APS.

Questa prospettiva andrebbe considerata criticamente in termini di ragionevolezza, per gli evidenti riflessi sul principio di parità di trattamento (sia in ordine ai soggetti ammessi dalla norma sia, e soprattutto, con riguardo a quelli esclusi). Va ricordato, a tal proposito, che la sentenza n. 72 del 2022 della Corte costituzionale ha sì ammesso una qualche differenziazione di disciplina all'interno della categoria degli ETS, ma ha anche inteso sottolineare come questa debba giustificarsi sulla base di ragioni oggettive e non meramente discrezionali del legislatore[19].

5. *Le ricadute ordinamentali*

Tali innovazioni, e soprattutto la prima, riguardante la riperimetrazione dell'ambito dei soggetti ammessi all'amministrazione condivisa, allorché – come detto – non siano ascrivibili all'ambito degli errori normativi (o delle «norme dal sen sfuggite»), devono dunque essere valutate con riguardo a differenti piani di ragionevolezza.

Il primo riguarda l'estensione dei soggetti ammessi alla amministrazione condivisa oltre il perimetro del Terzo settore. Abbiamo già riportato le ragioni per cui la Corte costituzionale delimita l'ambito soggettivo di quanti possono essere ammessi all'amministrazione condivisa agli enti del Terzo settore, considerati «la chiave di volta di un nuovo rapporto collaborativo con i soggetti pubblici». Ed è proprio sulla base di tali elementi che, secondo la Corte, il rapporto che essi sono in grado di instaurare con la pubblica amministrazione non è di tipo sinallagmatico bensì collaborativo: essi sono infatti costituiti al fine di perseguire quello stesso interesse generale cui anche le pubbliche amministrazioni devono essere rivolte. In sostanza, sempre secondo la Corte, «esiste una stretta connessione tra i requisiti di qualificazione degli ETS e i contenuti della disciplina del loro coinvolgimento nella funzione pubblica».

avrebbe senso, in quanto tali enti sono già ricompresi nella previsione dell'art. 56.

[19] Già la sentenza n. 277 del 2019 aveva censurato una legge regionale che limitava alle sole organizzazioni di volontariato animalista lo svolgimento delle attività consentite a tutte le associazioni animaliste, ritenendo non sussistente «una ragione alla base dell'esclusione delle altre tipologie di soggetti (…), tenuto conto che la differenziazione si fonda esclusivamente sullo status giuridico di dette organizzazioni, che di per sé non è indice di alcuna ragionevole giustificazione della disciplina restrittiva della concorrenza dettata dalla Regione».

Se dunque così è, è ragionevole estendere il perimetro – in via normativa e quindi istituzionale[20] – degli enti ammessi all'amministrazione condivisa anche a soggetti che non hanno (*recte*: possono non avere) i requisiti indicati?

Anche su questo può soccorrere la sentenza n. 131 del 2020, e in particolare il "caso" che ha dato origine alla pronuncia: si trattava infatti di una legge regionale dell'Umbria che ha regolato le c.d. cooperative di comunità, istituite al fine di contrastare fenomeni di spopolamento, declino economico e degrado sociale urbanistico, promuovendo la partecipazione dei cittadini alla gestione di beni o servizi collettivi. Tale legge prevedeva il coinvolgimento di tali comunità nelle attività di co-programmazione e co-progettazione come definite dal CTS: e ciò ha sollecitato l'intervento del Governo nazionale, che ha ritenuto tale previsione contrastante con il Codice stesso, nella parte in cui questi riserva detta competenza ai soli ETS registrati a livello nazionale, tra i quali non sono ricomprese le cooperative di comunità. Secondo il Governo, infatti, la previsione del coinvolgimento delle cooperative di comunità ne comporterebbe l'omologazione agli ETS, così ampliando «il novero dei soggetti del Terzo settore, individuati e disciplinati dalla legge statale e dal diritto privato» ed invadendo la materia dell'ordinamento civile, riservata alla competenza esclusiva dello Stato.

La Corte, respingendo la questione posta dal Governo in via interpretativa, afferma – per quanto qui di interesse – che «qualora la norma impugnata mirasse al coinvolgimento anche di ogni forma di cooperativa di comunità nelle attività previste dall'art. 55 CTS si verificherebbe (…) un'indebita omologazione di tali cooperative agli ETS, i quali, invece, così come tassativamente elencati, sono gli unici soggetti legittimati, secondo la normativa statale di riferimento, a partecipare attivamente alla programmazione statale degli interventi di utilità sociale».

Deve considerarsi che tale motivazione induce a ritenere incompetente la legislazione regionale, e che quindi non preclude – di per sé – la via di un intervento del legislatore nazionale. Ma a tale eventuale intervento statale, quali margini di discrezionalità devono essere riconosciuti a seguito della decisione della Corte costituzionale? Va infatti ricordato che la sentenza n. 131 del 2020 richiede che l'estensione dell'amministrazione condivisa possa realizzarsi sol-

[20] Si deve infatti tenere presente, come osserva G. Arena, *Sussidiarietà orizzontale ed enti del Terzo settore*, cit., 32, che sebbene il principio di sussidiarietà non debba intendersi riferito esclusivamente agli ETS, questi sono «gli unici, per legge e per vocazione, stabilmente collocati all'interno del polo dell'interesse generale, mentre i cittadini possono essere in certi momenti portatori di interessi privati e in altri perseguire l'interesse generale»: nel caso che qui si sta esaminando, pertanto, la legge tende a ricomprendere gli enti religiosi nel perimetro di quegli enti «stabilmente collocati all'interno del polo dell'interesse generale».

tanto a favore di soggetti che presentino uno *status* giuridico analogo a quello degli ETS, e quindi in possesso degli stessi requisiti (ovvero di requisiti analoghi) che sono alla base del riconoscimento di questi ultimi[21]. Questo può dirsi per «gli enti religiosi che svolgono attività di oratorio o attività similari»?

6. *Quali sono gli enti cui si riferisce la legge di bilancio?*

Quanto poi agli enti cui si riferisce la disposizione della legge di bilancio, occorre ricordare che, in forza della legge 1° agosto 2003, n. 206 («*Disposizioni per il riconoscimento della funzione sociale svolta dagli oratori e dagli enti che svolgono attività similari e per la valorizzazione del loro ruolo*»), per "attività di oratorio" si intende quella svolta «dalle parrocchie e dagli enti ecclesiastici della Chiesa cattolica, nonché dagli enti delle altre confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato un'intesa»[22]. Tralasciando ogni considerazione circa la legittimità costituzionale della limitazione alle confessioni religiose con intesa, risulta palese che per la legge del 2003 l'attività di oratorio può, ed anzi *deve* essere svolta da enti confessionali, e quindi *religiosi*: i quali, secondo l'interpretazione che si è data del CTS, non possono essere – come detto – ETS.

Al di là di tale profilo, mi pare che qualora la previsione della legge di bilancio per il 2025 venga letta in sistema con la legge del 2003, se ne dovrebbe inferire che gli enti ammessi all'amministrazione condivisa siano quelli (soltanto) della Chiesa cattolica o delle altre confessioni con intesa; mentre diversamente si dovrebbe concludere qualora si ritenesse che il riferimento agli "enti religiosi" contenuto nella legge del 2024 sia da considerare in senso più ampio e generico (come, stando alla lettera, dovrebbe ritenersi[23]), tale quindi da doversi riferire anche ad enti appartenenti ad altre confessioni religiose nonché ad enti che, sebbene religiosi, non appartengano ad alcuna confessione.

[21] Merita segnalare che il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, nell'ambito dell'emergenza pandemica e della conseguente chiusura delle attività di assistenza ordinarie, dispose lo svolgimento di prestazioni individuali domiciliari, prevedendo che queste potessero essere svolte «secondo priorità individuate dall'amministrazione competente, tramite coprogettazioni con gli enti gestori»: il che fece supporre un'estensione del procedimento di co-progettazione ad enti diversi da quelli iscritti al RUNTS (un cenno, in tal senso, in L. Gori, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, in *Impresa sociale*, n. 4/2021, nota 7). Tale normativa, avente carattere emergenziale, potrebbe comunque trovare una giustificazione diversa rispetto alle condizioni ordinarie.

[22] In merito v. M. L. Lo Giacco, *La legge sugli oratori tra funzione sociale e libertà religiosa*, in *Diritto Ecclesiastico*, n. 1/2004, 144 ss.

[23] Qualora infatti il legislatore avesse voluto limitarsi ai primi avrebbe potuto usare l'espressione "enti ecclesiastici" che, sebbene sbagliata, comunque è riferita da altre norme agli enti che fanno riferimento a confessioni con intesa (oltre ovviamente alla Chiesa cattolica).

Il punto è certamente discutibile, in un senso come nell'altro: personalmente ritengo che per coerenza sarebbe opportuno interpretare in sistema le due disposizioni, e quindi ritenere che la legge di bilancio per il 2025 implicitamente sia da riferire agli enti di cui alla legge del 2003. Ma comprendo che si tratta di un'interpretazione che può essere confutata con solidi argomenti: solo la prassi applicativa e l'eventuale giurisprudenza (se ci sarà) potranno condurre ad un qualche margine di chiarezza.

Diversamente si potrebbe dire se la normativa statale fosse formulata in termini analoghi a quella recentemente approvata dalla Regione Toscana (l.r. 18 marzo 2025, n. 17), che è riferita alle attività oratoriali svolte, oltre che dalle parrocchie e dagli "altri enti ecclesiastici cattolici" (e su questo punto si potrebbe rilevare un profilo di violazione dell'art. 8, primo comma, Cost.), anche «dalle associazioni in favore dei minori, degli adolescenti e dei giovani, nell'ambito di percorsi educativi anche non formali e di animazione». E che pertanto allarga l'ambito dei soggetti svolgenti attività di oratorio anche al di fuori degli enti religiosi: ma questa non è, come si è visto, la prospettiva del legislatore nazionale.

Ponendo comunque come ipotesi interpretativa quella del rinvio implicito alla legge del 2003, valutiamo le sue possibili conseguenze.

A parte la delimitazione di cui si dirà, occorre considerare se l'appartenenza confessionale (alla Chiesa cattolica o alle confessioni con intesa) sia sufficiente e adeguata a soddisfare i requisiti che sono propri degli enti del Terzo settore e che la Corte costituzionale ha valorizzato, ed in particolare ad offrire garanzie almeno pari a quelle che agli enti del Terzo settore sono imposte mediante gli strumenti della trasparenza, della rendicontazione, della misurazione degli impatti sociali, ecc.[24]. Si tratta di una valutazione che, per essere condotta in modo adeguato, richiederebbe un'analisi puntuale dei criteri in forza dei quali detti enti possono ritenersi *della* Chiesa cattolica o *delle* altre confessioni religiose; come pure sarebbe necessaria una considerazione delle forme di controllo che le suddette confessioni esercitano su di essi, oltreché del tipo di interesse da questi perseguito. Valutazioni, queste, che esorbitano dall'ambito del presente lavoro ma che è comunque opportuno segnalare.

Oltre a questo, tuttavia, vi è un altro versante su cui valutare la ragionevolezza della previsione normativa: ovvero la volontà di preferire questi enti rispetto ad altri che resterebbero esclusi. Tra questi ultimi, quelli delle confessioni senza intesa – in primo luogo –; nonché gli enti non religiosi che svolgano attività di oratorio o similari; ed anche, infine, enti che svolgono attività diverse da quelle oratoriali. L'esclusione di ciascuna di queste categorie potrebbe es-

[24] L. Gori, *L'«amministrazione condivisa»*, cit., 846.

sere valutata, ed eventualmente giustificata, in forza di ragioni diverse: così la scelta di privilegiare gli enti in qualche modo strutturati all'interno delle confessioni potrebbe voler sottintendere la volontà di riconoscere quegli enti che dovrebbero comunque essere monitorati e controllati dalla confessione religiosa "riconosciuta", con pertanto un livello di riconoscimento giuridico almeno indiretto e di "controllabilità" da parte dello Stato, certamente superiore a quello riferibile a confessioni senza intesa.

A tale ultimo riguardo merita richiamare il contenuto di una Nota ministeriale (la n. 4581/2023) relativa ad un quesito posto al Ministero da un Ufficio regionale del RUNTS con il quale si domandava se un ETS (in particolare, una APS) che, traendo «ispirazione da movimenti o credo religiosi», potesse contemplare nel relativo statuto «norme che limitano l'accesso o la possibilità di assumere ruoli all'interno dell'ente all'appartenenza a confessioni religiose specifiche, ovvero prescrivono la non appartenenza a credo religiosi o confessioni religiose da quelle da cui traggono ispirazione o costituiscano per loro riferimento». Il Ministero ha al riguardo ritenuto che – con specifico riguardo alle APS – siffatta previsione contrasti con il dettato dell'articolo 35, comma 2 del Codice: ma ha, al contempo, riconosciuto che quanto è vietato per le APS può essere consentito alle (altre) associazioni del Terzo settore. Pertanto, secondo la Nota ministeriale, queste ultime possono prevedere clausole limitative nel senso indicato (mentre non lo possono fare le APS).

Tralasciando la problematicità dell'impostazione del ministero (l'appartenenza ad una confessione religiosa può essere un tratto distintivo della finalità o dell'attività anche di una APS: costringere una APS a optare per un'altra qualifica risulta assai dubbio), l'indicazione emergente dalla Nota può essere letta come un indice di non contrarietà alla appartenenza confessionale di un ETS (purché non APS).

Con riguardo invece alla disparità tra enti religiosi e non religiosi che svolgano attività di oratorio forse si potrebbe ritenere che tale ultima attività è propriamente "religiosa", e che quindi il problema della limitazione agli enti religiosi può risultare ragionevole[25]: ma con qualche dubbio in relazione alla previsione che estende il trattamento anche alle attività "similari" a quella di oratorio, e che potrebbero essere svolte anche da parte di soggetti non religiosi (si pensi, per fare un esempio, alle attività educative scout realizzate da un'associazione sicuramente non religiosa quale è il Corpo Nazionale Giovani Esploratori ed Esploratrici Italiani).

[25] Ma, in questo caso, si potrebbe dubitare della coerenza della legge toscana sopra richiamata.

Quanto, infine, alla ragionevolezza della limitazione ad attività oratoriali rispetto ad altre possibili attività, va certamente riconosciuto un margine di discrezionalità politica al legislatore, sebbene come noto questa debba rimanere nei confini della non arbitrarietà. Che, alla luce di ciò, l'attività di oratorio meriti di essere considerata come un ambito di amministrazione condivisa da estendere oltre i confini degli enti del Terzo settore dovrebbe valutarsi risalendo alle ragioni fatte proprie del legislatore del 2024, che tuttavia in questa sede non è possibile indagare approfonditamente, ma che possono dedursi dal contesto in cui la norma richiamata è contenuta, ove si fa riferimento alle esigenza di «incentivare e sostenere in tutto il territorio nazionale le attività educative e ricreative, anche non formali, che coinvolgono i bambini e gli adolescenti, di contrastare la povertà educativa e l'esclusione sociale, di favorire il protagonismo delle nuove generazioni anche con il coinvolgimento delle stesse nei processi decisionali che li riguardano, (…) nonché di sostenere le famiglie anche mediante l'offerta di opportunità educative rivolte al benessere dei figli dalla nascita fino al compimento della maggiore età». Dunque, pare che per il legislatore quello della educazione dei giovani sia un ambito di specifico interesse, che quindi giustifica anche un trattamento differenziato dei soggetti che in esso operano. Che poi tale *ratio* possa essere ritenuta sufficiente e adeguata allo scopo richiederebbe, evidentemente, una valutazione ulteriore.

Una ulteriore ricaduta potrebbe considerarsi in relazione alle attività di interesse generale, potendosi ritenere – seppur dubitativamente – che con la novella normativa si produca la conseguenza di far rientrare le "attività di oratorio e similari" nell'elenco di cui all'art. 5 CTS (sul presupposto che co-programmazione e co-progettazione possano avere ad oggetto solo attività di interesse generale): a meno di non ritenere invece che l'attività oratoriale possa ritenersi già implicitamente compresa in detto elenco.

Considerando, per questa seconda opzione, la definizione che di tali attività offre l'art. 1, secondo comma, della legge n. 206/2003 («*Le attività di cui al comma 1 sono finalizzate a favorire lo sviluppo, la realizzazione individuale e la socializzazione dei minori, degli adolescenti e dei giovani di qualsiasi nazionalità residenti nel territorio nazionale. Esse sono volte, in particolare, a promuovere la realizzazione di programmi, azioni e interventi, finalizzati alla diffusione dello sport e della solidarietà, alla promozione sociale e di iniziative culturali nel tempo libero e al contrasto dell'emarginazione sociale e della discriminazione razziale, del disagio e della devianza in ambito minorile*») si può ritenere che tali attività siano già ricomprese in quelle elencate nell'art. 5, con specifico riguardo a quelle di cui alla lett. *e)* (educazione e attività culturali di interesse sociale con finalità educativa), *i)* (attività culturali, artistiche e ricreative), *l)* (formazione extra-scolastica, finalizzata alla prevenzione della dispersione scolastica e al

successo scolastico e formativo, alla prevenzione del bullismo e al contrasto della povertà educativa). Su questo punto, dunque, si potrebbe ritenere che non si produca un cambiamento effettivo, sebbene sarebbe risultato opportuno, se la volontà del legislatore fosse effettivamente stata questa, un riferimento esplicito alle attività di cui all'art. 5.

7. *E la legislazione regionale?*

Un ulteriore aspetto che meriterebbe di essere indagato riguarda le possibili ricadute della novella legislativa sulla legislazione regionale[26]. Va infatti segnalato che le leggi regionali che sono sin qui intervenute hanno confermato, in termini generali, la delimitazione dell'ambito dei soggetti ammessi alle modalità di amministrazione condivisa agli enti del terzo settore, in quanto tali iscritti nel RUNTS, sebbene con alcune precisazioni che occorre svolgere.

La prima legge regionale – successiva all'entrata in vigore del CTS – approvata ed entrata in vigore, ovvero la legge della Regione Toscana 22 luglio 2020, n. 65, stabilisce, all'art. 9, che le amministrazioni pubbliche operanti in ambito regionale «assicurano il coinvolgimento degli enti del Terzo settore anche mediante l'attivazione di procedimenti di co-programmazione, ai sensi dell'articolo 55 del d.lgs. 117/2017»; mentre all'art. 11 dispone che «Al fine di realizzare forme di partenariato con gli enti del Terzo settore», i soggetti pubblici indicati «attivano, nell'ambito di attività di interesse generale e nell'esercizio della propria autonomia, il procedimento della co-progettazione, ai sensi dell'articolo 55 del d.lgs. 117/2017, anche ad esito delle attività di co-programmazione». Pertanto, sia nelle attività di co-programmazione che di co-progettazione sono richiamati gli ETS di cui all'art. 55 CTS. A ciò si aggiungono due previsioni. La prima riguarda il procedimento di *co-programmazione*, per il quale è richiesta la pubblicazione di un avviso da parte dell'amministrazione procedente in cui possono essere indicati gli «ulteriori soggetti, diversi dagli enti di Terzo settore, purché il relativo apporto sia direttamente connesso ed essenziale con le finalità e l'oggetto dell'avviso» (art. 10, comma 1, lett. *b)*). In relazione invece all'attività di *co-progettazione*, si prevede che il relativo avviso indica «l'eventuale partecipazione di soggetti diversi dagli enti di Terzo settore in qualità di soste-

[26] Per un'analisi della regolazione della co-progettazione nelle prime legislazioni regionali formatesi dopo l'entrata in vigore del CTS cfr. S. Pellizzari, *La co-progettazione nelle esperienze regionali nel Codice del Terzo settore*, in S. Pellizzari, A. Magliari (a cura di), *Pubblica amministrazione e Terzo settore*, Napoli, 2019, 89 ss. Per un'indagine più recente v. B. L. Boschetti, C. Cavallaro, L. Giachi e F. Proia, *L'amministrazione condivisa oltre il Codice del Terzo Settore*, in B. L. Boschetti (a cura di), *Per un laboratorio dell'amministrazione condivisa*, cit., 17.

nitori, finanziatori o partner di progetto; in quest'ultimo caso limitatamente ad attività secondarie e comunque funzionali alle attività principali».

Tali previsioni sono contenute, con formulazione pressoché identica, anche nelle leggi regionali del Piemonte (L.R. n. 25 marzo 2024, n. 7, *Norme di sostegno e promozione degli enti del terzo settore piemontese*) e del Molise (L.R. 7 ottobre 2022, n. 21, *Disciplina del terzo settore*).

La legge della Regione Umbria (L.R. 6 marzo 2023, n. 2, *Disposizioni in materia di amministrazione condivisa*) segue invece una soluzione diversa. Con riguardo, in generale, ai procedimenti di amministrazione condivisa, si indicano come principi, da un lato «il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore», e dall'altro che «ai fini di aumentare il coinvolgimento della comunità, gli enti del Terzo settore possono avvalersi del contributo di soggetti diversi (…) a condizione che si tratti di un apporto definito, riferito ad attività strumentali rispetto all'attività di interesse generale svolte dagli ETS» (art. 5). Nello specificare poi i soggetti sia della co-programmazione che della co-progettazione, si fa riferimento, oltre che agli enti del Terzo settore, a «enti e soggetti individuati con provvedimento motivato ed invitati dall'amministrazione procedente il cui apporto conoscitivo sia ritenuto utile e funzionale all'attività istruttoria».

Infine, l'Emilia-Romagna (L.R. 13 aprile 2023, n. 3, *Norme per la promozione ed il sostegno del Terzo settore, dell'amministrazione condivisa e della cittadinanza attiva*), limita la partecipazione all'amministrazione condivisa ai soli ETS.

Su un diverso piano normativo, va segnalato il d.lgs. 16 marzo 1992, n. 267, recante norme di attuazione dello Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige/*Südtirol*, come modificato da ultimo con il d. lgs. 19 aprile 2024 n. 64, che al comma 2-*septies* dell'art. 2 stabilisce che «Le province autonome promuovono e valorizzano i rapporti e le forme di partenariato tra gli enti del sistema territoriale provinciale integrato e gli enti di cui al comma 2-bis (ovvero "gli enti del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, che operano nell'ambito provinciale, nonché gli altri enti iscritti nell'elenco di cui al comma 2-*quinquies*"), anche disciplinando le modalità di attuazione della co-programmazione e co-progettazione con gli enti del Terzo settore di cui all'articolo 55 del decreto legislativo n. 117 del 3 luglio 2017». A ciò si aggiunge la seguente previsione: «Al fine di aumentare il coinvolgimento della comunità, gli enti del Terzo settore possono avvalersi, secondo modalità disciplinate dalle province autonome, del contributo degli enti di cui al comma 2-*quinquies*, a condizione che si tratti di un apporto definito, riferito ad attività strumentali o complementari rispetto alle attività di interesse generale svolte dagli enti del Terzo settore». Gli enti di cui al comma 2-*quinques* sono «associazioni e (…) altri enti a carattere privato che, senza fine di lucro, svolgono attività di interesse genera-

le ai sensi dell'articolo 118, quarto comma, della Costituzione, non iscritti nel Registro unico nazionale del Terzo settore».

La valutazione della normativa richiamata deve svolgersi su piani diversi.

In primo luogo va osservato che, in termini generali, le procedure di amministrazione condivisa sono destinate, secondo le normative richiamate, agli enti del Terzo settore, nel senso almeno che questi enti devono essere coinvolti e non possono essere esclusi. Oltre a questi, la legislazione regionale (ad eccezione di quella dell'Emilia-Romagna) ed anche la normativa di attuazione dello statuto T.A.A. aprono la partecipazione a soggetti diversi: distinguendo tra le attività di co-programmazione e quelle di co-progettazione e, in esse, in relazione all'apporto che gli enti ulteriori ammissibili potrebbero offrire. In particolare, nelle leggi della Toscana, del Piemonte e del Molise si stabilisce che nella co-progettazione possono essere ammessi enti (non di Terzo settore) che assicurino un apporto essenziale per le finalità dell'avviso, mentre alla co-progettazione possono ammettersi altri enti in qualità di «sostenitori, finanziatori o partner di progetto» (il riferimento sembra operare soprattutto nei confronti delle fondazioni bancarie[27]). La legge umbra e la normativa di attuazione dello statuto TAA attribuiscono agli enti del Terzo settore la possibilità di avvalersi del contributo di altri soggetti (a determinate condizioni); mentre la legge umbra attribuisce anche alle amministrazioni procedenti il potere di invitare altri soggetti «il cui apporto conoscitivo sia ritenuto utile e funzionale all'attività istruttoria».

In sostanza, le leggi regionali definiscono un perimetro per l'amministrazione condivisa che riprende quanto stabilito dal CTS, ma con la possibilità – limitata e condizionata – di una sua estensione ad opera o delle amministrazioni procedenti o degli stessi enti del Terzo settore, a condizioni e con modalità specifiche.

A fronte di ciò, si pone l'interrogativo di quale sia la conseguenza che su tali legislazioni potrebbe avere la disposizione di cui si discute.

Ferma restando la possibilità, e forse anche la necessità, che le Regioni adeguino la propria normativa alla novella nazionale, si pone il problema – *medio*

[27] Merita ricordare che l'art. 1, comma 1, della legge 6 giugno 2016, n. 106 (contenente la delega per la riforma del Terzo settore), ha stabilito che «alle fondazioni bancarie, in quanto enti che concorrono al perseguimento delle finalità della presente legge, non si applicano le disposizioni contenute in essa e nei relativi decreti attuativi»; mentre l'art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 117/2017 ha previsto che «salvo quanto previsto dal Capo II del Titolo VIII, le disposizioni del presente Codice non si applicano agli enti di cui al decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153». In tema v. A. Fici, *La riforma del terzo settore e le fondazioni di origine bancaria*, in Aa. Vv., *Fondazioni di origine bancaria. XXIII Rapporto annuale. Anno 2017*, ACRI, Roma, 2018, 323 ss.

tempore – di comprendere la sorte della normativa regionale non adeguata. Se, poniamo l'ipotesi, si avviasse in ambito regionale un'attività di co-progettazione o co-programmazione, gli enti religiosi che svolgono attività di oratorio o similari (e che non siano iscritti al RUNTS) potrebbero parteciparvi? E le amministrazioni procedenti sarebbero obbligate a coinvolgerli? E se sì, soltanto qualora il loro apporto fosse valutato "utile e funzionale" ovvero, come invece per tutti gli ETS, a prescindere da tale condizione? Ed ancora, gli enti oratoriali potrebbero richiedere l'attivazione della procedura?

Potrebbe prospettarsi l'emergere di un'antinomia giuridica tra la norma regionale che non ammette l'estensione oltre il perimetro degli ETS, e quella nazionale che invece consente di ammettere anche gli altri enti indicati. E si porrebbe anche il dubbio se tale antinomia sia risolvibile dall'amministrazione o dal giudice eventualmente adito, o non determini una situazione di incostituzionalità della normativa regionale per violazione della competenza statale in materia di ordinamento civile.

8. *Per concludere*

Dunque, come si è cercato di evidenziare, i profili critici che la novella contenuta nella legge di bilancio per il 2025 pone sono molteplici, e su diversi piani.

Le esperienze di co-progettazione che stanno sviluppandosi nelle varie parti del territorio nazionale, soprattutto ad opera dei Comuni e perlopiù nell'ambito delle politiche sociali[28], vanno assumendo una loro configurazione ben definita[29], dopo una fase iniziale di diffidenza specie da parte delle amministrazioni pubbliche[30], e stanno contribuendo a disegnare un modello innovativo di amministrazione[31]. Proprio la delicatezza di tale fase dovrebbe indurre il legislatore ad intervenire con estrema attenzione e circospezione, con normative chiare nei presupposti e nelle conseguenze applicative. Inoltre, la logica

[28] Cfr. L. Bobba, *Lo stato di salute del Terzo settore: urgenze, attese e prospettive*, in Aa. Vv., *A due passi dalla meta. Verso il completamento della riforma*, 4° Rapporto sullo stato e le prospettive del diritto del Terzo settore in Italia (Terzjus Report 2024), Napoli, 2025, 515, in cui si rileva la difficoltà, al contrario, di una diffusione delle pratiche di co-programmazione. Sulle prassi in ordine alla gestione dei servizi sociali cfr. A. S. Albanese, *La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali: bilanci e prospettive*, in *Federalismi*, n. 3/2022, 653 ss.

[29] G. Gotti, *La co-programmazione tra politica e amministrazione*, cit., 51 ss.

[30] C. Golino, A. Santuari, *Gli Enti del terzo settore e la co-amministrazione: ruolo della giurisprudenza e proposte* de iure condendo, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3/2022, 683.

[31] M. Bombardelli, *Il rapporto con il terzo settore e le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3/2022, 573 ss.

stessa di un "codice", come si è deciso di denominare il decreto legislativo n. 117/2017, dovrebbe indurre ad apportare modifiche normative, qualora lo si intenda fare, operando all'interno del Codice stesso, e non in atti normativi esterni: ciò faciliterebbe, e di molto, la coerenza del sistema oltre che il rispetto del principio della certezza del diritto.

Claudio Rossano[*]

VALORI O DIRITTI FONDAMENTALI?

Di fronte alle tutele crescenti dell'essere umano nelle società contemporanee, che si concretizzano nel riconoscimento di diritti fondamentali dell'uomo a livello universale nelle singole legislazioni degli stati e delle organizzazioni internazionali, può ancora valere l'idea che in realtà siffatte tutele e diritti sarebbero l'esplicazione di un preesistente "Diritto naturale"? La domanda che si pone è se esiste o è mai effettivamente esistito un "Diritto naturale" che regolerebbe la vita e di riflesso i rapporti sociali dell'uomo. Siffatto diritto, per essere riconosciuto come naturalmente valido, dovrebbe trarre la forza di imposizione dalla natura stessa. Ma la natura risponde sì a leggi che la regolano, ma si tratta pur sempre di leggi che spiegano i vari fenomeni che in essa si verificano, secondo principi di causalità e/o di indeterminatezza, tanto con riferimento agli elementi meramente materiali, quanto a quelli che concernono gli esseri viventi: è questo il mondo delle regole tratte dalle scienze naturali.

Per le regole che in particolare concernono i rapporti che si instaurano tra gli esseri umani, che sono esseri fondamentalmente, per loro essenza, sociali, si tratta di regole che si instaurano all'interno delle società che si formano tra gli individui per le esigenze derivanti dalla convivenza umana.

L'essere umano, invero, come affermava il Filangeri[1], non esiste senza la società in cui è nato e vive e la società stessa è nata con l'uomo e consiste essenzialmente nella reciproca interferenza e comunicazione dialettica degli uomini[2]. Non possiamo invero pensare all'uomo come individuo esclusivamente fine a sé stesso senza relazioni con gli altri uomini, con le loro azioni ed opere, come monade del tutto autonoma e indipendente, non collegata con il mondo che la circonda. La stessa libertà implicata dalla vita umana si esercita in condizioni relazionali con gli altri da sé: l'io si trova immerso in un mondo che lo precede, lo circonda e lo plasma.

La natura ha fornito all'uomo capacità e inclinazioni, ma per quanto ciascun individuo possa essere dotato nei vari campi in cui si esercitano le attività fisiche ed intellettive, nelle scienze e nelle creazioni artistiche, non può esserlo

[*] Emerito di Diritto Pubblico nell'Università degli Studi di Roma La Sapienza.

[1] G. Filangeri, *La Scienza della legislazione*, 1780, Napoli Vol. I, 47 ss.

[2] G. Gentile, *Genesi e struttura della società*, Firenze, 1946, 1954, 69.

in tutti: per quanto ampie possono essere le esperienze cui va incontro e le singole conoscenze che acquisisce, vi è un limite: la conoscenza universale è una pura illusione. Occorrono pertanto sforzi comuni e interconnessi tra gli individui appartenenti alle diverse comunità in cui si articola il genere umano per superare gli errori dei singoli e far fronte all'esigenza delle nuove conoscenze che si rendono di volta in volta necessarie. È sorto quindi e si è sviluppato dalle società primitive alle società più avanzate e civili un ordine sociale col quale si è compensato «il sacrificio dell'indipendenza e della libertà naturale con l'acquisizione di tutti gli strumenti per ottenere la conservazione e la tranquillità di coloro, i quali per questo oggetto solo se ne erano spogliati»[3].

Ordine sociale che trova la sua fonte nella convenzione sociale, vale a dire in quel "contratto sociale" in cui, come si esprimeva Rousseau, «ciascuno di noi mette in comune la sua persona e tutto il suo potere sotto la suprema direzione della volontà generale; e noi tutti in corpo riceviamo ciascun membro come parte indivisibile del tutto»[4].

È quindi pur sempre nell'ambito dei rapporti sociali che si è posto il problema dell'esistenza di regole che, per loro natura, in quanto collegate con la natura e i "valori" dell'essere umano, dovessero restare prevalenti rispetto ad ogni altra regola sociale. Regole che, per poter essere ritenute valide ed imporsi con forza cogente, prevalente rispetto ad ogni altra regola formatasi nella società, hanno trovato nel corso della storia la loro legittimazione ora indistintamente nel prevalente valore di antichi costumi formatisi nelle stesse società, ora nell'ancoraggio alla sacralità dei dettami provenienti da autorità religiose.

È noto ad esempio il dilemma, rappresentato nell'antica Grecia nella tragedia euripidea, tra la legge divina seguita da Antigone e quella di Creonte.

Con il cosiddetto "Giusnaturalismo" il ricorso al "Diritto naturale" fu decisivo per affermare la vigenza di diritti fondamentali che avrebbero espresso valori universali, permanenti dell'essere umano, pur essendo questi venuti alla luce in vari momenti nel corso della storia. Si intendeva così assicurare ai singoli valori un carattere non meramente temporale, ma universale, ontologico. Il "Diritto naturale" esprimeva quindi ideali di giustizia radicati nella ragione umana, in quanto espressione della Legge divina ed identificati con essa. La Legge divina costituiva pertanto il parametro per giudicare le varie leggi temporali, positive che si davano le singole comunità.

In realtà i "valori" affermatisi nel corso della storia, il cui significato è variato in ragione delle diversità dei costumi dei popoli, in tanto sono divenuti permanenti e fondamentali, in quanto indissolubilmente legati al destino progres-

[3] G. Filangeri, *op. cit.*

[4] J.J. Rousseau, *Contratto sociale*, 1762, libro I – Cap. VI.

sivo, quindi storicamente condizionato, dei diversi stati di vita, alle tradizioni e alle consuetudini che hanno caratterizzano le diverse comunità e società. Una volta superato l'ancoraggio religioso è comunque rimasta l'esigenza di una loro positivizzazione giuridica, vale a dire la loro trasposizione in principi e diritti fondamentali, vincolanti giuridicamente nei singoli ordinamenti, statali o internazionali che fossero, anche per evitare una lotta continua per affermare la supremazia di alcuni valori rispetto ad altri. È noto in proposito il tentativo della c.d. "Filosofia dei valori" nella "Etica materiale" di Hartmann[5] di rappresentare, in un orizzonte deontologico, una "oggettività" dei valori malgrado il loro pluralismo e pur nella relatività dei soggetti che li pongono in atto, dando loro un senso, ma eccedenti rispetto ad essi: una situazione tuttavia di potenziali conflitti che può dar luogo ad una vera e propria "tirannia" di valori. Concezione su cui si è poi riversata la riflessione critica di Schmitt[6].

Con la positivizzazione dei valori si è inteso pertanto stabilire la mediazione tra di essi tramite regole stabili e possibilmente universali. Ciò è avvenuto nel corso della storia, quando sono state adottate le diverse Dichiarazioni di diritti, a partire dalla *Magna Charta Libertatum* del 1215 alla *Petition of Rights* del 1628, all'*Habeas Corpus* del 1679 e al *Bill of Rights* del 1689 in Gran Bretagna; dalla Dichiarazione dei diritti di Filadelfia del 1774, alla Costituzione degli USA, col *Bill of Rights* del 1791; dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 in Francia, alle Dichiarazioni dei diritti nelle singole Costituzioni europee a partire dal XIX secolo; dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dalle Nazioni Unite nel 1948, alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo del 1949; dalla Carta sociale europea del 1994, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000.

In particolare con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 si è inteso e preteso stabilire il valore universale dei diritti fondamentali, come riconosciuti nella stessa Carta, in quanto ancorati alla natura e all'essenza dell'uomo, quindi al valore comune di tutti gli esseri umani, per sottrarli alle diverse formulazioni che essi potessero rivestire nei singoli ordinamenti degli Stati e eventualmente di organizzazioni internazionali; evitando anche che essi potessero ricoprirsi di significati e contenuti diversi a seconda dei momenti storici e delle variazioni politiche e culturali. Essi si fondano in buona sostanza sul valore etico che si è inteso assicurare alla dignità dell'uomo.

[5] N. Hartmann, *Ethik*, 1926, 2° ed. 1935, Berlin, 524 ss.; Id., *Ontologia dei valori*, Milano 2020.

[6] C. Schmitt, *Die Tyrannei der Werte*, 1964, ripr. in *Säkularisation und Utopie*, Kohlhammer, Stuttgart, 1967, 37 ss. - trad it., Milano, 2008.

La Dichiarazione non prevede peraltro una gerarchia tra i singoli diritti, in quanto tutti concorrono egualmente alla tutela dell'Essere umano in quanto tale e del suo primario valore nel mondo, indipendentemente dal peso che ciascuno di essi possa avere nelle diverse culture dei popoli e dalle singole tutele eventualmente apprestate dai singoli Stati.

In realtà permane pur sempre, malgrado la loro "positivizzazione", una lotta e competizione tra valori, quando occorre procedere, nell'interpretazione dei principi e delle norme in cui i "valori" sono espressi, ad un loro bilanciamento; il quale inevitabilmente comporta un limite al loro operare.

Quando non è lo stesso legislatore, costituzionale o ordinario, ad operare il loro bilanciamento, esso avviene ad opera di altro operatore giuridico dell'apparato statale, ed in ultimo del potere giurisdizionale, come, ove esistano, le Corti costituzionali o quelle internazionali.

In tali contesti si ricorre spesso all'uso del concetto di "ragionevolezza", per giustificare i limiti reciproci posti ai singoli valori espressi dall'ordinamento giuridico positivo. Ma tale concetto, che di per sé significa soltanto agire o giudicare secondo l'uso della ragione, vale a dire in modo logico, si limita in buona sostanza, se privo di ulteriori punti di riferimento oggettivi, a indicare semplicemente che sussiste tra le tante ragioni possibili giustificative della specifica disciplina in questione quella ritenuta tale dal punto di vista soggettivo dell'operatore giuridico che esamina e giudica la fattispecie presa in considerazione. Ma si tratta pur sempre di una prospettiva relativa, per cui non può escludersi del tutto che si ripresenti, a livello giuridico-politico, quella lotta (la c.d. tirannia) per la supremazia di un valore rispetto ad ogni altro, secondo la visione soggettiva di ciascun operatore.

Di fronte alle difficoltà e incertezze che comunque permangono per pervenire ad un "bilanciamento" che soddisfi le esigenze di giustizia che si presentano nel corso della storia, non resta quindi che confidare nella saggezza, competenza ed esperienza degli operatori giuridici.

Perché le loro valutazioni e decisioni possano rivelarsi il più possibile oggettive ed effettivamente valide, in modo da escludere ogni possibile arbitrio nelle scelte adottate, essi dovranno comunque tenere sempre conto di tutti i vari parametri riscontrabili nell'ordinamento complessivo, che possano consentire di pervenire ad una penetrante valutazione della intima logicità della disciplina presa in considerazione rispetto al fine perseguito, alla sua proporzionalità rispetto agli interessi perseguiti e soprattutto a quelli sacrificati o pretermessi.

Antonio Ruggeri[*]

I DIRITTI FONDAMENTALI TRA INDIRIZZI POLITICI INTERNAMENTE ETEROGENEI ED OSCILLANTI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

SOMMARIO: 1. La varietà ed eterogeneità delle linee di cui si compone l'indirizzo politico, particolarmente vistose all'esito del raffronto tra politica interna e politica estera. – 2. Gli oscillanti orientamenti della giurisprudenza in ordine alla salvaguardia dei diritti fondamentali, la tendenziale espansione dell'area materiale in cui essa prende forma, il vincolo teleologico cui vanno incontro i più salienti sviluppi giurisprudenziali, in forza del canone fondamentale della ricerca della ottimizzazione della tutela, i limiti intrinseci ed insuperabili che sono propri della "supplenza" dei giudici al legislatore, il bisogno che le innovazioni apportate alla Carta in relazione allo svolgimento delle dinamiche della forma di governo e, più ancora, della forma di Stato si abbiano con la più larga condivisione da parte delle forze politiche e che, comunque, siffatto metodo di azione sia tenuto rigorosamente fermo per ciò che attiene alla disciplina dei diritti fondamentali, specie dei nuovi. – 3. Le modifiche tacite della Costituzione, la forza (e, però, anche i limiti) della scrittura costituzionale, il bisogno dell'aggiornamento del catalogo dei diritti fondamentali. – 4. La funzione di stabilizzazione semantica degli enunciati esercitata dal diritto vivente, i frutti succosi offerti dal "dialogo" tra le Corti, la flessibilizzazione di soluzioni legislative eccessivamente rigide per mano della giurisprudenza e la soglia oltre la quale quest'ultima non può comunque portarsi. – 5. Al tirar delle somme, qual è lo stato di salute dei diritti?

1. *La varietà ed eterogeneità delle linee di cui si compone l'indirizzo politico, particolarmente vistose all'esito del raffronto tra politica interna e politica estera*

Va fatta una preliminare avvertenza in relazione al concetto d'indirizzo politico, usualmente visto come espressivo di una nozione teorica unitaria, fatta oggetto di studi – come si sa – risalenti ed approfonditi[1] che ne hanno messo in

[*] Professore Emerito di Diritto Costituzionale nell'Università di Messina.

Sono particolarmente lieto di offrire il mio piccolo contributo alla raccolta degli scritti in onore di S. Prisco, studioso colto e raffinato, amico affettuoso e generoso, dalle non comuni qualità umane e professionali. Consegno lo scritto per la stampa nel giorno in cui la Repubblica compie il suo settantottesimo compleanno.

[1] … tra i quali, rammento qui, dopo i noti contributi di C. Mortati e V. Crisafulli, part. quelli di E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1961, e T. MARTINES, cui si deve una rappresentazione teorica dell'indirizzo particolarmente raffinata [spec. nella nota voce *Indirizzo politico*, curata per l'*Enc. dir.*, XXI (1971), 134 ss.], e, dopo di lui, M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985; P. CIARLO,

luce le complessive movenze, ritenute sempre identiche a sé pur con il mutare appunto degli indirizzi, a seconda delle forze politiche che se ne siano fatte (e se ne facciano) portatrici, del tempo, del contesto complessivo in cui le stesse hanno operato ed operano. Emblematica al riguardo la sistemazione teorica di un'accreditata dottrina[2] secondo cui l'indirizzo, ogni indirizzo, si snoderebbe in tre fasi (teleologica, strumentale ed effettuale), delle quali nondimeno la terza non sarebbe necessariamente richiesta al fine della sua concreta conformazione.

Senza, ovviamente, far qui luogo alla verifica della tenuta della teorizzazione in parola, che richiederebbe una sede ad essa specificamente dedicata, preme piuttosto fermare l'attenzione su un punto al quale a me pare che convenga prestare una speciale considerazione, anche in vista di ulteriori approfondimenti e svolgimenti che potranno aversi in luoghi diversi da questo. Ed è che, andando ad osservare la struttura interna dell'indirizzo, non mi pare che possa mettersi in dubbio la circostanza per cui lo stesso si compone di un fascio di linee assai diverse tra di loro per fattura, lunghezza, capacità di radicamento nella società e nell'ordinamento, linee pur sempre in grado di lasciare un segno, ora più ed ora meno marcato, della loro presenza e tuttavia alquanto eterogenee e di ardua riduzione ad unità teoricamente e praticamente significante.

Se ne ha immediata riprova anche solo a far riferimento alla *summa divisio* tra politica interna e politica estera, ciascuna delle quali consta di linee sue proprie, alcune di corto respiro, venendo a formazione e quindi esaurendosi con le esperienze di governo in cui sono tracciate, ed altre, di contro, trasmettendosi da un Governo (ed una maggioranza) all'altro (ed all'altra) e fortemente radicandosi nel tessuto politico ed istituzionale del Paese (si pensi, ad es., tra queste ultime, all'appartenenza alla NATO ed alle Comunità europee prima e, quindi, all'Unione). È pur vero che gli indirizzi di politica interna e quelli di politica estera si condizionano variamente e strettamente a vicenda. Ciò non toglie che ciascun indirizzo preservi una propria, complessiva identità e meriti,

Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica, Napoli, 1988; G. Rivosecchi, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, 2007 e A. Lollo, *Atto politico e Costituzione*, Napoli, 2020. Altri contributi ancora hanno, poi, avuto ad oggetto l'indirizzo nella dimensione regionale, ancora una volta ad opera di T. Martines, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 100 ss., e quindi, part., di T. Cerruti, *Regioni e indirizzo politico: un itinerario tormentato. Le scelte in materia di istruzione e assistenza sociale*, Napoli, 2020, e P. Mazzina, *L'autonomia politica regionale. Modelli costituzionali e sistema politico*, Napoli, 2020.

[2] V., nuovamente, la voce, sopra cit., di T. Martines.

pertanto, autonoma considerazione ed analisi comunque mirate al fine della illustrazione dei suoi tratti maggiormente qualificanti.

In generale (e con larga approssimazione), può dirsi che la politica interna maggiormente risenta rispetto alla politica estera dei mutamenti di colore politico della maggioranza. Al di là di quali ne siano le cause, il cui studio deve restare riservato ad altri luoghi di riflessione scientifica, resta il significato del fatto in sé, con gli effetti ad esso specificamente riportabili.

Stando così le cose, se ne ha che l'indirizzo politico – volendo seguitare, ancora una volta e sia pure solo per speditezza dell'esposizione, a far ricorso alla sua espressione al singolare – risulta attraversato da un moto interno a diverse velocità, a seconda delle sue più salienti manifestazioni. Approfondendo ulteriormente l'esame, ci si avvede che per ciascuno dei due campi sopra indicati si ha riscontro di una pluralità di linee politiche, diverse per forma e attitudine alla trasmissione nel tempo, al punto che la loro *reductio ad unum* risulta – perlomeno, oltre una certa soglia – oggettivamente forzosa.

Non è di qui indagare in modo specifico le movenze dell'indirizzo, bisognose di trovare svolgimento in luoghi diversi da questo. Vi si è fatto cenno, nondimeno, per mostrare come anche per i diritti fondamentali valga la conclusione appena raggiunta; e ne è subito chiara la ragione, dal momento che continuità ovvero discontinuità di indirizzi non rimangono senza effetti per i diritti che ne sono variamente condizionati, sia dunque che se ne abbia la promozione e sia pure, all'opposto, che, in relazione a taluni ambiti materiali di esperienza, risultino invece ora più ed ora meno sacrificati. Se ne ha che seguitare a fare un discorso unitario per ciò che concerne la salvaguardia dei diritti (in ispecie, la sua misura ed intensità) si dimostra essere oggettivamente forzoso, ove si ammetta – come devesi – che alcuni più di altri si trovano esposti ai mutamenti d'indirizzo, diversamente da altri diritti che, pur risentendo in una certa misura di questi ultimi, in realtà esibiscono una maggiore capacità di resistenza alle vicende della politica, anche le più vistose e marcate.

Così, è di tutta evidenza – per fare ora solo i primi esempi che vengono in mente – che la condizione degli immigrati irregolari, degli omosessuali, delle minoranze di ogni colore, ecc., risulta sensibilmente soggetta a forme varie d'incidenza – *in melius* come *in peius* – da parte dell'indirizzo, mentre, ad es., la libertà religiosa appare dotata di maggiore durezza di struttura, pur non potendosi essa pure considerare *quodammodo* politicamente invariante.

2. *Gli oscillanti orientamenti della giurisprudenza in ordine alla salvaguardia dei diritti fondamentali, la tendenziale espansione dell'area materiale in cui essa prende forma, il vincolo teleologico cui vanno incontro i più salienti sviluppi giurisprudenziali, in forza del canone fondamentale della ricerca della ottimizzazione della tutela, i limiti intrinseci ed insuperabili che sono propri della "supplenza" dei giudici al legislatore, il bisogno che le innovazioni apportate alla Carta in relazione allo svolgimento delle dinamiche della forma di governo e, più ancora, della forma di Stato si abbiano con la più larga condivisione da parte delle forze politiche e che, comunque, siffatto metodo di azione sia tenuto rigorosamente fermo per ciò che attiene alla disciplina dei diritti fondamentali, specie dei nuovi*

Spostando adesso l'attenzione, con la rapidità imposta a questo studio, sul versante giurisprudenziale, si coglie subito con immediata evidenza come lo scenario muti in non secondaria misura.

La giurisprudenza – è noto – attraversa, in genere, alterne vicende e i mutamenti di indirizzi non sono infrequenti, anzi può dirsi che siano una delle più qualificanti espressioni del suo incessante divenire. Peraltro, è parimenti noto che essa pure variamente risente delle vicende dell'indirizzo politico (*rectius* – possiamo ormai dire – degli indirizzi politici). La qual cosa, ad ogni buon conto, non equivale a dire che essa, per sua indeclinabile vocazione, sia portata ad assecondarne le più vistose e marcate espressioni. Il rapporto tra giurisprudenza e politica è, in realtà, internamente vario ed articolato, oscillando tra i due poli opposti del sostanziale avallo offerto dalla prima alla seconda e della ferma contestazione di quest'ultima, svolgendosi comunque pur sempre lungo un crinale sottile, nel quale risulta assai problematico e non di rado sofferto per la prima preservare la propria identità e resistere al canto ammaliante delle sirene politiche ovvero agli attacchi, talora scomposti, che le sono mossi da parte di alcune espressioni della politica stessa refrattarie a mantenersi rispettose delle regole, a volte persino di quelle che essa si dà, e piuttosto naturalmente portate ad occupare spazi altrui. È pur vero nondimeno – va riconosciuto – che si danno altresì manifestazioni eccentriche in seno alla giurisprudenza. Sarebbe, però, sommamente ingiusto fermare strumentalmente l'attenzione su di esse per fare oggetto di critica l'intera giurisprudenza e le sedi istituzionali in cui prende forma. Sarò un inguaribile ottimista o, forse, un osservatore cui sfugge la cognizione di alcuni meccanismi noti solo agli addetti ai lavori, ma seguito a ritenere che la giurisprudenza, complessivamente considerata, abbia svolto e quotidianamente svolga un'opera preziosa, meritoria, al servizio dei diritti e di coloro che ne sono portatori.

Ora, ferma restando la varietà delle linee di sviluppo della giurisprudenza, anche in considerazione della pluralità delle sedi in cui essa viene a formazione, in ambito statale e non, e volendo puntare al cuore della questione, si dà, a mio modo di vedere, una tendenza particolarmente marcata e diffusa, che si distingue da altre meno vistose e radicate e che è data dalla crescente espansione dell'area materiale in cui maturano le esperienze dei diritti, che dunque risultano cresciuti non soltanto per numero o forma ma anche per intensità della tutela.

Questo *trend* è stato veicolato dal c.d. "dialogo" tra le Corti: espressione metaforica che, al pari di ogni altra della sua stessa specie[3], esprime una *vis* retorico-argomentativa innegabile e che, nondimeno – per ciò che qui specificamente importa – racchiude in sé un fondo parimenti innegabile di verità. Un'espressione, peraltro, "neutra", ad essa potendosi riferire tanto i casi di sostanziale divergenza quanto quelli di convergenza degli orientamenti. Come si è tuttavia mostrato altrove, i secondi appaiono essere, sul terreno su cui hanno svolgimento le più salienti vicende dei diritti, maggiormente significativi rispetto ai primi. Gioca, infatti, in tal senso l'obbligo di motivazione, come si sa gravante sui provvedimenti giurisdizionali[4], che induce ad un confronto culturale, sovente serrato e penetrante, tra operatori di diritto che pure muovono a volte da premesse distanti e si riconoscono in conclusioni parimenti diverse. Il confronto in parola – è questo il punto cui qui s'intende, ancora una volta, assegnare cruciale rilievo – ha, peraltro, un comune orientamento di scopo. Si tratta, infatti, di stabilire quale sia la soluzione di volta in volta maggiormente adeguata a dare un qualche ristoro ai diritti evocati in campo dai casi, se non pure ad offrirvi pieno appagamento. La stella polare che guida il cammino, pur non lineare e comunque assai di frequente sofferto, degli operatori di diritto è, dunque, quella della ricerca della ottimizzazione della tutela, all'esito in non poche circostanze di delicati "bilanciamenti" – come si è soliti chiamarli – dei diritti sia *inter se* che con altri interessi comunque meritevoli di tutela. Un'autentica *Grundnorm*, insomma, o, se si preferisce, un *Grundwert* che presiede alle operazioni di mutua ponderazione, assiologicamente ispirata, tra beni della vita costituzionalmente protetti che, per il fatto stesso di conformarsi ad essa

[3] Sull'uso e il rilievo delle metafore nei discorsi dei giuristi, v., part., A. Morelli, O. Pollicino, *Metaphors, Judicial Frames, and Fundamental Rights in Cyberspace*, in *American Journal of Comparative Law*, 68/2020, 616 ss.

[4] … un obbligo che acquista uno speciale significato a finalità di garanzia con riguardo alle pronunzie della Corte costituzionale, proprio per la loro sottrazione ad ogni forma d'impugnazione (in tema, v., part., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Torino, 1994, e A. Saitta, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996).

(o ad esso), rende eloquente testimonianza a riguardo di come vada inteso e messo in atto da parte dei giudici il dovere di fedeltà alla Repubblica, in una delle sue più qualificanti espressioni[5].

Facendo, poi, non di rado talune coraggiose ed innovative decisioni giurisprudenziali da battipista rispetto ad altre, vengono naturalmente ad affermarsi pratiche imitative che portano col tempo alla formazione di veri e propri indirizzi, espressivi, una volta radicatisi nell'esperienza, di diritto vivente.

La complessiva vicenda della giurisprudenza si svolge ininterrottamente così, alternandosi momenti e soluzioni di continuità a momenti e soluzioni di discontinuità, gli uni e gli altri – qui è il punto – pur sempre nel segno del preorientamento di scopo cui si è sopra fatto cenno.

È, ad ogni buon conto, di tutta evidenza che la "supplenza" dei giudici al legislatore, al fine di porre rimedio ad alcune delle più vistose carenze di quest'ultimo, soccorre solo fino ad un certo punto a dare ristoro ai diritti, a motivo dei limiti insuperabili ai quali l'opera dei primi va incontro. In realtà, nessuno strumento tra quelli forgiati presso le sedi in cui si amministra giustizia può fare le veci della scrittura costituzionale, in primo luogo, e, quindi, di quella che si ha a mezzo delle leggi volte a darvi specificazione-attuazione. Non è, insomma, la stessa cosa che il riconoscimento primo dei diritti (e mi riferisco ora – com'è chiaro – a quelli c.d. "nuovi", dei quali *temporis ratione* non poteva aversi riscontro nella Carta) si abbia con legge ovvero con sentenza. Ulteriormente specificando, non è affatto la stessa cosa che si abbia con legge di forma costituzionale ovvero con legge comune, Un punto, questo, a mia opinione meritevole della massima attenzione e, però, stranamente trascurato anche dalla più avvertita dottrina che, persino con riguardo ai momenti cruciali della esistenza umana (nascita e morte), ha ritenuto di non dover caldeggiare la venuta alla luce di una prima, essenziale disciplina di rango costituzionale, condannando però, in tal modo, i "nuovi" diritti alla condizione di figli di un dio minore. È singolare, poi, che ugualmente i diritti stessi – quale che sia la fonte che ne dà il riconoscimento – si reputino abilitati a partecipare ad armi pari ad operazioni di "bilanciamento" con i vecchi, malgrado l'evidente squilibrio tra le fonti in campo, i secondi risultando dotati di fondamento in Costituzione, diversamente dai primi fatti oggetto di disciplina da parte delle leggi comuni, una disciplina peraltro sovente vistosamente carente, quando non apertamente incompatibile con la Carta, specie con i suoi principi fondamentali[6]. È vero che

[5] Su di che, dopo i noti studi di G. Lombardi e L. Ventura, per tutti, S. Prisco, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato "laico"*, Napoli, 1986, e A. Morelli, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013.

[6] Si rammenti, al riguardo, la complessiva vicenda della legge 40 del 2004, in materia di procreazione medicalmente assistita, fatta a pezzi – come si sa – dalla giurisprudenza nell'in-

alle lacune della Carta si è tentato di porre rimedio a mezzo di altri documenti materialmente costituzionali, le Carte dei diritti, delle quali si è avuta (e seguita ad aversi) una fioritura incontenibile. Il punto è che i documenti in parola sono stati (e seguitano ad essere) recepiti con legge comune, potendosi pertanto riscontrare in occasione della loro formazione lo scontro tra maggioranza ed opposizioni. Un esito, questo, che fa però a pugni con l'idea stessa di *riconoscimento* dei diritti fondamentali, nella sua ristretta e propria accezione. Che, cioè, possa assistersi a diritti imposti all'intera comunità o, di contro, ignorati, a colpi di maggioranza a me sembra francamente aberrante. Né si opponga che anche in sede di formazione delle leggi costituzionali può riprodursi la frattura, in generale fisiologica in un ordinamento autenticamente democratico, tra le forze politiche presenti in Parlamento; d'altronde, se n'è già avuta – come si sa – riprova, persino in occasione della riscrittura di un corpo di enunciati consistente e rilevante, l'intero Titolo V, nel mentre si preannunzia la ripresentazione di questo scenario con riguardo alle riforme costituzionali relative al premierato ed alla giustizia messe in cantiere dal Governo Meloni.

Ora, a mia opinione, laddove si tratti di innovazioni coinvolgenti le dinamiche della forma di governo e, più ancora, quelle della forma di Stato, come appunto si ha con gli esempi da ultimo fatti, non mi pare che esse possano aversi senza che sulle stesse torni a riprodursi il *pactum unionis* tra le forze politiche di opposto schieramento che segnò la sofferta ma esaltante stagione della Costituente, giusta la tesi secondo cui la partita tra i giocatori in campo può farsi, al di là dei falli occasionalmente compiuti, unicamente laddove vi sia condivisione delle regole del gioco. La prima (e più rilevante) espressione di solidarietà politica è, dunque, quella di cui si ha (e *deve* aversi) riscontro in occasione del rifacimento delle regole stesse, giustificato alla duplice condizione che si dimostri comunque conducente alla perdurante (ed anzi accresciuta[7]) affermazione dei valori fondamentali cui dà voce la Carta e che lo stesso sia appunto il frutto di convinta e ferma condivisione politica.

tento di renderla in qualche modo compatibile con la Costituzione [in tema, nella copiosissima lett., v., almeno, S. Agosta, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Roma, 2020, e M.P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2021; altri riferimenti, di recente, nel mio *Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita (spunti ricostruttivi a riguardo di alcune spinose questioni)*, in *Dir. fond.* (*www.dirittifondamentali.it*), 1/2024, 9 marzo 2024, 270 ss.].

[7] La revisione costituzionale, infatti, dovrebbe venire a formazione nel rispetto di un vincolo teleologico di azione politico-normativa, ove cioè risulti fondata l'aspettativa che per il suo tramite si affermi ancora meglio la Costituzione come "sistema" di valori fondamentali positivizzati e di regole idonee a darne, in seno alla Carta, la prima e diretta specificazione-attuazione. Quali siano, poi, i modi adeguati a far luogo a siffatta verifica è un discorso che richiede un lungo svolgimento qui, per evidenti ragioni, d'impossibile effettuazione.

È chiaro che l'osservanza di quest'autentica *Grundnorm* relativa alla disciplina delle regole del gioco politico rimane, poi, a conti fatti, demandata ad un *idem sentire de re publica*, alla spontanea adesione ad un principio di base espressivo di etica pubblica su cui l'intero ordinamento costituzionale si regge e, dunque, a conti fatti, alla fedeltà alla Repubblica che, proprio in relazione alle vicende di normazione di cui si fa ora parola, ha una delle sue maggiormente qualificanti espressioni. Ed è parimenti evidente che, laddove di ciò non dovesse aversi riscontro, non rimarrebbe che il ricorso a strumenti di resistenza collettiva da far valere da parte della comunità.

Ad ogni buon conto, come che stiano le cose con riguardo alle novità attinenti all'organizzazione, non vi è chi non veda come una cosa siano le vicende riguardanti quest'ultima ed altra cosa quelle concernenti i diritti fondamentali, specie laddove si tratti di darvi il primo, essenziale riconoscimento. Ecco perché non mi stancherò di caldeggiare, con fermo convincimento, la necessità che esso abbia luogo a mezzo della massima manifestazione di positività giuridica, quale appunto è racchiusa negli atti di forma costituzionale, la cui venuta alla luce richiede pertanto di aversi con i più larghi consensi in seno alle assemblee elettive. Non mi nascondo – com'è chiaro – che siffatta presa di posizione teorica possa apparire eccessivamente rigorosa e, se accolta, possa portare a far suonare le campane a morto per i "nuovi" diritti, obbligati ad attendere che si diano le condizioni politiche per la venuta alla luce degli atti costituzionali che dovrebbero darvi voce, con la conseguenza che ancora di più risulterebbe incoraggiata la tendenza a scaricare sui giudici la responsabilità di "supplire" ad un legislatore indolente e sordo alle sollecitazioni che gli sono fatte perché si svegli dal suo annoso letargo. Questo inconveniente, di cui potrebbe aversi concreto riscontro, nondimeno, non può distogliere dall'adozione della soluzione giusta, perlomeno di quella che tale ai miei occhi appare essere, specie laddove l'alternativa dovesse essere quella della venuta alla luce di leggi comuni, prive delle garanzie insite nella procedura aggravata di cui all'art. 138, tra le quali quella di una pronunzia finale del corpo elettorale, per il caso che non sia raggiunto il *quorum* maggiormente elevato.

Si aggiunga, a quest'ultimo riguardo, la considerazione della circostanza per cui i "nuovi" diritti non possono, ad ogni buon conto, porsi quale il frutto di capricciose invenzioni delle forze politiche presenti in Parlamento che necessitano pur sempre di punti stabili di riferimento al fine della loro ottimale "razionalizzazione". È questa la ragione per cui – come vado dicendo da tempo[8] – i diritti in parola richiedono di fondarsi su *consuetudini culturali*

[8] Fra gli altri miei scritti, di recente, *La Costituzione come "sistema" e le sue proiezioni al piano delle innovazioni positive ed a quello delle pratiche interpretative (prime notazioni)*, in *Dir.*

di riconoscimento della loro esistenza diffuse e radicate nel corpo sociale. Ed allora sarebbe ben strano che al momento del loro recepimento da parte delle Camere si assista in seno a queste ultime ad una frattura tra le forze politiche di opposto schieramento.

3. *Le modifiche tacite della Costituzione, la forza (e, però, anche i limiti) della scrittura costituzionale, il bisogno dell'aggiornamento del catalogo dei diritti fondamentali*

La scrittura costituzionale ha, dunque, una sua forza innegabile, avvalorata dalla storia, dalle lotte per la Costituzione che hanno infiammato la fine del settecento e la prima metà dell'ottocento; e ce l'ha, dunque, anche la riscrittura della Carta, sempre che – beninteso – fatta a modo, a mezzo cioè di enunciati per natura duttili ed essenziali e, nondimeno, in grado di tracciare il solco lungo il quale i successivi svolgimenti, normativi e giurisprudenziali, possano ricevere luce ed orientamento nel loro incessante divenire.

Ciò posto, non va taciuto che le indicazioni della Carta o quelle che dovessero ad esse successivamente aggiungersi restano pur sempre esposte, a motivo dei loro connotati strutturali, a modifiche tacite a mezzo di atti di vario genere[9].

Qui, si pone la micidiale questione teorica relativa a come distinguere il naturale rinnovo semantico cui qualunque enunciato va col tempo soggetto (e più ancora, però, proprio quelli costituzionali in considerevole misura) dalle modifiche in parola che, dunque, diversamente da ciò che costituisce naturale sviluppo del potenziale originario adeguato ad un mutato contesto, da esso restino slegate e, a volte, anzi, vi si pongano in aperto contrasto. Certo, la circostanza per cui il dettato originario non sia toccato è pur sempre una risorsa

fond. (*www.dirittifondamentali.it*), 1/2023, 23 aprile 2023, spec. 473 ss., e *La "fondamentalità" dei diritti fondamentali*, in *Dir. comp.* (*www.diritticomparati.it*), 3/2023, 17 novembre 2023, 135 ss.

[9] Tema antico – come si sa – questo delle modifiche in parola che, nondimeno, ancora di recente è tornato a costituire oggetto di un animato, non finito confronto [*ex plurimis*, v. *Mutamenti costituzionali*, a cura di A. Mangia, R. Bin, in *Dir. cost.*, 1/2020; Y.M. Citino, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Napoli, 2021 e, della stessa, *I materiali fattuali costituzionali nella forma di governo italiana tra vecchie e nuove tendenze*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (*www.gruppodipisa.it*), 2/2021, 21 maggio 2021, 40 ss.; A. Mangia, *Mutamento costituzionale e dogmatica giuridica*, in *Lo Stato*, 19/2022, 61 ss.; V. Baldini, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, Bari, 2023: E. Olivito, *La retorica delle modifiche tacite e il diritto costituzionale esistenziale. Un'ipotesi di studio preliminare*, in *Costituzionalismo* (*www.costituzionalismo.it*), 2/2023, 19 ottobre 2023, 26 ss., e, ora, i contributi al conv. AIC di Brescia del 27-28 ottobre 2023 su *Le dinamiche della forma di governo nell'Italia repubblicana*].

di non poco conto, ad esso potendosi in ogni momento fare appello al fine di correggere o sanzionare ogni forma di scostamento dallo stesso. Ciò che, ad ogni buon conto, ha pratico rilievo è come si presenta il diritto costituzionale vivente, specie per il modo appunto con cui si afferma nelle aule in cui si amministra giustizia, oltre che nelle altre pratiche giuridiche in genere.

Il raffronto tra Costituzione formale e Costituzione vivente non è, comunque, di agevole effettuazione, non sempre risultando sufficientemente definita la prima e nitida l'immagine della seconda a motivo di talune oscillazioni di cui si abbia riscontro nell'esperienza[10]. La Costituzione insomma – com'è stato detto da un'accreditata dottrina[11] – è perennemente in moto ed è naturalmente portata più all'accumulo dei significati ed alla loro custodia nei capienti serbatoi di cui è dotata che alla loro dispersione. La circostanza per cui la scrittura è pur sempre una risorsa preziosa alla quale attingere in relazione alle peculiari e continuamente rinnovate vicende della vita agevola quest'esito. Certo, ci sono enunciati che parrebbero aver ormai esaurito la loro funzione, che somigliano a rami secchi o, meglio, a residui storici, memoria di ciò che è stato e che però ormai non può più essere. Ad es., il disposto di cui all'art. 22, secondo cui nessuno può essere privato della capacità giuridica, della cittadinanza e del nome (aggiungendosi "per motivi politici", quasi che per motivi di altro genere ciò sia possibile…), ha una sua precisa giustificazione storica, assai nota sì da dimostrarsi non necessario farvi qui esplicita menzione, una giustificazione che per vero appare oggi aver esaurito i suoi effetti. Eppure, il fatto che il disposto vi sia e abbia il proprio posto in seno all'articolato della Carta ha anche una naturale proiezione nel futuro, testimoniando come non sia in alcun modo tollerabile che ciò che è stato abbia a ripetersi.

Vi sono, poi, enunciati che esprimono alcune ovvietà francamente imbarazzanti, quale quello di cui all'art. 117, I c., che impone alle leggi di Stato e Regione di mantenersi rispettose, oltre che del diritto internazionale e del diritto

[10] Maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, ora aversi dal mio *Note introduttive ad uno studio dei rapporti tra Costituzione vigente e Costituzione vivente*, in *Dir. fond.* (*www.dirittifondamentali.it*), 1/2024, 19 aprile 2024, 385 ss.

[11] M. Luciani, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Riv. AIC* (*www.rivistaaic.it*), 1/2013, 1° marzo 2013. Di "evoluzione" della Carta preferisce discorrere A. Spadaro, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua* evoluzione *del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss. e, dello stesso, *L'evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo* rigido *e razionalizzato al parlamentarismo* flessibile*, con supplenza presidenziale*, in *Forum* di *Quad. cost.* (*www.forumcostituzionale.it*), 9/2018, 17 settembre 2018, senza che, nondimeno, al diverso linguaggio corrisponda una parimenti diversa sostanza.

comunitario (*rectius*, ormai eurounitario), della stessa Costituzione: come se mai alcuno potesse dubitare della superiorità gerarchica di questa su quelle…

Insomma, nella Carta accanto ai frutti succosi ci sono anche quelli mal fatti, espressivi di un uso non adeguatamente vigilato del linguaggio[12]. Una eventualità che, forse, può considerarsi prefigurata dallo stesso Costituente[13] che, nel prevedere le procedure per la revisione della Carta stessa, ha inteso far riferimento ai necessari aggiornamenti non solo degli enunciati che non avrebbero resistito all'usura del tempo ma anche a quelli che comunque, per l'una o l'altra ragione, non appaiono essere impeccabili.

Va fatta, a questo riguardo, una notazione riguardante un punto nevralgico della trama costituzionale, come tale meritevole di speciale attenzione; ed è che occorre guardarsi dal rischio di far luogo ad una visione mitica o ideale della legge fondamentale della Repubblica che è (e resta) un prodotto della storia, non già un dono fatto dal cielo che, al pari delle tavole mosaiche consegnate da Dio all'uomo, possiede la qualità di poter valere per ogni tempo e luogo. E, invero, non rende un buon servizio alla Carta chi ne esalta oltre misura le capacità espressive e la forza di potersi imporre nei riguardi delle esperienze da essa complessivamente devianti. Dare della Carta un'immagine deformata e artatamente edulcorata si traduce obiettivamente in un ostacolo al miglioramento di un prodotto che non è, comunque, perfetto in sé e per sé ma che si offre agli aggiustamenti indispensabili al fine di aversene un ancora più saldo radicamento nel tessuto sociale ed ordinamentale, foriero di non pochi benefici per la comunità.

È in questo quadro ricostruttivo, qui sommariamente rappresentato unicamente nelle sue linee portanti, che s'inscrive, dunque, l'aggiornamento del catalogo dei diritti fondamentali, specie alla luce delle novità nel frattempo registratesi nel mondo della scienza e della tecnica che hanno – come si sa – sollecitato l'"invenzione" di nuovi diritti ad esse specificamente legati. Diritti

[12] … malgrado – come si ricorderà – il testo finale sia stato sottoposto al vaglio di esperti di primo piano. In generale, sui problemi del linguaggio costituzionale, tra gli altri e di recente, B. Barbisan, *La più bella del mondo? Leggibilità e concretezza della Costituzione italiana*, in *Riv. AIC* (*www.rivistaaic.it*), 2/2022, 8 giugno 2022, 142 ss., e, nella stessa *Rivista*, J. Visconti, *La lingua della Costituzione tra lessico e testualità*, 3/2022, 29 agosto 2022, 110 ss. Da ultimo, i contributi al convegno AIC svoltosi a Messina e Taormina dal 27 al 29 ottobre 2022, su *Lingua linguaggi diritti*, Napoli, 2023. Nella dottrina anteriore, v., almeno, G. Silvestri, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 2/1989, 229 ss.; M. Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars interpretandi*, 1997, 103 ss., e *La lingua dei giuristi*, a cura di P. Caretti e R. Romboli, Pisa, 2016.

[13] … o che, nondimeno, al di là del rilievo del profilo soggettivistico, pur sempre – come si sa – relativo, secondo quanto è proprio dell'*original intent*, può ugualmente farsi riportare al dettato della Carta, alla luce di ciò che è oggettivamente stabilito nell'art. 138.

che, peraltro, richiedono, al fine di potersi far valere, discipline opportunamente misurate ed incisive allo stesso tempo, non eccessivamente puntuali e però neppure eccessivamente laconiche e sommarie, in grado cioè di tenere il giusto passo e di potersi così offrire utilmente ai giudici ed agli altri pratici del diritto in vista della loro adeguata traduzione nell'esperienza.

4. *La funzione di stabilizzazione semantica degli enunciati esercitata dal diritto vivente, i frutti succosi offerti dal "dialogo" tra le Corti, la flessibilizzazione di soluzioni legislative eccessivamente rigide per mano della giurisprudenza e la soglia oltre la quale quest'ultima non può comunque portarsi*

Il "dialogo" tra le Corti – come si vede –, a stare alle indicazioni risultanti da questo modello, si pone pur sempre quale una risorsa preziosa al servizio dei diritti, della quale questi ultimi non possono dunque fare, in alcun caso o modo, a meno. Va, nondimeno, riconosciuto che un "dialogo" ben fatto, anche nello scenario praticamente invalso e sensibilmente divergente dal modello stesso, si pone pur sempre quale garanzia di una pur relativa stabilità in ordine alla conformazione dei diritti in parola, specie laddove lo stesso si consolidi in diritto vivente. A volte, anzi, possiede un respiro ancora più profondo, foriero di maggiori garanzie per la certezza del diritto e dei diritti, un riconoscimento *ope juris prudentiae* rispetto ad uno venuto da leggi comuni che confusamente si accavallino nel tempo, senza pertanto offrire alcuna certezza.

Si diceva poc'anzi che di oscillazioni e divergenze di orientamento dei giudici si ha pressoché quotidianamente riscontro nella pratica giuridica e che, però, alla lunga ancora più marcate e vistose appaiono essere le convergenze e talora persino la sostanziale identità di vedute.

La fioritura delle Carte dei diritti e il contemporaneo operare di più Corti dislocate in ambiti istituzionali diversi ha naturalmente portato all'esito di far emergere sia le une che le altre linee di tendenza, nel mentre il "dialogo" intergiurisprudenziale ha mostrato di potersi distendere altresì al piano dei rapporti interordinamentali. Ciò che se, per un verso, ha complicato le cose, per un altro verso ha però costituito (e costituisce) un indubbio rafforzamento delle garanzie di cui i diritti ormai dispongono. Non è, insomma, senza significato che la loro salvaguardia e, prima ancora, come si diceva, lo stesso riconoscimento possano avere più sedi, disposte anche in ordinamenti diversi, al fine di potersi affermare, non di rado producendosi quindi un effetto di trascinamento idoneo ad aprirsi a raggiera e diffondersi anche in luoghi lontani da quello in cui originariamente si manifesta, secondo quanto peraltro è proprio della cultura in genere che ha una vocazione naturalmente espansiva, senza confini artificiosamente posti alla sua affermazione.

Solo un paio di esempi per tutti, uno in materia civile ed uno in materia penale.

Si consideri, dunque, in primo luogo, il diritto a conoscere le proprie origini biologiche, dapprima rimasto inappagato dalla Consulta che ha giudicato essere non irragionevole la disciplina che lo negava e di poi, invece, anche per impulso della giurisprudenza europea che aveva patrocinato una soluzione maggiormente mite e non preclusiva, finalmente riconosciuto anche dal nostro giudice delle leggi. Non v'è dubbio che si tratti, dunque, di un "dialogo" ben riuscito, tradottosi in una soluzione maggiormente conforme a ragionevolezza e rispettosa non soltanto delle aspettative della madre, comunque meritevoli di ogni considerazione, ma anche di quelle del figlio non meno bisognose di attenzione.

Si torni, inoltre, a ripensare, ancora una volta, alla nota vicenda *Taricco* che ha visto dapprima i giudici su posizioni sensibilmente diverse e reciprocamente divaricate, quindi ricomposte, ancora una volta grazie al "dialogo" intergiurisprudenziale, per quanto sia per vero doveroso ammettere che non si è avuta – come, invece, si è detto da alcuni – una piena identità di vedute tra gli operatori di giustizia.

E così via, Molti altri esempi, ovviamente, potrebbero aggiungersi a quelli appena fatti, a riprova di quel *trend* alla espansione dell'area materiale entro cui prendono forma e maturano le vicende concernenti i diritti, di cui si è venuti dicendo. Ciò che, nondimeno, rimanda ad altre sedi per la loro opportuna illustrazione. Su un punto soltanto mi preme qui fermare, sia pure solo per un momento, l'esame, facendo richiamo di notazioni altrove svolte ed apportandovi ulteriori precisazioni; e riguarda la tendenza crescente alla flessibilizzazione per mano della giurisprudenza di testi di legge che presentano una struttura eccessivamente rigida[14]. Certo, si assiste, ancora una volta, alla riscrittura per via interpretativa dei testi stessi, al di fuori dunque delle procedure stabilite per l'aggiustamento dei prodotti della normazione. E, tuttavia, non ci si nasconda che le discipline legislative, con il carattere astratto che è loro proprio, non possono comunque abbracciare l'incontenibile varietà dei casi che possono manifestarsi nell'esperienza. È, dunque, giocoforza che si abbia un ruolo attivo, di cruciale rilievo, che solo i pratici del diritto (e, segnatamente, appunto i giudici) possono giocare. Non meno vero è, però, che alcune leggi riguardanti i diritti esibiscono ora difetti ed ora eccessi di disposizioni, faticando pertanto a raggiungere la giusta misura al fine di darvi congruo appagamento. Ed è anche

[14] Se ne tratta nel mio *Nuovi diritti fondamentali, nuove tecniche decisorie, nuovi equilibri (*rectius*, squilibri) istituzionali*, in *Dir. fond.* (*www.dirittifondamentali.it*), 3/2023, 24 novembre 2023, 477 ss., da cui possono inoltre aversi ulteriori ragguagli.

da qui che trae alimento il sempre più vistoso attivismo dei giudici. Il punto è, però, stabilire quale sia la soglia comunque invalicabile, oltre la quale viene pertanto a determinarsi il sostanziale snaturamento della giurisdizione e, con esso, il sacrificio del principio della separazione dei poteri, vale a dire di una delle due gambe su cui si regge e porta avanti, nel suo pur non sempre lineare e comunque talora sofferto cammino, lo Stato costituzionale.

È chiaro che non si dà un metro sicuro e suscettibile di meccaniche applicazioni. Possono solo fissarsi alcuni principi di fondo che devono costantemente ispirare l'opera apprestata dai giudici, il primo dei quali ha riguardo al divieto di riscrittura dei testi di legge mascherata sotto le mentite spoglie di coraggiose ed innovative reinterpretazioni degli stessi. Né vale opporre che essa può rinvenire giustificazione nel principio machiavellico per cui il fine giustifica il mezzo, dal momento che – come ha rilevato un'accreditata dottrina[15] – "i fini non giustificano mai i mezzi, perché sono sempre i mezzi a prefigurare i fini". Stabilire, poi, in concreto quando la riscrittura stessa prende o no forma resta, a conti fatti, demandato, per un verso, al regime dei gravami cui le decisioni dei giudici vanno soggette e, per un altro verso, a quella risorsa culturale preziosa che è data dal "dialogo" intergiurisprudenziale cui qui pure si assegna uno speciale rilievo, anche – come si è veduto – a finalità di garanzia del corretto esercizio della giurisdizione. Un rilievo particolarmente apprezzabile in relazione alle pronunzie dei giudici di ultima o unica istanza, tra le quali – per ciò che è qui di specifico interesse – quelle del tribunale costituzionale.

Al tirar delle somme, la migliore garanzia della certezza del diritto costituzionale e, a un tempo, dei diritti costituzionali non è data – come si suol dire – dal fatto in sé della esistenza della Corte costituzionale e dal suo pur essenziale ed indefettibile ruolo di organo abilitato ad enunciare "verità" costituzionali non impugnabili; è data dalla circostanza per cui, nell'esercizio del *munus* demandatole, la Corte è naturalmente sollecitata e – direi – obbligata, al fine di farvi luogo nel migliore dei modi, a dar vita ad un fitto e fecondo "dialogo" con tutte le voci culturali emergenti dal corpo sociale e, in ispecie, come si è venuti dicendo, con quelle che provengono dalle altre sedi in cui si amministra giustizia, nazionali e non.

Il secondo principio, poi, riguarda specificamente il giudice costituzionale (e, però, come subito si dirà, di riflesso anche i giudici comuni); ed attiene al divieto fattogli di portarsi oltre, in occasione del rifacimento dei testi di legge (segnatamente, a mezzo di pronunzie additive), il limite delle c.d. "rime obbligate" di crisafulliana memoria. Non ne dirò qui *ex professo* vuoi per la

[15] A. Pugiotto, *Dalla "porta stretta" alla "fuga" dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 169.

notorietà di questa vicenda e vuoi per non ripetere pensieri con riguardo ad essa già in altri luoghi manifestati. Mi limito solo a far presente che, per effetto del superamento del limite in parola, la confusione dei ruoli istituzionali ha la sua emblematica rappresentazione, convertendosi – innaturalmente, appunto – la Corte da organo di garanzia, qual è e quale sempre deve restare, pur nella peculiarità del ruolo giocato, fatto – come suol dirsi – di un *mix* di politica e giurisdizione[16], in organo di decisione politica, anzi nel massimo organo di decisione, non potendo i suoi verdetti andare soggetti a forma alcuna di contestazione giuridica. Non è allora chi non veda a quali rischi viene a trovarsi esposta la Costituzione, per effetto di siffatto snaturamento della funzione demandata alla Corte e della quale essa per prima deve costantemente mostrarsi scrupolosa custode.

Si aggiunga, poi, la circostanza di non poco conto secondo cui, constatata la disponibilità della Corte a superare il limite in parola, i giudici comuni potrebbero sempre più di frequente investirla di questioni temerarie, un tempo qualificate come "suicide", che però potrebbero, almeno in taluni casi, trovare ascolto presso la Consulta. Potrebbe, insomma, assistersi ad una spirale perversa che si ricarica da sé senza sosta, portando ad esiti imprevedibili e francamente inquietanti.

5. *Al tirar delle somme, qual è lo stato di salute dei diritti?*

Si dispone ormai degli elementi utili per formulare talune succinte notazioni finali, precisando ancora meglio i principali esiti teorico-ricostruttivi emersi dall'analisi svolta.

Due dati, in particolare, si rendono particolarmente evidenti e meritano un supplemento di riflessione.

Il primo è costituito dal carattere internamente eterogeneo delle linee di cui si compone l'indirizzo politico, per fare qui, per l'ultima volta, riferimento ad una nozione usualmente vista come unitaria e che, però, in realtà richiederebbe piuttosto di essere declinata al plurale. La qual cosa appare particolarmente vistosa proprio sul terreno sul cui maturano le esperienze dei diritti, tant'è che, a rigore, dovrebbero tenersi distinti gli indirizzi stessi in ragione di ciascuno di essi. Se ne ha riprova a considerare le usuali partizioni in cui si riuniscono i diritti stessi, ad es. quella che li divide in civili e sociali. Ebbene, non torno ora

[16] Sulla doppia "anima" – come suole essere chiamata – della Corte, v., per tutti, R. Basile, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Milano, 2017, e *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, a cura di R. Romboli, Torino, 2017.

a rivedere l'annosa questione riguardante il fondamento di siffatta categorizzazione, ammessa e smentita allo stesso tempo dalla Carta [art. 117, II c., lett. *m*)] che la riconosce e però la supera, tutti i diritti essendo giudicati bisognosi di essere sorretti da prestazioni. Mi limito solo a far notare che ciascuno dei diritti appartenente all'una ovvero all'altra *species* ha avuto (ed ha) vicende sue proprie che – per ciò che è qui di specifico interesse – si sono svolte nel segno di una "graduata", per qualità e quantità, tutela. Se ci si interroga, insomma, in ordine alla "misura" del ristoro offerto ai diritti, ci si avvede che gli esiti sono sensibilmente diversi.

Ad es., con riferimento ai diritti sociali, è chiaro che nessuno di essi può dirsi appieno appagato, per l'ovvia considerazione che si danno pur sempre sacche di mancata salvaguardia. Si tratta, perciò, di stabilire dove essa si abbia in una misura complessivamente appagante.

Ora, per ciò che attiene all'istruzione ed alla salute, i dati nel complesso non appaiono essere in tutto negativi. L'accesso alle scuole pubbliche è garantito ad una larga fascia del corpo sociale, mentre l'evasione scolastica si mantiene pur sempre entro una soglia tollerabile, pur essendo sensibilmente più elevata rispetto ad altri Paesi[17]. Anche l'accesso alle strutture sanitarie pubbliche è – come si sa – aperto a tutti; ed è un risultato che va doverosamente considerato di non poco conto, specie se messo a raffronto con ciò che invece si ha in altri Paesi nei quali il quadro appare essere assai diverso[18].

Certo, se poi dovesse farsi riferimento alla qualità dei servizi e ai tempi insopportabilmente lunghi di attesa delle prestazioni, la conclusione sarebbe assai diversa, anche con riferimento alle parimenti diverse realtà territoriali, a motivo del fatto che, al di là di alcune isolate eccellenze, il Centro-Sud del Paese appare essere fortemente penalizzato rispetto al Nord, per quanto per vero i tempi di attesa per sottoporsi a taluni esami diagnostici siano insopportabilmente lunghi in ogni parte del Paese (anche oltre un anno…), al punto di pregiudicare nei fatti la salvaguardia del diritto alla salute di coloro che non hanno i mezzi per ricorrere alla sanità privata.

Il quadro muta, poi, sensibilmente per quanto attiene al diritto al lavoro: la non occupazione e l'occupazione in nero raggiungono cifre allarmanti[19], testimoniando così *per tabulas* l'impossibilità di seguitare a fare un discorso

[17] Nel 2022, ha abbandonato la scuola l'11,5% dei giovani tra i 18 e i 24 anni, quasi 2 punti in più della media dei Paesi appartenenti all'Unione europea (9,6%).

[18] Si rammenti, ad es., il sistema vigente negli Stati Uniti d'America, laddove chi è privo di copertura assicurativa e non dispone di risorse finanziarie adeguate (in relazione a talune malattie, assai onerose), è praticamente condannato a non potersi curare.

[19] Secondo i dati resi noti dall'ISTAT, il numero di disoccupati è passato da 1.340.000 del 1977 ad oltre 2.000.000 del 2023 (in particolare, al 30 novembre 2023, il tasso di occupazione è

unitario per la categoria dei diritti in parola, che dunque risulterebbe oggettivamente forzoso.

Davanti, poi, alle acclarate inadempienze e complessive carenze dei decisori politici, si suole stancamente opporre il *leit motiv* della esiguità delle risorse disponibili ovvero si rimanda a cause che hanno fuori delle mura statali i luoghi della loro manifestazione. Quest'ultimo rilievo coglie certamente nel vero, per quanto non sia tollerabile che ogni Stato lo adduca a giustificazione delle proprie mancanze, con la conseguenza che nessuno sarebbe responsabile dei *vulnera* recati ai diritti ed ai bisogni in genere maggiormente avvertiti dalla comunità. Il primo rilievo, di contro, come vado dicendo da tempo, è a mia opinione pretestuoso, dal momento che le risorse non fanno per vero difetto, solo che sono mal distribuite perpetuandosi così talune annose e gravi discriminazioni a danno dei soggetti meno abbienti e maggiormente vulnerabili ed esposti.

Diciamo le cose come stanno. Nessuno dei Governi succedutisi dall'avvento della Repubblica ha mosso un dito per ridurre sensibilmente il *gap* tra ricchi e poveri; e, già solo per ciò, a mio modo di vedere, il nostro non può dirsi uno Stato democratico, come invece è solennemente enunciato in apertura del libro costituzionale. Se, infatti, democrazia è, in uno dei suoi significati (anzi, proprio nel più qualificante), partecipazione del popolo al governo della cosa pubblica, la sussistenza delle discriminazioni cui si è fatto cenno costituisce obiettivamente un ostacolo, pesante come un macigno, che si dimostra essere insuperabile da parte di molti, in disprezzo dell'affermazione, assiologicamente pregnante, di cui all'art. 3, II c., risolvendosi per ciò stesso in una sostanziale emarginazione dal circuito in cui prende forma la partecipazione al governo della cosa pubblica, la cui affermazione finisce pertanto con l'essere involontariamente mistificatoria e beffarda.

Ciò che si è appena rilevato, sia pure in modo largamente approssimativo, per i diritti sociali può pari pari ripetersi per altri diritti ovvero per determinate categorie di persone che ne sono portatrici.

Si pensi solo alle perduranti, odiose discriminazioni patite dalle donne in ordine al godimento sia dei diritti sociali, cui si è appena fatto cenno, sia (ed ancora più a fondo) della loro dignità, in molti campi della vita di relazione esposta a frequenti mortificazioni, o, ancora, ai diritti dei migranti irregolari, e così via. Insomma, quel che appare ad oggi in sensibile misura inciso è il diritto alla solidarietà, indebitamente sacrificato in non pochi ambiti materiali ed in

61,8%. Quanto, poi, alla disoccupazione giovanile risulta il 21,3% a fronte di una media UE del 14,1%, ponendosi pertanto il nostro Paese al terzo posto dopo Spagna e Grecia).

relazione a plurime e varie esperienze di vita associata[20]. Il che, poi, equivale a riconoscere che sono largamente disattesi quei doveri di solidarietà di cui si fa parola in uno dei principi fondamentali della Carta.

Il secondo dato che si vuol mettere in speciale evidenza rimanda, ancora una volta, al ruolo dei giudici, in ispecie a quello che traspare per effetto del "dialogo" che tra gli stessi sempre più di frequente e pressoché quotidianamente si svolge.

Si sa che gli indirizzi giurisprudenziali si presentano con varietà di forme e di movenze, oscillando perennemente tra il corno della continuità e quello della discontinuità pur con riguardo ad una stessa questione oggetto di giudizio. Si dà, però, come si è veduto, un preorientamento di scopo che sorregge ed alimenta gli indirizzi in parola, costituito dalla ricerca della ottimizzazione della tutela dei diritti. Il "dialogo" giurisprudenziale è una risorsa preziosa a tal fine e si converte nella stabilizzazione dei suoi esiti maggiormente qualificanti, portando non di rado all'affermazione di un diritto vivente che, nondimeno, non chiude ad ulteriori avanzamenti della tutela stessa.

Sta qui, dunque, la differenza di fondo tra il modo concreto di operare della direzione politica e della giurisprudenza (e, perciò, dei prodotti che tipicamente li esprimono), solo la seconda ritenendosi soggetta al vincolo di scopo suddetto, con la funzione unificante che gli è proprio, accomunandosi pertanto, per l'aspetto in parola, esperienze processuali pure in sé obiettivamente diverse. Ebbene, siffatto fattore unificante non si rinviene in relazione alle linee politiche componenti l'indirizzo. Piaccia o no, è così e non si può, pertanto, far altro che prenderne atto.

(2 giugno 2024)

[20] Del valore in parola non sono state, a mia opinione, ancora oggi esplorate fino in fondo le formidabili potenzialità espressive, per quanto lo stesso abbia costantemente costituito oggetto di studio da varie prospettive e con esiti teorico-ricostruttivi parimenti diversi [in tema, di recente, G. Comazzetto, *La solidarietà necessaria. Metamorfosi di un principio nell'orizzonte costituzionale europeo*, Napoli, 2023; F. Lucherini, *La solidarietà come fondamento relazionale dei diritti sociali. L'esperienza italiana in prospettiva comparata*, in *Quad. cost.*, 4/2023, 943 ss.; L. Delli Priscoli, *I doveri di solidarietà*, in *La Costituzione vivente*, a cura dello stesso L. Delli Priscoli, Milano, 2023, 79 ss., e C. Salazar, *Sui diritti sociali e il principio di solidarietà*, in *Riv. AIC* (*www.rivistaaic.it*), 1/2024, 14 marzo 2024, 188 ss.; i contributi che sono nel fasc. monografico dedicato al tema *I percorsi della solidarietà nello stato costituzionale: nuovi attori e problemi, tra Costituzione e politiche europee*, a cura di A. Buratti, in *Dir. comp.* (*www.dirittticomparati.it*), *Special Issue* V (2024), nonché, con specifico riguardo alla dimensione sovranazionale, P. Mengozzi, *L'idea di solidarietà nel diritto dell'Unione europea*, Bologna, 2022, e C. Massarotti, *Il principio di solidarietà nel diritto dell'Unione europea*, in *Astrid* (*www.astrid-online.it*), 6/2024, 22 aprile 2024].

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"

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Una forma di governo "ibrida". – 3. Le "relazioni pericolose" tra il Presidente del Consiglio eletto a suffragio universale e diretto e il Capo dello Stato nel d. d. l. "Meloni-Casellati": qualche riflessione. – 4. Conclusioni.

1. *Premessa*

Come è noto, nel novembre dello scorso anno il Consiglio dei ministri, su proposta della Presidente Giorgia Meloni e della Ministra per le riforme istituzionali e la semplificazione normativa Maria Elisabetta Alberti Casellati, ha approvato il disegno di legge di revisione costituzionale che, di lì a poco, ha avviato il proprio *iter* parlamentare con 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»[1].

Sul d. d. l., cui è stata assegnata la numerazione AS 935, si è appena concluso – in esito a un acceso confronto tra gli esponenti della maggioranza e quelli delle opposizioni – l'esame della Commissione Affari costituzionali del Senato (d'ora innanzi, Commissione). Nelle considerazioni che seguono, si terrà conto, pertanto, del testo del d. d. l. da essa licenziato il 24 aprile 2024[2].

2. *Una forma di governo "ibrida"*

Al "titolo breve" del d. d. l. leggibile sul sito del Senato – *Modifiche costituzionali per l'introduzione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei*

[*] Ordinaria di Diritto costituzionale nell'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria.

[1] Cfr. il comunicato stampa della Presidenza del Consiglio n. 57 del 3 novembre 2023 (in *www.governo.it*), ove si legge che il disegno in commento – d'ora innanzi, anche d. d. l. – è volto alla «introduzione dell'elezione popolare diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri e la razionalizzazione del rapporto di fiducia».

[2] Nel presente scritto, aggiornato al 30 aprile 2024, si riprendono con ulteriori sviluppi le considerazioni svolte in C. SALAZAR, *Il disegno di legge di revisione costituzionale recante modifiche agli articoli 59, 88, 92 e 94 della Costituzione: qualche riflessione*, in *Giudicedonna.it*, 1/2024, 1 ss.

ministri[3] – può ricondursi il diffuso riferimento, anche da parte dei *media*, al *premierato* quale fulcro delle modifiche alla forma di governo apportate dalla riforma *in itinere*: l'elezione a suffragio universale e diretto del Presidente del Consiglio, del resto, recepisce una suggestione su cui si discute da tempo nel dibattito scientifico, e che è stata variamente proposta in precedenti progetti di revisione costituzionale[4]. Tuttavia, è noto che ogni riflessione sul premierato deve tenere conto che il termine non rimanda a un "modello" univoco: basti dire che nel Regno Unito, ove si è strutturato l'archetipo di tale forma di governo, questa ruota intorno a un Primo ministro non eletto direttamente, che deve la propria legittimazione – come si sa – al fatto di essere il *leader* del partito uscito vittorioso dalle urne in occasione delle elezioni parlamentari, in assenza di una Costituzione scritta ed in costanza di una meccanica sostanzialmente bipartitica, consolidatasi grazie a un sistema elettorale maggioritario a collegi uninominali e a turno unico, con formula *plurality*.

Intervenendo in Commissione, la Ministra Alberti Casellati ha discusso di *forma di governo neoparlamentare*, definizione che viene riferita, in genere, alla (infelice) esperienza della elezione popolare del *Premier* introdotta in Israele nel 1992 e abbandonata nel 2001: un esempio le cui peculiarità non sembrano, però, facilitarne l'accostamento alla forma di governo tratteggiata nel d. d. l. Questa, inoltre, non è nemmeno sovrapponibile *in toto* alla forma di governo prevista dalla Costituzione per le Regioni ordinarie, «sinteticamente designata, nell'art. 122 Cost., con la formula "Presidente eletto a suffragio universale e diretto"»[5]: a tacer d'altro, in quest'ultima opera in termini rigorosi il meccanismo *simul stabunt, simul cadent*, che invece è recepito dal d. d. l., come si vedrà, soltanto in alcuni casi[6]. Poiché al di là dei confini nazionali non si rintraccia una forma di governo "ibrida" paragonabile a quella delineata dal d. d. l., può allora dirsi che essa si segnala per la sua *unicità*.

[3] Il titolo breve si legge in *www.senato.it*.

[4] In proposito, cfr. F. Fabrizzi, G. Pitruzzella, A. Poggi, V. Tondi della Mura, F. Vari, a cura di, *Riforme istituzionali e forme di governo*, Torino, 2023; T. E. Frosini, *Il premierato e i suoi nemici*, in *Dir. pubbl. eur. – Rass. online,* 2/2023, XVII ss.; Id., *Le ragioni del premierato*, in *Forum di Quad. cost.,* 1/2024, 61 ss.; C. Fusaro, *Premierato a legittimazione diretta e scioglimento delle Camere*, in *federalismi.it - Paper*, 4 marzo 2024, 1 ss. Per un'ampia panoramica sul d. d. l., cfr. gli interventi al *Forum Elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Dir. pubbl. eur. - Rass. online*, 2/2023, I ss.

[5] Corte cost., sent. n. 12/2006, par. 4, cons. in dir.

[6] Cfr. F. Lanchester, *Il disegno di legge AS 935 2023*, in *Dir. pubbl. eur. – Rass. online*, 2/2023, LXXVII ss.; C. Fusaro, *op. cit.*, 6 ss.; 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. Aic.*, 1/2024, 11 ss.

Tuttavia, la constatazione di tale pur non trascurabile dato può essere assunta quale punto di partenza, non già come punto di arrivo. Se si pone per un momento in secondo piano la questione del *nomen* da attribuire alla "nuova" forma di governo, e si tiene conto del dibattito scientifico sulle riforme costituzionali – delle quali nel nostro Paese si discute, come è noto, sin dalla seconda metà del secolo scorso – quel che a mio avviso appare necessario, nell'esame di questo come di ogni altro disegno di revisione della Parte seconda della Costituzione, è concentrare l'attenzione sul grado di coerenza riscontrabile nella proposta rispetto ai canoni che, in ossequio al principio della separazione dei poteri, orientano la strutturazione delle funzioni pubbliche nelle democrazie costituzionali[7], per poi valutare la razionalità dei meccanismi posti alla base dei rapporti tra gli organi di indirizzo politico e tra questi ultimi e gli organi di garanzia: nel caso del d. d. l. "Meloni-Casellati", tra il *Premier* eletto e il Presidente della Repubblica.

In tale luce, le prospettive di buon funzionamento di tali meccanismi, in relazione ai fini che la riforma intende perseguire – primo fra tutti, la stabilità dei Governi – vanno considerati non soltanto in astratto, ma anche guardando al contesto politico-istituzionale nel quale essi, una volta entrata in vigore la riforma, dovranno essere applicati: come suole dirsi, la forma di governo «è un abito che va adattato alle caratteristiche del corpo politico che deve regolare»[8].

3. *Le "relazioni pericolose" tra il Presidente del Consiglio e il Capo dello Stato eletto a suffragio universale e diretto nel d. d. l. "Meloni-Casellati": qualche riflessione*

Alla luce di queste premesse, le brevi note che seguono si soffermeranno su alcune dinamiche delle relazioni tra il Presidente del Consiglio ed il Capo dello Stato nella forma di governo delineata dal d. d. l.

A tal fine, può assumersi come punto di partenza l'art. 5 del testo approvato in Commissione, che riscrive l'art. 92 Cost.: dopo il primo comma, che resta inalterato rispetto alla norma vigente, il testo si articola in tre nuovi commi, secondo cui: «il Presidente del Consiglio è eletto a suffragio universale e diretto per la durata di 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

[7] Cfr. G. Silvestri, *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, in *Enc. di*r., *I tematici*, V, *Potere e Costituzione*, diretto da M. Cartabia e M. Ruotolo, Milano, 2023, 1122 ss.

[8] Cfr. E. Cheli, *Audizione del professor Enzo Cheli, Vicepresidente emerito della Corte costituzionale, sui disegni di legge nn. 935 e 830 (modifiche costituzionali per l'introduzione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri*), 1, in *www.senato.it*.

del Consiglio hanno luogo contestualmente», e la legge disciplina «il sistema per l'elezione delle Camere e del Presidente del Consiglio», prevedendo l'assegnazione di un «premio su base nazionale che garantisca una maggioranza dei seggi in ciascuna della Camere alle liste dei candidati collegati al Presidente del Consiglio, nel rispetto del principio di rappresentatività e di tutela delle minoranze linguistiche»; allo scopo di evitare che la carica di Presidente del Consiglio sia ricoperta da "tecnici" non investiti dal voto popolare, esso «è eletto nella Camera nella quale ha presentato la candidatura». Infine, «il Presidente della Repubblica conferisce al Presidente del Consiglio eletto l'incarico di formare il Governo; nomina e revoca, su proposta di questo, i ministri».

Ora, quest'ultimo comma conferma che qualsiasi riscrittura delle disposizioni costituzionali sul Presidente del Consiglio finisce per incidere (anche) sull'insieme delle attribuzioni assegnate al Capo dello Stato in occasione della soluzione delle crisi di governo e del riavvio del circuito fiduciario[9].

La costituzionalizzazione della prassi relativa all'incarico sembrerebbe, a prima vista, coerente con la relazione introduttiva al disegno di legge, nella parte in cui evidenzia l'intento dei promotori della riforma di seguire «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», al fine, «da un lato, di ridurre anche le difficoltà applicative e i dubbi interpretativi; dall'altro, di preservare al massimo grado le prerogative del Presidente della Repubblica, che l'esperienza repubblicana ha confermato quale figura chiave della forma di governo italiana e dell'unità nazionale»[10]. Sennonché, si può dubitare sia della portata minimale della riforma, sia della conferma della nostra tradizione costituzionale e parlamentare, poiché nel conferire l'incarico al *Premier* eletto, il Presidente della Repubblica non agirà più seguendo la propria libertà di apprezzamento subordinata soltanto alla Costituzione[11], ma opererà da mero "notaio" rispetto al risultato elettorale. La norma, peraltro, non prevede che il Capo dello Stato proceda alla nomina del Presidente del Consiglio, né chiarisce a chi spetti tale potere.

In sostanza, alla introduzione dell'elezione diretta del *Premier* corrisponde la cancellazione di una delle attribuzioni di maggior rilievo tra quelle assegnate

[9] La stesura attuale della norma deriva dall'approvazione da parte della Commissione dell'emendamento governativo n. 3.2000 del Governo: si tratta del primo voto del Parlamento in favore dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio. L'emendamento ha inglobato il subemendamento n. 3.2000/444, cui si deve l'inserimento, in coda al terzo comma della norma, del principio del rispetto delle minoranze linguistiche da parte della legge chiamata a disciplinare il sistema per l'elezione delle Camere e del Presidente del Consiglio.

[10] Cfr. la relazione introduttiva al d. d. l., 4.

[11] Cfr. M. Luciani, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, III, Milano, 2010, 570.

dai Costituenti al Capo dello Stato, quale rappresentante dell'unità nazionale (art. 87, comma 1, Cost.)[12].

Tra continuità e discontinuità si colloca anche la previsione secondo cui il Capo dello Stato nomina e revoca i Ministri, su proposta del Presidente del Consiglio eletto. Il dato testuale suggerisce che il primo conservi la sua funzione di garanzia, ma non è detto che l'andamento delle cose confermerà tale impressione.

Nella "nuova" forma di governo, il *Premier* eletto potrà infatti far leva sulla sua legittimazione, derivante dal voto popolare, per "blindare" la lista dei Ministri dinanzi a eventuali riserve manifestate dal Capo dello Stato, non eletto direttamente dai cittadini: appare molto probabile, pertanto, che il controllo da questo esercitato sulla proposta del Presidente del consiglio subisca un sensibile ridimensionamento rispetto al presente, né può escludersi l'insorgere di tensioni e di veri e propri conflitti tra i due organi.

Analogo scenario si profila con riguardo alla proposta di revoca dei Ministri: novità, quest'ultima, non prevista nel testo originario del d. d. l., ove è stata introdotta da un emendamento governativo approvato in Commissione[13]. Il ricorso alla proposta di revoca potrebbe, pertanto, diventare uno strumento per risolvere sbrigativamente i contrasti che insorgano tra il *Premier* e i componenti della compagine governativa: stando così le cose, benché la riforma non tocchi l'art. 95 Cost., essa potrebbe accelerare la "verticalizzazione" già oggi

[12] Da notare che il potere di nomina del Presidente del Consiglio assegnato al Capo dello Stato dall'art. 92 Cost. è sparito nel testo dell'art. 3 del d. d. l. approvato dal Consiglio dei ministri, ma è riapparso – presumibilmente, per una svista – nell'emendamento n. 2.0.1 (testo 3), proposto dal senatore M. Pera e trasfuso dalla Commissione nell'art. 4 del testo da questa approvato. Esso modifica l'art. 89 Cost., al fine di sottrarre alla controfirma ministeriale «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». In proposito, cfr. 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 *ConsultaOnline*, 1/2024, 446 ss.

[13] Cfr. *supra*, in nt. 9. In realtà, l'introduzione della *proposta* di revoca dei Ministri al Capo dello Stato non richiede necessariamente l'elezione popolare del *Premie*r, che semmai è il presupposto perché questi eserciti direttamente *il potere di nomina e quello di revoca* degli stessi: la proposta di revoca potrebbe invece ricondursi allo strumentario a disposizione del Presidente del Consiglio per mantenere l'unità dell'indirizzo politico e amministrativo, ai sensi dell'art. 95 Cost. In questa luce, essa potrebbe essere introdotta anche attraverso una modifica *ad hoc* della l. n. 400/1988: in tal senso, cfr. A. Spadaro, *Riforma costituzionale (premierato elettivo) o riforma elettorale (maggioritario con designazione del* premier*)?*, in *ConsultaOnline*, III, 2023, 1066. In quest'ultimo caso, restando invariata la Costituzione, rimarrebbe ferma la funzione di garanzia svolta dal Capo dello Stato.

riscontrabile in favore del Presidente del Consiglio nelle dinamiche interne al Consiglio dei Ministri[14].

Ulteriori novità degne di nota si rinvengono nella riformulazione della disciplina dello scioglimento anticipato delle Camere.

Inizialmente, l'art. 2 del d. d. l. interveniva soltanto sull'art. 88, comma 1, Cost. limitandosi a sopprimere la previsione relativa allo scioglimento di una singola Camera, possibilità – come si sa – caduta in un cono d'ombra dal momento in cui è stata parificata la durata, originariamente differenziata, dei rispettivi mandati del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati. Sennonché, il 14 marzo scorso la Commissione ha approvato l'emendamento 2.2000 proposto dal Governo, che riformula l'ultimo comma della stessa norma costituzionale sul "semestre bianco", sostituendo le parole «salvo che essi coincidano in tutto o in parte con gli ultimi sei mesi della legislatura» con l'inciso «salvo che lo scioglimento costituisca atto dovuto».

Ora, quest'ultima locuzione, di non immediata intelligibilità, rinvia implicitamente alle nuove previsioni sullo scioglimento, contenute nell'art. 7 del d. d. l.: esso riscrive l'art. 94 Cost., riformulandone il comma 3 e inserendo in coda alla disposizione attuale tre nuovi commi.

Con riguardo all'avvio del rapporto fiduciario, la norma continua a imporre che, entro dieci giorni dalla sua formazione, il Governo del *Premier* eletto si presenti alle Camere per ottenerne la fiducia: la conservazione della necessità della fiducia iniziale al Governo guidato da un Presidente del Consiglio che ha già superato il vaglio delle urne rende possibile – per quanto appaia improbabile – l'inverarsi di un aspro conflitto tra la volontà del Parlamento e quella popolare. Ove ciò accada, la norma non introduce immediatamente, come ci si aspetterebbe, lo scioglimento automatico delle Camere attraverso la previsione del meccanismo *simul stabunt, simul cadent*, ma esige che l'intervento del Presidente della Repubblica si snodi secondo un percorso obbligato, scandito in due tempi: in prima battuta, egli *dovrà* rinnovare al *Premier* eletto l'incarico di formare il Governo, per procedere *necessariamente* allo scioglimento delle Camere in un secondo momento, qualora anche il "nuovo" Governo non riscuota la fiducia iniziale. Qui, emerge chiaramente come il mantenimento del rapporto fiduciario faccia sì che la durata quinquennale del mandato del *Premier* eletto e del Governo da lui guidato sia solo «teorica»[15]: sarà ben possibile

[14] Cfr. I. Ciolli, *Le democrazie sotto stress e il pasticciaccio brutto del premierato*, in *Costituzionaismo.it*, 1/2024, 88 ss.

[15] Cfr. G. Silvestri, *Audizioni ddl 935 - 830 (Modifiche costituzionali. Introduzione elezione diretta Presidente del Consiglio), 28 novembre 2023*, 3, in *www.senato.it*.

che, poco tempo dopo la chiusura delle urne, entrambi escano di scena e che si torni al voto.

Vero è che la norma offre al *Premier* eletto una seconda *chance*, in seguito al primo voto di sfiducia: ma questa possibilità appare essa stessa problematica, poiché il Presidente del Consiglio, presumibilmente, tenterà in ogni modo di sfruttare al meglio tale opportunità per ottenere il favore del Parlamento, anche modificando il programma e riformulando la composizione della squadra di governo. Se ciò dovesse avvenire, è facile immaginare il disorientamento dell'opinione pubblica dinanzi a questo rapido mutamento di idee, progetti e compagine governativa, non molto distante dalle viete strategie di "trasformismo" che i promotori della riforma affermano di voler contrastare.

Ancora più macchinosa si presenta la "norma anti-ribaltone" formulata dall'art. 7 del d. d. l. con riguardo all'eventualità di cessazione dalla carica del Presidente del Consiglio eletto[16].

Nella prima stesura approvata dal Consiglio dei Ministri, essa affidava al Capo dello Stato la scelta tra conferire l'incarico di formare un nuovo Governo al Presidente del Consiglio dimissionario, ovvero a un altro parlamentare candidato in collegamento con il primo, «per attuare le dichiarazioni relative all'indirizzo politico e agli impegni programmatici su cui il Governo del Presidente eletto ha ottenuto la fiducia». Qualora nemmeno questo "nuovo" Governo avesse ottenuto la fiducia, «e negli altri casi di cessazione dalla carica del Presidente del Consiglio subentrante», la norma prevedeva che il Presidente della Repubblica sciogliesse le Camere, secondo il meccanismo *simul stabunt, simul cadent*.

In tal modo, si delineava la possibilità dell'avvento di un "secondo" Presidente del Consiglio – il cui unico titolo per la guida del Governo era la semplice candidatura come parlamentare in collegamento con il *Premier* vincitore delle elezioni – che avrebbe ben potuto essere esponente di un partito inizialmente inserito nella coalizione di maggioranza e poi da questa uscito (magari al fine di determinare la crisi del "primo" Governo). Con un'aggravante: soltanto per il caso di dimissioni del "secondo" Governo guidato dal *Premier* eletto, ovvero di quello guidato dal *Premier* "subentrante", si sarebbe instaurato l'«equilibrio del terrore»[17] tipicamente prodotto dal principio *simul stabunt, simul cadent*, tanto da non potersi escludere che, dinanzi a questo effetto, lo stesso *Premier* eletto fosse tentato di ricercare la "seconda nomina", per conquistare una po-

[16] Di «clausola anti-ribaltone» discorre la relazione introduttiva al d. d. l., 3.

[17] Cfr. G. Silvestri, *Relazione di sintesi*, in A. Ruggeri, G. Silvestri, a cura di, *Le fonti del diritto regionale alla ricerca di una nuova identità*, Milano, 2001, 210.

sizione di maggior "forza" politica[18]. Il *Premi*er "subentrante," insomma, si sarebbe trovato *ab initio* in una posizione politicamente più stabile di quello eletto, poiché le sue dimissioni avrebbero causato *sempre* lo scioglimento delle Camere[19]. Proprio per questo, il *leader* del secondo partito più votato della coalizione vincente sarebbe stato spinto a tentare di far cadere il *Premier* eletto per sostituirlo, prospettandosi perciò un'accesa competizione interna alla maggioranza, e una probabile instabilità dei Governi[20].

Sorprendente appariva, poi, l'imposizione al "nuovo" *Premier* del vincolo del rispetto all'indirizzo politico elaborato dal precedente Governo, in forza del quale egli, irragionevolmente, non avrebbe potuto tenere conto di sopravvenute esigenze che richiedessero correzioni di rotta nell'elaborazione delle politiche pubbliche[21], e sarebbe stato perciò responsabile, ai sensi dell'art. 95 Cost., di scelte non compiute dal Consiglio dei Ministri da lui guidato. Vero è che il vincolo appariva solo *politicamente* e non anche *giuridicamente* sindacabile, non potendosi individuare chi, al di fuori del Parlamento, avrebbe potrebbe assicurarne l'osservanza[22]. Ma questa constatazione rendeva ancor più criticabile la norma, poiché ne denunciava la natura di clausola-manifesto.

Sulla scia delle critiche mosse da più parti nel dibattito scientifico, e di quelle avanzate dalle opposizioni nel corso dei lavori della Commissione, lo stesso Governo ha proposto un emendamento (il n. 4/2000), che ha sostituito la norma "anti-ribaltone" ora rapidamente esaminata: nella seduta del 9 aprile scorso, la Commissione lo ha approvato, unitamente a un subemendamento (n. 4.2000/49) proposto da alcuni senatori. Il risultato, tuttavia, è una previsione non meno tortuosa della precedente.

Dopo la riformulazione, la norma configura lo scioglimento anticipato delle Camere come automatico, qualora le dimissioni del *Premer* eletto siano determinate da una mozione di sfiducia, e come atto sostanzialmente

[18] Cfr. D. De Pretis, *Commissione affari costituzionali del Senato della Repubblica. Audizione della prof.ssa Daria de Pretis già Vicepresidente della Corte costituzionale Ordinario di diritto amministrativo nell'Università di Trento sui disegni di legge nn. 935 e 830 (testo consegnato all'Ufficio di presidenza)*, *Roma 4 dicembre 2023*, 5, in *www.senato.it.*

[19] Cfr., tra gli altri, S. Curreri, *Testo dell'audizione informale svolta il 5 dicembre 2023 dinanzi l'Ufficio di Presidenza della Commissione permanente (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica sui disegni di legge nn. 830 (Renzi) e 935 (Governo) (modifiche costituzionali per l'introduzione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri)*, 3 ss., in *www.senato.it*.

[20] Cfr. M. Della Morte, Uno vale tutti. *Considerazioni critiche (a prima lettura) sul d.d.l. premierato*, in *Dir. pubbl. eur. – Rass. online*, 2/2023, XXXII ss.

[21] Cfr. C. Salazar, *Il disegno*, cit., 15.

[22] In tal senso, cfr. A. Ruggeri, *La riforma Meloni e le sue stranezze, al bivio tra evoluzione istituzionale ed involuzione autoritaria,* ora in Id., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti.* XXVII, *Studi dell'anno 2023*, Torino, 2024, 713.

governativo negli altri casi. Con riguardo a questi, è infatti lo stesso *Premier* a proporre entro sette giorni lo scioglimento al Presidente della Repubblica: il quale – afferma la norma, con un'espressione poco felice, ma eloquente – «lo dispone». Che la decisione sulla sorte delle Camere spetti soltanto al Presidente del Consiglio eletto traluce anche dalla precisazione per cui ove egli, del tutto discrezionalmente, opti per non formulare la proposta, il Capo dello Stato non potrà interloquire in ordine allo scioglimento. In questo caso, infatti, la norma traccia un altro percorso obbligato, rimettendo al Presidente della Repubblica la scelta tra il rinnovo dell'incarico al *Premier* eletto e l'individuazione di un parlamentare (non più candidato, bensì) eletto in collegamento con il primo[23]. Il testo tace sulle conseguenze delle dimissioni dell'uno o dell'altro, ma poiché la scelta del Capo dello Stato tra i due è espressamente ammessa per una sola volta nella legislatura, se ne ricava che anche in quest'ultimo caso si profila lo scioglimento automatico delle Camere[24].

Se ben si comprende, il fine perseguito dalla norma è quello di rafforzare la posizione del *Premier* eletto e di ridimensionare quella del *Premier* "subentrante": al quale, evidentemente, non si vuole rinunciare, benché resti una figura problematica, e non solo perché «nel voto diretto per l'elezione di una persona al vertice di una istituzione politica esiste sempre una componente non trascurabile di fiducia personale di natura plebiscitaria difficilmente trasferibile ad altro soggetto»[25]. La formula attuale della disposizione suggerisce, infatti, che alla "sostituzione" del *Premier* eletto con un parlamentare della medesima coalizione possa giungersi secondo uno schema ben noto, basato su un "accordo" tra i due, avallato dalla maggioranza cui entrambi appartengono: tanto che si è discusso, in proposito, di una razionalizzazione del "patto della staffetta"[26].

[23] La norma, peraltro, riferisce la scelta del Capo dello Stato anche al caso di morte e impedimento permanente del *Premier* eletto, nei quali, però, il rinnovo dell'incarico è per forza di cose escluso, e a quello di "decadenza" dello stesso: quest'ultima, è riferibile, presumibilmente, alla perdita del seggio di parlamentare. In proposito, cfr. S. E. Pizzorno, *Gli emendamenti presentati dal Governo. (Appendice al contributo Il disegno di legge costituzionale ad iniziativa governativa volto a introdurre il premierato. Considerazioni*), in *Forum di Quad. cost*., 1/2024, 106.

[24] Si circoscrive, così, ad una sola occasione la possibilità di riespansione della discrezionalità del Capo dello Stato nella individuazione del "secondo" *Premier*, nonostante la scelta sia già limitata dal fatto che non è possibile investire dell'incarico né i parlamentari dell'opposizione, né chi non sia parlamentare: cfr. D. Mone, *Il ddl costituzionale sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio e la razionalizzazione del rapporto di fiducia: una riforma incoerente*, in *Dir. pubbl. eur. - Rass. on line*, 2/2023, X ss.

[25] Cfr. G. Silvestri, *Audizioni ddl 935*, cit., 2.

[26] Cfr. M. Della Morte, *op. cit.*, XXXIII ss. R. Calvano, *Audizione sul DDL 935*, *artt. 3-4, Commissione affari costituzionali del Senato (16/4/2024)*, 4 ss., in *www.senato.it,* non esclude che

Balzano agli occhi, poi, altre criticità.

L'ascrizione del decreto di scioglimento tra gli atti sostanzialmente governativi impoverisce il ruolo sin qui giocato del Capo dello Stato, interrompendo bruscamente l'evoluzione della nostra tradizione costituzionale, in cui l'elasticità dei poteri presidenziali «e la possibilità di calibrarli con ampi margini di flessibilità in ragione della concreta situazione cui è stato di volta in volta necessario far fronte»[27], hanno contribuito a farne «il garante dell'equilibrio costituzionale» (Corte cost., sent. n. 1/2013)[28]. Nei casi di scioglimento automatico, poi, il ritorno al voto si imporrà anche ove la crisi di governo giunga in un momento critico, in cui potrebbe essere opportuno non interrompere il mandato delle Camere: basti pensare a una qualsiasi tra le varie emergenze – economico-finanziaria, umanitaria, sanitaria, ambientale – con cui ciclicamente siamo costretti a misurarci[29].

Inoltre, la distinzione tra le conseguenze delle dimissioni nascenti dalla mozione di sfiducia e quelle derivanti da ogni altra ipotesi fa sì che tra queste rientri anche il voto contrario su una questione di fiducia: una differenziazione, questa, che contraddice apertamente non soltanto la nostra tradizione costituzionale e parlamentare, ma anche la logica alla base del rapporto fiduciario.

Infine, nulla vieterà che il *Premier* eletto, ottenuto il secondo incarico, modifichi il programma e/o la squadra di governo, al fine di acquisire il sostegno di forze politiche diverse da quelle che lo supportavano in origine. E nulla vieterà che in maniera analoga si comporti il parlamentare "subentrante", che peraltro non deve essere necessariamente espressione dello stesso partito del "primo" *Premier*, ma solo della stessa maggioranza, ed al quale, inoltre, l'attuale stesura della norma non impone più alcun vincolo.

Se le cose andranno così, per i cittadini sarà difficile comprendere le ragioni di queste manovre, che appariranno come "giochi di palazzo" eseguiti in frode al risultato elettorale.

il *leader* di uno dei partiti della coalizione vincente organizzi il voto contrario su una questione di fiducia posta dal Governo del "primo" *Premier*, precostituendosi una maggioranza che gli consenta di ottenere l'incarico da parte del Presidente della Repubblica.

[27] Così, D. De Pretis, *op. cit.*, 6.

[28] Cfr. M. Cartabia, *Traccia Audizione – riforma costituzionale. Ddl 830 e ddl 935, Senato 28 novembre 2023*, 5 ss., in *www.senato.it*.

[29] Specularmente, non sarà possibile che il Presidente della Repubblica sciolga anticipatamente le Camere in situazioni di emergenza che rendano auspicabile il ritorno al voto, come ad esempio in caso di gravissime crisi istituzionali o politiche: cfr. U. De Siervo, *ll ddl di revisione costituzionale n. 935 dopo il lavoro della Prima Commissione del Senato (audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato del 16 aprile 2024 di Ugo De Siervo)*, 3, in *www.senato.it*.

4. *Conclusioni*

Concludo con una notazione sull'*incipit* della relazione di accompagnamento al d. d. l., che individua l'obiettivo della riforma nella offerta di una soluzione all'instabilità dei Governi, alla eterogeneità e volatilità delle maggioranze e al transfughismo parlamentare. Si tratta di mali ben noti, che però non sono inevitabilmente connessi al funzionamento della forma di governo tratteggiata dai Costituenti, apparendo piuttosto quali corollari del processo degenerativo che affligge da tempo il nostro sistema politico, attraversato da tensioni continue tra i partiti e tra le varie componenti degli stessi, ormai trasformatisi in strutture verticistiche autoreferenziali. Questo quadro frammentato e caotico, in cui i partiti appaiono ben lontani dal ruolo per essi tratteggiato nell'art. 49 Cost., influisce anche sulla stabilità dei Governi, messa in pericolo – più che da strategie elaborate dall'opposizione – dalle «continue convulsioni all'interno delle maggioranze parlamentari»[30]. Si spiega così, almeno in parte, il disincanto dell'elettorato, «sempre più volatile e assente»[31]: ma se il crescente astensionismo registrato in occasione delle chiamate alle urne si deve in ampia misura all'impressione diffusa che la politica si sia ormai immiserita in «uno sterile gioco di potere schiacciato sul solo presente»[32], non si vede come tale complesso fenomeno, e le patologie prima evidenziate che ne sono all'origine, possano essere efficacemente contrastati soltanto grazie all'introduzione dell'elezione del Presidente del Consiglio, per di più nel contesto della peculiare forma di governo "ibrida" disegnata dalla riforma.

Questa, infatti, al contrario di quanto si legge nella relazione introduttiva al d. d. l., non assicura una reale stabilità dei Presidenti del Consiglio eletti e dei Governi da essi guidati, né preserva la funzione di garanzia del Capo dello Stato. Al tempo stesso, la riforma contribuisce al processo già in atto di marginalizzazione del Parlamento, configurandone l'elezione "a traino" di quella del *Premier*, e si segnala per opacità, incongruenze e farraginosità tali da far dubitare della concreta possibilità di funzionamento dei meccanismi previsti per risolvere le crisi di governo e per riavviare il rapporto fiduciario.

Del resto, se si muove dalla constatazione per cui è sin troppo ottimistico ritenere che «riforme "giuridiche", anche costituzionali, possano sempre e comunque rimediare, in sé e da sole, a gravi e ataviche carenze del sistema "politico"»[33], non può che apparire discutibile ogni proposta di "razionalizzazione" della forma di governo che, muovendosi al di fuori di una prospettiva

[30] Cfr. G. Silvestri, *Audizioni ddl 935*, cit., 1.
[31] Cfr. F. Lanchester, *op. cit.*, LXVIII.
[32] Cfr. A. Schiavone, *Progresso*, Bologna, 2020, 124.
[33] Così, A. Spadaro, *op. cit.*, 1066.

sistemica, concentri ogni sforzo rinnovatore soltanto sulla (asserita) ricerca della stabilità dei Governi attraverso l'elezione diretta del Presidente del Consiglio, senza tenere in conto le reali ricadute sulla funzione di garanzia svolta dal Capo dello Stato. E senza mirare, per un verso, a rinvigorire la rappresentatività del Parlamento, ad esempio introducendo uno statuto delle opposizioni e riformando l'attuale sistema elettorale, al fine di favorire il riavvicinamento dei cittadini al voto[34]; per l'altro, a dare finalmente attuazione all'art. 49 Cost., offrendo una migliore definizione sia del funzionamento dei partiti, sia del loro finanziamento[35].

Già in passato il dibattito scientifico ha offerto diverse suggestioni orientate su queste direttrici, ed altre proposte sono state elaborate nel momento presente, in "controcanto" al d. d. l. governativo[36]. Ma apparirebbe ancora più ottimistico, forse addirittura ingenuo, auspicare che esse possano influire in modo significativo sulla prosecuzione dell'*iter* parlamentare della riforma.

[34] Purché non si giunga all'ennesima revisione dei meccanismi elettorali che, operata dalla maggioranza di turno in vista di «guadagni a breve sperati», si riveli destinata ad essere modificata alla prima occasione da una maggioranza diversa, mossa da analoghi intenti: per la citazione, cfr. S. Prisco, *Forse la volta buona? Istruzioni scettiche per riforme costituzionali (e non solo) finalmente condivise*, in *federalismi.it*, *Paper*, 7 giugno 2023, 5. Cfr. anche Id., *Rinnovare i canali ostruiti della rappresentanza politica e della democrazia*, in *Dir. pubbl. eur. - Rass. online*, n. 2/2021, 70 ss.

[35] Cfr. E Cheli, *Audizione*, cit., 5.

[36] Cfr. *Costituzione: quale riforma? La proposta del Governo e la possibile alternativa*, *Paper* di *Astrid*, n. 94/2024, 38 ss., in *www.astrid-online.it.*

Jan Sawicki[*]

LA DISCIPLINA DELL'INTERRUZIONE DI GRAVIDANZA IN POLONIA COME INDICE DELLA LAICITÀ DELLO STATO: UNA STRADA SENZA USCITA

SOMMARIO: 1. Una liberalizzazione provvisoriamente (?) fallita. – 2. Verso la svolta illiberale. – 3. La sentenza K 1/20 del Tribunale costituzionale. – 4.1. I rilievi critici alla sentenza: la dottrina giuridica. – 4.2. Una critica alla sentenza dalle opinioni dissenzienti. – 5. Il seguito della sentenza: al di là delle apparenze, l'indice di una continuità storica.

1. *Una liberalizzazione provvisoriamente (?) fallita*

Il 12 luglio 2024, di strettissima misura – 215 voti a favore, 218 contrari – il *Sejm* polacco, la camera bassa del Parlamento, ha respinto una proposta di legge per depenalizzare l'azione di coloro che prestino aiuto a una donna, con il suo consenso, nell'interruzione della sua gravidanza (in modifica all'art. 152 del codice penale polacco). Il progetto, in particolare, avrebbe abrogato ogni sanzione penale in questo senso, se l'aiuto all'aborto si fosse verificato in caso di grave e irreversibile malformazione dell'embrione[1] o comunque fosse avvenuto entro le prime dodici settimane di gravidanza, riducendo le pene nei restanti casi. Formalmente non sarebbe stata una misura di liberalizzazione dell'aborto, dato che di per sé non sarebbe andata ad estendere il novero ristrettissimo, tra i più restrittivi a livello europeo, delle circostanze che rendono formalmente lecita questa scelta individuale, e che oltre tutto rientrano in altra legge di cui si discuterà in seguito. Ma se approvata, essa avrebbe costituito senz'altro un primo passo in quella direzione, dopo tre anni – e per certi versi quasi tre decenni – di modifiche in senso opposto, affidate per giunta a una decisione del Tribunale costituzionale dopo che quest'ultimo è stato sottoposto a una sorta di scalata ostile che lo ha privato delle caratteristiche di giudice «indipendente e imparziale, costituito per legge», come vuole l'art. 6 CEDU[2].

Il fallimento di questo progetto è stato un passo falso – non il primo ma finora il più grave – della nuova coalizione democratica che, da dicembre

[*] Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate presso l'Università di Roma *La Sapienza* e assegnista di ricerca nell'Università di Pisa.

[1] La previsione delle irreversibili malformazioni assume significato in connessione alla sent. del Tribunale costituzionale in causa K 1/20, di cui si dirà in seguito.

[2] Secondo vastissima dottrina pressoché unanime, e secondo in particolare la sent. *Xero Flor w Polsce c. Polonia* (4907/18), emessa il 7/5/2021 dalla I Sezione della Corte EDU.

dell'anno precedente, ha preso le redini del paese abbastanza inaspettatamente, dimostrando come i governi illiberali, sospetti di voler instaurare dei regimi quanto meno ibridi, non siano imbattibili neanche quando godano, per effetto della legislazione elettorale e di altre condizioni legislative e di fatto, di privilegi competitivi tali da alterare a loro enorme vantaggio una consultazione elettorale. Il tema dell'arretramento della democrazia liberale si intreccia con quello dei diritti, atteso che lo smantellamento a tappe della divisione dei poteri produce effetti palesi anche sulle situazioni giuridiche dei cittadini al cospetto dell'autorità pubblica[3], secondo una tecnica per gradi che nel gergo anglosassone viene definita *salami tactics* (o *salami slicing strategy*), che in Polonia ha conosciuto uno dei capitoli più importanti in materia di libertà riproduttiva in particolare delle donne. Come si avrà modo di riscontare ampiamente nei passaggi successivi, un ruolo inestimabile in questo percorso di involuzione è stato giocato e tuttora viene svolto da organi giurisdizionali all'uopo geneticamente modificati, e qui occorre sottolineare una giustificazione per tale scelta e formulare un *caveat* in merito all'ipotesi che la scalata ostile, o la cattura in senso illiberale di tali organi possa essere rimessa in discussione.

La scelta di privilegiare il canale o, se si preferisce, il formante giurisdizionale dell'involuzione populista, sovranista e in seguito autoritaria di un ordinamento, a scapito parziale di istanze più classiche dove tali pulsioni si sono espresse – come per esempio le istituzioni politiche rappresentative governate dal classico principio maggioritario – o di sedi ancora più tradizionali come tipico di esperienze remote – tramite diretto ricorso agli apparati della forza e della repressione del dissenso –, è la vera innovazione di questi più recenti sistemi illiberali. Si è trattato di un'opzione oculata e intelligente in quanto ha consentito di ammantare di argomenti giuridici in apparenza asettici e strettamente consequenziali, quasi algoritmici, scelte che erano dettate da impulsi ideologici, come si farà di seguito analizzando la vicenda dell'aborto, esemplare di come il potere politico maggioritario abbia deliberato di scaricare una decisione indesiderata sul proprio immediato corrispondente o 'interfaccia' giudiziario[4]. E l'acume di questa scelta ha brillato in particolare, con forme

[3] Portando così l'ennesimo riconoscimento, sia pure al contrario nell'ispirazione, all'art. 16 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789. Il legame tra le due «piste» – divisione dei poteri e universo dei diritti fondamentali – ci è ricordato lucidamente dal prof. Salvatore Prisco, in una relazione che però viene presentata come problematica: S. Prisco, *Aborto e autodeterminazione della donna: profili problematici*, in L. Chieffi, J.R. Salcedo-Hernández (a cura di), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna (esperienze in dialogo)*, Milano-Udine, 2015, 511.

[4] Così, paradossalmente (e per motivi ovviamente diversi), anche in un sistema illiberale le Corti dimostrano di poter anticipare e precedere i legislatori, come avvenuto – anche su questi temi – in qualche democrazia consolidata, e come ancora osservato da S. Prisco, *op. cit.*, 520.

per alcuni inattese, proprio all'indomani della vittoria dell'ampia coalizione democratica polacca (mentre non vi è stata finora occasione di discutere di una tale opportunità per quanto riguarda l'Ungheria). Vi sono infatti ragioni per pensare che il ripristino e l'ampliamento dei diritti in un paese già sottoposto a *democratic backsliding* non possa che passare attraverso il confronto con istituzioni giudiziarie già sottoposte a cattura ma ora ideologicamente determinate a proteggere la propria malintesa indipendenza, un confronto che potrebbe essere più aspro di quanto ci si aspetti, e qui si presentano rischi di nuove contraddizioni. Non sembri insomma una tautologia, ma il recupero della (o del) *rule of law* dovrà direttamente misurarsi con le istituzioni che ne incorporano la violazione. Tuttavia questo deterioramento, che pure va tenuto sempre sullo sfondo, da un lato non è al centro della presente indagine, dall'altro non servirebbe come spiegazione ultima di quanto si sta qui osservando, dato che – come detto in esordio – è nel centro dell'arena politica che si è già prodotta una immediata prima sconfitta nel tentativo di tornare ad ampliare la sfera dei diritti, senza neanche bisogno di affrontare un conflitto con organi *lato sensu* giurisdizionali.

In ogni caso, prima di ricostruire la traduzione in termini giurisprudenziali delle scelte politiche compiute negli anni precedenti, e che ancora certamente per qualche tempo continueranno a formare il vero quadro normativo in vigore, si è voluto per così dire cominciare dalla fine, completando la descrizione di alcuni tentativi che hanno almeno il pregio di presentarsi nei propri schietti termini di indirizzo politico e programma legislativo. Essi potranno però essere riletti alla luce delle disposizioni costituzionali che sono state interpretate dallo schieramento di destra al potere negli anni precedenti. La proposta descritta in esordio, elaborata dal gruppo parlamentare della Sinistra (*Lewica*), minoritario ma parte dell'attuale maggioranza di governo, era la prima di quattro iniziative parlamentari presentate dalle quattro formazioni della stessa maggioranza, delle quali fa parte la Coalizione civica (*Koalicja Obywatelska*, KO) del premier Donald Tusk, il movimento *Polska 2050* e il partito agrario PSL (queste due ultime formazioni però si erano presentate alle elezioni sotto il cartello comune della 'Terza via'), e su cui le stesse formazioni, preso atto di avere posizioni diverse in materia, hanno accettato di avviare un confronto preliminare da svolgersi in una commissione formata *ad hoc* la scorsa primavera. Nell'attuale quadro politico è fatto insolito che le posizioni del gruppo maggioritario della Coalizione civica[5] abbiano finito per confluire sostanzialmente in quelle della

[5] La quale, su questa come su altre questioni si è posizionata sempre più a sinistra – se così si può dire – a livello nazionale, pur facendo parte, in Parlamento europeo, del gruppo del PPE. Tale metamorfosi è ancora più degna di nota se si considera che la Coalizione civica, dal 2021,

Sinistra progressista, su questo e simili argomenti, e coincidano con quelle nel senso di un accentuato favore alla liberalizzazione dell'interruzione di gravidanza entro la dodicesima settimana di gestazione – salvo qualche distinzione di dettaglio –, con l'individuazione invece di cause tassative per giustificare un tale intervento in fase più avanzata, comunque non oltre di norma la ventiquattresima settimana di gravidanza. Tali proposte normative, così, tendono a trasferire nelle seconde dodici settimane lo stesso trattamento che l'impianto normativo in vigore negli ultimi decenni – peraltro mutilato come di seguito si dirà – ha previsto in riferimento alle prime dodici, stabilendo invece per le successive un regime di sostanziale divieto. Si tratta delle tre note eccezioni al divieto generale, consistenti nel rischio grave di malformazioni incurabili dell'embrione o del feto, nel rischio per la vita della donna qualora porti avanti la gravidanza o nel fondato sospetto che la stessa sia dovuta a incesto o rapporto sessuale non consenziente (limitate come detto con la *salami tactics*). Il progetto comune elaborato dai centristi della Terza Via, invece, punta al mero recupero del c.d. 'compromesso abortivo' degli anni novanta del secolo scorso, prima scolpito dal Tribunale costituzionale con una sentenza del 1997 – alla quale pure si farà cenno – e poi negato dallo stesso giudice delle leggi 23 anni dopo. Ma la caratteristica più qualificante di quest'ultima proposta di legge consiste nel fatto che essa rientra asseritamente in un programma più a medio termine, che dovrebbe concludersi con l'indizione di un referendum popolare (disciplinato di massima dall'art. 125 Cost. polacca). Proprio su quest'ultimo aspetto l'eterogeneo cartello moderato della Terza via si era potuto formare alle elezioni dello scorso autunno, dal momento che quasi tutto il movimento *Polska 2050* è per la liberalizzazione, mentre il PSL vorrebbe solo ripristinare il c.d. 'compromesso' degli anni 90[6]. Il fatto però a questo punto più sorprendente è che proprio i gruppi della Sinistra e della Coalizione civica sono quelli che, volendo ottenere il massimo risultato possibile in Parlamento, si oppongono al fare appello alla stessa volontà popolare di cui si dichiarano portatori. Anche

ha deliberato di sottoporre questi argomenti a una disciplina di partito, ha escluso dalla candidatura parlamentare le persone che non si fossero solennemente impegnate in questa direzione – compiendo di fatto una epurazione delle proprie correnti conservatrici interne – e ha infine sanzionato i soli tre deputati che non hanno preso parte alla votazione citata del 12 luglio (nessuno ha votato contro né si è astenuto). Una posizione decisamente liberale per un partito che si dichiara ispirato al popolarismo europeo, ancora di forte estrazione cattolica o protestante.

[6] Difatti proprio i voti contrari del PSL sono stati decisivi nella votazione del 12 luglio, determinando il successo parlamentare delle opposizioni di destra, contrarie a qualsiasi liberalizzazione dell'aborto. Secondo questo partito, che ha portato i propri voti a sommarsi a quelli del PiS e di *Konfederacja*, la depenalizzazione sarebbe stata una legalizzazione strisciante dell'aborto comunque praticato entro le prime 12 settimane, dato che il divieto formalmente rimasto altrove, privo di sanzione, si sarebbe caratterizzato come una *lex imperfecta*.

se stando ai sondaggi demoscopici l'orientamento dell'elettorato è più che mai a favore della liberalizzazione, resta una diffidenza da parte di questi gruppi dirigenti, forse anche nel timore di scatenare una retorica aggressiva da parte opposta.

Per questo motivo, senza prendere neanche in considerazione i poteri che potrebbe esprimere il presidente della Repubblica, né gli ostacoli eventuali in sede giudiziaria, si ritiene che per un lungo periodo indefinito sarà mantenuto l'attuale *status quo* normativo, che senza alcuna valutazione di merito può ritenersi alquanto distante da quello prevalente in Europa (non solo occidentale). Si è ritenuto però opportuno gettarvi un rapido sguardo al fine di comprendere anche alcune linee di tendenza che comunque non vanno trascurate, perché è anche alla luce di queste ultime che ora va interpretato l'impianto normativo raggiunto nel 2020, ed anche in questa prospettiva che si devono leggere gli eventi, talora opachi, che hanno portato alla formazione di quel quadro.

2. *Verso la svolta illiberale*

Si può a questo punto dare una valutazione critica sullo stato della normativa in tema di aborto in Polonia, nei termini in cui essa si presenta dai primi mesi del 2021. Si ritiene però indispensabile operare ancora due sintetiche osservazioni preliminari: un breve passaggio è da riferirsi alle condizioni generali dello stato di diritto in questo paese, che per cause di forza maggiore non sono ancora sostanzialmente cambiate, nel momento in cui si scrive, nonostante la svolta politica dell'autunno 2023; l'altra considerazione si riferisce alla temperie ideologica intorno a cui si è svolta l'intera vicenda politica, legislativa e giurisprudenziale dell'interruzione di gravidanza negli ultimi decenni. In assenza di queste considerazioni, infatti, sarebbe pressoché impossibile comprendere come si sia potuti giungere all'impianto normativo che di seguito dovrà essere descritto.

In primo luogo, il comprensibile clamore che la pronuncia del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020[7] ha suscitato a livello mondiale, nonostante le proteste da essa suscitate, paradossalmente ha come rinnovato un protagonismo di quest'organo, facendolo assurgere a punta di diamante di un costitu-

[7] K 1/2020. Il testo integrale della sentenza, con le motivazioni e le opinioni dissenzienti, è reperibile in lingua originale alla pagina web https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Sprawa?&pokaz=dokumenty&sygnatura=K%201/20. Nell'ambito di una *policy* interna di sempre minore apertura allo scambio di conoscenze e opinioni a livello internazionale, e in contrasto con un lungo trend precedente, la sentenza non è mai stata ufficialmente tradotta in inglese. È disponibile soltanto un *press release* alla pagina https://trybunal.gov.pl/en/news/press-releases/after-the-hearing/art/11299-planowanie-rodziny-ochrona-plodu-ludzkiego-i-warunki-dopuszczalnosci-przerywania-ciazy.

zionalismo magari diverso da quello che si è affermato in occidente negli ultimi decenni, di stampo schiettamente conservatore ma espressione comunque di un pensiero degno di considerazione. Tutto ciò ha relegato nell'oblio la questione del reale status di cui l'organo merita di fregiarsi, acquisito in maniera permanente a seguito dalla sua conquista, consumatasi sul piano della disciplina normativa nel volgere di un anno tra la fine del 2015 e la fine del 2016 e perfezionatasi con l'avvicendamento nei singoli incarichi lungo pochi anni successivi. Tali eventi, che hanno determinato una vera e propria mutazione genetica dell'istituzione, sono stati ricostruiti da un'imponente letteratura a livello internazionale che da un lato ha opportunamente evidenziato l'attentato alla Costituzione senza il quale essa non sarebbe stata neanche pensabile, dall'altro ha certificato la trasformazione compiuta dell'organo da istituzione preposta al controllo in senso lato della legalità costituzionale a soggetto deputato a confermare, su sua richiesta, tutte le decisioni del potere politico maggioritario, conferendogli legittimità[8]. Diviene ora evidente come ogni analisi di merito delle decisioni prese da quest'organo non possa esser compiuta senza tenere a mente questo fatto.

La seconda considerazione è da riferirsi alla questione dell'aborto in generale. Se è ovvio trattarsi di un argomento che non smette e forse non smetterà mai di essere controverso, bisogna aggiungere che nella Polonia democratica dell'ultimo trentennio – che si è messa alle spalle un quarantennio di socialismo reale – quello dell'interruzione di gravidanza è un campo di battaglia in cui temi quali i diritti del nascituro, il benessere della donna, le ripercussioni delle politiche riproduttive sulla dinamica demografica nazionale sono diventati più che mai altrove un pretesto. In realtà questi temi sono diventati puro strumento e ostaggio di un conflitto ideologico permanente, un metro per misurare rapporti di potere sul piano simbolico ma anche materiale, e in definitiva per dimostrare una capacità di comando sull'intera società. Ogni valutazione che prescinda da una tale consapevolezza rischia di lasciare spazi di incomprensione anche rispetto al merito di uno status normativo e giurisprudenziale che pure è di enorme significato per tutte le situazioni giuridiche che vengono in immediato rilievo.

In ogni caso, dato il clamore suscitato dalla decisione costituzionale del 2020, si è ritenuto indispensabile tenere questa in rilievo. Senza poter mai trascurare il contesto in cui questa pronuncia è stata richiesta e poi resa, si dovrà dedicare attenzione al percorso argomentativo prescelto da quanti, *per fas et*

[8] Dalla cospicua letteratura sul tema ci si limita a citare W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019; B. Szmulik, J. Szymanek, *Legal dispute over the Constitutional Court in Poland*, Warsaw, 2020.

nefas, sono stati chiamati a decidere in argomento, così come ai circoscritti profili di dissenso anche nel merito della decisione che è stata presa. In conclusione, saranno prese in considerazione circostanze più generali, cioè quelle che avrebbero consentito di prendere la stessa decisione in sede politica, anziché demandarla a un organo che pretende a tutt'oggi la qualifica di giurisdizionale.

3. *La sentenza K 1/20 del Tribunale costituzionale*

La sentenza K1/20[9] prende le mosse da un ricorso diretto presentato da alcuni deputati appartenenti al gruppo parlamentare di destra del PiS (Diritto e giustizia) parte essenziale di quella coalizione che ha dominato la scena politica dall'autunno del 2015 fino a quello del 2023, e nota anche con il nome di *Zjednoczona Prawica*, Destra unita. I deputati ricorrenti chiedevano di dichiarare incostituzionale l'art. 4a, primo comma, numero 2, della legge del 7 gennaio 1993 sulla pianificazione della famiglia, sulla protezione dell'embrione umano e sulle condizioni di ammissibilità dell'interruzione della gravidanza, il quale consentiva l'interruzione della gravidanza qualora la diagnosi prenatale o altre risultanze mediche avessero indicato elevata probabilità di una grave e irreversibile menomazione dell'embrione o del feto o di una patologia incurabile tale da minacciarne la vita[10] (i restanti casi di interruzione legale della gravidanza sono riferiti alla possibilità che essa possa costituire un rischio per la vita della donna incinta, o che vi sia sospetto che essa sia il frutto di un illecito sessuale, si tratti di stupro o di violenza carnale, con limitazione al termine di dodici settimane dalla presunta data del concepimento: essi sono il meno del due per cento dei residui casi di aborto ancora leciti)[11]. In tali casi l'inter-

[9] Per un primissimo commento A. Rakowska-Trela, *A Dubious Judgment by a Dubious Court*, in *VerfBlog*, 24 Oktober 2020; v. anche M. Kłopocka-Jasińska, *Abortion in Poland: The Constitutional Court Imposes a Near-total Ban*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, 199-202; E. Caruso, M. Fisicaro, *Aborto e declino democratico in Polonia: una riflessione a margine della sentenza del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020*, in *GenIUS. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2, 2020, 1-27. Un commento molto più articolato, denso di riferimenti a Gramsci, Foucault, Nietzsche, Althusser (anche con riferimento – non scontato – a ideologia e metodi di azione del PiS polacco), in A. Sulikowski, *Wyrok w sprawie K 1/20. Hegemonia, "histeria", agonizm* [La sentenza in causa K 1/20. Egemonia, "histeria", agonismo], *Państwo i Prawo*, 8/2021, 24-39; Id., *Postliberal Constitutionalism. The Challenge of Right Wing Populism in Central and Eastern Europe*, Londra, 2022.

[10] Solo in questo caso – va specificato – l'aborto è stato consentito dalla legge fino al conseguimento da parte del feto della capacità di vita fuori dall'organismo della donna incinta.

[11] La legge del 1993 fu anche modificata nel 1996, da parte di una coalizione politica di sinistra, quando vi furono aggiunte le difficili condizioni socioeconomiche della donna; ma questa ultima circostanza fu rapidamente soppressa da una sentenza del Tribunale costituzionale del 1997, come si dirà in seguito.

vento poteva essere praticato su richiesta scritta della donna interessata e con l'assenso di un medico altro da colui che lo avrebbe posto in essere. Questi tre casi di liceità dell'aborto sono assurti a notorietà con la formula del cosiddetto «compromesso abortivo», un'espressione definita enigmatica[12] in quanto si è giustamente osservato che si ha compromesso quando due parti effettuano concessioni reciproche al fine di raggiungere una soluzione accettabile per entrambe, mentre la situazione storica in cui versò la Polonia dal 1989 in poi su questi argomenti propendeva per un'enfasi a favore delle posizioni dei cattolici e in particolare della Chiesa istituzionale, come riconoscenza per il ruolo che essa svolse nella sconfitta del precedente sistema.

Come parametro per il giudizio sono stati individuati gli artt. 30 (dignità umana), 31 terzo comma (proporzionalità nella restrizione dei diritti umani) e 38 (protezione legale della vita, spettante ad ogni essere umano) della Costituzione polacca del 1997.

Secondo il Tribunale costituzionale, in effetti, la norma impugnata va interpretata nel senso di recare una lesione al citato art. 38, in relazione con gli artt. 30 e 31 terzo comma. Si ritiene dunque necessario compiere una breve valutazione delle disposizioni costituzionali che sono state ritenute violate. L'art. 38 impegna infatti la Repubblica di Polonia a garantire a ogni individuo la protezione legale della vita. Una così esplicita protezione della vita umana, che anche alcuni autori polacchi considerano un truismo, ricorre raramente nelle Costituzioni contemporanee, anche se si riscontra un riferimento nell'art. 2, comma 2, della Legge fondamentale tedesca.

Si è ritenuto che la norma, inserita all'inizio del capitolo contenente un lungo catalogo di diritti, abbia un senso in quanto – al massimo – comporti un dovere posto a carico dello stato, assegnando a quest'ultimo una serie di obblighi di azione positiva, giuridicamente formalizzati, volti a ridurre o eliminare situazioni di pericolo per la vita umana. La dottrina, in ogni caso, è stata fino a tempi recenti abbastanza concorde nell'includere questa clausola nell'ambito delle enunciazioni di principio dal carattere abbastanza generico e programmatico, suscettibile di condizionare le norme sottostanti in maniera flessibile e non capace di impegnare le autorità pubbliche al di sopra di un livello minimo e difficilmente concretizzabile in specifiche fattispecie. Volendo addentrarsi su aspetti più specifici, l'interpretazione che si era data nei primi anni della Costituzione propendeva per un divieto assoluto di pena di morte (senza contare gli accordi internazionali da cui la Polonia era e rimane vincolata) e per l'esclusione dell'eutanasia almeno attiva, mentre una posizione molto

[12] A. Gliszczyńska-Grabias, W. Sadurski, *The Judgment That Wasn't (But Which Nearly Brought Poland to a Standstill)*, in *European Constitutional Law Review*, 17, 2021, 132.

più dubitativa veniva espressa sul fatto che si potesse far discendere dall'art. 38 un divieto indiscriminato di aborto, e questo a partire dalla considerazione che fosse assente, qui come altrove, ogni definizione di «persona» o di «vita umana». D'altra parte sono state proprio le differenze ideologiche emerse in seno al Parlamento investito di poteri costituenti, tra il 1996 e il 1997, ad aver impedito l'inserimento di emendamenti aggiuntivi tali di estendere la protezione della vita umana fino al momento concepimento. E la riprova del fatto che non fosse questo il significato della disposizione è data dal fatto che fallì un tentativo di revisione costituzionale, esperito nel 2006 e volto a rinvenire nel momento del concepimento la data di inizio della vita di una persona[13].

L'argomentazione del Tribunale costituzionale esordisce (paragrafo III.2 della sentenza) da un excursus storico delle circostanze che, secondo la legislazione polacca, hanno giustificato un comportamento che in linea di principio è vietato, ovvero l'interruzione della gravidanza. Segue una trattazione, non esente da un certo carattere ideologico, nella quale la stessa categoria dell'aborto terapeutico viene piegata alla ben diversa definizione di aborto eugenetico, sia pure con la concessione della distinzione tra un'eugenetica liberale e una autoritaria (nell'assenza di ogni definizione in tal senso da parte della legge). Si passa poi (III.2.2) a un'analisi testuale delle disposizioni di legge impugnate, secondo la quale l'espressione «le indagini prenatali o altre risultanze mediche indicano un'alta probabilità di grave e irreversibile lesione del feto o di una sua patologia incurabile tale da minacciarne la vita», è considerata inadeguata in quanto l'attuale sviluppo della medicina consentirebbe di compiere interventi sul feto nel ventre della madre (senza precisare a sua volta quanto essi possano essere risolutivi caso per caso e cosa fare quando non possano esserlo), e la grave e irreversibile lesione è nozione comunque imprecisa, non dando definizioni quanto all'irreversibilità. È in questa parte delle motivazioni che viene avanzata la tesi di una pretesa continuità con la sentenza K 26/96, del 28 maggio 1997, che sancì l'incostituzionalità dell'aborto giustificato dalle difficili condizioni sociali della donna. Su questo si dirà qualcosa in seguito, ma fin d'ora si può anticipare quanto meno la scarsa correttezza metodologica consistente nel caricare di significati ulteriori, estrapolati a distanza di decenni, una decisione remota che per vero non escluse successivi sviluppi ma neanche diede alcun indizio nella stessa direzione. In ogni caso l'argomento che viene mutuato dalla sentenza citata è quello per cui la pretesa coerenza con K 26/96 si rintraccia nel fatto che nell'uno e nell'altro caso si trattava di giudicare in merito a comportamenti che portano a compiere un'azione fondamentalmente vietata, l'interruzione di gravidanza.

[13] Ivi, 134.

La dignità umana protetta dall'art. 30 non ha bisogno di essere riconnessa con la protezione della vita umana tutelata dall'art. 38 perché, secondo l'interpretazione del Tribunale (III.3.1) essa ha valore più che positivo. Non è un diritto ma fondamento e fonte da cui tutti i diritti derivano (su questa affermazione si appuntano critiche in dottrina di cui si dirà). In quanto tale, la dignità costituisce un ponte tra diritto positivo e diritto naturale, punto di riferimento assiologico di tutto l'ordinamento costituzionale. Il rispetto della dignità umana è obbligo specifico assoluto dello stato, che i privati potrebbero occasionalmente ledere ma non il potere pubblico. Il diritto alla vita – sebbene la Costituzione parli di protezione della vita – sarebbe a sua volta un diritto più che positivo ma meramente riconosciuto dalla Costituzione in quanto derivante dal principio della dignità umana. La qualificazione del feto (e persino dell'embrione) alla stregua di «fanciullo», non contenuta nella legge sulla pianificazione della famiglia, sulla protezione del feto umano e sulle condizioni di ammissibilità dell'interruzione della gravidanza del 1993, ma inaugurata con la sentenza K 26/96 nella chiave di lettura che essa ha dato di quella legge, è perseguita con determinazione dalla sentenza qui commentata. D'altra parte la dignità di ogni persona umana è in linea di principio ugualmente valida per tutti e in ogni momento della vita della persona, nel periodo successivo alla nascita come in quello prenatale (III.3.3.2). Questo ragionamento, secondo il Tribunale, sarebbe corroborato dall'art. 71, secondo comma, della Costituzione, che prevede a carico dello stato l'obbligo di prestare aiuti alla madre, stabiliti dalla legge, prima e dopo il parto. Dal riferimento alla madre anche prima del parto deriva, secondo il Tribunale costituzionale, un fondamento per qualificare come fanciullo anche il nascituro.

Il Tribunale passa poi (III.3.3.3) a offrire una ricostruzione della genesi dell'art. 38, cui si è già dato cenno. Ciò che interessa, nel paragrafo della motivazione che entra nel cuore di questa ricostruzione, è che essa appare selettiva: riproduce una lunga discussione da cui scaturì la reiezione degli emendamenti, presentati nel 1996 presso la Commissione costituzionale dell'Assemblea nazionale (le camere riunite del Parlamento con funzione costituente), che miravano a sganciare espressamente la protezione della vita dalla questione della gravidanza, ma sottace come fossero falliti anche i tentativi opposti, volti a rafforzare questa protezione con riferimento al momento del concepimento come origine della persona. È al termine di questa ricostruzione che il Tribunale costituzionale, avendo riflettuto sulla formulazione piuttosto indefinita e anodina dell'art. 38, la ha interpretata come una sostanziale decisione di non decidere, e si è sentito implicito affidatario, da parte di indecisi costituenti, del compito di stabilire in via di interpretazione quali sono i limiti temporali della

vita – in particolare il suo *dies a quo* – e in particolare la definizione del concetto di «essere umano» secondo la menzione dell'art. 38[14].

Nel *reasoning* del Tribunale non mancano poi riferimenti al diritto internazionale pattizio, fosse anche per omaggiare l'importanza che la Costituzione polacca attribuisce agli accordi ratificati in forma di legge fino a farli prevalere su quest'ultima (art. 188, primo comma, n. 2). Da questo punto di vista (III.3.3.4) vengono evocati l'art. 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, il preambolo della Convenzione sui diritti del fanciullo, l'art. 10 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (diritto alla vita connaturato alla persona umana) interpretati però in modo da convenire alla tesi che viene sostenuta. Secondo una valutazione critica, tuttavia, non solo la citazione di clausole contenute in atti di diritto internazionale è arbitraria perché la loro interpretazione non consente di utilizzarle per confortare le conclusioni che il Tribunale costituzionale si appresta a trarne, ma nello stesso passo delle motivazioni vengono trascurate la stessa dottrina nazionale e quella del diritto straniero e comparato, che in Polonia non è affatto proibito citare[15], come è avvenuto molto di frequente. Concludendo la parte delle motivazioni strettamente incentrata sulla protezione legale della vita nel periodo prenatale, (3.4) si afferma che la vita umana è un valore in ogni sua fase del suo sviluppo, e il «bambino concepito» (*dziecko poczęte*) ancora non nato è un soggetto avente diritto alla vita come persona dotata di inerente e inalienabile dignità. Il sistema giuridico deve assicurare protezione a questo bene centrale. Il Tribunale, quasi in una *excusatio non petita*, tiene a sottolineare di non richiamarsi ad alcuna speculazione di natura filosofica, o più precisamente etico-filosofica, riferita allo status della persona umana nonché all'inizio della vita umana. Esso pretende di fondare le proprie conclusioni solo su circostanze puramente normative, risultanti dalla convinzione intorno alla coerenza, soprattutto assiologica, dell'ordinamento giuridico e sulla convinzione circa la razionalità delle scelte normative fondamentali.

Si passa poi (III.4) a dare una valutazione della costituzionalità delle norme impugnate in base a un test di proporzionalità ispirato a un consolidato criterio di derivazione tedesca, imperniato sui tre elementi di adeguatezza-idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto. Essa ha come parametri l'art. 38 in relazione all'art. 30 e all'art. 31, terzo comma, della Costituzione. I tre suddetti elementi devono (III.4.1) essere bilanciati in applicazione del principio per cui «le limitazioni al godimento della libertà e dei diritti costituzionali possono es-

[14] Di una «suprising conclusion», riguardo a una tale presunta «original intention» dei costituenti, discute M. Kłopocka-Jasińska, *Abortion in Poland*, cit., 201.

[15] Ead., 201.

sere disposte solo dalla legge e soltanto allorché siano necessarie, in uno Stato democratico, per la sua sicurezza o per l'ordine pubblico, ovvero per la difesa dell'ambiente, della salute e della moralità pubblica o della libertà e dei diritti delle altre persone», con l'aggiunta per cui «tali limitazioni non possono violare l'essenza delle libertà e dei diritti», principio sancito dall'art. 31 Cost. Seguendo questo percorso, il primo requisito dovrebbe essere ritenuto soddisfatto dal rango legislativo della norma in oggetto. Per quanto riguarda la necessità, il Tribunale si richiama a una sua stessa sentenza del 30 settembre 2008, la K 44/07, concernente la facoltà accordata per lo Stato dalla legge di abbattere un aeromobile civile di cui sia stato ragionevolmente accertato il dirottamento a scopi di terrorismo. Poiché la legge in questione fu ritenuta legittima dal punto di vista costituzionale, e poiché l'argomento decisivo in tal senso fu rinvenuto nel fatto che l'eventuale sacrificio di vite umane fosse legittimo al solo fine, anche potenziale, di salvare un eguale o maggiore numero di vite umane, e non certo per proteggere beni di inferiore valore sul piano gerarchico – quali ad es. la proprietà o l'ordine pubblico –, il Tribunale stesso trae ora conforto da quella decisione per concludere che la vita del «bambino concepito» è un bene di sufficiente valore per sacrificare la libertà della donna di abortire, alla luce e con il conforto della dottrina della «necessità assoluta» elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi dell'art. 2 della Convenzione EDU[16]. In ogni caso, si afferma, malformazioni fetali tali da evidenziare un'«alta probabilità di una menomazione pesante e irreversibile o di una malattia incurabile che costituisca minaccia per la vita del feto» non sono una circostanza tale da giustificare la privazione senz'altro della vita o dello sviluppo di quest'ultimo, tanto più che formulazioni come «grave rischio» per la salute dell'embrione o del feto, che nella sentenza viene definito sempre «bambino concepito», sono troppo vaghe. L'assenza di rigorose precisazioni, afferma il Tribunale, non gli consente di effettuare un trattamento diverso di situazioni differenti che tenga

[16] Malgrado la giurisprudenza della Corte di Strasburgo non conforti necessariamente questa posizione. Da ultimo, in seguito e proprio come conseguenza della pronuncia K 1/20, si veda la sent. *M.L. c. Polonia*, emessa il 14 dicembre 2023 dalla I Sezione della Corte EDU, che ha sancito da parte della Polonia la violazione dell'art. 8 CEDU. Va rilevato che il caso riguardava una paziente costretta a subire un ricovero all'estero per sopprimere un feto di cui era stata riscontrata gravissima patologia, e si trattava quindi di un caso rispetto al quale decisiva è stata la K 1/20. Tuttavia l'illegittimità della limitazione alla vita privata – ammessa dal secondo comma dell'art. 8 CEDU per gravi motivi, alle condizioni di essere «prevista dalla legge» e «in una società democratica» – non deriva in sé dall'abnorme portata della decisione K 1/20, ma dalla illegittima composizione dello stesso organo che la ha emanata (si ricorda di nuovo *Xero Flor c. Polonia*). Considerato che l'anomalia della composizione riflette a sua volta un cattivo funzionamento della divisione dei poteri, *M.L. c. Polonia* non è che l'ultima dimostrazione di come questo aspetto incida spesso, seppure indirettamente, anche sulla fruizione dei diritti.

presenti, al limite, casi assolutamente estremi di rischio certo e immediato per la vita successiva alla nascita. E d'altra parte, alla luce dell'art. 31, terzo comma, primo periodo della Costituzione, contrapporre la salute di una persona alla sua vita umana non è ammissibile, poiché il bilanciamento tra diritti non è possibile quando il bene sacrificato e il bene salvaguardato appartengono alla stessa persona (in questo caso l'embrione).

Risolte alcune questioni processuali, il Tribunale passa alle conclusioni (III.6) in cui afferma di avere dichiarato l'incostituzionalità, con perdita di efficacia immediata *pro futuro*, di una delle tre circostanze che legittimano un'azione, l'interruzione di gravidanza, diversamente vietata, facendo salvi – almeno per il momento, non senza ambiguità – i casi di pericolo immediato per la salute della donna e di violenza sessuale. Così facendo, però, afferma di non voler estendere casi e fattispecie di applicazione dell'art. 152 del codice penale polacco[17], i quali prevedono fino a tre anni di pena detentiva per chiunque procuri aborto a una donna con il suo consenso o la aiuti in questo senso, aggiungendo che in nessun modo l'ordinamento polacco prevede la penalizzazione della donna in gravidanza (lasciando forse intendere un implicito apprezzamento positivo di questo stato). Un aspetto significativo delle conclusioni della parte motiva si trova nella contestazione lessicale che il Tribunale muove al legislatore, rimproverato di usare espressioni improprie come quella di «feto» e «donna in stato di gravidanza» in luogo di «fanciullo concepito» e «madre» dello stesso. Si richiede al legislatore di fare uso, nei limiti del possibile, di una terminologia che richiami l'esistenza di rapporti tra persone umane in vita. È forse in questo inciso della sentenza che si riscontra la sua più incisiva impostazione ideologica, quella che vuole qualificare la donna con lo status di madre durante l'intera gestazione e l'embrione come bambino fin dal concepimento[18].

Un altro aspetto importante delle conclusioni si ha dove esse spiegano l'indisponibilità del collegio a stabilire, come pure consentito dall'art. 190 Cost.,

[17] Una parte della dottrina esprime però gravi dubbi al riguardo: J. Giezek, P. Kardas, *Kompetencje derogacyjne TK oraz ich prawnokarne konsewkencje (refleksje na marginesie wyroku w sprawie K 1/20)* [Le competenze abrogative del TC e le loro conseguenze di diritto penale sostanziale], in *Państwo i Prawo*, 8/2021, 40 ss. In particolare non ci si nasconde il rischio che la sentenza commentata possa, anche non intenzionalmente, estendere l'applicazione di una norma incriminatrice del codice penale, ciò che è vietato anche dall'ordinamento polacco (art. 42 Cost.).

[18] Un'analisi semantico-lessicale della già citata sent. K 26/96 è stata compiuta da K. Kocemba e M. Stambulski, *Divine Decision-Making. Right-WingConstitutionalism in Poland*, in *VerfBlog,* 9 November 2020, ove si riscontra che essa reca una sola volta il termine «embrione» mentre parla 47 volte di «feto» e ben 150 volte di «bambino». L'espressione «donna» o «donna in stato di gravidanza» ricorre in 37 casi mentre per 42 volte si parla di «madre».

un differimento nel tempo dell'efficacia della sentenza. In questo modo non si voleva consentire al Presidente della Repubblica di intervenire con una sua proposta di legge volta a specificare casi di patologie di assoluta gravità, tali da consentire l'interruzione di gravidanza senza contraddire le motivazioni della sentenza.

4.1. *I rilievi critici alla sentenza: la dottrina giuridica*

La radicalità della sentenza K 1/20 è tale da corrispondere, al di là delle dispute di interpretazione costituzionale, agli auspici di una netta minoranza dell'opinione pubblica in Polonia, per come riprodotti continuativamente in tutte le indagini demoscopiche effettuate nel corso degli anni. Ovvio che questo si rifletta nelle critiche di buona parte della dottrina giuridica, a cui si sono affiancate due opinioni dissenzienti in seno allo stesso collegio giudicante, espresse dagli ultimi due giudici della 'vecchia guardia' del Tribunale costituzionale (accanto a due opinioni parzialmente concorrenti rispetto alle motivazioni dello stesso dispositivo, ma sostanzialmente concordi rispetto all'orientamento generale del tutto restrittivo in merito all'interruzione della gravidanza). L'insieme delle motivazioni di maggioranza e delle opinioni dissenzienti con quelle concorrenti ha portato a un documento di 156 pagine a stampa.

Una delle più serrate critiche alla sentenza, svolte da una dottrina insidiosa, poggia ora su una duplice base di argomentazioni, di tipo formale-testualista e di tipo sostanziale e teleologico[19].

Si comincia dal primo elemento. Esso viene ritenuto necessario in considerazione del fatto che il Tribunale costituzionale nella composizione monolitica e monocolore cui si è accennato, in più parzialmente abusiva, ha temuto accuse di un'impostazione troppo ideologica del proprio ragionamento e ha cercato di prevenire queste critiche ricorrendo – con una *excusatio non petita* – ad una retorica che a sua volta pretende di essere testualista e proprio per questo più difficilmente attaccabile. Ma proprio in opposizione a questa impostazione si è riscontrato che l'art. 38 della Costituzione polacca non dichiara il diritto alla vita in quanto tale, ma si limita ad assicurare la protezione di questo bene per tutti. Nella prospettiva testualista che si è anticipata, infatti, 'protezione di' non equivale a 'diritto a'. L'esplicitazione di un diritto, seguendo questo ragionamento, sembra più categorica e assoluta, al cospetto del riconoscimento di una protezione che invece sarebbe soggetta a bilanciamenti e *trade-off* con altri valori. Nella stessa Costituzione i riferimenti a diritti soggettivi sono molto più numerosi delle norme che invece evocano una mera tutela o protezione[20]

[19] A. Gliszczyńska-Grabias, W. Sadurski, *The Judgment That Wasn't*, cit., 139.
[20] A. Gliszczyńska-Grabias, W. Sadurski, *The Judgment That Wasn't*, cit., 140.

al punto che queste ultime sarebbero addirittura l'eccezione che conferma la regola. Secondo la stessa lettura, viene contestato il collegamento fatto dal giudice relatore Justyn Piskorski tra l'art. 38 e il 30, con il suo riferimento alla dignità, in quanto quest'ultimo articolo non qualifica la dignità come un diritto *tout court* ma semmai come una fonte dalla quale possono sgorgare alcuni diritti[21]. Di conseguenza, la dignità (intrinseca e inalienabile) può essere adoperata come strumento di interpretazione e bilanciamento di tutti i diritti, non solo quello alla vita (ammesso di volerlo considerare per tale), ma anche quello alla libertà e inviolabilità personale (artt. 31 e 41), all'uguaglianza e non discriminazione (art. 32), alla riservatezza (art. 47), prestandosi a trarre conclusioni molto più sfumate in ordine alla protezione dei non nati, in quella che viene addirittura definita una sorta di competizione tra diversi diritti in campo.

Sempre mantenendosi nello spazio testuale, l'attacco al percorso argomentativo seguito dal Tribunale segue con il riferimento fatto da quest'ultimo all'art. 31 e in particolare al terzo comma di quest'ultimo. Si tratta, come accennato, della norma che dispone un sostanziale bilanciamento nella limitazione di alcuni diritti, tollerando quest'ultima a condizione che sia soddisfatta la riserva di legge, che una tale limitazione si giustifichi con ragioni di ordine pubblico, di protezione dell'ambiente, della salute, della moralità pubblica ovvero con la libertà o i diritti di altre persone, e che infine l'essenza dei diritti non sia violata. In effetti, il Tribunale privilegia in maniera assoluta il diritto dell'embrione ad attraversare tutta la gravidanza fino ad essere messo alla luce, identificando questo come un diritto, precisamente, «di altre persone», cui deve essere sacrificato quello della donna a non portare avanti la gestazione pur in presenza di una prognosi infausta per la salute del nascituro, e sembra questo il diritto che non può essere compresso neanche nella minima misura. Secondo il saggio critico nei confronti della sentenza, tale interpretazione è difettosa per una serie di motivi.

Innanzitutto, sotto il profilo dello scrutinio di proporzionalità già menzionato, la norma che consentiva l'aborto in caso di grave pericolo o menomazione per il feto era contenuta in una legge, e questo avrebbe soddisfatto la prima condizione per la limitazione del diritto alla protezione della vita. Sul piano della necessità, essa si giustificava in quanto era in grado di soddisfare la tutela di svariati altri diritti, cioè quello della donna gravida alla libertà personale, alla proibizione di trattamenti crudeli e disumani, alla protezione della salute.

[21] Da parte sua E. Łętowska, *A Tragic Constitutional Court Judgment on Abortion*, in *VerfBlog.de*, 12 November 2020, osserva come uno sguardo più attento all'art. 30 avrebbe consigliato di bilanciare la dignità del *nasciturus* con quella della donna costretta a generare, ma anche con la dignità del *moriturus*, come frequentemente è l'embrione stesso.

In relazione alla stretta proporzionalità, l'eccezione di legge era giustificata in quanto volta a proteggere i diritti di altre persone cui lo stesso art. 31 si riferisce, così come altri valori costituzionali tra i quali l'eguaglianza tra i sessi, la riservatezza e la protezione della vita familiare, la tutela della salute. Anche con riferimento all'essenza dei diritti da proteggere, la considerazione relativa alla protezione della vita del feto può essere estesa anche agli altri diritti appena citati, replicando in sostanza al livello dell'essenzialità quella competizione tra diritti – qui, all'opposto dell'opinione prevalente nel collegio giudicante – assunta tra pari.

Spostando il campo di indagine verso l'interpretazione teleologica, si sostiene essere al di fuori di ogni dubbio possibile che l'interpretazione dell'art. 38 della Costituzione vada intesa come una generica protezione legale della vita, sfornita di ogni allusione neanche implicita alla data della fecondazione come momento di avvio della stessa, ma neanche di un'allusione in senso opposto. Al contrario, la scelta compiuta fu consapevolmente aperta e ambigua, al punto che ogni insistenza su un'opzione costituzionale, in un senso o in quello opposto, sarebbe sfociata nella semplice impossibilità di approvare la Costituzione. In ogni caso, secondo questa lettura, il vuoto studiato di opzione assiologica da parte del costituente comportava la determinazione a consegnare la scelta puntuale nelle mani del legislatore ordinario, e non già, come ora affermato da quest'ultimo, al Tribunale costituzionale[22].

Da un lato andrebbe però aggiunto che, anche ad accogliere questa tesi, ogni successiva scelta in forma legislativa, dettata da una semplice maggioranza politica del momento, non potrebbe che essere contestata dalla parte soccombente nel giudizio di costituzionalità, al quale verrebbe affidata una parola definitiva che sarebbe destinata a restare comunque controversa (e questo a prescindere dallo stato di assoluta anomalia in cui si è trovato in Polonia l'organo investito di questa funzione). Dall'altro si tratta di una lettura pure abbastanza convincente, se si considera che la cultura giuridica dominante in tutti i paesi europei già sottoposti al socialismo reale era e rimase per molto tempo improntata a un certo positivismo legislativo, che certamente accolse, come dappertutto è avvenuto, il controllo accentrato giudiziario di costituzionalità – che anzi in Polonia precedette di qualche anno il cambio di sistema –, ma non fu mai disposta, con una parziale eccezione ungherese, ad accettarne un protagonismo debordante, in cui l'attivismo giudiziario si spingesse fino a un ruolo riconosciuto nel colmare vuoti, per lo meno quando questi fossero deliberati in modo consapevole. Entro questa prospettiva, si può persino credere che

[22] A. Gliszczyńska-Grabias, W. Sadurski, *The Judgment That Wasn't*, cit., 144.

colmare un vuoto di scelta costituente nella forma di una sentenza di legittimità costituzionale integri un abuso e un'usurpazione di potere.

Un'altra ragione di contestazione della sentenza esaminata si riconduce al richiamo da essa fatto alla giurisprudenza pregressa, che appare a prima lettura dubbioso e che nell'analisi dottrinale fin qui seguita viene addirittura demolito. Come già detto, il collegio giudicante rivendica continuamente una continuità con la sentenza del maggio 1997, la K 26/96, che espulse dall'ordinamento la generica circostanza aggiuntiva delle difficili condizioni personali o sociali come presupposto per interrompere la gravidanza, introdotta appena un anno prima. A parte che quella sentenza lasciò intendere, per la verità in modo un po' contorto, di non avere obiezioni di principio da muovere alle tre fattispecie restanti di ammissibilità dell'aborto[23], l'innovazione principale della pronuncia K 1/20, che la separa nettamente da quella di 23 anni prima, si riferisce al fatto che la sentenza del 1997 stabilì una linea di demarcazione tra il valore costituzionale della vita umana, che è fondamentale e invariabile ad ogni suo stadio, e la possibilità di differenziare livelli di protezione in concreto della stessa quando si fosse stati in presenza di alcune condizioni particolari nelle quali una tale protezione illimitata si porrebbe in contrasto con altri beni fondamentali della vita. Le mere difficili condizioni personali e sociali della donna non integrano una situazione tale da giustificare un differenziato (e ridotto) livello di protezione della vita concepita, ma altre circostanze possono farlo: era questo il senso della pronuncia del 1997, un ragionamento che può anche prestare il fianco a sua volta a critiche, ma che in quella del 2020 viene sottoposto a completa ablazione: la vita dell'embrione è un bene assoluto e assoluta ne deve essere la protezione. La distinzione introdotta dalla sentenza del 1997 viene pretermessa, ma ciò non ha impedito di invocare quella sentenza come se quest'ultima ne fosse la logica, inevitabile conclusione.

4.2. *Una critica alla sentenza dalle opinioni dissenzienti*

Anche le due opinioni dissenzienti contribuiscono a una migliore comprensione della stessa sentenza. Tenendo da parte le altre due opinioni che concorrono con diverse motivazioni al dispositivo finale, si rileva intanto che esse sono state presentate da Leon Kieres, l'ultimo giudice della c.d. 'vecchia guardia' liberaldemocratica del Tribunale, il cui mandato è scaduto nel 2021, e da Piotr Pszczółkowski, un avvocato eletto dal PiS alla fine del 2015, in ma-

[23] E senza contare il rilievo critico (M. Kłopocka-Jasińska, *Abortion in Poland*, cit., 200) per cui l'attuale livello di conoscenza medica, insieme alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo concernente anche casi polacchi, dovrebbero far considerare come altamente controverse alcune considerazioni svolte in quella sentenza.

niera legittima – nel senso che è andato a ricoprire un incarico già scaduto – e che inoltre ha cominciato da subito ad esercitare un ruolo di coscienza critica nell'ambito del collegio sottoposto negli ultimi anni a una completa *capture*, per esempio criticando anche per iscritto il modo in cui la sottomissione del Tribunale è avvenuta. In definitiva il giudizio più duro è proprio quello dato da quest'ultimo, laddove imputa alla maggioranza del collegio di aver perseguito una linea unilaterale nella quale viene totalmente trascurata la dignità delle donne, imponendo loro un eroismo coatto, sacrifici sproporzionalmente eccedenti quelli che sono richiesti in condizioni normali e accettabili per una gravidanza, un parto e la crescita di un figlio.

Il *dissent* di Kieres, in esordio, non si limita a contestare l'indebita composizione del Tribunale, ma censura la partecipazione al collegio giudicante di due membri (non nominati: ma si tratta di Krystyna Pawłowicz e Stanisław Piotrowicz) che nelle due precedenti legislature – nell'arco temporale dal 2011 al 2019 – presero parte sia a fallite iniziative legislative di abrogazione della stessa disposizione che ora viene dichiarata incostituzionale sia, pur con diverso livello di coinvolgimento, al ricorso in via d'azione che ha dato luogo al medesimo giudizio. A parte questo, il giudice Kieres critica il comportamento dello stesso Parlamento (in particolare del *Sejm*), che a suo avviso avrebbe dovuto portare a termine il procedimento legislativo di abrogazione della norma recante l'eccezione che consentiva l'aborto per patologie dell'embrione prima di ricorrere presso il Tribunale costituzionale per lo stesso motivo. Nello stretto merito del proprio dissenso, Kieres rileva il mancato rispetto degli standard internazionali di tutela dei diritti umani che pure sarebbe richiesto dalla Costituzione (art. 9) e si richiama a una diversa interpretazione dell'art. 38 Cost., in larga parte coincidente con quella già presentata nella dottrina critica sopra citata, con l'aggiunta che la mancata protezione della vita viene imputata non alla possibilità di abortire in casi estremi ma all'incapacità dei programmi statali di offrire adeguata diagnostica e terapia quando gli stessi ricorrano. Inoltre viene criticata l'interpretazione della disposizione colpita, ritenuta superficiale in quanto dogmatica e formale: essa non avrebbe tenuto conto (volutamente?) della molteplicità di situazioni, tra loro alquanto differenziate, che possono rientrare in una formula generica come quella della «grave e irreversibile malformazione del feto o di una patologia incurabile tale da minacciarne la vita», una molteplicità che viene annientata da una sentenza di totale ablazione senza formule di accoglimento parziale, capaci di consentire l'aborto almeno in casi estremi di menomazione consistente nell'assenza di organi vitali indispensabili per una minima speranza di vita.

Le ragioni espresse del dissenso del giudice Pszczółkowski sono ancora più impressionanti, se si tiene conto che si tratta già di un giurista espresso dalla

nuova maggioranza iperconservatrice dominante dal 2015. La sua rinuncia ad ogni considerazione sull'opportunità di astenersi per alcuni colleghi, o addirittura circa la legittimità della composizione dello stesso collegio, viene più che compensata dalla veemenza demolitoria dell'intera opinione di maggioranza.

Quest'ultimo giudice è ancora più radicale nel negare una contrapposizione manichea bene-male sull'argomento. È falsa (punto 1 dell'opinione) la visione per cui l'aborto terapeutico – ma in Polonia si preferisce la definizione di «embriopatologico» – risponda solo agli interessi egoistici della donna. Nessuno, secondo Pszczółkowski, difende la vita del proprio bambino più della madre. «La donna non ha bisogno dell'apparato di costrizione dello stato per quanto riguarda l'istinto materno che le appartiene». L'esegesi data dalla maggioranza del collegio degli artt. 30 e 38 Cost. (punto 2) è erronea dal punto di vista testuale, storico e sistematico. Soprattutto per quanto attiene all'art. 38 (3.2), la sua lettura offerta dal collegio giudicante viene considerata del tutto svincolata da ogni tipo di considerazione valida sul piano giuridico. La sua interpretazione letterale corretta, infatti, conferma la tesi prevalente in dottrina per cui la norma non attribuisce un diritto alla vita, ma stabilisce solo un (tenue) obbligo a carico dell'autorità statale: al massimo può essere inteso come «diritto alla protezione giuridica della vita», che è categoria filosofica o quasi teologica più che giuridica. In ogni caso la norma in questione non dà nessuna risposta circa la liceità o meno dell'aborto.

Sul piano dell'interpretazione storico-teleologica, si ribadisce quanto già affermato in dottrina per cui la disposizione fu una soluzione di compromesso, e la fallita revisione del 2006 conferma la tesi che l'art. 38 non ha voluto imporre alcun modello come quello imposto dall'attuale sentenza. In questo senso la sentenza contestata dall'opinione di minoranza viene definita senz'altro creativa di diritto e creativa al più alto livello normativo possibile, tanto che le si imputa un aggiramento delle procedure previste dall'art. 235 della Costituzione, stabilite per la formale revisione costituzionale. Anche un'interpretazione sistematica, che metta l'art. 38 in relazione al 30, non conduce secondo il giudice Pszczółkowski ai risultati cui perviene l'opinione di maggioranza. Esiste infatti una versione della dignità personale che si riempie di contenuto proprio con il richiedere all'individuo – in questo caso alla donna in fase precoce dello stato di gravidanza – di autodeterminare la propria sorte entro la società, e questo non può certamente valere per una vita allo stato embrionale. Anche dal diritto internazionale, cui la Polonia è vincolata per volontà della sua stessa Costituzione, non arrivano secondo il giudice di minoranza motivi di conforto per la sentenza. Il diritto alla vita, per come evocato dall'art. 6 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966, non può essere riferito alla sua fase prenatale e con ancora maggior certezza lo stesso si può affermare a proposito

dell'art. 2 CEDU, la cui applicazione alla vita prenatale è stata affidata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo all'ampio margine di scelta spettante agli stati membri[24]. Il giudice passa poi a citare per esteso una copia notevole di sentenze di corti supreme e costituzionali straniere, da cui risultano valutazioni coincidenti in gran parte con la sua opinione di minoranza[25]. Dunque né dal diritto internazionale né dalla giurisprudenza di corti costituzionali del «nostro spazio culturale risulta che ai non nati vanno riconosciuti diritti pari a quelli dei non nati e tali da non tener conto di quelli della donna.

Viene poi confutato (3.3) il test di proporzionalità compiuto dalla maggioranza. Esso viene censurato per erronea selezione dei beni in conflitto tra loro, ma anche perché non si è tenuto conto a sufficienza delle circostanze in cui tale conflitto ha luogo. In questo senso viene richiamata una remota giurisprudenza tedesca per cui non si può imporre alla donna, eventuale futura madre, un sacrificio superiore a quello già richiesto dalla gravidanza, dal parto e dall'educazione del minore. L'interpretazione della protezione della vita alla luce del principio di proporzionalità di cui all'art. 31.3, dunque, non impone al legislatore nessuna soluzione estrema come quelle imposte dal Tribunale costituzionale. D'altra parte, le motivazioni di maggioranza non hanno tenuto in considerazione l'art. 68 della Costituzione, che nel suo primo comma assicura a tutti il diritto alla protezione della salute, mentre al terzo comma specifica l'importanza di tale protezione a beneficio dei fanciulli – si deve ritenere nati – e delle donne incinte. In questo senso, sostiene il giudice dissenziente, la legge sull'interruzione della gravidanza, in seguito alle modifiche introdotte nel 1996, aveva assicurato garanzie procedurali (il parere di un medico altro da quello che compie l'intervento abortivo) e sociali (gratuità dell'intervento in struttura pubblica) per evitare i rischi per la vita e la salute della donna che possono avvenire in una situazione di clandestinità. L'eliminazione della causa terapeutica dell'aborto aumenta spesso i rischi per la donna, ciò che non è stato affatto considerato, ragion per cui si ritiene che una conseguenza della sentenza K 1/20 può essere quella di portare al divieto dell'aborto anche per violenza sessuale. Inoltre (6), anche se la sentenza non estende automaticamente le cause di penalizzazione dell'aborto, apre un varco al legislatore per poterlo fare. Nelle conclusioni demolitorie dell'opinione dissenziente (8), si conferma con enfasi che la sentenza ha contenuto normativo e svincola il Parlamento dall'assunzione di responsabilità in merito alla soluzione che evidentemente

[24] Come confermato, proprio con riferimento alla Polonia, da *Tysiąc c. Polonia*, 5410/03 del 20 marzo 2007. Ma già precedenti pronunce indicano chiaramente come art. 2 non si riferisce ai non nati anche perché la loro vita e condizioni di salute è strettamente legata a quella della madre e può comportare conseguenze su di essa.

[25] Tra cui le sentenze 27/1975 e 35/1997 della Corte costituzionale italiana.

desiderava perseguire, eludendo l'art. 235 Cost. Grazie ad essa sono smontati di fatto i meccanismi volti a proteggere la vita e la salute della donna qualora essa si sottoponga a un aborto non procurato secondo i crismi previsti dalla stessa legge. A fronte dell'estremo unilateralismo sui diritti dell'embrione, nessun riguardo è stato portato ai diritti previsti dagli artt. 31, 47, 53, 69, 71Cost. (dignità, protezione giuridica della vita privata e familiare e vita personale, libertà di coscienza, diritti di prestazione per donne madri).

5. *Il seguito della sentenza: al di là delle apparenze, l'indice di una continuità storica*

È cosa nota che la sentenza K 1/20 abbia scatenato un'imponente mobilitazione di proteste su scala nazionale[26], con manifestazioni ripetute per giorni e settimane non solo nelle principali città ma anche in decine di centri minori, seguite con attenzione dai media nazionali non governativi e riprodotte a partire da questi a livello internazionale ed europeo (un dibattito si è svolto nel Parlamento europeo). L'insistenza della reazione popolare, che ha impiegato almeno qualche mese a spegnersi, può aver contribuito a sua volta a far raggiungere un ulteriore stadio della degenerazione dello stato di diritto, che si è manifestata nel ritardo con cui sono state presentate le motivazioni nonché le opinioni dissenzienti e in quello con cui la stessa sentenza è stata pubblicata (in violazione dell'«immediata pubblicazione» al riguardo disposta dall'art. 190, secondo comma, della Costituzione)[27].

Dal punto di vista politico la sentenza del 22 ottobre 2020 è stata indubbiamente un diversivo, con cui il partito che ha governato la Polonia fino alla fine del 2023 ha dato soddisfazione alle aspettative di minoranze e gruppi di pressione concentrati ma assolutamente determinati, senza però assumersi la responsabilità di una trasparente discussione pubblica e di una votazione parlamentare, ma scaricando l'onere della decisione su un organo giurisdizionale addomesticato a propria immagine e somiglianza, beneficiando in più del vantaggio competitivo di poter ammantare una scelta politica di parte con

[26] In particolare con l'organizzazione dello *strajk kobiet*, un'azione ispirata allo sciopero delle donne in Islanda nel 1975, anche se la protesta non è arrivata al punto da trasformarsi in vera e propria azione rilevante sul paino del diritto del lavoro. Tuttavia vi sono aspetti del divieto di aborto che possono avere conseguenze giuslavoristiche: P. Grzebyk, *Ogólnopolski Strajk Kobiet, aborcja i prawo do strajku* [Sciopero nazionale delle donne, aborto e diritto allo sciopero], *Państwo i Prawo*, 8/2021, 184 ss.

[27] Il primo ritardo ha costituito a sua volta punto d'avvio di una tendenza ancora più aggravata con alcune importanti pronunce successive, relative al rapporto tra l'ordinamento interno e quello eurounitario o introdotto dalla CEDU, inaugurando un vero e proprio *trend*.

valori costituzionali (presuntivamente) indiscutibili e ultimi[28]. Ma la reazione dell'opinione pubblica, come già accennato per le proteste, è stata duratura e pare abbia pesato più di ogni altro fattore sul risultato elettorale di tre anni dopo.

Si è trattato di una tappa importante, tuttora non smentita da decisioni di tipo contrario, in direzione di un obiettivo ideologico da qualcuno rivendicato, quello della realizzazione di uno stato confessionale[29]. Il percorso di riconquista fu inaugurato nel 1993, con la legge sulla pianificazione della famiglia, la protezione dell'embrione umano e sulle condizioni di liceità dell'interruzione della gravidanza[30]. Insieme ad altre questioni spinose quali l'insegnamento scolastico della religione, questi provvedimenti sono espressione, a volerli valutare in senso benevolo, di un senso di riconoscenza per il ruolo svolto dalla Chiesa cattolica nella lotta per la liberazione dal precedente sistema totalitario: una riconoscenza che si è concretizzata nell'atto di riconoscere a questa istituzione una sorta di informale *domaine réservé* su argomenti che le stanno a cuore. Al tempo stesso, va considerato il fatto quasi paradossale e ormai da tutti dimenticato, per cui l'ultima norma di legge tuttora approvata in Polonia da un Parlamento rappresentativo sia stata quella con cui, nel 1996, furono aggiunte alla legge appena ricordata le circostanze delle difficili condizioni socioeconomiche. Esse furono però eliminate rapidamente dalla sentenza del 1997, che secondo alcuni ha gettato le basi per sviluppi ancora più accentuati.

[28] Sull'uso politico della giustizia v. da ultimo T.T. Koncewicz, *No More "Business as Usual". Looking Beyond the Constitutional Oppression*, in *VerfBlog*, 24 Oktober 2020, con riferimenti alla risalente opera di Otto Kirchheimer in merito alla *political justice*.

[29] Proprio con riferimento alla sent. K1/20 si è parlato di un cammino verso il fondamentalismo religioso e morale (E. Łętowska, *A Tragic Constitutional Court Judgment*, cit.). Il giudizio è tanto più rilevante se si considera essere stato formulato da una giudice costituzionale (2002-2011) e ombudsman emerita. Per i più recenti sviluppi, qualcuno dei quali sembra però scongiurato, si veda ora K. Kocemba, *Towards Gilead. One Year After the Constitutional Court Abortion Ruling in Poland*, in *VerfBlog*, 17 November 2021. Più in generale, anche con riferimento all'Ungheria, M. Mazza, *Recenti evoluzioni del rapporto tra Stato, politica e religione in Polonia e Ungheria*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2021, 183-193.

[30] Fino ad allora era stata in vigore una legge largamente liberale in materia, tale da consentire l'aborto anche per motivi socioeconomici, risalente al 1956, con il risultato che nei primi anni vi furono oltre 700.000 interruzioni legali di gravidanza all'anno (quasi una forma di contraccezione di massa). Al riguardo, E. Caruso, M. Fisicaro, *Aborto e declino democratico in Polonia*, cit., 5, ricordano come quella polacca fosse all'epoca una delle legislazioni più permissive in materia, tanto da portare il c.d. turismo abortivo da paesi come la Svezia. Invece, come i due autori spiegano di seguito, la condizione attuale è quella contraria di clandestinità di massa.

I fatti che sono stati descritti in esordio mostrano una situazione incerta, fluida, aperta a vari sviluppi. Non si vuole dire sia probabile, ma è possibile che in tempi relativamente brevi la legislazione sull'aborto in Polonia, come su altre questioni eticamente sensibili, sia modificata. Quel che è certo è che, in un settore che non sarà mai consensuale e resterà conflittuale, l'arena politico-parlamentare difficilmente avrà l'ultima parola, e il confronto sarà ancora trascinato nella sfera della giustizia costituzionale, che questa sia risanata o che mantenga gli aspetti patologici degli ultimi anni.

Simone Scagliarini[*]

"IL SANGUE E LA PAROLA": *LAW AND HUMANITIES* IN PIAZZA DEL QUIRINALE

SOMMARIO: 1. 22 luglio 2022: la Corte scende in piazza. – 2. *Il sangue e la parola*: l'opera e il suo contenuto. – 3. *Law and Humanities*: una (ulteriore) modalità di apertura della Corte alla società. – 4. Musica a Corte: eccesso di zelo o nuove modalità di divulgazione costituzionale?

1. *22 luglio 2022: la Corte scende in piazza*

Nella serata del 22 luglio 2022 si è svolto un evento senza precedenti: la Corte costituzionale è, letteralmente, scesa in piazza (per la precisione, l'antistante Piazza del Quirinale), dove era stato organizzato un concerto diretto dal Maestro Nicola Piovani, il quale avrebbe eseguito, in prima assoluta, *Il sangue e la parola*, una Cantata per voce recitante, soli, coro e orchestra da lui stesso composta.

All'evento, promosso dalla Consulta medesima, partecipava anche l'inquilino del Palazzo dirimpetto, il Capo dello Stato Sergio Mattarella, in un simbolico incontro dei due organi costituzionali di garanzia nello spazio urbano su cui si affacciano entrambe le Istituzioni. Tra le mille persone invitate erano presenti altre cariche dello Stato ed esponenti della società civile, tra i quali si contavano sia volti noti[1] sia persone intervenute in rappresentanza delle varie realtà con cui la Corte ha intessuto negli ultimi anni un dialogo, su cui avrò modo di tornare.

La circostanza inconsueta per cui il giudice delle leggi si è fatto promotore di un concerto trova la sua giustificazione nel fatto che la Cantata in questione, ispirata alle Eumenidi di Eschilo, vede la interpolazione nel testo di discorsi di Padri costituenti e richiami a disposizioni della Carta fondamentale, al fine di trasmettere al pubblico un messaggio circa il valore della Costituzione e quindi rimarcare il ruolo di garanzia di essa che il Collegio riveste. Si tratta, pertanto, di un'operazione che, come meglio cercherò di argomentare in seguito, a buon diritto può essere ricondotta al metodo noto come *Law and Humanities*, volto

[*] Ordinario di Diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, simone.scagliarini@unimore.it.

[1] Come, per esempio, Roberto Benigni, regista e interprete del film *La vita è bella*, che ha valso al Maestro Piovani l'Oscar per la migliore colonna sonora, di cui, durante lo spettacolo, è stata eseguita la *suite* omonima.

a cogliere e sfruttare le implicazioni tra il diritto e le varie arti (in questo caso, in prima battuta, la musica, ma anche in realtà l'opera letteraria che ne sta alla base) e, nello specifico, ad evidenziare attraverso il prodotto artistico (alcuni de)i principi fondamentali di quel testo giuridico che è la Costituzione italiana.

Proprio per tale ragione, lo svolgimento di una riflessione su questo inedito evento, che, come vedremo, si pone quale coerente sviluppo di recenti tendenze di apertura verso la società civile da parte del giudice delle leggi, mi è parso un modo per onorare uno studioso come Salvatore Prisco, che tra i primi, perlomeno nell'ambito della dottrina costituzionalistica, ha promosso l'introduzione di Diritto e Letteratura nella didattica universitaria giuridica[2] e che ha dedicato una non irrilevante parte della sua riflessione scientifica proprio a questa disciplina[3].

2. Il sangue e la parola*: l'opera e il suo contenuto*

Il concerto svoltosi in Piazza del Quirinale aveva, come accennavo, quale elemento centrale e principale[4] l'esecuzione, in prima assoluta, della Cantata *Il sangue e la parola*, il cui testo è stato scritto dallo stesso compositore Piovani insieme alla drammaturga Paola Ponti. La parte musicale è stata eseguita dall'Orchestra e dal Coro del Teatro dell'Opera di Roma, con le voci soliste dei soprani Maria Agresta e Maria Rita Combattelli e quella recitante dell'attore Andrea Pennacchi.

La trama, come pure accennavo, riprende quella delle Eumenidi di Eschilo: Oreste, perseguitato dalle Erinni che ne pretendono il sangue quale espiazione del matricidio da egli compiuto (a sua volta, come noto, a riscatto dell'omicidio del padre Agamennone ad opera della madre Clitemnestra), si rivolge, su in-

[2] Dapprima con i Seminari di Diritto e Letteratura, avviati nel 2009 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Federico II di Napoli, poi trasformati dal 2015 in un corso vero e proprio di cui Egli è divenuto titolare.

[3] Per limitarmi a qualche citazione tra le opere più recenti, v. *Diritto, letteratura, discipline umanistiche. Teorie, metodi e casi*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016; *Legge e giustizia. Tre variazioni sul tema tra diritto e letteratura*, in *Diritto, religione e politica nell'arena internazionale*, a cura di G. Macrì-P. Annicchino, Soveria Mannelli, 2017; *La neolingua costituzionale, i canapi di Ulisse e i compiti della scienza giuridica*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2018; *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; *Io son colui che tenni ambo le chiavi del cor di Federigo, e che le volsi, serrando e diserrando, sì soavi*, in *Citar Dante. Espressioni dantesche per l'italiano di oggi*, a cura di I. Chirico-O. Dainotti-M. Galdi, ETP Books, 2021; *Delle epidemie. Un (per)corso fra letteratura e diritto. Primi appunti di viaggio*, in *Historia et Ius*, n. 19/2021; *Voci dalla grande letteratura russa dell'Ottocento*, in *PasSaggi costituzionali*, n. 1/2022.

[4] Sono state infatti eseguite anche le *suite* sinfoniche *La notte di San Lorenzo* e, come anticipato, *La vita è bella.*

dicazione di Apollo, alla dea Atena, che sostituisce, con un passaggio epocale, alla logica della vendetta, di cui le citate divinità ctonie sono espressione, quella della parola, di modo che solo all'esito di un processo, in contraddittorio tra le parti, sarà decisa la sorte dell'imputato. La quale consiste nella sua assoluzione, stante l'esito paritario di voti espressi per l'innocenza e per la condanna, ipotesi che nella pratica dell'Aeropago conduceva ad un esito favorevole al reo[5]. Su questa trama, che Eschilo scriveva nel 458 a.C. ricordando l'istituzione del primo tribunale ad Atene nel 621 a.C., gli Autori della Cantata hanno pensato di innestare alcuni passaggi tratti dagli atti dell'Assemblea costituente o da dichiarazioni in altre sedi rese dai suoi componenti, oltre che direttamente dal testo della Costituzione, nei quali essi hanno ravvisato un parallelismo con quello storico mutamento avvenuto 2.500 anni or sono[6]: come, infatti, l'avvento della giurisdizione fa trionfare la logica della ragione, della parola e del contraddittorio su quella della violenza e della vendetta, che brama soltanto altro spargimento di sangue (da qui, per l'appunto, il titolo dell'opera), così la Costituzione è vista come la risposta pacifica agli eventi, bellici ma non solo, che avevano contraddistinto gli anni precedenti la sua scrittura, attraverso la quale analoghi principi di civiltà giuridica vengono codificati per il futuro.

Più nel dettaglio, un primo passaggio in cui è esplicitata questa analogia si ritrova dopo il canto di Atena, con cui le Erinni straniere sono invitate a deporre le armi, laddove un intervento del narratore sollecita ad accogliere le antiche divinità all'interno della città accettandole come foriere di un contrasto del tutto fisiologico nell'esistenza umana, per poi chiosare che «chi non accetta il diverso non capisce la vita. *Tutti gli esseri hanno pari dignità e sono uguali davanti alla legge, senza distinzioni*» (corsivo mio), laddove è evidente il richiamo all'art. 3, comma 1, Cost. Ed è di nuovo il narratore, dopo aver sot-

[5] Che nell'originale eschileo conseguiva, invero, al voto decisivo per l'assoluzione dato da Atena dopo la parità registrata nello scrutinio dei voti dei giudici all'uopo nominati. Sul punto interessante la ricostruzione di M. Cartabia-L. Violante, *Giustizia e mito*, Bologna, 2018, 19 ss.

[6] Come ha dichiarato Nicola Piovani, «rimasi sorpreso dai versi di Atena nelle Eumenidi: sentivo una forte e stupefacente consonanza fra quei versi e gli scritti dei lavori preparatori della Costituente di cui mi ero occupato da poco, nonché degli articoli della Costituzione stessa»: così la nota dell'Autore riportata a pagina 3 del *Libretto di sala* realizzato per l'occasione (e reperibile *on line* sul sito istituzionale della Corte all'indirizzo https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/rapporti_cittadini/media/libretto_di_sala_concerto_22_luglio_2022.pdf consultato il 22 marzo 2024). Si noti che pochi anni prima, nell'inaugurare l'anno accademico 2019/20 dell'Università Roma 3, Marta Cartabia, allora Presidente del Collegio, aveva scelto il medesimo tema delle Eumenidi per il suo intervento, sebbene per trarne riflessioni generali sulla giustizia e senza proporre considerazioni analoghe a quelle qui indicate. Il testo di questa relazione è disponibile alla pagina web https://www.cortecostituzionale.it/documenti/composizione/risorsePaginaPresidente/eventi/CARTABIAROMATRE.pdf consultata il 22 marzo 2024.

tolineato come l'introduzione del processo abbia avviato la civiltà del diritto, a fare proprie le parole di Ugo Damiani: «la guerra, questa follia, questo crimine che sempre ha perseguitato l'umanità, noi vogliamo eliminarla per sempre. Riconosciamo che tutti i contrasti, per quanto gravi, per quanto aspri, possano sempre essere risolti con il ragionamento poiché il ragionare rappresenta l'arma più poderosa dell'uomo»[7]. Si tratta di parole che ricalcano il discorso appena concluso da parte di Atena ed alle quali segue, una volta dato conto del risultato paritario della votazione e della conseguente assoluzione, l'enunciazione dell'art. 111 Cost. nella parte in cui dispone che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale»[8].

Altro passaggio degno di nota si ha allorché le Erinni, convinte finalmente da Atena a deporre le armi ed accolte nella città, da nemiche si trasformano in divinità benevole, le Eumenidi per l'appunto. Ebbene, la chiosa dell'annuncio di tale circostanza dato dal narratore è affidata al discorso di Leo Valiani: «quali che siano le limitazioni di sovranità, purché servano a cementare l'unione fra i popoli, dobbiamo accettarle. La nostra epoca ha dinnanzi un nuovo concetto dell'interesse comune, dell'unità. Il concetto che trionferà se l'umanità non vorrà distruggere sé stessa nella barbarie». Cui segue la citazione, quasi testuale, dell'art. 11 Cost.: «il nostro Paese ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli»[9].

Oltre ai passaggi testuali che ho evidenziato, il parallelo tra l'opera di Eschilo e quella «strada politica e poetica indicata dal legislatore al Parlamento» che, secondo la visione del compositore, è la Costituzione italiana[10], è stato reso simbolicamente nella scelta della *location* per l'allestimento dell'opera, che va

[7] *Libretto di sala*, 14.

[8] *Libretto di sala*, 15. In questo senso, già Marta Cartabia, nella prolusione pronunciata il 23 gennaio 2020 per l'inaugurazione dell'anno accademico dell'Università di Roma 3 (7 del dattiloscritto) sottolineava come «le regole processuali fondamentali del giusto processo basate sul contraddittorio sono perfettamente ritracciabili in questo primo, mitologico, processo della civiltà occidentale» di modo che «il pensiero del costituzionalista non può non correre con la mente all'art. 111 della Costituzione italiana».

[9] *Libretto di sala*, 20. La citazione è peraltro ripetuta dal narratore («Il nostro paese ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli. Il nostro paese ripudia la guerra… L'Italia ripudia la guerra…») prima delle due strofe conclusive (ivi, 24). Spiega al riguardo il compositore (in S. Fiori, *La sinfonia della ragione*, ne *La Repubblica*, 16 giugno 2022, 37) che la dichiarazione del Padre costituente citata nel testo è stata inserita in quanto in grado di arricchire l'art. 11, il quale tiene al proprio interno «il nesso storico ed emotivo tra la fine della guerra e la costruzione di un'Europa unita finalizzata alla pace».

[10] Cfr. l'intervista di F. R. De' Angelis, *Per cantare l'umanità e la parola*, ne *L'Osservatore Romano*, 19 luglio 2022, 1 ss.

al di là di una mera opzione di comodo per l'adiacenza al Palazzo della Consulta, assumendo al contrario un significato ben più pregnante per due ordini di ragioni.

In primo luogo, infatti, la disposizione del palco era tale per cui gli spettatori, che davano le spalle alla sede della Corte, vedevano, aldilà del palco, la città di Roma, esattamente come gli spettatori del teatro greco potevano ammirare, oltre la platea, il paesaggio urbano di fronte ad essi, secondo quanto la posizione dei teatri e la loro conformazione di norma permettevano.

In secondo luogo, e soprattutto, non deve sfuggire come la scena delle Eumenidi, nella Cantata come nell'originale eschileo, è ambientata sul Colle di Ares, che assurge a luogo paradigmatico dell'avvio della civiltà giuridica e della perdurante pratica della giustizia[11], proprio come sul Colle romano per eccellenza, il Quirinale, hanno sede le Istituzioni volte a garantire il rispetto dell'ordinamento fondato sulla Costituzione repubblicana[12].

Anche lo spazio scenico, in buona sostanza, concorre così a gettare un ponte tra la contemporaneità della rappresentazione ed il passato in essa ritratto.

3. Law and Humanities*: una (ulteriore) modalità di apertura della Corte alla società*

Scopo delle presenti note non è certo analizzare, sotto il profilo artistico, l'opera messa in scena: vi osta, a tacer d'altro, l'incompetenza dello scrivente a fronte dell'eccellenza unanimemente riconosciuta tanto al compositore/direttore quanto agli interpreti. È invece in ottica strettamente giuridica – e per la precisione in quella prospettiva di *Law and Humanities* cui Salvatore Prisco ha dato un importante contributo – che vorrei cercare di discutere criticamente l'apporto che questo evento può fornire alla scienza del diritto e soprattutto come la sua promozione si inquadri rispetto al complesso delle attività svolte dalla Corte costituzionale.

[11] «Qui sul colle di Ares si impara quanta luce c'è nell'esser giusti»: cfr. *Libretto di sala*, 17. Nell'opera originale si vedano i versi 685 e ss., ove sono spiegate le ragioni storiche per cui il Tribunale è istituito su questo Colle, ovvero che «il rispetto dei cittadini e il timore congiunto li tratterrà […] dal commettere delitto, finché i cittadini stessi non introducano nuove leggi» (Eschilo, *Orestea. Agammenone, Coefore, Eumenidi*, a cura di D. Del Corno, traduzione di R. Cantarella, Milano, 1981 (ristampa 2015), 249). Si osservi, per inciso, che Areios Pagos è altresì l'attuale denominazione proprio per tale motivo assunta oggi dalla Corte Suprema civile e penale della Repubblica Ellenica.

[12] Condivisibile, in questo senso, il commento di M. Serri, *Il dialogo che vince sul sangue in concerto nella piazza del Quirinale*, ne *La Stampa*, 20 luglio 2022, 28, ove si parla di uno scenario «fantastico, non solo per la sua bellezza e il valore architettonico degli edifici ma anche per la sua *forza evocativa e simbolica*» (corsivo mio).

Ebbene, nel merito del contenuto della realizzazione artistica al nostro esame, mi pare difficile negare che i principi da essa espressi, quali lo Stato di diritto, il giusto processo e il ripudio della guerra, non siano anche assi portanti della Carta fondamentale, sicché *optimo jure* gli Autori del testo hanno potuto e voluto rimarcare questa comunanza di valori accostando alla storia, ambientata nella Grecia classica, riflessioni e disposizioni elaborate, in epoca contemporanea, negli anni successivi al secondo conflitto mondiale. Certo, non è meno palese che l'opera pone in evidenza soltanto una parte dei principi fondamentali della Costituzione così come è innegabile che quella rilevante conquista di civiltà giuridica richiamata, che è lo Stato di diritto, sia sorta in un periodo storico precedente il costituzionalismo democratico, nel quale si innesta la Carta del 1948, che pure lo ribadisce (e ripristina in risposta al regime totalitario del ventennio precedente); difficilmente, però, si sarebbe potuto chiedere di più ad una creazione artistica di questo tipo.

Tanto più che, a mio avviso, c'è un altro aspetto che merita di essere posto in evidenza e che fa assumere all'iniziativa un valore ancor maggiore. Infatti, aldilà del, pur meritorio, contenuto dell'opera, il tratto caratterizzante del concerto, nella prospettiva del giudice delle leggi, credo risieda nella sua funzionalità ad un'attività di pedagogia costituzionale[13], grazie alla capacità che la Cantata possiede di far emergere, nei suoi tratti essenziali, il valore della Costituzione per i cittadini e, in qualche misura, il conseguente ruolo della Istituzione sua principale garante. In questo senso, come accennavo nell'introdurre queste mie riflessioni, la promozione dell'evento si inquadra pienamente nella scia di quell'apertura dell'organo di giustizia costituzionale alla società civile[14],

[13] Per usare l'espressione di S. Pajno, *La Corte "mediatica": aspetti positivi e profili problematici di una trasformazione in atto*, in *Quest. Giust.*, 4/2020. Più polemicamente, per ragioni su cui tornerò a breve, N. Zanon, *Su alcune questioni e tendenze attuali intorno alla motivazione delle decisioni della Corte costituzionale, tra forma e sostanza*, in *Come decide la Corte dinanzi a questioni «tecniche». Incontri sulla giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. Losana–V. Marcenò, Torino, 2020, 24, parla di «catechismo costituzionale» in relazione alla «"predicazione" da parte di giudici costituzionali che escono dal palazzo, "si aprono" alla società civile e diffondono il "verbo"». La dottrina straniera, al riguardo, ha invero elaborato la categoria della *constitutional literacy*: cfr. M. De Visser, *Promoting Constitutional Literacy: What Role for Courts?*, in *German Law Journal*, 2022, 23, 1121 ss.

[14] Efficacemente è stato scritto da P. Conti, *Le note di Piovani, l'appello di Amato* «La ragione prenda il posto del sangue», ne *Il Corriere della Sera*, 23 luglio 2022, 22, che «la Piazza del Quirinale» in cui erano presenti, accanto a magistrati, economisti, giuristi e storici, anche lavoratori precari, ragazzi del carcere minorile, ex detenuti, guardie penitenziarie, direttori di istituti di pena e parenti di vittime dei reati, «rappresenta, nelle intenzioni della Corte, quella società civile che incontra uscendo dal Palazzo. E la Cantata di Piovani è, in qualche modo, la bellissima *colonna sonora di questa operazione*» (corsivo mio).

che nel nostro Paese si registra almeno dal 2018[15], in modo peraltro analogo a quanto praticato dagli omologhi stranieri[16].

Del resto, di questa volontà di aggiungere, attraverso il concerto, un ulteriore tassello al mosaico di strumenti che la Corte sta cercando di utilizzare per farsi promotrice della cultura costituzionale e per diffondere la conoscenza delle proprie funzioni, essa non fa certo mistero. Basta ascoltare (o leggere) il saluto introduttivo del Presidente Giuliano Amato, il quale, nel ringraziare la RAI e il Teatro dell'Opera di Roma per il fondamentale supporto prestato[17], evidenziava come questo sforzo logistico fosse andato «a beneficio dei tanti italiani a cui volevamo far conoscere, anche così, la Corte Costituzionale e le radici in cui affonda il suo lavoro»[18]. La stessa presentatrice RAI, nella medesima direzione, per chi seguiva in diretta (o ha seguito e seguirà, *on demand*, la registrazione) rimarcava all'avvio del programma che lo stesso si collocava nel novero delle attività svolte dalla Corte «per mantenere vivi, con le sue sentenze o iniziative come questa» i principi fondanti della Carta fondamentale, spiegando anche, sia pure, giocoforza, in estrema sintesi, in cosa consista il giudizio sulle leggi, con esempi di come esso possa impattare sulla vita dei cittadini. Parimenti, a conclusione dell'evento, la conduttrice rimarcava nuovamente che il concerto si poneva nel solco del percorso di apertura[19] alla società civile av-

[15] Sul quale, in generale, si veda da ultimo E. Cavasino, *La Corte mediatica e la Corte attivista: i nuovi volti della giustizia costituzionale italiana*, in *Consulta OnLine*, n. 1/2024, 242 ss. e spec. 246, ove l'A. rileva «l'intenzione sottesa alle strategie comunicative della Corte – quantomeno di alcuni dei suoi ultimi Presidenti – di *spiegare* cosa sia la giustizia costituzionale». A ritenere che l'inizio di questa stagione di intensa comunicazione coincida con le Presidenze Grossi, Lattanzi e Cartabia (ma si potrebbe oggi tranquillamente aggiungere Amato) è R. Romboli, *Corte costituzionale e opinione pubblica. Genesi, forme, finalità*, in *Quad. cost.*, 2023, 54.

[16] Come dimostra ampiamente l'analisi di T. Groppi, *Giurisdizioni costituzionali e opinione pubblica nella rivoluzione digitale. Dalla comunicazione delle decisioni alla promozione della cultura costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2023, 73 ss.

[17] Confermando, come peraltro non è difficile intuire, che anche nella promozione di questa iniziativa, secondo quanto scrive S. Pajno, *La Corte "mediatica"*, cit., in generale a proposito della comunicazione portata avanti dalla Consulta verso il pubblico generalista, essa «ha profuso un impegno assolutamente inedito, e ha messo a supporto della stessa una organizzazione che non sembra avere eguali nella sua storia», tanto più che si tratta di un tipo di evento ben lontano da quelli che il giudice costituzionale è solito progettare.

[18] La dichiarazione di Amato sembra peraltro porsi in perfetta coerenza con quanto lo stesso, prima di assumere la carica di Presidente, aveva dichiarato a *Il Venerdì di Repubblica* del 29 marzo 2019, 40, nell'intervista *In piedi. Esce la Corte*: «Noi siamo partiti tre anni fa da una riflessione elementare: come è possibile che una istituzione come questa sia sconosciuta ai più e non parli con le persone per le quali ha lavorato fin dalle origini della sua storia?».

[19] Non si può non osservare come l'insistente ricorrenza del lemma "apertura" anche in questo contesto ne confermi la natura di vera e propria «parola chiave», secondo quanto scrive ancora S. Pajno, *La Corte "mediatica"*, cit.

viato dal giudice costituzionale per farsi conoscere, al pari degli incontri nelle carceri e nelle scuole[20] e delle comunicazioni sui *social*, giungendo fino a definire la Piazza del Quirinale come il luogo in cui da sempre si svolge un dialogo tra le Istituzioni e la cittadinanza.

Quanto sopra spiega anche l'ampia visibilità mediatica attribuita all'evento, fin dal comunicato del 15 giugno 2022, in cui è già ben identificata la *ratio* dell'operazione, laddove è posto in evidenza come nell'opera si parli di giustizia e pace come «valori che vanno oggi vivificati e difesi. Di qui la scelta, come luogo di esecuzione del Concerto, della piazza del Quirinale, sulla quale si affacciano, affiancate, le due più alte Istituzioni di garanzia, la Presidenza della Repubblica e la Corte costituzionale, che di quei valori sono garanti»[21]. Peraltro, il concerto è stato altresì trasmesso in diretta su Rai3 ed è tuttora disponibile per lo *streaming* in rete su Raiplay oltre che sul sito istituzionale della Consulta[22], ove, oltre alla registrazione dello stesso ed ai già citati comunicato stampa e discorso introduttivo del Presidente Amato, si può trovare pure la rassegna stampa completa dell'evento. Un vero e proprio *dossier*, insomma, con lo scopo di dare ampio risalto all'iniziativa, secondo un modello già collaudato in occasione dei viaggi dell'organo di giustizia costituzionale nelle carceri

[20] I quali per l'appunto – secondo quanto affermava il Presidente Lattanzi nella *Relazione sulla giurisprudenza dell'anno 2018*, reperibile sul sito della Corte all'indirizzo https://www.cortecostituzionale.it/documenti/composizione/risorsePaginaPresidenteLattanzi/relazione2018/relazione_presidente_attivita_2018.pdf, consultato il 2 aprile 2024, 3 – nascevano dall'acquisita consapevolezza, da parte della Consulta, che essa «deve uscire dal Palazzo, deve farsi conoscere e deve conoscere, deve farsi capire e deve capire, anche perché farsi conoscere e farsi capire significa far conoscere e far capire la Costituzione». Laddove anche la collocazione dell'informazione sui viaggi – ovvero il paragrafo di apertura della *Relazione*, significativamente intitolato "La Corte e il Paese" – appare assai eloquente dell'importanza ad essi attribuita.

[21] Anche nella formulazione del comunicato riecheggiano le parole del Presidente del Collegio con il quale la promozione del concerto aveva preso avvio, ovvero Giorgio Lattanzi, che nell'intervista *La nostra Costituzione è uno scudo per i più deboli che siano italiani o stranieri* pubblicata sul quotidiano *La Repubblica* del 31 gennaio 2019, 5, attribuiva alla Corte, tra gli altri, il compito di «mantenere vivi nelle coscienze dei cittadini i valori della Costituzione uscendo dal Palazzo per farsi conoscere». Nello stesso senso, peraltro, anche la *Relazione sulla giustizia costituzionale dell'anno 2021* (reperibile alla pagina web https://www.cortecostituzionale.it/annuario2021/pdf/Relazione_annuale_2021.pdf, consultata il 2 aprile 2024, 22), ove il Presidente Amato, nel preannunciare l'evento, parlava di «valori che, oggi più che mai, hanno bisogno di essere riaffermati e che saranno tanto più percepibili in un luogo come la piazza del Quirinale. Dove si affacciano le due istituzioni che, secondo la nostra Costituzione, sono garanti dei suoi stessi principi».

[22] Che in tal modo conferma la sua funzione di «*hub* comunicativo volto a mettere a sistema i numerosi strumenti oggi utilizzati dalla Corte», secondo l'efficace definizione di S. Pajno, *La Corte "mediatica"*, cit.

e nelle scuole, cui facevo cenno, per i quali si è data la possibilità ai cittadini, sempre attraverso il canale web della Corte, di accedere a documenti e filmati illustrativi dell'iniziativa, cui quasi tutto il Collegio ha preso parte, tra cui un vero e proprio docu-film, *Viaggio in Italia. La Corte costituzionale nelle carceri*, girato dal regista Fabio Cavalli e trasmesso, dopo la proiezione in anteprima presso l'Auditorium Parco della Musica di Roma, dal servizio radiotelevisivo pubblico per essere infine reso disponibile in *streaming*.

Nemmeno i *social*, peraltro, sono stati tralasciati in questa imponente operazione comunicativa, se sol si considera che sul profilo *Instagram* della Corte sono stati pubblicati cinque *post* sull'evento, che vanno ben oltre la semplice documentazione fotografica dello stesso, pure presente. Due giorni prima, infatti, veniva preannunciato il concerto, con la precisazione, ancora una volta, che «prosegue così l'apertura all'esterno della Corte per incontrare la società civile, conoscere, farsi conoscere e promuovere la cultura costituzionale. La promozione del Concerto si inserisce infatti nel solco delle iniziative intraprese dalla Corte negli ultimi anni […] per riaffermare i valori costituzionali e far crescere, attraverso la conoscenza, una "mentalità costituzionale"». Seguivano poi due filmati aventi ad oggetto i preparativi, all'interno ed all'esterno del Palazzo, tra cui un *time-laps* che, partendo dal Salone Belvedere per giungere al palco allestito in Piazza, mostrava il *backstage* dell'evento e, da ultimo, un estratto del discorso del Presidente Amato, con l'annuncio che il *podcast* sarebbe stato disponibile su *Spotify*, *Spreaker*, *YouTube* nonché sulle principali piattaforme di *podcasting*. Insomma, un apparato di documentazione multimediale, destinato ad affiancarsi al *dossier* reperibile sul sito, studiato per sollecitare, grazie anche all'indubbia attrattiva, pure sotto il profilo estetico, della *location* utilizzata, quanto più possibile l'attenzione del più vasto pubblico sull'iniziativa.

4. *Musica a Corte: eccesso di zelo o nuove modalità di divulgazione costituzionale?*

È noto come, in relazione al citato percorso di apertura della Corte al Paese reale[23], non siano mancate voci critiche, in generale, per la sovraesposizione mediatica cui essa, in tal modo, finisce per sottoporsi, in quella che è stata interpretata come la ricerca di un consenso e di un'autonoma legittimazione popolare, che tuttavia non competono ad un organo di giustizia costituziona-

[23] Uso l'espressione che si legge nel comunicato stampa della Corte del 14 giugno 2018, reperibile alla pagina https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20180614094419.pdf consultata il 29 marzo 2024.

le[24], per sua natura antimaggioritario[25]. Laddove, tra l'altro, sono proprio le iniziative che non hanno una connessione con l'attività giurisdizionale intestata alla Consulta[26], quali i viaggi nelle carceri o nelle scuole, ad avere attratto le maggiori perplessità, giacché è stato rilevato come anche la promozione dei principi costituzionali non possa dirsi politicamente neutra[27], per esempio nel momento in cui se ne accentuino taluni a discapito di altri[28], o comunque in cui se ne dia una lettura che potrebbe non essere così unanime, esattamente come la selezione dei destinatari di queste comunicazioni implica comunque un'operazione di discernimento che inevitabilmente porta a preferire determinati soggetti rispetto ad altri[29].

Non è certo possibile, nello spazio a disposizione e in coerenza con le finalità del presente scritto, affrontare *ex professo* la questione *de qua*, ma credo che due riflessioni possano essere svolte con specifico ed esclusivo riferimento all'esperienza de *Il sangue e la parola*.

In primo luogo, mi pare si possa evidenziare che, per i principi su cui l'opera si sofferma e per il messaggio che la Cantata vuole trasmettere, il dubbio che vi possa essere una sovraesposizione della Corte in senso lato politica possa serenamente essere escluso. Il riferimento allo Stato di diritto ed all'importanza della parola, intesa come quel contraddittorio che si svolge nel giusto processo, quale alternativa alla vendetta degli ordinamenti precedenti la nascita dell'attuale civiltà giuridica occidentale, di cui le Eumenidi sono eccellente testimonianza[30], è troppo condiviso e preliminare a qualunque discorso sul

[24] La bibliografia sul tema è piuttosto copiosa; mi limito qui a richiamare la serrata critica di A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, 251 ss. e spec. 280, ove l'A. parla di «un *surplus* di legittimazione».

[25] Come evidenzia R. Romboli, *Corte costituzionale*, cit., 67.

[26] Ovvero quella che T. Groppi, *Giurisdizioni*, cit., 80, chiama comunicazione istituzionale, in contrapposizione a quella decisionale, che ha per oggetto il contenuto delle pronunce.

[27] Insiste sul punto R. Romboli, *Corte costituzionale*, cit., 61, per il quale la maniera come parlare della Costituzione e spiegarne i valori in essa contenuti, non è mai una operazione neutra, ma implica spesso precise scelte sia nell'individuare di quali valori parlare, sia nel modo con cui farlo.

[28] Il che forse spiega perché il Presidente Amato abbia voluto precisare, nel discorso introduttivo citato, «che, quando l'iniziativa fu concepita, sapevamo che le Erinni non erano scomparse, ma pensavamo che fosse saldo nel mondo, soprattutto nella nostra parte di mondo, il primato del logos, della parola al posto del sangue. Poi è venuto il sangue ucraino e il senso delle Eumenidi è divenuto ancora più tragicamente attuale».

[29] È la critica che muove N. Zanon, *Su alcune questioni*, cit., 23.

[30] Come ha scritto E. Cantarella, *Il mito che cancella la giustizia maschile*, ne *Il Corriere della Sera*, 28 aprile 2008, con le Eumenidi «l'era della vendetta è finita per sempre, è nato il mondo del diritto».

diritto perché si possa pensare a uno sviamento della Consulta dai suoi binari e all'emersione della sua "anima" politica. Mi pare, piuttosto, che, anche alla luce della natura monodirezionale di questa comunicazione, che non presuppone un vero e proprio dialogo con i soggetti della società civile cui è rivolta, il concerto possa essere annoverato, anche da chi volesse aderire rigorosamente alla critica verso questo *modus operandi* del Collegio, tra quegli strumenti che, per la loro sostanziale "innocuità", non sono suscettibili di far dubitare della loro opportunità[31]. Infatti, a mio avviso, il concerto non costituisce che un'iniziativa di pedagogia costituzionale, la quale ben può essere svolta da un organo di garanzia, ed anzi mi pare opportuno che lo sia, posto che anche per tale via esso esercita in qualche misura il compito di custode della Carta[32]. Così che penso possa convenirsi con il Presidente Grossi, allorquando affermava che spetta alla Corte «di interpretare il proprio ruolo di garante anche alimentando direttamente, con l'esempio e la testimonianza del dialogo, e con la divulgazione, la cultura della Costituzione, vale a dire la coscienza del nostro "stare insieme"»[33]. Insomma, se ricerca di consenso vi è, nel caso specifico credo valga più che mai l'affermazione che si tratta di consenso *sulla* Costituzione, nel tentativo di creare un *idem sentire* sui principi della Carta fondamentale che favorisca l'effettività della giustizia costituzionale (e quindi, in ultima istanza, della Costituzione stessa)[34]. Mi pare, dunque, che per la promozione del con-

[31] In questo senso, anche A. Morrone, *Suprematismo*, cit., 271, parla di una differenza qualitativa all'interno delle iniziative di comunicazione istituzionale della Corte, laddove l'A. ritiene che gli incontri nelle scuole non pongano particolari questioni; analogamente, N. Zanon, *Su alcune questioni*, cit., 23 ss., definisce, per l'appunto, innocue, sia pure a determinate condizioni, le iniziative *de quibus*, a dimostrazione che la critica non è generalizzabile, ma deve tenere conto della specificità delle singole attività.

[32] *Contra* R. Romboli, *Corte costituzionale*, cit., 60, il quale dubita che l'educazione alla Costituzione rientri nelle funzioni assegnate dalla Costituzione alla Corte, pure se trattasi di una iniziativa che merita plauso, come tutte le iniziative aventi lo scopo di diffondere la cultura della Costituzione e dei valori da questa espressi. Sennonché, come ha scritto T. Groppi, *Giurisdizioni*, cit., 95, «partecipando, in una posizione di primo piano, alla diffusione della *constitutional literacy*, le corti rimangono pienamente nell'ambito della loro funzione di organi costituzionali indipendenti di garanzia – giurisdizionale e non giurisdizionale, di protezione e di promozione – della costituzione» ponendosi sul terreno della cultura e non della politica. In senso analogo si pronuncia anche F. Viganò, *La Corte costituzionale e la sua comunicazione*, in *Quad. cost.*, 2023, 39, il quale afferma che la mancanza di responsabilità istituzionale della Corte non comporta che essa «non abbia il dovere di rendere conto ai consociati della propria azione, e delle ragioni stesse della propria esistenza – ragioni che sarebbe un gravissimo errore dare, oggi, per scontate».

[33] Cfr. *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2017*, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/grossi2018/relazione_giurisprudenza2018.pdf, 4 (pagina consultata da ultimo il 2 aprile 2024).

[34] In questo senso A. Sperti, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in *Dir. soc.*, 4/2019, 770 ss., cui rinvio anche per maggiori riferimenti bibliografici nella stessa direzione.

certo nessun rimprovero possa muoversi alla Consulta, che anzi bene ha fatto a cogliere la proposta del Maestro Piovani e offrire al pubblico lo spettacolo in questione.

Una seconda riflessione riguarda più da vicino l'opera scientifica dello studioso che qui onoriamo. La particolarità del caso che abbiamo analizzato è infatti data dalla circostanza per cui, per la prima volta, la Corte costituzionale fa ricorso ad una manifestazione musicale, emulando e fors'anche superando in questo senso simili iniziative assunte da omologhi di altri Paesi[35], quale mezzo per incontrare la società civile veicolando, attraverso le forme della musica e di un testo teatrale, un messaggio in grado di creare maggiore consapevolezza sulla Costituzione e sul senso della propria attività.

Qualche avvisaglia nella direzione di fare ricorso all'arte per questo fine, a ben vedere, c'era già stata. Basta ricordare la mostra fotografica *Il volto della Corte*, realizzata, sotto la presidenza di Marta Cartabia, «per comunicare con il Paese, per conoscere e farsi conoscere»[36], così come si può rammentare il già citato docu-film del regista Cavalli sul viaggio della Corte nelle carceri. Epperò, *Il sangue e la parola* va ben oltre queste prime esperienze di *Law and Humanities*, sia per il suo carattere duraturo, grazie all'integrale registrazione dell'evento e la sua diffusione attraverso la rete, che lo distingue dall'esposizione temporanea di cui sopra, sia per la sua caratteristica di non essere la documentazione – senza nulla togliere, beninteso, al valore dell'opera cinematografica citata – di un'altra iniziativa, configurandosi invece come un evento che nasce con il preciso obiettivo di promozione della cultura costituzionale, secondo l'intenzione esplicitata dallo stesso Maestro Piovani[37], e che come tale viene progettato sin dall'inizio, restando avulso da qualunque legame con altre iniziative della Consulta. Laddove, mentre il testo evidenzia l'importanza dello Stato di diritto e degli altri principî di cui abbiamo parlato, stabilendo

[35] In particolare, come ricorda T. Groppi, *Giurisdizioni*, cit., 81 ss., concerti nella sede istituzionale sono ospitati dalla *High Court* australiana e dal *Conseil constitutionnel* francese, il quale ultimo, a cadenza annuale, organizza l'evento *La nuit du droit* durante il quale vengono discussi con esponenti del mondo della cultura argomenti di attualità con l'accompagnamento di musicisti.

[36] Come recita il comunicato stampa del 13 marzo 2019 reperibile alla pagina https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/MOSTRA.pdf, letta il 4 aprile 2024. Notizie in merito si possono leggere in A. Sperti, *Corte costituzionale*, cit., 250, mentre T. Groppi, *Giurisdizioni*, cit., 85, riferisce di analoghe iniziative di mostre (e installazioni artistiche) realizzate da Corti straniere.

[37] V. l'intervista «*La mia Cantata al Quirinale tra Eschilo e la Costituzione*», realizzata da P. Conti per *Il Corriere della Sera*, 22 luglio 2022, 25, in cui il musicista, con riferimento alla civiltà dei diritti, dichiara che «l'impegno dei filosofi, pensatori, scrittori, giornalisti, artisti dev'essere quello di coltivarne le premesse culturali».

un contatto tra periodi della civiltà umana (e giuridica) distanti più di 2.500 anni, a palesare l'universalità dei valori *de quibus*, la musica – specialmente eseguita nel contesto spaziale di pregnante valore simbolico che è la Piazza del Quirinale – è in grado di aggiungere una ancor maggiore potenza evocativa al messaggio[38].

In questo senso, mi pare si possa concludere che, con la promozione del concerto *Il sangue e la parola*, la Corte costituzionale dimostri di aderire all'idea, già esplicitata anni or sono da Salvatore Prisco, che coniugare diritto e studî umanistici «non significa coltivare un divertimento evasivo e una moda»[39], dal momento che «il giurista deve […] giocoforza esplorare linguaggi diversi e lasciarsene contaminare, in nome della fluidità della vita concreta»[40]. Gli *hastag* #Musica #Cultura #Costituzione, che chiudono l'ultimo *post* della Corte pubblicato in relazione all'evento, saranno forse destinati a divenire famigliari ai costituzionalisti.

[38] Sono ancora le parole del Maestro Piovani, in un articolo pure pubblicato su *La Stampa* del 20 luglio 2022, (*La mia Cantata per la Costituzione*, 28) a rendere, non senza un eccesso di modestia, il concetto: «ho scritto questa Cantata non certo sperando in un potere pratico che l'arte non ha, ma per provare a far sentire, non solo con le parole ma anche con il canto, quanto sia bello il sogno di Eschilo, il sogno dei nostri costituenti».

[39] S. Prisco, *Diritto*, cit., 1.

[40] Così S. Prisco, *Letteratura*, cit., 426, il quale prosegue poi ricordando che «filosofi e sociologi del diritto, nonché giuscomparatisti sono da tempo abituati a simili confronti aperti, ma ormai lo spirito del tempo li impone a qualunque giurista positivo e *ai costituzionalisti e ai giuspubblicisti in particolare*» (corsivo mio).

Antonino Scalone[*]

FINZIONE E RAPPRESENTANZA IN HANS KELSEN

SOMMARIO: 1. Il concetto di finzione giuridica e la filosofia di Vaihinger – 2. La finzione giuridica come bersaglio polemico. – 3. La rappresentanza come finzione: una critica politica.

1. *Il concetto di finzione giuridica e la filosofia di Vaihinger*

Fra i numerosi saggi scritti da Kelsen nei fruttuosi anni Dieci del secolo scorso, ve n'è uno dedicato specificamente alla teoria delle finzioni giuridiche, nel quale il giurista viennese si misura in specifico con alcuni luoghi della *Philosophie der Als-Ob* di Vaihinger.

Il saggio, *Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob*, testimonia innanzitutto l'interesse del giurista austriaco per discipline diverse dalla propria: in questo caso la filosofia[1] – in altri, com'è noto, la sociologia, la teologia, l'antropologia ecc. – nella prospettiva di una costante problematizzazione e ridefinizione dei confini fra i saperi. Nei confronti della filosofia, vi è una ragione più forte: Kelsen è convinto – e lo afferma sia nella prefazione alla prima edizione degli *Hauptprobleme*, sia nella prefazione alla *Allgemeine Staatslehre* – della superiorità di quella disciplina, definita «centro fecondo di tutte le conoscenze», rispetto ad ogni altro ambito scientifico, in particolare alla «lontana provincia della scienza giuridica»[2].

Kelsen prende le mosse dalla constatazione che per Vaihinger l'ambito giuridico è «l'ambito più adatto per la deduzione di leggi logiche e l'illustrazione o lo sviluppo di metodi logici in generale e dei metodi finzionali in particolare»[3]. È proprio questa affermazione che Kelsen non condivide: infatti, afferma, se «i risultati di principio della filosofia del come-se possono essere accettati senza riserve», «la finzione giuridica, che Vaihinger impiega con particolare predi-

[*] Associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Padova.

[1] Non a caso il saggio apparve nel numero 1/1919 degli *Annalen der Philosophie*, 630-658.

[2] H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato* (1925), trad. it. Milano, 2013, 7. Nella *Prefazione* alla prima edizione dei *Problemi fondamentali della dottrina del diritto statuale* (1911), trad. it. in ID., *Opere*, vol. II (1911), Soveria Mannelli, 2022, 11 scriveva: «Credo fiduciosamente che non solo sia possibile, ma necessario e di grande utilità scoprire le relazioni esistenti tra il piccolo mondo della scienza giuridica e il grande mondo di un sistema filosofico universale».

[3] H. KELSEN, *Sulla teoria delle finzioni giuridiche* (1919), trad. it. in ID., *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, Napoli, 1988, 237.

lezione, non può non essere definita come argomento non appropriato»[4]. Il problema è che per Vaihinger la finzione è una deviazione consapevole dalla realtà finalizzata a conoscerla meglio, mentre il diritto è una scienza – scrive Kelsen – «le cui nozioni non riguardano la realtà». Di conseguenza, in questo ambito «una finzione può essere sempre e soltanto una deviazione inammissibile e del tutto inutile, semplicemente deleteria»[5]. Non stupisce che, a proposito di questo saggio, si sia parlato di «presa di distacco» e di «netto dissenso»[6] rispetto a quanto sostenuto da Vaihinger. Certo, Kelsen riconosce che nella scienza giuridica vi possono essere finzioni, ma al tempo stesso le critica in radice come contraddittorie e come fonte di confusione[7]. È questo il caso del concetto di soggetto giuridico il quale, più che a ragioni di tipo scientifico, è riconducibile a qualcosa di pre- o di anti-scientifico, ovvero – qui Kelsen concorda con Vaihinger – all'«impulso antropomorfico alla personificazione che da sempre domina il nostro apparato rappresentativo»[8].

Qui sembra risiedere il motivo principale dell'attenzione kelseniana nei confronti della teoria delle finzioni di Vaihinger: essa è un sostegno all'intento del giurista viennese di criticare in radice come antiscientifiche *e* politicamente connotate tutte le ipostatizzazioni sostanzializzanti del diritto, al fine di far compiere alla *Rechtslehre* quel progresso, a un tempo scientifico e politico, già compiuto in altri ambiti, quali la fisica col concetto di forza e la psicologia col concetto di anima, come scriverà in *Gott und Staat*[9]. Che tale posizione sia a un tempo scientifica – finalizzata cioè alla costituzione di un'autentica scienza del diritto – e politica, o, per meglio dire, «etico-politica», è affermato da Kelsen con assoluta chiarezza quando parla, a proposito della riduzione da lui sostenuta dello Stato al diritto, di «anarchismo puramente gnoseologico», dato che con quella riduzione si «elimina l'idea che lo Stato sia una realtà assoluta che si contrappone fatalmente al singolo come qualcosa di semplicemente dato, indipendente da lui». In questo modo – aggiunge a ulteriore chiarificazione della sua posizione e della connessione fra approccio autenticamente scientifico al diritto e politica – al tempo stesso si «elimina uno degli ostacoli

[4] Ivi, 238.

[5] *Ibidem*.

[6] A. Carrino, *Vita e forme in Kelsen*, in H. Kelsen, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito…*, cit., 16; F. Todescan, *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio juris*, Padova, 1979, 370.

[7] Cfr. H. Kelsen, *Sulla teoria delle finzioni giuridiche*, cit., 240.

[8] Ivi, 241. Kelsen distingue le finzioni della scienza del diritto da quelle «del legislatore e di chi applica il diritto», ivi, 245. Ma queste a suo giudizio, non essendo orientate alla conoscenza, non rientrano nella nozione veihingeriana di finzione (cfr. ivi, 253 e 256).

[9] Cfr. H. Kelsen, *Dio e Stato* (1922-23), trad. it. in Id., *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, cit., 163.

politicamente più efficaci che in ogni tempo hanno intralciato il cammino di una *riforma* dello Stato nell'interesse dei governati. Ma proprio perciò questa dottrina si afferma come una teoria *pura* del diritto, in quanto essa non fa che distruggere l'abuso politico di una pseudo-teoria dello Stato»[10].

2. *La finzione giuridica come bersaglio polemico*

L'obiettivo scientifico di Kelsen, almeno nella fase europea della sua riflessione, può essere compendiato nell'espressione, utilizzata negli *Hauptprobleme*, «battaglia contro le finzioni, contro gli spettri»[11]. Qui il termine finzione è usato in un'accezione del tutto negativa, come sinonimo di una vera e propria *allucinazione conoscitiva*: «Proprio come da un'allucinazione nasce uno spettro, se lo si afferma nel mondo esterno, la costruzione diventa finzione se si cercano in sé fatti concreti, eventi della convivenza sociale»[12]. Tuttavia, con una posizione che sembra parzialmente diversa da quella che sosterrà nel saggio su Vaihinger, Kelsen non nega in assoluto la possibilità o l'utilità scientifica della finzione in sé, ma denuncia il pericolo (insieme scientifico e politico) che sussiste quando, dimenticandone il carattere puramente mentale (e strumentale), si pretende di farne qualcosa di *reale*.

Anche in *Das Problem der Souveranität* il termine finzione ritorna in termini sostanzialmente analoghi: «Lo sguardo del teorico del diritto» che dovrebbe essere orientato unicamente alla «norma giuridica» – scrive Kelsen – è sempre soggetto al rischio di venire «offuscato da finzioni produttive di ipostatizzazioni e pseudo-problemi (…) Pesanti metafore simili a spettri assurgono a entità autonome, strumenti logici della conoscenza giuridica fattisi realtà le si frappongono e le impediscono di cogliere come unità ciò che solo un'apparenza scambiata per realtà divide»[13]. La finzione può valere come strumento conoscitivo, a condizione che rimanga consapevolmente tale e che non si trasformi da «strumento logico» in pretesa «realtà»[14].

[10] *Ibidem*.

[11] H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto statuale*, cit., 189.

[12] *Ibidem*. Nella *Prefazione* alla prima edizione dell'opera si legge: «La lotta contro la finzione, contro questa riprovevole menzogna necessaria della scienza, è uno dei fini del mio lavoro» (ivi, 7).

[13] H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale* (1920), trad. it. Milano, 1989, 248-49.

[14] Esula dai confini del nostro contributo la trattazione del concetto di finzione nell'ultimo Kelsen. Sia in *Die Funktion der Verfassung* (1964), sia nella *Allgemeine Theorie der Normen*, egli, a proposito della *Grundnorm*, parlerà di finzione e non più di ipotesi, sostenendo che il primo termine si attagli meglio al concetto rispetto al secondo, dato che si tratta di «una norma semplicemente pensata, e cioè di una norma fittizia, che è il senso di un atto di volontà

3. *La rappresentanza come finzione: una critica politica*

La portata e le implicazioni (anche politiche) del ragionamento kelseniano a proposito delle finzioni si rivelano nel modo più chiaro a proposito del concetto di *Repräsentation* (o di *Vertretung*: come risulta ad esempio dalla seconda edizione della *Reine Rechtslehre*, Kelsen, a differenza di Leibholz e Schmitt, usa i due termini come sinonimi).

Già negli *Hauptprobleme* Kelsen aveva criticato in radice il principio rappresentativo, insieme alla nozione di interesse generale. L'elettore – scriveva – è interessato non ad una rappresentanza purchessia, ma all'elezione di *un* determinato rappresentante, capace di porsi come efficace «rappresentante dei suoi interessi»[15]. Con la stessa motivazione qualche anno prima, in *Wählerlisten und Reklamationsrecht*, aveva giustificato la richiesta che anche al «terzo interessato» fosse consentito il ricorso contro un errore nella compilazione delle liste elettorali[16]. Infatti, come si legge ancora negli *Hauptprobleme*, la pretesa che la delibera parlamentare coincida con l'interesse generale è per Kelsen «una finzione, assolutamente priva di giustificazioni! Se, infatti, la maggioranza dei gruppi sociali rappresentati in parlamento ha un interesse collettivo e vi dà espressione attraverso una delibera della maggioranza, esso resta, prima come ora, un interesse sociale particolare»[17]. E qualche pagina prima aveva scritto: «Ma come possa darsi una volontà unitaria del popolo, il quale è scisso in

non reale, ma anch'esso fittizio. Come tale essa è una finzione autentica o 'propria' nel senso della filosofia del 'come-se' di Vaihinger, finzione caratterizzata non soltanto da una contraddizione con la realtà, ma anche da una contraddizione interna. Infatti, l'ipotesi di una norma fondamentale – come la norma fondamentale di un ordinamento morale religioso (…) – non solo contraddice la realtà, giacché non esiste una norma di questo tipo come senso di un reale atto di volontà, ma è anche contraddittoria in sé, poiché essa rappresenta l'autorizzazione di una suprema autorità giuridica o morale e quindi procede da un'autorità, sia pure solo fittizia, superiore ad essa» (H. Kelsen, *Teoria generale delle norme* [1979], trad. it. Torino, 1985, 434-35). Come si nota da questo passo, lo scarto fra la riflessione kelseniana fino alla seconda edizione della *Reine Rechtslehre* (1960) e quella successiva è dato dal passaggio ad una concezione volontaristica del diritto tale da farne una sorta di «irrazionalismo normativo», secondo la definizione di O. Weinberger, *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik*, Berlin, 1981, 8, nota 5. Sul punto cfr. M. G. Losano, *La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo*, in H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cit., XXIII sgg. e A. Carrino, *Vita e forme in Kelsen*, cit., 14 ss. Per una lettura del pensiero di Kelsen che sminuisce la portata di questo scarto, cfr. R. Walter, *Origine e sviluppo dell'idea di norma fondamentale* (1992), trad. it. in Id., *La teoria di Kelsen*, Torino, 2005, 57-9.

[15] H. Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., 495.

[16] H. Kelsen, *Liste elettorali e diritto di ricorso. A proposito del più recente disegno di legge governativo di riforma elettorale* (1906), trad. it. in Id., *Opere*, vol. I (1905-1910), Soveria Mannelli, 2023, 247-270.

[17] H. Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., 488.

centinaia di direzioni e diviso dai più profondi contrasti, ciò deve restare un mistero»[18]. Proprio la necessità di rendere visibili queste divisioni e la pluralità dei raggruppamenti d'interesse all'interno del parlamento giustifica la presa di posizione kelseniana, sempre ribadita in numerosi interventi fino ai primi anni Trenta, a favore del sistema elettorale di tipo proporzionale[19].

La critica di Kelsen rivela tutta la sua portata (anche anticipatoria) se si tiene conto che il concetto, com'è noto, conoscerà un importante *revival* proprio negli anni Venti, ad opera innanzitutto dei già menzionati Leibholz e Schmitt. Il primo vi dedica la monografia *Das Wesen der Repräsentation*, apparsa nel 1929[20], il secondo dedica al concetto alcune cruciali pagine della *Verfassungslehre*[21], pubblicata nel medesimo anno, quasi consonanti con quanto sostenuto da Leibholz nell'opera citata. In queste pagine Schmitt, peraltro, riprende alcuni concetti già avanzati in *Römischer Katholizimus und politische Form*, pubblicato nel 1923. Senza entrare nel dettaglio, ci limiteremo a segnalare che per questi autori la rappresentanza politica – intesa sostanzialmente in termini hobbesiani – appare orientata alla produzione (e alla manifestazione visibile) dell'intero, concepito come una grandezza ideale irriducibile al piano dei meri valori (connotati in termini economici) e dei semplici interessi, suscettibili soltanto di *Vertretung*. Non a caso, in *Römischer Katholizimus* Schmitt scorge nella Chiesa cattolica il massimo esempio teorico e storico del principio rappresentativo e ritiene che questo sia il segreto della sua longevità e della sua capacità di porsi come *complexio oppositorum*[22]. La prospettiva entro la quale sia Leibholz che Schmitt si muovono è quella della critica ad ogni pluralismo partitico, interpretato come foriero di divisioni e compromessi al ribasso fra interessi organizzati, tanto da mettere in forse la stessa sopravvivenza della forma politica moderna (l'attenzione di ambedue gli autori per i totalitarismi – che in Leibholz si tradurrà in uno studio sul fascismo molto documentato, ma anche non privo di sfumature

[18] Ivi, 482.

[19] Su punto ci permettiamo di rimandare al nostro *Stato, scienza e società in Hans Kelsen. Su alcune antinomie della dottrina pura del diritto*, Modena, 2016, 15-52.

[20] Cfr. G. Leibholz, *La rappresentazione nella democrazia* (1966[3]), trad. it. Milano, 1989.

[21] Cfr. C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione* (1929), trad. it. Milano, 1984, 270 ss.

[22] Scrive C. Schmitt, *Cattolicesimo romano e forma politica* (1925[2]), trad. it. Milano, 1986, 36-37: «L'essenza di questa *complexio oppositorum* cattolico-romana consiste in una specifica superiorità formale nei confronti della materia della vita umana quale finora nessun impero ha conosciuto. In questo caso, ad una formazione sostanziale della realtà storica e sociale è riuscito – nonostante il suo carattere formale – di rimanere dentro l'esistenza concreta, di essere piena di vita e tuttavia razionale nel grado più alto. Questa peculiarità formale del cattolicesimo romano si basa sulla rigorosa attuazione del principio di rappresentazione. Nella sua specificità ciò appare chiaramente in opposizione rispetto al pensiero tecnico-economico, oggi egemonico».

'simpatizzanti'[23] e in Schmitt, com'è noto, nell'adesione al nazionalsocialismo – si spiega a nostro avviso come la ricerca di alternative a tale deriva idonee a conservare l'unità della forma politica)[24].

Radicalmente opposta la posizione di Kelsen. Per un verso, egli riconosce nella pluralità dei soggetti politici – partiti, sindacati, associazioni e aggregazioni di vario tipo – una risorsa dei sistemi politici contemporanei, piuttosto che una minaccia alla loro tenuta; per l'altro, conduce una critica serrata al concetto di rappresentanza. Come si legge in una lunga nota contenuta nella prima edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, il concetto può essere ricondotto a quello di *organo* dello Stato quando, a determinate condizioni e «in base a una norma»[25], le azioni di una persona o di un gruppo di persone vengono imputate allo Stato. In questo caso – scrive Kelsen – «non c'è finzione, bensì una costruzione giuridico-normativa». Diverso è il caso in cui si pretende – qui il riferimento implicito è a Jellinek – che il parlamento sia «in primo luogo» organo primario, ovvero rappresenti il popolo e in secondo luogo sia organo secondario, ovvero rappresenti lo Stato. È questa la finzione che Kelsen denuncia: il parlamento *non rappresenta* il popolo, nel senso in cui «nel diritto privato il rappresentante è vincolato alla volontà del rappresentato» poiché il parlamento *non è* «materialmente vincolato alla volontà del popolo». Il motivo per cui ciò non avviene, né può avvenire, è detto nella *Allgemeine Staatslehre*, ove Kelsen riprende in modo più articolato, ma sostanzialmente eguale, lo stesso argomento: «Il popolo, nel suo complesso, è muto»[26].

Si tratta di un'affermazione a nostro avviso molto importante: in questo passo, la cui crucialità forse non è stata valorizzata in letteratura come avrebbe meritato, Kelsen si mostra consapevole del fatto che il popolo in quanto tale è sempre costituito, ovvero, giusta le posizioni di Leibholz e Schmitt (che qui riprendono alla lettera il ragionamento hobbesiano), non si dà mai in forma *im*-mediata. Infatti il popolo, in quanto *idea*, necessita sempre, per rendersi presente, di un'istanza rappresentativa, capace, come il sovrano o il parlamen-

[23] Cfr. G. Leibholz, *Il diritto costituzionale fascista* (1928), trad. it. Napoli, 2007 e la nostra *Postfazione* al volume, 129-137. Sul tema dell'assetto costituzionale del regime fascista, con particolare riferimento al nesso fra rappresentanza politica e rappresentanza corporativa, risultano imprescindibili le osservazioni svolte da S. Prisco, *La rappresentanza politica e la rappresentanza degli interessi. I giuspubblicisti del fascismo e la ricerca della «terza via»*, in *Rivista AIC*, 2018, I, 1 ss.

[24] Per un'analisi più dettagliata e per una valutazione complessiva di tali posizioni, anche sotto il profilo delle ricadute politiche, ci permettiamo di rimandare al nostro *Percorsi schmittiani. Studi di storia costituzionale*, Milano-Udine, 2020.

[25] H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1920), trad. it. in Id., *Dottrina dello Stato*, Napoli, 1994, 19n.

[26] H. Kelsen, *Dottrina generale dello Stato* (1925), cit., 701.

to, di fornirgli corpo e visibilità. Ma se le cose stanno così (e non potrebbero stare diversamente perché, come dice lo stesso Kelsen, una democrazia diretta, ovvero una manifestazione della volontà popolare *senza mediazioni*, non è né pensabile, né praticabile) allora non può esservi trasmissione alcuna di volontà dal popolo al parlamento (o a qualsivoglia altro organo) e la rappresentanza è mera *finzione*. La funzione politica di tale finzione è l'affermazione del dogma della sovranità popolare, ovvero «far credere a coloro che la costituzione esclude dalla legislazione che, anche se sono soltanto rappresentati dal parlamento, tuttavia determinano la volontà dello Stato»[27]. A che scopo tutto questo? Allo scopo – scrive Kelsen – di «*ostacolare un ulteriore avanzamento dello sviluppo democratico*». Infatti, se il sistema rappresentativo-parlamentare si presenta come la migliore realizzazione possibile del principio democratico, non appare giustificato ipotizzarne realizzazioni migliori: il parlamentarismo costituisce, rispetto al principio democratico, al tempo stesso «il suo inizio» e «la sua fine»[28]. Kelsen, che in altri luoghi si presenta come disincantato, ma rigoroso difensore dell'istituto parlamentare, qui argomenta a favore dell'ulteriorità del principio democratico rispetto al parlamento (e all'ideologia parlamentare): il parlamento è, o perlomeno può essere, semplicemente una tappa nella realizzazione del principio democratico. La necessità di difendere il parlamentarismo contro gli attacchi da parte delle destre – cosa che appunto Kelsen farà con impegno negli ultimi anni della repubblica di Weimar e anche dopo – non significa considerarlo necessariamente il punto di arrivo del processo di democratizzazione delle società post-rivoluzionarie.

Ora, se non esiste *un'*istanza deputata una volta per tutte e in maniera compiuta a render presente la volontà popolare, se questa non è determinabile in modo univoco – il popolo è muto, come sappiamo – allora tale volontà non potrà che essere la risultante provvisoria del confronto/scontro fra parti politiche, del compromesso fra interessi contrapposti, come si argomenta nella seconda edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, un saggio che può essere letto anche come una sorta di *elogium* nei confronti dei partiti e del loro ruolo costituzionale[29]. La stessa costituzione, lungi dall'essere l'incarnazione di grandezze sovrastoriche o di principi trascendenti, contrapposti ai meri *valori*

[27] *Ibidem*.

[28] Ivi, 704.

[29] Si tenga presente che per Kelsen il singolo in quanto tale non ha esistenza politica. «La democrazia – scrive – può esistere soltanto se gli individui si raggruppano secondo le loro affinità politiche allo scopo di indirizzare la volontà generale verso i loro fini politici, cosicché, fra l'individuo e lo Stato si inseriscono quelle formazioni collettive che, come partiti politici, riassumono le uguali volontà dei singoli individui», H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929[2]), trad. it. in Id., *La democrazia*, Bologna, 1998, 63.

(si pensi, per converso, all'avversione schmittiano-leibholziana nei confronti di quanto ha a che fare con la sfera economica) esprime piuttosto nei suoi contenuti il precipitato dei rapporti di forza di una determinata fase storica e di un determinato assetto di potere[30]. Per questo motivo, essa non può pretendere una durata infinita, ma è sempre soggetta all'eventualità della sua riformulazione, anche radicale, se non della sua rifondazione, in un quadro nel quale il processo costituente non può mai dirsi definitivamente concluso. Un processo che, come si è visto, non esclude in nessun modo, anzi, sembrerebbe persino comportare lo stesso superamento del sistema parlamentare in nome di una più radicale e compiuta realizzazione del principio democratico. La lotta contro le finzioni appare allora uno snodo ineludibile, condotto sul versante della scienza giuridica, per la realizzazione di queste potenzialità politiche.

[30] La costituzione corrisponde all'«equilibrio delle forze politiche nel momento considerato», H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)* (1928), trad. it. in Id., *La giustizia costituzionale*, Torino, 1981, 152.

Paolo Scarlatti[*]

NOTE SULLA RIFORMA ISTITUZIONALE DELL'UNIONE EUROPEA ALLA LUCE DELLA RECENTE PROPOSTA DI REVISIONE DEI TRATTATI DEL PARLAMENTO EUROPEO

SOMMARIO: 1. La Risoluzione del Parlamento europeo del 22 novembre 2023 e le linee di continuità del processo riformatore sovranazionale. – 2. La democrazia rappresentativa come modello di funzionamento dell'Unione: il versante della funzione legislativa e del bicameralismo. – 3. *Segue*. Il versante del rapporto tra il Parlamento e l'Esecutivo europeo. – 4. Le questioni irrisolte: la fragilità del sistema partitico europeo e il destino del Consiglio europeo.

1. *La Risoluzione del Parlamento europeo del 22 novembre 2023 e le linee di continuità del processo riformatore sovranazionale*

È entrato ormai da tempo nel dibattito pubblico il tema della riforma dei Trattati europei vigenti[1]. Il Trattato di Lisbona, che di questi definisce la versione consolidata, appare aver esaurito in larga parte la carica innovativa, addirittura riconducibile alla sostanza delle previsioni contenute nel naufragato Trattato costituzionale del 2004[2]. Sebbene dunque, con l'entrata in vigore nel dicembre 2009 del Trattato di Lisbona, l'ordinamento dell'Unione europea abbia senz'altro registrato un mutamento significativo nell'ottica della razionalizzazione degli assetti istituzionali e della democratizzazione del processo decisionale[3], le più recenti sfide globali – dalla pandemia alle guerre – hanno sotto più profili mostrato l'inadeguatezza dell'attuale impianto istituzionale sovranazionale, ponendo all'attenzione della politica europea l'esigenza di un ulteriore

[*] Associato di Diritto costituzionale, Università degli Studi "Roma Tre", paolo.scarlatti@uniroma3.it.

[1] *Ex multis*, G. BRONZINI, *Europa: verso una riforma dei Trattati? Cominciare a discuterne*, in *Quest. giust.*, (20 maggio 2022).

[2] In questo senso, tra gli altri, J. ZILLER, *Il trattato modificativo del 2007: sostanza salvata e forma cambiata del trattato costituzionale del 2004*, in *Quad. cost.*, 2007, 875 ss.; A. MANZELLA, *Un Trattato necessitato*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, a cura di F. Bassanini, G. Tiberi, Bologna, 2010, 469 ss.

[3] In proposito, sia consentito il rinvio a P. SCARLATTI, *Democrazia e Istituzioni nell'Unione europea: il Trattato di Lisbona*, in *Riv. AIC*, 2011 (ora in ID., *Temi di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Napoli, 2023, 15 ss.).

avanzamento nel processo di aggiornamento del diritto primario europeo[4]. E ciò, in funzione della garanzia di una maggiore aderenza al modello della democrazia rappresentativa e di una più efficace azione da parte dell'Unione, resa ancor più necessaria dalla prospettazione di futuri allargamenti.

Ebbene in questo quadro si colloca il lavoro svolto dalla recente Conferenza sul futuro dell'Europa, le cui conclusioni sono state presentate il 9 maggio 2022[5], nonché tutta l'attività istruttoria e di elaborazione che su tali basi è stata condotta in seno al Parlamento europeo. Un'attività intensa, che ha portato da ultimo all'adozione della *Risoluzione del Parlamento europeo del 22 novembre 2023 sui progetti del Parlamento europeo intesi a modificare i trattati* con cui, mediante una serie di emendamenti al testo dei Trattati, si delinea una proposta di riforma organica del sistema sovranazionale diretta al Consiglio europeo, che viene al riguardo invitato – nuovamente[6] – a convocare quanto prima una Convenzione, secondo la procedura di revisione ordinaria di cui all'articolo 48 TUE[7].

La portata di questa Risoluzione del Parlamento europeo – così come i possibili esiti a cui potrà condurre – non sembra tuttavia potersi comprendere appieno allorché le modifiche che propone ai Trattati non si collochino nel quadro di alcune tendenze evolutive che hanno stabilmente accompagnato il processo di edificazione europea.

[4] In questo senso si colloca il *Discorso sullo stato dell'Unione del 14 settembre del 2022* della Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen in cui, nello specifico, l'impegno per una riforma dell'Unione si lega alla convocazione di un'apposita Convenzione europea (21). Criticamente sul punto, F. Salmoni, *Note a prima lettura sul Discorso sullo stato dell'Unione 2022. Il lancio di una nuova Convenzione per la riforma dei Trattati, ma … errare humanum est, perseverare autem diabolicum*, in *federalismi.it*, (21 settembre 2022). Più in generale al riguardo, di recente, I.A. Nicotra, *Guerra e crisi energetica. Per l'Unione europea gli esami non finiscono mai*, in *Ist. Fed.*, n. speciale 1-2, 2022, 19 ss.

[5] Per un approfondimento su tale esperienza, cfr. A. von Bogdandy, *La nostra società europea e la sua Conferenza sul futuro dell'Europa*, in *Quad. cost.*, 2021, 699 ss.; G. Romeo, *La Conferenza sul futuro dell'Europa e la comunità politica dell'Unione che (ancora) non c'è*, *ibidem*, 701 ss.; F. Fabbrini, *La Conferenza sul futuro dell'Europa: potenzialità e problematiche*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2021, 443 ss.; P. Ponzano, *La Conferenza sul futuro dell'Europa: luci e ombre*, in *Dir. pubbl. eur. – Rass. online*, n. 1/2023; L. Frosina, *La Conferenza sul futuro dell'Europa e le prospettive di riforma dell'Unione europea*, in *Studi in memoria di Beniamino Caravita*, a cura di L. Cassetti, F. Fabrizzi, A. Morrone, F. Savastano, A. Sterpa, II, Napoli, 2024, 1429 ss.

[6] V., in particolare, la precedente *Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2022 sulla richiesta di convocare una Convenzione per la revisione dei Trattati*. A tal riguardo, le conclusioni adottate dal Consiglio europeo nella riunione del 21 e 22 marzo 2024 si limitarono a rinviare il tema delle riforme interne ad una prossima riunione con l'obiettivo di adottare, entro l'estate del 2024, conclusioni su una tabella di marcia per i lavori futuri (punto 29).

[7] In proposito, L. Lionello, *Tempi maturi per la riforma dei Trattati? La proposta del Parlamento europeo*, in *Agg. soc.*, 2024, 170 ss.

Sul fronte degli assetti istituzionali, ci si riferisce in particolare al progressivo rafforzamento del ruolo del Parlamento nella dinamica interna alla forma di governo europea[8], la quale si è andata incardinando lungo i binari della democrazia rappresentativa, modello ormai espressamente posto dal Trattato di Lisbona a fondamento del funzionamento dell'Unione[9].

Seppur attraverso un percorso ancora non concluso e ricco di difetti ed imperfezioni, appare indiscutibile sul piano della storia dell'integrazione europea la scelta di rendere il Parlamento una componente attiva e decisiva del sistema di governo europeo, emancipandosi così da un confinamento soltanto simbolico del suo ruolo[10]. Tale evoluzione in favore del parlamentarismo e della democrazia rappresentativa non si è peraltro limitata ad identificare nel Parlamento europeo la sede privilegiata su cui investire – nel lungo periodo – per contrastare alle carenze sul piano della legittimazione democratica del potere europeo[11], ma ha altresì indotto delle ricadute sugli assetti complessivi della forma di governo europea. La quale per un verso, in concomitanza con i processi di allargamento e con l'espansione delle competenze europee,

[8] Sul ricorso al concetto di forma di governo europea, tra i primi, C. Pinelli, *Ipotesi sulla forma di governo dell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 315 ss.; A.A. Cervati, *Elementi di indeterminatezza e di conflittualità nella forma di governo europea*, in *Annuario 1999. La Costituzione europea. Atti del XIV Convegno Annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (Perugia, 7-8-9 ottobre 1999)*, Padova, 2000, 73 ss.; M. Patrono, *La forma di governo dell'Unione europea: una breve storia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, 1763 ss.; S. Mangiameli, *La forma di governo europea*, in *Questioni costituzionali del Governo europeo*, a cura di G. Guzzetta, Padova, 2003, 67 ss. Perplessità e obiezioni sull'utilizzo della nozione di forma di governo parlamentare per l'Unione europea sono avanzate, di recente, da L.F. Pace, *L'inapplicabilità della nozione di forma di governo (parlamentare) all'ordinamento giuridico dell'Unione europea: ragioni teoriche e pratiche. L'Unione come nuova forma di organizzazione politico-istituzionale del continente europeo*, in *Nomos*, n. 3/2021, nonché, diffusamente, da R. Ibrido, N. Lupo, *Introduzione. «Forma di governo» e «indirizzo politico»: la loro discussa applicabilità all'Unione europea*, in *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, a cura di R. Ibrido, N. Lupo, Bologna, 2019, 9 ss.

[9] V. segnatamente l'art. 10, par. 1, TUE. Sul rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo durante il processo d'integrazione sovranazionale, *ex multis*, P. Ridola, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione europea tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 325 ss.; L. Daniele, *Le Istituzioni politiche dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: verso un nuovo equilibrio?*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, a cura di A. D'Atena, Milano, 2012, 145 ss.; M. Shackleton, *Transforming representative democracy in the EU? The role of the European Parliament*, in *Jour. Eur. Integr.*, n. 2, 2017, 191 ss.; N. Lupo, A. Manzella, *Il Parlamento europeo. Una introduzione*, Roma, 2019, 19 ss.

[10] In questa prospettiva, di recente, C. Martinelli, *Il Parlamento europeo. Simbolo o motore dell'Unione?*, Bologna, 2024, *passim*.

[11] In proposito, v. P. Scarlatti, *Democrazia e teoria della legittimazione nell'esperienza dell'integrazione europea*, Roma, 2010, spec. 59 ss.

ha registrato il progressivo avanzamento – pur nella complessità delle procedure – di un metodo decisionale sempre più ispirato al criterio maggioritario ed al coinvolgimento dell'istituzione parlamentare, e per altro verso ha visto gradualmente affermarsi i tratti di un rapporto di responsabilità politica tra quest'ultima e la Commissione europea, che sempre più si è andata imponendo come Governo politico dell'Unione[12].

Ebbene le proposte di revisione dei Trattati vigenti formulate dal Parlamento europeo con la citata Risoluzione del 22 novembre 2023 si collocano in palese continuità con queste tendenze evolutive della forma di governo europea, delle quali per la verità sembrano costituire l'esito naturale alla stregua del prescelto modello della democrazia rappresentativa.

2. *La democrazia rappresentativa come modello di funzionamento dell'Unione: il versante della funzione legislativa e del bicameralismo*

Per quanto attiene all'esercizio della funzione legislativa e alla razionalizzazione del sistema bicamerale, gli emendamenti al testo dei Trattati riguardano tre profili fondamentali.

Il primo profilo, di carattere generale, concerne l'ulteriore estensione dei settori in cui le decisioni sono adottate a maggioranza qualificata in Consiglio e tramite la procedura legislativa ordinaria. Trattasi di una proposta di ampliamento del c.d. metodo comunitario a scapito del c.d. metodo intergovenrativo che persevera senz'altro nel solco di una traccia consolidata nel processo di riforma del sistema europeo degli ultimi decenni[13].

Siffatta estensione, in questo caso, non si limita tuttavia ad una mera valutazione quantitativa bensì coinvolge la qualità ed il rilievo dei settori d'intervento coinvolti. A cominciare dall'adozione del regolamento europeo che fissa il quadro finanziario pluriennale, di cui si propone il transito dall'attuale procedura speciale basata sulla unanimità in Consiglio, previa approvazione del Parlamento europeo, alla procedura legislativa ordinaria[14].

Il secondo profilo attiene più esattamente al Parlamento europeo, la cui posizione nel circuito di governo sovranazionale verrebbe rinvigorita in una duplice direzione.

[12] Sulla graduale politicizzazione della Commissione europea nel corso del processo d'integrazione sovranazionale, v. M. Patrono, *Il governo della prima Europa*, Padova, 2003, spec. 127 ss. Più di recente sul tema, M. Hartlapp, *Politicization of the European Commission: When, How, and with What Impact?*, in *The Palgrave Handbook of the European Administrative System*, a cura di M.W. Bauer, J. Trondal, London, 2015, 145 ss.

[13] Per una disamina recente in proposito, v. O. Costa, *Perspectives for EU governance: between Community method, new-intergovernmentalism and parliamentarisation*, Brussels, 2022.

[14] Emendamento 228.

Per un verso, mediante l'acquisizione della iniziativa legislativa nell'ambito della procedura legislativa ordinaria[15], conquista che avrebbe il merito di infrangere definitivamente uno dei capisaldi su cui da sempre si sono addensate le critiche in ordine al *deficit* di democrazia ed alle carenze strutturali del sistema parlamentare europeo[16].

Per quanto la portata di tale modifica debba essere ridimensionata dalla realtà offerta dalla recente evoluzione dei governi parlamentari, che da tempo anche a livello nazionale affida gli esiti del processo di produzione legislativa in larga parte alla natura o meno governativa dell'iniziativa esercitata[17], l'accantonamento del monopolio dell'iniziativa legislativa in capo alla Commissione europea appare comunque un passaggio ineludibile nella prospettiva della democrazia rappresentativa ed anche opportuno nell'ottica della qualità della produzione legislativa europea in determinati settori, rispetto ai quali la valutazione politica resa dal Parlamento risulta in effetti determinante.

Suscita tuttavia perplessità, sul piano della coerenza con il sistema bicamerale paritario che si va configurando a livello sovranazionale, il fatto che alla proposta di modifica dell'articolo 225 TFUE in considerazione non abbia fatto sponda la promozione di un'analoga modifica dell'articolo 224 TFUE, la quale avrebbe consentito anche al Consiglio, colegislatore al pari del Parlamento europeo, di concorrere alla procedura legislativa ordinaria sin dal momento della proposta.

Per altro verso, merita di essere richiamata – per il rilievo anche simbolico che assume – la proposta di rendere la determinazione in concreto della composizione del Parlamento europeo, nel rispetto dei principi e criteri esistenti, una competenza del Parlamento stesso, sottraendola così al Consiglio europeo che, attualmente, la delibera all'unanimità su iniziativa e con l'approvazione del Parlamento[18]. La nuova procedura proposta – secondo cui a quest'ultimo spetterebbe la deliberazione a maggioranza assoluta, previa approvazione del

[15] Emendamento 189.

[16] Per una prima ed organica elaborazione della tesi del *deficit* democratico europeo, per lo più incentrata sulla inadeguatezza del ruolo del Parlamento europeo nel processo decisionale e negli assetti di governo, per tutti, D. Marquand, *Parliament for Europe*, London, 1979, spec. 45 ss.

[17] Sul punto, oltre al fondamentale contributo di E. Cheli, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 463 ss., v. tra gli altri M. Cartabia, *Legislazione e funzione di Governo*, in *Riv. dir. cost.*, 2006, spec. 80 ss.; N. Lupo, *Il ruolo normativo del Governo*, in *Filangieri*, Quaderno monografico 2010, 87-88.

[18] Art. 14, par. 2, TUE. Per una ricostruzione della complessa vicenda legata alla composizione del Parlamento europeo a seguito, prima, dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e poi, dell'uscita del Regno Unito dall'Unione, rispettivamente F. Fabbrini, *La composizione del Parlamento europeo dopo il Trattato di Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 787 ss., e L.G.

Consiglio a maggioranza qualificata rafforzata[19] – sottende infatti una connotazione garantista pienamente coerente con le prerogative di un organo parlamentare che si pretende elevare ad architrave di un assetto istituzionale ispirato al principio della democrazia rappresentativa.

Il terzo profilo d'interesse della riforma prospettata dalla Risoluzione parlamentare in esame riguarda un tassello decisivo della forma di governo europea, ovverosia la rifondazione del Consiglio come istituzione finalmente unitaria. È infatti proprio nella trasformazione del Consiglio in un'autentica seconda camera degli Stati – vero punto dolente del sistema parlamentare europeo[20] – che si scorge un'istanza riformatrice decisiva ai fini del buon funzionamento del bicameralismo europeo. Nel rispetto di una considerazione in termini paritari delle due istituzioni che in Europa detengono il potere legislativo, risulta in effetti evidente come un'opera di razionalizzazione del Consiglio costituisca il contraltare indispensabile al rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo.

Ebbene tale razionalizzazione trova riscontro in una serie di proposte emendative che si legano alla volontà di svincolare il Consiglio dalla sua ormai obsoleta strutturazione per pluralità di formazioni, che verrebbe finalmente soppressa[21]. Il suo superamento costituisce in fin dei conti il presupposto per una più adeguata rappresentazione dell'interesse intergovernativo al livello europeo, la quale troverebbe compimento, anzitutto, nella previsione di una sede in grado di assicurare, in virtù della sua nuova composizione non più frammentata e tantomeno legata al «livello ministeriale» del rappresentante nazionale, continuità e regolarità all'esercizio della funzione legislativa europea nel suo complesso, ponendo fine così alla eccezionalità dei Consigli "Affari generali" ed "Affari esteri" ed alla esperienza, ricca di spunti problematici, del Comitato dei rappresentanti permanenti degli Stati membri[22]. Inoltre – a ben vedere – l'abbandono dell'attuale sistema delle formazioni consiliari consentirebbe l'individuazione di un interlocutore chiaramente identificabile in una

Sciannella, *Il Parlamento europeo nel post-Brexit. Distribuzione dei seggi,* malapportionment *e principio di rappresentatività*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2021, 153 ss.

[19] Emendamento 23.

[20] Sulla identificazione del Consiglio come l'istituzione europea più problematica a fronte della sua incertezza strutturale ed ambiguità funzionale, tra i tanti, B. Caravita, *Quanta Europa c'è in Europa? Profili di diritto costituzionale europeo*, Torino, 2015, 117. Più precisamente sul problema della frammentazione derivante dalla proliferazione delle formazioni consiliari, F. Fabbrini, *The Relation Between the European Council and the Council: Institutional Arguments in Favour of an EU Senate*, in *Eur. Pub. Law*, n. 3, 2016, spec. 492 ss.

[21] Emendamento 28.

[22] Emendamenti 31 ss. Sulle prerogative e l'attività del Co.re.per., L. Mezzetti, *Le istituzioni e la forma di governo dell'Unione*, in *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, a cura di P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, Torino, 2022, 223 ss.

presidenza del Consiglio finalmente singola e stabile, utile non soltanto ai fini dell'organizzazione e dello svolgimento del lavoro interno all'istituzione, ma anche nella promozione del dialogo interistituzionale.

D'altro canto, siffatta rifondazione del Consiglio si associa poi, nella proposta di riforma formulata dal Parlamento europeo, alla rimozione pressoché totale del ricorso al criterio della unanimità. Ai sensi della Risoluzione in esame, la deroga alla maggioranza qualificata come regola generale per le deliberazioni del Consiglio non sarebbe più consentita dai Trattati in termini generici, secondo quanto statuito dalla formulazione vigente dell'articolo 16, paragrafo 3, TUE, bensì si esaurirebbe nell'alternativa secca tra la previsione della maggioranza semplice o della maggioranza qualificata rafforzata[23].

3. Segue. *Il versante del rapporto tra il Parlamento e l'Esecutivo europeo*

La riforma prospettata dal Parlamento europeo coinvolge anche il versante – centrale nella prospettiva della democrazia parlamentare e rappresentativa – del rapporto che il Parlamento instaura con la Commissione europea, rinominata Esecutivo europeo.

In proposito, senz'altro apprezzabile è l'intenzione di liberarsi dal dogma di una Commissione composta da un numero di membri pari al numero degli Stati membri e, quindi, di dare finalmente seguito alla riduzione del numero dei commissari europei mediante un meccanismo definito da un limite massimo di quindici membri e da una modalità di selezione basata su un sistema di rotazione rigorosamente paritaria, in conformità con quanto già previsto dai Trattati vigenti[24]. A siffatto ridimensionamento viene apposto un correttivo in relazione alla nomina dei sottosegretari, riservata ai cittadini degli Stati membri rimasti esclusi dalla compagine commissariale[25].

La proposta di modifica in questione segna in effetti un passaggio non più procrastinabile per affrancarsi da una scomposta ed ormai superata manifestazione del paradigma internazionalistico riconducibile all'applicazione di un criterio di rappresentanza paritaria ed integrale tra gli Stati – che ha consentito alla Commissione di continuare a comprendere un cittadino di ciascuno Stato membro[26] – nei confronti di una istituzione di certo non espressione dell'ap-

[23] Emendamento 29.

[24] Art. 17, par. 5, TUE.

[25] Punto 7 della Risoluzione del Parlamento europeo del 22 novembre 2023 in considerazione.

[26] V., al riguardo, la *Decisione del Consiglio europeo del 22 maggio 2013 relativa al numero dei membri della Commissione europea (2013/272/UE)*, adottata ai sensi dell'art. 17, par. 5, TUE. Sul superamento della concezione che vede ogni Stato membro paritariamente rappresentato nelle

parato intergovernativo. Tutto ciò, in ragione non soltanto della funzionalità dell'organo di governo europeo, ma soprattutto della necessaria coerenza richiesta dal sistema istituzionale complessivo, dal quale viceversa emerge ormai chiara la connotazione prettamente sovranazionale tanto del Parlamento europeo quanto, appunto, della Commissione.

Sempre nell'ottica della democrazia rappresentativa, altrettanto apprezzabile è la volontà di irrobustire il nesso di derivazione politica del vertice dell'Esecutivo europeo con il Parlamento, che nella proposta di riforma in esame si realizza mediante una riformulazione più stringente dell'articolo 17, paragrafo 7, TUE mirata, nella sostanza, ad invertire i ruoli del Consiglio europeo e del Parlamento in relazione alla nomina e alla conferma del Presidente della Commissione[27]. Il senso di questa riformulazione è evidente: esso si rintraccia nella volontà di perfezionare un procedimento di formazione dell'Esecutivo europeo che assicuri maggiore attinenza ai risultati delle elezioni politiche europee[28], rinsaldando in questo modo il legame fiduciario e di responsabilità politica tra Commissione e Parlamento in conformità con i presupposti della forma di governo parlamentare.

Nella direzione di una più intensa connotazione politica del Governo europeo si colloca, altresì, la proposta di affidare direttamente al Presidente della Commissione la scelta in ordine ai possibili commissari, nel rispetto dei consueti criteri personali (competenza generale, impegno europeista, indipendenza) e di sistema (rotazione paritaria tra gli Stati membri secondo un equilibrio geografico e demografico) fissati dal Trattato[29].

Particolarmente convincente appare, infine, la modifica proposta alla disciplina della mozione di censura, le cui modalità di adozione, definite dall'articolo 234 TFUE[30], si basano attualmente su un'approvazione da parte del Parlamento europeo «a maggioranza di due terzi dei voti espressi e a maggioranza dei membri» che lo compongono.

istituzioni europee, B. Caravita, *Quanta Europa c'è in Europa? Profili di diritto costituzionale europeo*, cit., 122-123.

[27] Emendamento 41.

[28] V. in questo senso il punto 6 della Risoluzione del Parlamento europeo del 22 novembre 2023 in esame. Sulla disciplina predisposta dal vigente art. 17, par. 7, TUE quale elemento che conferma la tendenza alla politicizzazione del ruolo della Commissione, C. Pinelli, *Il deficit democratico europeo e le risposte del Trattato di Lisbona*, in *Rass. parl.*, 2008, 934-935.

[29] Art. 17, parr. 3 e 5, TUE. Per un approfondimento sulle modalità di composizione e sull'organizzazione interna della Commissione europea nell'ottica della riduzione del numero dei commissari, R. Böttner, *The size and structure of the European Commission: legal issues surrounding project teams and a (future) reduced College*, in *Eur. Const. Law Rev.*, n. 14/2018, 37 ss.

[30] E dall'art. 119 del Regolamento interno del Parlamento europeo.

Gli emendamenti proposti sul punto convergono su due versanti distinti. Il primo riguarda la distinzione della mozione di censura tra collettiva, sull'operato dell'Esecutivo, e individuale, sull'operato di un suo singolo membro, precisando in quest'ultimo caso gli effetti della sua approvazione, consistenti nell'alternativa tra la facoltà in capo al Presidente della Commissione di richiedere direttamente le dimissioni del commissario interessato, ovvero di non procedere in tal senso, con la conseguenza di sottoporre nuovamente l'intera compagine commissariale al voto di approvazione del Parlamento ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 7, comma 3, TUE.

La portata di questa modifica, per quanto rilevante ai fini di un'articolazione più ampia del principale strumento parlamentare d'imputazione della responsabilità politica della Commissione[31], appare comunque minore rispetto al secondo versante della riforma sul punto, in base al quale si propone di fissare la soglia necessaria per l'approvazione della mozione di censura alla sola maggioranza assoluta del Parlamento europeo.

Se il modello anteposto al funzionamento dell'Unione ricalca la democrazia rappresentativa, risulta allora evidente l'esigenza di estendere la logica maggioritaria sottesa al principio fiduciario alla dinamica complessiva della forma di governo europea, la quale al momento registra la conformazione ad un orizzonte di questo tipo soltanto nella fase iniziale della formazione di un nuovo Esecutivo europeo e non anche nel momento terminale, in cui il sostegno politico della maggioranza parlamentare venga meno. Ipotesi che appunto, al momento, di norma non consentirebbe a quella stessa maggioranza parlamentare che ha eletto il Presidente della Commissione e approvato l'intera compagine commissariale di determinarne le dimissioni, ritirando il sostegno nel caso in cui si esaurissero le ragioni politiche poste a suo fondamento[32].

L'abolizione della previsione della maggioranza dei due terzi dei voti espressi per l'approvazione di una mozione di censura in favore di una sua ap-

[31] In merito all'attuazione del principio di corrispondenza tra potere e responsabilità politica nel contesto dell'integrazione europeo, C. Pinelli, *Multilevel constitutionalism e principi fondativi degli ordinamenti sopranazionali*, in *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione europea e Mercosur*, a cura di P. Bilancia, Milano, 2006, 19. Più in generale in argomento, v. *The Real World of EU Accountability. What Deficit?*, a cura di M. Bovens, D. Curtin, P.'t Hart, Oxford, 2010.

[32] Criticamente sulla previsione *ex* art. 234 TFUE di una maggioranza di due terzi dei voti espressi, E. Gianfrancesco, *Un approccio costituzionalistico alla Commissione europea. Alcuni profili rilevanti*, in *Dir. soc.*, 2021, 43. Sul ricorso alla mozione di censura nelle legislature europee, con particolare riferimento alla prassi, v. S. Illari, *Sulla nozione di forma di governo e sull'ordinamento dell'Unione europea. Aspetti problematici del difficile cammino verso un nuovo ordine politico*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, II, Napoli, 2010, 1547 ss.; N. Lupo, A. Manzella, *Il Parlamento europeo. Una introduzione*, cit., 92 ss.

provazione con la sola maggioranza assoluta del Parlamento europeo rimuove dunque un elemento di profonda contraddizione, tuttora presente nel diritto primario europeo nonostante la progressiva emersione di un rapporto fiduciario e di responsabilità politica tra Commissione e Parlamento. Sicché effettivamente la rimodulazione della disciplina della mozione di censura nel segno del principio maggioritario, per come proposta, costituisce una precondizione ineludibile affinché sia assicurata la correttezza del circuito democratico-maggioritario proprio della forma di governo parlamentare.

4. *Le questioni irrisolte: la fragilità del sistema partitico europeo e il destino del Consiglio europeo*

A distanza di ormai quindici anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il riordino degli assetti istituzionali proposto dal Parlamento europeo con la Risoluzione del 22 novembre 2023 ha senz'altro il merito di contribuire alla riapertura del cantiere delle riforme costituzionali europee. Per quanto apprezzabili e funzionali ad un significativo progresso nel solco della democrazia politica e del parlamentarismo, tale riordino impone tuttavia una riflessione su alcune questioni che rimangono irrisolte.

Anzitutto, dirimente appare la necessità di misurare le proposte di aggiornamento della forma di governo europea con la perdurante debolezza del sistema partitico europeo, ancora in larga parte avvinto alla dimensione politica nazionale[33]. Circostanza che incide profondamente sulla qualità della rappresentanza politica all'interno del Parlamento europeo[34] e sulle prospettive di consolidamento della democrazia nell'Unione[35].

Sotto questo profilo, velleitario appare l'impegno in favore di un rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo nel procedimento di formazione

[33] Circa l'incidenza dei partiti politici sulla definizione della forma di governo, con diversità di vedute, cfr. per tutti L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 638 ss.; M. Luciani, *Governo (forme di)*, ivi, Ann., III, 2010, 538 ss. In argomento, in prospettiva storica, v. altresì S. Prisco, *Forme di governo e fattore politico. Conclusioni dal passato e introduzione al futuro*, in *Astrid Rass.*, n. 10/2018.

[34] In argomento, *ex multis*, A. Ciancio, *Partiti politici e gruppi parlamentari nell'ordinamento europeo*, in *Pol. dir.*, 2007, 153 ss.; C. Fasone, N. Lupo, *Il Parlamento europeo alla luce delle novità introdotte nel Trattato di Lisbona e nel suo regolamento interno*, in *St. integr. eur.*, 2012, 335 ss.; C. Cerutti, *La rappresentanza politica nei gruppi del Parlamento europeo. Il divieto di mandato imperativo*, Milano-Padova, 2017, *passim*. Sui partiti politici a livello europeo, cfr. V. Lippolis, *I partiti politici europei*, in *Rass. parl.*, 2002, 943 ss.; G. Grasso, *Partiti politici europei*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg., II, Torino, 2008, 609 ss.

[35] In questo senso, in particolare, si colloca la tesi dell'assenza di un *demos* europeo, rispetto alla quale, per un approfondimento critico, v. per tutti J.H.H. Weiler, *Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, in *Eur. Law Jour.*, 1995, 219 ss.

della Commissione se non accompagnato da un cambiamento di passo interno al sistema partitico europeo. Il quale per la verità, con il metodo degli *Spitzenkandidaten*, sta già plasmando l'applicazione dell'attuale procedimento predisposto dall'articolo 17, paragrafo 7, TUE nel segno di un'alterazione dell'equilibrio istituzionale tutta orientata in favore del Parlamento[36].

Ebbene, proprio nell'ottica di una riforma degli assetti istituzionali che guardi anche ai presupposti del sistema politico per conferire al Parlamento europeo un peso effettivo nel circuito sovranazionale, appare ormai giunto il momento – da più parti auspicato[37] – di dotare l'ordinamento dell'Unione europea di un sistema elettorale uniforme. Porre fine a questa perdurante condizione di disomogeneità nella disciplina elettorale rappresenta infatti una premessa non più rinviabile ai fini del consolidamento di uno spazio politico europeo e, quindi, della emancipazione del sistema partitico sovranazionale dalla matrice nazionalistica, così assicurando al Parlamento europeo quel ruolo centrale nella forma di governo dell'Unione che il Trattato di Lisbona gli ha assegnato.

D'altro canto, la razionalizzazione della forma di governo europea, ispirata alla democrazia rappresentativa e congegnata sul bicameralismo paritario, non sembra poter prescindere dalla maturazione di un sistema in cui l'istanza intergovernativa trovi la sua esauriente rappresentanza all'interno di un'autentica seconda camera degli Stati. In questo senso, il tema dell'accantonamento del Consiglio europeo come istituzione europea dovrebbe quantomeno essere intavolato poiché, in prospettiva, da esso dipende la costruzione di un'Unione realmente incardinata sul modello della democrazia rappresentativa e sul principio dell'equilibrio istituzionale.

[36] Sull'applicazione della procedura di selezione del Presidente della Commissione europea di cui all'art. 17, par. 7, TUE alla luce del connesso *Spitzenkandidatenprozess*, cfr. E.C. Raffiotta, *Gli Spitzenkandidaten e il necessario rafforzamento politico dell'UE*, in *federalismi.it*, n. 11/2019; G.E. Vigevani, *Dalle elezioni europee alla scelta del presidente della Commissione: brevissime note sull'evoluzione della forma di governo europea*, in *Quad. cost.*, 2019, 917 ss.; S. Bonfiglio, *Il metodo degli* Spitzenkandidaten *e la riforma dei trattati*, in Liber Amicorum *Luigi Moccia*, a cura di E. Calzolaio, R. Torino, L. Vagni, Roma, 2021, 327 ss.; E. Cannizzaro, *Il metodo degli* Spitzenkandidaten *e la Costituzione materiale europea*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2/2024; nonché, diffusamente, *The Politicisation of the European Commission's Presidency. Spitzenkandidaten and Beyond*, a cura di M. Ceron, T. Christiansen, D.G. Dimitrakopoulos, Cham, 2024.

[37] In proposito, cfr. G.E. Vigevani, *Parlamento europeo: una nuova procedura elettorale uniforme*, in *Quad. cost.*, 2003, 175 ss.; F. Raspadori, *Il* deficit *di rappresentatività del Parlamento europeo: limiti e soluzioni*, in *St. integr. eur.*, 2009, 121 ss.; A. Ciancio, *Democrazia e sovranazionalità: ripensare il Parlamento europeo*, in *Riv. AIC*, n. 3/2016, 6 ss.; M. Rubechi, *Le modalità di elezione dei membri del Parlamento europeo, tra normative nazionali e profili eurounionali*, in *federalismi.it*, n. 11/2019, 22 ss.; S. Baroncelli, M. Rosini, *Il Trattato di Lisbona e le elezioni del Parlamento europeo tra norme e prassi*, ivi, n. 19/2020, 148 ss.

In definitiva, se questi permangono i binari del processo riformatore europeo, allora la proposta di un ripensamento radicale del sistema consiliare vigente – con l'uscita di scena del Consiglio europeo e la conversione del Consiglio in una seconda camera degli Stati di stampo prettamente sovranazionale e pienamente integrata nell'andamento quotidiano della forma di governo dell'Unione – si presenta come la logica conseguenza di un mutamento istituzionale in realtà in atto da tempo nel processo d'integrazione europea. Un mutamento, infine, che non può certo disattendere al compito di introiettare e risolvere le diverse istanze che animano l'Europa nel suo complesso, tra le quali evidentemente insiste anche quella degli Stati membri.

Alberto Scerbo[*]

UN VIAGGIO LETTERARIO INTORNO AL POTERE: A PARTIRE DALLE *FENICIE* DI EURIPIDE

SOMMARIO: 1. Alle origini del mito tebano. – 2. Eschilo, Sofocle e il ciclo tebano. – 3. Dalla tragedia greca alla modernità. – 4. Su (e oltre) le Fenicie di Euripide.

1. *Alle origini del mito tebano*

La tragedia di Euripide *Le Fenicie* appartiene al ciclo tebano, che riguarda il destino della città di Tebe e ruota intorno alla maledizione che colpisce la stirpe reale. Tale mito è piuttosto risalente nel tempo e si interseca strettamente con la narrazione omerica. Si configura, infatti, attraverso una sequenza di tre poemi, l'*Edipodia*, che tramanda i fatti che fanno capo ad Edipo, la *Tebaide*, che riguarda il contrasto tra Edipo e i figli prima e quello tra Eteocle e Polinice dopo, la spedizione dei sette eroi a Tebe, la morte degli Argivi e il duplice fratricidio, e gli *Epigoni*, che tratta la seconda spedizione a Tebe di dieci anni dopo.

Il poema più conosciuto è certamente la *Tebaide*, che, a seguire le fonti, si presenta come il più popolare tra tutti i poemi epici, al punto da essere attribuito nella tradizione direttamente ad Omero, come risulta dalla lettura di Pausania, con il richiamo ai frammenti di Callino, dalle indicazioni di Esiodo, da alcuni accenni di Erodoto e dalle considerazioni di Dionisio di Samo. Un fatto può ritenersi, però, acclarato, ovvero l'influenza esercitata dal ciclo tebano su quello troiano, nonché la relazione consequenziale tra le due costruzioni mitiche[1]. A tale riguardo è bene sottolineare come i richiami contenuti nelle opere di Esiodo trovano una sintesi esplicativa nel riconoscimento, da parte del poeta beota, dell'importanza della spedizione contro Tebe, al pari di quella contro Troia, per la fine dell'età degli eroi[2].

Su questo specifico punto la critica si è soffermata a valutare l'omogeneità strutturale tra i due cicli, a conferma della sovrapposizione tra le narrazioni epiche del tempo più antico[3]. In particolare, si sono rivelate le convergenze

[*] Ordinario di filosofia del diritto, Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

[1] Su tutti questi aspetti si rinvia a E. CINGANO, *Riflessi dell'epos tebano in Omero e in Esiodo*, in *Incontri triestini di filologia classica 2*, 2002-2003, 55-57.

[2] Esiodo, *Le opere e i giorni*, vv. 161-165.

[3] Per una sintesi delle posizioni della critica cfr. E. CINGANO, *Aporie, parallelismi, riprese e convergenze: la costruzione del ciclo epico*, in A. Aloni, M. Ornaghi (a cura di), *Tra panellelismo e tradizioni locali. Nuovi contributi*, Messina 2011.

tra gli aspetti più tipici dell'elaborazione dell'*epos*, che risaltano dal confronto tra l'*Iliade* e la *Tebaide*. Innanzitutto il motivo dell'ira, che caratterizza l'azione di Edipo come la furia di Achille, ma ancor più la trama stessa dei due poemi, incentrata sull'assedio e la conquista di una città. Il legame di composizione è palese, ma è ugualmente evidente la differenza di trattazione, in attinenza con il cambiamento della storia e lo sviluppo degli equilibri geopolitici. Infatti, se, da una parte, lo scontro bellico è puramente interno ed è diretto esclusivamente al ritorno sul trono del regnante spodestato, dall'altra i motivi della guerra sono essenzialmente di tipo egemonico e indirizzati all'abbattimento di una civiltà. Diversi sono quindi i propositi iniziali e antitetici gli esiti prodotti: la semplice volontà di vittoria nell'assalto a Tebe, una radicale mira distruttiva nei confronti di Troia.

Per quanto concerne più in particolare il ciclo tebano, i riferimenti esiodei appaiono del tutto in linea con il racconto omerico, e mostrano un'evoluzione del mito sostanzialmente differente da quello successivamente cantato dalla poesia tragica e che trova riscontro nei pochi frammenti pervenuti della *Tebaide*[4]. Nell'*Odissea* assistiamo all'incontro nell'Ade di Odisseo con Giocasta, che ricorda la vicenda dell'incesto, del parricidio e del suo suicidio, in perfetta corrispondenza con quanto si legge *nell'Edipo Re* di Sofocle[5]. Ma, contrariamente a quanto tramandato dai tragici, il destino di Edipo si svolge con un andamento del tutto diverso. Nell'*Iliade* troviamo la descrizione della morte di Edipo, ma in modo contrastante con la rappresentazione offerta da Sofocle. Edipo non vive in esilio a Colono, ma muore a Tebe, dove, secondo quanto riproposto nell'*Odissea*, continua a regnare, sebbene colpito da continui «molesti dolori»[6]. Che non corrispondono a quelli attribuiti dalle successive tragedie, visto che non vi è alcun accenno a nessuno dei nefasti e infelici avvenimenti personali e familiari.

Appare chiaro come il mito tebano vada incontro a fondamentali varianti nel momento in cui approda nella tragedia attica. Un contributo alla comprensione di questo passaggio essenziale è offerto dalla rielaborazione del patrimonio mitologico compiuta da Stesicoro, al quale è dovuta la raffigurazione di una Giocasta non suicida che si impegna a garantire la sopravvivenza del *ghenos* mediante un accordo tra i figli eredi al trono. In questo scenario Edipo è completamente assente, mentre risalta l'importante funzione mediatrice di Giocasta: tutto ciò si riproduce soprattutto nelle *Fenicie* di Euripide, ma la

[4] *Tebaide*, frammenti, soprattutto 2 e 3, in M.L. West, *Greek epic fragments*, Cambridge-London, 2003, su cui cfr. E. Bizzarri, *Frammenti di Edipo. La figura di Edipo nei frammenti poetici di età arcaica e classica*, in *Itinera*, 2014, n. 7.

[5] Omero, *Odissea*, libro XI, vv. 271-280.

[6] Omero, *Iliade*, libro XXIII, vv. 679-680.

struttura intrinseca è in qualche modo proposta, con modalità, tempi e situazioni differenti, anche nelle altre tragedie di argomento tebano[7]. Si manifesta, così, l'idea di una trasformazione del racconto mitico, che si prospetta con caratteri innovativi all'interno di un processo di adeguamento ai cambiamenti storici con il compito di sostenere e consolidare l'*humus* culturale che connota il periodo aureo della democrazia ateniese. In altri termini, «nel teatro, con la tragedia, il mito si trasforma da *epos*, 'parola', 'racconto', a *drama*, 'azione': i personaggi cessano di essere come devono e appaiono come sono, acquistando spessore psicologico e mostrandosi, di fronte a un pubblico di cittadini, cittadini loro stessi»[8].

La variazione degli eventi, così come l'approfondita delineazione interiore dei personaggi, non sono più indirizzate a fornire modelli di comportamento e a proporre schemi di assetti e relazioni sociali, quanto ad avviare e incrementare una riflessione critica sui problemi basilari della vita della *polis*. Diventa, cioè, indispensabile ragionare sui temi del potere e della giustizia, sul significato delle regole e sul senso della comunità, in accordo con la svolta antropologica inaugurata dal pensiero filosofico, che lega l'aspetto più propriamente operativo all'inscindibile ricerca dell'essenza delle cose. Risalta, pertanto, la dimensione "politica" del messaggio delle opere tragiche, che mira ad individuare e custodire i valori pregnanti della vita pubblica, secondo forme in cui l'individualità si realizza pienamente nel nesso indissolubile con la collettività.

2. *Eschilo, Sofocle e il ciclo tebano*

La completa trasfigurazione del mito avviene nel momento in cui viene osservato con gli occhi del cittadino. E questo avviene con la tragedia, che ricompone il racconto della tradizione e lo sviluppa in termini differenti; ma, soprattutto, sofferma l'attenzione sugli aspetti più svariati e privilegia di volta in volta protagonisti diversi.

La rappresentazione più nota, e più approfondita criticamente, è quella proposta dall'*Antigone* di Sofocle, del 442 a.C., giustamente considerata «la tragedia del *nomos*», in cui apparentemente, e forse in maniera piuttosto affrettata, sembrerebbe affiorare il rapporto controverso tra *fusei dikaion* e *nomo*

[7] Per Stesicoro cfr. C. Ancher, B. Boyaval, C. Meillier, *Etudes sur l'Egypte et le Soudan anciens*, in *Cahier de Recherches de l'Institut de Papyrologie et de'Egyptologie de Lille*, 1976, n. 4, su cui esistono numerosi studi, tra i quali, ai nostri fini, G. Ugolini, *L'*ethos *di Giocasta tra Stesicoro e i tragici*, in "Lexis", 1990, n. 5-6 e M. Ercoles e L. Fiorentini, *Giocasta tra Stesicoro (PMGF 222 (b) ed Euripide (Fenicie)*, in *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, 2011, Bd. 179.

[8] L. Pepe, *I Sette contro Tebe e la spartizione dell'eredità di Edipo*, in E. Cantarella e L. Gagliardi (a cura di), *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, Milano 2007, 31.

dikaion, giusto per natura e giusto per legge, con l'ambizione di «fornire la risposta risolutiva e corretta all'interrogazione radicale sulla giustizia delle leggi»[9]. In realtà, la questione giuridica si interseca con quella politica, visto che in trasparenza si intravede una sottile vena critica nei riguardi del regime democratico dell'Atene del tempo e l'apertura ad una dimensione metafisica.

Infatti, contrariamente alla più immediata interpretazione accreditata, il contrasto tra Antigone e Creonte non implica ragione da una parte e torto dall'altra, ma ragione e torto da entrambe le parti, dal momento che riguarda non l'opposizione tra una legge umana e la legge divina, quanto, piuttosto, tra due leggi diverse dotate di fondamento religioso. E che hanno inevitabilmente un impatto sulla vita della città. Le eterne «leggi di Zeus cui siede accanto l'antica *Dike*»[10], per citare un verso dell'*Edipo a Colono*, non devono essere soppiantate dall'*ananke fuseos*, la necessità della natura, e le ragioni dell'uomo devono tener conto delle tradizioni sacre. In una relazione di equilibrio tra i diritti della *polis* e quelli del *ghenos*.

Sofocle si premura, cioè, di evidenziare come sia imprescindibile il costante svolgimento di un'opera di mediazione tra le parti, a fronte di una radicalizzazione delle posizioni personali, che conducono in modo inevitabile alla volontà di imposizione della propria misura particolare e di annullamento delle altrui misure[11]. In un confronto che dimentica completamente l'esistenza di una "giusta misura", da onorare ed attuare, che travalica i singoli interessi per andare a cogliere il bene di tutti. Questa ricerca perenne, mai stabilita in termini assoluti, ma definibile di volta in volta a seconda delle contingenti situazioni concrete, costituisce il canone orientativo di ogni decisione. A cui pervenire attraverso la comprensione reciproca delle misure in campo, ma con l'intelligenza rivolta all'adattamento alla giusta misura, che, per la convivenza tra gli uomini, risiede sempre nella salute e nel bene della comunità.

L'intelligenza politica, che sostiene anche il contenuto del diritto, si deve tradurre, così, in un'inesauribile mediazione in atto, che finisce per rappresentare, nelle intenzioni profonde di Sofocle, l'autentica forma di legittimazione dell'ordine politico e sociale democratico. Senza piegarsi eccessivamente ai dettami delineati dalla visione di Pericle, tra le cui pieghe si intuisce l'insegnamento di Anassagora, e mantenere, invece, il contatto con la dimensione della sacralità religiosa.

[9] F. Ciaramelli, *Il dilemma di Antigone*, Torino 2017, 2-3.

[10] Sofocle, *Edipo a Colono*, v. 1382.

[11] Questo è l'approccio alla tragedia sofoclea proposto con raffinatezza da A. Andronico, *Sulla dismisura. Una lettura dell'*Antigone *di Sofocle*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2018, n. 2.

Tutto ciò con un cambio di prospettiva rispetto ad Eschilo, che venticinque anni prima, nel 467 a.C., nei *Sette contro Tebe*, pone al centro della scena Eteocle, raffigurato come dotato di grande abilità militare e di particolare capacità politica, ma soprattutto investito di un potere legittimo e giusto. Difatti, al nunzio che avvisa della presenza alla settima porta di Tebe di Polinice munito di uno scudo con l'effigie di *Dike* e un'incisione in cui si allude al compito di riportare il suo possessore nella propria città, Eteocle ribatte che *Dike* non ha mai accompagnato l'esistenza del fratello e tantomeno lo farebbe per devastare con le armi il suolo patrio. E che Polinice sia considerato un usurpatore è attestato dal Coro, che invita Eteocle a non cedere alle provocazioni del fratello, che urla follie. La Giustizia alberga già nella città di Tebe ed è messa in pericolo dalle pretese inconsistenti di un uomo arrogante e ambizioso[12].

La spiegazione della situazione descritta in modo così netto da Eschilo risiede in un successivo passaggio del Coro, dove, augurandosi di non portare a compimento la maledizione di Edipo, si chiarisce come l'azione posta in essere da Polinice è diretta a ribaltare l'esito dell'assegnazione delle quote ereditarie compiuta dallo scita Calibo[13]. A tal proposito diversi studi hanno rilevato come gli accenni presenti nella tragedia di Eschilo trovino conferma nella pratica giuridica, presente nel diritto attico, della divisione e attribuzione dell'eredità mediante sorteggio effettuato da un mediatore. Alla luce di questa interpretazione, l'accordo intervenuto tra Eteocle e Polinice sarebbe stato definitivo, sicché nessuna ragione presiede al conflitto rovinoso in atto, che colpisce la cinta muraria di Tebe e semina il pianto nella pianura antistante la città[14]. La spartizione dell'eredità di Edipo è stata regolarmente realizzata dal mediatore straniero designato (*pikròs dè kremàton ísos datetàs*)[15] mediante la definizione equa delle quote, di modo che nessuna giustificazione sorregge la volontà di Polinice di reclamare il regno.

A supporto di questa tesi vi sono le parole del Coro, che esprimono la preoccupazione per un futuro privo di libertà e la condanna ad un giogo servile per il popolo, ma soprattutto l'ironica invettiva dell'indovino Anfiarao, per altro alleato di Polinice: «Davvero una tale impresa è gradita agli dei (…), distruggere la città dei padri e gli dei della propria stirpe, portando all'assalto un esercito straniero! (…) E la terra patria, conquistata dal furore della tua lancia, come potrà esserti alleata?»[16]. Si proclama, così, l'irragionevolezza della guerra, che non potrà essere, quindi, mai legittimata dal sostegno di *Dike*.

[12] Eschilo, *Sette contro Tebe*, vv. 642-671.
[13] Ivi, vv. 727-733.
[14] Così L. Pepe, *I Sette contro Tebe e la spartizione dell'eredità di Edipo*, cit., 54.
[15] Eschilo, *Sette contro Tebe*, vv. 944-945.
[16] Ivi, vv. 580-586.

Eschilo sembra, perciò, muoversi su due piani, che conducono, però, a un medesimo esito. Fa risaltare l'aspetto personale e familiare, in cui non è possibile operare una diversificazione delle posizioni tra i due fratelli, accomunati dalla fermezza delle loro intenzioni e dall'assoluto rifiuto di dialogo. Il *ghenos* non è capace, anzi ostacola e ottenebra la volontà, di favorire un incontro pacificatore, con la conseguenza di pervenire ad una riprovevole soluzione bellica, portatrice esclusivamente di lutti. Ma neppure l'interesse della *polis* si dimostra in grado di reggere le scelte, poiché morte e distruzione di uomini e cose sono subordinate agli istinti e alle rivendicazioni strettamente individuali. In questa ottica alla diretta responsabilità politica di Polinice si affianca la colpa anche di Eteocle, dettata dall'ostinazione e da una inamovibile intransigenza, che sfumano la giustificazione delle originarie ragioni e fanno emergere, alla resa dei conti, la forza brutale del potere.

La trama della tragedia non giunge a conclusione a questo punto, ma si proietta ad una fase successiva, quella che, in verità, costituirà il contenuto dell'*Antigone* di Sofocle. A chiusura dell'opera compaiono, infatti, Antigone ed Ismene, accomunati dal dolore per la morte dei fratelli e dall'intenzione di seppellirli nel luogo più sacro. Siamo alle ultime battute: Creonte non compare neppure e non è evocato neanche indirettamente, visto che il decreto con cui si stabilisce il differente destino di Polinice ed Eteocle è attribuito al supremo Consiglio di Tebe.

L'interlocutore di Antigone è un banditore, che comunica come sia stato stabilito che mentre ad Eteocle è riservata una sepoltura solenne per i suoi meriti nei confronti della città, per Polinice, traditore della patria, è previsto che rimanga insepolto e il suo corpo gettato fuori dalle mura, preda dei cani[17]. Antigone, in modo alquanto debole, si affida alla mancanza di un giudizio divino per ottenere il consenso alla sepoltura del fratello, ma non insiste affatto sulla supremazia delle leggi non scritte degli dei per inficiare il valore della legge scritta[18]. Questa contrapposizione, che sarà il nucleo della riflessione giuridica, politica e filosofica sulla relazione tra diritto positivo e diritto naturale e sull'idea di giustizia, non compare affatto nella tragedia eschilea, dove la questione giuridica si dissolve e si riduce a problema politico e morale.

E così, ad Antigone, che intende difendere Polinice, perché in fondo non ha fatto altro che «ricambiare male per male», replica seccamente il banditore, che non esita a precisare che il male non è stato a danno di uno solo, ma contro tutti[19]. E pertanto il diritto del *ghenos* non ha, e non può avere, alcuno spazio,

[17] Ivi, vv. 1005-1025.
[18] Ivi, v. 1047.
[19] Ivi, vv. 1049-1050.

e prevale esclusivamente il diritto della *polis*. E non per ragioni formali, o motivazioni giuridiche, ma per un fondamentale elemento sostanziale, che pone il bene di tutti al di sopra degli interessi particolari, e ancor più degli interessi di un singolo.

In questo modo si elabora un preciso messaggio politico, finalizzato a rafforzare i principi basilari dell'Atene democratica e a veicolare i valori fondamentali che presiedono alla realizzazione del senso di comunità. In più, si individuano i fattori indispensabili per la configurazione della migliore modalità di gestione della cosa pubblica, che risulta fondata sullo spirito di servizio, sulla *diakonia*, che può discendere solamente dalla capacità del singolo di esercitare la virtù nella sfera pubblica, prima e al di là di quella individuale. Nella prospettiva di una ricerca costante del Bene e nella disposizione verso l'intuizione della Verità, da cui far discendere nell'agone politico il perseguimento della giusta misura, ovvero di ciò che è conveniente ed opportuno per il bene di tutti. Che non riguarda esclusivamente i governanti, ma coinvolge la comunità nel suo complesso, poiché «chi comanda deve imparare ad esercitare [l'autorità politica] quando è nella condizione di obbedienza (…). Perciò a ragione si dice che non è possibile comandare se prima non si è obbedito»[20]. Con la conseguenza che l'attuazione del bene comune costituisce il principio orientativo delle azioni di ogni individuo, a prescindere dalla posizione assunta all'interno della società, e, quindi, tanto se comanda, quanto se obbedisce.

Ecco perché, in contrasto con quanto sarà rappresentato in seguito da Sofocle, la richiesta di Antigone viene accolta senza sussulti e senza lotte e il Coro si divide tra una parte che rende onore ad Eteocle, che si è sacrificato per la difesa della città, ed un'altra che accompagna Antigone per la sepoltura di Polinice, per un senso di pietà umana, che va al di là del bando decretato da Tebe[21].

2. *Dalla tragedia greca alla modernità*

A distanza di cinquant'anni (410-409 a.C.) Euripide ribalta l'insegnamento della tradizione e capovolge la struttura della tragedia tramandata da Eschilo. Le *Fenicie* si presentano connotate dalla multiformità dei protagonisti, che corrisponde alla varietà dei temi affrontati, ma soprattutto alla multidimensionalità dei piani di lettura. Infatti, l'analisi del dramma esistenziale individuale incrocia l'oscurità delle relazioni familiari, ma anche la complessità dei legami di sangue. Pertanto, lo sviluppo delle vicende e dei sentimenti familiari, nonché

[20] Aristotele, *Politica*, III, 1277 b.
[21] Eschilo, *Sette contro Tebe*, vv. 1073-1077.

le ragioni intime del privato si intrecciano con la gestione della cosa pubblica e con il destino della collettività.

Si avverte in modo deciso, e sotto diversi profili, la distanza con i grandi tragici precedenti. Innanzitutto dal punto di vista prettamente letterario, dal momento che Euripide inserisce il particolare innovativo della presenza di un coro composto da donne straniere, provenienti dalla fenicia città di Tiro, che, dirette a Delfi, si trovano casualmente a Tebe proprio nel momento in cui sta sopraggiungendo l'esercito proveniente da Argo. La stranezza della scelta è data dalla estraneità del coro rispetto al popolo e dalla sua marginalità riguardo alle vicende narrate. Ciò permette di non attribuirgli una funzione consolatoria e anche di non assegnargli un ruolo didascalico in ordine all'individuazione dei valori etici e religiosi dominanti. Nello stesso tempo questa variazione scenica, combinata con l'eliminazione del dialogo tra coro e attori, produce due effetti concomitanti, ovvero, da una parte, lo spostamento dell'azione e della manifestazione delle emozioni direttamente ed esclusivamente sugli attori e, dall'altra, la configurazione del coro come «spettatore interno al dramma, una sorta di osservatore dei fatti che una serie di caratteri rendono affine allo spettatore reale, sollecitando l'adesione intellettuale ed emotiva di quest'ultimo alle enunciazioni della voce corale»[22]. Vi è poi una divergenza "storico-ideologica", nel senso che i tre autori vivono, e cantano, una Atene diversa, poiché la *polis* che sta vivendo l'affermazione della democrazia del tempo di Eschilo non è certo quella della consolidazione del nuovo regime di Sofocle, in cui si richiama la necessità di non disperdere i principi etici e religiosi tradizionali, e neppure quella del disincantato Euripide, che avverte le criticità del sistema democratico e oscilla tra il richiamo ai principi originari e il fascino di una torsione in senso "autoritario".

Se vogliamo sintetizzare, il lavoro teatrale di Euripide finisce per caratterizzarsi per una più definita impostazione politica, poiché è costantemente indirizzato a mostrare la distanza tra le istituzioni democratiche e le forme di governo dispotiche e a ribadire i caratteri costitutivi della *polis* aperta alla più ampia partecipazione del popolo. Si sofferma ripetutamente a tratteggiare le linee connotative della figura del tiranno e a proporre la riflessione sul tema dell'esercizio del potere. E in questa direzione si piega ai dati provenienti dall'esperienza politica ateniese e ai personali eventi biografici, che, per certi versi, influenzano nel tempo l'impostazione del lavoro drammatico. In altri termini, le modalità differenti di trattare gli argomenti politici sono legati agli avvenimenti storici e alla mutevole atmosfera che si respira ad Atene nel corso

[22] E. Medda, *Il coro straniato. Considerazioni sulla voce corale nelle Fenicie di Euripide*, in *Prometheus*, 2005, n. 31, 129.

degli anni, anche se rimane inalterata la centralità dell'uomo, svincolato dalle interferenze del mito e dall'incombenza delle influenze religiose, probabilmente in virtù della lezione proveniente tanto dal pensiero sofistico quanto dalla filosofia socratica[23].

Ecco allora che la rappresentazione del potere consegnataci da Euripide diventa espressione simbolica delle sue forme e dei suoi risvolti operativi, dietro cui si nasconde, però, l'intuizione della sua essenza. In questi intenti risiede, quindi, la trasformazione e la particolare interpretazione del tragico mito tebano, focalizzato ora sul dualismo inconciliabile tra Eteocle e Polinice e sul ribaltamento dei caratteri peculiari di queste due figure.

Si procede, pertanto, alla stereotipizzazione di due profili politici antitetici, con una totale inversione della costruzione tramandata sia dalla mitologia che dalla poesia tragica precedente. Eteocle viene raffigurato, infatti, come un uomo amante del potere, al quale non intende rinunciare, una volta assiso al timone della *polis*: «È un bene (il potere) che non voglio concedere a nessuno, ma tenerlo per me (…). Il mio potere non lo cedo. Se è necessario agire ingiustamente, si commetta ingiustizia per regnare»[24]. E che l'ingiustizia sia perpetrata da Eteocle nei confronti del magnanimo Polinice è asserito dal Pedagogo, per il quale gli eserciti provenienti da Argo «con diritto vengono: gran conto temo che gli dei ne facciano»[25], e ribadito dalla Corifea, costretta ad ammettere che Polinice agisce con ragione, mentre Eteocle vuole il male e offende la giustizia[26]. Per stigmatizzare, poi, la negatività del personaggio di Eteocle, Euripide gli fa dire: «Mi spingerei fino a quel punto del cielo dove spuntano le stelle, andrei sotterra, se potessi farlo, pur d'avere per me la dea più grande, la Tirannide»[27]. Si completa, così, la caratterizzazione di Eteocle come soggetto politico che pone il potere al di sopra di ogni altra cosa e che auspica un esercizio delle prerogative regie in forma tirannica.

Da questo istante si consolida, in maniera indelebile, l'immagine di Eteocle come paradigma della figura del tiranno. Di più, si materializza l'idea della città di Tebe come espressione tipica del luogo della politica dove il potere coincide con l'autocrazia. E di conseguenza, osservando in negativo, Polinice diventa il

[23] Su questi aspetti: M. Giovannelli, *Mettendo nell'arte pensiero e riflessione: Euripide e la Sofistica*, in A. Costazza, *La filosofia a teatro*, Milano, 2010; T.H. Irwin, *Euripides and Socrates*, in *Classical Philology*, 1983, n. 78; C. Wildberg, *Socrates and Euripides*, in S. Ahbel-Rappe, R. Kamtekar (eds.), *A Companion to Socrates*, Malden 2006.

[24] Euripide, *Fenicie*, traduzione di Filippo Maria Pontani, Roma 1991, vv. 523-525.

[25] Ivi, v. 154.

[26] Ivi, vv. 526-527.

[27] Ivi, vv. 504-506.

simbolo del potere legittimo e giusto e Atene l'emblema del governo esercitato in vista della realizzazione del bene comune.

Teniamo fermo questo fotogramma. Una lettura più attenta della tragedia di Euripide mostra tratti meno manichei e più fluidi di quanto sia stato trasmesso. La verifica si ha con il discorso di Giocasta ai due figli nel tentativo di arrivare ad una composizione, alla maniera di un autentico mediatore arbitrale. Dopo aver ascoltato le loro rivendicazioni, la madre si rivolge prima ad Eteocle e fustiga, senza mezzi termini, la sua *filotimia*, quell'ambizione smodata che lo porta all'esaltazione del potere tirannico, carico di fortuna, ma completamente privo di giustizia. L'accusa formulata riguarda espressamente l'assenza di misura, il principio per il quale non risulta bastevole il necessario, ma si aspira al di più, ciò che è, però, vano ed effimero e produce sì la ricchezza personale, ma a discapito degli interessi comuni. E, quindi, nulla di positivo può discendere dal desiderio di placare con il potere le mire personali attraverso i dolori e le sofferenze della collettività.

Si avvertono distintamente gli echi degli insegnamenti della filosofia, che spingono verso il riconoscimento del primato della *koinonia* e inducono l'individuo ad aspirare a diventare padrone di sé e a ispirare la propria esistenza alla ricerca della giusta misura. E tale limite costituisce ancora di più il criterio identificativo di chi è chiamato al governo della città. Per questa ragione il medesimo rimprovero è mosso da Giocasta a Polinice, sebbene in modo più velato e su basi contrarie. Qui è in discussione l'ostinazione a non accontentarsi di meno, ma anche in questa circostanza si palesa la volontà di non accettare un'uguale misura, con la conseguenza di anteporre le pretese personali al bene di tutti. E, quindi, nulla di positivo può derivare dal comportamento di Polinice, che, nel caso di vittoria devasterebbe la patria e nell'ipotesi di sconfitta causerebbe la morte inutile di tanti alleati.

Il grido finale di Giocasta è inequivoco: μέθετον τὸ λίαν μέθετον! ἀμαθία δυοῖν, ἐς ταὐθ'ὅταν μόλετον, ἔχθιστον κακόν (Abbandonate gli eccessi, abbandonateli! Non c'è male più triste che l'insensatezza di due che per un bene solo cozzano)[28]. Non si tratta di un monito unilaterale, ma è diretto ad entrambi i fratelli; e ha lo scopo di mettere in chiaro come nell'azione politica la comunità debba essere anteposta al singolo; e come i principi di fondo evidenziati non si riferiscano ad un regime specifico, neppure soltanto alla democrazia destinataria immediata della rappresentazione teatrale, quanto, piuttosto, ad ogni forma di *politeia*[29].

[28] Ivi, vv. 584-585.

[29] Puntuali osservazioni critiche sono svolte da S. Ferrucci, *Il rimpianto di Giocasta, la scelta di Eteocle.* Philotimia *e* Isotes *nelle* Fenicie *di Euripide*, in *Il teatro greco. Strutture, società,*

Ritorniamo all'istantanea fotografica consolidata nel tempo. La rappresentazione di Eteocle tiranno e Polinice vittima di ingiustizia sarà utilizzata nei secoli successivi quale strumento descrittivo e criterio di valutazione degli avvenimenti politici, ma anche per stigmatizzare, in maniera immediata e sintetica, il modo di essere e/o di agire di un governante o di un protagonista della politica.

È quanto compare in un giudizio espresso da Cicerone su Cesare in una epistola ad Attico all'indomani del passaggio del Rubicone[30]. E lo fa seguendo il percorso tracciato da Euripide nelle *Fenicie*, visto che in poche battute definisce Cesare uomo *amens et miser*, incapace proprio per questo di vedere *tò kalòn*. La mente e il cuore sono ottenebrati dalla cieca ambizione per il potere, quella *filotimia* che aveva spinto Eteocle a superare i limiti della moderazione e che ora non riesce a frenare la *dignitas* di Cesare. La figura mitica del tiranno fornisce, così, i contorni essenziali nei quali intravedere la parabola politica dell'uomo di stato. Cesare ha dimenticato di fondare la dignità sull'*honestas*, base di un sistema pubblico ispirato al rispetto delle leggi, alla giustizia e alla preminenza dell'interesse collettivo, sicché ritiene di poter usare impunemente i mezzi più svariati, illegittimi, *habere exercitum nullo publico consilio*, *occupare urbis civium*, ed illeciti, *chreon apokopas* e *phugadon kathodous*, fino a giungere perfino a *sescenta alia scelera moliri*, a compiere cioè mille altre scelleratezze, per ottenere il potere e una posizione di dominio personale. La dismisura di chi intende governare è l'anticamera della tirannide, perché pone in rilievo l'assoluta preminenza delle ambizioni individuali, come esemplificato da Eteocle, di cui, in modo conclusivo, Cicerone riporta la domanda retorica: *ten teon megisten host echein turannida?*[31].

Il processo trasformativo si attua, però, in modo graduale e sottile, nel senso che anche nella rielaborazione compiuta dal mondo culturale romano in fondo l'ambiguità di Eteocle e Polinice fatta trapelare da Euripide continua a permanere in controluce, ma lentamente sfumano i caratteri negativi di Polinice per fare emergere più nitidamente quelli di Eteocle.

La rivisitazione della tragedia euripidea è effettuata, in epoca imperiale, nel breve volgere di pochi anni, da Seneca e da Papinio Stazio. Il primo non trasferisce nel lavoro letterario il suo diretto impegno politico alle spalle di Nerone, ma si prodiga soprattutto a tratteggiare le differenze tra monarchia e tirannide e trova nelle *Fenicie* un blocco omogeneo di *topoi* in grado di sintetizzare le

eredità, Pisa-Roma 2022.

[30] Cicerone*, Epistulae ad Atticum,* Liber VII, 11, 1.

[31] Puntuali osservazioni si trovano in E. Pianezzola, *Politica e poesia in Cicerone: le* Fenicie *di Euripide*, in *Ciceroniana On Line*, 2015, vol. 5.

questioni preminenti attinenti all'esercizio del potere. Prima ancora di definire gli aspetti deleteri dell'attività di governo, Seneca sottolinea la necessità di chi ha la responsabilità della cosa pubblica di porre sentimenti e convinzioni in posizione subordinata rispetto ai vincoli del *ghenos*, ma maggiormente rispetto al bene della comunità. Cosicché, allorquando si sofferma sul dissidio tra Eteocle e Polinice, non dimentica di evidenziare come entrambi siano criticabili, l'uno per la protervia dettata dal desiderio di conservare lo scettro, l'altro per la tenace caparbietà nei preparativi di guerra. Nella convinzione che il desiderio di ottenere il potere costituisce di per sé il fattore di emersione degli aspetti più deleteri dell'animo umano. In altri termini «il *regnum* rende peggiori, il *regnum* è *saevum*, il *regnum* è *poena*»[32] e, quindi, per il suo esercizio occorre, sempre e comunque, moderazione e senso della misura.

Anche nella *Tebaide* di Stazio risalta la condizione di tiranni di Eteocle e Polinice, sospinti solamente dalla furente brama di potere, che rendono la città di Tebe un luogo carico di odio e provocano inopinatamente una guerra scellerata[33]. La scelta di non rispettare l'accordo iniziale determina il cambiamento di prospettiva nei confronti di Eteocle, il quale, per attuare il suo piano, assomma in sé tutte le prerogative del potere, sottomette impunemente i propri sudditi e si eleva al di sopra delle leggi[34]. Tutto ciò produce lo scontento del popolo, che inizia ad odiare il sovrano e a guardare con occhi benigni Polinice, che appare ora più umano, più gentile e amante del giusto[35]. Si concretizza, così, già nel primo libro del poema una sorta di metamorfosi degli elementi caratterizzanti dei due fratelli, che arriva a compimento allorché Stazio, con una sorta di rimandi indiretti, accosta la figura di Eteocle a quella del tiranno Creonte. Infatti, al pari di Eteocle, che ha conquistato il potere *iure maligno*[36], Creonte acquisisce lo scettro *maligna manu*[37], ma nulla, neppure la morte del figlio Meneceo, riesce a blandire la frenesia di dominio. Anzi, l'insensibilità legata alla seduzione del potere costituisce il mezzo attraverso il quale si compie l'opera di snaturamento dell'uomo, che finisce per annullare anche i sentimenti più naturali. E così nella *Tebaide* si esaltano le peculiari caratteristiche del tiranno, in verità solamente accennate nelle *Fenicie* di Euripide, che si concentrano essenzialmente nella prevalenza del piacere della forza e della supremazia

[32] E. Malaspina, *Pensiero politico ed esperienza storica nelle tragedie di Seneca*, in Aa.Vv., *Sénèque le tragique*, Genève 2004, 278. Cfr. su questi punti Seneca, *Phoenissae*, vv. 599-600 e 645-646.

[33] P. Papinio Stazio, *Tebaide*, Liber I, vv. 34 e 162-163.

[34] Ivi, vv. 150-151 e 186-187.

[35] Ivi, vv. 169-170 e 189-190.

[36] Ivi, v. 139.

[37] Ivi, Liber XI, vv. 649-650.

sulla collettività, capaci di far dimenticare perfino il richiamo del sangue. Il dolore paterno ha breve durata e presto *iam flectere patrem incipit*, perché, al contempo, *datis abolere Menoecena regnis*[38]: l'ebbrezza del potere vince e cancella l'amore dal patrimonio dei valori umani. Nella nuova veste romana del mito tebano, il paradigma del tiranno riesce a comporre, senza alcun infingimento, la contemporanea soppressione del diritto del *ghenos* e del diritto della *polis*, che non hanno più alcuna giustificazione dinanzi all'esasperato egoismo e all'arbitrarietà del singolo che comanda senza limiti.

Le interpretazioni adottate dagli autori latini danno, quindi, origine ad un modello espressivo delle dinamiche del potere, che si conforma soprattutto a partire dalla costruzione della figura del tiranno. E il percorso che viene compiuto fino alla modernità risente fortemente dell'influenza dell'opera di Papinio Stazio, che filtra con tutta evidenza nella commedia dantesca[39] e perviene con connotazioni similari nell'opera tragica di Alfieri dedicata a *Polinice*. Il poeta astigiano, che per la scelta del tema ha risentito anche degli echi del lavoro, non certo memorabile, di Racine[40], fa un'analisi critica del proprio lavoro teatrale nel *Parere sulle tragedie*. Qui delinea in modo singolare il processo di sclerotizzazione "ideologica" della struttura del potere, che si concretizza nella raffigurazione di due personaggi alimentati entrambi da "ambizione di regnare" e "odio insaziabile", ma uno, Polinice, più mite, in ragione degli affetti familiari, e l'altro, Eteocle, «eccessivamente feroce (…) per non amare altro che il regno – che diventa perciò – odiosissimo»[41].

3. *Su (e oltre) le Fenicie di Euripide*

A partire dalla recezione romana e fino alla reinterpretazione attuata dal pensiero politico moderno con l'ausilio della letteratura si assiste ad una sorta di semplificazione delle molteplici sfaccettature presenti nell'originario modello tragico euripideo. Infatti, le *Fenicie*, come del resto l'intera produzione teatrale, trasmette un messaggio politico, che corrisponde alle avvertite esigenze e alle aspettative dell'Atene del tempo e segue l'andamento delle sue vicissitudini[42]. Euripide riflette sulla costruzione del modello democratico, si

[38] Ivi, vv. 659-660. Su questi temi cfr. S. Briguglio, Rex genitor: *Creonte, Edipo e la tragedia del potere nella* Tebaide *di Stazio*, in *Dictynna. Revue de poétique latine*, n. 15/2018, in particolare 2-4.

[39] Come dimostra F. Bessone, *Tebe nella* Commedia *tra Ovidio e Stazio*, in C. Cattermole e M. Ciccuto (a cura di), *Miti, Figure, Metamorfosi. L'Ovidio di Dante*, Firenze 2019.

[40] J. Racine, *La Thébaïde ou les Freres ennemis*, Paris, 1664.

[41] V. Alfieri, *Parere dell'autore su le sue tragedie*, Piacenza 1811, 239-240.

[42] Così, tra gli altri, F. Carpanelli, *Euripide. L'evoluzione del dramma e i nuovi orizzonti istituzionali di Atene*, Torino 2005.

confronta con la crisi delle istituzioni scoppiata alla morte di Pericle e finisce per rimettere in discussione gli aspetti problematici dei diversi regimi politici. Si sviluppa, in realtà, un'indagine "filosofica" sul governo della *polis*, che valuta le modalità operative non in sé, ma in relazione ad un paradigma essenziale, che induce ad un adattamento delle forme in piena rispondenza con quanto deve costituire la sostanza.

In questa direzione è stata proposta una lettura delle *Supplici*, risalente al periodo compreso tra il 423 e il 421 a.C., in cui viene invocata la presenza di una personalità forte capace di ridare consistenza e corposità ad un regime in crisi[43]. Di ciò è rappresentazione emblematica la figura di Teseo, che non esita a sottolineare il suo ascendente sul popolo ateniese sulle decisioni da adottare[44]. Che troverebbe riscontro nel Polinice delle *Fenicie*, accostato al personaggio storico di Alcibiade, di cui si sarebbe auspicato il perdono e il ritorno ad Atene[45]. Ora, l'indagine sulle fonti allo scopo di scoprire le concomitanze con dati storici e biografici è sicuramente rilevante, perché mette in luce i fattori contingenti che si accompagnano ad un'opera letteraria, ma soprattutto permette di rintracciare una spiegazione per la composizione della trama e la caratterizzazione dei personaggi. Ne scaturisce la pluralità dei piani di lettura, che possono oscillare tra quello etico e quello religioso, tra quello psicologico e quello estetico, ma che poggiano tutti su un sostrato comune rappresentato dalla dimensione della politicità, in cui si può ritagliare la relazione dialettica tra un aspetto strettamente operativo e l'apertura verso la dimensione dell'essenza.

All'interno di un discorso "politico" venato da composite sfumature si riesce, così, a ravvisare un nucleo teorico irrinunciabile, che sottintende un giudizio espresso, irremovibile, sui fattori di concreta funzionalità dell'esercizio del potere. Non bisogna dimenticare, difatti, che le *Fenicie* sono scritte e rappresentate all'indomani del mutamento di regime avvenuto nel 411 a.C. E i due protagonisti, Eteocle e Polinice, fanno risaltare in maniera evidente la differenza intercorrente tra il regime oligarchico e l'assetto democratico, nonché lo scarto ineliminabile tra le differenti tavole di valori che presiedono all'organizzazione politica della *polis*. Riproponendo, in tal modo, quanto già cantato

[43] Da G. Cerri, *Messaggi etico-politici nella tragedia euripidea: dalle* Supplici *all'*Oeste, in "Annali dell'Istituto Orientale di Napoli", 2004, n. 26.

[44] Cfr. Euripide, *Supplici*, vv. 349-353.

[45] Come sostenuto da C. Bearzot, *Perdonare il tradimento? La tematica amnistiale nel dibattito sul richiamo di Alcibiade*, in M. Sordi (a cura di), *Amnistia, perdono e vendetta nel mondo antico*, Milano 1997 e *Euripide, Trasibulo e il dibattito sul richiamo di Alcibiade*, in E. Luppino Manes, *Aspirazione al consenso e azione politica in alcuni contesti di fine V sec. a.C.: il caso di Alcibiade*, Alessandria 1999.

nelle *Supplici*, dove, nel riferirsi ad Argo, Teseo non esita ad osservare che non esiste cosa più funesta per una città della tirannide, in cui il potere è accentrato in un solo uomo e non vi è uguaglianza tra i cittadini fissata dalla legge, sicché si vive in una condizione di sostanziale ingiustizia. In contrapposizione sono, però, in pochi versi, cristallizzati i principi basilari della democrazia, per i quali il popolo governa la propria terra, sulla base di leggi scritte uguali per tutti, e assicura libertà di partecipazione alla vita pubblica e uguaglianza di trattamento[46]. Nelle *Fenicie* questo impianto rimane sullo sfondo, in qualche modo viene intuito, ma passa in secondo piano rispetto ad un discorso che intende affrontare non modi e termini, ma, in profondità, il fine del potere. Per questo la tragedia si impernia sul valore in sé della *polis*, che non si riduce alla componente ordinamentale, né a quella organizzativa, neppure a quella istituzionale e neanche alla loro somma, ma è compositiva tanto dei caratteri materiali quanto di quelli spirituali, e ricomprende cose e uomini, in altri termini un concetto, che forse bene Aristotele è capace di descrivere quando afferma in modo lapidario che *koinonìa estìn e politéia*.

La *polis*, e la sua costituzione, si identifica, quindi, con la comunità, che, in verità, diventa il centro di interesse dell'intera tragedia e l'oggetto principale del dialogo tra tutti gli interpreti del dramma euripideo. In tal modo il tragediografo di Salamina chiarisce come il potere non possa ricondursi semplicemente al concreto dispiegarsi delle regole del gioco, ma richiede l'affidamento ad un fondamento "filosofico", che impone di guardare sempre alla sua essenza.

Se è vero, pertanto, che non si possono equiparare i principi che presiedono alle diverse forme di governo, perché il potere esercitato dal popolo, con la conseguente assunzione diretta di responsabilità per lo svolgimento dell'azione pubblica, è preferibile ad un regime affidato ad uno o a pochi uomini, è anche vero che il problema di fondo riguarda il fine ultimo da perseguire.

La problematicità di tale questione costituisce il punto centrale della riflessione filosofica e letteraria sul diritto, da cui si traggono le direttrici sul senso conclusivo della politica. Traluce in filigrana dalla poesia di Esiodo, ma si manifesta più compiutamente nell'opera di Sofocle e nel pensiero di Socrate. Infatti, il valore delle leggi scritte, nonostante sia disatteso da Antigone e criticato per l'ingiustizia della sentenza pronunciata nei confronti di Socrate, non è affatto annullato, ma riportato ad un principio "naturale", che trova origine in qualcosa di superiore che risiede nella dimensione del divino e presiede all'opera degli uomini. Come è stato correttamente delineato, l'atteggiamento di Antigone può essere ricondotto all'idea di non essere tenuta a rispettare a tutti i costi un obbligo politico, se ingiusto, ma senza disconoscere l'obbli-

[46] Euripide, *Supplici*, vv. 429-439.

go giuridico: la tragedia non ci offre dunque soltanto una fondazione "positivistica" della prospettiva giusnaturalistica nella quale non si chiamano in causa «questioni di giustizia materiale, e una fondazione razionalistica della prospettiva giusnaturalistica nella quale si chiamano in causa (anche) questioni di giustizia materiale (…); ma forse anche un ammonimento a non dimenticare che una connessione quanto più ampia possibile tra prescrizioni giuridiche – e decisioni politiche – e valori sociali condivisi non è un'esigenza di questo o quell'ordinamento, ma di tutti»[47]. Pertanto, entrambe le scelte implicano l'obbedienza ai fondamenti "ontologici" della convivenza politica, le leggi divine eterne, da una parte, il bene della comunità, dall'altra, che consentono la vita insieme degli uomini, qualunque sia il tipo di *polis*, e a prescindere dalla forma di governo. Una analogia di fondo si può riscontrare nella decisione di Socrate di affrontare la morte, anche a fronte di un atto di ingiustizia, visto che, al di là del fattore contingente costituito dalla possibilità di violazione dell'obbligo giuridico solamente nell'interesse altrui e non proprio, rimane impresso il monito per il quale, prima e oltre se stessi, il padre e la madre e gli altri congiunti, è necessario «onorare la patria – perché – è venerabile e santa più di tutti e più in luogo alto e appresso agl'Iddii»[48]. Anche in questa circostanza si invoca la salvezza della *pólis* come bene superiore, naturale, da porre come criterio orientativo dell'attività di qualunque società politica.

Lo stesso meccanismo è messo in atto da Euripide, che richiama l'ulteriore principio naturale dell'Uguaglianza (Ἰσότης), «che sempre lega gli amici agli amici, alle città le città, gli alleati agli alleati: stabile principio del mondo – e che ha determinato – per l'uomo le misure, i pesi e il numero»[49], ma soprattutto costituisce il faro ispiratore dei comportamenti pubblici, perché pone come obiettivo principale "la salvezza della patria", al contempo causa ed effetto del perseguimento del bene comune.

Si comprende, in definitiva, che anteporre i diritti del *ghenos* a quelli della *polis* e l'interesse particolare a quello generale, per ambizione o per sete di potere, rende sempre latente il pericolo di un regime dispotico, in cui chi governa si pone al di sopra delle leggi e considera se stesso superiore a tutto il resto del popolo. Significa, allo stesso tempo, avere uno sguardo corto sulle cose e non riuscire a valutare le conseguenze nefaste che possono essere prodotte, nell'immediato e in prospettiva, dai propri comportamenti.

[47] Così riassume, in un saggio bello e profondo, E. Ripepe, *Ricominciare da Antigone o ricominciare dall'*Antigone*? Ancora una volta sulla più antica lezione di filosofia del diritto*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino 2001, 715.

[48] Platone, *Critone*, nella versione di Francesco Acri, Torino 1970, 68.

[49] Euripide, *Fenicie*, vv. 536-538.

Gli odi familiari, come i contrasti individuali, e comunque le lotte civili, devastano la patria, perché in questi casi, come ammonisce Tiresia, «il male prevale – sempre – sul bene»[50]. Per questo motivo, fuori dai giochi della macchina politica, e senza bisogno di stimare quale sia la migliore forma di esercizio del potere, nessuno ha diritto di regnare quando il risultato prevedibile è lo sconvolgimento della città. A tale conclusione perviene l'indovino e nessuno degli attori della storia di Tebe avrebbe mai dovuto fare parte della sua comunità. Dinanzi a questa condizione, che costituisce la negazione dei principi "naturali" posti a fondamento della politica, svaniscono completamente le ragioni singolari e ogni decisione diventa incomprensibile, perché illogica e irrazionale.

Spetta a Giocasta riassumere la stoltezza delle azioni dei due figli, connotate da indiscutibile dismisura: di Eteocle, che ha anteposto il potere al bene comune; e di Polinice, che si è mosso contro Tebe senza senso, per ottenere solamente la distruzione della sua città. In questa cornice i due contendenti finiscono per accostarsi l'uno all'altro in un comune destino fin quasi all'identificazione. E nessuno dei due si può ritenere nel giusto. Ma ancor di più, in loro il potere non trova un modello, anzi manifesta la plastica rappresentazione di ciò che deve essere rifiutato, per non dissolversi nel male. Perché, oltre i modi e le misure della concreta organizzazione, il potere deve rispondere alla necessità di operare il bene della comunità, che costituisce il fine ultimo del diritto e della politica, veicolo autentico di Giustizia.

Euripide sintetizza tutto ciò attraverso il sacrificio di Meneceo, figlio di Creonte, che, con consapevole rassegnazione, ammonisce: «Se ognuno, raccogliendo tutto il bene che può, sapesse offrirlo per comune vantaggio alla sua patria, di mali minori le città farebbero esperienza»[51], e vedrebbero assicurato, in ogni circostanza, il bene della comunità, in cui riposa il perseguimento in comune del Bene.

[50] Ivi, v. 889.
[51] Ivi, vv. 1015-1018.

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

SOMMARIO: 1. Introduzione: dalle disposizioni anticipate di trattamento alla disposizione del proprio corpo *post mortem*. – 2. Il quadro normativo di riferimento precedente. – 3. I contenuti della L. 10 febbraio 2020 n. 10. – 4. Il regolamento governativo di attuazione della l. 10/2020.

1. *Introduzione: dalle disposizioni anticipate di trattamento alla disposizione del proprio corpo* post mortem

La l. 10.02.2020 n. 10 recante «*Disposizione del proprio corpo e dei tessuti post mortem a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica*»[1] costituisce un'altra importante tappa di quel percorso intrapreso dal legislatore, dopo anni di dibattito pubblico, che lo ha portato dapprima all'approvazione della l. 219/2017 sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento e dopo alla legge in commento. Le scelte fondamentali compiute in sede legislativa in entrambi i casi, pur nella differenza sostanziale degli obiettivi, ripropongono grammatiche del corpo umano sulla cui disposizione, a certe condizioni, risulta dirimente l'autodeterminazione del singolo.

Il *fil rouge* tra i due interventi legislativi rappresentato proprio da quest'ultimo richiamo implica peraltro un rinnovato rapporto tra ordinamento giuridico e persona fisica. L'utilizzo del cadavere per le finalità indicate ripropone delicate questioni etiche, scientifiche e giuridiche che si intersecano fra loro[2].

[*] Ordinario di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Palermo, antonella.sciortino@unipa.it.

[1] La materia è stata più volte affrontata durante le passate Legislature. Nel corso della XVII Legislatura, il Testo unificato delle proposte A.C. 100 (Binetti), A.C. 702 (Grassi ed altri) e A.C. 1250 (Dorina Bianchi) è stato approvato in sede legislativa dalla XII commissione affari sociali della Camera. Trasmesso al Senato (A.S. 1534) l'esame non è proseguito a causa dello scioglimento delle Camere.

[2] C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012; R. ZOIA, *La legislazione sulla destinazione del corpo alla scienza in Italia*, in D. Gibelli, C. Sforza, M. Zago (a cura di), *La*

Il progresso della ricerca scientifica e biotecnologica ha posto l'uomo dinanzi ad un ventaglio di scelte un tempo impensabili perché governate solo da leggi della natura al di fuori del dominio umano: la nascita così come la morte non conoscevano tecniche in grado di incidere su di esse o per determinarle o per prolungarle o comunque per influire su di esse. Dopo un lungo e travagliato dibattito il legislatore ha proceduto ad una razionalizzazione del comma 2 dell'art. 32 Cost. dando contenuto al diritto del paziente di rifiutare le cure.

La l. 219/2017 "*Norme in tema di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*" prevede, come è noto, la possibilità, per una persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di una eventuale futura incapacità di autodeterminarsi, di esprimere la propria volontà in materia di trattamenti sanitari, di accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche. Non ci si può addentrare in questa sede nell'analisi puntuale di questa legge, ma qui interessa sottolineare l'ampliamento dello spazio che il legislatore ha operato a favore della libertà di scelta della persona la cui volontà di interrompere o rifiutare i trattamenti sanitari[3] deve essere rispettata dal medico rimanendo esente da responsabilità civile o penale. Le DAT, se da un lato, coprono un vuoto legislativo da più parti reclamato, dall'altro tale regolamentazione disvela tutta la sua incompiutezza limitandosi a disciplinare uno dei molteplici profili problematici che si possono presentare sul piano delle scelte relative al fine vita. La politica legislativa, che si può leggere in filigrana nell'ordito composto dalle poche disposizioni della l. 219/2017, è debitrice delle formidabili implicazioni sul piano etico, religioso, culturale che la materia pone e che ha indotto il legislatore a mantenersi su un piano assai generale fissando solo alcuni principi e alcune regole, una sorta di normazione "minimale" che lascia ampi spazi all'autonomia decisionale della persona all'interno di un alveo presidiato da principi fondativi dell'ordinamento costituzionale, primo fra tutti quello del rispetto della dignità della persona[4]. Il confine tra ciò che è ascrivibile all'autonoma determinazione della persona e ciò che invece il legislatore può

dissezione anatomica su cadavere nell'educazione medica e chirurgica, Appunti del Simposio, Milano, 10 ottobre 2017.

[3] Come è noto, la legge prevede comunque l'obbligo di garantire le cure palliative (L. 38/2010) e il divieto di accanimento terapeutico nella fase terminale della vita e la possibilità di ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua prima dell'eventuale interruzione del trattamento terapeutico.

[4] Sul punto v. S. Prisco, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico*, in *BioLaw Journal*, 2/2019 che, tratteggiando il concetto di dignità nella diversa dimensione semantica acquisita lungo il corso della storia, si focalizza sulla particolare complessità del suo significato oggi in relazione alla "pluralità di usi possibili e divergenti sul piano del biodiritto e della biopolitica", così, 14. Il tema è assai vasto e la letteratura giuridica e filosofica sul punto sterminata per cui si rinvia alle ricche note bibliografiche che corredano il saggio dell'Autore.

prevedere è assai difficile da tracciare in materie come questa che rimandano a valori la cui dimensione soggettiva è preponderante sicché trovare un punto di equilibrio tra autodeterminazione del singolo[5] e scelte di politica legislativa, in grado di fornire dei parametri certi per le decisioni giurisprudenziali ed evitare esiti applicativi eterogenei, è estremamente complesso. In questo quadro il "consenso informato"[6] si conferma non solo come condizione legittimante l'azione del medico, ma si appalesa nella sua dimensione relazionale in cui il paziente è compartecipe o della proposta terapeutica o nel caso di scelta diversa, la volontà di quest'ultimo sarà dirimente anche ai fini del rifiuto delle cure. Sembra quindi che tale disciplina abbia razionalizzato le implicazioni contenutistiche *ex* art. 32.2 Cost. offrendo ulteriori spazi alla libertà individuale all'interno di un perimetro delimitato dal diritto alla salute, dall'autodeterminazione del singolo e dal consenso informato anche in ragione di evitare di proporre o accreditare una concezione etica "connotante"[7]. Anche se la l. 219 /2017 ha potuto contare su un diritto vivente nutrito dalle numerose pronunce in tema di divieto di accanimento terapeutico e di consenso informato, la disciplina legislativa in oggetto presenta significativi elementi di novità. In primo luogo già dalle prime battute viene evidenziato che il diritto alla vita, alla salute, al rispetto della dignità umana non possono essere confinati in ambito solo na-

[5] Sullo statuto costituzionale del principio di autodeterminazione v. fra gli altri S. Mangiameli, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Teoria dir. S*t., 2-3, 2009, 258 ss.; L. Antonini, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali,* in F. D'Agostino, Autodeterminazione. *Un diritto di spessore costituzionale?,* Milano, 2012, 11 ss; G. Razzano, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale,* Torino, 2014, 27; M.E. Bucalo, *Il caso Mortier c. Belgique: La Corte europea dei diritti del'uomo verso l'elaborazione del diritto all'eutanasia? Differenze e similitudini fra Roma e Strasburgo*, in *Riv. Gruppo di Pisa,* 1/2023, 3 e ss.

[6] Sul consenso informato come sintesi del diritto alla salute e del principio di autodeterminazione del singolo v. Corte cost., sent. 438/2008.

[7] V. O. Spataro, *La legge n. 219 del 2017 e la disciplina del fine-vita tra principi costituzionali e problemi aperti. Spunti di riflessione, in BioLaw Journal, 2/2019, 5,* che riprendendo un passaggio di S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 143 e ss., sottolinea che il legislatore, saggiamente, si sia tenuto distante da un approccio invadente e ideologicamente orientato. Sulla disciplina delle DAT *ex multis* v. M. Di Masi, *La giuridificazione della relazione di cura e del fine vita. Riflessioni a margine della legge 22 dicembre 2017, n. 219,* in *R. Diritti Comparati* 2018, 3, 136 ss.; M. Piccinni, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla legge n. 219 del 2017 in dialogo con Stefano Rodotà,* in *BioLaw Journal* 2018, 1; G. Baldini, *Prime riflessioni a margine della legge n. 219 del 2017, in BioLaw Journal,* 2018, 2; C. Casonato, *I limiti all'autodeterminazione individuale dell'esistenza: profili critici*, in *Dir. pub. com. eur*., 1, 2018, 6 e ss; Id., *Forum: l legge n. 219 del 2017, norme in materia di consenso informato e d disposizioni anticipate di trattamento. Introduzione: la legge 219 fra conferme e novità,* in *www.biodiritto.org,* 1, 2018, 11 ss.

zionale. In tale prospettiva l'art. 1 richiama principi fondamentali della nostra Costituzione, ma non mancano richiami alla CEDU e alla CDFUE.

La l. 219/2017, nel quadro dei principi costituzionali tracciato, consente di rispettare il testamento biologico del paziente sia nella sua declinazione in senso positivo (diritto di proseguire le cure per mantenersi in vita), sia in senso negativo (rifiuto delle cure in caso di diagnosi infausta) in ragione della "personalissima" idea del vivere con dignità, del rapporto con il proprio corpo e con la morte. Il legame della legge sulle disposizioni anticipate di trattamento con la l. 10 /2020 è stabilito dallo stesso legislatore che rimanda alla legge 219/2017 quanto alle modalità della prestazione del consenso informato. Ma il legame tra i due atti legislativi è molto più profondo del rimando accennato sopra.

Nell delicatissimo ambito del rapporto tra la persona e il proprio corpo[8] e all'interno della cornice dei principi costituzionali coinvolti in questa materia assume una peculiare valenza etica e solidaristica mettere a disposizione della scienza e della ricerca scientifica, nonché come ausilio alla formazione didattica, il proprio corpo *post mortem* contribuendo alla ricerca (art. 9 Cost.) e in ultima analisi alla tutela del diritto fondamentale alla salute (art. 32 Cost.).

Nonostante oramai la medicina possa avvalersi di tecniche e metodiche multimediali altamente tecnologiche (robotica con video-trainer, simulatori di vario tipo ecc.), che sono in grado di fornire strumenti didattici e di studio approfonditi, la letteratura scientifica internazionale ritiene, allo stato dell'arte, imprescindibile l'utilizzo del cadavere sia per la formazione degli studenti sia anche per consentire ai medici (anche quelli in corso di formazione come gli specializzandi) di sperimentare, confezionare e perfezionare tecniche chirurgiche nuove[9].

2. *Il quadro costituzionale di riferimento precedente*

La l. del 10 febbraio 2020 n. 10 recante "*Norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti post mortem a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica*" da un lato colma un vuoto normativo su cui da vari anni si era cercato di intervenire e, dall'altro, pone fine all'applicazione di una regolamentazione, da più parti stigmatizzata, per la quale, in buona sostanza, venivano destinati allo scopo i corpi cosiddetti "non reclamati" da nessuno come se il rispetto della persona umana, della sua volontà e di conseguenza

[8] Sul controllo e rispetto del proprio corpo v. *ex multis* S. Rodotà, *Il corpo "giuridificato"*, in S. Canestrari, G. Ferrando. C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (cura di), *Il Governo del corpo*, in S. Rodotà, P. Zatti, (a cura di), *Trattato di Biodiritto*, I, Milano, 2011, 51 e ss.

[9] Si è espresso in tal senso il Comitato nazionale per la bioetica nel Parere recante, *Donazione del corpo post mortem a fini di studio e di ricerca*, 19 aprile 2013, 5 e ss.

del suo corpo *post mortem* non valessero in sé e per sé, ma fossero legati alla circostanza che qualcuno li "reclamasse". Una disciplina assai risalente: l'art. 32 del Regio decreto del 1933, n. 1592 recante il T.U. delle leggi sull'istruzione superiore, prevedeva, infatti, che i cadaveri non richiesti dai congiunti fossero riservati all'insegnamento e alle indagini scientifiche. A questa disposizione, oggi abrogata espressamente dall'art. 10 della legge in commento, si aggiungeva il regolamento di polizia mortuaria che, nel Capo IV (artt. 40-43), poneva una disciplina di dettaglio sul periodo di osservazione della salma, sul rilascio della stessa ai direttori delle sale anatomiche universitarie e sui vari adempimenti burocratici relativi all'utilizzo del cadavere[10].

Fortemente sentita era quindi l'esigenza di disciplinare, in sintonia con i principi costituzionali, una materia dalle innumerevoli implicazioni. Il tema opera nel delicatissimo ambito del rapporto tra la persona e il proprio corpo rimettendo all'autodeterminazione del singolo degli spazi dispositivi perimetrati dalla legge in parola. Il legislatore collegandosi alla l. 219/2017 si pone nel solco della valorizzazione dell'individualità della persona che può decidere, per spirito solidaristico, nel senso di disporre della propria salma consentendone l'uso a fini didattici e/o scientifici[11]. Il legislatore ha voluto tutelare un diritto della personalità che si radica nell'autodeterminazione del singolo di scegliere di destinare la propria salma per le finalità riconosciute dalla legge. Ciò potrebbe essere ascritto tra i bisogni esistenziali della persona, espressione della libertà di pensiero e di coscienza che trovano un espresso riconoscimento a livello costituzionale (artt. 2, 3, 19 Cost.), internazionale (art. 9 CEDU) ed europeo (art. 9 CDFUE). In questa prospettiva la volontà del *de cuius* prevale sulla eventuale diversa determinazione degli eredi[12].

[10] Si tratta dell'annotazione delle generalità dei deceduti, degli organi che vengono prelevati nonché dell'autorizzazione dell'Autorità sanitaria locale per il prelevamento di parti o organi.

[11] Del cadavere può disporre solo la persona e non il suo erede in quanto questo non è oggetto di diritti patrimoniali della persona. Sul cadavere come una "cosa" cfr. F. Messineo, *Manuale di dir. civ. e comm.,* II, I, Milano, 1952, 18. Per una prospettiva generale, v. S. Pugliatti, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962, *passim*, il quale, elaborando "una teoria giuridica della cosa", rileva (ivi, 80) come "la cosa, dunque, anche se prodotta dalla natura, è a disposizione dell'uomo; e in quanto l'uomo ne disponga, la impieghi, agisca o possa soltanto agire per mezzo di essa o su di essa, si umanizza, e, vivendo l'uomo in società, si socializza. Perciò diviene nella trama di codeste relazioni, per quanto svariate e differenti possano essere, oggetto di valutazioni giuridiche, e acquista rilevanza per il diritto

[12] Sul diritto di dettare disposizioni sulla destinazione del proprio cadavere v. G. Bonilini, *Il diritto sussidiario dei famigliari in merito alla sepoltura del congiunto, Famiglia e diritto*, 5/2020, 148 e ss. che afferma come "la disciplina del diritto circa la destinazione dei resti mortali è fissata, anzitutto, da antiche regole consuetudinarie, cui si sono aggiunte disposizioni di legge, dalle quali emerge la prevalenza dell'interesse pubblico su quello dei privati".

3. *I contenuti della L. 10 febbraio 2020 n. 10*

La l. n. 10/2020 prevede che la dichiarazione di consenso all'utilizzo temporaneo *post mortem*[13] della propria salma e/o dei tessuti (art. 3 l. 10/20) debba essere resa nelle stesse modalità indicate nella legge sulle disposizioni anticipate di trattamento (art. 4.6 l. 219/2017) e quindi per atto pubblico, per scrittura privata autenticata o per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente all'Ufficio di stato civile del comune di residenza[14] a cui va aggiunta la consegna della predetta dichiarazione alla ASL di appartenenza che la trasmetterà alla Banca dati DAT[15]. La legge non specifica se il disponente possa, nella stessa dichiarazione di consenso, circoscrivere l'atto donativo ad alcune parti del corpo o limitare l'utilizzo solo alla didattica piuttosto che alla ricerca o anche specificare il centro di riferimento da privilegiare nell'assegnazione temporanea delle proprie spoglie mortali. Tuttavia, nel silenzio del legislatore nulla impedisce, a mio avviso, che ciò possa avvenire in ragione del fatto che il principio, che si è voluto valorizzare nella legge in parola, è quello della autodeterminazione della persona. Questa, nella titolarità di un diritto della personalità, come quello in oggetto, può, nel quadro dei principi costituzionali citati, non solo donare protempore la propria salma, ma può farlo con tutte le specificazioni sopra indicate. A nulla vale citare in senso contrario quanto previsto dalla legge sui trapianti che, venendo a beneficiare singoli soggetti e non la collettività in generale come la legge 10/2020, vieta che il donante possa decidere il centro a cui destinare i propri organi da espiantare o i destinatari[16]. Le differenze sono fin troppo intuitive per ripercorrerle, qui basti solo dire che nel caso dei trapianti oltre alle ragioni mediche, sussistono motivazioni etiche di grande spessore. Non è pensabile privilegiare un soggetto piuttosto che un altro sulla base di proprie preferenze o sottoporre il destinatario dell'organo a

[13] La morte deve essere accertata ai sensi della l. 578/1993 che definisce il relativo stato.

[14] Per i minorenni la possibilità di disporre del corpo *post mortem* è riconosciuta ai genitori o a chi ne fa le veci e nelle stesse modalità riconosciute ai maggiorenni (art. 3.6 l. 10/2020).

[15] Tale Banca dati è istituita presso il Ministero della salute come previsto dal comma 418 dell'art. 1 della L. 27 dicembre del 2017 n. 205.

[16] Così M. Ghione, *Luci e ombre della l. n. 10/2020 in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti post mortem*, in *Familia,* 4/2020, 461.«*le dichiarazioni da cui emerge la volontà di disporre dei propri organi non possono in alcun modo essere condizionate alle cure di determinati soggetti individuati dal disponente, in quanto ciò sarebbe contrario ai principi fondamentali del nostro ordinamento: gli atti di disposizione devono essere incondizionati e la decisione in merito alla concreta destinazione dell'organo o del tessuto compete esclusivamente ai professionisti medici, a seguito della morte del disponente. È evidente che analoghi principi dovranno valere anche nella materia de qua: non si potrà disporre del proprio cadavere – o di parte di esso – condizionando la propria volontà all'utilizzo in determinati settori o da parte di determinati istituti indicati dal disponente*».

tensioni psicologiche di non poco momento. Inoltre le differenze con la legge sui trapianti (l. 91/1999) rilevano sotto altri importanti profili. Primo fra tutti quello relativo alle modalità di manifestazione del consenso che nel caso del trapianto è improntato ad una forma di consenso presunto[17]. Il prelievo di organi da soggetti di cui sia stata accertata la morte, come è noto, può avvenire a meno che i familiari non si oppongano per iscritto o nel caso in cui dovesse risultare la volontà in senso contrario espressa dal soggetto in questione. Il diverso regime giuridico di manifestazione del consenso rispetto alla l. 10/2020 è frutto di un diverso bilanciamento tra autodeterminazione del singolo e solidarietà in cui è data prevalenza alla seconda per intuibili ragioni.

Per quanto riguarda i soggetti che possono accedervi è appena il caso di sottolineare che va rispettato il diritto alla riservatezza come evidenziato dal Parere del garante sullo schema del relativo decreto[18]. ll disponente, in qualsiasi momento, può ritornare sui suoi passi e revocare il consenso con le stesse modalità con cui lo ha prestato o, nei casi di urgenza, con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico con l'assistenza di due testimoni. La revoca deve essere comunicata all'azienda sanitaria di appartenenza che la trasmette alla Banca dati destinata alla registrazione delle DAT (art. 3. co. 5 l. 10/2020).

Nella medesima dichiarazione deve essere indicato obbligatoriamente un fiduciario (e facoltativamente un sostituto di questi) che, accetta sottoscrivendo la dichiarazione di consenso posta in essere dal disponente. Il fiduciario (art. 3) ha il compito di comunicare le volontà del defunto espresse nella dichiarazione al medico che ne constati il decesso[19]. Sul punto il legislatore avrebbe

[17] Tale sistema è rimasto finora inattuato in ragione della mancata realizzazione necessaria per il suo funzionamento, vale a dire l'avvio delle procedure informative demandate al Ministro della salute.

[18] V. il Parere reso dal Garante per la protezione dei dati personali il 19 maggio 2019 su uno schema di decreto relativo all'istituzione presso il Ministero della Salute di una Banca dati nazionale destinata alla raccolta delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) dove viene detto che questo comma è stato aggiunto allo schema di decreto in seguito alle osservazioni del Garante stesso e alle indicazioni contenute in un parere del Consiglio di Stato del 18 luglio 2018. Secondo il Garante, in particolare, «*tale comunicazione rappresenta una misura appropriata e specifica alla stregua dell'articolo 2-sexies, comma 1, del Codice, in quanto consente all'interessato di esercitare un controllo effettivo sulla propria DAT*». Sul trattamento dei dati personali in ambito sanitario, si veda C. Colapietro, F. Laviola, *I trattamenti di dati personali in ambito sanitario*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2, 2019. Sul consenso informato al trattamento dei dati sensibili si veda L. Chieffi, *La tutela della riservatezza dei dati sensibili: le frontiere europee,* in L. Califano, C. Colapietro (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona*, Napoli, 2017, 230.

[19] Sulla considerazione che il ruolo del fiduciario avrebbe un ruolo fondamentale solo nel caso in cui venga a conoscenza della morte del disponente e il medico curante non acceda alla banca dati v. L. Atzeni, *Brevi note a margine della legge 10 febbraio 2020, n. 10 in tema di*

potuto probabilmente non limitarsi a prevedere un compito così minimale. Non si tratta, infatti, soltanto di comunicare l'esistenza della dichiarazione di consenso (cosa peraltro che un medico avvertito potrebbe desumere dalla Banca dati di cui sopra), ma di rappresentare il disponente sia nei rapporti con i centri di riferimento che con il medico necroscopo e di assicurarsi che venga rispettata la volontà del paziente in tutti i suoi aspetti[20]. In caso di morte o di sopravvenuta incapacità o comunque di oggettiva impossibilità di svolgere il suo compito, al fiduciario subentra il sostituto. Entrambi possono, in qualsiasi momento, revocare la propria accettazione, con atto scritto, che è comunicato al disponente che, a sua volta, può revocare l'incarico dato loro con le medesime modalità previste per la nomina. Sia il fiduciario sia l'eventuale suo sostituto devono essere persone maggiorenni e capaci di intendere e di volere.

La legge disciplina anche i centri di riferimento istituiti[21] proprio per la conservazione e l'utilizzazione delle salme il cui elenco è depositato presso il Ministero della salute.

I Centri sono individuati fra le strutture universitarie, le aziende ospedaliere di alta specialità e gli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico (IRCCS). Le attività dei centri di riferimento che richiedono il ricorso al corpo di cadavere o ai suoi organi o tessuti devono essere conformi ai progetti di ricerca scientifica per i quali il Comitato etico indipendente territorialmente competente, individuato ai sensi della disciplina, ivi richiamata, sulle sperimentazioni cliniche relative ai medicinali per uso umano ed ai dispositivi medici, abbia rilasciato parere favorevole. L'attività chirurgica di formazione, laddove in linea con i percorsi didattici dei centri di riferimento autorizzati, può essere invece svolta previa autorizzazione da parte della sola direzione sanitaria della struttura di appartenenza. L'articolo 5 prevede l'istituzione (senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica), presso il Ministero della salute, dell'E-

disposizione del proprio corpo e dei tessuti post mortem *a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica*, in *Oss. Aic*, 5/2020, 66.

[20] Sulla considerazione che anche sulla figura del fiduciario il legislatore avrebbe potuto disegnare una disciplina più completa sulla falsariga di quella dell'esecutore testamentario *ex.* Art. 700 c.c. v. G. Giaimo, *Il lascito del proprio corpo a fini didattici e di ricerca. Il nobile (ma vano) intento della legge 10/2020* in *BioLaw Journal*, 2020, 18. Sull'accostabilità della figura del fiduciario all'esecutore testamentario v. pure. L. Ghidoni, *Prime riflessioni sulle disposizioni della salma*, in *Famiglia e diritto*, 5/2020, 527.

[21] V. il decreto del Ministero della salute del 23 agosto 2021 recante Riconoscimento dei centri di riferimento per la conservazione e l'utilizzazione dei corpi dei defunti che all'art. 1 individua i relativi centri che ancora purtroppo non sono molti e peraltro non distribuiti geograficamente in modo omogeneo.

lenco nazionale dei Centri di riferimento[22]. Il centro di riferimento, acquisita, mediante la Banca dati DAT, la prova del consenso espresso, provvede al prelievo del corpo del defunto, dandone notizia all'azienda sanitaria di appartenenza del disponente. I centri di riferimento sono tenuti a restituire la salma alla famiglia in condizioni dignitose entro dodici mesi dalla consegna (art. 6). Gli oneri per il trasporto del corpo, dal momento del decesso fino alla sua restituzione, le spese relative alla tumulazione, nonché le spese per l'eventuale cremazione sono a carico dei centri medesimi, che provvedono nell'ambito delle risorse destinate ai progetti di ricerca. In ogni caso l'utilizzo del corpo umano, di parti di esso, o dei tessuti *post mortem* non può avere fini di lucro (art 7) e quindi le eventuali donazioni di denaro effettuate da privati per fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica, verranno gestite dai centri di riferimento.

4. *Il regolamento governativo di attuazione della l. 10/2020*

Benché l'art. 8 della l. 10 /2020 avesse previsto che entro 3 mesi dall'entrata in vigore della legge stessa si dovesse provvedere a porre in essere le necessarie misure attuative, sono passati circa 3 anni prima che fosse approvato il regolamento governativo di attuazione emanato con il d.p.r. del 10 febbraio 2023 n. 47[23]. La legge ha in qualche modo tracciato i profili di cui il regolamento doveva farsi carico[24] e, tra questi, l'attività di promozione e di informazione[25] che dovrebbe costituire anche la base del consenso informato e consapevole per

[22] L'Elenco, consultabile sul sito internet del Ministero, è aggiornato tempestivamente, in modo da consentire al medico, che accerti il decesso, l'individuazione del centro di riferimento (competente per territorio) a cui il medesimo debba comunicare la notizia della morte del disponente.

[23] Il d.p.r. citato contiene il regolamento recante norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti *post mortem* a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica.

[24] L'art. 8 prevede che il regolamento debba: «*stabilire le modalità e i tempi di gestione delle salme (comunque non superiori a 12 mesi) e prevedere che si proceda alla sepoltura dei corpi di cui non sia stata richiesta la restituzione; definire le modalità di comunicazione tra i centri di riferimento e l'ufficiale di stato civile; stabilire le cause di esclusione di utilizzo dei corpi; prevedere disposizioni di raccordo con l'ordinamento dello stato civile; definire la disciplina delle iniziative di informazione (di cui all'art. 2, comma 2)*».

[25] Le regioni e le aziende sanitarie locali, anche attraverso il coinvolgimento dei centri di riferimento, adottano le iniziative di informazione e di comunicazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge n. 10 del 2020, tenendo conto delle seguenti indicazioni:

a) l'informazione del personale medico e sanitario avviene attraverso la diffusione della conoscenza della disciplina in tema di disposizioni del proprio corpo e dei tessuti post mortem ai fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica e, in particolare, delle relative modalità di attuazione;

b) il materiale informativo deve contenere le indicazioni necessarie per la corretta informazione dei cittadini sull'utilizzo del corpo umano e dei tessuti post mortem ai fini di studio, di

una scelta così delicata come quella in parola (art. 2 l. 10/2020). Le iniziative, dirette a diffondere tra i cittadini la conoscenza delle disposizioni sulla donazione del corpo *post mortem* a fini di ricerca, di formazione e studio, devono essere realizzate utilizzando le risorse disponibili a legislazione vigente per la realizzazione di progetti di comunicazione istituzionale. Da parte loro, le regioni e le aziende sanitarie locali adottano, in conformità alla disciplina posta dal regolamento di attuazione iniziative volte a: a) diffondere tra i medici di medicina generale e i pediatri di libera scelta e tra i medici delle strutture sanitarie pubbliche e private e gli esercenti le professioni sanitarie la conoscenza delle disposizioni in materia; b) diffondere tra i cittadini, attraverso idonea pubblicizzazione presso le amministrazioni comunali e anche attraverso le organizzazioni di volontariato, una corretta informazione sull'utilizzo del corpo umano e dei tessuti *post mortem* a fini di studio, di formazione medica e di ricerca scientifica. Il regolamento attuativo consta di pochi articoli e disciplina le modalità e i tempi di utilizzo delle salme fino al momento della restituzione del corpo ai congiunti. In particolare indica i casi di esclusione dell'utilizzo della salma (art. 3 co. 1) e quelli in cui il centro di riferimento ha la facoltà di rifiutarla[26] dandone immediata comunicazione al medico necroscopo. Su quest'ultimo grava l'individuazione del centro di riferimento competente per territorio (o quello più prossimo al luogo del decesso) tra quelli indicati nell'elenco depositato presso il Ministero della salute dopo aver acquisto dal fiduciario la notizia della volontà del disponente. Nel caso in cui il centro individuato non dovesse per ragioni organizzative poter accettare la salma, il medico ne individua un altro tenendo conto del criterio di prossimità territoriale. Il responsabile del centro di riferimento[27] ricevuto il corpo provvede alla identificazione, all'at-

formazione e di ricerca scientifica e deve esserne data diffusione sul territorio anche tramite le amministrazioni comunali e le associazioni di volontariato.

[26] V. art. 3.co 2 "a) mancato ricevimento da parte dell'Azienda sanitaria locale della certificazione medica attestante l'assenza di malattie infettive o diffusive entro cinque giorni dal decesso;

b) trasporto differito, che non consente l'arrivo della salma presso il centro di riferimento entro sette giorni dal decesso".

[27] Il responsabile del centro di riferimento inoltra entro le successive quarantotto ore all'Azienda sanitaria locale ove è avvenuto il decesso la richiesta di acquisizione del corpo e provvede al prelievo del medesimo dandone notizia all'Azienda sanitaria locale di appartenenza del disponente. L'Azienda sanitaria locale del luogo del decesso autorizza la destinazione del corpo al centro di riferimento richiedente inviando, anche telematicamente, al medesimo centro la copia del certificato necroscopico, della scheda di morte ISTAT e della eventuale documentazione sanitaria relativa all'ultimo ricovero. Resta ferma la possibilità per il responsabile del centro di riferimento di richiedere alla struttura sanitaria ove è avvenuto il decesso o al medico di medicina generale ulteriore documentazione sanitaria finalizzata all'adeguato e corretto utilizzo del corpo. Il centro di riferimento è tenuto a conservare la documentazione relativa all'accertamento

testazione dello stato del corpo e alla registrazione della relativa documentazione[28]. Dopo l'utilizzo il corpo deve essere restituito in condizioni dignitose alla famiglia entro il termine di 12 mesi dalla data di consegna e nel caso in cui la famiglia no ne richieda la restituzione è lo stesso centro di riferimento che dovrà occuparsi delle esequie rispettando la volontà del disponente nel caso in cui abbia dato indicazioni precise. Nel complesso la l. 10/2020 e relative norme attuative va accolta positivamente, tuttavia sia quanto alla figura del fiduciario sia quanto al contenuto della dichiarazione di consenso con cui il disponente dona protempore la propria salma, la normativa sarebbe potuta essere più articolata per evitare di dare adito ad applicazioni eterogenee in un ambito dalle molteplici implicazioni etiche, culturali religiose così delicato. In ogni caso la scelta di politica legislativa adottata di fissare alcuni principi e clausole generali ed evitare di dettare una disciplina dettagliata poco sintonica con il principio di autodeterminazione non impedisce che il disponente possa corredare la dichiarazione di consenso di richieste specifiche in ordine all'utilizzo di una parte o di tutta la salma o di destinarla solo alla didattica piuttosto che alla ricerca. Il silenzio del legislatore sul punto non può limitare l'autodeterminazione del singolo la cui volontà nella fattispecie è sovrana.

di morte e la documentazione sanitaria per un periodo di dieci anni dal decesso del disponente. L'Azienda sanitaria locale del luogo del decesso invia al comune dove la stessa ha sede la copia dell'autorizzazione alla destinazione del corpo e richiede, nel rispetto delle disposizioni previste dal regolamento di polizia e da eventuali norme regionali, il rilascio dell'autorizzazione al trasporto del corpo presso il centro medesimo, dandone contestualmente comunicazione all'ufficiale dello stato civile ai fini degli adempimenti di cui all'art. 5. Dopo il decesso e la dichiarazione di morte, il corpo del defunto resta in obitorio almeno per ventiquattro ore prima di essere destinato allo studio, alla formazione e alla ricerca scientifica.

[28] Il centro di riferimento adotta misure idonee a garantire la tracciabilità di tutte le fasi di utilizzo del corpo e delle parti anatomiche anche ai fini della successiva restituzione.

Filippo Scuto[*]

LA QUESTIONE IRRISOLTA DELLA DEMOCRAZIA NEI PARTITI NEL QUADRO DELLE INCERTE EVOLUZIONI DELLA FORMA DI GOVERNO

SOMMARIO: 1. Il percorso incompleto di una disciplina pubblicistica dei partiti nel quadro di un'incerta e problematica evoluzione della forma di governo. – 2. Alcune coordinate sul rapporto tra forma di governo e "forma" interna dei partiti nell'esperienza repubblicana. – 3. La legge sui partiti come una delle possibili strade per riorientare il dibattito sulla riforma della forma di governo.

1. *Il percorso incompleto di una disciplina pubblicistica dei partiti nel quadro di un'incerta e problematica evoluzione della forma di governo*

Il lungo dibattito, scientifico e politico, sulla questione della democrazia all'interno dei partiti politici[1] ha tutt'altro che esaurito la sua centralità, oggi, specie se lo si inquadra nelle incerte e problematiche evoluzioni della forma di governo italiana. A questa, oramai, perenne "questione" istituzionale e politico-costituzionale va ad aggiungersi un nuovo tentativo di riforma costituzionale, attualmente in atto, che andrebbe a incidere significativamente sull'assetto della forma di governo[2]. Nel quadro attuale, peraltro, appare necessario inserire

[*] Professore Ordinario di Diritto costituzionale e pubblico nell'Università degli Studi di Milano.

[1] Tra i tanti contributi in materia, ci si limita, in questa sede, a rinviare a AA.VV., *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione. AIC – Annuario 2008*, Napoli, 2009. Si vedano, in particolare, sul punto, i saggi di S. MERLINI, *I partiti politici, il metodo democratico e la politica nazionale*; A. BARBERA, *Relazione di sintesi*; P. RIDOLA, *L'evoluzione storico-costituzionale del partito politico*. V., inoltre, G. AMATO, *Nota su una legge sui partiti in attuazione dell'art. 49 della Costituzione*, in Astrid on-line, 2012; La dottrina si era comunque già confrontata in precedenza sull'opportunità di un intervento legislativo in materia. V., in particolare, V. CRISAFULLI, *Partiti, Parlamento, Governo,* in Stato, Popolo e Governo, Milano, 1985, 230 ss.; L. ELIA, *A quando una legge sui partiti?*, in S. MERLINI (a cura di), *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, Firenze, 2009; G. PASQUINO, *Art. 49*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975; T. MARTINES, *Partiti, sistema di partiti, pluralismo*, in *Studi parl. pol. Cost*, 1979, 5 ss. Sulla questione della democrazia interna ai partiti nell'ambito di una disciplina pubblicistica degli stessi ci si limita a rinviare a C. PINELLI, *Discipline e controllo sulla democrazia interna dei partiti*, Padova, 1984; F. SCUTO, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino, 2017.

[2] Si fa riferimento al Disegno di legge costituzionale (attualmente all'esame del Parlamento) "*Modifiche agli articoli 59, 88, 92 e 94 della Costituzione per l'elezione diretta del Presidente del*

il tema della democrazia interna dei partiti, tanto nell'ambito del dibattito sulle riforme istituzionali, quanto nell'ambito delle riflessioni sulla crisi della democrazia rappresentativa in Italia e, più in generale, nel mondo occidentale[3].

Il contesto è noto. Nella perdurante assenza di una legge sui partiti politici in applicazione dell'art. 49 Cost., il legislatore ha mosso i primi passi negli ultimi anni attraverso un intervento limitato e parziale (l. n. 13 del 2014). Sotto questo profilo, la complessa regolamentazione dei partiti, in particolare per quel che riguarda le norme sulla democrazia interna, può essere considerata come una delle questioni irrisolte della lunga transizione istituzionale italiana che si è aperta all'inizio degli anni Novanta del Secolo scorso e che è ancora incompiuta.

Dopo decenni di assoluto silenzio e di includenti dibattiti parlamentari culminati in un numero sempre più alto di proposte di legge mai approvate in via definitiva, per la prima volta il legislatore, nel triennio 2012-2014, ha introdotto nell'ordinamento alcune disposizioni riconducibili alla disciplina dell'organizzazione dei partiti mediante un intervento che appare, comunque, limitato e insufficiente[4]. Al tempo stesso, però, la scelta del legislatore di intervenire in materia, sotto certi punti di vista, rafforza la tesi che evidenzia la necessità di una disciplina pubblicistica dei partiti che si traduca nell'adozione di una vera e propria legge sui partiti anche finalizzata a favorire lo sviluppo della loro democrazia interna.

La legge n. 13 del 2014 appare infatti eccessivamente timida rinunciando, di fatto, ad incidere in un ambito certamente delicato in ragione della tutela costituzionale della libertà associativa dei partiti sul quale, però, sarebbe comunque possibile un intervento più penetrante. Le disposizioni contenute nell'art. 3 della l. n. 13 riferibili all'organizzazione interna dei partiti, infatti, si limitano a individuare il contenuto essenziale degli statuti senza fornire mai neppure delle indicazioni minime sull'effettivo funzionamento di organi e procedure. Si tratta di norme che, di fatto, rimandano *in toto* agli statuti per la disciplina delle regole su organizzazione e democrazia interna ai partiti. Manca, infatti, un adeguato livello di tutela dei diritti di coloro che scelgano di associarsi nei partiti – si pensi, solo per citare un esempio, alle espulsioni dai partiti – nonché una disciplina, anche minima, riguardo ad aspetti decisivi come quelli che at-

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] Per un'analisi complessiva del fenomeno nelle sue molteplici sfaccettature ci si limita, qui, a richiamare P. Bilancia (a cura di), *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Torino, 2018.

[4] Per un inquadramento della disciplina adottata in materia dal legislatore, si consenta il rinvio a F. Scuto, *La democrazia interna dei partiti,* cit., 130 ss.

tengono alle procedure per stabilire, ad esempio, le modalità di selezione delle candidature, di approvazione delle linee che il partito sceglie di adottare, di partecipazione degli iscritti.

Indubbiamente, l'attuale organizzazione dei partiti italiani presenta, pur nelle sensibili diversità tra i vari modelli, caratteristiche comuni che tendono ad allontanarla dalla richiesta di partecipazione democratica e "dal basso" ricavabile dall'art. 49 Cost. In linea di continuità con le esperienze degli ultimi decenni, peraltro, la maggior parte delle forze politiche si è orientata su modelli organizzativi di tipo verticistico rispetto ai quali il primo intervento del legislatore in materia nel 2014 non ha influito in maniera significativa.

Il continuo riferimento alla crisi dei partiti trova la sua ragion d'essere nel generale ridimensionamento della loro capacità rappresentativa ma, al tempo stesso, appare a tutt'oggi piuttosto evidente la forza che hanno mantenuto i partiti per quanto riguarda la determinazione della politica nazionale cui fa riferimento l'art. 49 Cost. e la selezione delle candidature. I partiti, in sostanza, appaiono piuttosto in salute per quel che riguarda la capacità di influenzare il processo decisionale.

In Italia (e non solo), del resto, il forte malcontento sociale dovuto alla lunga crisi economica, prima, e a quella pandemica, poi, si è incanalato principalmente nel sostegno a più o meno nuove formazioni politiche comunque definibili come partiti, se si accetta la condivisibile definizione di partito fornita a suo tempo da Sartori e a tutt'oggi ampiamente condivisa[5]. Malgrado le gravi crisi di questi anni abbiano accentuato quel processo di progressivo sfarinamento della democrazia rappresentativa che ha origini e ragioni in realtà ben precedenti ad esse, infatti, in Italia non si sono affermate nuove forme di aggregazione politica di rilievo significativo diverse dal partito politico.

Da questo punto di vista, è senz'altro condivisibile l'analisi che si sofferma sulla crisi dei partiti sul piano della loro capacità di rappresentare all'interno delle istituzioni la complessità del tessuto sociale. Al tempo stesso, però, si può ritenere che, nella sostanza, molti dei partiti politici che hanno sostenuto in Parlamento i governi più marcatamente "politici" di questi anni (Lega, M5S, Fratelli d'Italia) stiano in un certo senso rappresentando la crisi del rappresentato messa in rilievo già da tempo in dottrina[6]. Peraltro, come l'esperienza

[5] Si fa riferimento alla condivisibile e condivisa impostazione tradizionale di Giovanni Sartori basata sull'identificazione di un partito politico con un'associazione politica che si caratterizza per l'elemento – essenziale – della partecipazione alle competizioni elettorali. Cfr. G. Sartori, *Parties and Party systems: A Framework for Analysis*, Cambridge, 1976, 63.

[6] Crisi del rappresentato dovuta alla perdita di identità individuali e collettive, di legami sociali in un contesto in cui è divenuta difficilmente individuabile la stessa identità del *demos* da rappresentare, su cui si rimanda a M. Luciani, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla*

di questi anni ha dimostrato, queste nuove forme di rappresentanza del malcontento sociale possono comportare delle criticità sul piano istituzionale e costituzionale.

In questo contesto, dunque, misurarsi con i nodi della democraticità dei partiti può disvelare alcune questioni "centrali" della democrazia rappresentativa e della sua crisi, questioni che, se adeguatamente affrontate, consentirebbero di fornire alcune utili risposte per le dinamiche della forma di governo, anche nell'ambito del dibattito sulle sue possibili riforme.

Ed è proprio in quest'ottica che appare opportuno, oggi, riconoscere una nuova centralità all'art. 49 Cost. rivitalizzando la funzione costituzionale dei partiti nel sistema rappresentativo anche attraverso una completa attuazione di questa essenziale norma costituzionale dopo decenni di attesa, in particolare per quanto riguarda l'effettiva partecipazione dei cittadini alla politica[7].

2. *Alcune coordinate sul rapporto tra forma di governo e "forma" interna dei partiti nell'esperienza repubblicana*

Alla luce dell'esperienza repubblicana, appare possibile e, forse, anche utile, interpretare le linee di evoluzione della forma di governo ricollegandole non solo alla vicenda dei partiti in Italia[8] ma, più nello specifico, alla questione della

crisi del rappresentato, in N. Zanon, F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, 2001, 117 ss.

[7] A tale riguardo, si rimanda a quanto evidenziato con limpida chiarezza da S. Prisco, *A futura memoria: il nuovo assetto del sistema dei partiti e l'evoluzione della forma di governo,* in *Rivista AIC*, n. 2, 2013: "Ultimo punto, sempre per un'agenda delle cose da fare sulla quale il costituzionalista possa esprimersi senza uscire dal suo seminato professionale, è l'ineludibilità e l'urgenza di un'attuazione in via legislativa degli articoli 49 e 39 della Carta Costituzionale. Una democrazia efficiente, responsabile e davvero trasparente non può vivere a lungo con partiti ulteriormente incontrollati nel finanziamento e nella democraticità della loro vita interna, ovvero con "primarie" fai da te e celebrate "a macchia di leopardo" (scrivere "di giaguaro" spargerebbe sale su una ferita ancora recente e dunque non cicatrizzata, per chi sperava nell'evento), o ancora alle prese con procedimenti selettivi di candidature e forum decisionali apparentemente apertissimi (nell'epoca dell'integrazione della rappresentanza politica con sue forme, più che dirette, addirittura istantanee), ma in sostanza opachi". Più in generale, si rinvia anche a S. Prisco, *Forme di governo e fattore politico. Conclusioni dal passato e introduzione al futuro*, in *Astrid Rassegna*, n. 10/2018.

[8] Più in generale, senza entrare nel merito della questione specifica della democrazia nei partiti, sull'impatto del contesto storico-politico sulla forma di governo, sul sistema dei partiti e sullo stesso art. 49 Cost., ci si limita qui a richiamare L. Elia, *Governo, Forme di*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1970, 631 ss. e S. Merlini, *I Partiti politici e la Costituzione (rileggendo Leopoldo Elia)*, in Id. (a cura di), *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, Firenze, 2009, 10 ss., e, più di recente, S. Staiano, *Democrazia dei partiti e forma di governo*, in *Quaderni Costituzionali*, fasc. 2, 2023, 290 ss.

loro democraticità interna. Alcune riflessioni in tal senso, infatti, sembrano fornire validi elementi d'indagine.

Il primo elemento da mettere in rilievo riguarda la tendenza dei partiti a organizzarsi sulla base della «legge ferrea dell'oligarchia» teorizzata da Robert Michels[9] come tratto evidente del sistema politico italiano, di ieri e di oggi[10].

Fermo restando questo elemento di fondo, in una prima fase, come rilevò Leopoldo Elia[11], la *conventio ad excludendum* esercitò un'influenza decisiva non solo sulla forma di governo, ma anche sul sistema dei partiti e, in particolare, sul loro rapporto con il Parlamento e il Governo da cui derivò l'impossibilità di realizzare in Italia una democrazia dell'alternanza ed una forma di governo parlamentare basata sulla dialettica tra il governo, sostenuto dalla propria maggioranza parlamentare, e l'opposizione. Una seconda, negativa, influenza della *conventio* riguardò nello specifico l'attuazione dell'art. 49 Cost.[12] poiché da essa derivò la scelta delle forze politiche di interpretare la norma costituzionale esclusivamente dal punto di vista delle finalità ideologiche e politiche dei partiti, facendo riferimento, quindi, soltanto al metodo democratico "esterno" nell'azione dei partiti ed al relativo divieto della violenza come metodo di azione politica[13]. Di conseguenza, l'organizzazione e il rispetto del metodo democratico all'interno dei partiti, il ruolo centrale che l'art. 49 assegna ai cittadini (e non direttamente ai partiti) nel concorso a determinare (mediante i partiti) la politica nazionale, vennero del tutto trascurati.

La forma di governo andò progressivamente sviluppandosi all'insegna della centralità del Parlamento, sino a giungere, negli anni '70 e, in particolare, con i governi di unità nazionale sostenuti dall'esterno dal PCI negli anni del compromesso storico, a un modello di governo parlamentare di natura consociativa basato sull'esistenza di una maggioranza parlamentare diversa da quella governativa che, comunque, accettava quello stato di cose[14].

[9] Cfr. R. Michels, *La sociologia del partito politico nella democrazia moderna*, Bologna, 1966.

[10] Per un approfondimento delle evoluzioni dell'organizzazione dei partiti e della loro democraticità interna nell'esperienza repubblicana e, sino ai giorni nostri, si consenta il rinvio a F. Scuto, *La democrazia interna dei partiti*, cit., 51 ss.

[11] L. Elia, *Governo, Forme di*, in *Enc. Dir*., Milano, 1970, 631 ss.

[12] Cfr. L. Elia, *Governo, Forme di*, cit., 631 ss.

[13] S. Merlini, *I Partiti politici e la Costituzione*, cit., 17, sottolinea la palese incostituzionalità di quella procedura di dichiarazione di una finalità antisistema dei partiti esclusi dal governo che era propria della *conventio ad excludendum*, formula che ebbe comunque un duraturo successo fino alla caduta del muro di Berlino. In sostanza, all'impossibilità di mettere fuori legge quasi la metà del corpo elettorale italiano, si supplì con un'interpretazione non legale ma convenzionale e politica della legittimità costituzionale dei partiti presenti in Parlamento.

[14] Cfr. S. Merlini, *I Partiti politici e la Costituzione*, cit., secondo cui questa trasformazione di fondo del sistema parlamentare italiano, intimamente in contrasto con gli articoli 92-95 della

Archiviata la fase dei governi di unità nazionale, negli anni '80 si tentò di attenuare la formula della centralità del parlamento e l'eccessiva invadenza dei partiti nelle istituzioni cercando di rafforzare la dimensione della governabilità nella forma di governo italiana, obiettivo perseguito in particolare dai governi a guida socialista[15].

A fronte di queste evoluzioni rimase, però, invariato, nella sostanza, il sistema dei partiti dal punto di vista della loro organizzazione interna e non mutò mai la scelta di dare soltanto parziale applicazione all'art. 49 Cost., scelta che derivava anche, come si è visto, dalla *conventio ad excludendum*.

Con un sistema politico funzionante sulla base di queste caratteristiche di fondo, fu soprattutto nel primo ventennio della storia repubblicana che si realizzò la massima espansione dei partiti politici dal punto di vista della loro capacità di influire profondamente sulla vita pubblica del Paese. Ciò fu possibile anche in ragione della legittimazione di quei partiti agli occhi della società che consentì loro di esercitare a pieno tale ruolo. La partecipazione alla vita politica da parte della società rimase, comunque, sostanzialmente legata alle rispettive appartenenze ideologiche. Si trattava di una forma di partecipazione che non richiedeva di mettere i cittadini (mediante i partiti), piuttosto che i partiti stessi, al centro del sistema nella determinazione della politica nazionale, come invece prevedeva l'art. 49 Cost. La partecipazione dei cittadini alla vita politica si sviluppò, dunque, secondo una logica di tipo "*top-down*" controllata e gestita dai vertici dei partiti e non sulla base di un impulso dal basso mediato dai partiti nelle istituzioni.

In un sistema politico bloccato, con partiti cristallizzati sulle loro posizioni ideologiche e, tutto sommato, desiderosi di conservare lo *status quo* e la loro influenza sulla società e sulle istituzioni, assunse un rilievo primario la possibilità di esercitare un controllo il più possibile esteso sui rispettivi "blocchi sociali" di appartenenza. Il che comportò la creazione di strutture di partito verticistiche, accentrate ed oligarchiche in cui la partecipazione attiva degli iscritti e dei

Costituzione (ed in particolare con il principio della fiducia motivata) era paradossalmente contraddittoria rispetto al motivo di fondo che aveva spinto i partiti centristi a dar vita alla *conventio*: la volontà di includere i partiti antisistema nel parlamento, ma di escluderli dal *Government* complessivamente inteso.

[15] Con il primo, lungo, Governo Craxi, in particolare, si cercò di attenuare l'invadenza dei partiti di maggioranza e di spostare l'asse del processo decisionale e dell'indirizzo politico sul governo, come testimonia l'adozione della l. n. 400 del 1988. Sulla questione della governabilità nella forma di governo italiana degli anni 80 v. S. LABRIOLA, *Il governo della Repubblica, organi e poteri*, Rimini, 1989; sul ruolo del Parlamento alla luce di quell'intervento legislativo v. M. MANETTI, *Il Parlamento nell'amministrazione: dall'ingerenza alla co-decisione*, in *Quad. cost.,* fasc. 2, 1991, 385 ss.

cittadini alle scelte politiche del partito e alla selezione delle candidature per le elezioni non era contemplata.

In estrema sintesi, e cercando di semplificare un quadro complesso, sino a quando i partiti di massa sono stati i protagonisti dell'esperienza repubblicana, alle incerte evoluzioni della forma di governo italiana si è accompagnata un'organizzazione interna dei partiti invariata nella sua essenza che seguiva una logica sostanzialmente verticistica e non poggiava sull'applicazione del metodo democratico all'interno dei partiti. Il tutto, lo si ricorda, nell'assenza di una legge sui partiti e di ogni forma di disciplina pubblicistica relativa alla loro organizzazione (ad esclusione della normativa riguardante il loro finanziamento).

Al tempo stesso, però, va tenuto in considerazione che l'assenza di democraticità interna di quei partiti era in parte compensata da alcuni fattori tutt'altro che trascurabili. Si trattava di partiti fortemente legittimati sia dal numero dei loro iscritti (svariati milioni) sia dalla loro rappresentatività dovuta anche alla capacità di esercitare una forte presa sulla società, capacità che andò però ridimensionandosi già a partire dagli anni Settanta del Secolo scorso. Peraltro, va ricordato che i partiti di massa, pur essendosi dotati di un impianto verticistico, dal punto di vista organizzativo erano presenti nei territori attraverso le proprie strutture di base (circoli e sezioni) in cui era possibile sviluppare il confronto tra gli iscritti sulle diverse piattaforme politiche. Inoltre, in quelle formazioni politiche il processo decisionale era comunque scandito attraverso procedure che assegnavano una certa centralità agli organi assembleari e ai congressi in cui si confrontavano le diverse linee politiche.

A seguito del dissolvimento dei tradizionali partiti di massa nel triennio 1991-1993, lo sviluppo delle formazioni politiche italiane è andato caratterizzandosi nel senso della creazione di strutture sempre più rigide e verticistiche, poco aperte alle domande di partecipazione della società civile. Tutto il contrario, come osservava già nel 1979 Temistocle Martines, della creazione di una «struttura aperta» che sarebbe la sola soluzione per consentire ai partiti di svolgere il ruolo di cerniera tra società e Istituzioni assegnato loro dalla Costituzione[16].

Come è evidente, questa ulteriore involuzione organizzativa delle nuove formazioni politiche sorte sulle ceneri dei partiti di massa novecenteschi non poteva che avere ripercussioni sul piano della forma di governo. L'apertura alla società dei partiti rappresenta, infatti, uno snodo essenziale per la tenuta di una forma di governo parlamentare poiché consente un buon funzionamento del circuito rappresentativo che, in caso contrario, finisce inevitabilmente per atrofizzarsi.

[16] Cfr. T. Martines, *Partiti, sistema di partiti, pluralismo*, cit., 12.

In questo quadro, l'evoluzione più recente dei partiti nell'ambito dello Stato costituzionale ha esercitato una significativa influenza sulla loro organizzazione e, inevitabilmente, sul tema della democraticità interna. Com'è noto, i nuovi modelli organizzativi delle formazioni politiche, in realtà, non si sono sviluppati in maniera altrettanto compiuta rispetto ai partiti "tradizionali", come dimostra l'esperienza del modello del c.d. partito pigliatutto e del partito "macchina elettorale"[17].

Negli ultimi decenni il sistema politico si è quindi indirizzato, dopo il crollo delle ideologie e dei partiti di massa intesi come organizzazioni complesse e strutturate in grado di esercitare un ruolo centrale nell'esercizio della rappresentanza politica, verso la creazione di formazioni politiche meno organizzate, più "leggere" e orientate a esprimere *leadership* molto forti. In quelli che sono stati definiti "partiti liquidi" sono dunque emerse con forza due caratteristiche di fondo: il significativo ridimensionamento dell'apparato organizzativo e burocratico e il rafforzamento del ruolo del *leader*. Questa trasformazione dei partiti ha comportato, in non pochi casi, la creazione di veri e propri "partiti personali" che nascono e si estinguono con la parabola politica del proprio "capo politico"[18].

Le nuove forme organizzative assunte dai partiti hanno rimesso in primo piano la questione della loro democraticità interna e hanno, al contempo, reso evidente un netto peggioramento dal punto di vista della capacità dei "nuovi" partiti di favorire la partecipazione politica "dal basso" dei cittadini. La scarsa strutturazione di queste forze politiche si è infatti riverberata su un'organizzazione interna in cui è diventata assai meno frequente e diffusa l'attività politica nei circoli territoriali e nelle sezioni di partito, con la conseguenza che si è nettamente ridimensionata la presenza capillare sul territorio dei partiti.

Il *deficit* di strutturazione dei partiti, peraltro, ha anche comportato un netto ridimensionamento dell'attività di formazione delle future classi dirigenti poiché la fruttuosa esperienza delle scuole di partito che per decenni avevano formato gli eletti (ed anche gli elettori) è stata sostanzialmente archiviata dalle "nuove" forze politiche. Il che, peraltro, ha indirettamente contribuito ad accentuare le criticità di un aspetto centrale per la questione della democrazia nei

[17] Cfr. B. Caravita, *I circuiti plurali della decisione nelle democrazie moderne*, in *Federalismi.it*, n. spec. 1, 2017. Le caratteristiche essenziali del Partito piglia tutto erano già state individuate negli anni '60 da Kircheimer. Cfr. O. Kircheimer, *Politics, Law and Social Change. Selected Essays*, New York-London, 1969.

[18] Cfr. M. Calise, Il *partito personale. I due corpi del leader,* Roma-Bari, 2010. Per un'analisi del partito personale in Italia in relazione alla forma di governo ed alle dinamiche territoriali, v. S. Staiano (a cura di), *Nella rete dei partiti. Trasformazione politica, forma di governo, network analysis*, Napoli, 2014.

partiti come la selezione delle candidature. L'abbassamento complessivo del livello qualitativo dei rappresentanti ha reso ancora più problematico il rapporto eletto-elettore in un contesto in cui, oltretutto, le scelte del legislatore in materia elettorale non hanno certamente contribuito a rafforzare e migliorare tale rapporto. Parallelamente, la scarsa strutturazione sul piano organizzativo ha contribuito ad alimentare il fenomeno del leaderismo e ad accentuare l'impianto verticistico dei partiti, con la conseguenza che il ruolo e il profilo del *leader* si è notevolmente rafforzato sia all'esterno che all'interno dei partiti[19]. Anche sotto questo profilo, peraltro, l'eccessivo accentramento dei poteri in capo al *leader* sembra richiedere ancora di più un intervento del legislatore finalizzato ad introdurre adeguati *standard* di democraticità all'interno dei partiti.

Al tempo stesso, l'ipotesi di un'evoluzione dei partiti verso il modello del "partito digitale"[20] si è dimostrata sin qui impraticabile e, comunque, allo stato, lo sviluppo organizzativo dei partiti italiani dal punto di vista dell'utilizzo delle potenzialità offerte dalla rete appare ampiamente insoddisfacente. Sotto questo profilo, l'esperimento di partito digitale sulla base del modello delineato dal Movimento 5 Stelle che conteneva, in sé, elementi innovativi e di interesse, ha mostrato numerose criticità nella sua applicazione e ha palesato il fallimento di quel modello di coinvolgimento degli iscritti mediante il dibattito sulle piattaforme on-line[21]. Ciò non significa che non sia comunque in qualche modo necessario per i partiti confrontarsi, oggi, con possibili evoluzioni organizzative in relazione all'utilizzo della rete. L'utilizzo della rete a tale scopo è certamente possibile, oggi, tuttavia esso non sembra in grado di sostituirsi alla dimensione del confronto "reale" tra persone, al confronto di opinioni finalizzato anche a proporre modifiche rispetto alle proposte presentate. Quest'ultimo appare, dunque, come un limite di fondo del partito digitale che, in quanto tale, non sembra potersi sostituire *in toto* ai tradizionali modelli organizzativi ma che può, al massimo, essere utilizzato come uno degli strumenti di innovazione sul piano organizzativo se, come deve essere, l'obiettivo rimane quello di allargare

[19] In relazione alla tendenza verso partiti sempre più leaderistici, S. Mangiameli, *Partiti politici e parlamentarismo tra principio liberale e principio democratico a partire da una riflessione su Heinrich Triepel*, in E. Gianfrancesco e G. Grasso (a cura di), H. Triepel - *La Costituzione dello Stato e i partiti politici*, Napoli, 2015, 63.

[20] Su cui si rinvia a M. Calise, F. Musella, *Il principe digitale*, Bari, 2020 e, sul piano del rapporto tra democrazia rappresentativa e democrazia elettronica a A. Papa, *Rappresentanza politica versus democrazia elettronica tra molteplicità di prospettazioni e problematicità di rapporti*, in L. Chieffi (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, Torino, 2006.

[21] Per un approfondimento delle questioni relative al partito digitale e delle criticità del modello organizzativo e dell'"esperimento" del M5S, sia consentito il rinvio a F. Scuto, *L'organizzazione e il funzionamento interno dei partiti: vecchi e (apparentemente) nuovi modelli di fronte all'art. 49 Cost*., in *Diritto Costituzionale*, fasc. 3, 2019, 125 ss.

la partecipazione politica dei cittadini sulla base delle esigenze sottese all'art 49 Cost. e al modello costituzionale di democrazia rappresentativa.

L'attuale tendenza organizzativa dei partiti italiani si pone, dunque, in evidente continuità rispetto ad alcune delle caratteristiche di fondo che è andata assumendo la forma di governo italiana negli ultimi anni, a seguito del triennio 1992-1994 che ha aperto la lunga transizione italiana sia sul piano della forma di governo (e della forma di stato), che su quello del sistema dei partiti. L'accentuazione del tratto "leaderistico" dei partiti, infatti, si ricollega inevitabilmente all'altrettanto evidente tendenza ad accrescere il profilo maggioritario del sistema italiano (su cui hanno influito le leggi elettorali) e alla centralità e netta prevalenza del ruolo del Governo – e in particolare della figura del Presidente del Consiglio – rispetto a un Parlamento che appare sempre più debole se paragonato alle assemblee elettive di altri Paesi occidentali a prescindere dalla loro forma di governo, presidenziale o parlamentare.

3. *La legge sui partiti come una delle possibili strade per riorientare il dibattito sulla riforma della forma di governo*

Come si è cercato di evidenziare, esiste dunque una relazione tra la forma di governo e l'organizzazione dei partiti in Italia. Più nello specifico, la prima influenza la seconda e viceversa attraverso dinamiche che, pur nella perenne instabilità del sistema, sono andate delineandosi in maniera abbastanza chiara nel nuovo Millennio. La tendenza piuttosto evidente è quella di una prevalenza dell'elemento leaderistico nell'assetto politico-istituzionale, tanto all'interno dei partiti, quanto nel dipanarsi dei meccanismi della forma di governo.

A seguito dell'implosione dei partiti di massa italiani, la scelta del sistema politico è stata quella di influire su partiti e forma di governo tendenzialmente attraverso l'adozione di diverse leggi elettorali di impianto più o meno maggioritario che spesso contenevano profonde contraddizioni e gravi criticità, in parte sanate (e a più riprese) dall'intervento della Corte costituzionale. Non si è, però, mai perseguita l'opzione di influire sul sistema attraverso l'adozione di una vera e propria legge sui partiti. Sotto questo profilo, il primo intervento avviato nel biennio 2012-2014 è stato eccessivamente timido e può essere considerato solo come l'inizio di un percorso che andrebbe portato a termine con un intervento organico.

Una disciplina pubblicistica dei partiti orientata nel senso di svilupparne l'apertura e la democraticità interna potrebbe forse consentire di attenuare le caratteristiche eccessivamente leaderistiche che ha assunto il sistema politico-istituzionale e di riorientare il dibattito sulla forma di governo nel senso di un'ulteriore razionalizzazione della forma parlamentare che contempli

anche un (necessario) rafforzamento del Parlamento. Si tratta di un'opzione che meriterebbe di essere perseguita per verificare i suoi effetti su forma di governo e sistema dei partiti. Si potrebbe, dunque, seguire uno schema che, partendo dall'adozione di una legge sui partiti e da una conseguente nuova disciplina elettorale con essa coerente potrebbe, poi, svilupparsi sul piano di riforme costituzionali orientate a una razionalizzazione della forma di governo parlamentare che consenta al contempo un reale rafforzamento del ruolo del Parlamento eccessivamente ridimensionato in questi anni.

Alla luce di quelle che sono le chiare indicazioni derivanti dal quadro costituzionale in relazione ai partiti, appare oggi assolutamente necessario un loro rinnovamento che, inevitabilmente, pone il tema di un ripensamento dei modelli organizzativi. Tale rinnovamento dovrebbe necessariamente avere come punto di riferimento il modello di partecipazione democratica e "dal basso" ricavabile dall'art. 49 Cost., modello che consentirebbe di migliorare il livello di democrazia interna e rafforzare la tutela dei diritti nei partiti. Sotto questo profilo, il legislatore potrebbe e dovrebbe svolgere il suo ruolo per ridurre il divario esistente tra la portata dell'art. 49 e la realtà dei fatti attraverso l'adozione di una vera legge sui partiti.

Se si conviene sul fatto che proprio la crisi del rappresentato finisca per rendere ancora più necessaria la rappresentanza, è abbastanza chiaro che la tenuta del modello della democrazia rappresentativa debba poggiare non soltanto sul rafforzamento delle istituzioni – e in particolare della sede parlamentare – ma anche sulla rivitalizzazione della funzione costituzionale dei partiti politici intesi come strumento della rappresentanza permanente.

Sotto questo profilo, si avverte in tutta la sua urgenza l'esigenza di una discontinuità nella fase di elaborazione del processo decisionale interno ai partiti e, in particolare, nelle modalità di selezione delle candidature. A prima vista, l'introduzione di norme di legge orientate a dare attuazione al metodo democratico nella selezione delle candidature potrebbe apparire piuttosto radicale nel suo limitare la libertà e l'autonomia decisionale dell'associazione-partito costituzionalmente protetta dall'art. 18 Cost. In realtà, alla luce del quadro costituzionale, disposizioni di legge in materia appaiono non soltanto costituzionalmente legittime, ma probabilmente anche necessarie se si considerano le esigenze di partecipazione dei cittadini sottese all'art. 49 Cost. e, più in generale, le esigenze di partecipazione democratica che derivano dal modello di democrazia rappresentativa delineato dalla Costituzione. Il che sembra aprire spazi di intervento al legislatore. La legge potrebbe dunque richiedere, ad esempio, che gli statuti dei partiti prevedano una disciplina della selezione delle candidature che consenta l'effettiva partecipazione democratica degli associati nel processo decisionale. Si potrebbe anche introdurre il requisito

dello scrutinio segreto per le deliberazioni relative alla selezione dei candidati. Si tratterebbe di una sorta di "livello essenziale" di democrazia interna nella selezione delle candidature al rispetto del quale potrebbero essere vincolati tutti i partiti[22].

In conclusione, il tema del rafforzamento e del rinnovamento dei partiti (nazionali e europei) ma anche del Parlamento (italiano ed europeo) continua a rimanere ineludibile e centrale se, come deve essere, l'obiettivo è quello di migliorare quantitativamente e qualitativamente la partecipazione democratica. Non si intravedono, infatti, all'orizzonte, valide alternative ai partiti politici e al ruolo essenziale dei parlamenti e le ricette proposte dai nuovi "sovranismi" suscitano preoccupazione poiché sembrano orientate non tanto al miglioramento, quanto al superamento della democrazia rappresentativa. Le spinte in questa direzione tendono infatti a basarsi, dietro ai richiami alla funzione salvifica della volontà popolare, su impostazioni di tipo sostanzialmente plebiscitario e leaderistico che finirebbero per allontanarci dall'essenza dei principi fondamentali della Costituzione italiana di cui la forma di governo non può che essere una coerente espressione.

[22] Per un approfondimento su una disciplina pubblicistica in materia, anche in relazione al tema delle primarie, sia consentito il rinvio a F. SCUTO, *La democrazia interna dei partiti*, cit., 179 ss.

Giovanni Serges[*]

LA GERARCHIA DELLE FONTI TRA CREPUSCOLO E SOPRAVVIVENZA: IL CASO ITALIANO

SOMMARIO: 1. La gerarchia delle fonti e la sua affermazione in regime di costituzione flessibile. – 2. L'introduzione della costituzione rigida e la crisi del principio gerarchico. – 3. Gerarchia e competenza nel pensiero scientifico prima e dopo la Costituzione del '48. – 4. Le opinioni della dottrina orientata verso il superamento definitivo del principio di gerarchia. – 5. La coesistenza di gerarchia e competenza nelle posizioni della dottrina maggioritaria. – 6. La rivalutazione della gerarchia in alcune riflessioni gius-filosofiche. – 7. Il tramonto della gerarchia come "principio" e la sua limitata sopravvivenza come "criterio" di risoluzione delle antinomie.

1. *La gerarchia delle fonti e la sua affermazione in regime di costituzione flessibile*

Accostarsi oggi al tema della c.d. "gerarchia delle fonti" significa confrontarsi con questioni teoriche e problemi pratici che hanno occupato la riflessione dei giuristi, e, in particolare, dei giuspubblicisti e dei filosofi del diritto, per buona parte del secolo scorso.

Tornare su un campo così ampiamente indagato comporta, in una certa misura, il rischio di un'analisi scarsamente produttiva, di esporre, in altre parole, i termini di un percorso culturale giunto ad esiti che ben difficilmente si prestano ad un contributo che possa arricchirne i tratti fondamentali. Con la conseguenza che lo scopo delle sintetiche riflessioni che seguono è, più che altro, quello di fare il punto su alcune questioni o opinioni più rilevanti, ed indicare, se possibile, qualche profilo di perdurante attualità, suscettibile di ulteriori sviluppi.

È difficile negare che di gerarchia delle fonti o di sistema gerarchico delle fonti continui a parlarsi ancora oggi. Si tratta di una espressione che riaffiora puntualmente nell'uso che ne viene fatto dal giudice comune, quando si tratta di descrivere la relazione di condizionalità tra due differenti atti normativi, specie nella prospettiva della risoluzione del loro conflitto; un uso che, in larga misura, esprime una sorta di attaccamento ad una categoria che, pur sbiadita, appartiene al patrimonio dei principi con i quali, abitualmente, i giuristi sono soliti confrontarsi. Così, talvolta, si ricorre ancor oggi, ad una semplicistica ricostruzione del sistema di produzione del diritto facendo leva sul principio

[*] Ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi Roma tre.

di gerarchia, su una descrizione che fa della concezione esclusivamente piramidale e gradualistica il fondamento dell'ordine che presidia gli atti idonei a produrre diritto.

Se, in altri termini, non può negarsi come al modello gerarchico si guardi ancora con ricorrente frequenza nel considerare il rapporto fra fonti di produzione del diritto, deve però riconoscersi che il principio di gerarchia – inteso nel suo significato di principio che ordina il sistema delle fonti ed, anzi, di principio che, in qualche misura, consente di poter parlare di un sistema[1] – appare da lungo tempo messo radicalmente in crisi. Si tratta di una crisi che ha radici lontane è che è da ricondurre in primo luogo alla perdita del ruolo centrale della legge formale dello Stato nella produzione del diritto. Nella concezione ottocentesca dello Stato e, con riferimento all'ordinamento italiano, in un ordinamento fondato su una costituzione flessibile (lo Statuto Albertino) la legge si trovava infatti al centro del sistema, rappresentava il fulcro della produzione del diritto in quanto espressione del consenso parlamentare sugellato dalla promulgazione regia. La primazia della legge, frutto del suo più intenso valore politico, della qualità da riconoscere ad essa in quanto espressione dell'organo costituzionale dotato, potrebbe dirsi, della maggiore autorevolezza, si traduceva nella sua competenza di carattere generale a disporre su ogni possibile ambito materiale. La stessa possibilità di derogare o modificare la costituzione formale, potremmo dire a monte, ed, a valle, il corollario del principio di legalità, in virtù del quale assumeva carattere derivato ogni esercizio di potestà normativa attribuita al potere esecutivo, facevano della legge e della sua corrispondente "forza" l'atto sul quale ruotava l'intero universo della produzione del diritto.

È intorno a questa posizione della legge – nella esperienza concreta, comune a molti ordinamenti positivi – che l'idea della gerarchia viene assunta a fondamento di una teoria delle fonti di carattere generale. Il gradualismo kelseniano[2] è, in realtà, la raffinata traduzione in termini di teoria generale delle fonti di una costruzione dogmatica che scaturiva da una realtà ordinamentale affermatasi nel tempo che attribuiva alla legge il ruolo di fonte normativa

[1] Il presente lavoro, frutto della rielaborazione di una relazione presentata in occasione del Convegno di studi "Il dialogo tra le dottrine costituzionalistiche. Verso un'unità transfrontaliera del diritto costituzionale?", svoltosi a Roma nei giorni 28-30 0ttobre 2021, è ora affettuosamente dedicato al Prof. Salvatore Prisco.

Osserva F. Modugno, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. Dir.,* Agg., vol. I, Milano, 1997, 562 che «l'idea di ordinazione delle fonti nasce insieme all'idea che le fonti siano ordinate in modo gerarchico».

[2] È sufficiente ricordare l'opera più matura di Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1945, nella traduzione italiana di S. Cotta e G. Treves, sesta edizione ital., 1994, Milano, 1994, spec. 125 ss.

per eccellenza. Un ruolo che era diretta conseguenza di un assetto politico – quello dello Stato di diritto rappresentativo – connotato dall'affermazione dell'istituzione parlamentare quale espressione diretta della volontà popolare, che esigeva l'attribuzione all'atto normativo espresso dal parlamento non solo della forza di innovare continuamente l'ordinamento, ma anche di condizionare ogni altra espressione di *potestas* normativa. Questo schema reggeva bene, naturalmente, nell'ambito di esperienze ordinamentali caratterizzate da forte omogeneità politica e da un rigoroso accentramento perché, in realtà, accanto alla legge la spinta verso altre forme di produzione normativa era sostanzialmente limitata al rapporto tra Parlamento e Governo e il banco di prova del rapporto gerarchico risiedeva soprattutto nella dialettica tra legge e regolamento. Allo schema rigorosamente gerarchico risponde la descrizione del sistema di produzione del diritto contenuto nelle disposizioni sulla legge in generale nel quale l'impronta gradualistica è plasticamente presente nella costruzione dei gradini al vertice dei quali è la legge ad occupare il posto più alto.

2. *L'introduzione della costituzione rigida e la crisi del principio gerarchico*

Il principio di gerarchia entra decisamente in crisi con l'introduzione della costituzione rigida la quale spezza, per così dire, la piramide intorno alla quale il sistema di produzione delle fonti si riteneva costruito. Le ragioni di questa rottura sono molteplici e possono così, sinteticamente, riassumersi. In primo luogo la Costituzione assume il ruolo di fonte sulla produzione ed elide, pertanto, il ruolo che la stessa legge svolgeva anteriormente, il ruolo di norma sulla normazione, capace anche di limitare sé stessa e la propria forza. La legge diviene così fonte che trova il suo fondamento ed il suo condizionamento nelle disposizioni costituzionali e viene sottoposta al controllo di conformità alla costituzione, un controllo che inevitabilmente comporterà la verifica del rispetto degli ambiti di competenza affidati alle fonti che si affiancano alla legge statale. È l'art. 70 della Cost. ad affidare al Parlamento la funzione legislativa ed a fissare, nelle sue linee generali, il modo in cui siffatta funzione dovrà esercitarsi. In secondo luogo accanto alla legge formale, espressione del Parlamento rappresentativo, la Costituzione disciplina una complessa miriade di altre fonti, alcune delle quali sono dotate della medesima "forza" della legge parlamentare. Basti pensare agli atti normativi affidati al Governo (decreti legge e decreti legislativi delegati), sia pure in "concorso" con il parlamento, al referendum abrogativo, agli atti emanati dal governo per l'ipotesi di dichiarazione dello stato di guerra, a leggi c.d. "rinforzate", ora per il procedimento, ora per il contenuto, e ci si rende conto che l'universo delle fonti di produzione viene a caratterizzarsi – in forza delle previsioni costituzionali – per una straordi-

naria complessità e pluralità. Ma alle fonti statali si affiancherà anche la legge regionale, espressione di una autonomia politico-legislativa che costituisce la conseguenza del nuovo pluralismo istituzionale disegnato dalla Costituzione. La legge parlamentare vedrà così, in una certa misura, ridotta e circoscritta la "funzione legislativa" ad essa originariamente attribuita, quando (con la revisione costituzionale del 2001) il novellato art. 117 Cost. disporrà che la "potestà legislativa" è esercitata dallo Stato e dalle Regioni, individuerà per la legge parlamentare un elenco di materie (così facendo venir meno la tendenziale "generalità" della legge statale), confermerà un elenco (più esteso) sul quale si eserciterà il "concorso" di stato e Regioni ed, infine, affiderà alle sole Regioni ogni ambito materiale non inserito nei due elenchi. Poco rileva, ai nostri fini, il fatto che la giurisprudenza costituzionale si farà carico di qualificare in termini di "residualità" l'attribuzione alle Regioni di ogni ambito materiale non contenuto negli "elenchi", e riconoscerà, in fondo, che le competenze materiali affidate alla legge statale sono, in realtà, in grado di condizionare, in qualche misura, quasi tutte le espressioni della potestà legislativa regionale. La centralità della legge, cardine del sistema delle fonti, viene invero a dissolversi e il principio di gerarchia, intorno al quale quella centralità era costruita, non è più in grado di comporre in sistema la produzione del diritto. La legge, in altri termini, cessa di essere «il centro dell'universo delle fonti, ma rappresenta una delle stelle – anche se ancora la più fulgida – di una complessa costellazione, che ha il suo centro motore nella carta costituzionale»[3]. Un "fulgore", quello della legge, che, invero, tenderà a sbiadire ed offuscarsi nel tempo, ad una con la crisi dell'istituzione parlamentare, e ad essere sempre più sostituita dagli atti governativi dotati della medesima forza finendo per sconvolgere, nei fatti, lo stesso disegno della Costituzione. Al principio di gerarchia dunque, come strumento unico di ordinazione delle fonti, viene così ad affiancarsi prepotentemente quello di competenza dal momento che la pluralità di fonti non si distingue più per la differente forza formale, che ne identificava la posizione nella "scala" gerarchica, ma in relazione ora all'ambito materiale, all'oggetto che viene affidato ad una fonte in esclusiva, ora alla diversità di procedimento e alle modalità di regolazione (principio *vs.* dettaglio).

3. *Gerarchia e competenza nel pensiero scientifico prima e dopo la Costituzione del '48*

Nella riflessione scientifica sul tema delle fonti sarà Vezio Crisafulli a cogliere per primo gli elementi di crisi del sistema gerarchico conseguenti all'in-

[3] Così F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Milano, 2023, 5.

troduzione della costituzione rigida, ed a riconoscere come la subordinazione di tutte le fonti (ivi compresa la legge formale) alla costituzione implica «che al criterio gerarchico si accompagni, ora sostituendolo del tutto, ora integrandolo e limitandone la portata, un diverso criterio di ripartizione delle fonti e delle norme, che può dirsi – con qualche approssimazione – "della competenza"»[4]. Una approssimazione che Crisafulli. individua, soprattutto (ma non solo), nel rapporto tra legge statale e leggi regionali, chiamate dalla costituzione a disciplinare la medesima materia, in un concorso "necessario ma vincolato", che vede la prima dettare i principi e le seconde disciplinare il dettaglio nel rispetto di quei principi. Alla stessa maniera Crisafulli. riconosce che l'idea della "competenza" si fa più sfumata e meno netta (in questo senso approssimativa) quando ci si trova dinanzi al fenomeno di fonti dello stesso tipo ad alcune delle quali è consentito disciplinare "qualcosa di più" rispetto alle altre o quando la capacità innovativa di alcune subisce, in relazione a specifici oggetti, delle alterazioni. Il pensiero di questo Autore, con il quale la riflessione costituzionalistica italiana si confronterà per decenni, segna una decisa svolta nella concezione della gerarchia tra le fonti e disvela le potenzialità del principio di competenza, anche se la scoperta della competenza non significa del tutto abbandono della gerarchia ed anzi, la gerarchia finirà poi – almeno sulle prevalenti opinioni della dottrina – per affiancarsi alla competenza talvolta come criterio prevalente[5]. In realtà, come sottolinea lo stesso Crisafulli, l'idea della competenza era già affiorata nel pensiero di qualche autore[6] già in regime di costituzione flessibile, sia ammettendo che un ricorso al criterio di competenza avrebbe potuto configurarsi tra fonti tutte subordinate alla legge, sia, soprattutto, sottolineando come alla competenza avrebbe potuto efficacemente guardarsi solo in regime di costituzione rigida. Ancora più rilevante, per la sicura influenza esercitata nella dottrina del dopoguerra, il contributo di Carlo Esposito contenuto soprattutto nel fondamentale studio sulla validità della legge apparso nel 1934 nel quale la critica alla concezione gradualistica delle fonti ed al principio di gerarchia diviene particolarmente corrosiva. Muovendo da una concezione fortemente unitaria dello Stato la cui volontà si manifesta attraverso i suoi organi in forme distinte ma non graduabili, Esposito ritiene del tutto infondata la tesi secondo cui «le manifestazioni di volontà dello Stato costituiscano una

[4] In questi termini, V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, 205.

[5] Sul punto si vedano le considerazioni di F. Modugno, *Fonti del diritto*, cit., 567 il quale osserva come la dottrina sia rimasta propensa ad ammettere la competenza ma a ragionare, al tempo stesso, in termini di compresenza di gerarchia e competenza ed anzi di prevalenza della prima sulla seconda… se non altro perché sarebbe la «forza» gerarchica a ordinare le competenze.

[6] Il richiamo è a G. Zanobini, *Gerarchia e parità tra le fonti*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 306, già in *Studi in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1939, 307.

piramide o una scala e che ogni specie di atto ne rappresenti un gradino e che si arrivi per gradi sempre superiori sino ad un supremo livello che nella costituzione flessibile sarebbe la legge, in quella rigida la costituzione»[7]. Con la conseguenza che «tra legge e la costituzione, tra legge e regolamento, se ed in quanto manifestino validamente la volontà dello stato, non vi è rapporto di superiorità, ma di parità; e l'efficacia delle legge e quella della costituzione e quella del regolamento o della sentenza si lasciano costruire assai meglio ricorrendo alla tesi della parità che non a quella della graduazione degli atti statali»[8]. Una critica, dunque, alla gerarchia che diviene così radicale fino ad ammettere che anche in regime di costituzione rigida non può riconoscersi il condizionamento di tipo gerarchico tra la costituzione e le fonti da essa disciplinate. Invero il pensiero di E. risulta più complesso e non è certo questa la sede per tentarne una ricostruzione. Può essere sufficiente ricordare come questo Autore, giunga poi ad enucleare un'idea di competenza come «estensione dell'attività normativa esercitabile attraverso atti dell'una o dell'altra specie secondo le disposizioni sulla produzione normativa»[9], disposizioni alle quali riconosce la capacità di disciplinare, delimitandoli, i rapporti tra le fonti, e determinandone, pertanto la loro estensione, anche se alla condizione che siffatte norme sulla produzione siano confermate attraverso la consuetudine, ossia (nella concezione espositiana) siano confermate sul piano dell'effettività.

4. *Le opinioni della dottrina orientata verso il superamento definitivo del principio di gerarchia*

L'idea della "competenza" come principio che tende ad ordinare il sistema delle fonti e del definitivo superamento della gerarchia si rinviene poi, in maniera molto più netta, nel pensiero di Franco Modugno. Anche in questo caso si tratta di una riflessione particolarmente complessa e articolata che è impossibile ripercorrere in questa sede nella quale ci si limiterà, pertanto, a qualche essenziale e rapida notazione. Nell'affermazione secondo cui il «il principio della competenza è l'unico principio di organizzazione degli atti costitutivi dell'ordinamento e ripete dalla Costituzione e dalle altre norme costituzionali sostantive del suo esclusivo ed esaustivo fondamento»[10] riecheggia certamente la concezione espositiana, ma la riflessione di Modugno si sviluppa poi attra-

[7] Così, C. Esposito, *La validità delle leggi*, Milano, 1964 (ristampa della edizione del 1934), 74.

[8] C. Esposito, *op. cit*, 75.

[9] Così C. Esposito, *La consuetudine costituzionale* (1962), ora in C. Esposito, *Diritto costituzionale vivente*, a cura di D. Nocilla, Milano 1992, 183.

[10] Così F. Modugno, *Legge in generale*, in *Enc. dir*., vol., Milano, 1973.

verso svolgimenti del tutto originali. Essa si fonda, in primo luogo, sulla base della constatazione che lo schema gerarchico possa funzionare in ordinamenti semplici nei quali la legge costituisca il prototipo della fonte, centro del sistema, nettamente differenziata sotto l'aspetto formale dalle altre fonti. Ma quando questo schema si complica, come avviene con l'introduzione della "forma legale costituzionale" l'elemento tipico e caratterizzante del gradualismo gerarchico entra definitivamente in crisi. Compaiono, così, una molteplicità di fonti collocate ad un livello superiore alla legge, una molteplicità di fonti poste sullo stesso livello primario della legge e si assiste ad un decentramento della stessa funzione legislativa. Nell'ambito della figura della stessa legge, o meglio al livello legislativo ordinario, si assiste poi ad una scissione tra tipi e sottotipi che hanno caratteristiche diverse, ora sotto il profilo formale ora sotto quello contenutistico e tra esse non vi è più «quella impenetrabilità che rappresentava (e non può non rappresentare) il connotato tipico del gradualismo gerarchico»[11]. Da qui l'esigenza di ricorrere al principio di competenza intesa non già nel senso di una riserva di tipo assoluto, bensì come possibile concorrenza di fonti sulla stessa materia, ovvero come modi diversi di intervento sulla medesima materia, come ripartizione modale della competenza, come avviene nel caso paradigmatico del rapporto tra legge statale e legge regionale, articolato intorno alla (sia pure problematica) ripartizione tra principi statali e dettaglio regionale. Si vengono così a configurare, nella concezione di M., livelli diversi di produzione del diritto, ossia il livello superlegislativo, il livello legislativo e, infine, il livello sublegislativo, livelli tutti, caratterizzati al loro interno da ambiti di competenza differenziati, da individuare e circoscrivere in relazione alla peculiarità dei tipi (e dei sottotipi) di fonte. Se è vero che nella articolazione nei tre livelli residua, in una certa misura, l'idea dello schema gerarchico, è tuttavia il principio di competenza a dominare nettamente e a indicare i termini della composizione in sistema e, in ultima analisi, a dar conto della pluralità e complessità, in continua evoluzione, che inevitabilmente caratterizza l'ordinamento. In questa prospettiva Modugno tenta poi di individuare la strada per un recupero della centralità della legge, ma in termini che appaiono radicalmente diversi rispetto a quelli che essa rivestiva nelle concezioni gradualistiche. Muovendo dalla constatazione che la crisi della legge è determinata dall'impoverimento del suo ruolo, dalla circostanza che essa viene impiegata in una miriade di casi particolari ed ha così perso la posizione di guida del sistema, Modugno vede un possibile recupero della sua centralità, intesa come primarietà e ordinarietà

[11] Così, F. Modugno, *Sul ruolo della legge parlamentare (considerazioni preliminari)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2009, 3 che sul punto ricorda l'esperienza della delegificazione connotata da accorgimenti formali spesso aggirati e disattesi nella prassi.

nell'ambito di un sistema complesso e pluralistico di fonti, se essa assumesse il ruolo di fonte di norme sulla produzione, affidando ad altri soggetti (dagli enti pubblici territoriali e funzionali, alle autorità indipendenti, ai soggetti dotati di autonomia istituzionale e sociale) ambiti di normazione e determinandone i principi. La legge statale (una legge che dovrebbe qualificarsi come *legge in materia costituzionale* in linea con la previsione dell'art. 72 Cost.), ritraendosi così dalla molteplicità dei campi che sempre più pervasivamente occupa (e che, nella esperienza concreta, ne hanno determinato il suo declino) dovrebbe limitarsi al ruolo di fonte che detta princìpi, che individua poteri normativi, che crea, dunque, sottosistemi di produzione, riacquistando per questa strada la posizione di guida dell'ordinamento. Alle due possibili obiezioni che una simile concezione sembra poter presentare, ossia, per un verso, la questione che una legge di tal fatta, resterebbe pur sempre esposta alla modifica, deroga o abrogazione da parte di leggi ed atti aventi forza di legge successivi e, per altro verso, alla circostanza che essa si ponga in contrasto con l'impossibilità per la legge di creare fonti concorrenziali con sé stessa, Modugno risponde con osservazioni che possono così, a larghe linee, sintetizzarsi. In primo luogo una legge così concepita dovrebbe dotarsi necessariamente di clausole di sola abrogazione, modifica e deroga espressa già presenti nell'esperienza costituzionale. È pur vero che la resa di queste clausole si è rivelata debole e, tuttavia, nel caso delle leggi in questione, proprio per la ragione che esse comportano una autolimitazione e un arretramento della legge parlamentare e, al tempo stesso, istituiscono sottosistemi e attribuiscono poteri normativi ad altri soggetti, la loro elisione, potrebbe dirsi con un tratto di penna del legislatore, diverrebbe particolarmente problematica. Dovrebbe, insomma, ritenersi che lo statuto giuridico delle fonti sulla produzione, in punto di abrogabilità implicita, sia diverso da quello delle fonti di produzione. In secondo luogo, Modugno, pur riconoscendo che la disciplina della produzione legislativa ordinaria è riservata alle fonti costituzionali, ritiene che un simile principio, perentoriamente assunto, susciti qualche perplessità. Se, per un verso, infatti, di un sistema chiuso, in ragione delle previsioni costituzionali, può parlarsi in riferimento alla disciplina della potestà normativa primaria del Governo[12] (nonostante le integrazioni determinate da leggi ordinarie: vedi, in particolare, la legge 400/88), per altro verso, ad analoghe conclusioni non sembra potersi giungere in riferimento ai sistemi autonomistici (sia territoriali che funzionali o di altre forme di auto-

[12] La tesi in questione aveva già trovato una sua prima formulazione in F. MODUGNO, *Riflessioni generali sulla razionalizzazione della legislazione e sulla delegificazione*, in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Padova, 1995, 189, ove l'Autore rilevava che «il principio di tassatività delle fonti primarie va decisamente ridiscusso e ridimensionato, operando semplicemente nei confronti dell'esecutivo, cioè nei rapporti tra legislativo ed esecutivo».

nomia rilevanti) rispetto ai quali, pertanto, non si configura una preclusione di ordine costituzionale, con la conseguenza che nei confronti di tali soggetti deve ritenersi pienamente ammissibile «procedere alla creazione di tipi di atti normativi, espressione di autonomia, anche riservando ad essi ambiti determinati di competenza regolativa»[13]. E in siffatti ambiti di competenza le fonti così disegnate dalla legge ordinaria «fungono da fonti primarie di disciplina». La tesi in questione, sintetizzata nelle parole che precedono in maniera certamente insufficiente se rapportata alla densità e complessità che la caratterizza, mostra come il tentativo di un recupero della centralità della legge si muova in una prospettiva molto lontana dal monocentrismo legislativo e dallo schema di stampo squisitamente gerarchico. Una legge così concepita mira certamente a ricollocarsi in una posizione di preminenza e a riacquistare il ruolo di centro dinamico, ma nel senso di propulsore del pluralismo normativo diretto a rispondere alle esigenze di un ordinamento complesso. E la dimensione della competenza come criterio di ordinazione del sistema ne esce confermata e rafforzata. Certo, una sua traduzione in realtà effettiva dovrebbe trovare non solo un Parlamento capace di cogliere le potenzialità insite in un simile schema, ma anche un Giudice delle leggi disposto a recepirla, superando posizioni forse mai messe in dubbio e non poche incrostazioni culturali.

5. *La coesistenza di gerarchia e competenza nelle posizioni della dottrina maggioritaria*

Sarebbe tuttavia errato affermare che, nonostante lo sviluppo delle concezioni di cui si è detto, l'evidente pluralizzazione delle fonti, la moltiplicazione dei tipi e la sempre più intensa relativizzazione della forma e della forza tipiche della legge, il principio di competenza sia riconosciuto come principio unico ed esclusivo di ordinazione del sistema delle fonti. In questo senso emblematica e, in qualche misura, riassuntiva delle correnti di pensiero, forse prevalenti, appare la posizione di Livio Paladin il quale pur attribuendo al principio di competenza una forza razionalizzatrice del sistema, ritiene che la sostituzione integrale (sia pure in alcuni casi e a determinate condizioni, secondo la prospettiva di Crisafulli) non sia possibile o opportuna dovendosi «invece preferire la tesi intermedia, che continua a valersi dei due concorrenti criteri della gerarchia e della competenza»[14]. Una posizione, questa, che muove sia dalla constatazione che la gerarchia è ancora utilizzata «da parte della generalità dei giuristi e dei Giudici, Corte costituzionale compresa», sia in ragione della "po-

[13] Così, F. Modugno, *Sul ruolo della legge parlamentare…,* cit., 11.
[14] Così L. Paladin, *Le fonti del diritto*, Bologna, 1996, 85.

livalenza" della nozione di competenza all'interno della quale sarebbero presenti due significati, ossia la riserva stabilita dalla Costituzione per alcune fonti, e la "competenza della competenza" in virtù della quale talune fonti sub-costituzionali attribuiscono capacità normativa e ambiti di normazione ad altre fonti. Ma – si sostiene – in quest'ultima accezione la gerarchia riaffiorerebbe in virtù della capacità condizionante della fonte che attribuisce la competenza sull'altra. Non distante da questo modo di ragionare è anche la posizione di Gustavo Zagrebelsky il quale riconosce le virtuosità del principio di competenza come principio idoneo a dare sbocchi differenziati alla complessità dei rapporti che danno corpo all'organizzazione sociale, ma sottolinea come sia il modo di ordinazione delle competenze a implicare, in ogni caso, la sopravvivenza di uno schema gerarchico. Ciò dipende – si sostiene – dal fatto che il modo in cui si ordinano le competenze è necessariamente duplice, in quanto a fianco di competenze "parallele", ossia di fonti cui è attribuito un ambito materiale riservato e delimitato in modo che le discipline prodotte non interferiscano mai (risiedendo in questo schema la competenza genuinamente intesa), vi sono competenze, per così dire distribuite, con l'attribuzione ad alcune del compito di dettare aspetti fondamentali e ad altre di svilupparli. Si creerebbe così una "gerarchia delle competenze"[15] che inevitabilmente comporta il riaffiorare del principio di gerarchia anche in uno schema ispirato all'ordinazione secondo competenza. E la gerarchia riaffiora anche nel pensiero di Stefano Cicconetti[16], il quale pur rilevando che nel disegnare i rapporti tra le fonti ciascun ordinamento rimane sostanzialmente libero di ricorrere al principio di gerarchia o a quello di competenza, sottolinea come nell'ordinamento italiano, anche quando si verifica un contrasto tra fonti non confrontabili in termini di gerarchia, bensì solo in termini di competenza, «l'antinomia viene risolta ricorrendo alla soluzione di un'altra antinomia di grado diverso, stabilendo cioè quale delle due norme contrastanti contrasta, a sua volta, con la norma di grado superiore che fissa la competenza dell'una e dell'altra fonte». Una posizione che è stata definita «*pangerarchica*»[17] è quella che contenuta nelle dense riflessioni di G.U. Rescigno[18] alle quali, in questa sede, è possibile solo fare un rapido cenno. Rescigno osserva che il criterio della competenza «per

[15] In questi termini, G. Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti normative*, Torino, 1984, 67.

[16] Cfr. S. Cicconetti, *Le fonti del diritto italiano*, IV ed., Torino, 2019, 57.

[17] In questi termini v. S. Parisi, *La gerarchia delle fonti – Ascesa, declino, mutazioni*, Napoli 2012, 264, che contiene un'ampia riflessione critica sulle posizioni della dottrina in tema.

[18] V., in particolare, il saggio di G.U. Rescigno, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Dir. pubb.*, 2002, 767 ss., e, successivamente, dello stesso autore, l'ampio lavoro dal titolo *Gerarchia e competenza, tra atti normativi, tra norme*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 1 ss.

quanto diffuso e pervasivo sia stato costruito, presuppone sempre il criterio gerarchico», ossia l'esistenza di una norma gerarchicamente sovraordinata (la Costituzione) «che amministra la competenza». Muovendo da questa posizione R. distingue tra gerarchia riferita al singolo atto normativo, che si risolve in incompetenza quando quell'atto ha preteso disciplinare un campo per il quale non era abilitato (e, pertanto, risulta "incompetente"), e gerarchia riferita ai tipi di atti normativi nella quale la gerarchia è criterio decisivo e irrinunziabile, dovendosi peraltro distinguere nettamente la gerarchia di ordine "logico" e la gerarchia di tipo "derivato". Mentre la prima deve ricondursi al rapporto che si instaura tra l'atto che delimita e attribuisce le competenze (in questo senso, logicamente necessario e indispensabile) e gli atti normativi che da quello derivano, la seconda sarebbe derivata, ossia quando due atti si vedono attribuire la competenza sul medesimo oggetto ma il contenuto dell'uno deve essere compatibile con il contenuto dell'altro (è questo il caso che, nel diritto costituzionale italiano, è ben rappresentato dal rapporto tra legge di delega e decreto legislativo delegato). La gerarchia, insomma, in questa prospettiva, prevale nettamente e serve a consentire l'applicazione del criterio della competenza che ad essa rimane sempre subordinata.

Varianti, insomma, o sfumature diverse nella riflessione sulle fonti che conducono tutte ad un esito unico, ossia quello della sopravvivenza (e, talvolta, della supremazia) del principio di gerarchia, pur riconoscendo tutte come l'ordinazione secondo competenza sia prodotto ineludibile dell'avvento della costituzione rigida e del pluralismo dei centri di produzione normativa. Del resto che il principio di gerarchia costituisca una sorta di quieto rifugio, una rassicurante *comfort zone* anche per la giurisprudenza, lo si ricava anche dal modo con il quale delicati problemi di diritto positivo vengono risolti. Mi limito a richiamare qui una questione sulla quale (ancora una volta) si è di recente pronunziata la Cassazione[19]. Mi riferisco alla vicenda del ruolo da attribuire ai principi contenuti nella legge 212/2000 il cui impegnativo titolo reca "Statuto dei diritti del contribuente", a simboleggiare il vincolo che il legislatore ha inteso imporre a sé stesso a garanzia dei diritti del cittadino "contribuente". Orbene il principio contenuto nell'art. 4 di questa legge, a tenore del quale «non si può disporre con decreto legge l'istituzione di nuovi tributi né prevedere l'applicazione di tributi esistenti ad altre categorie» è stato ritenuto privo di ogni effetto e derogabile con disinvoltura dal Governo e dal Parlamento in sede di conversione. Un principio, potrebbe dirsi, "scritto sull'acqua" (al pari delle altre norme contenute nella medesima legge) e del tutto inutile perché – osserva la Suprema Corte – «lo Statuto del contribuente trova un limite insu-

[19] Il richiamo è alla sentenza Cassazione civile, Sez. V, n. 37016 dell'anno 2022.

perabile nelle forme della sua emanazione, in quanto essendo stato approvato con legge ordinaria, lo Statuto si colloca nella gerarchia delle fonti quale atto subordinato ai precetti costituzionali e pari ordinato alle altre leggi nonché agli altri atti aventi forza di legge» e pertanto il precetto contenuto in quell'atto «non ha dunque di per sé efficacia superiore a quella di qualsiasi atto successivo di emanazione legislativa». Il tema dei possibili effetti della delimitazione consapevole della propria competenza da parte del legislatore, del ruolo delle norme sulla normazione, della risoluzione della questione in termini diversi dal richiamo alla "gerarchia" rimane del tutto eluso; e del tutto priva di effetti rimane una delle poche leggi dello Stato voluta dal Parlamento ed ispirata a quella funzione guida del legislatore che dovrebbe ormai caratterizzare la legge formale.

6. *La rivalutazione della gerarchia in alcune riflessioni gius-filosofiche*

La breve riflessione che si è sin qui condotta sui rapporti tra principio di gerarchia e principio di competenza resterebbe, in qualche misura, incompleta se non si desse conto anche di alcune posizioni sul tema maturate tra studiosi di filosofia del diritto. Mi riferisco, in particolare alle riflessioni di Giorgio Pino[20] che muove, appunto, da una prospettiva gius-filosofica tesa ad individuare cosa si debba intendere per fonte del diritto e, soprattutto, come funzionano le fonti e quali siano i loro rapporti. L'analisi, svolta in chiave teorico-generale, è condotta alla luce di dati empirici riferiti ad un certo ordinamento (nella specie quello italiano) ed aspira, per un verso, a confermare come all'interno di un ordinamento abbia ancora senso parlare di gerarchia, a condizione – si sostiene – di depurare questa nozione da ogni «impropria metafora spaziale»[21] e, per altro verso, a dimostrare come le relazioni gerarchiche siano condizionate dall'attività interpretativa dei giuristi (in senso lato, comprendente anche gli organi dell'applicazione). Questa ricostruzione individua – sulla scorta di una classificazione già avanzata in dottrina[22] – tre forme di gerarchia, ossia le gerarchie strutturali, le gerarchie materiali e, infine, le gerarchie assiologiche. La gerarchia strutturale, in primo luogo, sarebbe da individuare, sostanzialmente, nelle norme sulla normazione, ogni qual volta una norma debba essere prodotta in forza di un procedimento o secondo modalità previste da altre norme

[20] V. G. Pino, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena, 2014.

[21] Così, G. Pino, *op. cit.*, 35.

[22] In particolare da R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 121 il quale afferma perentoriamente che «in tutti gli ordinamenti giuridici evoluti le norme sono legate tra di loro da molteplici vincoli di gerarchia» e di questa gerarchia «se ne possono distinguere non meno di quattro tipi».

le quali risulterebbero «gerarchicamente sovra-ordinate in senso strutturale». Nella gerarchia strutturale – secondo questa impostazione – sarebbe da inquadrare il rapporto che intercorre tra Costituzione e leggi di revisione (o leggi costituzionali) laddove queste ultime risultino sottoposte per la loro approvazione ad un procedimento fissato dalla disposizione costituzionale, ma anche le stesse leggi ordinarie il cui procedimento è, del pari, indicato in Costituzione. Quanto alla gerarchia "materiale", essa dovrebbe individuarsi in tutti quei casi in cui il contrasto tra due norme implichi l'invalidità di una delle due e vi siano meccanismi istituzionali che dispongano l'annullamento (o la disapplicazione) della norma invalida. In altri termini, la gerarchia materiale si configurerebbe come una sorta di rapporto trilaterale tra una norma che non può porsi in contrasto con altra ed una terza norma che, in ragione di questo contrasto, ne preveda l'annullamento. Anche, in questo caso, però l'esempio che viene indicato è quello tra costituzione e legge, non già per una violazione di una norma costituzionale sul procedimento di formazione della legge, bensì per un contrasto sostanziale o materiale per quanto la legge dispone in difformità rispetto alla costituzione. Ma a ben vedere, in ambo i casi, se si accoglie questa prospettiva il rapporto di gerarchia si configura come trilaterale, perché anche rispetto a quella che viene definita gerarchia strutturale vi sono meccanismi che conducono all'annullamento della norma che abbia violato una norma sulla normazione che la condizionava. Si parla, infine, secondo questa ricostruzione di gerarchia "assiologica" che emergerebbe quando una norma viene considerata più «importante, prevalente, preferibile» rispetto ad altra norma, con la precisazione che, in questo caso, la valutazione in termini di preferenza discenderebbe da una comparazione tra norme coinvolte all'esito della quale una norma dovrebbe risultare «maggiormente adeguata ai valori, ai principi, alle dottrine etico-politiche che ispirano il sistema giuridico»[23]. Una valutazione, insomma, che sembrerebbe, in larga misura, condizionata dalle scelte operate dall'interprete chiamato ad applicare concretamente il diritto nella quale, alla fine, la gerarchia normativa di tipo "assiologico", finisce per assorbire anche le altre ed a presentarsi come criterio prevalente, idoneo ad attribuire ancora un ruolo irrinunziabile nella comprensione del sistema delle fonti. In altri termini una gerarchia normativa di tipo assiologico finirebbe per poter scardinare quella che Pino definisce la «metafora spaziale», ossia l'idea di un ordine costruito sui «gradini della piramide» e, ponendosi come nozione puramente teorica – potrebbe dirsi sempre utilizzabile – eliderebbe in radice ogni esigenza di ricorrere al criterio di competenza. Una visione in senso "assiologico" della gerarchia consentirebbe, insomma, di ricondurre ogni rapporto tra fonti alla

[23] In questi termini G. Pino, *op. cit.*, 30.

nozione teorico-generale di gerarchia così configurata e non vi sarebbe nulla, pertanto, nel criterio di competenza che non sia riconducibile alla gerarchia.

Invero, se, per un verso, una simile concezione non si distacca, nelle conclusioni, dalla posizione di cui si è detto in precedenza, secondo cui il criterio di competenza è sempre subordinato a quello di gerarchia, sia pure giungendovi mediante un ordine di argomentazioni che tenta di rintracciare in una nozione teorico-generale il *proprium* della gerarchia, per altro verso essa sembra assumere della gerarchia una nozione del tutto diversa da quella tradizionale. La gerarchia, in buona sostanza, concepita in termini assiologici è indubbiamente molto diversa e, forse, incompatibile con la gerarchia intesa quale espressione della forza e della forma di ogni singola fonte di produzione.

7. *Il tramonto della gerarchia come "principio" e la sua limitata sopravvivenza come "criterio" di risoluzione delle antinomie*

Il tratto comune delle posizioni fin qui richiamate sembra confermare che il principio di gerarchia sia ancor oggi assunto dalla prevalente dottrina come elemento guida per la comprensione della dinamica delle fonti e sia ancora largamente (e, forse, acriticamente) usato dalla giurisprudenza. Tuttavia dietro questa apparente vitalità, si nasconde, a mio avviso, solo una difficile sopravvivenza, un lento e probabilmente inesorabile crepuscolo.

Se, per un verso, la posizione più diffusa è quella che si riconosce nella tesi intermedia, tesa a riaffermare la coesistenza e la convivenza dei criteri di gerarchia e di competenza almeno come mezzo di risoluzione delle antinomie, per altro verso la "difesa" della gerarchia come principio unico ed assorbente avviene, nelle posizioni più estreme cui si è fatto cenno, mediante la individuazione di una gerarchia di tipo "logico" che si fonda essenzialmente, sull'idea di un atto fondativo (la Costituzione) la quale, nella misura in cui, a sua volta, offre fondamento a tutti gli altri atti normativi e ne distribuisce le competenze, per ciò stesso darebbe vita ad un sistema ordinato gerarchicamente e l'articolazione delle competenze rimarrebbe, pertanto, sempre subordinata al principio gerarchico. Una visione, questa, che appare, per qualche aspetto, paradossale perché essa non sembra tener conto come sia stata proprio l'introduzione di una costituzione rigida, non solo a detronizzare la legge formale e a farle perdere lo scettro di atto cardine dell'intero sistema, ma anche a configurare un sistema complesso ed articolato di tipi di fonti di produzione penetrabile anche dall'esterno (come conferma l'ormai acquisito e pervasivo ruolo consentito al diritto dell'Unione europea).

La moltiplicazione delle fonti è ormai il tratto tipico che inesorabilmente connota l'ordinamento italiano nel quale non solo la legge formale è, per così

dire, "polverizzata" in una serie di tipi e varianti (leggi atipiche, leggi rinforzate, ecc.), tendenzialmente specializzate e caratterizzate da varianti sia formali che di contenuto, ma è anche affiancata dalle leggi "decentrate" (ossia dalle leggi regionali). Con queste ultime, in particolare, essa concorre mediante una ripartizione di competenza su ambiti materiali predeterminati (sia pure in una predeterminazione mobile di problematica ricostruzione), con l'aggiunta che la "riserva" rispetto alle materie non affidate esclusivamente allo Stato e non attribuite al "concorso" tra Stato e Regioni è ora, almeno formalmente, sottratta alla legge statale e distribuita sulla legislazione regionale. L'erosione, insomma, del ruolo della legge statale, intorno al quale ruota(va) l'idea della gerarchia non potrebbe essere più evidente, così come evidente appare l'impossibilità di individuare un posto nello schema gerarchico alle norme del diritto dell'Unione, il cui massiccio ingresso – in forza di un esplicito, per quanto forzato possa considerarsi, aggancio costituzionale – è ormai un dato ineludibile.

È, in altri termini, la complessità dell'ordinamento a militare per il superamento del principio di gerarchia come principio capace di ordinare sistematicamente e prescrittivamente il reticolo delle fonti di produzione, e a indurre a osservare i rapporti mobili che tra queste si instaurano con l'ottica del principio di competenza. Un principio, quest'ultimo, che, però, non può essere inteso rigidamente nel senso della "riserva", dal momento che l'ordinamento italiano contempla limitate ipotesi di ambiti materiali riservati ad una certa fonte, bensì nei termini del concorso tra più fonti il quale impone all'interprete l'opera della ricostruzione della dinamica che connota ciascun tipo di fonte nel rapporto con le altre. La gerarchia intesa come principio ordinatore in senso esclusivamente verticale del sistema di produzione del diritto, come principio che presuppone tipi di fonti identificabili per la forma e per la forza appare, dunque, al tramonto (o, forse, più esattamente, è già tramontata), non regge più alla sfida[24] determinata dalla moltiplicazione delle fonti e della perdita del ruolo centrale della legge. Essa sopravvive, tuttavia, come criterio, in qualche misura, sussidiario di risoluzione delle antinomie laddove netta risulti una diversità di forza tra due fonti come avviene nel tradizionale rapporto che si instaura tra legge e regolamento di esecuzione. Ma anche in questo caso, ossia nel più generale rapporto tra legge e regolamenti del Governo occorre tener conto della varietà delle forme che assume l'espressione del potere regolamentare, della complessità delle tipologie dei regolamenti e considerare, pertanto, che «sotto alcuni profili il rapporto di ciascuna fonte regolamentare con la legge

[24] In questi termini, e con particolare riferimento alla legislazione di tipo provvedimentale, si veda R. Bin, *Critica della teoria delle fonti*

possa essere letto ora in chiave gerarchica ora in chiave di competenza»[25]. Voler ricondurre allora qualunque rapporto tra fonti all'interno dello schema gerarchico anche quando il nesso gerarchico è tenue e indiretto significa trasformare la gerarchia da utile approssimazione ad ingombrante certezza, da principio servente alla comprensione di alcuni aspetti dell'ordinamento a valore autonomo da perseguire e difendere in quanto tale.

[25] In questi termini, F. Modugno, *Fonti del diritto*, cit., 583.

Franco Sicuro[*]

LIBERTÀ DEL MANDATO POLITICO E AUTONOMIA NORMATIVA DEI GRUPPI PARLAMENTARI

SOMMARIO: 1. Libertà del mandato parlamentare e statuti dei gruppi. – 2. Autonomia statutaria e natura giuridica dei gruppi. – 3. Sulla sindacabilità della disciplina di autoregolamentazione interna dei gruppi. – 3.1. Il possibile controllo preliminare del Presidente d'Assemblea. – 3.2. Il singolo parlamentare dinanzi al giudice delle leggi. – 4. La libertà del mandato parlamentare tra Costituzione, Regolamenti e autonomia statutaria.

1. *Libertà del mandato parlamentare e statuti dei gruppi*

Prima ancora che nei Regolamenti parlamentari, è negli atti di autoregolamentazione interna dei gruppi che è possibile rinvenire «il significato che ciascuna forza politica attribuisce all'art. 67 della Carta repubblicana»[1]. Sono gli statuti, infatti, a rivelare la pratica operatività delle direttive politiche e a predisporre misure atte a mantenere, quanto più possibile, coerente l'azione del gruppo rispetto all'indirizzo elaborato dal partito.

Da una rapida disamina degli statuti[2] depositati nella XIX Legislatura è, dunque, possibile avvedersi di come alcuni considerino «vincolanti» gli «indirizzi deliberati dagli organi del Gruppo», prima ancora che del partito (art. 2, c. 1 st. "Partito Democratico – Italia Democratica e Progressista"); mentre altri dispongano l'obbligo del gruppo di esprimere «la sua linea politica e parlamentare in conformità al progetto politico e al programma elettorale condiviso con gli elettori», di cui esso «è espressione istituzionale» (art. 1, c. 4 st. "Fratelli d'Italia"). Indirizzo politico-partitico che gli eletti hanno il compito di tradurre «in maniera unitaria e vincolante nell'attività parlamentare» (art. 2, c. 2 st. "Forza Italia - Berlusconi Presidente - PPE"), anche nel caso in cui siano chiamati a votare su questioni aventi «specifica rilevanza etica» (art. 2, c. 3). Altre volte, invece, in perfetta corrispondenza con la formula di cui all'art. 49 Cost., gli statuti individuano nei gruppi un fenomeno associativo che «concorre, con metodo democratico, a determinare la politica nazionale, nelle forme e nei limiti della Costituzione, del Regolamento (…) e della legi-

[*] Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale e Pubblico nell'Università degli Studi di Bari.

[1] Così, A. GUSMAI, *Il gruppo parlamentare. Profili evolutivi di un soggetto della rappresentanza politica*, Bari, 2019, 172.

[2] O regolamenti, come si definiscono nel Senato della Repubblica.

slazione» (art. 2, c. 1 dello st./reg. "MoVimento 5 Stelle"). In altri casi, infine, essi sanciscono un'ampia apertura verso la società civile (è il caso dell'art. 2, c. 3 st. "Alleanza Verdi e Sinistra"[3]) e la possibilità per gli eletti di votare, su «questioni connesse ai principi fondamentali della Costituzione repubblicana o alle convinzioni etiche o religiose», in maniera difforme «dalle deliberazioni dell'Assemblea», esprimendo «eventuali posizioni dissenzienti (…) a titolo personale» dopo aver informato gli organi direttivi del gruppo (art. 2, c. 3 reg. "Partito Democratico").

La disciplina interna ai gruppi può, pertanto, risultare talora limitativa dell'autonomia politica degli eletti, soprattutto nel caso in cui sia lo stesso statuto ad attribuire al Presidente il potere di designare i rappresentanti del gruppo nelle commissioni permanenti e per gli «altri incarichi parlamentari» (art. 7, c. 2 reg. e art. 6, c. 2 st. "Fratelli d'Italia"). Disciplina tuttavia necessaria, nei limiti che a breve si specificheranno, se si vuole coordinare l'azione parlamentare di una pluralità – alle volte rilevante – di eletti aderenti al medesimo raggruppamento.

Come in tutti i fenomeni associativi[4], il *punctum crucis* dell'autonomia statutaria è, però, quello relativo all'effettiva partecipazione degli iscritti ai processi deliberativi e alla garanzia del loro «diritto di difesa»[5] rispetto alle decisioni sanzionatorie assunte dal gruppo. Problematiche, queste, ulteriormente complicate dall'essere i membri del gruppo rappresentanti della «Nazione» (art. 67 Cost.)[6], titolari di prerogative costituzionali potenzialmente lese dall'adozione di sanzioni rilevanti sul piano delle dinamiche politico-costituzionali (come l'espulsione, della cui natura meramente politica si potrebbe ben discutere). Sanzioni la cui irrogazione, pur stranamente taciuta da alcuni atti di autoregolamentazione (come accade nello statuto del gruppo "Lega – Salvini Premier"), è rimessa ora ad un organo collegiale[7], ora al Presidente «sentito il Comitato Direttivo» (art. 21 st. M5s).

[3] A norma del quale «il Gruppo stabilisce rapporti di cooperazione e partecipazione con associazioni, centri di ricerca e movimenti e può promuovere forme di consultazione diretta dei cittadini».

[4] Su tali aspetti, si veda M.G. Nacci, *La libertà di associazione ed i suoi limiti nelle dinamiche ordinamentali*, Bari, 2019.

[5] Diritto «inviolabile in ogni stato e grado del procedimento» (art. 24 Cost.), su cui ragiona R.G. Rodio, *Difesa giudiziaria e ordinamento costituzionale*, Padova, 1990.

[6] Sulla libertà del mandato parlamentare sempre attuale è l'ampio lavoro di N. Zanon, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'art. 67 della Costituzione*, Milano, 1991.

[7] Al Comitato Direttivo su proposta del Presidente, *ex* art. 18 st. "Fratelli d'Italia"; o all'Ufficio di presidenza del gruppo, *ex* art. 8 st. "Partito Democratico". Attribuiscono direttamente all'Assemblea il potere sanzionatorio l'art. 10 st. "Alleanza Verdi e Sinistra" (previa proposta

Già da queste brevi annotazioni introduttive è possibile constatare la diretta rilevanza, sul piano costituzionale, delle problematiche inerenti al contenuto e all'applicazione degli atti di autoregolamentazione dei gruppi, a partire proprio dall'individuazione dell'organo chiamato a sindacare l'esercizio della loro autonomia statutaria (*ex* artt. 18 e 49 Cost.). In effetti, se la ricercata corrispondenza tra gruppo e partito contribuisce ad "aprire" le Camere verso gli interessi della società, allorché in discussione sia la conformità a Costituzione e a Regolamento delle regole interne ai gruppi l'Assemblea legislativa parrebbe tornare a chiudersi in sé stessa, escludendo qualsiasi forma di controllo da parte di organi ad essa esterni. Ciò, evidentemente, a conferma della ritrosia del potere (di qualsiasi natura esso sia) ad assoggettarsi alle regole che, al di fuori delle Camere, costituiscono il *proprium* di qualsivoglia manifestazione democratica. Ritorna qui, allora, quell'interrogativo – *quis custodiet ipsos custodes?* – che tanto aveva impegnato, con sfumature diverse, Platone nel libro terzo della *Repubblica* e Giovenale nelle *Satire* (VI, 48-49), che la dottrina della sovranità (in tal caso, dell'organo parlamentare) intende assorbire all'interno della sua funzione legittimante.

Tali questioni hanno impegnato il prof. Prisco[8] a margine delle ragioni opposte dall'allora Presidente della Camera dei deputati[9] alla richiesta, proveniente dagli onn. Magi e Ceccanti, di sindacare la conformità a Costituzione e a Regolamento dello statuto del gruppo del "MoVimento 5 Stelle", al quale lo stesso Presidente apparteneva. Tale statuto, infatti, non solo attribuiva al Capo politico del MoVimento (così sottraendolo all'assemblea del gruppo) il potere di proporre le cariche negli organi direttivi e quello di nomina e revoca del suo presidente; ma statuiva, altresì, l'obbligo del deputato espulso, volontariamente fuoriuscito o che avesse abbandonato il gruppo per dissenso politico, di pagare una penale di centomila euro a favore del MoVimento (art. 21, c. 5), in tal modo contrastando con l'art. 67 Cost. Ed è proprio a partire dalle riflessioni dell'Onorato che si tenterà, allora, di esaminare il rapporto tra la libertà del mandato parlamentare e la disciplina di autoregolamentazione dei gruppi.

presidenziale) e l'art. 16 st. "NOI MODERATI (Noi con l'Italia, Coraggio Italia, UDC, Italia al Centro) – MAIE".

[8] S. Prisco, *Elogio della mediazione. Statuti dei gruppi parlamentari e libertà di mandato politico nelle democrazie rappresentative. Brevi annotazioni*, in *federalismi.it*, n. 13/2018.

[9] Sul punto, cfr. la lettera del Presidente Fico del 17 aprile 2018, in cui si precisa «che l'ordinamento parlamentare non assegna al Presidente della Camera un potere di sindacato sugli statuti dei Gruppi parlamentari».

2. *Autonomia statutaria e natura giuridica dei gruppi*

L'autonomia normativa dei gruppi può incidere significativamente sulle modalità di esercizio del mandato parlamentare. Sono i gruppi, infatti, a designare i propri rappresentanti nelle commissioni permanenti e a sostituirli in caso di dissenso; a segnalare gli emendamenti da porre effettivamente in votazione (art. 85-*bis* r. C.); a proporre interrogazioni a risposta immediata (art. 135-*bis* r.C. e art. 151-*bis*, c. 1-*bis* r.S.) o interpellanze urgenti (art. 138-*bis* r.C.). È il Presidente del gruppo a rappresentare il medesimo all'interno della Conferenza dei Capigruppo ed è ai gruppi che spetta il potere di sanzionare l'eletto che non si adegui alla volontà della maggioranza, sino al punto di poterlo espellere nel caso di contrasto insanabile. Le procedure parlamentari snocciolate dai Regolamenti[10] presuppongono, pertanto, l'operatività della disciplina interna ai gruppi, pur rimanendo silenti con riguardo all'organo chiamato a sindacarne l'eventuale violazione o il contrasto con la Costituzione.

È vero, in attuazione dell'art. 67 Cost., i Regolamenti garantiscono agli eletti in dissenso rispetto al gruppo di appartenenza un nucleo incomprimibile di poteri procedurali, sol che si pensi all'obbligo di riservare agli interventi a titolo personale un quinto del tempo complessivamente attribuito ai gruppi (art. 24, c. 7 r.C.) o, per quel che attiene al Regolamento del Senato, al diritto degli eletti in dissenso di intervenire nella discussione generale (art. 84, c. 1 r.S.) o in sede di dichiarazioni di voto (art. 109, c. 2 r.S.). In misura ancor maggiore, l'art. 53, c. 7 r.S. stabilisce l'obbligo dei gruppi di dotarsi di «procedure e forme di partecipazione che consentano ai singoli Senatori di esprimere i loro orientamenti e presentare proposte sulle materie comprese nel programma dei lavori o comunque all'ordine del giorno». Previsione, questa, la cui introduzione, nel 1988, avrebbe concorso a superare – nonostante la sua difficile sanzionabilità[11] – l'indifferenza che i Regolamenti hanno tradizionalmente opposto alla normativa interna dei gruppi[12], delineando un nucleo minimo di condizioni

[10] È «attraverso le regole procedurali dell'*iter legis*, nello specifico snocciolate nei regolamenti camerali, che si innova – o dovrebbe innovarsi – l'ordinamento giuridico e si conferisce quindi validità a tutte le altre fonti subcostituzionali che consentono di far funzionare la macchina dello Stato (principio di legalità)». Così, A. Gusmai, *Alcune riflessioni sui gruppi parlamentari dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2021, 17.

[11] Su cui hanno particolarmente insistito V. Di Ciolo, L. Ciaurro, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano, 2013.

[12] Come ha puntualizzato R. Bin, *La disciplina dei gruppi parlamentari*, in *Annuario 2000. Il Parlamento*, Atti del XV Convegno dell'A.I.C., Padova, 2001, sino a quel momento gli statuti erano, infatti, considerati «semiclandestini».

procedurali a garanzia del libero confronto tra eletti aderenti al medesimo raggruppamento[13].

In tali limitati casi, dunque, la disciplina regolamentare s'incunea all'interno dell'autonomia statutaria al fine di garantire un nucleo indefettibile di prerogative degli eletti in situazioni potenzialmente rilevanti nelle dinamiche procedurali dell'Assemblea. Allo stesso tempo, però, i Regolamenti non impongono espressamente ai gruppi l'obbligo di adottare statuti che garantiscano effettive condizioni di democrazia interna e omettono, come anticipato, di individuare l'organo competente a sindacarne l'operato nei confronti degli eletti espulsi o da esso volontariamente fuoriusciti. Rileva, qui, l'altrettanto dibattuta questione della qualificazione giuridica dei gruppi parlamentari, intesi ora come organi di partito, ora come organi meramente interni alle Camere o, in linea con la definizione fornita dal Regolamento della Camera, come enti dalla natura «mista», in quanto «associazioni di deputati» disciplinate dalla «Costituzione e dal Regolamento» nella loro qualità di «soggetti necessari al funzionamento della Camera» (art. 14, c. 01 r.C.). Per le tesi pubblicistiche[14], infatti, i contrasti tra gruppi ed eletti dovrebbero essere risolti da un organo necessariamente interno alle Camere, della cui «Amministrazione» i gruppi farebbero parte. Le tesi privatistiche[15], invece, rinverrebbero il giudice delle controversie tra gruppi e loro aderenti al di fuori delle Camere, in linea con la loro natura di libere associazioni, se non fossero, quelli tra gruppo ed eletti, rapporti dall'evidente dimensione politica, peraltro esplicantesi all'interno dell'organo parlamentare. Cosicché, anche le tesi privatistiche convergono, di fatto, verso l'autodichia delle Camere, pur senza individuare l'organo a ciò preposto.

Al di là delle plurime articolazioni interne alle suddette tesi, quel che parrebbe doveroso evidenziare in questa sede è la necessaria rilevanza pubblicistica che i gruppi assumono costituendosi nelle Camere, nel rispetto dei requisiti numerici (art. 14 r.C.) e politico-elettorali (art. 14 r.S.) stabiliti dai Regolamenti. Da una prospettiva che tenga conto anche del diritto europeo, la loro diretta partecipazione alla realizzazione dell'indirizzo politico dello Stato fa, infatti, assumere ai gruppi la natura di «organismi di diritto pubblico». È tale attività, dunque, a «mutare funzionalmente la natura del gruppo da associazione di

[13] In tal senso, cfr. A. Manzella, *Il Parlamento*, III ed., Bologna, 2003.

[14] In questa prospettiva, M. Luciani, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, 2010, 555, nt. 133, ha sottolineato che «per entrare nel recinto delle istituzioni, i partiti sono costretti a diventare altro da sé: i gruppi parlamentari, sia giuridicamente che politicamente, sono cosa diversa dai partiti. Essi non sono loro organi (…), ma sono piuttosto organi delle Camere».

[15] A sostegno delle tesi privatistiche si vedano, *ex multis*, P. Rescigno, *L'attività di diritto dei Gruppi parlamentari*, in *Giur. cost.*, 1961, spec. 303 ss. e R. Ceccarini, *Gruppi parlamentari e partiti politici. Considerazioni sulla natura giuridica*, in *Parlamento*, fasc. nn. 1-2/1980, 49 ss.

diritto privato a soggetto di diritto pubblico»[16], *recte* in organismo di diritto pubblico, figura giuridica particolarmente utile a distinguere i gruppi politici esterni al Parlamento (i partiti) da quelli che in esso si vanno formando, «in tal guisa mettendo in luce gli inevitabili profili pubblicistici di tali formazioni politiche, i quali, accogliendo le tesi c.d. "miste", in sede applicativa non di rado sembrano rimanere adombrati»[17]. Pare, allora, potersi aderire alla tesi di chi considera, sul piano costituzionale, i gruppi parlamentari soggetti della rappresentanza politica, le cui dinamiche non possono che rilevare anche a livello giuridico-costituzionale, e non solo sul piano delle dinamiche politiche. Delle due l'una: se il diritto costituzionale non è soltanto un diritto politico, esso non può infatti che contenere una qualche forma di giuridicità, le dinamiche interne ai gruppi non potendosi intendere in termini meramente politici. Con il che, peraltro, soltanto difficilmente parrebbe potersi negare la natura di fonte del diritto parlamentare dei loro atti di regolamentazione interna, la cui disciplina è – non a caso –presupposta dagli stessi Regolamenti[18].

3. *Sulla sindacabilità della disciplina di autoregolamentazione interna dei gruppi*

Se, con riferimento alle questioni inerenti ai rapporti intrattenuti dai gruppi con soggetti terzi, la giurisprudenza comune e costituzionale sembra aver ormai consolidato la competenza del giudice ordinario e/o amministrativo[19], la stessa giurisprudenza non esita, tuttavia, a ribadire la giurisdizione delle Camere con riguardo ai rapporti tra gruppi e propri aderenti. In tal caso, infatti, pur «volutamente»[20] omettendo di indicare l'organo parlamentare a ciò preposto, a venire in questione sarebbe «una sfera che (…) non sfugge al cono d'ombra che gli *interna corporis* e il diritto parlamentare frappongono alla giustiziabilità di situazioni giuridiche individuali dinanzi al giudice comune dei diritti soggettivi»[21].

[16] A. Gusmai, *Il gruppo parlamentare*, cit., 315-316.

[17] A scorgere nei gruppi parlamentari la figura dell'«organismo di diritto pubblico» è A. Gusmai, *op. ult. cit.*, 306-313, da cui sono tratte le citazioni inserite nel testo.

[18] In tal senso, cfr. A. Mannino, S. Curreri, *Diritto parlamentare*, Milano, 2019, 37. Di contrario avviso sembra essere, invece, A. Ciancio, *Disciplina di gruppo e tutela del parlamentare dissenziente*, in *federalismi.it*, n. 13/2018, 14-15, la quale ritiene che gli statuti dei gruppi acquistino «efficacia limitata al loro ordinamento interno, senza riflessi nell'ordinamento generale, in cui, viceversa, la libertà del parlamentare di aderire agli indirizzi espressi dal gruppo, così come eventualmente di sottrarsene, rinviene garanzia proprio nella libertà del mandato accordatagli dall'art. 67 Cost.».

[19] *Ex multis*, cfr. Corte cost., sent. n. 262 del 2017 e, da ultimo, Corte cost., sent. n. 55 del 2024.

[20] S. Curreri, *Il deputato espulso dal gruppo ancora alla ricerca del proprio giudice*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2023, 234.

[21] Così, Cass. Civ., SS. UU., ord. n. 6458 del 2020.

Allineandosi alla sua consolidata giurisprudenza[22], il 12 gennaio 2023 il Consiglio di giurisdizione della Camera[23] ha però nuovamente dichiarato inammissibili i ricorsi presentati da deputati espulsi dal MoVimento perché rifiutatisi di votare la fiducia al Governo presieduto dal prof. Draghi, i provvedimenti di espulsione avendo evidente contenuto politico, non già amministrativo, a fronte del quale la Presidenza si limiterebbe a proclamare l'iscrizione d'ufficio degli espulsi al gruppo Misto *ex* art. 14, c. 4 r.C. Per fugare ogni dubbio sulla propria carenza relativa di giurisdizione, il Consiglio ha negato che le fonti statutarie siano fonti integrative dei Regolamenti (*ex* art 15 r.C.): se così fosse, infatti, i singoli eletti non potrebbero risultare del tutto «terzi» rispetto all'«Amministrazione» della Camera, la quale sarebbe a quel punto tenuta a pronunciarsi sui rispettivi ricorsi *ex* artt. 1 e 2 del Regolamento per la tutela giurisdizionale concernente i dipendenti. Allo stesso tempo, per disattendere la richiesta dei ricorrenti di adire il giudice delle leggi, il Consiglio di giurisdizione ha escluso che i parlamentari vantino un diritto soggettivo a restare incondizionatamente iscritti ad un gruppo con cui siano in perdurante contrasto, per risolvere il quale si dovrebbe quanto più possibile ricorrere agli organi di giustizia interna (come i collegi dei probiviri). Ancora una volta, dunque, i Regolamenti parlamentari e gli organi chiamati a farli osservare si sarebbero arrestati al cospetto dell'autonomia normativa dei gruppi.

La pronuncia del Consiglio di giurisdizione ha tuttavia cristallizzato l'ineguale tutela che gli eletti possono invocare, rispetto agli atti di normazione interna dei gruppi, a seconda della loro appartenenza alla Camera o al Senato, con ciò influendo sulla stessa eguaglianza del loro *status* di parlamentari (*ex* art. 67 Cost.). Ed infatti, con la precedente sentenza n. 252 del 22 dicembre 2021, il Consiglio di garanzia[24] del Senato aveva invece accolto il ricorso proposto da cinque senatori espulsi dal MoVimento per contrasto di alcune previsioni statutarie con l'art. 15 r.S. e gli artt. 49 e 67 Cost. Pur ribadendo l'improcedibilità del ricorso nei confronti del Senato, il Consiglio di garanzia ha infatti qualificato i gruppi come «associazioni necessarie di diritto pubblico» e, su questa premessa, ha dichiarato nulli i provvedimenti di espulsione e reintegra-

[22] Tra cui, soprattutto, si veda la sent. n. 3/2021.

[23] Organo nominato dal Presidente della Camera e composto da tre deputati che siano magistrati, anche a riposo; professori universitari in materie giuridiche; avvocati o procuratori dello Stato, anche a riposo (art. 2 del Regolamento per la tutela giurisdizionale non concernente i dipendenti).

[24] Anch'esso nominato dal Presidente d'Assemblea, sentito il Consiglio di Presidenza, e composto da cinque senatori, aventi i seguenti requisiti: magistrato, anche a riposo, delle supreme magistrature ordinaria e amministrative; professore ordinario o associato in materie giuridiche, anche a riposo; avvocato dello Stato o del libero foro.

to i senatori nel gruppo del MoVimento. Un «organo costituzionale», si legge nella sentenza del Consiglio di garanzia, non potrebbe infatti tollerare «zone franche di non tutela che porrebbero il singolo parlamentare alla mercé della maggioranza del gruppo di appartenenza così vanificando il principio costituzionale di libertà di associazione». Al contempo, se giudice dei conflitti tra gruppo e aderenti fosse quello ordinario, questo potrebbe «mutare gli equilibri politici all'interno dei gruppi stessi e quelli interni a ciascuna camera con il rischio di incidere sia sul rapporto tra maggioranza e opposizione sia su quello tra Parlamento e Governo».

Ora, anche a voler prescindere da qualsiasi discorso sul presunto diritto degli eletti di rimanere all'interno di un gruppo con cui sono in aperto contrasto, quel che più rileva sul piano giuridico è la «forzatura interpretativa»[25] che sembra aver alimentato tale pronuncia nella parte in cui essa opera un improprio richiamo all'art. 15 r.S., il quale, invero, non impone ai gruppi l'adozione di condizioni di democrazia interna, limitandosi a disciplinare questioni inerenti alla contabilità e alla gestione amministrativa. Decisamente più conferente sarebbe stato, invece, richiamare l'art. 53, c. 7 r.S., per effetto del quale in tanto il gruppo potrebbe legittimamente imporre la propria disciplina agli eletti in dissenso, in quanto la determinazione collegiale costituisca l'esito di un libero confronto tra tutti i suoi membri.

La pronuncia del Consiglio di garanzia ha stigmatizzato, altresì, «una connessione tra il gruppo ed il movimento talmente stretta da causare una prevalenza dei vertici del secondo sul primo». E ciò sebbene, a differenza di quel che accadeva nel parlamentarismo liberale ottocentesco, nelle democrazie costituzionali contemporanee partito politico e gruppo parlamentare debbano intendersi, sul piano costituzionale, come un soggetto politico unitario, qualsiasi discostamento del secondo dal primo rischiando di trasformare il «triangolo»[26] della rappresentanza politica in un patologico «quadrilatero», rivelatore della «potenziale funzione rappresentativa autonoma del gruppo costituito in Parlamento»[27]. Forme di indirizzo e controllo del partito/movimento sul cor-

[25] Come la definisce S. Curreri, *Il deputato espulso dal gruppo*, cit., 244, «per quanto giustificata dal condivisibile fine perseguito».

[26] Su tale aspetto, cfr. G. Azzariti, *Il rapporto partito-eletto: per un'interpretazione evolutiva dell'art. 67 della Costituzione*, in *Pol. dir.*, n. 3/2013, 275 ss.

[27] La metafora del «quadrilatero della rappresentanza politica» si deve ad A. Gusmai, *Il gruppo parlamentare*, cit., spec. 277-283, il quale, tuttavia, scorge in «tale stato delle cose, piuttosto che la fisiologia, (…) uno stato patologico del sistema rappresentativo», la moltiplicazione dei soggetti della rappresentanza politica compromettendo «la genuinità del rapporto di base che fondamentalmente dovrebbe legare i rappresentanti ai rappresentati in maniera biunivoca» (281). Da qui, «l'opportunità di circoscrivere l'operatività del divieto di mandato imperativo, nella sua portata assoluta, soltanto (…) al rapporto che "slega" i rappresentanti eletti da even-

rispettivo gruppo parlamentare – fisiologiche sino alla riforma elettorale del 1993 – non possono pertanto essere considerate manifestazione di incostituzionalità, benché resti precluso al partito di annichilire del tutto l'autonomia normativa di cui il gruppo diviene titolare nel momento in cui si istituzionalizza all'interno delle Camere.

Nell'assenza di un espresso obbligo di controllo preventivo della Presidenza sulle regole statutarie[28], il Consiglio di garanzia ha individuato nel Consiglio di Presidenza l'organo chiamato – almeno temporaneamente – a sindacare la conformità a Costituzione e a Regolamento degli statuti, così accentuando le funzioni politico-giurisdizionali di cui esso è già titolare. È tale organo, infatti, a pronunciarsi sui ricorsi relativi alla costituzione e alla prima convocazione dei gruppi e su quelli inerenti alla composizione delle commissioni (art. 12, c. 2 r.C.), oltre che, nella sola Camera dei deputati, sulla possibilità di autorizzare la costituzione «in deroga», al prescritto requisito numerico, di gruppi che soddisfino le condizioni politico-elettorali fissate dall'art. 14, c. 2 r.C. Spetta, poi, all'Ufficio/Consiglio di Presidenza il potere di pronunciarsi sulle sanzioni da adottare nei confronti dei deputati (art. 60, commi 3 e 4 r.C.; art. 67 r.S.) ed è sempre l'Ufficio di Presidenza a costituire, all'inizio di ogni Legislatura, un Comitato consultivo sulla condotta dei deputati, dalla composizione paritaria maggioranza-opposizioni, chiamato a fornire all'eletto che ne faccia richiesta «orientamenti sull'interpretazione e l'attuazione» del Codice di condotta dei deputati. Cosicché, sol che si pensi alla funzione di autorizzare la costituzione di gruppi «in deroga», l'Ufficio di Presidenza risulta già titolare di rilevanti funzioni politico-amministrative, le quali però atterrebbero – se così si può dire – al solo profilo istituzionale del rapporto tra gruppo politico ed eletti[29].

Quel che l'attribuzione di simili controversie ad organi interni delle Camere lascerebbe presagire è, però, la possibile lesione del principio *nemo iudex in causa sua* la novella regolamentare del Senato del 2022 non avendo escluso la decadenza dalla carica, ricoperta negli organi interni, per il senatore espulso dal gruppo. Si appalesano, qui, tutte le criticità derivanti dall'attribuzione di

tuali direttive impartite dal corpo elettorale», ammettendosi, invece, «misure tese quanto più possibile a far corrispondere gli indirizzi politici dei gruppi a quelli delle forze politiche presentatesi alle elezioni» (282),

[28] Sul punto, D. Coduti, *L'espulsione dal gruppo parlamentare tra autodichia delle Camere e assenza di controlli (Nota a Corte Cass., SS.UU. civ., sent. 6 marzo 2020, n. 6458)*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, 630, auspica una modifica dei Regolamenti atta ad attribuire siffatto compito di controllo «a un organo collegiale di ciascuna Camera (quale l'Ufficio di presidenza), (…) eventualmente avvalendosi del supporto della giunta per il regolamento».

[29] Contrario ad attribuire tale compito all'Ufficio di Presidenza è S. Curreri, *Il deputato espulso dal gruppo*, cit., 241.

delicate funzioni para-giurisdizionali ad organi interni alle Camere[30], con esclusione del sindacato di poteri costituzionalmente terzi ed imparziali come sono quelli appartenenti al potere giurisdizionale. Ad ogni modo, a meno di non voler istituzionalizzare la competenza del Consiglio/Ufficio di Presidenza, a fronte della "chiusura" opposta al sindacato di organi extra-parlamentari e del perdurante *self-restraint* della Consulta, non resterebbe che seguire l'indicazione del Consiglio di garanzia sull'opportunità di istituire un organo *ad hoc*, chiamato a garantire, anche formalmente, quelle esigenze di terzietà e imparzialità tipiche di un organo giurisdizionale. Si potrebbe conseguentemente pensare di costituire un comitato dalla composizione paritaria maggioranza-opposizione, formato da deputati/senatori aventi i requisiti attualmente richiesti per la composizione degli organi di giurisdizione interna e chiamato a giudicare sul solo rispetto formale delle procedure democratiche tratteggiate negli statuti dei gruppi, non già sulle motivazioni (queste sì, squisitamente) politiche sottese ai provvedimenti sanzionatori adottati (*ex* artt. 18 e 49 Cost.)[31].

3.1. *Il controllo preliminare del Presidente d'Assemblea*

Se quanto sin qui argomentato attiene al momento patologico di insorgenza di un *casus* che si presume lesivo delle prerogative degli eletti, con la conseguente necessità di individuare un organo chiamato a *ius dicere* in condizioni di imparzialità rispetto alle parti in causa, la vicenda che ha direttamente impegnato l'Onorato ineriva, invece, al controllo preliminare che il Presidente d'Assemblea dovrebbe effettuare sulla conformità a Costituzione e a Regolamento degli statuti dei gruppi.

Nel Regolamento della Camera manca, infatti, una previsione che attribuisca espressamente tale potere al Presidente, così come assente è una disposizione assimilabile all'art. 53, c. 7 r.S., limitandosi l'art. 15 r.C. a disciplinare una forma di organizzazione minima "comune" a tutti i gruppi, tenuti a nominare un presidente, uno o più vicepresidenti e un comitato direttivo e ad osservare regole inerenti alla gestione amministrativa e contabile. L'art. 15-*bis*, c. 2 r.C. attribuisce, però, alle componenti politiche del Misto la facoltà di rivolgersi

[30] Sul punto, G. Lasorella, *Il Parlamento: regole e dinamiche. Una introduzione al diritto parlamentare*, Torino, 2023, 111, ha evidenziato «l'opportunità (attualmente non configurabile in base alla ordinanza della C. cost. n. 17 del 2019) […] di prevedere la possibilità di un ricorso ad un soggetto terzo da parte del Gruppo interessato rispetto ad una decisione che è comunque riferita all'ambito interno di un Gruppo e che è comunque assunta da parte di esponenti di altri Gruppi, che astrattamente potrebbero essere influenzati da contingenti ragioni politiche».

[31] Per tal motivo, A. Mannino, S. Curreri, *op. cit.*, 76, hanno sottolineato che i Regolamenti parlamentari possono «regolare soltanto gli aspetti» della disciplina interna ai gruppi «che incidono sull'organizzazione e sull'esercizio delle funzioni delle Camere».

al Presidente d'Assemblea qualora ritengano «pregiudicato un proprio fondamentale diritto politico» da una deliberazione degli organi direttivi che si assume lesiva della consistenza proporzionale del gruppo. È vero, il gruppo Misto è un gruppo *sui generis*, per ciò stesso non potendo essere del tutto assimilabile agli altri gruppi, fermo restando che, seppure in tale particolare ipotesi, è incontestabile la vigenza di disposizioni regolamentari che attribuiscono espressamente al Presidente il compito di sindacare la conformità dello statuto al Regolamento e alla Costituzione. Il complessivo ordito regolamentare deve poi interpretarsi nell'alveo della clausola generale contenuta negli artt. 8 r.C. e 8 r.S., i quali assegnano al Presidente d'Assemblea il compito di garantire il buon andamento dei lavori assembleari, facendo osservare il Regolamento[32] soprattutto a quei principali «soggetti dell'ordinamento parlamentare»[33] – i gruppi – che, attraverso i propri atti di autoregolamentazione interna, assicurano il funzionamento delle stesse procedure parlamentari. Tali disposizioni configurerebbero, dunque, «un potere di controllo, sia pure implicito»[34], del Presidente d'Assemblea sulla conformità degli statuti al Regolamento e alla Costituzione, a fronte del quale acquisterebbe significato giuridico-sostanziale lo stesso obbligo, imposto dai Regolamenti ai gruppi, di trasmettere al Presidente i propri statuti (art. 15, c. 2-*bis* r.C.), così da attribuire loro rilevanza pubblicistica. Di talché, almeno nelle ipotesi di macroscopica incoerenza tra atti di auto-normazione dei gruppi e disciplina costituzionale e regolamentare, il Presidente dovrebbe invitare i gruppi a porvi rimedio, pena l'irrogazione di provvedimenti sanzionatori di carattere (primariamente) economico. Come d'altronde ha sottolineato lo stesso Consiglio di giurisdizione nella pronuncia succitata, «è agevole ritenere» che l'obbligo di trasmissione degli statuti al Presidente «resterebbe privo di effettività se non fosse assistito da una conseguenza sul piano giuridico».

Da questa prospettiva, la decisione del Presidente Fico di disattendere la richiesta di controllo dello statuto del gruppo del MoVimento per la mancanza di previsioni regolamentari espressamente attributive del suddetto potere non

[32] Sul punto, si veda l'approfondito lavoro di R. Ibrido, *L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel "processo" di risoluzione dei casi regolamentari*, FrancoAngeli, Milano, 2015.

[33] È in questo senso che C. Decaro, *La struttura delle Camere*, in T. Martines, G. Silvestri, C. Decaro, V. Lippolis, R. Moretti, *Diritto parlamentare*, Milano, 2011, 114, interpreta il dovere regolamentare dei gruppi di comunicare al Presidente d'Assemblea le «nomine e (…) ogni relativo mutamento, così come della variazione nella composizione del gruppo.

[34] Così, U. Ronga, *Partiti personali e vicende dei gruppi parlamentari nell'esperienza recente. Contributo allo studio della XVII e della XVIII Legislatura*, in *federalismi.it*, n. 12/2020, 227, il quale tuttavia nega la natura giuridica degli atti di autoregolamentazione interna dei gruppi.

può che sollevare più di qualche criticità sul piano costituzionale[35]. È perlomeno singolare, infatti, che la tradizionale disponibilità mostrata dai gruppi e dalla stessa carica presidenziale ad interpretare estensivamente la *littera* dei Regolamenti, anche attraverso l'ampio ricorso a precedenti del tutto informali[36], si areni proprio dinanzi ad istanze di salvaguardia delle prerogative costituzionali di eletti costretti a pagare una penale per essere stati espulsi dal gruppo o a margine di atti di normazione interna che sanciscono la nomina degli organi direttivi del gruppo da parte del Capo politico del movimento. Quel che appare in controluce dall'esame di simili vicende è, dunque, la politicità di cui si è caricata la figura presidenziale (soprattutto) nelle ultime Legislature: ben lungi dal costituire un «magistrato d'Assemblea»[37], il Presidente è ormai organo pienamente inserito nel circuito politico-decisionale, come peraltro dimostrerebbe la possibilità, forse la «più politica» tra le funzioni di cui esso è titolare[38], di definire il calendario e il programma dei lavori in caso di mancato raggiungimento della prescritta maggioranza tra i presidenti di gruppo (art. 23, c. 6 r.C.).

Al fine di sottrarre un sì rilevante potere dalla competenza di un organo monocratico, le delicate funzioni di delibazione sul contenuto degli statuti dei gruppi potrebbero, allora, essere attribuite direttamente alla Giunta per il Regolamento. O, a voler ampliare le garanzie di terzietà pur restando nel perimetro dell'organo parlamentare, alla Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici (art. 4, c. 1, D.l. n. 149 del 2013). Commissione composta da cinque magistrati, nominati con atto congiunto dei Presidenti delle due Camere sulla base della designazione del Primo presidente della Corte di cassazione (per un membro), del Presidente del Consiglio di Stato (per un membro) e del Presidente della Corte dei conti

[35] Come ha fatto notare E. Gianfrancesco, Chi esce paga*: la «penale» prevista dallo Statuto del MoVimento 5 Stelle della Camera*, in *Forumcostituzionale.it*, 20 aprile 2018, 2, «la rilevanza pubblicistica dei Gruppi parlamentari e dei loro statuti rende in buona sostanza insostenibile la presenza al loro interno di previsioni direttamente lesive della Costituzione». Sicché, rientrerebbe tra i doveri del Presidente della Camera *ex* art. 8 del Regolamento «fare tutto ciò che è in suo potere affinché il dominio della Costituzione operi anche nell'ambito dell'organizzazione interna di organi delle Camere quali sono i Gruppi parlamentari, quanto meno attraverso una pubblica dichiarazione della assenza di ogni operatività giuridica di una clausola *contra Constitutionem*».

[36] Proprio per tal motivo, C. Bergonzini, *La piramide rovesciata: la gerarchia tra le fonti del diritto parlamentare*, in *Quad. cost*., 2008, 761-762, ha auspicato l'introduzione di forme di «selezione dei precedenti», la cui «applicazione non potrebbe avvenire automaticamente, ma dovrebbe essere giustificata o dal consenso (…) o da una precisa motivazione dell'analogia dei casi, ricadendo nella tipologia dei precedenti meramente persuasivi».

[37] Su tale figura, evidentemente radicata sulle funzioni dello *speaker* britannico, cfr. A. Torre, *Il magistrato d'Assemblea. Saggio sui presidenti parlamentari*, Torino, 2000.

[38] Così, A. Manzella, *Il Parlamento*, Bologna, 1991, 115.

(per tre membri). Sia per la terzietà istituzionale dei relativi componenti, sia per l'ineliminabile (oltre che doveroso, sul piano costituzionale) legame tra partiti e gruppi parlamentari, potrebbe infatti immaginarsi un allargamento delle funzioni della Commissione sino ad includere il delicatissimo compito di sindacare, pure soltanto in via preliminare rispetto alla successiva deliberazione della Giunta per il Regolamento, la conformità a Costituzione e a Regolamento delle regole procedurali adottate dai gruppi per organizzare l'attività parlamentare degli eletti. Non già, dunque, le motivazioni politiche sottese all'adozione di provvedimenti sanzionatori adottati nel rispetto di regole a loro volta conformi ai principi costituzionali.

3.2. *Il singolo parlamentare dinanzi al giudice delle leggi*

Le criticità sinora evidenziate potrebbero essere, almeno in parte, superate qualora la Corte costituzionale ammettesse, sul piano sostanziale, il ricorso per conflitto di attribuzioni sollevato dai parlamentari espulsi dal gruppo in spregio delle proprie prerogative costituzionali. Com'è troppo noto per potersi in questa sede ulteriormente dilungare, con l'ordinanza n. 17 del 2019 la Consulta ha infatti individuato nel singolo parlamentare un potere dello Stato, il suo «*status* costituzionale» comprendendo «un complesso di attribuzioni» da esercitare «in modo autonomo e indipendente, non rimuovibili né modificabili a iniziativa di altro organo parlamentare», tali da integrare le condizioni previste dall'art. 37, c. 1, della legge n. 87 del 1953. Con il che, forse, la Consulta parrebbe aver financo sovrastimato lo *status* costituzionale di cui è titolare il singolo eletto, sino al punto di respingere nell'irrilevanza giuridica – attraverso il richiamo al «modo autonomo e indipendente» in cui egli eserciterebbe le sue funzioni – quella stessa disciplina di gruppo che legittimamente ne coordina l'azione all'interno delle Camere nel rispetto delle linee di orientamento politico elaborate dai partiti nella realtà sociale[39]. Nel far ciò, peraltro, implicitamente intendendo i gruppi come libere associazioni di eletti, il cui «indiscutibile ruolo (…) quali espressioni istituzionali del pluralismo politico» non comporterebbe «di per sé, che si debba riconoscere» loro «la titolarità delle medesime prerogative spettanti a ciascun membro del Parlamento» (ordinanza n. 60 del 2020).

[39] Per quanto, invece, nell'ordinanza n. 17 del 2019 la Corte non abbia mancato di incunearsi nell'autonomia normativa dei gruppi per stigmatizzare la mancata indicazione delle modalità con le quali essi avevano deliberato di proporre il conflitto. E tanto, come ha fatto puntualmente notare S. Ceccanti, *Qualche breve chiosa all'ordinanza n. 17/2019*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, n. 1/2019, 1, «forse» perché animata dalla ricerca di «un argomento per sfuggire al merito della decisione, essendo incerta sul da farsi».

Adita dai singoli eletti, la Consulta ha però, sino ad oggi, disatteso, sul piano sostanziale, la loro richiesta di accedere all'«ultima fortezza»[40], sebbene le motivazioni da essa addotte potrebbero venir meno – il condizionale è d'obbligo – «dinanzi ad una (…) radicale violazione del diritto alla tutela giurisdizionale del parlamentare espulso per assenza di un giudice interno competente (almeno alla Camera)», purché il suo sindacato si esplichi nei limiti del «rispetto del "metodo democratico" *ex* art. 49 Cost.». La perdurante assenza o inefficacia del controllo svolto dal Presidente d'Assemblea potrebbe, infatti, «prefigurare (…) quella "sostanziale negazione" o "evidente menomazione" delle prerogative costituzionali del parlamentare che la Corte, dopo l'ordinanza n. 17 del 2019, si è riservata di censurare»[41]. In tali ipotesi, dunque, si sarebbe oltre – il tono ipotetico parrebbe doveroso – le "sole" «censure che riguardano esclusivamente violazioni o scorrette applicazioni dei regolamenti parlamentari e delle prassi di ciascuna Camera» (ordinanza n. 17 del 2019).

Quel che qui può conclusivamente sottolinearsi è che, una volta ammesso, sul piano sostanziale, il conflitto sollevato dal singolo parlamentare e censurate, anche soltanto per *obiter dicta*, disposizioni statutarie lesive dei principi costituzionali (nella specie, degli artt. 49 e 67 Cost.), l'eventuale pronuncia della Corte potrebbe, a sua volta, innescare un circolo virtuoso o, per utilizzare una terminologia cara al giudice delle leggi, un importante effetto di risulta. Ossia, l'introduzione di condizioni di democrazia all'interno degli statuti dei gruppi, non tanto per alto senso di responsabilità istituzionale degli stessi, quanto – più prosaicamente – anche soltanto per scongiurare le possibili incursioni del giudice delle leggi all'interno della loro autonomia statutaria. Qualora dovesse permanere il *self restraint* della Corte sull'inammissibilità sostanziale del conflitto è facile, invece, immaginare che la richiesta di sindacare la conformità degli statuti a Costituzione e a Regolamento resti disattesa dal Presidente d'Assemblea, almeno fintantoché l'obbligo dei gruppi di dotarsi di statuti rispettosi di condizioni di democrazia e trasparenza interna non sia formalizzato nei Regolamenti parlamentari.

Come per i partiti[42], così anche ai gruppi parlamentari andrebbe, dunque, «espressamente imposto di agire nel rispetto della Costituzione, cioè non

[40] Così evocando il titolo di un lavoro monografico di R. Bin, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996.

[41] S. Curreri, *Il deputato espulso dal gruppo*, cit., 249.

[42] Pur con tutti i limiti della normativa introdotta nel 2013. Come ha infatti evidenziato R. Calvano, *La democrazia interna, il libero mandato e il dottor Stranamore*, in *federalismi.it*, n. 13/2018, 8, tale disciplina avrebbe «paradossalmente» indebolito «il canone della democrazia interna, che già la legge n. 96 del 2012 imponeva agli statuti», in quanto, «se da un alto la tendenziale "pubblicizzazione" introdotta dalla disciplina (…) appare un paradosso a fronte della

dei suoi fini ma dei suoi metodi e principi democratici», scongiurando «la paradossale conseguenza di partiti all'interno democratici che però agiscono in Parlamento tramite gruppi parlamentari all'interno non democratici»[43]. Ciò soprattutto a seguito della riduzione del numero degli eletti, la quale, nel determinare la formazione di gruppi (non solo «in deroga») alquanto esigui, ha incrementato il rischio per gli eletti di restare esposti ad un'organizzazione interna eccessivamente verticistica[44]. In sostanza, andrebbero ampliate le «procedure e forme di partecipazione» di cui, sin dal 1988, discorre l'art. 53, c. 7 r.S., estendendo tale previsione al Regolamento della Camera e prevedendo nei Regolamenti di entrambe le Camere la competenza dell'assemblea del gruppo – e non di altri organi ad esso interni, come il Comitato direttivo o lo stesso Presidente – a deliberare l'espulsione del parlamentare[45].

Soltanto una volta introdotte, così nei gruppi come nei partiti, effettive forme di articolazione democratica dell'organizzazione interna potrebbe, invero, ragionarsi sull'introduzione di ipotesi di decadenza o revoca del mandato per i parlamentari "transfughi"[46], che, *de iure condito*, parrebbero invece contrastare con il divieto di mandato imperativo sancito dall'art. 67 Cost. Sembrerebbe, infatti, alquanto complicato, anche una volta modificato l'art. 67 Cost., ammettere la compatibilità con l'ordito costituzionale di forme di decadenza o revoca del mandato quali conseguenze della volontaria fuoriuscita o espulsione da un

privatizzazione del sistema dei finanziamenti», l'art. 3 subordina l'applicazione della normativa ai soli partiti che vogliano avvalersi delle condizioni ivi fissate.

[43] S. Curreri, *Costituzione, regolamenti parlamentari e statuti dei gruppi politici: un rapporto da ripensare*, in *federalismi.it*, n. 13/2018, 22.

[44] Su un piano più generale, G. Di Cosimo, *Personale e digitale: le metamorfosi del partito*, in *Forumcostituzionale.it*, 1, ha stigmatizzato l'evoluzione dei partiti verso il modello delle «macchine elettorali al servizio del capo, piuttosto che luoghi di elaborazione collegiale di idee e programmi; strumenti della volontà del singolo, piuttosto che portatori delle aspettative collettive emergenti dalla società». Trasformazione del sistema politico che si riflette, inevitabilmente, sulle dinamiche di funzionamento della stessa forma di governo. Sul punto, cfr. A.M. Nico, *La proiezione della trasformazione dei partiti politici sulla forma di governo e sulla legislazione elettorale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2018.

[45] Insiste su tale aspetto R. Bifulco, *Osservazioni in tema di espulsione del parlamentare dal gruppo*, in *Amministrazioneincammino.it*, 29 settembre 2017, 4.

[46] Commentando lo statuto depositato dal gruppo del M5S nella XVIII Legislatura, G. Grasso, *Mandato imperativo e mandato di partito: il caso del Movimento 5 Stelle*, in *Le trasformazioni dell'istituzione parlamentare. Da luogo di compromesso politico a strumento tecnico della divisione del lavoro*, a cura di M. Cavino, L. Conte, Atti del Convegno di Vercelli del Gruppo di Pisa, 25 novembre 2016, Napoli, 2017, 137, ha opportunamente evidenziato «che l'idea di immaginare un qualche meccanismo di revoca dei parlamentari eletti possa non essere di per sé in contraddizione con un sistema di governo fondato sulla democrazia rappresentativa, potendosi in questo modo dare più vigore a una partecipazione democratica dal basso, mai così indebolita come di questi tempi, è una prospettiva di studio su cui dover seriamente riflettere».

gruppo che non rispetti procedure democratiche e che non consenta ai suoi iscritti di far valere il proprio diritto di difesa dinanzi alle decisioni sanzionatorie adottate dal Presidente o dall'Assemblea[47].

4. *La libertà del mandato parlamentare tra Costituzione, Regolamenti e autonomia statutaria*

La disciplina di gruppo è fisiologica all'interno di un Parlamento che intende razionalizzare i propri lavori dando attuazione alle indicazioni provenienti da quella collettività che, *anche* attraverso le consultazioni elettorali[48], concorre a determinare la politica nazionale dei partiti (art. 49 Cost.)[49]. Il più volte citato assunto del giudice delle leggi sulla non configurabilità di «conseguenze a carico del parlamentare per il fatto che egli abbia votato contro le direttive del partito» (sentenza n. 14 del 1964), non può, dunque, intendersi come libertà assoluta dell'eletto rispetto alle direttive provenienti dal gruppo. «Conseguenze» politico-costituzionali sono del tutto fisiologiche in caso di contrasto tra eletto e raggruppamento di appartenenza[50], purché al primo sia consentito di far valere le proprie ragioni rispetto a discipline interne eventualmente lesive delle sue prerogative costituzionali. Alla luce del ragionevole bilanciamento tra gli artt. 1, 49 e 67 Cost., quel che parrebbe inammissibile sul piano costituzionale è, infatti, la sola possibilità di revocare anticipatamente il mandato che dal corpo elettorale deriva al rappresentante della «Nazione». Qualora previste, com'era nel Codice di comportamento per i candidati del MoVimento 5 Stelle alle elezioni europee e per gli eletti al Parlamento europeo del 2014,

[47] Come ha fatto notare A. Morelli, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Napoli, 2018, «se (…) l'unico "vincolo di mandato" concretamente immaginabile, (…), è quello di partito, un più stretto legame tra i rappresentanti e i rispettivi partiti di riferimento, assicurato dalla disciplina dei gruppi parlamentari, dovrebbe comunque risultare funzionale alle istanze di partecipazione dei cittadini, esigendo, pertanto, l'effettiva democraticità interna degli stessi partiti».

[48] Corte cost., sent. n. 170 del 2018, *cons. in dir.* n. 6.

[49] Con le parole di A. Mannino, S. Curreri, *op. cit.*, 21: «il parlamentare, quindi, in tanto rappresenta la Nazione, in quanto attua, nelle forme e nei limiti stabiliti dalla Costituzione e dai regolamenti parlamentari, le scelte politiche del partito cui ha liberamente aderito, da cui è stato candidato e per cui è stato eletto».

[50] Da questa prospettiva, G. Grasso, *Qualche riflessione su statuti e regolamenti dei Gruppi parlamentari, tra articolo 49 e articolo 67 della Costituzione*, in *federalismi.it*, n. 13/2018, 5, ritiene che «il tentativo», effettuato dallo statuto del M5S nella XVIII Legislatura, «di predeterminare un significativo elenco di cause» che possono portare all'adozione dell'espulsione dell'eletto in dissenso dal gruppo, responsabilizzando l'«esercizio della funzione parlamentare» e stringendo «le maglie dell'appartenenza al gruppo e alla sua linea politica», non debba essere «accolto negativamente».

tali clausole sarebbero nulle sul piano gius-privatistico per illiceità della causa (*ex* art. 1343 c.c.) e comunque prive di effetti sul piano gius-pubblicistico, al pari di quelle disposizioni statutarie che impongono all'eletto espulso o volontariamente fuoriuscito dal gruppo il pagamento di una penale. Esse, infatti, finirebbero per rendere oltremodo difficoltosa la stessa possibilità per l'eletto di aderire al Misto, ossia a quel gruppo istituzionalmente preposto a garanzia ultima del nucleo duro dell'art. 67[51], la cui sola, necessaria presenza all'interno delle Camere parrebbe escludere la legittimità di eventuali discipline di gruppo che prevedano forme di decadenza automatica dalla carica per i "transfughi".

Sotto tale ultimo aspetto, più di qualche perplessità solleva la recente novella regolamentare del Senato del 2022, la quale, nell'intento di scongiurare la mobilità parlamentare (soprattutto) verso il Misto, ha introdotto la figura del senatore elettivo non iscritto ad alcun gruppo, *status* che i senatori espulsi o volontariamente fuoriusciti dal gruppo di originaria appartenenza (sia esso anche il Misto) dovrebbero acquisire qualora non dichiarino, entro tre giorni, di aderire ad altro gruppo o ad una componente politica del Misto (art. 14, c. 1 r.S.). Ora, a prescindere dalle aporie dischiuse dall'aver introdotto la figura di un senatore elettivo non iscritto ad alcun gruppo all'interno di un Parlamento organizzato e funzionante per gruppi e in cui, peraltro, continua ad operare il gruppo Misto[52], la novella regolamentare del 2022 parrebbe, da un lato, aver rafforzato la necessità di definire condizioni di democrazia interna ai gruppi, necessarie al fine di scongiurare, quanto più possibile, la fuoriuscita degli eletti; e, dall'altro lato, palesato elementi di frizione rispetto al nucleo duro dell'art. 67 Cost., forzando la permanenza dell'eletto nel gruppo di originaria appartenenza (pur di non accedere allo *status* – decisamente più limitante – di non iscritto ad alcun gruppo) e sancendo l'ineguale *status* tra senatori che, in corso di Legislatura, sarebbero impossibilitati a confluire – singolarmente – in quel gruppo Misto cui i propri colleghi hanno potuto liberamente aderire ad inizio della stessa.

Certo, come il prof. Prisco non ha mancato di rilevare, «pretendere di illuminare ogni "zona grigia" od "oscura" dei rapporti tra soggetti (in senso tecnico) e comunque attori dei rapporti costituzionali con la sola o prevalente luce del diritto, come oggi si invoca diffusamente, sembra fallace e irrealistico». Ciò, infatti, «non fa bene né al diritto stesso, che nell'illusione di espandersi in realtà diviene fragile ed esposto più facilmente a pratiche elusive della sua cogenza,

[51] In tal senso, A. Gusmai, *Il gruppo parlamentare*, cit., 295, attribuisce al gruppo Misto «questa precipua funzione: quella di invalidare eventuali eccessi di autorità nei rapporti che intercorrono tra i soggetti della rappresentanza politica».

[52] A differenza di quel che accade, per esempio, nel Parlamento europeo. Consesso, questo, su cui si veda, da ultimo, N. Lupo, A. Manzella, *Il Parlamento europeo*, Roma, 2024.

né alla politica, che si offre oltre ogni limite al sindacato giurisdizionale (anche *sui generis*, quanto alla Corte costituzionale), confessando dunque la propria impotenza»[53]. Pur nella consapevolezza di non poter imbrigliare la politica attraverso regole eccessivamente costringenti, al più destinate alla completa inattuazione, lo stesso prof. Prisco scorgeva però in alcune possibili modifiche dei Regolamenti validi strumenti a tutela «delle minoranze interne e di trasparenza del gioco degli interessi che si scaricano sulle sedi delle decisioni pubbliche», a partire da «una almeno parziale sterilizzazione (…) di finanziamenti parlamentari ad attività organizzative degli eletti "transfughisti"» e dall'«osservanza rigorosa del divieto di costituire gruppi parlamentari non corrispondenti a formazioni vagliate dall'elettorato, almeno se al di sotto di un certo numero di aderenti»[54]. Suggerimenti, questi, in parte formalizzati nelle novelle regolamentari del Senato del 2017 e del 2022, le quali hanno istituzionalizzato la regola di necessaria corrispondenza tra partito politico votato dagli elettori e gruppo parlamentare costituitosi nelle Camere (art. 14, c. 4 r.S.), oltre che una serie di misure atte a scongiurare la mobilità parlamentare, soprattutto individuale. Sin dalla loro introduzione, però, tali novelle regolamentari sono state interpretate piuttosto estensivamente dagli stessi gruppi parlamentari, come da ultimo comproverebbero le vicende legate alla scissione interna del gruppo "Azione-Italia Viva-Renew Europe".

A seguito di contrasti insorti tra i *leader* dei due partiti componenti la coalizione, il gruppo non solo ha assunto in entrambe le Camere una nuova denominazione, ma ha germinato due diversi gruppi «in deroga» alla Camera e un gruppo più una componente politica nel Misto al Senato[55], con ciò sollevando plurime questioni di carattere regolamentare. A partire proprio da quella inerente all'effettiva sindacabilità delle disposizioni statutarie, a fronte del denunciato utilizzo maggioritario del simbolo e della denominazione del gruppo[56] con l'intento di forzare le dimissioni della minoranza in quota "Azione". Anche in questa occasione, tuttavia, la Presidenza, d'intesa con la Giunta per il Regolamento, ha aggirato la questione inerente all'individuazione dell'organo chiamato a sindacare le vicende interne al gruppo, adottando una soluzione

[53] S. Prisco, *op. cit.*, 14.

[54] S. Prisco, *op. ult. cit.*, il quale appunto lodava, in tal senso, la novella regolamentare del Senato del 2017.

[55] Su tale vicenda, cfr. L. Bartolucci, N. Lupo, *L'effetto sui gruppi di Camera e Senato della rottura tra Azione e Italia Viva, tra asimmetrie (regolamentari) e simmetrie (nella prassi applicativa)*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2023, 161 ss.

[56] In tal caso, infatti, i senn. Gelmini, Calenda, Versace e Lombardo (in quota "Azione") hanno contestato la circostanza che il cambio di denominazione del gruppo sia avvenuto senza il formale rispetto dell'art. 16 del regolamento interno, il quale prescrive la maggioranza dei due terzi per «le sue eventuali e successive modifiche».

compromissoria – avallata dagli stessi componenti del gruppo originario[57] – nuovamente derogatoria delle disposizioni regolamentari. L'accordo elettorale tra i gruppi è stato, infatti, re-interpretato *ex post*, intendendo il gruppo unitario formato nelle Camere non già espressione di un'aggregazione in lista unica di simboli elettorali diversi (art. 14, c. 4, secondo periodo, r.S.), ma come coalizione tra differenti forze politiche, libere di formare un gruppo unico o di dare vita a due distinti gruppi in Parlamento, nel rispetto dei requisiti stabiliti nel Regolamento (art. 14, c. 4, terzo periodo, r.S.). Soluzione, quest'ultima, peraltro destinata ad avere effetti sulla composizione del Consiglio di Presidenza, con ulteriore deroga "transitoria" della regola della composizione fissa introdotta nel 2022, e sulla neutralizzazione della decurtazione finanziaria cui sarebbe incorsa la componente di "Azione", fuoriuscita dal gruppo originario, l'art. 7 delle disposizioni finali della novella del 2022 essendo stato inteso dal Presidente del Senato come disposizione avente natura discrezionale.

Quel che tale ultimo avvenimento parrebbe comprovare non è tanto l'inutilità di misure regolamentari maggiormente rafforzative del rapporto di derivazione organica tra partiti e gruppi[58], quanto la difficoltà di vincolare le forze politiche alla loro cogente osservanza, soprattutto se – come nel caso dell'art. 14, c. 4 r.S.[59] – la *littera* regolamentare non escluda del tutto la possibilità di azionare interpretazioni creative da parte di gruppi a ciò generalmente disposti. E, in definitiva, la perdurante politicità del diritto parlamentare, di cui gli stessi statuti interni ai gruppi sono pervicacemente ritenuti espressione. Ecco perché, allora, parrebbe doveroso fugare ogni dubbio sulla loro natura di fonte del

[57] Il che, come hanno evidenziato L. Bartolucci, N. Lupo, *op. cit.*, 177, non costituirebbe «un punto di caduta del tutto neutrale, in quanto implica che le garanzie contenute nei regolamenti dei gruppi siano tendenzialmente superabili con l'accordo tra le parti: soluzione che, pur essendo in linea con la flessibilità del diritto parlamentare, può comunque far sorgere qualche rischio, potendo comportare la rinuncia a prestare la necessaria attenzione verso eventuali profili di illegittimità dei regolamenti dei gruppi, anzitutto per assicurare il rispetto delle prerogative garantite dalla Costituzione (e dai regolamenti parlamentari)».

[58] Come ha rilevato S. Curreri, *Le conseguenze parlamentari della rottura del gruppo parlamentare* Azione-Italia Viva-Renew Europe, in *Rass. Parl.*, n. 3/2023, 396, «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».

[59] In effetti, di non facile risoluzione è la questione inerente alla possibilità di distinguere tra l'ipotesi di «aggregazione di più partiti o movimenti politici» (art. 14, c. 4, secondo periodo, r.S.) e quella della presentazione di liste congiunte di candidati con il medesimo contrassegno, la quale consentirebbe la costituzione di gruppi autonomi «purché rispondenti a singoli partiti o movimenti politici che abbiano presentato il proprio contrassegno in coalizione alle ultime elezioni del Senato» (art. 14, c. 4, terzo periodo, r.S.).

diritto parlamentare, così come sull'inevitabile profilo giuridico-costituzionale (e non meramente politico) dischiuso dalle modalità di esercizio del mandato parlamentare. E tanto, nell'attesa che la Consulta superi il proprio tradizionale *self restraint* nei confronti delle fonti parlamentari, da ultimo financo esteso ai regolamenti minori (sentenza n. 237 del 2022).

Antonino Spadaro[*]

DAL "PARLAMENTARISMO" AL "PREMIERATO": LE QUATTRO VIE PERCORRIBILI

SOMMARIO: 1. Micro- e macro-riforme costituzionali. – 2. Il disegno di legge costituzionale sul premierato: le due posizioni opposte ed estreme. – 3. La terza strada: sì al premierato costituzionale, ma "corretto". – 4. La ragionevole, ma improbabile, quarta via: dalla riforma costituzionale (premierato elettivo) alla riforma elettorale (maggioritario con designazione del Premier). – 5. Conclusioni

1. *Micro- e macro-riforme costituzionali*

Da 76 anni (1948-2024) – già appena entra in vigore la Costituzione, quindi praticamente *da subito* – si è discusso di possibili miglioramenti del testo, dunque di "riforme costituzionali". Il tema ha alimentato nel corso degli anni una vasta pubblicistica, spesso del tutto teorica se non astratta, visto che diverse proposte di riforma non hanno avuto seguito, essendo poi abortite, anche per via referendaria.

Senza infantilmente dire che è "la più bella del mondo", certo la nostra è un'ottima Costituzione, ben equilibrata e non poco previgente per i tempi in cui fu scritta. Ma ciò non significa che bisogna essere misoneisti, ossia conservatori della Carta "così com'è", sempre e comunque (se si vuole, *ultra-conservatori*) e nemmeno revisionisti ad ogni costo (in breve: *ultra-revisionisti*). La Costituzione non è un "Vangelo laico" intangibile, tant'è che – com'è noto anche all'uomo della strada – ne è prevista una procedura aggravata di revisione (art. 138) che mira, grazie all'aggiornamento del testo, proprio a conservare la Carta.

Se è vero che «*tutte* le Costituzioni che caratterizzano la forma di stato liberaldemocratica contengono […] un "nucleo duro assiologico universale", un insieme di valori superiori *non revisionabili* che appunto le accomuna […] senza con ciò negarne le diversità che rendono peculiare ciascuna di esse (forma di governo, articolazione territoriale dello Stato: regionale/federale, ecc.) […allora è vero che…] – almeno dal punto di vista della "teoria generale della Costituzione" – un atteggiamento scientificamente sereno dovrebbe riconoscere la legittimità di tutte queste Carte, proprio in quanto sono ispirate, e conformi,

[*] Ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Mediterranea di Reggio Calabria. Il testo è datato all'8 giugno 2024.

al *costituzionalismo*, risultando perciò ben lontane da quelle che disciplinano invece regimi "autoritari/totalitari" o anche semplici "democrature" [… occorre dunque…] relativizzare l'idea in sé delle "modifiche al testo" di una Carta, senza scadere nel timore apocalittico di un automatico "mutamento di sistema", ossia del passaggio ad "altra" forma di Stato (che, a ben vedere, invece può avvenire forse più facilmente in modo strisciante e subdolo attraverso modificazioni tacite)»[1].

Del resto, dal 1947 ad oggi, sono state approvate ben 48 leggi costituzionali.

Per la verità, in molti casi si è trattato solo di "micro-riforme": per esempio dell'art. 68 sull'immunità parlamentare (l. cost. n. 3/1993) o dell'art. 27 sul divieto della pena di morte anche in guerra (l. cost. n. 1/2007). In fondo "micro-riforme" sono anche quelle che – in un paio di occasioni – hanno riguardato persino i Princìpi fondamentali della Costituzione, ossia i primi 12 articoli della Prima parte della Carta che, secondo una lettura rigida, dovrebbero essere considerati sacri e dunque letteralmente "intangibili" ed invece, in prospettiva ermeneutica avanzata, sono *linguisticamente* perfezionabili/integrabili, quindi revisionabili, risultando a ben vedere non derogabili "solo" nello spirito. Mi riferisco al divieto di estradizione per reati politici di cui all'art. 10 (oltre che 26), che la l. cost. n. 1/1967 ragionevolmente prevede non possa applicarsi «ai delitti di genocidio», e alla recentissima modifica dell'art. 9, che è stato integrato dalla l. cost. n. 1/2022 con un III comma del seguente tenore: «La repubblica] tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali». È evidente, per altro, che – anche ove non fosse stata apportata quest'ultima revisione – "comunque" un'interpretazione intelligente ed evolutiva dello stesso articolo già lasciava intendere la doverosa protezione dell'ambiente e degli animali.

In altri casi, invece, abbiamo assistito a "macro-riforme", coinvolgenti un intero settore normativo della Carta, dunque *di sistema* o di "modello costituzionale": si pensi al nuovo assetto territoriale del Paese conseguente alla novella del Tit. V della Parte seconda della Carta, che – oltre al vistoso aumento delle competenze regionali – prevede le città metropolitane, il regionalismo differenziato, ecc[2].

[1] Così mi esprimevo in *Dal "revisionismo" a buon mercato al "misoneismo" camuffato*, replica alla *Lettera AIC* 12/2022: cfr. *https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/12-2022-sul-revisionismo-costituzionale/dal-revisionismo-a-buon-mercato-al-misoneismo-camuffato*

[2] Sulla distinzione fra "micro-riforme" e riforme "di sistema" (o del "modello costituzionale") sia consentito rinviare a *La "transizione" costituzionale: ambiguità e polivalenza di un'impor-*

Si tratta, dunque di valutare sempre – senza pregiudizi ideologici – i *pro* ed i *contra* sia delle micro- che delle macro-proposte di riforma della Carta di volta in volta approvate.

2. *Il disegno di legge costituzionale sul premierato: le due posizioni opposte ed estreme*

Il disegno di legge costituzionale A.S. 935 presentato il 15 novembre 2023 dal governo Meloni sul c.d. premierato (elezione diretta del primo ministro) chiaramente non è una micro-, ma una macro-riforma. Altrimenti detto: non cambia un dettaglio normativo minore, per quanto significativo, dell'ordinamento, ma uno dei fattori che caratterizza il nostro peculiare "modello costituzionale", ossia – in questo caso – l'insieme delle norme costituzionali, ma inevitabilmente anche sub-costituzionali, che determinano la nostra *forma di governo*, da sempre storicamente "parlamentare".

Comunque venga presentata (edulcorata o spacciata), si tratta senz'altro di una riforma "di sistema" e come tale va presa in considerazione. Non si configura, quindi, come un piccolo cambiamento, incidendo invece profondamente sull'intero assetto istituzionale del Paese. Infatti, per l'incidenza diretta che ogni forma di governo ha sul sistema dei pesi e contrappesi di un ordinamento, esiste un «nesso, ineludibile, fra *forma di governo* e *forma di Stato*»[3], anche se fortunatamente i due concetti non coincidono, sicché l'introduzione del premierato, in sé, non comporterebbe una modifica della "forma di Stato" in senso stretto, ossia del rapporto fra governati e governanti (determinando quindi un mutamento di regime, da democratico a non democratico)[4].

tante nozione di teoria generale, in AA.VV., *Le* «trasformazioni» *costituzionali nell'età della transizione. Incontro di studio, Catanzaro 19 febbraio 1999*, a cura di A. Spadaro, Torino, 2000, 17 ss.

[3] Mi esprimevo così in *L'evoluzione della forma di governo italiana. Dal parlamentarismo* rigido *e razionalizzato al parlamentarismo* flessibile*, con supplenza* presidenziale, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2019, 78.

[4] Non si condivide dunque la tesi per cui, mutando la semplice forma di governo, automaticamente «possa risultare sostanzialmente stravolta la stessa forma di Stato», come invece lascia intendere A. RUGGERI, *Il menu* à la carte *delle riforme costituzionali*, in *Consulta online*, 10 maggio 2023. Semmai è vero il contrario: attraverso il premierato la legittimazione democratica del Capo dell'esecutivo sarebbe maggiore. È vero invece che, almeno *rebus sic stantibus* e come si vedrà, ne discenderebbero "squilibri" nei rapporti con gli *organi di garanzia costituzionale* e soltanto sotto questo aspetto specifico è toccato il tema della forma di Stato. Basti ricordare che Premier forti e connesse maggioranze blindate possono essere determinanti, per esempio, nell'elezione del Presidente della Repubblica e dei giudici costituzionali, che invece dovrebbero essere *super partes*.

Ad ogni modo, essendo il concetto di "forma di governo" costituito da almeno 5 variabili[5], in particolare quando il mutamento è addirittura operato non attraverso un semplice cambiamento della legge elettorale, ma da una modifica delle stesse norme costituzionali, siamo di fronte a una macro-riforma, intrinsecamente "sistemica". Non è un caso, del resto, che proprio il mutamento della "forma di governo" sia sempre un fenomeno di tale rilevanza da indurre gli studiosi a parlare enfaticamente – si pensi, per esempio, all'ordinamento della Francia – di passaggio dalla IV alla V Repubblica.

Per questi motivi è evidente che una riforma di tale portata *non dovrebbe* essere approvata semplicemente con la stretta "maggioranza" indicata dall'art. 138 Cost. Non si nega ovviamente la "legittimità formale" del rispetto di tale procedura, ma si auspica piuttosto l'"opportunità sostanziale" che l'introduzione del premierato, come ogni riforma *di sistema*, trovi un consenso ben superiore a quello minimale della maggioranza politica del momento. Né mi sembra sia una buona soluzione quella di invocare "comunque" il possibile ricorso al referendum costituzionale confermativo, che – in questo caso specifico, più che in altre occasioni – per evidenti ragioni (scelta del *leader*) rischierebbe di assumere natura populistico-plebiscitaria. Si spera, insomma, che il centro-destra non commetta l'errore fatto dal centro-sinistra nel 2001 quando approvò praticamente da solo, col netto dissenso della minoranza, la macro-riforma del Tit. V.

Com'era prevedibile, già prima ma certo subito dopo la presentazione del ddl sul premierato, la dottrina italiana sul punto si è sbizzarrita, proprio per questi effetti – se non epocali, certo sistemici – derivanti, esplicitamente o implicitamente, dalla proposta, al di là di profili relativamente minori (mantenimento "formale" della fiducia, senatori a vita, controfirma, norme transitorie, ecc.) che qui non saranno esaminati[6]. Provo ora, pur brevemente, ad esporre le principali tesi sul progetto.

[5] Senza avere la pretesa di offrire un elenco completo delle "costanti/variabili" che andrebbero prese in esame per definire il concetto di forma di governo, da tempo ci sembra sia possibile indicare comunque le principali: «esse sono: I) le norme costituzionali scritte; II) le norme costituzionali consuetudinarie; III) i precedenti, le prassi e le convenzioni costituzionali in genere; IV) il sistema elettorale in senso stretto (proporzionale, maggioritario o misto, nelle sue diverse varianti) e in senso lato (tipo di collegio, tipo di voto, cause di ineleggibilità/incompatibilità, c.d. sistema elettorale di contorno: norme sulla propaganda, il finanziamento elettorale, ecc.); V) il sistema politico-partitico». Cfr. il mio *L'evoluzione della forma di governo italiana. Dal parlamentarismo* rigido *e razionalizzato al parlamentarismo* flessibile*, con supplenza* presidenziale, cit., 77. Ivi ult. bibl.

[6] Cfr. per esempio e per tutti, E. Rossi, *La nomina del Presidente del Consiglio realizzata mediante una norma abrogata: quel pasticciaccio della norma transitoria*, in *forumcostituzionale.it*, 23 aprile 2024.

Innanzitutto esistono due posizioni dottrinali che potrebbero essere definite "estreme" perché sostanzialmente pre-concette e ideologico-politiche, come tali – a mio avviso – da non prendere seriamente in considerazione.

Per alcuni – che dimenticano frettolosamente, o sottovalutano, gli inevitabili, ricordati effetti sistemico-costituzionali della riforma – il disegno di legge presentato da Maria Elisabetta Alberti Casellati, Ministro per le riforme istituzionali e la semplificazione normativa, a maggior ragione nella sua ultima versione che recepisce alcuni emendamenti della I Commissione del Senato, è semplicemente l'estensione sul piano nazionale dell'elezione diretta del Sindaco (o del Presidente della Regione), che l'esperienza ci dice aver funzionato. Non a caso spesso si usa la formula, impropria ma accattivante, di elezione diretta del "sindaco d'Italia". La proposta sarebbe perfetta, anzi meravigliosa, non mettendo minimamente in discussione i poteri del Presidente della Repubblica e quindi non alterando il delicato sistema di pesi e contrappesi del nostro ordinamento, ma permettendo piuttosto di conseguire l'obiettivo della c.d. "governabilità" – *melius* della stabile durata dei governi italiani – qualità storicamente non tipica degli esecutivi nazionali.

Per altri invece – che dimenticano sbrigativamente come proposte, non identiche ma simili a quella del premierato, in passato fossero pervenute anche dallo schieramento politico del centro-sinistra, oggi contrario alla riforma[7] – siamo di fronte alla creazione di un tipo di forma di governo che genera un irreparabile *vulnus* costituzionale, quasi di un colpo di Stato strisciante, comunque idoneo ad alterare irrimediabilmente il nostro sistema costituzionale, avviandolo verso una forma di Stato (non di governo!) se non autoritaria, comunque leaderistica e tendenzialmente illiberale, dando troppi poteri ad una

[7] Si tratta – in fondo e senza riprendere le idee di S. Galeotti o C. Mortati – di un'ipotesi di lavoro con radici antiche: si pensi alle tesi di studiosi come R. Ruffilli e P.A. Capotosti, in AA.VV., *Il cittadino come arbitro*, a cura di R. Ruffilli e P.A. Capotosti, Bologna, 1998. Ma v. pure l'art. 1 della bozza di legge di revisione costituzionale proposta da Cesare Salvi: «Il Governo della Repubblica è composto del Primo ministro e dei ministri, che costituiscono insieme il Consiglio dei ministri. La candidatura alla carica di Primo ministro avviene mediante collegamento con i candidati all'elezione del Parlamento, secondo le modalità stabilite dalla legge elettorale, che assicura altresì la pubblicazione del nome del candidato Primo ministro sulla scheda elettorale. La legge può stabilire e regolamentare lo svolgimento di elezioni primarie per la candidatura alla carica di Primo ministro. Non può essere candidato alla carica di Primo ministro chi abbia svolto tale funzione per tre legislature consecutive. I finanziamenti e le spese per la campagna elettorale, nonché la partecipazione alle trasmissioni televisive, sono regolati dalla legge, al fine di assicurare equilibrio di condizioni tra i candidati. Il Presidente della Repubblica, alla proclamazione dei risultati per l'elezione del Parlamento, nomina Primo ministro il candidato a tale carica al quale è collegata la maggioranza dei parlamentari eletti» (il testo è tratto dal resoconto del verbale della seduta antimeridiana di mercoledì 28 maggio 1997 della Commissione bicamerale presieduta dall'on. Massimo D'Alema)

sola persona, probabilmente destinata ad essere legittimata populisticamente, più che democraticamente. Non a caso l'opposizione ha presentato ben 2600 emendamenti al testo. La riprova della per dir cosi "rottura costituzionale" che la riforma determinerebbe starebbe nel fatto che in nessun Paese del mondo esiste tale forma di governo, con l'eccezione della fallimentare esperienza di Israele, sempre ricordata e temporalmente limitata (1992-2001)[8].

Ovviamente c'è qualcosa di vero in entrambe le due tesi estreme ricordate, che però sono in gran parte espressione di pregiudizi ideologici, quando non di becera propaganda politica di parte. In questo senso stupisce come anche studiosi specialisti di settore, presi dalla foga di un dibattito più politico che giuridico, talvolta indulgano in considerazioni di quasi inesistente peso scientifico.

Se prendiamo in esame solo i "dati" normativi e fattuali, i due orientamenti esposti sono – ad avviso di chi scrive – caratterizzati da inutili eccessi ed evidenti esagerazioni. Infatti:

a) non è vero che la proposta Casellati all'esame del Parlamento non "tocchi" gli attuali poteri del Presidente della Repubblica, né la riforma appare perfetta, presentando comunque – al di là delle legittime e diverse scelte di politica costituzionale – vizi "tecnici" di evidente rilevanza, di cui più avanti si dirà meglio: la necessità che si riequilibri il voto degli italiani all'estero, l'esigenza che si stabilisca contestualmente la legge elettorale, non potendo essere decisa "dopo" l'adozione della riforma costituzionale, in quanto verosimilmente *simul stabunt et simul cadent*, ecc.;
b) specularmente costituisce un ridicolo peccato di ingenua estero-filia argomentare la non praticabilità della riforma costituzionale in esame per il fatto che essa non sia *mai* stata adottata *in precedenza* all'estero (con la ricordata, negativa e limitata, eccezione israeliana). In realtà, l'ipotesi del premierato non è frutto della improvvisa fantasia di qualche politico italiano, ma era già stata autorevolmente teorizzata dal costituzionalista Maurice Duverger e dai socialisti francesi del Club Jean Moulin negli anni Cinquanta del secolo scorso. Inoltre, per usare una metafora, come un "abito" sta bene ad una persona ma non necessariamente è su misura per un'altra, così ogni Costituzione – e, *ça va sans dire*, anche ogni forma di governo – è di volta in volta adatta al singolo popolo e non può essere automaticamente e semplicisticamente esportata altro-

[8] Almeno per certi versi e per alcuni toni, forse si inserisce in questo contesto "intransigente" anche la recentissima sottoscrizione contro il ddl sul premierato proposta da M.A. Cabiddu – con tanti altri autorevoli colleghi – sulla scia dell'intervento in Senato (14.05.2024) della senatrice a vita Liliana Segre, fermamente contraria alla riforma costituzionale.

ve. Del resto, gli studiosi comparatisti sanno bene che "ogni" forma di governo è sempre un caso a sé: al di là degli astratti e manualistici *modellini* costituzionali (forse ormai non più validi nemmeno per le aule universitarie), per esempio non esiste, a ben vedere, un'unica macro-forma di governo "parlamentare", distinguendosi invece il modello inglese (c.d. Westminster), quello tedesco (c.d. cancellierato) e quello… italiano (a "multipartitismo esasperato", per usare la definizione di Elia[9]), tant'è che persino il premierato è considerato da taluno una forma di governo *neo-parlamentare*. Le forme di governo, insomma, si immaginano, si elaborano, si influenzano, si "creano", come un po' tutte le cose. In ogni caso, per quanto imperfetta sia l'attuale formulazione, la riforma del premierato non appare, neanche lontanamente, *eversiva* dell'ordinamento costituzionale. E ciò anche sulla base di una banale considerazione di diritto comparato: che – soprattutto dopo l'assalto di *Capitol Hill* del 6 gennaio 2021– il delicato sistema di *checks and balances* americano sia in crisi, non è in dubbio, ma come si dovrebbe qualificare, allora, il ben più incisivo e leaderistico presidenzialismo all'americana, che addirittura cumula nella stessa persona le funzioni di Capo dello Stato e del Governo? Più che una "monarchia", una… "dittatura" *elettiva*?[10]

In breve e conclusivamente, le due posizioni estreme ricordate – di accoglimento sostanzialmente *a-critico* e di rifiuto praticamente *pre-giudiziale* del ddl sul premierato – vanno rigettate senza troppe esitazioni, non solo perché si elidono reciprocamente per diretta incompatibilità, confermandosi politicamente troppo rigide, ma perché non hanno, a mio avviso, basi giuridicamente solide.

3. *La terza strada: sì al premierato costituzionale, ma "corretto"*

Fortunatamente, accanto a queste posizioni estreme, si è andata configurando pure una terza prospettiva, che – nella consapevolezza della determinazione politica dei promotori della riforma (pare che la Meloni abbia detto: «serve al Paese, o la va o la spacca») – mira più realisticamente e pragmaticamente solo a "perfezionare" il ddl Casellati, rendendolo tecnicamente praticabile senza troppi danni. Si tratta del progetto presentato dal gruppo dei c.d.

[9] Cfr. L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 634 ss.

[10] Naturalmente e com'è noto il sistema americano prevede un complesso sistema di contrappesi che rende praticabile il *presidenzialismo*, non senza tuttavia preoccupazioni per la tenuta delle garanzie costituzionali. Su quest'ultimo punto, per esempio, cfr. J. Kantor, *At Justice Alito's House, a 'Stop the Steal' Symbol on Display*, in *The New York Times*, 16.05.2024.

"Riformisti trasversali": un arcipelago appunto trasversale ai due schieramenti e di cui fanno parte esponenti di *Io cambio*, *Libertà Eguale*, *Magna carta*, *Riformismo e libertà* ed in parte di *Italia Viva*.

In estrema sintesi, i rappresentanti di questo raggruppamento (S. Ceccanti, G. Quagliarello, N. Drago, Ivan Scalfarotto, ecc.), chiedono diverse modifiche al ddl: fra l'altro, la previsione costituzionale di un'elezione con "doppio turno", conforme ad altri modelli europei, che consentirebbe una seconda *chance* agli elettori, riducendo il peso delle forze politiche estremistiche, e renderebbe possibile la formazione di una maggioranza reale (con soglia), come del resto richiesto dalla Corte costituzionale[11]. Ma la richiesta di correzione tecnicamente forse più significativa è che la sottostima del voto degli italiani all'estero non alteri il risultato dell'elezione del Premier, prevista ovviamente a suffragio universale e diretto (per cui "ogni" votante esprime "un" voto pieno), mentre attualmente com'è noto i 5 milioni di italiani residenti all'estero (10 % circa di votanti) sono invece sotto-rappresentati, avendo un mero diritto di tribuna (appena il 2 %). Con ogni evidenza quest'ultimo punto, reale e delicato – essendo di natura "costituzionale" – non può risolversi solo in sede di redazione della nuova legge elettorale destinata ad assegnare una maggioranza al Premier, per di più troppo tardi ("dopo" l'approvazione della riforma costituzionale, come sembra volere il Ministro Casellati), potendosi proficuamente invece immaginare, per esempio, l'assegnazione della vittoria sulla base dei seggi e non dei voti[12].

Tra i "correttivi" della riforma, personalmente ne aggiungerei tanti altri. Per esempio almeno:

a) una rigorosa limitazione delle possibilità che il governo (con un Premier forte di legittimazione popolare e connessa maggioranza) ponga le c.d. *questioni di fiducia* e
b) che al c.d. "capo dell'opposizione" – di cui al momento si auspica solo lo *status* di un mero riconoscimento regolamentare[13] – venga attribuita esplicitamente in Costituzione una delle Presidenze delle due Camere.

[11] È interessante rilevare che pure T.E. Frosini (*Una legge elettorale per il premierato*, in *federalismi.it*, 15 maggio 2024) – uno dei primi sostenitori della forma di governo di premierato – benché proponga una ri-edizione del c.d. *Mattarellum*, sia pure riveduta e aggiornata, *non escluda* la possibilità di introdurre l'assegnazione del 25 % dei seggi premiali a favore del Premier eletto al "secondo turno".

[12] Nel *mare magnum* degli articoli su questa "terza posizione" trasversale scelgo di ricordare soltanto un pezzo di S. Ceccanti, *Premierato, la riforma che serve e la proposta che non soddisfa*, in *Il Mattino*, 24.05.2024, 38, appena uno dei quasi quotidiani interventi dello studioso sul punto.

[13] Il Senato, in sede di esame dell'A.S. 935, esprime la necessità che, nei Regolamenti parlamentari, sia riconosciuta la figura istituzionale del Capo dell'opposizione, disciplinandone le

4. *La ragionevole, ma improbabile, quarta via: dalla riforma costituzionale (premierato elettivo) alla riforma elettorale (maggioritario con designazione del Premier)*

Al di là delle attuali battaglie politico-partitiche, che fanno un uso strumentale, fazioso e semplificatorio di concetti e istituti giuridici ben più complessi, l'unico e intelligente obiettivo che dovrebbe stare a cuore a tutti – oltre quello, difficilissimo, di consolidare la centralità del Parlamento – è la risoluzione del vero problema italiano: la maggiore *stabilità nel tempo degli esecutivi* (abbiamo avuto 68 governi in 76 anni!) in un quadro di tradizionale *frammentazione partitica*[14].

A tal fine "anche" l'introduzione del premierato (beninteso: tecnicamente corretto) potrebbe essere una soluzione, ma non è l'unica, né necessariamente – come cercherò di spiegare – quella meno indolore e dunque la migliore.

Bisogna purtroppo riconoscere che l'attuale forma di governo *parlamentare* italiana – per la laconicità della Costituzione sul punto e per l'inadeguatezza (non di tutte, ma) della gran parte delle leggi elettorali adottate nel corso degli anni – ha consentito il vergognoso fenomeno del *trasformismo* politico e in qualche caso favorito, durante una stessa legislatura, i c.d. "ribaltoni", che hanno determinato una pericolosa scissione fra "maggioranza elettorale" e "maggioranza parlamentare", talvolta anche con l'ausilio del Presidente della Repubblica, il quale discutibilmente ha creduto che sua funzione fosse quella di garantire *comunque* l'esistenza di un governo, purché esistesse una maggioranza "parlamentare" (c.d. *vetero-parlamentarismo*), anche se difforme da quella "elettorale" (c.d. *neo-parlamentarismo*)[15].

Bisogna certo porre rimedio a queste chiare "distorsioni" del processo democratico, ma stando attenti – sia consentita la metafora – a non buttare il bambino insieme all'acqua sporca. È evidente, dunque, che bisogna impedire il malcostume e le degenerazioni politiche costituite da trasformismo e dai ribaltoni, precludendo altresì *ab origine* al Capo dello Stato di avallarli, ma – a mio avviso – senza escludere *per principio* la formazione di governi "tecnici" o

modalità di elezione – da parte dei parlamentari che abbiano dichiarato di appartenere ai gruppi di opposizione – e le relative prerogative, con particolare riferimento al concorso nella formazione dell'ordine del giorno delle Camere.

[14] Coglie bene il punto, fra gli altri, ora A.M. Poggi, *Le "virtù" del premierato. Sistema politico e forma di governo in Italia*, Torino, 2024, *passim*.

[15] Ho esaminato il caso *funditus* nel mio *Poteri del Capo dello Stato, forma di governo parlamentare e rischio di "ribaltone"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 7, (20.09.2010) e in Aa.Vv., *Studi in onore di Franco Modugno*, Vol. IV, Napoli, 2011, nt. 16, 3443 ss., cui rinvio per ogni approfondimento. Segnalo che anche nelle esperienze comunali, dove c'è il *simul stabunt*, ci sono spesso ribaltoni, ma resta fermo il Sindaco in carica.

"del Presidente", che sono cosa ben diversa e che in situazioni di crisi rientrano invece *correttamente* nelle funzioni di garanzia e di supplenza del Presidente della Repubblica[16].

A ben vedere e più precisamente ormai si può definire la nostra forma di governo come «"parlamentare con doppia supplenza", ossia di entrambi gli organi di garanzia: Presidente della Repubblica e Corte costituzionale. Sicché – prendendo in prestito la classica metafora della barca "a vela" che però dispone di un "motorino" per i momenti in cui il vento non spira o c'è burrasca – la nostra "barca" (*forma di governo*) ordinariamente naviga "a vela" (*parlamentare*), ma dispone anche – per i tempi di bonaccia (*inanità politica*) o di tempesta (*emergenze*) – di due "motorini" (*Presidente* e *Corte*), che le permettono comunque di proseguire il suo percorso senza gravi intoppi. Proprio grazie alla presenza dei *due* motorini ricordati, il singolare sistema italiano – "forma di governo parlamentare con doppia supplenza" – nonostante le sue note imperfezioni, tutto sommato "funziona" […] Ciò per almeno due ragioni: *a*) la *supplenza* dei due "motorini" (che, per un verso o per l'altro, incide sull'indirizzo politico del *tandem* Governo/Parlamento) ha carattere eccezionale e non ordinario; *b*) la condizione di sostanziale neutralità *super partes* sia del Capo dello Stato che della Corte costituzionale, rende quasi sempre più credibili, autorevoli (e meno contestabili nell'agone politico) gli interventi di "moderazione" e "correttivi" svolti dagli organi di garanzia»[17].

Se, dunque, si prende atto di queste caratteristiche storicamente proprie della forma di governo italiana, riconoscendone la bontà di fondo, e se davvero si vuole "soltanto" rimediare alle storture democratiche (*trasformismi* e *ribaltoni*) che tanto preoccupano giustamente il centro-destra e che finora ne hanno inficiato la piena funzionalità, non occorre invocare come unica la semplicistica soluzione del premierato, che comporta invece un pericoloso irrigidimento binario: *premier eletto direttamente* o *scioglimento anticipato delle Camere*, sia pure "ora" con la previsione di un'opportuna eccezione[18].

[16] Sui reali poteri del Capo dello Stato nella nostra forma di governo cfr. ancora *L'evoluzione della forma di governo italiana. Dal parlamentarismo* rigido *e razionalizzato al parlamentarismo* flessibile*, con supplenza* presidenziale, cit., 75 ss.

[17] Mi sono espresso così, di recente, in *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista Aic*, n. 2/2023, 136.

[18] Infatti, per quanto con una formulazione indeterminata nell'ultima parte, il ddl prevede un ultimo comma dell'art. 94 Cost. di questo tenore: «Qualora non eserciti tale facoltà [scioglimento anticipato] 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».

Ne consegue, in ogni caso, una discutibile alterazione del delicato rapporto fra pesi e contrappesi che caratterizza il nostro ordinamento e una vistosa *deminutio* degli attuali poteri di garanzia del Capo dello Stato. La previsione, nella riforma, dell'eliminazione della *controfirma* per alcuni atti presidenziali (nomina del Presidente del Consiglio dei ministri e dei giudici della Corte Costituzionale, concessione della grazia e commutazione delle pene, decreto di indizione delle elezioni e dei referendum, messaggi alle Camere e rinvio delle leggi)[19] – che apparentemente ne rafforza i poteri – in realtà è una misura meramente formale: con l'eccezione forse del decreto di indizione delle elezioni e del referendum, si tratta infatti di atti comunque *già* "formalmente e sostanzialmente" presidenziali. Ma soprattutto il Capo dello Stato sarebbe impossibilitato (non tanto a scegliere il primo ministro, come pure un tempo avveniva, fra una "rosa" proposta dai partiti, quanto piuttosto), n.b.: *in situazioni eccezionali*, a:

1) dar vita a governi "tecnici" o di emergenza, che sono cosa ben diversa dai governi-ribaltoni e che, di fronte alla debolezza/inanità della classe politica, hanno posto rimedio a congiunture drammatiche nella storia del nostro Paese; e
2) adottare discrezionalmente uno scioglimento anticipato-"sanzione" [nei casi di: frattura evidente fra corpo elettorale e volontà del Parlamento, Camere in maggioranza composte da inquisiti, Parlamento che non elegge i giudici costituzionali di sua spettanza, ecc.][20].

Il ddl Casellati, oltre a comportare una invasiva e divisiva revisione costituzionale, non risolve questi problemi, anzi li determina. Basterebbero invece – ed è questa la quarta via percorribile – due cose:

a) legittimare democraticamente il Premier in forma quasi-diretta, con l'adozione di un nuovo, e più congruo, sistema elettorale *maggioritario*, auspicabilmente con *doppio turno*, che preveda l'*indicazione/designa-*

[19] L'eliminazione della controfirma appare comunque una misura ora inutile, ora irragionevole. Perché impedire il controllo – seppure solo tecnico – del Governo, per esempio, nel caso di nomina dei giudici costituzionali? È un caso di scuola, ma in teoria i candidati potrebbero essere privi dei requisiti formali o, pur possedendoli, potrebbero essere legati da vincoli di parentela al Capo dello Stato e, in casi come questi, è sempre utile il controllo del Governo, che ovviamente non dovrebbe controfirmare.

[20] Da sempre la dottrina ha configurato – accanto a casi di scioglimento anticipato solo *formalmente* presidenziali – anche casi di scioglimento anticipato quale atto *formalmente e sostanzialmente* presidenziale, con cui il Presidente "sanziona" il comportamento delle Camere. Sul punto rinvio, anche per opportune indicazioni bibl., al mio *I diversi tipi di responsabilità del Capo dello Stato nell'attuale forma di governo italiana*, in *Rivista AIC*, 2011 e in AA.VV., *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, a cura di A. Ruggeri, Torino, 219 ss.

zione del Primo Ministro, che con ciò avrebbe "contemporaneamente" sia la legittimazione popolare (di cui il Capo dello Stato *non può non* tener conto, senza però essere costretto ad irrigidirsi per sempre, rinunciando alle sue funzioni di garanzia sussidiaria), sia la maggioranza parlamentare[21];

b) rafforzare i poteri *endogovernativi* del Premier, utilizzando la riserva di legge prevista dal II c. dell'art. 95 Cost. (per es. attraverso un'intelligente revisione della l. n. 400/1988), che ne riconosca i poteri di proposta di *revoca* dei ministri[22].

Credo di essere stato fra i primi in Italia[23] a sostenere questa quarta via per conseguire l'obiettivo della stabilità di governo, fine su cui in teoria tutti

[21] A questa ragionevole tesi, ovviamente, non accede chi – salvo errore, caso unico in dottrina – esclude che la "legge elettorale" possa incidere sulla "forma di governo", addirittura mettendo in dubbio la «legittimità costituzionale di leggi ordinarie che, alla fine, operano al posto delle norme costituzionali»: così A.M. Poggi, *Elezione diretta del Presidente del Consiglio: razionalizzazione o mutamento della froma di governo parlamentare?*, in *Lo Stato*, n. 21/2023, 345 ss. Ne dovrebbe, però, conseguire che: *a*) o le "forme di governo" debbano essere sempre ed esclusivamente – dunque *in toto* – "razionalizzate" nel testo costituzionale; o *b*) tutte le leggi elettorali dovrebbero essere approvate con il procedimento di revisione costituzionale. Per converso, la realtà di tutte le forme di governo del mondo smentisce il primo punto *a*): su tutte, infatti, incidono proprio le semplici leggi elettorali. È evidente, poi, che possono esistere leggi ordinarie in materia costituzionale (art. 72, u.c., Cost.) e soprattutto che – poiché "tutte" le leggi elettorali sono appunto semplici leggi ordinarie – *non soltanto* la legge maggioritaria con designazione del Primo ministro qui proposta, ma a questo punto "tutte" le leggi elettorali che si sono susseguite nella storia italiana, in quanto meramente ordinarie e non approvate con la procedura dell'art. 138, sarebbero per ciò stesso incostituzionali, il che logicamente fa venir meno il punto *b*). La verità è che – *volendosi* a tutti i costi inserire in Costituzione il principio dell'elezione diretta – si finisce con invertire logicamente il problema, negando che (pressoché) lo stesso effetto si possa ottenere *del tutto legittimamente*, e più semplicemente, anche con una mera legge ordinaria, come del resto è già accaduto in passato.

[22] In questo senso, il ddl del governo *costituzionalizza* ciò che – a mio avviso – potrebbe essere previsto semplicemente già dalla legge, vista l'indeterminatezza degli attuali artt. 92 e 95 Cost., scegliendo di *esplicitare* il potere del premier con il seguente IV c. dell'art. 92 Cost.: «Il Presidente della Repubblica conferisce al Presidente del Consiglio eletto l'incarico di formare il Governo; nomina e *revoca,* su proposta di questo, i ministri» (mio il c.vo).

[23] Ma va ricordato almeno Leopoldo Elia, secondo cui: «Si tratta di una forma di governo e di una legge elettorale che facciano emergere da una sola consultazione degli elettori la maggioranza parlamentare e l'indicazione del Presidente del Consiglio in modo da incorporare la scelta del leader nella scelta della maggioranza». La citazione di L. Elia è ripresa da S. Ceccanti, *Per un efficace (ma non troppo) forma di governo neoparlamentare*, in *federalismi.it*., 7.06.2023, 4 s. Cfr. anche la proposta di Augusto Barbera nella sua audizione, il 16 aprile 1997, presso la Commissione bicamerale D'Alema: designazione dei candidati premier sulla scheda elettorale, al primo turno, ed elezione diretta nell'eventuale ballottaggio. Preferisce nettamente una riforma *elettorale* ad una riforma *costituzionale* ora R. D'Alimonte, *Il ballottaggio darebbe più stabilità. E Meloni non ripeta l'errore di Renzi*, in *Il Messaggero*, 27.05.2024. Invece irriducibilmente *contro* il

concordano. Tale via potrebbe essere definita di un *premierato soft, non elettivo* e probabilmente risolverebbe i problemi reali indicati, senza "toccare" la Costituzione ed il suo delicato sistema di pesi e contrappesi e senza generare danni indesiderati.

Segnalo che il meccanismo qui prospettato, sia pure con imperfezioni, esisteva ed è stato utilmente usato in passato: dal 1993 al 2004, implicitamente con un buon sistema elettorale (il c.d. *Mattarellum*) e, dal 2005 al 2014, esplicitamente con un pessimo sistema elettorale (il c.d. *porcellum*), che non a caso sul punto la Corte costituzionale, nella sent. cost. n. 1/2014, però non ha invalidato[24].

5. *Conclusioni*

Talvolta il presunto *meglio* (riforma costituzionale) è peggio del vero *bene* (riforma elettorale), ma visto il peculiare valore "politico" che la riforma costituzionale del premierato ha ormai assunto per il governo, difficilmente questa quarta via sarà percorsa.

Probabilmente la maggioranza di centro-destra mira piuttosto a «dare attuazione a una promessa elettorale, di mera immagine, mirando a realizzare il sogno, invero forse un po' populistico, di una "elezione diretta", quale che sia. Induce pure a riflettere il fatto che una riforma costituzionale che mira a rafforzare il Premier e stabilizzare la forma di governo sia proposta da parte di… un Premier forte di un governo stabile»[25]. Se questo, come pare, è il contesto "politico", temo vi sia poco da sperare per una soluzione ragionevole che non comporti alcuna revisione della Carta.

premierato, *anche* con gli importanti "correttivi" ricordati: L. Belli Paci, *Premierato, i dubbi sulla riforma*, in *Corriere della sera*, 23.05.2024, e Id., *replica* a G. Calderisi e S. Ceccanti, *Premierato: risposta alle obiezioni di Belli Paci sul ballottaggio*, sempre in *Corriere della Sera*, 26.05.2024.

[24] Cfr. il mio *Riforma* costituzionale *(premierato elettivo) o riforma* elettorale *(maggioritario con designazione del premier)*, in *Consulta online*, fasc. III/2023, 1063 ss. Ricordo che L'art. 1, comma 5, della l. n. 270/2005 (c.d. *Porcellum*), testualmente recitava: «… i partiti politici o gruppi politici organizzati che si candidano a governare depositano il programma elettorale nel quale dichiarano il nome e cognome della persona da loro indicata *come capo della forza politica*. I partiti o i gruppi politici organizzati tra loro *collegati in coalizione* che si candidano a governare depositano un *unico* programma elettorale nel quale dichiarano il nome e cognome della persona da loro indicata come *unico capo della coalizione*. *Restano ferme le prerogative spettanti al Presidente della Repubblica previste dall'art. 92, secondo comma, della Costituzione*» (miei i c.vi). Fra tali prerogative ricordo solo, qui, l'eventuale individuazione di un Presidente del Consiglio "tecnico" nelle situazioni di grave crisi politica e, ovviamente, lo scioglimento anticipato delle Camere.

[25] Cfr. *Riforma* costituzionale *(premierato elettivo) o riforma* elettorale *(maggioritario con designazione del premier)*, cit., 1070.

In ogni caso è lecito augurarsi che, dopo l'orgia propagandistica delle prossime elezioni europee, prevalgano la ragione ed il buon senso e, con onestà intellettuale, si scartino non solo le posizioni estreme prima ricordate (cfr. § 2), ma si pervenga ad un ragionevole compromesso politico: ove non si acceda all'auspicabile quarta soluzione ancora una volta qui proposta, si percorra almeno la terza via. Vedremo.

Paradossalmente, l'agone politico spesso è dominato da interessi contingenti e scelte irrazionali che inducono talvolta ad adottare soluzioni difficili e *tranchant*, ma semplicistiche e pericolose, rinunciando a soluzioni facili, meno divisive, più semplici e almeno parimenti efficaci.

Ornella Spataro[*]

LEGISLATORE E CORTE COSTITUZIONALE DINANZI ALLA QUESTIONE DELLA MORTE DIGNITOSA: IL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA AUTODETERMINAZIONE E DIRITTO ALLA VITA

SOMMARIO: 1. Premessa. Il silenzio del legislatore dopo la sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale. – 2. La legge n. 219 del 2017: alla ricerca di un equilibrio tra diritto alla vita, salute, dignità, autodeterminazione. – 3. Autodeterminazione e diritto alla vita nella giurisprudenza costituzionale: l'ordinanza n. 207 del 2018 e la sentenza n. 242 del 2019. – 4. La sentenza n. 50 del 2022: un passo indietro?

1. *Premessa. Il silenzio del legislatore dopo la sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale*

A distanza di 5 anni dalla sentenza n. 242 del 2019, che invitava il legislatore ad intervenire per colmare gli spazi lasciati scoperti dalla legge n. 219 del 2017, le tematiche dei diritti della persona rispetto alla fine della vita continuano a rimanere fuori dal dibattito politico[1]. Il monito della Corte costituzionale è rimasto inascoltato, mentre la cronaca continua a presentare casi di drammatica attualità, che lasciano affiorare i molteplici risvolti che la questione della fine della vita presenta, ponendo problemi giuridici di vastissima portata.

Ha suscitato particolare clamore, qualche mese fa, il caso di un'attrice e regista, che, affetta da una patologia grave e incurabile, ha fatto ricorso alla via del c.d. "viaggio in Svizzera": il Comitato etico della Asl Roma 1 aveva ritenuto sussistenti le condizioni richieste dalla sent. n. 242 del 2019 per consentire l'aiuto alla morte volontaria (capacità di autodeterminazione della persona; irreversibilità della patologia; intollerabilità delle sofferenze fisiche o psicologiche; dipendenza da trattamenti di sostegno vitale); la Commissione medica chiamata a dare il parere definitivo, invece, ha ritenuto non sussistente l'ultima condizione, nonostante la donna fosse sottoposta a terapia antalgica di deri-

[*] Associato di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Palermo, ornella.spataro@unipa.it. Lo scritto è stato esitato nel mese di maggio del 2024, e, pertanto, non tiene conto degli sviluppi giurisprudenziali successivi.

[1] Nell'ultimo scorcio della precedente legislatura la Camera aveva approvato, nel marzo del 2022, il ddl recante "Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita", ma la cessazione anticipata della legislatura ha impedito l'esame del Senato. Nella XIX legislatura non sono mancate le iniziative legislative in materia, ma esse sono rimaste fuori dalla programmazione dei lavori parlamentari.

vazione morfinica. Coloro che hanno sostenuto la donna nel viaggio verso la clinica Svizzera hanno poi proceduto ad una formale autodenuncia per il reato di aiuto al suicidio, e, contestualmente, ad una denuncia nei confronti della Asl competente per una serie di reati, tra i quali violenza privata e omissione di atti d'ufficio. In una situazione del tutto analoga, in Veneto, una paziente oncologica terminale non solo aveva ottenuto il via libera dalla Asl competente, ma la stessa Asl aveva provveduto a consegnare alla paziente il farmaco e la strumentazione per il suicidio assistito. Ciò evidenzia le carenze del nostro sistema normativo, che incentivano la discrezionalità delle decisioni in una materia così delicata, con il rischio concreto di produrre condizioni diseguali sul territorio nazionale. Da ultimo, relativamente ad un altro caso in cui, pur sussistendo le altre condizioni fissate dalla sentenza n. 242 del 2019, il paziente tuttavia non era dipendente da trattamenti di sostegno vitale, è stata sollevata dal GIP di Firenze la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., per contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 23 e 117 Cost. con riferimento agli artt. 8 e 14 della Convenzione Edu[2]. L'inerzia del legislatore statale ha alimentato, per altro verso, iniziative legislative regionali, che non hanno mancato di suscitare i commenti critici della dottrina, stante la circostanza che la materia in questione verte su titoli competenziali esclusivi dello Stato, contemplati all'art. 117, co. 2, lett. *l)* Cost., ovvero l'ordinamento penale, poiché si tratta di incidere sull'ambito di applicazione dell'art. 580 c.p., e l'ordinamento civile, per i profili connessi all'art. 5 c.c., che, com'è noto, vieta gli atti di disposizione del proprio corpo[3].

D'altronde, il fatto che il tema della morte dignitosa verta su interessi primari della persona, per i quali non è concepibile un trattamento giuridico frazionato territorialmente, è facilmente intuibile. Ad essere chiamato in causa è il tema incommensurabile della vita umana, della sua unicità e intangibilità quale valore supremo: come conciliare tutto ciò con il diritto all'autodeterminazione nei casi in cui il dolore fisico e psichico si fa intollerabile e la sopravvivenza, privata di ogni capacità di relazione e di esperienza, degrada al di sotto di ciò che ciascuno consideri come parametro di dignità? Qual è lo spazio per le scelte private in una materia che mette in discussione valori sistemici e principi fondamentali, e, dinanzi a tali scelte, quale può essere il ruolo dell'autorità pubblica? I poteri pubblici possono impedire o devono tutelare le scelte dei

[2] GIP Tribunale di Firenze, ord. 17 gennaio 2024.

[3] V. Corte cost., sent. n. 262 del 2016. In dottrina, v. F. Piergentili, F. Vari, *Prime notazioni sulla legge regionale del Friuli-Venezia Giulia in materia di fine vita*, in *Diritti regionali*, 2, 2023, 851 ss.; M.G. Nacci, *Il contributo delle Regioni alla garanzia di una morte dignitosa. Note a margine di due iniziative legislative regionali in tema di suicidio medicalmente assistito*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 1, 2023, 93 ss.

soggetti per una morte dignitosa[4], o, addirittura, è configurabile un vero e proprio dovere di intervento dell'autorità? Sono interrogativi che casi come quelli succitati pongono ai cittadini e agli operatori del diritto, e ai quali si dovrebbe potere rispondere partendo da una base normativa unitaria, che fornisca l'orientamento da seguire dinanzi a situazioni così controverse.

Questi interrogativi rendono evidente l'impatto che la questione della morte dignitosa esercita sull'esperienza giuridica, investendone le categorie fondamentali, a partire dai concetti stessi di vita e di persona, in rapporto con il corpo e con la salute, e con il tempo dell'esistenza: se la nascita e la morte possono essere sottratte al dominio delle leggi naturali, per diventare il possibile approdo di processi governati dalla biomedicina[5], diventa imprescindibile la predisposizione di apparati regolativi che diano legittimazione alle decisioni umane, ponendone i limiti. Tale esigenza deve superare le difficoltà politiche derivanti dalla polarizzazione etica e religiosa, prima ancora che filosofica e culturale, a cui simili tematiche si prestano. A prescindere, dunque, dai presupposti dai quali si parta per affrontare la tematica in esame, che investe la concezione della vita stessa, non si può non prendere atto delle problematiche che derivano, in concreto, dal difetto di una normazione che intervenga in modo più completo sull'ambito di autodeterminazione consentito ai singoli; si tratta, in sostanza, di evitare che la dialettica tra l'autodeterminazione e l'esercizio delle potestà pubbliche sia lasciato alle variabili mutevoli dei singoli casi.

La legge n. 219 del 2017, recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento"[6], è intervenuta, a 70 anni dall'approvazione della Costituzione repubblicana, a razionalizzare i risvolti contenutistici che, già da tempo, erano stati ricavati dalla lettera dell'art. 32, co. 2, Cost., sul piano del consenso informato e su quello, ben più controverso, delle disposizioni di volontà che il soggetto può esprimere sull'applicazione delle tecnologie di sostenimento vitale per l'eventualità che, in una fase di tempo futura, non sia più in grado di esprimere le proprie scelte. La disciplina in questione è stata, a suo tempo, salutata come risposta doverosa a una richiesta di normazione promanante dal corpo sociale, ma è ben lontana dall'aver forni-

[4] V. G. Arconzo, *Il diritto a una morte dignitosa tra legislatore e Corte costituzionale*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 1, 2023, 60 ss.

[5] Nell'amplissima letteratura A. D'Aloia (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005; S. Agosta, *Bioetica e Costituzione. Le scelte esistenziali del fine-vita*, Milano, 2012.

[6] Sui contenuti della l. n. 219 del 2017, v. G. Baldini, *La legge 219/2017 tra molte luci e qualche ombra*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2019, 1 ss.; C. Casonato, *Forum: la legge n. 219 del 2017, norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Introduzione: la legge 219 tra conferme e novità*, in *BioLaw Journal*, 1, 2018, 11 ss.; in diversa prospettiva, v. G. Razzano, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT tra libertà di cura e rischio di innesti eutanasici*, Torino, 2019.

to un apporto risolutivo, e, soprattutto, esaustivo, alle problematiche coinvolte nel tema della morte dignitosa. Dalla sua approvazione, infatti, si sono aperti ulteriori fronti di dibattito, alimentati dalle lacune che, vistosamente, emergono dal testo normativo, e che sono attestate dai fatti di cronaca. Tali lacune sono state evidenziate, e, in parte, affrontate dalla clamorosa ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale e dalla successiva sentenza n. 242 del 2019. Il giudice delle leggi è intervenuto con particolare incisività, con decisioni che sono state tacciate come sintomatiche di un eccessivo protagonismo. Forse anche per questo, il passo successivo, costituito dalla sentenza n. 50 del 2022, sembra denotare la volontà della Corte di assumere maggiore cautela, con il risultato di indicare equilibri che paiono tornare indietro rispetto ai bilanciamenti operati dalle pronunce precedenti.

2. *La legge n. 219 del 2017: alla ricerca di un equilibrio tra diritto alla vita, salute, dignità, autodeterminazione*

La legge n. 219 del 2017, pur riguardando solo un aspetto parziale del tema del diritto ad una morte dignitosa, costituisce il portato di una riflessione pluridecennale della dottrina, oltre che di un difficoltoso e controverso cammino compiuto, in assenza di una disciplina positiva, dalla giurisprudenza[7].

Il diritto vivente, così come delineato dal formante giurisprudenziale, era approdato, in assenza di una disciplina legislativa, a soluzioni che davano diretta applicazione ai principi costituzionali. Tuttavia, gli orientamenti giurisprudenziali, da soli, non potevano bastare a colmare la lacuna ordinamentale: in una materia così fortemente intrisa di soggettività etica il pluralismo dei valori costituzionali può legittimare risposte non univoche alle domande di giustizia, con esiti applicativi eterogenei a seconda della chiave di lettura di volta in volta adottata. La necessità di una legge in materia nasceva proprio, e, ancora nasce, per gli aspetti non regolati, dall'esigenza di offrire dei puntelli idonei a sottrarre gli esiti del dibattito dai limiti delle fattispecie singole: solo una disciplina espressa può sollevare i giudici dalla responsabilità di filtrare l'attuazione della Costituzione e impedire, al contempo, le lacerazioni del sistema che, inevitabilmente, conseguono alla polarizzazione del confronto su scelte così profondamente divisive.

La legge del 2017 ha recepito, dunque, principi quali il consenso informato, la libertà di coscienza, il diritto alle prestazioni sanitarie essenziali, all'alle-

[7] È notissimo il dibattito scaturito, in particolare, dalle sentenze del Tribunale di Roma (Sez. I civ., ord. 16 dicembre 2006, e GUP, 17 ottobre 2007, n. 2049) sul c.d. "caso Welby", nonché dalla sentenza della Corte di Cassazione sul c.d. "caso Englaro" (sent. n. 21748 del 2007). V. S. Prisco, *Il diritto e la fine della vita. Note preliminari*, in *Astridonline,* 89, 25/03/2009.

viamento della sofferenza, alla palliazione, e la condanna delle cure futili, che in sede giurisprudenziale avevano raggiunto un adeguato livello di saldezza ed univocità: tali principi costituivano il prodotto consolidato dell'interpretazione dell'art. 32 Cost., da cui era già emerso il collegamento tra diritto alla salute, consenso informato e autodeterminazione terapeutica[8].

Il significato più innovativo della disciplina in questione risiede nel passaggio dal riconoscimento dei suddetti principi, come sviluppo del personalismo costituzionale applicato al rapporto con la salute, ad una loro applicazione alle questioni relative alla morte dignitosa. L'estensione dell'autodeterminazione alla possibilità di decidere sulle fasi finali della propria esistenza, infatti, ponendosi in rapporto al supremo bene della vita, si configura come il risvolto, seppure estremo, del diritto di vivere in condizioni legate alla propria idea di dignità[9]. La legge n. 219, com'è noto, ha razionalizzato l'istituto delle Disposizioni Anticipate di Trattamento, segnando una tappa importante di un percorso che, non senza criticità, ha condotto al riconoscimento della possibilità di disporre, seppure entro limiti ben precisi, del tempo dell'esistenza che avvicina alla morte. Vengono così assimilate le tendenze interpretative che avevano valorizzato il profilo individuale del diritto alla salute e all'autodeterminazione, giungendo alla codificazione del consenso, declinato come possibilità di astensione dai trattamenti di sostegno vitale: si ammette che tale scelta possa fondare una pretesa giuridicamente rilevante nell'ambito della relazione di cura con il medico, oltre che nei confronti dell'apparato pubblico di potere. Vengono inoltre disciplinate le modalità procedimentali di esercizio di scelte siffatte, onde escludere le incertezze applicative nei casi concreti: le dichiarazioni anticipate garantiscono che sia rispettata la volontà del paziente laddove, in precedenza, vi era invece il rischio della prevalenza della decisione dei medici, i quali, anche contro la posizione delle famiglie, potevano decidere unilateralmente secondo "scienza e coscienza".

[8] V. Corte cost., sentt. n. 185/1998; 282/2002; 338/2003; 151/2009; 162/2014; 438/2008. In dottrina, nell'amplissima letteratura v. R. Balduzzi, D. Paris, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Rivista Aic*, 23 aprile 2009; C. Casonato, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in *Le Regioni*, 3-4/2009, 625 ss.; A. Simonicini, E. Longo, *Art. 32*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Comm. Cost*., Torino, 2006, 655 ss.; M. Luciani, *Salute (diritto alla)*, in *Enc. Giur*., XXVII, 1991, 10 ss.; D. Morana, *La salute nella Costituzione italiana, Lezioni*, Torino, 2015; S. Mangiameli, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Teoria dir. St.*, 2-3/2009, 258 ss.; L. Antonini, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in F. D'Agostino, *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, Torino, 2014, 27 ss.

[9] V. S. Staiano, *Legiferare per dilemmi sul fine vita: funzione del diritto e moralità del legislatore*, in *federalismi.it*, 9, 2012, 1 ss.

La novità più significativa della legge n. 217 sta, però, nel segnare un orizzonte assiologico che supera le posizioni di quanti contrapponevano al principio del consenso terapeutico l'indisponibilità del diritto alla vita, cui erano ispirati il codice civile e il codice penale, garantendo tutela effettiva al diritto di chiedere l'interruzione dei trattamenti di mantenimento in vita. Nell'ottica di un sistema complesso e multilivello, l'art. 1 della legge fa immediato riferimento alla Carta dei Diritti fondamentali dell'UE, e valorizza al massimo il principio di autodeterminazione[10]. Esso distingue, non senza problematicità, i "principi" di cui agli artt. 2, 13, 32 Cost. e 1, 2, 3, della Carta di Nizza, dai "diritti" che vengono tutelati, ovvero quello alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione, con ciò differenziando due piani del discorso: un metalivello vincolante, che definisce l'orizzonte valoriale a cui la decisione normativa viene legata, e i diritti che in questo orizzonte vengono contestualizzati, in posizione di pariordinazione, e assunti, al contempo, ad oggetti di tutela legislativa in una prospettiva di reciproco bilanciamento.

Circa il diritto all'autodeterminazione, se ne riconosce espressamente, per la prima volta, lo statuto costituzionale autonomo, laddove in precedenza esso veniva ricavato in via interpretativa dal substrato sostanziale del consenso informato. Autodeterminazione, salute e dignità[11] vengono posti in dialogo paritario con il diritto alla vita, significativamente posto a oggetto normativo, suscettibile di bilanciamento con gli altri diritti che entrano in gioco. Ciò significa, in altri termini, che viene sconfessata la concezione che poneva il diritto alla vita come metavalore, in quanto tale insuscettibile di rapportarsi con gli altri, pur fondamentali, principi e diritti costituzionalmente codificati. L'impostazione che poneva la vita come presupposto della stessa nozione di persona umana, in quanto tale pre-condizione necessaria di qualsiasi altro diritto, portava alla conseguenza di identificare in essa un bene superiore a tutti gli altri, inviolabile, indisponibile, inalienabile e incedibile da parte dello stesso titolare, sia pure sul piano della rinuncia alla terapia o all'assistenza[12]. Di tale impostazione, che ha trovato il momento della sua affermazione massima in epoca

[10] Sia consentito rinviare a O. Spataro, *La legge n. 219 del 2017 e la disciplina del fine-vita tra principi costituzionali e problemi aperti. Spunti di riflessione*, in *BioLaw Journal*, 2, 2019, 199 ss.

[11] V. S. Prisco; *La dignità del malato tra pluralismo delle morali ed etica di Stato*, in Id. (a cura di), *La musica della vita. Quaderno di biopolitica e bioetica di un giurista*, Napoli, 2015, 164 ss.; Id., *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, in *BioLaw Journal*, 2, 2019, 61 ss.

[12] V., per tutte, la celebre sentenza della Corte costituzionale n. 27 del 1975, in materia di aborto.

pre-repubblicana, sono il riflesso gli artt. 579 e 580 del c.p., e l'art. 5 c.c.[13]: si sosteneva l'esistenza di un "diritto alla vita", ma non "sulla vita", come conseguenza derivante dal limite del rispetto della persona umana, conformemente alle concezioni imperanti all'epoca di scrittura dei codici stessi, per cui la vita era intesa come bene super-individuale, e, dunque, indisponibile da parte del singolo, della cui conservazione lo Stato doveva farsi garante.

L'intervento legislativo del 2017, pur ponendosi a suggello del frastagliato percorso che aveva condotto alla formazione di un diritto vivente di matrice giurisprudenziale, si è affrancato dai limiti di un intervento meramente ricognitivo, poiché definisce i diritti della persona in relazione alla fine della vita prospettando la possibilità di nuovi bilanciamenti tra i valori in gioco, prestandosi a costituire la base per sviluppi ulteriori. L'intelaiatura assiologica delineata dall'art. 1 della legge, infatti, prefigura un nuovo equilibrio tra gli interessi costituzionali in gioco, sancendo possibilità che, in precedenza, non erano esenti da dubbi e incertezze. La legge n. 217 per la prima volta introduce nel nostro ordinamento una disciplina positiva che ammette la possibilità di limitazioni al principio di protezione della vita, ogniqualvolta vi sia la volontà del paziente di rifiutare cure inutili, il che integra il desiderio di vivere il tempo dell'ultima esistenza secondo modalità rispondenti alla propria valutazione morale e alla propria idea di dignità: entro questi margini c'è spazio per l'autodeterminazione, intesa in senso funzionale alla dignità nel vivere nelle fasi terminali, e, dunque, anche nel morire. In tal senso il diritto alla vita, liberato dalle sue implicazioni oggettive, viene considerato non più, o non solo, come presupposto di ogni altro diritto soggettivo, ma nella sua connotazione di diritto a compiere scelte di tipo esistenziale, corrispondenti alla visione di ciascuno circa il modo di intendere i beni fondamentali della vita, la dignità, la salute, il rapporto con la malattia e le situazioni cliniche.

3. *Autodeterminazione e diritto alla vita nella giurisprudenza costituzionale: l'ordinanza n. 207 del 2018 e la sentenza n. 242 del 2019*

L'evoluzione sopra tratteggiata ha trovato significative conferme nella giurisprudenza costituzionale, che, per alcuni aspetti, si è occupata di realizzare l'adattamento delle norme del codice penale al nuovo quadro assiologico. La valorizzazione dell'autodeterminazione dei singoli in rapporto, ed entro i limiti, della dignità della vita, non poteva non avere un impatto significativo sulle disposizioni del codice penale, che assimilano l'eutanasia attiva all'omicidio, se

[13] V. R. Romboli, *I limiti della libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" e in quello "passivo"*, in *Foro it*., I, 1991, 14 ss.; R.G. Conti, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, in *ConsultaonLine*, 1, 2018, 221 ss.

operata da terzi (art. 579 c.p., sull'omicidio del consenziente), e considerano penalmente rilevanti le fattispecie di aiuto al suicidio e di istigazione al suicidio (art. 580 c.p., in relazione ai casi nei quali sia chiara l'intenzione del soggetto ad interrompere i presidi vitali, ma egli non sia in condizione di procedere da solo). Si tratta di un impianto normativo eticamente orientato, che risente del contesto storico della sua origine, ma di cui si è posta la questione di compatibilità costituzionale in rapporto alla nuova declinazione del principio personalista, riconosciuto dalla legge del 2017. Se l'eutanasia non volontaria integra, infatti, il reato di omicidio, rimane vietata dal nostro ordinamento l'eutanasia attiva, ovvero il suicidio assistito, che, invece, altri ordinamenti consentono[14]. Al riguardo il dibattito è aperto, e impegna i giuristi e la società tutta in una delicata riflessione.

Il tema è giunto alla Corte costituzionale nel notissimo caso Cappato/Antoniani[15], relativamente alla qualificazione giuridica del comportamento di chi fornisca un aiuto non all'azione eutanasica in sé, ma alle attività che siano ad essa prodromiche. La questione ha originato una tecnica decisionale inedita, che non ha mancato di suscitare le critiche della dottrina[16], articolata in un nuovo tipo di pronuncia bifasica: un'ordinanza interlocutoria, la n. 207 del 2018, e, poi, la sentenza n. 242 del 2019. Con la prima la Corte ha rimesso al Parlamento la definizione dei delicati bilanciamenti implicati dalla questione di legittimità, e, anziché dichiararne l'inammissibilità, abbinata al monito, «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale» ha disposto il rinvio del giudizio in attesa di un intervento legislativo. La sentenza del 2019, in difetto di un tale intervento, ha proceduto alla dichiarazione di incostituzionalità, con una decisione fortemente manipolativa del disposto normativo.

Sul piano sostanziale la Corte costituzionale ha escluso, da una parte, che sia rintracciabile nel nostro ordinamento un vero e proprio diritto a morire, rilevando, piuttosto, che l'art. 2 Cost. fonda il dovere dello Stato di tutelare

[14] V., per tutti, A. D'Aloia, *Eutanasia (dir. cost.)*, in *Dig. disc. pub*., Torino, 2012, 300 ss.; C. Tripodina, *Eutanasia*, in *Diz. Dir. Pub*., Milano, 2006, 2369 ss.

[15] V., *ex multis*, 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 ss.

[16] V., Tra i numerosissimi commenti, A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.,* 2, 2019, 251 ss.; A. Ruggeri, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consultaonline*, 20 novembre 2018, 33 ss.: G. Razzano, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2019, 1 ss. Sia consentito anche rinviare a O. Spataro, *Giudizio di legittimità costituzionale e legalità penale*, Palermo, 2022, 99 ss. Per un'analisi complessiva della vicenda, v. G. D'Alessandro, O. Di Giovine (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Torino, 2020.

la vita di ogni individuo, come valore in sé, alla luce del quale è da ritenersi che la norma dell'art. 480 c.p., reprimendo l'aiuto al suicidio, tuteli interessi meritevoli di tutela.

Dall'altra parte il giudice delle leggi ha rilevato che l'art. 3 Cost. impone di considerare in maniera differenziata le situazioni in cui un soggetto, capace di prendere decisioni libere e consapevoli, abbia bisogno dell'intervento di terzi per sottrarsi ad un mantenimento in vita artificiale, che ha il diritto di rifiutare ex art. 32 Cost. In casi siffatti, per la Corte, il divieto assoluto di aiuto al suicidio limita la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, derivante dagli artt. 2, 13 e 32 Cost. «con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che di ragionevolezza e uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive».

Così impostato, il ragionamento della Corte costituzionale si pone in esatta continuità con il quadro assiologico delineato dalla legge n. 219, traendo dai principi costituzionali un bilanciamento che, se non consente di tratteggiare un vero e proprio diritto a morire, consente, tuttavia, una ricostruzione in chiave più personalista del diritto alla vita, o, almeno, di ciò che per vita debba intendersi e tutelarsi, in una valutazione condotta attraverso il prisma della dignità. Seppure secondo un ragionamento ritagliato sulle caratteristiche del caso oggetto del giudizio *a quo*, la Corte ha prefigurato una combinazione tra autodeterminazione e dignità, tale da legittimare la pretesa, in capo al malato irreversibile o terminale, afflitto da intollerabili sofferenze fisiche o psichiche, che sia in grado di esprimere liberamente e consapevolmente la propria volontà, la cui sopravvivenza dipenda da trattamenti di sostegno vitale, a chiedere e ottenere aiuto per porre fine alla propria esistenza. Non è una pretesa delineata con carattere di assolutezza, ma legata all'individuazione di presupposti fattuali precisamente determinati, riconducibili al substrato considerato dalla legge n. 219 del 2017, che, in qualche maniera, è evocata dalla Corte costituzionale come *tertium comparationis*. Nella sentenza n. 242 la Corte, infatti, afferma esplicitamente che, una volta sancita dalla legge la possibilità che l'azione di un terzo possa interrompere il trattamento di sostegno in vita, determinando la morte della persona, sarebbe irragionevole che la stessa persona, in date condizioni, non «possa ugualmente decidere di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri»: in situazioni di questo tipo il suicidio agevolato dall'intervento di una terza persona può rappresentare il modo di realizzare l'anelito verso una morte dignitosa[17].

[17] In questi casi, per la Corte costituzionale, è necessario introdurre forme di controllo preventivo, onde evitare eventuali abusi in danno di soggetti vulnerabili, di qui l'indicazione di un organo collegiale, individuato nei comitati etici territorialmente competenti; inoltre, il rife-

4. *La sentenza n. 50 del 2022: un passo indietro?*

L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale è pervenuta così, sia pure entro limiti rigorosi, a riconoscere il diritto ad una morte dignitosa come particolare declinazione dell'autodeterminazione, in combinazione con il diritto alla vita e alla dignità. Il fatto che un simile diritto abbia un radicamento costituzionale comporta che di esso si debba ragionare in termini di bilanciamento, segnando gli equilibri con gli altri valori costituzionali che con esso si relazionino. Al riguardo la sentenza n. 50 del 2022, che costituisce l'ultimo approdo della Corte costituzionale in materia, da un lato conferma gli esiti della sentenza Cappato, dall'altro, però, introduce alcuni significativi aggiornamenti, che sembrano indicare una direzione almeno parzialmente diversa.

Il fulcro del ragionamento condotto dalla Corte costituzionale risiede nell'esigenza di tutelare le persone deboli e vulnerabili: tale esigenza era già presente nei provvedimenti precedenti, ma diviene, nella sentenza n. 50, il perno della decisione di inammissibilità del referendum per l'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p. La disposizione in questione, per la Corte, identifica una norma costituzionalmente necessaria, poiché risponde ad una *ratio* ordinamentale ben precisa, ovvero quella di tutelare non solo i soggetti privi della capacità di agire, ma anche i soggetti che versino in situazioni di disagio legate alla sfera affettiva, familiare, sociale, economica. In questi casi, come anche nel caso di persone deboli, esposte a errori o suggestioni, la richiesta di morte consensuale non è sorretta da motivazioni adeguate, come invece avviene ove essa provenga da persone che vivano uno stato di malattia con particolari caratteristiche, e potrebbe anche derivare da una scelta di volontà non del tutto consapevole o non sufficientemente meditata.

A differenza che nell'ordinanza n. 207 del 2018, nella sentenza n. 50 del 2022 il principio di autodeterminazione, seppure presupposto, non è esplicitamente argomentato. Ben maggiore risalto viene dato al diritto alla vita, come «valore che si colloca in posizione apicale nell'ambito dei diritti fondamentali della persona», «matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona», «primo dei diritti inviolabili dell'uomo», con la conseguenza che in capo allo Stato incombe un imprescindibile obbligo di tutela. Sulla base di ciò, per la Corte, «quando viene in rilevo la vita umana… la libertà di autodeterminazione non può mai prevalere incondizionatamente sulle ragioni di tutela del medesimo bene», quindi è sempre «costituzionalmente necessario» un bilanciamento che assicuri una tutela minima del diritto alla vita.

rimento alle strutture del SSN, chiamate a verificare la condizione soggettiva del paziente che richiede di avvalersi del suicidio assistito, e di presiedere alle modalità della sua realizzazione secondo procedure medicalizzate.

Proprio nel riferimento a tale bilanciamento sta l'elemento che distingue in maniera evidente il registro concettuale usato dalla Corte costituzionale nella sentenza del 2022 rispetto alle prospettazioni adottate nel caso Cappato.

Nei provvedimenti del 2018 e del 2019 la Corte aveva posto l'autodeterminazione rispetto alla richiesta di morte dignitosa come risvolto peculiare del diritto alla vita, ammissibile solo in presenza di condizioni tassative: è la dignità della vita, ovvero il diritto a vivere lo spazio di esistenza rimanente in condizioni rispondenti all'idea, necessariamente soggettiva, di dignità, a sorreggere la richiesta di aiuto al suicidio, consentendone la giustificazione. In questo senso, il ragionamento della Corte tracciava una linea di continuità tra diritto alla vita, dignità, autodeterminazione, in senso pienamente sintonico con il quadro assiologico configurato dal legislatore nella legge n. 219 del 2017. Il registro concettuale adoperato nella sentenza n. 50 del 2022, invece, è completamente diverso: tra diritto alla vita e autodeterminazione non c'è continuità, ma, al contrario, alterità, di qui la necessità di un bilanciamento in caso di conflitto.

Nel caso Cappato il giudice delle leggi rileva che, sussistendo particolari condizioni in capo alla persona che chiede l'aiuto al suicidio, la disposizione dell'art. 580 c.p., scritta nel nome di una tutela incondizionata e oggettivizzata del bene vita, lede irragionevolmente l'autodeterminazione come risvolto necessario del principio personalista, e, dunque, collide con la dignità, quale condizione imprescindibile nelle scelte esistenziali dei soggetti.

Al contrario, la sentenza n. 50 del 2022 definisce l'autodeterminazione non più come connotato in chiave personalista del diritto alla vita, ma come istanza che, con la vita stessa, si pone in confronto dialettico. Sulla base di questo presupposto, ripiegando forse su un eccesso di paternalismo[18], la sentenza impedisce il referendum, pur parziale, sull'art. 579 c.p., in quanto norma che sancisce un livello minimo di tutela costituzionalmente necessaria per il supremo bene della vita.

Sia pure muovendo dalla condivisibile preoccupazione di tutelare le persone fragili e vulnerabili contro atti autodistruttivi, le affermazioni della Corte si espongono ad assumere una valenza più generale, finendo con l'arretrare rispetto ai precedenti arresti sul piano del riconoscimento del diritto ad una morte dignitosa; ciò non tiene conto delle esigenze di quanti, invece, trovandosi nelle condizioni di patologia e volontà descritte nel caso Cappato, non hanno una benché minima capacità di agire autonomamente per accostarsi ad una morte dignitosa, necessitando dell'azione altrui.

[18] In generale, sulla visione paternalista cui è ispirato il codice Rocco, G. Vassalli, *Codice penale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. III, Milano 1960; E. Dolcini, *Codice penale*, in *Digesto discipline penalistiche*, vol. II, Torino 1988. V. anche S. Prisco, *Il caso Cappato*, cit., 162-163

La richiesta referendaria, significativamente corredata da un numero elevatissimo di firme, era palesemente mossa dall'intento di stimolare il dibattito politico, creando l'occasione, in caso di successo, perché il legislatore intervenisse. In caso di esito positivo del referendum, l'effetto ablativo avrebbe determinato la depenalizzazione dell'aiuto al suicidio, salvi i casi di invalidità del consenso, sconfessando i presupposti filosofico-giuridici su cui si fondava l'art. 579 c.p., e consentendo, in sostanza, di rendere legale in Italia la pratica dell'eutanasia attiva. Sarebbe stato un esito dirompente, ma, comunque, fondato su una precisa indicazione promanante dal corpo elettorale, e derivante dall'esercizio di uno degli strumenti costituzionalmente preposti all'esercizio della sovranità popolare. Senza contare che il referendum abrogativo trova la sua funzione ordinamentale proprio nello scopo di consentire ai cittadini di superare il filtro della mediazione parlamentare, incidendo sul piano normativo anche in caso di stasi del circuito rappresentativo.

Tornando al nucleo centrale del ragionamento della Corte, ovvero la necessità costituzionale di un bilanciamento tra autodeterminazione e diritto alla vita, a ben vedere l'art. 579 c.p. non esprime alcun bilanciamento, ma sacrifica interamente l'autodeterminazione, ponendo l'indisponibilità del bene vita: l'abrogazione, pertanto, non avrebbe fatto venire meno un bilanciamento preesistente, ma avrebbe solo posto fine all'assolutezza di un divieto. Anticipando in sede di giudizio di ammissibilità del referendum una valutazione di legittimità costituzionale della normativa di risulta, la Corte costituzionale ha sostanzialmente impedito che si desse voce alla sensibilità del corpo elettorale su un tema per il quale si pone, da più parti e da molto tempo, una richiesta di normazione. Inoltre, con un sostanziale arretramento rispetto all'orientamento precedentemente invalso in tema di autodeterminazione, la sentenza n. 50 si presta a produrre effetti di sistema che vanno oltre la richiesta referendaria: il rischio è che in un eccesso di paternalismo, la protezione debordi in doverosità, perdendo di vista la dimensione costituzionale della libertà personale[19] come libertà morale, che deve includere anche la protezione dalle aggressioni di chi voglia imporre i propri principi[20].

[19] Sulla libertà morale come corollario necessario della centralità costituzionale della persona, v., per tutti, R. NANIA, *La libertà individuale nell'esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989, 24 ss.

[20] Su un piano penalistico, se l'intervento restrittivo non è sorretto dall'incapacità di autodeterminarsi, o su una invalidità, dovuta a patologia, dell'autodeterminazione, esso sfocia in una coercizione, a prescindere dal fine in nome del quale esso è previsto. V. G.P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, trad. it. A cura di M. Papa, Bologna, 2004, 52 ss.

Sandro Staiano[*]

SULLE CULTURE POLITICHE ALLA COSTITUENTE

SOMMARIO: 1. Notarella metodologica. – 2. Cattolici, comunisti e socialisti. – 2.1. Democrazia ed eguaglianza. – 2.2. I diritti sociali e il lavoro a fondamento della Repubblica. – 2.3. La questione della laicità e il voto sull'articolo 7. – 2.4. De Gasperi e Dossetti. – 3. La cultura politica liberale tra crepuscolo e nuovo giorno. – 4. Sorte delle culture politiche e crisi della coscienza costituzionale.

1. *Notarella metodologica*

Le culture politiche alle radici della garanzia costituzionale dei diritti: una storia straordinaria, di grandi passioni e di grandi intelligenze, individuali e collettive. Esistono infatti intelligenze collettive, che si manifestano in comunanze di contesto, in vettori di forza ideologici che rompono i propri confini mostrandosi capaci della massima apertura senza tuttavia rinnegare o rimuovere la propria essenza. Storia straordinaria: nuova al suo tempo, e difficilmente ripetibile, perché evento il cui ricordo stinge in un oggi percorso da conflitti di superficie, congiunturali, sotto l'impulso di interessi variabili, e privi di oggetto univocamente riconoscibile.

Alla Costituente si confrontarono e si stratificarono filoni teorici e ideali, in faglie concettuali che poi si sono inabissate, sono riemerse, sono diventate egemoni, hanno declinato; e ciascuna di queste componenti ha un saldo fondamento storico.

Di qui una prima conseguenza, si potrebbe dire metodologica: talvolta si pretende di riconoscere qual è stata la cultura egemone nel processo fondativo della Costituzione, di rilevare l'impronta più incisiva, e se ne compie una traslazione attualizzante, assecondando ragioni di parte nel contrasto politico contingente. Ma questo atteggiamento mentale è inadeguato, fuorviante, epistemologicamente inutile. Se, infatti, si guarda a ritroso a quella fase, dalla quale sono trascorsi settantacinque anni, vissuti talvolta pericolosamente dalla democrazia italiana, che ha potuto consolidarsi e avanzare grazie a quel lascito, si può vedere che di ciascuna cultura, in quel tanto di cui è dato riconoscere il contributo in un intreccio complesso tra componenti diverse, si ravvisa insieme la forza perdurante e la rinuncia a una pretesa egemonica.

[*] Ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

E si può dire – si è detto – quali furono i vincitori e quali i vinti nel processo costituente, facendo la ricostruzione delle proposte che furono avanzate e della sorte che ebbero, dello spazio ampio o limitato nelle decisioni costituenti, nella definizione dell'assetto costituzionale, del disegno del quadro dei princìpi, nelle concezioni di fondo adottate o pretermesse: la lettura sistematica degli atti lo ha ampiamente rivelato.

Eppure, anche della cultura dei soccombenti quanto al tessuto normativo infine realizzato vi è una presenza viva nella Costituzione.

2. *Cattolici, comunisti e socialisti*

I cattolici, nel processo costituente, erano mossi da diversi punti di attrazione, secondo diverse fedeltà non sempre facili da comporre, talvolta in tensione dilacerante: fedeltà alla Chiesa, fedeltà al laicato e in specie all'Azione cattolica, e fedeltà a un movimento politico e all'idea in esso concepita della costituzione di un partito cattolico.

Comunisti e socialisti avevano una sola fedeltà: a un'ideologia molto strutturata e a una prospettiva di radicale mutamento sociale ed economico.

2.1. *Democrazia ed eguaglianza*

L'inserimento dei cattolici nel lavoro fondativo dell'ordinamento costituzionale italiano, intenso e speso in un contesto politico interno e internazionale fattosi via via più difficile, ha i suoi prodromi e una sua radice lunga e profonda.

Tra i prodromi, è fatto opportunamente richiamo al messaggio radiofonico di Pio XII nel Natale del 1942, che apre – e non era affatto scontato – alla costruzione di una dottrina cattolica dello Stato[1]. Padre Agostino Gemelli, che ha acume politico, chiede al Papa se, con quel documento, egli si sia espresso a favore della democrazia. Ne ottiene in risposta che di questo «ci si occuperà più avanti»[2]. E, infatti, viene il tempo: il messaggio di Natale del 1944 identifica apertamente la democrazia come il regime meglio corrispondente al diritto naturale secondo l'insegnamento della Chiesa[3].

La radice: rileggendo le note del 1897 di Giuseppe Toniolo sulle encicliche di Leone XIII[4], a lungo punto di riferimento della cultura politica dei cattolici specie nella polemica contro il liberalismo, le sue critiche al «programma

[1] P. Pombeni, *I cattolici e la Costituente*, in *Cristiani d'Italia. Chiese, Società, Stato, 1861-2011*, Roma, 2011, 269 ss.

[2] *Ibidem*.

[3] Ivi, 3.

[4] G. Toniolo, *Il concetto cristiano della democrazia*, in *Rivista Internazionale di Scienze Sociali e Discipline Ausiliarie*, luglio 1897, vol. 14, fasc. 55.

liberale, che nel suo contenuto negativo è reso impotente a presentare positive proposte di civile rinnovamento»[5], si rinviene un'idea della democrazia come «quell'ordinamento civile nel quale tutte le forze sociali, giuridiche ed economiche … cooperano proporzionalmente al bene comune, rifluendo nell'ultimo risultato a prevalente vantaggio delle classi inferiori»[6].

Al centro vi sono i doveri: dovere di religione, dovere di giustizia, dovere di carità. Il diritto è la facoltà della persona di non essere impedita, anzi di essere coordinata nell'adempimento dei propri doveri. L'ordine sociale fondato sui doveri impone ai singoli, «in proporzione delle capacità e delle attitudini rispettive», di contribuire al bene comune a vantaggio degli altri in proporzione del bisogno di essere soccorsi[7] (per vie non immediatamente visibili, che potrebbero rintracciarsi solo con lo studio delle biografie intellettuali dei singoli costituenti cattolici, queste locuzioni troveranno eco in formule quali quella contenuta nell'art. 53 Cost.). Ciò conduce a una «eguaglianza senza fratture»[8]. Inferenza inesorabile: se la democrazia è questo, essa non può che essere cristiana.

Non è dunque del tutto esatto che il movimento cattolico «non avesse di per sé un retroterra specifico in tema di pensiero costituzionale»[9]. O, almeno, occorre rilevare che, nella ricchezza, articolazione e differenziazione del pensiero cattolico, v'era una filosofia a sostegno di una dottrina politica conducente al costituzionalismo. E v'è un filo di connessione-cesura tra queste idee, la dottrina sociale della Chiesa e gli approdi di Giuseppe Dossetti costituente: connessione ove la filosofia di Toniolo profetizza l'eguaglianza; cesura ove essa la concepisce come strutturalmente conciliativa e pacificata. Per Dossetti, invero, i capisaldi del nuovo ordinamento e i tratti da imprimere a esso sono: Repubblica democratica e riforma economica e sociale, cioè trasformazione della struttura industriale, nazionalizzazione delle grandi industrie monopolistiche, consigli di gestione, abolizione del latifondo, riforma finanziaria, riforma fiscale, tassazione straordinaria dei grandi patrimoni[10]. E Amintore Fanfani soggiungeva: mantenere e potenziare la proprietà che è frutto del lavoro, ma «distruggere le grandi proprietà»[11].

[5] Ivi, 326.
[6] Ivi, 330.
[7] Ivi, 332.
[8] Ivi, 333.
[9] P. Pombeni, *op. cit.*, 9.
[10] G. Dossetti, *Indirizzo programmatico per le elezioni del 1946*, ora in Id., *Scritti politici*, Genova, 1995, 50 ss.; con accenti analoghi, Id., *DC e Costituente (19 maggio 1946)*, ivi, 58.
[11] P. Pombeni, *Il gruppo dossettiano e la fondazione della democrazia italiana (1938-1948),* Bologna, 1978, 221 s.

Ciò mentre Palmiro Togliatti – non in Assemblea costituente, ma, essendo iniziati da un mese i lavori di questa, prefigurando un programma d'azione in essa innanzi alla direzione del suo partito, il 27 luglio del 1946 – proponeva di elaborare «una specie di New Deal» come terreno di agibilità politica per il PCI[12]. Cioè apriva una prospettiva di profonda ristrutturazione del capitalismo italiano, ma assai meno dirompente di quanto emergeva dalle posizioni dei "professorini" cattolici.

Per questi, più apertamente ed esplicitamente per Dossetti, non vi poteva essere «eguaglianza senza fratture», perché giustizia ed eguaglianza debbono essere perseguite nella lotta per l'affermazione di quell'«umanesimo integrale» tratto dal pensiero di Jacques Maritain, segno di una verità superiore che per Dossetti è metapolitica, e perciò non si piega alle leggi della politica, poiché sono queste piuttosto a doversi conformare a essa[13]. Mentre per Alcide De Gasperi – di qui una distanza tra i due che non sarà mai colmata – essa si assoggetta necessariamente a dinamiche di contemperamento politico. Ma per entrambi, necessariamente, l'eguaglianza è un principio da declinare nella sua effettività, nell'attuazione di un programma politico destinato a essere contrastato: su questo la convergenza con i comunisti di Togliatti e con i socialisti è quasi inevitabile.

La compresenza delle due culture, l'interazione-osmosi tra esse, si manifesta nella genesi compromissoria dell'art. 3, ed è nota e piuttosto lineare: ne sono protagonisti Lelio Basso e Giorgio La Pira nella Prima Sottocommissione della Commissione dei Settantacinque, in particolare nella seduta dell'11 settembre 1946, realizzando l'incontro tra personalismo e solidarismo cattolico, da una parte, e personalismo «umano e sociale», come lo avrebbe definito Togliatti in Assemblea Costituente, nella seduta pomeridiana dell'11 marzo 1947, dall'altra. Togliatti qualificava come «ideologico» il primo e «concreto», nel senso di idoneo a produrre soluzioni concretamente praticabili, il suo; e, invero, soluzioni concrete sarebbero scaturite dall'incontro tra le due sensibilità, le due culture, le due ideologie[14].

[12] Fondazione Istituto Gramsci, Archivio PCI, Verbali della direzione Pci, 1946, riunione del 27 luglio, 2.

[13] Quanto all'influenza di Maritain su Dossetti e sui "dossettiani" anche nell'opera in Assemblea costituente, cfr. L. Elia, *Maritain e la rinascita della democrazia. Schema per una ricerca*, in *Studium*, 1977, n. 5, 585 ss., e le dichiarazioni dello stesso Dossetti in *A colloquio con Dossetti e Lazzati. Intervista di Leopoldo Elia e Pietro Scoppola*, Bologna, 2003, spec. 33 ss.

[14] AC, seduta pomeridiana dell'11 marzo 1947, Togliatti: «… abbiamo cercato di arrivare a una unità; cioè di individuare quale poteva essere il terreno comune che fosse abbastanza solido perché si potesse costruire sopra di esso una Costituzione … Ritengo questo sia il metodo che doveva e deve essere seguito se si vuole fare opera seria e sono lieto che immediatamente prima di me abbia parlato l'onorevole La Pira, il cui discorso … ho ascoltato con appassionato interes-

Da questa confluenza deriva la frattura con la concezione dell'eguaglianza assicurata ai «regnicoli» dallo Statuto del 1848, che, segnando, con qualche ritardo, l'ingresso nella modernità, aveva perseguito il superamento della logica dell'articolazione della società in ceti. Il disegno Basso-La Pira – sostenuto e rafforzato da Aldo Moro nel richiamo a un'idea cristiana della democrazia – mette al centro il rapporto complesso, reso nell'elaborazione del testo e nella sua collocazione sistematica, dell'eguaglianza con la democrazia e il lavoro. È nota la traslazione del riferimento alla effettiva partecipazione dei lavoratori dall'art. 1 all'art. 3 della Costituzione, a significare, diceva Renzo Laconi, che essa non è «una realtà di fatto», una «conquista già raggiunta», ma è un compito da realizzare[15].

E deriva, sistemicamente, l'affermazione dell'eguaglianza come principio costituzionale che esprime una concezione dello Stato democratico come Stato sociale, nel quale, cioè, accanto ai diritti di libertà, vengono a pari titolo riconosciuti e affermati i diritti sociali, in particolare il diritto al lavoro, e nel quale, coerentemente, il lavoro è posto a fondamento della Repubblica.

2.2. *I diritti sociali e il lavoro a fondamento della Repubblica*

Sono i cattolici, in primo luogo, a segnare il distacco delle posizioni maggioritarie, e in ultima istanza egemoni, in Assemblea costituente dalla visione e

se, perché mi è parso che nella prima parte delle sua esposizione l'onorevole La Pira abbia dato un contributo molto efficace per scoprire non solo qual è la via per la quale noi siamo arrivati a questo tipo di Costituzione e a determinate formulazioni concrete, ma anche qual è la via per la quale siamo arrivati a quella unità che ci ha permesso di dettare quelle formulazioni … Effettivamente c'è stata una confluenza di due grandi correnti: da parte nostra un solidarismo – scusate il termine barbaro – umano e sociale; dall'altra parte un solidarismo di ispirazione ideologica e di origine diversa, il quale però arrivava, nella impostazione e soluzione concreta di differenti aspetti del problema costituzionale, a risultati analoghi a quelli cui arrivavamo noi. Questo è il caso dell'affermazione dei diritti del lavoro, dei cosiddetti diritti sociali: è il caso della nuova concezione del mondo economico, non individualistica né atomistica, ma fondata sul principio della solidarietà e del prevalere delle forze del lavoro; è il caso della concezione e dei limiti del diritto di proprietà. Né poteva fare ostacolo a questo confluire di due correnti, le quali partono da punti ideologicamente non eguali, la concezione, pur affermata dall'onorevole La Pira, della dignità della persona umana come fondamento dei diritti dell'uomo e del cittadino … Al contrario, vi era qui un altro punto di confluenza della nostra corrente, socialista e comunista, colla corrente solidaristica cristiana. Non dimentichiamo infatti che socialismo e comunismo tendono a una piena valutazione della persona umana …».

[15] Renzo Laconi, AC, seduta del 24 marzo 1947. E, infatti, a opporsi è la parte monarchica, avversa propriamente al concetto di "rimozione degli ostacoli", interpretandola nel senso che, nel contrasto politico generale, la parte contingentemente prevalente possa rimuovere la parte soccombente nel programma che ciascuna abbia dell'eguaglianza: «io rimuoverei l'onorevole Togliatti e lui rimuoverebbe me», ipotizzava Roberto Lucifero d'Aprigliano (AC, seduta del 4 marzo 1947).

dall'approccio teorico e politico che, assumendo a riferimento la Costituzione tedesca del 1919, concepiva le norme costituzionali recanti la previsione di diritti sociali come indicazioni direttive di tipo meramente programmatico, o al più come fonte di un obbligo, piuttosto blando, a carico del legislatore ordinario, o come canone interpretativo dei valori costituzionali: il diritto al lavoro come «potenziale», cioè «indicato» dalla Costituzione «perché il legislatore ne promuova l'attuazione, secondo l'impegno che nella Costituzione stessa si assume»[16]. I cattolici, invece, intendono collocare il lavoro ai fondamenti dell'ordinamento repubblicano, cioè porlo tra quegli «orientamenti fondamentali … che storicamente caratterizzano la Repubblica italiana»[17], in conformità alla «sana e accettabile ideologia» racchiusa «nelle due espressioni libertà e giustizia»[18], ideologia che dà l'impronta alle norme poi raccolte nei primi tre articoli della Costituzione, intorno ai capisaldi della dignità e dell'eguaglianza: è «un'idea cristiana … dare al lavoro una particolarissima considerazione», impegnando il nuovo Stato italiano a «risolvere nel modo migliore possibile questo grande problema di immettere sempre più pienamente nell'organizzazione sociale, economica e politica del Paese quelle classi lavoratrici, le quali, per un complesso di ragioni, furono più a lungo estromesse dalla vita dello Stato e dall'organizzazione economica e sociale»[19]. La cultura cattolica colloca saldamente e centralmente il lavoro in questo contesto fondativo, che conserva compattezza concettuale, nonostante la complessità dei contributi delle culture di cui sono portatori comunisti e socialisti, che sono anch'essi leggibili in trasparenza nei testi, tant'è che il riferimento alla «partecipazione politica, economica e sociale del Paese» può transitare dall'art. 1, ove era originariamente collocato, nell'art. 3, senza che perda di senso nel complessivo disegno politico-costituzionale.

In questo medesimo ambito culturale, Dossetti considera perfetto e coercibile il diritto al lavoro, valutandone la garanzia quale architrave del progetto costituzionale di una società nuova su di esso fondata, come «condizione umana accomunante, naturalmente egualitaria»: egli, dice, non «saprebbe rinunciare al sogno di avviare la struttura sociale verso una rigenerazione del lavoro in modo che il suo frutto sia adeguato alla dignità e alla libertà dell'uomo»[20].

[16] Questo il tenore della Relazione del Presidente della Commissione per la Costituzione Meuccio Ruini sul progetto di Costituzione, presentata alla Presidenza dell'Assemblea costituente il 6 febbraio 1947, pagina 7. Ruini apparteneva a una delle componenti liberali presenti in Assemblea costituente.

[17] Aldo Moro, AC, 13 marzo 1947.

[18] *Ibidem*.

[19] *Ibidem*.

[20] Giuseppe Dossetti, AC, Prima Sottocommissione, 8 maggio 1947.

Quelle di cattolici, da una parte, e comunisti e socialisti, dall'altra, sono posizioni forti, culturalmente molto strutturate, e che possono ibridarsi senza snaturamento, individuando un nucleo condiviso e stabilendo i confini oltre i quali non è possibile la composizione, ma occorre rimarcare le differenze[21]. Il compromesso costituzionale rimane sempre saldo: cattolici, in misura prevalente, poi socialisti e comunisti, convergono nell'affermazione di un quadro integrato di diritti e valori, tra i quali si afferma l'idea del lavoro a fondamento della Repubblica.

Ma la cultura cattolica del lavoro risulta egemonica. Essa trova punti di contatto con quella di area marxista, stabilendo tuttavia essa i limiti della convergenza sui valori. E segna la linea di frattura più radicale con l'apparato ideologico e con l'ordinamento del lavoro affermati in epoca fascista, frattura incolmabile sulla questione chiave del fondamento, tanto più perché quell'egemonia culturale si afferma lievitando in un complesso rapporto con la dottrina fascista del lavoro, dipanatosi nella fase autoritaria, e poi emerge in piena luce e si impone nell'ordinamento repubblicano.

Anche per il fascismo, invero, il lavoro aveva assunto, almeno a partire dagli anni Trenta, una posizione fondativa nella legittimazione dello Stato: come altri totalitarismi novecenteschi, anche il fascismo celebrava il lavoro produttivo come «strumento di integrazione autoritaria delle masse nello Stato»[22]. La legislazione corporativa – in ispecie la «fascistissima» legge n. 563 del 1926 – aveva disegnato i capisaldi di un modello di ferreo controllo sulla modulazione del rapporto tra autonomia e comando esterno, facendo arretrare il campo di incidenza del diritto privato, attraverso il riconoscimento dei sindacati, il contratto collettivo *erga omnes*, le controversie collettive di lavoro. Per questa legislazione il lavoratore non era titolare di diritti, ma era un "produttore", strumento di potenza dello Stato: il lavoratore è certo un individuo, ma lo Stato non «lo cerca come quell'astratto individuo che il vecchio liberalismo supponeva atomo indifferente, ma lo cerca come solo può trovarlo … come una forza produttiva specializzata»[23]. Una concezione espressa in modo organico nella Carta del lavoro del 1927: «Il lavoro … è un dovere sociale, e solo a questo titolo è tutelato dallo Stato … il complesso della produzione è unitario dal punto

[21] Così, Aldo Moro, di fronte alla proposta di Palmiro Togliatti di qualificare la Repubblica come «dei lavoratori», dichiara di non poterla accogliere, nonostante «la suggestione che una simile espressione può avere per un cristiano», per il «significato classista» che essa avrebbe «assunto fatalmente», ma dichiara di farne «salva … la sostanza»: AC, 13 marzo 1947.

[22] P. Costa, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, a cura di G.G. Balandi e C. Cazzetta, Milano, 2009, 28.

[23] G. Gentile, F*ascismo, identità di Stato e individuo (1927)*, in *Il fascismo. Antologia di scritti critici*, Bologna, 1982, 275.

di vista nazionale; i suoi obiettivi sono unitari e si riassumono nel benessere dei singoli e nello sviluppo della potenza nazionale»[24]. In sede dottrinale, in totale congruenza: «per il Fascismo il lavoro significa il realizzarsi pieno della personalità sociale dell'uomo, l'essenza stessa della sua socialità»[25]. E, traslata in sede teorica, la centralità del lavoro, il suo porsi a fondamento, passa per l'inglobamento delle forze sociali nella compagine statale, in risposta alla crisi dello Stato moderno[26].

La cultura cattolica del lavoro si forma, nel periodo fascista, misurando la distanza dalla potente occupazione di campo di questo apparato ideologico, dottrinale, teorico, e dalle sue pratiche conseguenti. I cattolici presentano posizioni articolate e differenziate, ma avendo sempre un punto di orientamento saldo, mai smarrito: la prevalente adesione a un'idea corporativa innervata di solidarismo, lontanissima dalla concezione fascista. E ciò è nell'ordine delle cose, poiché il corporativismo cattolico, nella sua essenza, evoca i tratti di un assetto medievale, talvolta idealizzato più che storicamente ricostruito, di cui è vagheggiata la riproduzione nella società industriale contemporanea. Esso si oppone al centralismo statale come strumento di composizione del conflitto tra capitale e lavoro. Poi l'idea corporativa cattolica si diparte in due grandi correnti: l'antimodernista radicale e la democratica. Ed è la seconda, forgiata nella critica teorica e nell'opposizione politica e nella resistenza culturale al fascismo, che trapassa in Assemblea costituente[27]. Ma entrambe sono inconciliabili col corporativismo fascista. Questo, infatti, è concepito come strumento di

[24] Carta del lavoro, art. II, in Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia, Parte prima, 30 aprile 1927, n. 100.

[25] G. Bottai, voce *Lavoro*, in *Dizionario di politica*, a cura del Partito Nazionale Fascista, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, vol. II, 1940.

[26] Id., voce *Corporativismo*, in *Enciclopedia italiana*, Appendice I, 1938: «… Lo stato, nella concezione del corporativismo, assume nella sfera delle propria essenza etico-politica tutta la vita sociale, tutte le forze sociali ed economiche espresse e realizzate dai cittadini, dando loro il battesimo della sua eticità e politicità, ordinandole e regolandole secondo i suoi supremi fini …».

[27] Valga a riprova qualche notazione sulla biografia intellettuale di Alcide De Gasperi: «… Consapevole del carattere composito del corporativismo cattolico, De Gasperi ne richiama le anime principali, da quelle dai contorni nostalgicamente medievalisti, antimoderni e oltranzisti di La Tour du Pin, De Mun, Donoso Cortes e Vogelsang, a quelle dalla vena più distintamente democratica avanzate da Ketteler, Montalembert, Toniolo, Herting, Périn e dagli esponenti della tradizione politica del Zentrum germanico … Cardine del percorso storico-ricostruttivo di De Gasperi è l'insistenza sul carattere pluralistico e antistatolatrico del corporativismo cattolico, costruito intorno agli ideali di "autonomia e libertà personale" e alla corporazione intesa come proiezione sociale delle "unità originarie e naturali" della vita pubblica (la persona e la famiglia)» (M. Cau, *La via maestra alla giustizia sociale. Alcide De Gasperi tra solidarismo e corporativismo*, in *Scienze & Politica*, n. 41, 2009, 17, citando A. De Gasperi, *Un maestro del corporativismo cristiano. René de La Tour du Pin*, in Id., *Scritti e discorsi politici*, Bologna, 2008, II).

dominio statale assoluto, mentre il corporativismo cattolico si conforma come modo di affermazione della "naturalità" dei corpi sociali, in tensione con lo Stato, nella sua natura di entità artificiale pervasiva[28]: l'idea corporativa cattolica, anche nelle restituzioni segnate maggiormente dall'organicismo, e dunque da una certa fuorviante assonanza con la costruzione legislativa fascista della seconda metà degli anni Venti del Novecento, è sempre saldamente ispirata al principio pluralista[29] e al principio democratico.

E, se non può negarsi che altre, non marginali, espressioni della cultura cattolica aderiscano alla visione corporativa fascista, ciò avviene tuttavia al di fuori dell'alveo della corrente maggiore e più vitale della tradizione di studi e riflessioni, in una condizione «di sbandamento e di vuoto dottrinale»[30]. Un certo "riallineamento" di una parte consistente dei cattolici, almeno fino agli anni Quaranta, vi è con l'abbandono dell'idea del corporativismo di associazione in chiave antistatalista[31]. E una componente di rilievo delle istituzioni culturali, soprattutto nell'Università cattolica di Agostino Gemelli, convergeva verso la concezione corporativa dominante[32], forse anche per via di certe ambiguità del magistero papale nei primi anni Trenta[33]. Ma a mantenere forte e vitale la cultura cattolica, e limpida la visione, provvedono i cattolici in esilio, radicalmente critici nei confronti del «corporativismo realizzato» nella fase totalitaria[34].

Peraltro, a contatto col corporativismo cattolico, l'esperienza del corporativismo fascista non manca di rivelare le proprie crepe e le proprie aporie teoriche: esso è segno di contraddizione nell'ideologia fascista dello Stato, è un «rivelatore di complessità»[35], poiché mostra inizialmente una venatura di

[28] W. Cesarini Sforza, voce *Corporativismo*, in *Enc. Dir.*, 1962, 666 ss.

[29] Questo è un tratto profondamente inciso nella cultura dei cattolici alla Costituente, e deriva dall'elaborazione di Giuseppe Toniolo. Cfr. L. Cerasi, *Il corporativismo "normale" di Giuseppe Toniolo, tra medievalismo, laburismo cattolico e riforma dello Stato*, in *Humanitas*, n. 1, 2014, 101 s.: «… per quanto organicistico, l'edificio vagheggiato da Toniolo restava pluralistico: il punto dirimente diventava, naturalmente, la concezione dello Stato, che doveva essere un soggetto meno presente possibile nella regolazione delle funzioni delle corporazioni, rispetto alle quali doveva assolvere un ruolo di integrazione e garanzia … E il pluralismo doveva essere garantito dal principio della libertà di associazione».

[30] R. Moro, *La formazione della classe dirigente cattolica (1929-1937)*, Bologna 1979, 479.

[31] Cfr. M. Pasetti, *Corporativismi allo specchio. Quattro variazioni nella dialettica tra cattolicesimo e fascismo*, in *Storicamente*, n. 15, 2019, 19.

[32] *Ibidem*.

[33] Sugli apprezzamenti per il corporativismo statalista nella enciclica di Pio XI Quadragesimo anno, ivi, 21.

[34] Ivi, 24.

[35] B. Sordi, *Corporativismo e dottrina dello Stato in Italia. Incidenze costituzionali e amministrative*, in *Korporativismus in den südeuropäischen Diktaturen. Il corporativismo nelle dittature*

pluralismo, quando asseconda l'esigenza di contrapporsi alla dottrina liberale, al «carattere razionalistico e astratto del modello di obbligazione politica disegnato a fine Settecento»[36], ma poi segue il proprio ineluttabile destino di «condensarsi nel monolitismo statualistico di arrivo»[37]. Ora sui cattolici può esercitare una certa attrazione quell'originario interesse per la dimensione sociale; ma a essi non può non risultare estraneo l'esito «statolatrico». E tuttavia quel contatto critico finisce col rivelarsi fecondo, perché in esso i cattolici compiono un affinamento teorico che alle altre tradizioni culturali e politiche non è dato conseguire.

I cattolici si presentano dunque in Assemblea costituente dotati di tutti gli strumenti concettuali per rovesciare la concezione fascista nell'altro da sé, nel nuovo contesto democratico, in un'opera di trasfigurazione e risemantizzazione: il lavoro come fondamento, la garanzia della libertà sindacale dei "corpi" organizzati, i contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria, la doverosità del lavoro. E per andare oltre i propri stessi confini culturali, tagliando il filo che lega cattolicesimo e corporativismo, sia pure di matrice specificamente cattolica. Sarà Alcide De Gasperi – che pure, negli anni dell'esilio nelle stanze vaticane, aveva proposto, in termini di assoluta inconciliabilità, la distinzione più limpida tra corporativismo cattolico e corporativismo fascista[38] – a sancirlo, proclamando la "inutilizzabilità" della categoria nel nuovo assetto ordinamentale e politico.

2.3. *La questione della laicità e il voto sull'articolo 7*

È questo l'ambito discorsivo in cui è possibile il compromesso costituente, in cui spicca la straordinaria leadership di Dossetti, che dà la sua impronta all'organizzazione dei lavori, resa funzionale alla composizione massima possibile delle posizioni dei cattolici da una parte e dei comunisti in particolare, dall'altra: è lui a volere che i relatori in ciascuno degli argomenti trattati dalla prima Sottocommissione della Commissione dei Settantacinque siano scelti per coppie oppositive, un democristiano e un comunista.

Ed è questo l'ambito in cui si svolge la vicenda che condurrà al voto favorevole dei comunisti sull'articolo 7 della Costituzione, una vicenda in cui si intrecciano tattiche "parlamentari", scelte strategiche, culture politiche, e visioni diverse in ciascuna di esse. Segnatamente in questo caso, la cultura cat-

sudeuropee, a cura di A. Mazzacane, A. Somma, M. Stolleis, Frankfurt am Main 2005, 130.

[36] *Ibidem*.

[37] Ivi, 132.

[38] Maurizio Cau riporta l'episodio di un articolo di De Gasperi, molto chiaro su questi temi, "prudentemente" respinto dalla rivista *Vita e Pensiero* nel 1933: M. Cau, *La via maestra alla giustizia sociale*, cit., 17.

tolica evidenzia la ricchezza delle proprie differenze, nella linea di tensione tra Dossetti e De Gasperi.

Sul piano dei posizionamenti tattici, la vicenda è stata ricostruita nel dettaglio[39]: innanzi alla intransigente richiesta espressa in termini molto espliciti dalla Santa Sede e personalmente dal Papa, di richiamare nella Costituzione i Patti Lateranensi già stipulati, e innanzi alla sagace posizione di Togliatti a portare il suo partito a esprimersi a favore, lasciando a opporsi i socialisti, in modo da aver il massimo peso, risultando almeno politicamente decisivo, nelle determinazioni dell'Assemblea, De Gasperi si trova nella difficile condizione di ricercare un'adesione plenaria, in cui il voto comunista si diluisca e stinga nell'irrilevanza. Ma il suo scopo è reso difficile, e si rivela impossibile, per la chiusura da parte vaticana ad accettare modifiche della formula originaria dell'art. 5 – poi trascorsa nell'art. 7 del testo definitivo – contenente il riferimento ai Patti Lateranensi del 1929, firmati da Mussolini. Eppure, tentativi di mediazione vi sono – da parte dello stesso Togliatti, che propone di prevedere la regolazione dei rapporti tra Stato e Chiesa «in termini concordatari», di Basso con formula analoga, di De Nicola, che prospetta la variante «i rapporti tra Stato e Chiesa continueranno a essere regolati in termini concordatari» – ma si infrangono tutti sull'irriducibilità della Santa Sede, della quale Dossetti si fa portatore senza flessioni ed esitazioni nel dibattito costituente[40]. Ma, mentre De Gasperi teme uno scenario segnato da divisioni vistose nell'Assemblea costituente e insieme dal voto favorevole dei comunisti, Dossetti sembrava auspicare l'intesa con Togliatti. E, pochi giorni prima del dibattito decisivo sul secondo comma dell'art. 5, presenta un articolato di tono "dottrinale", con argomenti di teoria giuridico-costituzionale, poi trasfuso nel primo comma del medesimo articolo proprio per iniziativa di Togliatti[41].

Togliatti trova dunque pervia la strada per la sua "pretesa inclusiva": rileva che il suo vero interlocutore in tema non è «un rappresentante autorizzato da tutta la Nazione, cioè … dal … governo, democratico e repubblicano»; «l'altra parte» è invece quella che ha il «suo organo autorizzato ufficiale» nell'Osservatore Romano, il quale, dice a Nenni, non è «un giornale tra gli altri», ma è «l'esponente autorizzato dell'altra parte … l'unica voce, l'unico mezzo che abbiamo per conoscere cosa pensa la Santa Sede», firmataria degli atti concordatari «insieme con i rappresentanti di allora dello Stato italiano»[42]. E benché i Patti lateranensi del 1929 rechino il segno dei cedimenti al

[39] Cfr. per tutti, anche per il ricco apparato documentale derivante dall'Archivio della rivista Civiltà Cattolica, G. Sale, *Il Vaticano e la Costituzione*, Milano 2008, 59 ss.

[40] Ivi, 64 ss.

[41] AC, 21 marzo 1947.

[42] AC, 25 marzo 1947.

fascismo («l'ombra funesta del triste amplesso di Pietro e Cesare»), il voto favorevole – afferma Togliatti – è necessario perché «abbiamo bisogno di pace religiosa, né possiamo in nessun modo consentire che essa venga turbata», perché la classe operaia, di cui il Partito comunista è il soggetto maggiormente rappresentativo, «non vuole una scissione per motivi religiosi», e i comunisti sentono il dovere di «fare il necessario perché una scissione e un contrasto non si aprano tra la massa comunista e socialista da una parte e i lavoratori cattolici dall'altra»[43].

La vicenda contribuisce ad accentuare un'insofferenza di De Gasperi nei confronti di Dossetti, e del gruppo di giovani costituenti cattolici dai quali è stato preso a riferimento, insofferenza che ha portata più generale[44].

2.4. *De Gasperi e Dossetti*

In tutto ciò, può esservi un *quantum* di *politique politicienne*, forse anche una competizione per la *leadership*, condotto in certa misura ingenerosamente (non da parte di Dossetti, che pare orientato alle durezze dello scontro aperto nel proscenio, piuttosto che alla penombra del retropalco).

Ma ciò che più rileva è la diversità nella cultura politica, su grandi questioni dirimenti.

La prima è intorno alla funzione del partito politico.

De Gasperi lo concepisce come soggetto organizzato intorno a una visione generale, saldamente ancorato a una base ideologica univoca, e inteso alla

[43] *Ibidem*.

[44] In G. Sale, *Il Vaticano e la Costituzione*, cit., 43, è fatto richiamo a un documento del 5 marzo 1947, contenuto nell'Archivio di Civiltà cattolica, Fondo p. Martegani, dal quale risulta che De Gasperi, innanzi alla richiesta della Santa Sede, inoltrata attraverso il nunzio in Italia, monsignor Francesco Borgongini Duca, di indicare un interlocutore, attraverso il quale «i suggerimenti [vaticani] possano arrivare agli onorevoli del partito senza mettere in vista la Nunziatura e la Santa Sede», risponde, dopo lunga meditazione, «Dossetti no, egli ha qualche volta espresso il parere che non bisogna ascoltare le reazioni reazionarie del Vaticano. E nemmeno Moro, che … ha nella Costituente sostenuto articoli sociali di sinistra. Questi professori hanno combinato qualche guaio. Dossetti ha trattato con Togliatti, il quale ad un certo momento gli ha detto perfino di non essere contrario ai Patti Lateranensi, sicché il partito si è aggrappato a questa posizione; ora Togliatti ha fatto macchina indietro. Lei potrebbe trattare con Tupini o Corsanego» (di stretta osservanza degasperiana). I fatti si sarebbero incaricati di dimostrare che Togliatti non avrebbe fatto per nulla «macchina indietro». Osserva Sale: le parole di De Gasperi «furono ascoltate in Vaticano con viva sorpresa: si sapeva che le posizioni di Dossetti non coincidevano in ambito politico con quelle di De Gasperi e dei suoi, si sapeva anche che il gruppo dei professorini era molto sensibile alle questioni di giustizia sociale e che in alcune occasioni si erano trovati di far fronte comune con la sinistra, ma non si poteva pensare affatto che Dossetti potesse fare il doppio gioco con la Santa Sede».

raccolta del consenso elettorale[45], e, nella concreta esperienza di governo, esso finisce con il divenire «uno strumento della Presidenza del Consiglio e la Direzione più autorevole quella dei gruppi parlamentari»[46].

Dossetti, invece, si è nutrito all'idea, che è anche sturziana, di un partito dotato di «autonomia e creatività programmatica», che mette al centro il programma, «la sua moralità per la politica»[47], un luogo di discussione e di elaborazione, i cui risultati debbono essere portati poi in Parlamento, e di formazione aperta delle élite politiche[48], un «soggetto popolare distinto dalla funzione del governo»[49]. Ma siffatta autonoma «creatività programmatica» non si produce, la capacità trasformativa della Democrazia Cristiana ne risulta compromessa, e Dossetti ne sarà disilluso[50].

L'altra grande questione, con riferimento alla quale Dossetti rimarca una distanza culturale progressivamente sempre maggiore dalla mentalità e dalle prassi politiche dominanti, è nella visione del cattolicesimo italiano, della *Ecclesia*[51].

Ciò induce a una conclusione: il contributo culturale di cui personalmente Dossetti si fa portatore si esaurisce nella fase costituente, o almeno in essa si esprime con più compiutezza e con più intensa capacità di influenza. Poi rifluisce e lascia il campo insieme al suo artefice. Esso cessa di parlare al

[45] P. Pombeni, *Giuseppe Dossetti nella politica italiana*, in Aa.Vv., *Giuseppe Dossetti all'Assemblea costituente e nella politica italiana, Atti del convegno promosso dalla Fondazione della Camera dei deputati, 5 dicembre 2006*, Roma 2007, 59.

[46] G. Bianchi, *Presentazione*, in G. Dossetti, *Scritti politici*, cit., XIII.

[47] Ivi, XII.

[48] P. Pombeni, *Giuseppe Dossetti nella politica italiana*, cit., 58 s.

[49] M. Tronti, *Introduzione* a G. Dossetti, *Scritti politici*, cit., XVII.

[50] G. Dossetti, *Fisionomia del II Congresso della DC (30 novembre 1947)*, in *Scritti politici*, cit., 189: «… bisogna avere il coraggio di affermare che rimanendo, come si è rimasti sino ad ora, nel quadro di una economia ancora fondamentalmente liberista, l'eliminazione della disoccupazione di sistema resterà sempre un pio desiderio. Così, per contro, non basta affermare il principio della preminenza del lavoro nelle aziende industriali, se poi si assume un atteggiamento vago e dilatorio – dimenticando persino una decisione formale del Partito, già vecchia di due anni – di fronte a quei consigli di gestione, che certe manovre comuniste ci possono aver resi sospetti, ma che tuttavia si presentano come un primo avvio, realizzabile senza gravi inconvenienti, e come un prima prova di buona volontà ormai indifferibile, sulla strada della riforma totale della impresa».

[51] G. Dossetti, *Relazione al Convegno di Civitas Humana*, in *Scritti politici*, cit., 317: «… Il principio primo e fondamentale è che il problema italiano è soprattutto problema del cattolicesimo italiano, della Ecclesia italiana … È inutile, assurdo e colpevole pensare che il problema italiano sia anzitutto il problema del governo, dello schieramento politico, della organizzazione e della riforma sociale in Italia, della forza comunista in Italia, ecc. … Il problema italiano è essenzialmente qui: – la Ecclesia italiana ha in gran parte mancato il suo compito negli ultimi decenni …».

partito cattolico, ai suoi uomini, anche a quelli per i quali Dossetti era stato riferimento primario, poiché essi rinunciano, inglobati nelle prassi di governo, a perseguirne l'ideale trasformativo. Per Dossetti, «lo Stato moderno – e cioè lo Stato liberale, almeno *incohative*, lo Stato totalitario, spesso *exhaustive* – per quanto nato dalla premessa libertaria di una garanzia dei diritti fondamentali, di fatto ha compresso tutti i fondamentali diritti di libertà … Tutti meno uno che lo Stato liberale ha sempre rispettato, e che nella sostanza, se non in particolari modalità accidentali, gli Stati totalitari … hanno sempre rispettato: il diritto della proprietà privata degli strumenti di produzione e della libera iniziativa economica»[52]. Per superare questo assetto, bisogna ridurre la dimensione statale e individuare i «termini concreti del piano di azione dello Stato per l'assoggettamento all'ordinamento giuridico della società e del potere economico»[53]. A tali fini, occorre rivitalizzare il suffragio universale, in modo che esso non abbia solo «una validità e una legittimità nel titolo dell'investitura», smarrendola, invece, «nel momento dell'esercizio del potere», sotto la pressione dei «fatti della società economica, sottostante all'ordinamento giuridico, ma dominante l'ordinamento politico», ma abbia una «legittimazione permanente»[54]. Per farlo occorre evitare soluzioni corporative o interclassiste, le prime capaci solo di ottenere una «pace formale» mentre permangono conflitti profondi irrisolti[55], le seconde incentrate su formazioni politiche talmente comprensive da vedere i propri programmi elidersi di fronte alla individuazione del loro «compito storico concreto, di spazio non breve, cioè non mensile o annuale soltanto, che sia concretazione dell'ideale finalistico dello Stato»[56]. Ecco perché occorrono «strutture radicalmente nuove»[57], sia quanto allo Stato sia quanto ai partiti[58]. E solo in un assetto siffatto vi può essere autentica legittimazione dei governanti: cioè solo se questi vengano percepiti come i «liturgici che apprestavano i servizi pubblici nello Stato greco, gli operatori liturgici di Dio, λειτουργοι Θεοῦ», parola forte adoperata – afferma Dossetti – quando a quel tempo «si tratta di inculcare ai romani che bisogna pagare il tributo a chi si deve, qualunque tributo»[59]. Prospettiva assai distante da quanto si andava consolidando nella

[52] G. Dossetti, *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, in *Scritti politici*, cit., 351.
[53] Ivi, 372.
[54] Ivi, 368.
[55] Ivi, 369.
[56] Ivi, 371.
[57] Ivi, 373.
[58] «… Abbiamo un vecchio concetto dei partiti e della loro funzione: reagiamo contro ogni nuova costruzione politica fondata su una democrazia omogenea e differenziata»: G. Dossetti, *Relazione al Convegno di Civitas Humana*, cit., 313.
[59] G. Dossetti, *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, cit., 375.

mentalità del secolo, dalla quale Dossetti segna la distanza. Anche monacandosi.

3. *La cultura politica liberale tra crepuscolo e nuovo giorno*

Difficile ricostruire i tratti della cultura politica liberale guardando solo alle vicende della rappresentanza di quel campo in Assemblea costituente: gli eletti nella lista dell'Unione democratica nazionale, tra i quali si annoverano grandi individualità dell'epoca prefascista, si dividono in gruppi distinti, alcuni conservando la denominazione elettorale, altri formando i gruppi Partito liberale italiano e Partito democratico del lavoro.

Più agevole seguire le tracce dell'antico liberalismo, che guarda ancora al secolo trascorso, alla fase storica anteriore al fascismo, che non riesce a valutare il ruolo dei nuovi partiti di massa se non come un disvalore, che è avverso al pluralismo sociale e istituzionale, ai corpi intermedi, alla supremazia della Costituzione sulle leggi e alla garanzia giurisdizionale di essa, e si attarda in un laicismo estremo e lacerante, evocando la debolezza dello Stato, e, con lo Stato, dell'assetto democratico prefigurato dalla Costituente.

La polemica contro i partiti è aspra e irriducibile: la "democrazia dei partiti" è disfunzionale per propria natura, minata com'è da pratiche riprovevoli[60], e chi la persegue è affetto da una malattia morale[61]. Come aspra e irriducibile

[60] Francesco Saverio Nitti, AC, 16 luglio 1946: «Lo Stato si considera sempre più come proprietà privata dei vari partiti. Se ne dispone secondo le esigenze dei partiti e dei loro aderenti. Coloro che hanno il dominio dei partiti si regolano secondo quelli che credono gli interessi dei loro partiti e secondo le necessità imposte da circostanze mutevoli».

[61] Benedetto Croce parla di «partitomania», in AC, 11 marzo 1947: «l'andamento che si è preso verso un vertiginoso sconvolgimento del nostro ordinamento statale e amministrativo … è pauroso. Sembra che tutto si debba rifare a nuovo, che tutto sia da mutare e da distruggere della precedente Costituzione, alla quale si attribuisce la colpa di aver aperto la via ala fascismo; laddove il vero è che la via fu aperta dall'inosservanza e violazione della Costituzione … Lo Statuto del 1848 ha regolato e reso possibile lo splendido avanzamento dell'Italia in ogni campo di operosità per oltre settant'anni, e, non rigido come questo nuovo che ci viene proposto – di quella rigidezza che improvvisamente scoppia e invita a mandarla a pezzi – ma flessibile, consentì a grado a grado, con il modificarsi dei pensieri, degli animi e dei costumi, il diritto di sciopero agli operai e l'allargamento del suffragio, fino al suffragio universale … Di quell'età io mi sento figlio … Ma io odo sussurrare da più d'uno che la discussione che ora si fa nell'Assemblea costituente è piuttosto figurativa che effettiva, perché i grossi partiti hanno, come che sia, transatto tra loro e si sono accordati attraverso i loro rappresentanti nella Commissione di studio e di proposte … Avremo, dunque, anche all'interno una sorta di Diktat … al quale ci piegheremmo oggi nel governo delle nostre cose interne … e … non è da sopportare e bisogna provvedere affinché non eserciti la sua insidiosa prepotenza. In qual modo? Si dirà. Il modo c'è … soprattutto in ciò… che i partiti sono utili strumenti di azione per certi fini contingenti e non sono il fine universale … La partitomania … vorrebbe invertire questa scala di valori … e porre lo strumento al di

è l'opposizione all'istituzione delle Regioni. Benedetto Croce denuncia «favoreggiamento e istigazione al regionalismo», invitando i costituenti a non procurarsi poi un «pungente e vergognoso rimorso»[62]; Nitti vede nelle Regioni un fattore di dissoluzione dell'unità dello Stato[63]. E si guarda alla Corte costituzionale come a una inaccettabile limitazione dell'onnipotenza del legislatore, segno della pericolosa deriva verso il «governo dei giudici»[64], immiserito da «bassa politicizzazione»[65]; e anche chi adopera toni più moderati, rilevava la irriducibile «politicità» di questo particolarissimo giudice[66]. Ancora, in tema di laicità, e, in connessione, di rapporti tra Stato e Chiesa cattolica, quella cultura liberale non riesce a superare il proprio angusto confine: dichiarando il proprio voto favorevole all'art. 5, poi art. 7, della Costituzione, Togliatti dirà della responsabilità del proprio partito, e «dell'onorevole Benedetto Croce, che è passato in quest'aula come un'ombra, l'ombra di un passato molto lontano!»[67].

Questa è la cultura politica del liberalismo al crepuscolo, proveniente da un altro mondo e da un altro tempo, la cultura dei vinti, mentre i vincitori sono i nuovi partiti di massa, con le culture forti a sostegno della loro azione. E queste culture sono quelle dei cattolici e dei comunisti, nella loro interazione. Poiché, se è vero che i comunisti partono da posizioni talvolta sovrapponibili a quelle di una parte dei liberali – per esempio nell'avversione originaria al regionalismo e alla Corte costituzionale – è anche vero che cambiano posizione non solo per accorgimento tattico, ma anche perché il confronto culturale e politico si rivela fecondo, e produttivo il compromesso.

Eppure, pur nella sua soccombenza epocale, dalla cultura liberale proviene forse un lascito non secondario, cioè l'abitudine, per così dire, il costume men-

sopra dello spirito umano che deve adoprarlo e collocare ciò che è ultimo al posto di ciò che è primo. Contro cotesta distorsione della vera gerarchia bisogna stare in guardia e ad essa opporsi in modo assoluto e radicale».

[62] *Ibidem*.

[63] Francesco Saverio Nitti, AC, 12 giugno 1947: «… Avversario tenace di ogni cosa che possa rompere l'unità spirituale d'Italia, io considero la formazione delle autonomie regionali, che tendono ad allargarsi nei loro poteri, con competenze legislative che non competono loro, non opportuna e dannosa. Sono fieramente contrario a ogni cosa che comprometta l'unità d'Italia, convinto che noi torneremo ai tristi tempi del '400».

[64] Luigi Preti, AC, 28 novembre 1947.

[65] Francesco Saverio Nitti, ivi: «una inverosimile mischianza di giudici e di politicanti, di alti personaggi e di curiali (non certo giuristi) che devono accettare o raccattare voti dai partiti per essere eletti … in Italia i giudici nella più gran parte non saranno che un prodotto di combinazioni, di transazioni, di intrighi. Saranno sopra tutto esponenti di partiti e quindi senza autorità … mischianza più strana di elettoralismo, di praticantismo e quasi certamente, in parte almeno, di incompetenza».

[66] Luigi Einaudi, Commissione dei Settantacinque, 1° febbraio 1947.

[67] Palmiro Togliatti, AC, 25 marzo 1947.

tale a scrutare le vicende del costituzionalismo a partire dal suo archetipo, che è quello della limitazione del potere attraverso sistemi di garanzia e coerenti moduli di organizzazione del suo esercizio. Di questo talento i "nuovi" liberali, nella diaspora in Assemblea costituente, si rivelano altamente dotati.

È un liberale, Gaetano Martino, a esporre l'argomento chiave per l'approvazione delle norme sulla Corte costituzionale, pur richiamando le riserve di Orlando, Nitti ed Einaudi: se la Costituzione è rigida, dev'esserci una garanzia della rigidità; tale garanzia non può non essere una Corte costituzionale, tanto più per la necessità di tutelare il principio di unità dello Stato dopo l'istituzione delle Regioni, alla quale i liberali si sono dichiarati contrari. E la Costituzione dev'essere rigida: questa la lezione che anche i liberali debbono trarre dall'esperienza del fascismo, disattendendo la tradizione delle costituzioni flessibili[68].

È un liberale, Luigi Einaudi, a fissare le condizioni alle quali si può dare corso utilmente all'istituzione delle Regioni, a patto che si definisca una «finanza regionale … in partecipazione con altri enti: il Comune e lo Stato»[69]. Einaudi evoca lo spettro dell'intollerabile sovraccarico fiscale che sarebbe potuto derivare ai cittadini dalla moltiplicazione dei centri di esazione e di spesa: «la materia impositiva è una sola: il reddito del contribuente»[70]. Dunque, alla finanza regionale è necessario porre dei limiti, limiti "di esclusione": escludere «tutte quelle imposte che, se diventassero imposte regionali, costituirebbero un impedimento alla vita economica unitaria … e … tutto ciò che costituisce barriera, vincolo, ecc. al commercio tra una regione e un'altra»[71]. Ne risulta la prefigurazione di una «forma» della finanza regionale intorno al «nucleo fondamentale … della sovraimposizione dell'imposta personale»: una fonte da considerare però solo «nei limiti consentiti dalla sua natura territoriale»[72]. Entro questi confini, la Regione può essere uno «strumento adatto … in molti campi che si possono chiamare economici e che sono quelli spiritualmente meno interessanti, in quanto si tratta di tecnica (strade, ponti, costruzioni in genere)»[73]. Einaudi, da liberale, concepisce dunque la regionalizzazione come un modo per realizzare l'efficienza dimensionale nelle attività pubbliche, specie nella infrastrutturazione, e la Regione come un ente intorno alle cui sorti non vale la pena di accendere gli animi, trattandosi di «tecnica», non di «spirito».

[68] Gaetano Martino, AC, 11 novembre 1947.
[69] Luigi Einaudi, AC, Seconda Sottocommissione, 31 luglio 1946.
[70] *Ibidem*.
[71] *Ibidem*.
[72] *Ibidem*.
[73] *Ibidem*.

4. *Sorte delle culture politiche e crisi della coscienza costituzionale*

Se le scarne linee essenziali di ricostruzione storica qui proposte sono fondate, al cospetto di esse la grande questione del tempo presente è nell'eclissi delle grandi culture politiche, che apre un vuoto in una fase di crisi della coscienza costituzionale.

Vuoto e crisi in cui si afferma il populismo, come mentalità, come ideologia (o «controideologia»[74]), come prassi politica, come organizzazione specie nei partiti personali delle diverse generazioni.

Il populismo – per sua natura e struttura – è estraneo alla logica stessa della Costituzione, e ignaro dei connotati di questa come prodotto storico. La Costituzione, invero, è compromesso, originario tra le forze fondative, e poi rinnovato nella competizione-composizione pluralista, nel governo delle democrazie contemporanee complesse sulla base di princìpi, valori e regole che si impongono al legislatore ordinario, cioè alle maggioranze politico-parlamentari contingenti. Il populismo invece concepisce il popolo come entità indifferenziata, chiusa in se stessa, nei suoi confini fisici, culturali, tradizionali, da tenere al riparo da ogni contaminazione e da unificare intorno a valori comuni asseritamente appannati, cui restituire il potere, tutto il potere, attraverso l'opera di *leader* direttamente investiti di poteri monocratici ai più alti livelli istituzionali; si muove nella logica amico-nemico, ove il nemico, moralmente esecrabile, è l'*establishment*, genericamente definito, ma del quale fanno parte i «vecchi partiti», i poteri economici, i corpi intermedi; nega la complessità, affermando che essa è un'escogitazione fallace dei gruppi dominanti, utile a conservare posizioni di privilegio[75].

Al cospetto di una tale complessiva estraneità, che è più rischiosa di qualsiasi, per quanto grave, violazione, v'è un'esigenza vitale di ricollegamento non solo a quelle culture, ma anche alla moralità che le permeava.

E ciò vale per chi è chiamato all'attuazione della Costituzione vigente, e tanto più intensamente per chi intende modificarla, poiché non può ammettersi un uso congiunturale e strumentale della produzione della norma costituzionale.

I costituenti furono legislatori gravati di una responsabilità morale alta, la quale ridonda oggi sui revisori. Chi mette mano a una Costituzione, infatti, per la sua peculiarità di scelta fondamentale storicamente fondata, deve sapere che, come fu nella fase formativa originaria, essa non è – sia consentito il linguag-

[74] G. Sartori, *Teoria dei partiti e caso italiano*, Milano 1982.

[75] Una silloge, nell'ampia letteratura (in larga prevalenza sociologica e politologica, più raramente giuridica) in tema di populismo, si rinviene in J.-W. Müller, *Cos'è il populismo?*, Milano, 2023, con un saggio introduttivo di Nadia Urbinati.

gio teologico – *opus operatum*, cioè valido anche a prescindere dalla dignità, dall'onore e dal merito di chi lo compia, come per il dogma tridentino, ma *opus operantis*, carisma personale che si trasfonde nell'atto e lo sostiene.

I costituenti del 1947, con le loro culture, assunsero questa responsabilità; eguale responsabilità grava ora sugli attuatori e sugli aspiranti revisori.

Alessandro Sterpa[*]

LA TRAPPOLA DEL "DOPPIO FEDERALISMO" E LA RI-POLITICIZZAZIONE DELL'AUTONOMIA REGIONALE[1]

Dopo ventiquattro anni dall'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001, le ipotesi interpretative e applicative del testo costituzionale hanno lasciato il proprio posto a favore del consuntivo: la riforma del Titolo V del 2001 non ha accresciuto l'autonomia (nelle sue varie forme) regionale e neppure, salvo momenti isolati, la dialettica politica tra i livelli di governo nelle sedi istituzionali visto che ad essa è progressivamente subentrata sempre più la decisione giurisdizionale.

Non è questa la sede per ripercorrere la ampia e ormai stratificata giurisprudenza costituzionale in materia di rapporti fra Stato e Regioni e in particolare quella che riguarda il riparto di competenze tra i due legislatori della Repubblica[2]. Si tratta di una giurisprudenza ormai in gran parte conosciuta e il cui esame riveste sicuramente utilità ma che diamo per nota ai fini del ragionamento che intendiamo svolgere in queste brevi considerazioni. Perché, in fin dei conti, quella giurisprudenza altro non è che lo specchio che riflette una serie di fenomeni altrove verificatisi; è insomma un epifenomeno rispetto alle cause, molte e diverse, che proveremo ad individuare senza pretesa di esaustività nel momento in cui tentiamo di rispondere alla domanda che proprio su questa premessa cognitiva poggia: *come si recupera una certa politicizzazione sia dell'esercizio delle competenze regionali che del riparto delle stesse fra Stato e Regioni*?

Occorre, prima di tutto, ricordare cosa si intende per autonomia politica e quindi per "politicizzazione" dell'autonomia regionale[3]: si tratta della capacità

[*] Università degli Studi della Tuscia.

[1] Lo scritto riprende, aggiornata e fino ad ora non pubblicata, la relazione tenuta nell'ambito della Scuola di Ventotene in tema di "Europa e Regioni" il 12 giugno 2024.

[2] Utili, anche in questo senso, i lavori a cura di R. Bifulco, A. Celotto, *Le materie dell'art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001*, Napoli, 2025 e di G. Guzzetta, F. S. Marini, D. Morana, *Le materie di competenza regionale. Commentario*, Napoli, 2025. Una chiave di lettura complessiva con l'evidenzia del ruolo della Corte costituzionale è rinvenibile in B. Caravita, F. Fabrizzi, A. Sterpa, *Lineamenti di diritto costituzionale delle Regioni e degli enti locali*, Torino, 2019 dove si riprende l'approccio delle precedenti edizioni del lavoro di Beniamino Caravita che si chiede se sia stato un "giudice troppo presente".

[3] T. Martines, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1956, 119.

dell'ente autonomo di inverare all'interno di una materia le scelte di indirizzo politico riferibili a uno specifico territorio del Paese sulla base del risultato elettorale per l'elezione degli organi regionali; vi è tuttavia una ulteriore versione della politicità dell'autonomia ed attiene non al "come fare" ma al "chi fa cosa" ossia al riparto delle competenze; anche la suddivisione delle competenze tra Stato e Regioni può essere caratterizzata da un rapporto di tipo politico, quindi non solo prettamente giuridico; un rapporto, ossia, contrassegnato da dialettica e trattativa tra enti politici, nei limiti della rigidità costituzionale che regola le attribuzioni di competenza e del principio della sua "non derogabilità" per volontà delle parti (salvo eccezioni di fatto).

Una serie di fattori ci forniscono contezza della difficoltà della politicità di resistere ai principali processi che ne riducono lo spazio concreto di azione a livello statale, figurarsi a quello regionale. Il primo aspetto è senza dubbio l'integrazione federale europea[4].

Come ci insegna riguardo ad una precedente esperienza Hans Kelsen[5], difficilmente possono esistere due livelli di governo dotati di poteri legislativi in un ordinamento giuridico (lo Stato) che a sua volta è componente territoriale di un ordinamento più grande (l'Unione europea). Semplificando è difficile immaginare che vi sia spazio per il cosiddetto "doppio federalismo": da un lato l'Italia che è un ordinamento giuridico dotato di autonomia in Europa e dall'altro le Regioni che sono enti autonomi nella Repubblica. Affinché detta considerazione del genere non rischi di essere apodittica, proviamo a capire per quale ragione è sostanzialmente dimostrabile che la partecipazione dell'Italia al processo di integrazione europea – comminato con un rafforzamento dei titoli di intervento euro-unitario – rende sempre più difficile una apprezzabile autonomia politica regionale da tradursi in particolare nelle sue fonti primarie e in una apprezzabile differenziazione regionale.

Va subito ricordato che le materie nelle quali l'Unione Europea oggi interviene sono di gran lunga più ampie che nel passato sia per le progressive innovazioni formali dei trattati e per le questioni legate alla tutela e valorizzazione della concorrenza nel mercato unico, dell'emergenza sanitaria o più in generale per i contesti di crisi anche bellica ed energetica; lo sono anche nella misura in cui le sempre più numerose materie europee sono per loro natura

[4] In questa si da per assunto che il processo di integrazione europea abbia portato alla formazione di una federazione come da tempo notato da B. Caravita, *Quanta Europa c'è in Europa?*, Torino, seconda edizione, 2020.

[5] Hans Kelsen, come noto, qualificava anche lo Stato federale come "comunità parziale" (*Teoria generale del diritto e dello Stato* (1951), Milano, Edizioni di Comunità, 1952, 308 e ss.). cfr. puntualmente Id., *L'annessione dell'Austria al Reich tedesco e altri scritti* (1918-1931), Torino, 2020, 27 e ss.

incompatibili, una volta divenute patrimonio dell'Unione, con forme di differenziazione statale e a maggior ragione con differenziazioni interne allo Stato per quanto attiene alla loro regolazione. Non a caso l'impiego dei regolamenti al posto delle precedenti direttive reca con sé anche il tentativo di riconoscere un ruolo residuale alle leggi nazionali accrescendo la difficoltà a rintracciare nella sostanza la differenza tra le due fonti europee del diritto[6].

L'Unione si occupa certamente, solo per citare alcune materie, di concorrenza, piuttosto che di ambiente e imprese, contratti, concessioni e appalti, ma anche di algoritmi, dati, privacy e media e adesso sempre più di sicurezza ossia di settori nei quali è impensabile una frammentazione regolatoria sub-europea perché sarebbe di fatto contraddittoria con il mercato unico e con il principio di tutela e promozione della concorrenza, oltre che con le politiche europee che, con un criterio teleologico, tendono ad assorbire uno spazio di intervento maggiore del loro formale dettato. Basti pensare alla giurisprudenza costituzionale a tutti nota all'interno della quale abbiamo trovato una declinazione sempre più di stampo euro-unitario del concetto di concorrenza o ancora alle misure che su di essa impattano come gli aiuti *de minimis* piuttosto che al tema delle misure considerate "ad effetto equivalente" in sede di Unione.

Se, dunque, costruiamo un mercato unico su scala sovranazionale con un'unione doganale e regole uniformi per garantire che in quel mercato ci sia concorrenza è ovvio che le forme di regolazione differenziate dentro il territorio dell'Unione sono contraddittorie con questo principio, sia se adottate su base statale che su quella regionale, salvo le eccezioni che conosciamo e che, non a caso, sono il vero terreno di dialettica tra gli Stati membri e l'Unione. Pensiamo alle trattative politiche quando si ragiona di aggiornare i trattati o farne di nuovi, scrivere protocolli, considerare deroghe piuttosto che definire la base di legittimazione normativa degli interventi dell'Unione.

L'impressione quindi è che lo spazio di intervento legislativo regionale sia sempre più condizionato e reso di fatto limitato da questo atteggiarsi del riparto delle competenze tra istituzioni euro-unitarie e Paese membro; assetto, questo, che si è dimostrato negli ultimi anni sempre più in grado di verticalizzare (di attrarre verso l'alto) i titoli di intervento normativo ossia a favore del livello europeo; si pensi all'impiego del principio di attribuzione e dei principi di sussidiarietà e proporzionalità con *un'attitudine espansiva* anche perché supportata dal principio dell'effetto utile e dal meccanismo dei poteri impliciti

[6] Il fenomeno, oltre quanto già avvenuto da tempo con le direttive "*self executing*", è ben rintracciabile nei recenti regolamenti in materia di intelligenza artificiale e di libertà dei media; interventi, questi, dei quali peraltro, come diremo, non è facile definire in modo netto la base nei trattati a favore dell'Unione.

ampiamente suffragati prima dalla Corte di giustizia e adesso in parte formalizzati dalle stesse norme del Trattato di funzionamento dell'Unione Europea (art. 352 TFUE). Se andiamo a confrontarci con gli ultimi atti più rilevanti dell'Unione non possiamo non notare che si sono affermati anche nuovi strumenti di espansione dell'intervento normativo o comunque euro-unitario: ci si riferisce all'impiego del fondo per la pace nell'ambito della crisi derivante dall'invasione russa dell'Ucraina piuttosto che alla base giuridica di atti come il *Media Freedom Act* o il regolamento sull'intelligenza artificiale. L'impressione è che ormai l'interesse europeo ad intervenire costituisca sempre più un titolo che legittima le norme europee davanti alla necessità di affrontare fattispecie concrete via via nuove; una espansione, quindi, non solo con riguardo alle situazioni emergenziali, ma riferita al bisogno di rincorrere la realtà in continua trasformazione che appare governabile (…e solo in parte) proprio attraverso un regolatore di ampie dimensioni demografiche e geografiche.

Siamo abituati a leggere l'autonomia politica regionale come autonomia legislativa. Non è questa la sede per ripercorrere i ragionamenti di Maestri del diritto come Temistocle Martines e Massimo Severo Giannini ("si è autonomi da qualcuno o da qualcosa….")[7]; è sufficiente ricordare che gli avversari delle Regioni – negli anni successivi all'approvazione della Costituzione – per affossarne gli spazi di intervento politico ritenevano la legge regionale non una fonte equiparata a quella statale. Un tentativo culturale, questo, prima che politico e che arrivò a lambire gli stessi interventi normativi statali (si pensi alla legge n. 62 del 1953 c.d. "legge Scelba") facendo breccia sui timori di alcuni esponenti politici statali di dover cedere "politicità" ai rappresentanti eletti a livello regionale.

Oggi dobbiamo chiederci *se la politica o meglio un residuo di indirizzo politico qualificato e specifico, coerente con la legittimazione democratica delle Regioni, debba per forza avere la forma e la sostanza della legge regionale per come l'abbiamo conosciuta o pretesa in questi decenni.*

Considerato che il processo di verticalizzazione è sempre più forte, ci sembra di poter dire che potrebbe avere un senso ragionare di un'autonomia regionale che, a prescindere dalle forme, conservi nella sostanza un ruolo. Il punto casomai è come.

I Länder tedeschi e austriaci, le Regioni francesi, i Voivodati polacchi (meno le comunità autonome spagnole) ci disegnano una tendenza generale

[7] M. S. Giannini, *Autonomia, Saggio sui concetti di autonomia*, in *Riv. Tr. Dir. Pub.*, 1951, 851-853; (anche in *Studi in memoria di L. Rossi*, Milano, 1952, 197 e ss.); T. Martines, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*…cit., 100-102; S. Romano, *Autonomia* (1945), in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 14-15 e 16-17.

europea verso enti territoriali che sempre più amministrano e sempre meno legiferano (anzi alcuni di essi non hanno mai legiferato). Stiamo forse andando verso un comune destino anche per le Regioni italiane? Si può salvare l'autonomia regionale valorizzandone una capacità regolatoria che si insinui negli spazi di discrezionalità residuati dagli interventi normativi necessariamente unitari di stampo europeo e statale?

A mio modesto parere la risposta è positiva e si tratta di una risposta che può ben conservare anche la forma della legge quale fonte primaria. Occorre che l'autonomia regionale accetti alcune delle attuali "condizioni di gioco" come, ad esempio, la possibilità di essere chiamata non solo ad intervenire in senso "ortodosso" con una propria legge in sede di competenza concorrente o residuale, ma anche che si possa recuperare nei fatti una sorta di potestà legislativa attuativa/delegata (…sulla scia dell'ultimo comma dell'art. 117 della Costituzione nel testo originario[8]), piuttosto che attraverso leggi regionali provvedimento (già ritenute legittime dalla Corte costituzionale) o ancora dedicandosi a quelle materie che "sopportano" la differenziazione regolatoria regionale nell'ambito della verticalizzazione europea di cui abbiamo fatto cenno. Inoltre, la Regione potrebbe concentrarsi su quelle materie che, diversamente da altre, non solo sopportano ma "pretendono" la differenziazione. Si pensi al governo del territorio, alla valorizzazione ambientale e culturale, ai servizi alla persona e alle opere pubbliche che, pur non essendo una materia in senso tecnico come ha precisato la Corte costituzionale, concretizzano l'idea specifica di un territorio fatta di vocazione, risorse e progettualità.

Le Regioni, insomma, potrebbero essere ben in grado di inserirsi con attenzione nel gioco dell'omogeneità pretesa dall'assetto contemporaneo del potere pubblico cercando di occupare gli spazi resi ancora liberi ma soprattutto utili (perché insostituibili) all'integrazione delle aree che compongono la Repubblica e al tempo stesso costituiscono anche l'Unione europea (come già dimostrano le politiche di sviluppo locale).

Dicevamo dell'altro profilo della politicizzazione ossia il riparto delle competenze. Da costante giurisprudenza costituzionale, il cui unico momento di parziale ripensamento è stato la sentenza sulla cosiddetta "Legge Madia"[9], sappiamo che il riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni non è derogabile dall'accordo tra le parti. Questo principio (del quale si inizia ad avvertire l'incoerenza con la *governance* multilivello attuale) ha provato ad annichilire la

[8] "*Le leggi della Repubblica possono demandare alla Regione il potere di emanare norme per la loro attuazione*".

[9] Si concesso rinviare a A. Sterpa, *Sentenza n. 251/2016: può la Corte costituzionale ampliare il contenuto necessario della legge di delega ex art. 76 Cost.?*, *federalismi.it*, n. 10 del 2017.

pretesa di politicizzazione e quindi di flessibilità del riparto di competenze. A partire dalla legge costituzionale n. 3 del 2001 questa pretesa è stata ben supportata dal nuovo testo dell'art. 127 Cost. relativo alla impugnativa delle leggi regionali da parte dello Stato che in precedenza conteneva regole che costringevano ad una dialettica tra Stato e Regioni (*idem* per gli Statuti con la legge cost. n. 1 del 1999), dall'abolizione (formale) del limite dell'interesse nazionale e dalla rinuncia a definire una sede adeguata per le eventuali trattative tra i legislatori sul "chi fa cosa".

Si è riusciti talmente bene nello scopo che, in assenza di un Senato federale, in carenza dell'integrazione della Commissione parlamentare bicamerale per le questioni regionali pretesa dall'art. 11 della legge cost. n. 3 del 2001, la Corte costituzionale è divenuta la "camera di compensazione" dell'inevitabile dialogo fra i due legislatori che, dopo il 2001, si sono progressivamente resi conto dell'impossibilità di un'azione politico-legislativa svolta solo a colpi di impugnativa davanti al giudice delle leggi; non trovando altre sedi per potersi parlare hanno utilizzato la Corte come dimostrano i numerosi casi di impugnative incrociate delle leggi, le modifiche legislative, le decisioni di cessazione della materia del contendere, i casi si rinuncia ai ricorsi o le sempre più semplificate trattative tra la singola Regione e il Governo a cui faceva seguito l'impegno regionale a modificare una legge[10].

Si può discutere dell'opportunità di questo strumento, ma senza dubbio esso ha costituito un importante momento di confronto per consolidare l'interpretazione del Titolo V che, cristallizzata dalla Corte costituzionale, ha poi visto ridursi il contenzioso. Bene, anche questo improprio terreno di politicizzazione del riparto delle competenze sembra venuto meno non tanto per la scelta del Governo di considerare l'impugnativa di legge regionale non la normalità ma l'eccezione nel rapporto con le Regioni (il riferimento è alla Direttiva del PdCdM del 13 ottobre 2023)[11].

In questi ultimi anni si è drasticamente ridotto il contenzioso *ex* articolo 127 della Costituzione nell'ambito di una generale riduzione del contenzioso costituzionale. Al 31 dicembre 2023 erano pendenti solamente 172 questioni di cui 31 relative all'impugnativa incrociata fra i due legislatori; nel 2023 la Corte costituzionale ha segnato il record negativo di numero di sentenze: solamente

[10] Ho lavorato proprio su questo tema in A. Sterpa, *Negoziare le leggi»: quando Stato e Regioni fanno a meno della Corte costituzionale*" in *federalismi.it*, n. 17 del 2011, 1 e ss. e ora in B. Caravita (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione*, Napoli, 2012, 159 e ss.

[11] Cfr. F. Politi, *La direttiva sulla "razionalizzazione" della procedura governativa di esame delle leggi regionali. Prime considerazioni*, in AIC, *Lettere AIC 2021-2024*, Napoli, 2024, 279 e ss., il quale ricorda tra l'altro i "tavoli di concertazione preventiva" e le precedenti indicazioni del 2006.

229 decisioni. I dati del 2024 sono coerenti: record di numero di sentenze ancora più basso a 212 e solamente 19 giudizi pendenti in via principale alla fine del 2024.

Ciò non significa però che il ruolo degli enti territoriali politici si sia accresciuto in termini di dialettica con lo Stato o di esercizio delle competenze, anzi; assistiamo – va infatti ricordato – ad una più complessiva "fuga dal contenzioso costituzionale"; ciò accade certamente perché il Giudice delle leggi ha in questi anni definito una serie di elementi nella propria giurisprudenza che rendono prevedibile l'esito del giudizio di legittimità costituzionale, scoraggiandone *ab origine* l'impiego in uno schema di generale inderogabilità della rigidità costituzionale del riparto. La riduzione del ruolo della Corte costituzionale, dunque, non è sinonimo di "ri-politicizzazione" del riparto di competenza ma è semplicemente l'epifenomeno che conferma l'affermazione dei criteri giurisprudenziali di risoluzione delle questioni sulla competenza legislativa regionale che sono assorbite dal dominio del diritto euro-unitario.

Va preso atto che molto contenzioso è "sciolto" prima di arrivare alla Corte costituzionale, ma sempre da giudici e non dal confronto politico che non ha sedi adeguate.

Guardando i dati infatti non possiamo non notare che dal 2009 ad oggi non solo sono via via diminuite le decisioni della Corte ma anche che la quasi totalità si risolve in una sentenza (78,6%) con un rapporto pressoché inalterato dal 2014 in poi tra giudizi in via incidentale e giudizi in via principale (dopo il fenomeno eccezionale del 2011). Ciò significa che il contenzioso costituzionale è stato "sfoltito" dalla capacità del sistema giuridico di risolvere l'antinomia normativa prima di arrivare ad esso: nel giudizio – per esempio – disapplicando le norme interne contrastanti col diritto europeo o ancora riducendosi il numero di nuove norme regionali concretamente applicabili e quindi riducendosi il numero dei giudizi nei quali quelle norme sono rilevanti per il giudice *a quo*; o ancora perché anche quando il diritto europeo pretende di essere attuato da norme regionali, spesso si preferisce lasciare questo compito allo Stato senza neppure che in certi casi le Regioni abbiano interesse concreto a sostituire le norme statali cedevoli introdotte per evitare un'infrazione comunitaria; o ancora perché i settori di differenziazione concreta a livello legislativo su base regionale sono sempre meno come abbiamo già rilevato; o ancora perché il contenimento della spesa pubblica ha ridotto gli spazi concretamente esercitabili di potestà legislativa regionale. E questo, si noti bene, sta accadendo nonostante si sia nel tempo aperto un "canale" ulteriore di rimessa in discussione della legittimità costituzionale delle leggi regionali: faccio riferimento al di giudizio di parifica finanziaria; significativo, infatti, che per il recupero del ruolo della Corte costituzionale non abbia positivamente inciso la possibilità per la Corte

dei Conti di sollevare la questione di legittimità costituzionale nei giudizi di parifica piuttosto che nel giudizio sul costo dei contratti collettivi[12].

Si noti bene quindi che ciò significa che si sono ridotti gli spazi di politicizzazione come dicevamo in premessa sia nella capacità regionale di adottare leggi diverse da Regione a Regione (o diverse da quelle statali), sia che lo stesso riparto di competenze tra i due legislatori non è quasi più un tema politico ma è solamente un tema giurisdizionale in un quadro decisorio stabilizzato nel diritto vivente.

Per concludere, quindi, occorre valutare come recuperare una politicizzazione dell'autonomia regionale; se non è possibile farlo sul livello legislativo per come tradizionalmente inteso, occorre farlo attraverso un esercizio diverso dalla autonomia normativa che integra, completa, perfeziona ed esegue una legge statale o un atto europeo[13]. *Ciò può avvenire in materie che sopportano la differenziazione e – meglio ancora – in materie che pretendono la differenziazione*. Nelle materie dove "serve differenziazione" – quindi serve l'esercizio di un'autonomia politica che si traduca in norme diverse da territorio e territorio – vi è lo spazio di un'autonomia regionale utile e sostenibile, sulla quale e per la quale ha senso che si esprima il corpo elettorale per scegliere un indirizzo politico concretamente attuabile.

D'altronde, le recenti vicende legate al numero dei mandati dei Presidenti di Regione che hanno visto contrapporsi alcuni vertici degli esecutivi regionali al Governo, sia in via normativa che politica, appaiono come segnali di una postura a favore della ri-politicizzazione dell'autonomia regionale, anche dopo che si è preso atto dei ridotti spazi di concreta applicazione del c.d. "regionalismo differenziato"[14]. Si pensi al fallimentare tentativo della Regione Campania, che ha provato ad interrompere l'applicazione nel proprio caso del divieto del terzo mandato elettivo consecutivo per il Presidente, dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale[15]. O, ancora, al caso delle Regioni Veneto (il Presidente

[12] Cfr. *ex plurimis* le sentt. n. 101 e n. 196 del 2018 e la sent. n. 189 del 2020.

[13] Anche qui utile ricordare le parole di Hans Kelsen, secondo il quale, "la norma generale (astratta) è solo una, non la norma di manifestazione per eccellenza dell'ordinamento giuridico" (Id., *Die Idee des naturrechts*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, n. 7 del 1927/1928, 221-250 e ora in Id., *Dottrina dello Stato*, Napoli, 1994, 132).

[14] Il riferimento è ovviamente alla sent. n. 192 del 2024 ma, se si vuole, anche a quelle ricostruzioni che già prima avevano sottolineato detta esiguità di spazi per una ulteriore autonomia: cfr. A. Sterpa, *Quale, delle tante autonomie? Una lettura differente del "regionalismo differenziato"* in *Italian paper on federalism*, n. 1 del 2023, 61-72.

[15] Sent. n. 64 del 2025; avevo proposto la linea interpretativa, poi ritrovata nella decisione della Corte costituzionale, fondata sulla già avvenuta attuazione della legge quadro statale nella Regione Campania con l'intervento legislativo del 2009 in *Il divieto del terzo mandato in Campania c'è già, e le leggi elettorali non si cambiano a ridosso del voto* in *Linkiesta*, 4 novembre 2024.

Zaia in realtà è già al terzo mandato in ragione della tarda attuazione della legge quadro statale n. 165 del 2004)[16], della Regione Friuli Venezia Giulia e a quello recentissimo della Provincia autonoma di Trento[17]. Quest'ultima, che è un legislatore primario i cui organi compongono con quelli della Provincia di Bolzano la Regione del Trentino Alto Adige, ha adottato una legge provinciale, ai sensi dell'art. 47 dello Statuto, ampliando il numero dei mandati elettivi ammissibili a tre con la conseguente impugnativa da parte del Governo *ex* art. 127 Cost.. Ciò, nonostante la stessa Corte abbia ricordato che l'art. 122 Cost. non si applica alla autonomie speciali; l'ipotesi di violazione, infatti, è autonoma rispetto alla decisione della legge quadro statale che pone il limite dei tre mandati e si fonda sull'idea che nell'ordinamento giuridico vi sia la necessità di un ragionevole bilanciamento tra le esigenze di stabilità e quelle di tutela del diritto di elettorato passivo che sarebbe sacrificato dalla continuità personale nell'incarico; continuità che, peraltro, incide proprio sulla sclerotizzazione e sull'ingessatura nel governo dell'ente.

Una considerazione finale. Senza la seconda Camera delle autonomie, senza un sistema delle conferenze adeguatamente supportato nel ruolo dalle norme e dalle prassi, proseguendo la lodevole iniziativa della Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome come ente pubblico interregionale[18], anche alla luce della riforma costituzionale del c.d. "premierato all'italiana"[19], il recupero della politicizzazione dell'autonomia regionale si potrebbe perseguire anche in via istituzionale; l'idea ad esempio è quella di pretendere la partecipazione permanente del Presidente della Conferenza (senza diritto di voto) alle sedute del Consiglio dei Ministri anche al fine di ricordare che, quando esercitano una autonomia politica "nuova", le Regioni continuano ad essere enti costitutivi della Repubblica ai sensi dell'art. 114 della Costituzione.

[16] Sulla legge cfr. B. Caravita (a cura di), *La legge quadro n. 165 del 2004 sulle elezioni regionali*, Milano, 2005. Come noto, il testo statale pone, tra i principi fondamentali statali in materia di ineleggibilità, "*previsione della non immediata rieleggibilità allo scadere del secondo mandato consecutivo del Presidente della Giunta regionale eletto a suffragio universale e diretto, sulla base della normativa regionale adottata in materia*" (art. 2, comma 1, lettera f).

[17] La Corte costituzionale, con comunicato del 6 novembre 2025, ha dichiarato che il divieto di terzo mandato vale anche per i Presidenti della Provincia di Trento e delle Regioni speciali eletti a suffragio universale e segreto.

[18] A. Sterpa, *La Conferenza dei Presidenti delle Regioni come organo interregionale: una soluzione coerente nella perdurante attesa delle riforme*, in *federalismi.it*, n. 6 del 2023.

[19] A. Sterpa, *Premierato all'italiana. Le ragioni e i limiti di una riforma costituzionale*, Milano, 2024.

Elettra Stradella[*]

SCENARI APERTI SUL SUICIDIO MEDICALMENTE ASSISTITO

SOMMARIO: 1. In dialogo con Salvatore Prisco. – 2. Stato dell'arte e prospettive in materia di suicidio medicalmente assistito. – 3. Le questioni emergenti nell'attuazione della sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale: profili procedurali. – 4. Le questioni emergenti nell'attuazione della sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale: profili sostanziali. – 5. L'ultimo approdo: la sent. n. 135/2024 della Corte costituzionale: ancora l'interpretazione costituzionale a servizio dello stato di diritto. – 6. Gli scenari aperti nello spazio giuridico europeo e uno sguardo all'esperienza spagnola.

1. *In dialogo con Salvatore Prisco*

Il tema che qui si affronta, quello del suicidio medicalmente assistito, naturalmente inscritto all'interno della più ampia questione del trattamento del c.d. fine vita, si muove, com'è noto, sul crinale tra etica e diritto. Quell'etica che, come ci ricorda Salvatore Prisco, «non è tuttavia facilmente riducibile (*rectius*: è tendenzialmente irriducibile) alla legge in senso tecnico-giuridico, che è piuttosto strumento di standardizzazione di decisioni, dominato nel metodo dall'applicazione del principio maggioritario e presidiato nel merito da quella del principio di uguaglianza»[1], e quel diritto che rappresenta, a ben vedere, essenzialmente la «"ragione del maggior numero", con cui la comunità impone al singolo il proprio modello unificante di composizione dei conflitti tra valori, pur avendo sperabilmente – in un assetto democratico – preso in considerazione le sue»[2].

Salvatore Prisco ritiene che proprio la fine della vita sia l'oggetto di una capacità decisionale della persona che si amplia al massimo possibile, che pone il soggetto in una posizione di sovranità, paragonando la sovranità nello stato di eccezione che caratterizza il soggetto politico, con l'assoluta sovranità personale nello stato eccezionale rappresentato dal confine tra il vivere e il morire.

Questo è uno dei temi che saranno dunque affrontati: quello dell'autodeterminazione nelle scelte relative alle fasi finali della propria vita, o meglio, alle modalità con le quali debba avvenire il passaggio dalla vita alla morte, e dunque del potere decisionale e dei suoi limiti, intimamente connessi alla natura

[*] Associata di Diritto pubblico comparato, Università di Pisa, elettra.stradella@unipi.it.

[1] Cfr. S. PRISCO, *La dignità del malato tra pluralismo delle morali ed etica di Stato*, in *La musica della vita - Quaderno di biopolitica e bioetica*, Napoli, 2015, spec. 157.

[2] *Ibidem.*

oggettiva o soggettiva che si voglia attribuire al concetto di dignità, in questo caso intesa come intrinseca umanità nei momenti finali dell'esistenza.

Certo non meno importante, per il costituzionalista e la costituzionalista, il problema dei poteri e delle fonti più idonee a stabilire i contorni dell'autodeterminazione. È ben noto il dibattito, rinvigorito anche nei giorni in cui si termina la stesura di queste riflessioni, sul ruolo sostitutivo del giudice, la sua opportunità, la legittimità o meno della perdurante inerzia del legislatore nella definizione dei percorsi attraverso i quali si può snodare l'esigibilità di un diritto, sicuramente radicato nel testo costituzionale e ormai, per alcuni aspetti, configurato dal legislatore medesimo.

In questo dibattito Salvatore Prisco sottolinea l'importanza della valorizzazione del «possibile ruolo contro-maggioritario del giudice», considerato quale possibile «argine ad un'eventuale "invasione di campo" della maggioranza del momento», e ritiene che «l'irrisolvibile pluralismo delle decisioni *ex post facto*, rese in sede contenziosa, appare come funzionalmente aderente ad una corretta fotografia del campo problematico che viene osservato, percorso come esso è da irriducibile pluralismo etico, condizione che va difesa rispetto a quella di una forzata (e dunque) falsa uniformità assiologica»[3].

Le virtù dell'interpretazione casistica, la mitezza della *least dangerous branch*[4] in una materia connotata da un intrinseco pluralismo e dalla centralità della coscienza, ma nello stesso tempo potenzialmente oggetto dell'azione biopolitica dell'ordinamento, che sull'inizio e la fine della vita, e la gestione del corpo, costruisce modelli di controllo sociale e disciplinamento[5], vanno d'altra parte bilanciate con la necessità di garantire il principio fondamentale di eguaglianza. È in quest'ultima prospettiva che a più riprese, in Italia, è stato sollecitato, dallo stesso giudice costituzionale nella sua attitudine contromaggioritaria, un intervento regolatorio sulla materia delle scelte alla fine della vita, ed in particolare del suicidio medicalmente assistito (sulle dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario e la pianificazione condivisa delle cure è com'è noto intervenuta la l. n. 219/2017), al fine di porre un argine agli inevitabili rischi di discriminazione che l'assenza di un quadro uniforme produce, sebbene in presenza di criteri guida, quali quelli stabiliti dalla Corte costituzionale nella sent. n. 242/2019, su cui ci sarà naturalmente modo di ritornare.

[3] S. Prisco, *La dignità del malato tra pluralismo delle morali ed etica di Stato*, Intervento al Convegno *Il diritto alla fine della vita. Decisioni, princìpî, casi* (Napoli, Università Federico II, 19-21 maggio 2011), ora nel volume omonimo, a cura di A. D'Aloia, Napoli, 2012; e Id., *Il diritto e la fine della vita. Note preliminari*, in *Astrid Rassegna*, 2009.

[4] Si richiama la ben nota espressione di A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 1986.

[5] Scontato il riferimento a M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, 1993.

Nelle pagine che seguono si cercherà di ricostruire lo scenario italiano in materia di aiuto medico a morire, anche in comparazione con alcune traiettorie percorse in altri ordinamenti, e alla luce degli approdi più recenti, interrogandosi sulla dimensione prettamente costituzionale della questione, collocata dunque nel dilemma della relazione tra potere pubblico e poteri privati, tra libertà e solidarietà.

2. *Stato dell'arte e prospettive in materia di suicidio medicalmente assistito*

Il dibattito sul diritto a morire è un dibattito risalente nel tempo, anche nel nostro ordinamento, nel quale un punto di svolta è stato rappresentato dal ben noto "caso Englaro", e dunque dalla sentenza della Corte di Cassazione del 2007 che ha ammesso che il giudice potesse autorizzare l'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale in presenza di due circostanze concorrenti:

a) l'irreversibilità della condizione di stato vegetativo della persona, scientificamente fondata, in modo che non vi sia, in base agli standard scientifici internazionalmente riconosciuti, alcuna possibilità di recupero della coscienza e delle capacità di percezione;
b) l'accertamento univoco della volontà del paziente (in quel caso, della paziente), sulla base di elementi tratti dal suo vissuto, dalla sua personalità e dai convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici, circa il rifiuto alla continuazione del trattamento.

Se la svolta sulla materia è stata dunque rappresentata dall'intervento pro-attivo del giudice, in un contesto peraltro particolarmente conflittuale (si ricordi il contrasto tra governo e Presidente della Repubblica sull'emanazione di un decreto-legge specificamente volto ad impedire la sospensione dei trattamenti di sostegno vitale per Eluana Englaro), la sua «stabilizzazione normativa»[6] avviene dieci anni dopo per opera della legge 219 del 2017, recante "Norme in materia di consenso informato", anticipata dalla "storica" legge, approvata dall'unanimità, in materia di cure palliative (l. n. 38/2010). L'intervento normativo del 2017 introduce la possibilità di ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua quale parte del contrasto al dolore, inteso come strumento di tutela di un diritto fondamentale, oltre a prevedere i già ricordati istituti delle disposizioni anticipate di trattamento e della pianificazione condivisa delle cure.

[6] Cfr. A. D'Aloia, *Fine vita e suicidio medicalmente assistito. Verso nuovi equilibri?* in *Lecostituzionaliste*, giugno 2024

Tali interventi giungono in un momento, per così dire, di generale fermento rispetto al tema del suicidio assistito, trasversale a numerosi sistemi appartenenti alla c.d. *Western legal tradition,* in particolare segnato da una pronuncia giurisprudenziale da considerarsi una *milestone*: quella della Corte Suprema canadese. Infatti, nella decisione *Carter* v. *Canada*, emessa il 6 febbraio del 2015, il giudice supremo canadese, fino a quel momento fermo nel ritenere legittime le leggi che vietavano il ricorso al suicidio assistito, facendo *overruling* del precedente *Rodriguez v. British Columbia* del 1993, stabilisce all'unanimità l'incostituzionalità del divieto di assistenza al suicidio per i malati in condizioni di insopportabile sofferenza psichica o fisica, che abbiano univocamente espresso la volontà di porre fine alla propria vita. La negazione assoluta della possibilità di essere assistiti nel processo della morte risulterebbe irragionevolmente lesiva della libertà e della sicurezza personale, anche in quanto la preclusione di qualsiasi autonomia (assistita) nella decisione sull'integrità fisica al termine della vita potrebbe condurre ad azioni autonome non assistite e per questo pericolose[7].

Si fa strada insomma l'idea che una "procedura medicalizzata", o comunque formalizzata e assistita, possa rappresentare una garanzia sia per il soggetto malato che intende porre fine a sofferenze intollerabili, sia per l'ordinamento che accetta di derogare ad un principio, costituzionale per lo più, o comunque radicato nei principi generali del diritto, di tutela della vita umana nella sua intrinseca dignità, a prescindere dallo stato di salute o di malattia.

È esattamente questo l'approccio che si riscontra nella sent. n. 242/2019 della Corte costituzionale italiana, che, agendo attraverso un'operazione di ritaglio normativo, definisce uno spazio di non punibilità del reato di assistenza al suicidio, delimitato attraverso i requisiti procedimentali che legittimano le richieste di aiuto medico a morire, e costruito intorno allo schema della legge del 2017 e al suo fulcro, rappresentato dalla centralità della volontà (verificata) della persona. È importante sottolineare questo aspetto perché da esso emerge come il diritto all'autodeterminazione non rappresenti una situazione soggettiva incondizionata, per lo meno per quanto concerne l'attiva cessazione della vita, e il fatto che la decisione del 2019 sia evidentemente

[7] *Ibidem.* Sulla sentenza *Carter*, cfr. B. Chan, M. Somerville, *Converting the 'right to life' to the 'right to physician-assisted suicide and euthanasia': an analysis of* Carter v. Canada (attorney General), Supreme Court of Canada, in *Medical Law Review*, vol. 24, n. 2/2016, 143-217, H. Karsoho, D. K. Wright, M. E. Macdonald, J. R. Fishman, *Constructing physician-assisted dying: the politics of evidence from permissive jurisdictions in* Carter v. Canada, in *Mortality*, n. 22/2016 (1), 45-59; in Italia, M. Tomasi, *Alla ricerca di una disciplina per il suicidio medicalmente assistito in Canada: dal divieto penale a un articolato regime di controlli e cautele*, in *DPCE ONLINE*, 22(1)/2015, 291-296.

la prosecuzione del percorso intrapreso anni prima, conferma una interpretazione che lega l'esigibilità del diritto al rispetto di procedure che trovano la loro realizzazione all'interno di «strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale»[8].

Questo ha peraltro comportato che, non potendo la Corte, come se fosse il legislatore, disciplinare nel dettaglio il *come* dell'esercizio del diritto, pur essendosi comunque spinta a fornire indicazioni particolarmente orientative in vista di un'esecuzione della decisione per via legislativa, dubbi e questioni aperte sono rimasti in particolare sul piano procedurale, ma anche in parte sul piano sostanziale, e su queste ci si soffermerà nei prossimi paragrafi. D'altra parte, già utilizzando questo "passo" la Corte è stata comunque oggetto delle critiche di chi ne ha ritenuto l'intervento inopportunamente creativo[9]. Critiche che, accompagnandosi in seguito ad altre relative alle modalità di attuazione per via amministrativa e a livello regionale[10], sembrano rifiutare *sic et simpliciter* una trattazione della materia affidata, ancorché parzialmente, all'attitudine mite del giudice, e al suo ruolo di ponderazione comunque legata alla dimensione fattuale, ma in fondo rifiutano la riconducibilità alla Costituzione di un diritto alla autodeterminazione "in senso forte", che arrivi fino al confine tra il vivere e il morire e individui in quel crinale una facoltà di decidere attivamente circa la prosecuzione o meno di un'esistenza segnata dalla sofferenza e dalla malattia inguaribile. Se si nega che esista in Costituzione una sorta di *habeas corpus* qualificato legato al diritto alla salute e operante in particolare nella condizione di progressivo avvicinamento all'ineluttabilità della morte, non si può accettare il ragionamento della Corte, che si pone il problema dell'esistenza di vuoti normativi nella tutela dei diritti fondamentali, rispetto ai quali «può

[8] Si veda L. Busatta, *Come dare forma alla sostanza? Il ruolo delle Regioni nella disciplina del suicidio medicalmente assistito*, in *Osservatorio costituzionale,* n. 3/2024.

[9] G. Razzano, *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all'inviolabilità della vita e chiama "terapia" l'aiuto al suicidio*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, 640; A. Ruggeri, *La disciplina del suicidio assistito è "legge" (o, meglio, "sentenza-legge"), frutto di libera invenzione della Consulta. A margine di Corte cost. n. 242 del 2019*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 3/2019, 633.

[10] Posizioni critiche sulla possibilità per le Regioni di intervenire sulla materia sono state espresse da M.G. Nacci, *Il contributo delle regioni alla garanzia di una morte dignitosa. Note a margine di due iniziative legislative regionali in tema di suicidio medicalmente assistito*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. /2023, 105, e da G. Razzano, *Le proposte di leggi regionali sull'aiuto al suicidio, i rilievi dell'Avvocatura Generale dello Stato, le forzature del Tribunale di Trieste e della commissione nominata dall'azienda sanitaria*, in *Consulta Online*, n. 1/2024, 84. La questione naturalmente si estende all'attuazione in via amministrativa da parte delle strutture sanitarie della sentenza della Corte costituzionale, senza la quale, d'altra parte, non si vede come la pronuncia potrebbe avere esecuzione, in assenza di un seguito legislativo; sul punto si tornerà successivamente.

e deve farsi carico dell'esigenza di evitarli, non limitandosi a un annullamento "secco" della norma incostituzionale, ma ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento»[11].

L'operazione di bilanciamento strenuamente portata avanti dalla Corte costituzionale italiana si colloca peraltro perfettamente all'interno del ragionamento svolto, anche recentemente, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'ambito del filone giurisprudenziale generalmente relativo al c.d. fine vita (e che comprende importanti decisioni in materia di eutanasia, quali *Gard c. Regno Unito*, *Lambert c. Francia* e *Mortier c. Belgio*, di suicidio assistito per persone nello stato terminale della malattia, come *Pretty c. Regno Unito*, di malattie incurabili, disturbi psichiatrici, e diffusione di informazioni mediche sul suicidio, si pensi, rispettivamente, a *Koch c. Germania*, *Haas c. Svizzera*, *Lings c. Danimarca*[12]), e da ultimo nel caso sul suicidio assistito *Dániel Karsai* c. *Ungheria* del 2024[13].

La CEDU nel 2024 pone al centro della sua decisione le cure palliative come prestazione fondamentale per il soddisfacimento dell'obbligo statale di proteggere il diritto alla vita delle persone vulnerabili, e si muove nel delicato equili-

[11] Corte cost., sent. n. 242/2019, 4 *Considerato in diritto*.

[12] Numerosi i commenti sui casi richiamati, tra questi si può fare riferimento a: O. Polipo, *Gard c. Regno Unito: un'altra occasione persa della Corte Edu in materia di* end-of-life *decisions,* in *Diritto penale contemporaneo,* 3/2018, Nota a Corte EDU, sez. I, 27 giugno 2017, Gard e Altri c. Regno Unito; M. Barletta, *Diritto all'autodeterminazione del paziente nelle decisioni fine vita in Europa: riflessioni a margine della sentenza Mortier c. Belgio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Federalismi.it*, 25 gennaio 2023, M. E. Bucalo, *Il caso Mortier c. Belgique: la Corte europea dei diritti dell'uomo verso l'elaborazione del diritto all'eutanasia? Differenze e similitudini tra Roma e Strasburgo*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, n. 1/2023; *Tulane Journal of International and Comparative Law,* 405 (2017-2018) *Gard v. United Kingdom: Does the State Know Best*, M. L. Marìn Castan, *The Controversial Decision of the European Court of Human Rights on the Gard Case and Others against the United Kingdom*, 43 *Revista Bioetica & Derecho* 261 (2018), V. Zambrano, *La questione del "fine vita" e il ruolo del giudice europeo. Riflessioni a margine del caso Lambert c. Francia,* in *Federalismi.it*, n. 1/2020, 1-20; M. A. Sanderson, *Pretty v. United Kingdom*, in *American Journal of International Law*, n. 4/2002, vol. 96, 943-94; S. Millns, *Death, Dignity and Discrimination: The Case of Pretty v. United Kingdom*, in *German Law Journal*, n. 3/2002, vol. 10; D. Rietiker, *From Prevention to Facilitation-Suicide in the Jurisprudence of the ECtHR in the light of the Recent Haas v. Switzerland Judgment*, in *Harvard Human Rights Journal.*, 25/2012, vol. 85; S. H. Harmon, N. Sethi, *Preserving life and facilitating death: What role for government after Haas v. Switzerland*, in *European Journal of Health Law*, 18/2011, 355; M. S. Ciruzzi, *Eutanasia. Libertad de expresión*. TEDH. *Case of Lings v. Denmark, 12 de abril de 2022*, in *Revista Debates sobre Derechos Humanos*, 7/2023, 201-210.

[13] ECHR, *Dániel Karsai* v. *Hungary Application no. 32312/23*, 13 June 2024.

brio, sempre faticosamente gestito dal giudice di Strasburgo, tra l'affermazione della sussistenza in capo agli Stati di un obbligo positivo di protezione del suddetto diritto alla vita, e gli obblighi negativi di non interferenza nella *privacy* e nell'autodeterminazione connessa alle decisioni relative alla fine della vita.

Nel caso di specie, il ricorrente, peraltro avvocato di *human rights* e precedentemente dipendente della stessa Cedu, malato di SLA, invocava l'art. 8 della Convenzione, in quanto riferibile anche al diritto all'autodeterminazione nel morire, sostenendo la violazione determinata dalla legge ungherese che criminalizzava l'eutanasia nonché l'aiuto al suicidio.

Nel condurre il consueto scrutinio di proporzionalità, la Corte non può non tenere conto della precedente giurisprudenza, in cui aveva sostenuto che «l'articolo 2 non può, senza una distorsione del linguaggio, essere interpretato come conferente il diritto diametralmente opposto, vale a dire un diritto a morire; né può creare un diritto all'autodeterminazione nel senso di conferire a un individuo il diritto di scegliere la morte piuttosto che la vita» (*Pretty c. Regno Unito,* par. 39), stabilendo così che l'articolo 2 della Convenzione implica principalmente un obbligo negativo di non privare intenzionalmente qualcuno della sua vita, ma comporta anche un profilo positivo, che si attiva in alcune circostanze specifiche, in base al quale occorre assumere misure preventive al fine di proteggere la vita.

In quest'ultimo caso, la CEDU individua il punto di equilibrio nell'affermazione da un lato dell'obbligo di proteggere la vita dei soggetti vulnerabili, vale a dire quei soggetti malati, fragili, in condizioni economiche o sociali difficili o precarie, che potrebbero essere indotti a chiedere l'aiuto medico a morire in quanto rappresentanti un peso per la propria famiglia, o, più generale, per il sistema nel suo complesso; dall'altro della legittimità di prestazioni di suicidio assistito o di eutanasia condizionata, in quanto non lesive dell'art. 2 (già sottolineata nei citati casi *Haas, Mortier* e *Koch*), e rientranti nel diritto al rispetto della vita privata di cui all'art. 8, che comporterebbe un «diritto di decidere con quali mezzi e che punto» mettere fine alla propria esistenza (*Haas c. Svizzera*, spec. par. 51).

È però il margine di apprezzamento che entra in gioco a delimitare il confine tra ciò che gli Stati devono e ciò che possono fare. In questo caso, rinvenuto da parte della Corte un tendenziale orientamento verso la depenalizzazione dell'aiuto medico a morire, resta nel 2024 una prevalenza degli Stati appartenenti al Consiglio d'Europa che trattano invece la condotta come penalmente rilevante[14]. Dunque la valutazione della proporzionalità dell'intervento statale

[14] In particolare, 5 Stati membri hanno legalizzato l'eutanasia o il suicidio assistito (Belgio, Lussemburgo, Paesi Bassi, Spagna e Portogallo), e in 7 Stati membri (Austria, Finlandia, Ger-

deve essere svolta «con pieno apprezzamento delle condizioni locali e delle istituzioni in una data società» (par. 141), tenuto conto che non esiste un consenso generalizzato sulla necessità di riconoscere l'aiuto medico a morire in presenza di particolari condizioni psico-fisiche quale diritto fondamentale desumibile dal dettato della Convenzione. Un elemento di novità nella sentenza *Karsai* è rappresentato dal diretto riferimento della Corte alle cure palliative come strumento indispensabile, senza il quale, sembra potersi intendere dalla decisione, la volontà di un paziente di essere aiutato a morire potrebbe non essere del tutto libera, quanto piuttosto influenzata dalla mancanza di una comunicazione efficace tra professionisti medici e malato, e di un sistema di cure palliative adeguate «guidate dalla compassione e da alti standard medici» (par. 158 della pronuncia). Su questo aspetto la Cedu si avvicina molto alla decisione della Corte costituzionale italiana del 2019 che pure, in particolare nei punti 2.3 e 2.4 del *Considerato in diritto,* sottolineava l'esigenza di adottare le opportune cautele affinché l'opzione del suicidio assistito non comporti il rischio di una rinuncia prematura, da parte delle strutture sanitarie, ad offrire l'accesso a cure palliative diverse dalla sedazione palliativa profonda, e definiva l'accesso ai percorsi di cure palliative come un pre-requisito della scelta di un percorso alternativo, quale quello dell'aiuto medico a morire, da parte della persona malata.

Sembra dunque che le prospettive di regolazione, o trattazione casistica, della materia, si muovano lungo due principali traiettorie: quella della definizione di condizioni in grado di neutralizzare il disvalore giuridico di condotte comunque volte e cagionare la morte di un altro essere umano, e, parallelamente, quella della valorizzazione di una sorta di processo di integrazione tra salute intesa come libertà negativa e salute intesa come diritto sociale a ricevere prestazioni cliniche e assistenziali, di cui il rapporto tra cure palliative e suicidio medicalmente assistito rappresenta una evidente manifestazione.

In questo contesto, appare abbastanza difficile scindere il suicidio medicalmente assistito, come ritagliato dall'art. 580 del codice penale italiano, dall'eutanasia condizionata. L'elemento dell'azione collaborativa del medico nel procedimento, ovvero dell'intervento diretto volto a causare la morte, pur avendo un peso evidente sul piano del diritto penale, poiché soltanto la legittimità della prima fattispecie può ricavarsi a partire dalla norma codicistica, che ha ad oggetto un'ipotesi suicidiaria, e non omicidiaria, non sembra invece

mania, Italia, Liechtenstein, Svezia e Svizzera) alcune forme di suicidio assistito sono inserite all'interno del quadro normativo (disciplinate, o frutto di depenalizzazione), mentre l'eutanasia rimane illegale. In tutti gli altri Paesi non è presente alcuna forma di riconoscimento giuridico della pratica di assistenza medica al suicidio.

rilevare nella ricostruzione etica e costituzionale del fenomeno, considerato che si tratta in ogni caso di dare attuazione al diritto (condizionato) all'autodeterminazione nelle scelte sulla fine della vita attraverso un intervento medico[15]; ma su questo aspetto si tornerà nel paragrafo relativo all'esperienza spagnola.

3. *Le questioni emergenti nell'attuazione della sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale: profili procedurali*

Come si è già evidenziato, la decisione del 2019 della Corte costituzionale italiana ha lasciato una serie di questioni aperte, sia sul piano procedurale, sia su quello sostanziale.

Prendendo le mosse dagli aspetti procedurali, peraltro non toccati dalla più recente pronuncia del 2024 su cui ci soffermerà nel par. 5, è noto come l'indicazione della Corte dei limiti della depenalizzazione, operante «sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente», pur dando una direttiva univoca nel senso di una assunzione di responsabilità da parte del servizio sanitario nazionale, ed esprimendo come obbligatoria l'assunzione del parere da parte del comitato etico territorialmente competente, ha lasciato aperte diverse questioni. Questioni che evidentemente avrebbero dovuto essere affrontate dal legislatore, già chiamato in causa dalla Corte nella precedente ordinanza del 2018, ma nonostante questo ancora, e ancora, latitante. Per tale ragione l'attuazione in via amministrativa della pronuncia è risultata frammentaria e ha mostrato un significativo problema di diseguaglianze territoriali. Va peraltro premesso che il rapporto tra decisione costituzionale e seguito amministrativo, nel silenzio normativo circa la possibile esecuzione delle decisioni costituzionali, pur contrapposto peraltro alle disposizioni espresse esistenti in tema di giudizi ordinari e speciali, va inquadrato, almeno con riferimento alle sentenze di accoglimento (anche parziale) della Corte, similmente al regime previsto per i giudizi non co-

[15] Com'è noto, è risalente nel tempo il dibattito sulla posizione del medico nelle pratiche eutanasiche, in particolare dal punto di vista etico e deontologico. I recenti interventi di depenalizzazione dell'aiuto medico a morire, in particolare, ma non solo, nella forma del suicidio assistito, mutano certamente le coordinate della riflessione, sulla quale sembra comunque opportuno richiamare alcuni passaggi, cfr. tra gli altri R. Barcaro, P. Becchi, *Eutanasia ed etica medica*, in *Politica del diritto*, n. 2/2002, 293-314, J. Merchán-Price, *La eutanasia no es un acto médico*, in *Persona y bioética*, n. 1/2008, vol. 12, 42-52. M. G. Furnari, *Alle frontiere della vita. Eutanasia ed etica del morire*, 2001. *Bioetica: Rivista Interdisciplinare*, vol. 11, n. 2. Zadig: giugno 2003, M. Mori, *Bioetica. 10 temi per capire e discutere*, Milano, 2002; B. Stoffel, *Voluntary euthanasia, suicide and physician-assisted suicide*, in H. Khuse, P. Singer (eds.), *A companion to bioethics*, Oxford, Oxford University Press 2001.

stituzionali, garantendo dunque una fase di esecuzione, tendenzialmente con le medesime caratteristiche[16]: ciò per una pluralità di ragioni che vanno dalla natura costitutiva delle sentenze di accoglimento, unita alla loro efficacia *erga omnes* e alla capacità di produrre effetti modificativi dell'ordinamento giuridico *ex tunc*, all'inimpugnabilità delle stesse *ex* art. 137, Cost. con la conseguente attribuzione del carattere di giudicato sostanziale «consistente nell'immutabilità, ossia, nella insuscettibilità di modificazione nel tempo di quanto accertato nella sentenza»[17].

A ciò si aggiunga che, proprio di fronte al problema della capacità del controllo di costituzionalità delle leggi e degli atti aventi forza di legge di espandersi per così dire "al di fuori" del momento giurisdizionale[18], un ruolo sussidiario delle pubbliche amministrazioni in relazione al sindacato di costituzionalità in via incidentale è stato molto autorevolmente ipotizzato[19], sostenendo la sussistenza, in capo alle amministrazioni pubbliche, del dovere di disapplicazione di una legge ritenuta *ictu oculi* illegittima. Se è vero che la tesi è rimasta del tutto minoritaria, ed è stata contestata sulla base dell'apparentemente ovvia considerazione per cui i titolari di poteri amministrativi non possono che avere l'obbligo di applicare le leggi, anche qualora le ritengano costituzionalmente illegittime, sulla base del principio di legalità che essi sono chiamati a tradurre, poiché solo alla Corte costituzionale spetterebbe di garantire il rispetto del principio di legalità *sub specie* della legalità costituzionale[20], resta la capacità di tale teoria di tradursi nell'enunciazione di un principio generale di costituzionalità dell'azione pubblica, che può dunque comportare anche un vero e proprio obbligo in capo alle pubbliche amministrazioni di utilizzare tutti gli strumenti in loro possesso per dare esecuzione a decisioni costituzionali la cui effettiva *compliance* sia messa in crisi dal mancato intervento regolatore del legislatore.

[16] Non mancano autorevoli opinioni di senso opposto, tra cui si segnala in particolare quella di P. Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, spec. 59 ss.

[17] Cfr. G. Falzone, *Sull'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi alle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1969, spec. 446; si veda in particolare Corte cost., sent. n. 29/1998, per la sovrapposizione tra requisito dell'inimpugnabilità *ex* art. 137, Cost. e carattere di giudicato in senso formale.

[18] Cfr. A. M. Nico, *Sulla ottemperanza del giudicato costituzionale nei confronti dell'amministrazione*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014. Si vedano anche le considerazioni di N. Pignatelli, *Legalità costituzionale e autotutela amministrativa*, in *Il Foro italiano*, 2008, V.

[19] Cfr. V. Onida, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano, 1967

[20] Cfr. M. Magri, *La legalità costituzionale dell'Amministrazione*, Milano, 2002, e N. Pignatelli, *ibidem*.

Interessante da questo punto di vista quanto avvenuto in Toscana, dove l'Azienda USL Toscana Nord Ovest (ATNO) ha approvato nel 2021 una delibera (la n. 780 del 13 settembre del 2021) dal titolo «indirizzi operativi per la verifica dei requisiti previsti dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 242/2019». Il processo di elaborazione della delibera nasceva dalla richiesta di un cittadino di accedere al suicidio assistito, ciò che ha sollecitato l'intervento del Comitato per l'Etica Clinica (ComEC) e, successivamente, della ATNO, la quale ha definito un procedimento *ad hoc*, stabilendo la formazione di un'apposita Commissione multidisciplinare chiamata a verificare la sussistenza dei requisiti sostanziali definiti nella sentenza del 2019, le modalità di accesso alla procedura di aiuto medico a morire, l'esame della documentazione ricevuta da parte sia della citata Commissione sia del ComEC, i quali organizzano una prima visita al richiedente, cui segue un secondo incontro. È importante segnalare, anche rispetto a quanto sottolineato nel precedente paragrafo, che la delibera prevede che la Commissione, nell'ambito della relazione di cura che avrà posto in essere con il richiedente, proponga eventuali alternative disponibili (percorso di cure palliative, sedazione palliativa profonda continua, appropriata terapia del dolore, etc.) e verifichi le modalità proposte dall'interessato e dal suo medico per la procedura «le quali dovranno essere tali da evitare abusi in danno di persone vulnerabili, di garantire la dignità del paziente e da evitare sofferenze al medesimo». Il Comitato etico esprime un parere obbligatorio, ma non vincolante, acquisito il quale la Commissione (punto 7 della delibera) redige la relazione conclusiva in cui esprime il proprio giudizio sulla richiesta, motivato ed espresso all'unanimità. In assenza di unanimità, la Commissione deve aprire un confronto con il ComEC, ed in ogni caso per l'approvazione finale della richiesta deve essere presente l'unanimità[21].

Oltre alla Azienda Toscana Nord-Ovest, sono intervenute nel 2023 la Puglia[22] e il Piemonte[23], nel 2024 l'Emilia Romagna[24]. Accanto agli interventi am-

[21] Sulla delibera, cfr. M. Immacolato, *Come attuare quanto disposto dalla sentenza n. 242/2019 in tema di morte volontaria medicalmente assistita: un'esperienza concreta,* in *Quotidiano Sanità,* 2022.

[22] D.G.R. n. 18 del 18.01. 2023.

[23] Deliberazione Consiglio regionale del 7 novembre 2023, n. 302-24473 «Determinazioni sull'ammissibilità della proposta di legge regionale di iniziativa popolare avente ad oggetto 'Procedure e tempi per l'assistenza sanitaria regionale al suicidio medicalmente assistito ai sensi e per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019', ai sensi dell'art. 7 della l.r. 4/1973».

[24] DGR n. 194 del 05.02.2024 e Istruzioni tecnico-operative inviate dall'Assessorato alle Politiche per la salute alle Aziende Sanitarie: con la delibera è stata istituito il Comitato Regionale per l'Etica nella Clinica (COREC) della Regione Emilia-Romagna con le funzioni, tra le altre, di fornire consulenza etica non vincolante su casi eticamente problematici e fornire pareri relati-

ministrativi, legittimi, se non necessitati[25], le Regioni hanno però avviato anche iniziative legislative, in una prospettiva che, secondo alcuni, potrebbe essere ricondotta alla pienamente costituzionale individuazione di norme organizzative e procedimentali in attuazione dei principi enunciati dalla Corte costituzionale e direttamente rintracciabili all'interno del testo costituzionale, e dunque in favore dell'unità politica, considerata la finalità di garanzia di un diritto costituzionalmente riconosciuto dall'ordinamento statuale[26].

In realtà una proposta di legge omogenea, frutto dell'iniziativa dell'Associazione Luca Coscioni (Liberi Subito), è oggetto di una iniziativa legislativa popolare, rispetto alla quale alcune Regioni in particolare si sono attivate.

In alcune di queste l'iniziativa legislativa popolare ha terminato la raccolta delle firme ed è stata depositata in Consiglio regionale. In Basilicata la proposta di legge è stata depositata come iniziativa di nove Consigli comunali, mentre in Calabria, nelle Marche, in Sardegna e Valle d'Aosta la proposta è stata depositata da consiglieri del Partito Democratico. Il titolo della proposta mostra chiaramente la *ratio* dell'intervento ("*Procedure e tempi per l'assistenza sanitaria regionale al suicidio medicalmente assistito ai sensi e per effetto della sentenza n. 242/19 della Corte costituzionale*"), rappresentata dall'esigenza di dare attuazione alla pronuncia della Corte, in assenza di un intervento del Parlamento, nell'esercizio della competenza concorrente in materia di tutela della salute riconosciuta dall'art. 117, Cost. alle Regioni[27]. La proposta di legge prevede l'istituzione, presso ciascuna azienda sanitaria, di una Commissione medica multidisciplinare permanente, integrabile caso per caso, con il compito di verificare la sussistenza dei requisiti stabiliti dalla Corte costituzionale, e definisce il procedimento nelle sue varie fasi, fino all'erogazione del servizio di assistenza al suicidio.

Il destino di queste iniziative legislative sembra però segnato da numerosi ostacoli; significativo il dibattito svoltosi, nell'estate 2024, presso la Commis-

vi a richieste sul fine vita. Le Istruzioni tecnico-operative, invece, contengono linee guida con le indicazioni operative per la gestione delle richieste di suicidio medicalmente assistito (SMA), dal ricevimento della richiesta del paziente e per tutto il percorso, attraverso l'istituzione di apposite Commissioni di valutazione di Area Vasta.

[25] Sul dialogo tra Corte e pubblica amministrazione, nel vuoto determinato dall'assenza di una intermediazione legislativa, cfr. N. Vettori, *Amministrazione e Costituzione. A proposito dell'attuazione della sentenza della Corte costituzionale sull'aiuto al suicidio*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2022, 547-573.

[26] Cfr. C. Caruso, *Al servizio dell'unità. Perché le Regioni possono disciplinare (con limiti) l'aiuto al suicidio*, in *Il Piemonte delle Autonomie. Rivista quadrimestrale di scienza dell'amministrazione,*

[27] Cfr. L. Busatta, *Come dare forma alla sostanza? Il ruolo delle Regioni nella disciplina del suicidio medicalmente assistito*, cit.

sione Affari Istituzionali ed Enti locali del Consiglio regionale della Lombardia, dove nel gennaio 2024 è stato avviato l'*iter* per l'ammissibilità della proposta di legge: la questione della competenza regionale su una materia considerata riconducibile al diritto penale è sovente messa in discussione, sebbene, per le ragioni che già in parte si sono sottolineate, inopportunamente. Inoltre, anche nelle Regioni, come il Veneto, dove nel mese di luglio (2024) è stata votata l'ammissibilità del progetto che è dunque passato all'esame del Consiglio, restano posizioni di forte resistenza, che, almeno dichiaratamente, possono collegarsi a questioni competenziali, comunque sollevate anche nel dibattito giuridico[28].

L'unica Regione che è riuscita ad approdare, l'11 febbraio 2025, all'approvazione della proposta di legge di iniziativa popolare che definisce le modalità organizzative per accedere alla procedura medicalizzata di aiuto al suicidio, con l. reg. n. 5/2025, è la Toscana[29]. Le novità più significative introdotte dalla legge, trasformative anche rispetto alle procedure che già erano state delineate sul piano amministrativo (come nel caso dell'Azienda Toscana Nord-Ovest sopra citato), riguardano in particolare profili temporali e la responsabilizzazione del sistema sanitario. Ci si riferisce da un lato alla previsione per cui, in caso di esito positivo della verifica dei requisiti, la Commissione procede per la definizione delle modalità di attuazione del suicidio medicalmente assistito tramite l'approvazione di un protocollo, sottoposto successivamente anche all'approvazione del Comitato etico, e la procedura deve concludersi entro dieci giorni dall'invio della comunicazione al soggetto interessato circa gli esiti della valutazione (art. 4 *ter*). Inoltre, alla previsione (art. 4 *quater*) in base alla quale, entro sette giorni dalla comunicazione dell'approvazione del sopra richiamato protocollo, l'azienda unità sanitaria locale assicura «[…] *il supporto tecnico e farmacologico nonché l'assistenza sanitaria per la preparazione all'autosomministrazione del farmaco autorizzato. L'assistenza è prestata dal personale sanitario su base volontaria ed è considerata come attività istituzionale da svolgersi in ora-*

[28] Si veda, ad esempio, O. Pini, *Welfare regionale e nuove frontiere di tutela dei diritti: la proposta di legge regionale in tema di suicidio medicalmente assistito*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2023, 285-304, G. Razzano, *Regioni, Stato, leggi. Nessun "diritto" al suicidio*, in *Avvenire,* 3-3/2023, e Ead. *Le proposte di leggi regionali sull'aiuto al suicidio, i rilievi dell'Avvocatura Generale dello Stato, le forzature del Tribunale di Trieste e della commissione nominata dall'azienda sanitaria*, cit.

[29] La legge toscana è stata impugnata dal Governo nella sua interezza in quanto, come precisato nella nota del Consiglio dei ministri del 12 maggio, «esula in via assoluta dalle competenze regionali e lede le competenze esclusive dello Stato in materia di ordinamento civile e penale e di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, nonché il riparto di competenze in materia di tutela della salute e della ricerca scientifica e tecnologica, violando l'articolo 117, secondo comma, lettere l) e m), e terzo comma, della Costituzione». Si menziona qui soltanto in nota un ricorso che appare, a chi scrive, infondato, e al quale non è comunque possibile dedicare maggiore spazio.

rio di lavoro» (art. 4 *quater*). Va sottolineato, infine, che è prevista la gratuità della prestazione, la quale rappresenta un livello di assistenza sanitaria superiore rispetto ai livelli essenziali di assistenza e cui la Regione deve quindi far fronte con risorse proprie.

La necessità di disciplinare puntualmente la procedura posta in capo alla "struttura sanitaria pubblica" menzionata dal giudice costituzionale nel 2019, si è peraltro tradotta in un significativo documento, prodotto dal gruppo di lavoro "Per un diritto gentile"[30], che contiene una serie di raccomandazioni volte a mettere in luce i problemi procedurali aperti e proporre relative soluzioni. In particolare si sottolinea come il valore della centralità della persona debba essere il fulcro della procedura di aiuto medico a morire, ragione per cui non può trattarsi di una mera «valutazione burocratica dalla presenza o meno dei requisiti previsti»; si raccomanda chiarezza e trasparenza della procedura, nonché uniformità, «a garanzia dell'esigenza, anche costituzionalmente rilevante, della parità di trattamento dei cittadini su tutto il territorio nazionale e per evitare trattamenti diversi e contrastanti, eventualità che sarebbe percepita come una tragica discriminazione». Sul piano concreto, si segnala la necessità di chiarire la distinzione «tra a) il ruolo delle strutture sanitarie del servizio pubblico competenti a esaminare la richiesta della persona, anche avvalendosi di una commissione tecnica eventualmente istituita per la verifica dei requisiti richiesti dalla sent. n. 242/2019; b) il ruolo dei comitati etici, legato alla "tutela dei diritti e dei valori della persona", con riguardo alla situazione di particolare vulnerabilità in cui si trovi la persona richiedente».

Proprio il ruolo dei comitati etici, o meglio, la precisazione stessa circa cosa debba o possa intendersi con «comitato etico territorialmente competente», è oggetto di una delle questione aperte sul fronte procedurale.

Infatti, come recentemente sottolineato in una lettera redatta proprio nell'ambito del sopra menzionato gruppo di lavoro, e alla quale anche l'autrice di questo scritto ha aderito, l'art. 1 dello schema di decreto attuativo trasmesso dal Ministero della Salute alle Regioni nel marzo 2024 attribuirebbe il compito di esprimere il parere obbligatorio stabilito dalla sentenza della Corte ai comitati etici territoriali previsti dall'allegato 1 del decreto del Ministro della Salute del gennaio 2023, vale a dire i comitati etici territoriali competenti per la valutazione delle sperimentazioni cliniche sui dispositivi medici e sui medicinali per uso umano, secondo quanto previsto dalla l. n. 3/2018 e dal Rego-

[30] Le attività svolte dal gruppo di lavoro si possono rintracciare al sito www.dirittogentile.it e includono modalità molto diverse tra loro: da forum di taglio essenzialmente accademico, pubblicati su riviste, ad appelli, una proposta di testo già redatto in articoli, in *BioLaw Journal*, n. 1/2023, audizioni e lettere.

lamento UE 536/2014. La lettera citata mette in evidenza la forte criticità di questa previsione, già presente in una prima versione di un decreto del 2022 e poi stralciata dal testo definitivo, a seguito del confronto avvenuto in sede di Conferenza Stato-Regioni.

Nonostante, infatti, anche il documento del Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) del 24 febbraio 2023, richiamato dal decreto, sembri indicare una preferenza per questo organismo, che, in quanto previsto dalla legge, è effettivamente presente su tutto il territorio nazionale, il limite di una scelta del genere è significativo. In particolare, in molti contesti regionali sono presenti comitati più specifici di consulenza etica alla pratica clinica (si ricorderà il ComEC richiamato con riferimento alla delibera del 2021 della Azienda Sanitaria Toscana Nord-Ovest), che presentano al loro interno competenze ed esperienze più coerenti con il ruolo di garanzia, di protezione del paziente e di valutazione delle richieste all'interno del quadro normativo e valoriale di riferimento, rispetto ai compiti ed al funzionamento dei CET (comitati etici territoriali), organismi che si occupano di profili etici del tutto legati alla sperimentazione umana di farmaci e dispositivi, e sono peraltro gravati da una imponente mole di compiti di tipo amministrativo ed esecutivo di complesse normative nazionali ed europee (specificamente riferite alla sperimentazione, in materia di privacy e protezione dei dati personali, ecc.). Si aggiunga che dal 2021 ad oggi, alcune delle soluzioni individuate da Regioni e strutture del servizio sanitario sono comunque andate nel senso di individuare nei comitati per l'etica nella clinica gli organismi territorialmente competenti a prendere in esame le richieste di suicidio medicalmente assistito.

Il punto non è di poco conto, se si considera il ruolo che il comitato etico, quale che sia, è chiamato a svolgere nel procedimento: per quanto il parere espresso non sia vincolante per la struttura del servizio sanitario, in ogni caso tra la struttura pubblica chiamata a valutare la sussistenza dei requisiti, e l'organismo indipendente e terzo, chiamato ad offrire la propria lettura del caso, con uno sguardo plurale che conduca alla decisione etica attraverso il confronto tra approcci e saperi diversi, si instaura un dialogo che può risultare efficace soltanto se avviene tra soggetti che si esprimono attraverso un linguaggio comparabile.

Un'ultima questione procedurale che merita di essere ricordata, per quanto potrebbe forse essere in parte collocata anche tra quelle sostanziali, riguarda l'inserimento del suicidio medicalmente assistito nei c.d. LEA, i livelli essenziali di assistenza[31]. Secondo chi sostiene questa ipotesi, considerato che l'aiuto

[31] Il tema è affrontato da V. Zagrebelsky, *Il suicidio medicalmente assistito nei LEA (livelli essenziali di assistenza),* in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, n. 1/2023.

al suicidio non è punibile soltanto in quanto prestato da medici delle strutture del Servizio Sanitario Nazionale, si porrebbe in capo al Servizio stesso il dovere di organizzare e fornire il servizio, ovviamente quando ricorrano le condizioni stabilite dal giudice costituzionale, anche perché, all'interno di tale cornice, l'aiuto a morire si configurerebbe come un momento della relazione di cura tra medico e paziente, come definita dall'art. 1 della l. n. 219/2017.

D'altra parte, su questo punto è del tutto irrinunciabile un intervento del legislatore (statale), senza il quale difficilmente sono ipotizzabili soluzioni per via giurisdizionale o amministrativa.

4. *Le questioni emergenti nell'attuazione della sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale: profili sostanziali*

Dal punto di vista sostanziale la questione che ha occupato la riflessione della dottrina, dei giudici, la mobilitazione civile, il confronto tra i clinici, è certamente quella relativa al requisito, indicato dalla sentenza del 2019, relativo alla presenza di un trattamento di sostegno vitale.

Proprio il documento elaborato dal gruppo "per un diritto gentile", sopra menzionato, inserisce questo punto come unico aspetto sostanziale ancora aperto e da definire (accanto alle raccomandazioni di taglio essenzialmente procedurale che già si sono ricordate). E pone il tema al centro della raccomandazione 5, che suggerisce, in mancanza di una definizione univoca di trattamenti di sostegno vitale, una valutazione non focalizzata sulla tipologia di trattamento, ma orientata da due criteri fondamentali: «(1) la morte o riduzione della sopravvivenza del malato in caso di sospensione del trattamento; (2) l'invasività pervasività e onerosità del trattamento e, quindi, l'impatto che esso genera sul malato»[32].

La Corte in effetti non si sofferma sul contenuto clinico dei trattamenti di sostegno vitale: la l. n. 2019/2017 utilizzava soltanto l'espressione «trattamenti sanitari», all'interno dei quali comprendeva (a chiarire il conflittuale e decennale dibattito sul punto) nutrizione e idratazione artificiali (*ex* art. 1, c. 5); la Corte costituzionale, invece, utilizza il termine «trattamenti di sostegno vitale», già nell'ordinanza del 2018 e poi nella sentenza del 2019, nella quale proprio

[32] *Per un diritto gentile*: *La richiesta di aiuto medico a morire: raccomandazioni sul ruolo dei comitati etici e delle strutture pubbliche del Servizio Sanitario Nazionale*. Documento coordinato da Lucia Busatta, Università degli studi di Trento, componente del Comitato etico per la pratica clinica ULSS 1 dolomiti e del Comitato etico per la sperimentazione clinica della Provincia Autonoma di Bolzano; Luciano Orsi, medico rianimatore e palliativista, Crema; Mariassunta Piccinni, Università degli studi Padova, componente del Comitato Etico per la Pratica Clinica, IOV - Istituto Oncologico Veneto, I.R.C.C.S., Padova e del Comitato Etico della S.I.A.A.R.T.I.

il fatto che il richiedente sia «tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale», con il concorso di altri tre requisiti (patologia irreversibile; sofferenze fisiche o psicologiche ritenute assolutamente intollerabili; capacità di prendere decisioni libere e consapevoli), rappresenta una condizione per l'accesso all'aiuto medico a morire.

Il dato scientifico non facilita il compito dell'interprete, dato che non è presente nella letteratura scientifica una definizione univoca di trattamento di sostegno vitale, né una precisa tassonomia degli stessi. Se esistono pochi dubbi sul fatto che trattamenti aventi un importante contenuto tecnologico debbano essere considerati tali, ci si riferisce alla ventilazione meccanica, la dialisi, l'alimentazione o idratazione artificiale, il supporto cardio-circolatorio meccanico, maggiori dubbi invadono il campo quando si tratti di valutare procedure assistenziali che non comportano l'utilizzo di tecnologie, ma che in alcuni casi sono in grado di incidere direttamente sulla sopravvivenza della persona: si pensi allo svuotamento manuale del sacco intestinale. Tra le condizioni individuate dalla Corte, quindi, questa ha subito presentato criticità interpretative: l'appiglio proveniente dalle circostanze di fatto rispetto alle quali la Corte era stata chiamata a pronunciarsi, vale a dire la presenza di un sostegno meccanico (ventilazione) seppure non permanente che teneva in vita la persona che era stata aiutata a morire (nel noto caso di Fabiano Antoniani), da più parti non sembrava infatti tale da escludere altri trattamenti, ad esempio farmacologici, direttamente finalizzati a garantire la sopravvivenza.

Un altro aspetto legato a tale condizione, e centrale, come si vedrà tra poco, nell'ordinanza che ha dato luogo al più recente pronunciamento della Corte costituzionale, è quello del generale potenziale discriminatorio del requisito, in quanto differenzierebbe tra soggetti soltanto in relazione al tipo di patologia da cui sono affetti, e tale dunque da richiedere l'uno piuttosto che l'altro trattamento.

Il problema è ben illustrato nell'ordinanza della GIP di Firenze del gennaio 2024, la quale muove proprio dalla constatazione che la condotta degli indagati (Marco Cappato ed altre, indagati per aver organizzato e poi materialmente accompagnato una persona in una clinica svizzera per essere assistita nel suicidio) non ricadrebbe nello spazio di non punibilità definito dalla Corte rispetto all'art. 580 c.p., in quanto nel caso di specie non sarebbe integrato il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, sia perché in concreto il paziente non era sottoposto a trattamenti di sostegno vitale, sia perché lo stato di avanzamento della malattia non richiedeva tali trattamenti[33]. La GIP, pur di fronte ad una giurisprudenza di merito che in diversi casi ha operato un'in-

[33] Tribunale di Firenze, sezione del Giudice per le indagini preliminari, 17 gennaio 2024.

terpretazione estensiva del contenuto clinico del sostegno vitale, ad esempio nell'importante caso deciso dalla Corte di assise di Massa (27 luglio 2020) che vi ha fatto rientrare lo svuotamento manuale dell'intestino, ma anche la presenza di numerosi e complessi trattamenti farmacologici, rintraccia criticità in un percorso che condurrebbe alla sostanziale equiparazione tra sostegni meccanici o farmacologici (ad alto livello di intervento) e l'aiuto prestato da soggetti terzi per lo svolgimento delle ordinarie funzioni vitali. La lettura del concetto di trattamento di sostegno vitale, per così dire in combinato disposto con la nozione di trattamento sanitario di cui alla legge del 2017, circoscriverebbe infatti il campo a trattamenti aventi comunque una natura sanitaria, oggetto di valutazione e prescrizione medica, di monitoraggio.

Dunque nel caso di specie la persona non avrebbe potuto legittimamente accedere al suicidio assistito, e la condotta degli indagati, da questo punto di vista, sarebbe rientrata nel campo di applicazione dell'art. 580 c.p.

Nella visione della giudice, «l'impossibilità di accedere al suicidio assistito per i pazienti sofferenti e irreversibili ma senza il requisito del sostegno vitale si traduce in una ingiustificata lezione della "libertà di autodeterminazione" del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost.» (Corte cost., § 9 *considerato in diritto* dell'ord. 207/2018).

Sostiene infatti che la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale non è una condizione di esistenza del diritto, ma ne rappresenta un limite, in quanto tale legittimo solo se giustificato da contro-interessi di analogo rilievo, che invece non sembrano sussistere.

Per tale ragione si chiede di dichiarare illegittimo l'art. 580 c.p., nella versione derivante dalla declaratoria di incostituzionalità della Corte del 2019. Non si tratterebbe secondo la GIP di una impugnazione surrettizia della sentenza (com'è noto esclusa dall'art. 137, Cost.), in quanto quella decisione, nel valutare l'illegittimità e definire i contorni della legittimità, ha preso in considerazione situazioni come quelle del diritto *a quo*, ma la casistica può stimolare la Corte a pronunciarsi nuovamente, come nel caso di specie.

Non ci si soffermerà naturalmente sui profili processuali, e non si anticipano gli esiti del rinvio, che saranno discussi in seguito. Ciò che si vuole mettere qui in luce è una prima visione sul sostegno vitale (giuridicamente rilevante ai fini della tutela del diritto all'autodeterminazione nel fine vita), che è quella sostenuta dalla giudice di Firenze: una visione che lo interpreta comunque restrittivamente, come legato al caso *a quo* della pronuncia del 2019, e lo ritiene per questo uno strumento di discriminazione.

Interessante un'altra visione sul sostegno vitale, che è quella fatta propria dal Comitato Nazionale di Bioetica, nella risposta fornita ad un quesito posto

dal Comitato etico territoriale della Regione Umbria nel novembre 2023, con il quale l'organo consultivo chiedeva al Comitato di chiarire l'effettivo significato della nozione di sostegno vitale, o meglio un metodo certo e uniformemente applicabile per distinguere ciò che è sostegno vitale da ciò che tale non è. Il parere, emesso il 20 giugno 2024, contiene una posizione di maggioranza e una di minoranza: la prima, particolarmente rigorosa nel circoscrivere i trattamenti di sostegno vitale; la seconda, al contrario, sottolinea i rischi connessi ad una definizione restrittiva del sostegno vitale, che faccia rientrare nella nozione soltanto i supporti meccanici allo svolgimento delle funzioni fondamentali (respiratoria, cardiaca, renale, etc.), poiché essa escluderebbe arbitrariamente alcuni pazienti dalla possibilità di richiedere l'aiuto medico a morire, semplicemente in quanto affetti da una patologia (comunque grave, irreversibile, portatrice di sofferenze intollerabili) invece che da un'altra. La posizione di minoranza, peraltro, offre un orientamento generale al superamento *tout court* di tale requisito, pur nella consapevolezza che questo risultato non possa essere raggiunto da un comitato etico territoriale, ma semmai dalla Corte costituzionale in una nuova pronuncia sul tema.

Ciò che colpisce è il particolare approccio utilizzato dalla maggioranza del CNB, che restringe ulteriormente la definizione di trattamenti di sostegno vitale, aggiungendo elementi sicuramente non desumibili dalla decisione della Corte del 2019, e i cui riferimenti nella letteratura scientifica non sembrano chiari. Il CNB sostiene infatti che i TSV siano trattamenti indirizzati alla «risposta a condizioni che mettono a rischio la vita, in un arco di tempo breve o addirittura brevissimo (quando si tratta non di un semplice "sostegno", ma di una vera e propria "sostituzione" di una funzione vitale che l'organismo è ormai del tutto incapace di assicurare autonomamente)». E che debbano presentare, per essere considerati come tali, requisiti di *intensità* e relativi alla loro *sospensione*: nel senso che essi «impiegano spesso tecnologie avanzate e procedure specialistiche, e possono implicare una forte invasività e continuità nel tempo», e che la loro sospensione deve essere in grado di provocare «conseguenze fatali immediate o comunque rapide». Addirittura viene sottolineato come la massima tutela dei pazienti fragili comporti la necessità di applicare tale concetto soltanto a quei trattamenti «che non si limitano a un semplice sostegno, ma costituiscono una vera e propria sostituzione di funzioni vitali. Ciò implica che la morte del paziente, a seguito della loro sospensione, conseguirebbe in tempi molto brevi».

Come emerge dalla relazione di minoranza, tale impostazione (oltre a porsi *praeter legem* – ieri – e oggi, a seguito della sent. n. 135/2024 della Corte cost., addirittura *contra legem* se non *contra Constitutionem*) condurrebbe a conseguenze irragionevoli, arbitrarie e del tutto contrastanti con i principi co-

stituzionali, se è vero che alimentazione e idratazione artificiali uscirebbero dall'alveo dei trattamenti di sostegno vitale, in esplicito contrasto con la stessa l. n. 219/2017.

La relazione di minoranza introduce un altro aspetto importante, che, come si vedrà è presente anche nell'ultimo pronunciamento della Corte: il fatto che la sottoposizione ad un trattamento di sostegno vitale sia soltanto una delle condizioni che consentono il realizzarsi della situazione in cui si può legittimamente essere aiutati a morire, «all'interno di un quadro clinico la cui gravità non si riduce al solo fatto che la persona sia *tenuta in vita* da uno specifico trattamento».

D'altra parte, altri aspetti della risposta di minoranza esulano da un percorso argomentativo condivisibile e solidamente radicato nel tessuto costituzionale e dell'interpretazione costituzionale, tanto che essi stessi sono stati letti in modo del tutto antitetico da parte della Corte costituzionale (non solo del 2019, ma anche del 2024).

Infatti, la minoranza nel CNB ritiene che l'indicazione del sostegno vitale come requisito per l'accesso al suicidio assistito rappresenti una particolarità italiana «che non si ritrova negli ordinamenti dei principali Paesi che hanno legalizzato il suicidio medicalmente assistito e che è strettamente legata alla logica argomentativa riguardante un caso specifico» (il riferimento naturalmente è al caso Antoniani). La minoranza in buona sostanza richiama il precedente parere del CNB, pubblicato nel 2019, in materia di suicidio medicalmente assistito, dove l'allora maggioranza scriveva che «la presenza di un trattamento di sostegno vitale è considerata una condizione aggiuntiva solo eventuale; ritenerla necessaria, infatti, creerebbe una discriminazione irragionevole e incostituzionale (ai sensi dell'art. 3 della Costituzione) fra quanti sono mantenuti in vita artificialmente e quanti, pur affetti da patologia anche gravissima e con forti sofferenze, non lo sono o non lo sono ancora. Si imporrebbe, inoltre, a questi ultimi, di accettare un trattamento anche molto invasivo, come nutrizione e idratazione artificiali o ventilazione meccanica, al solo scopo di poter richiedere l'assistenza al suicidio, prospettando in questo modo un trattamento sanitario obbligatorio senza alcun motivo ragionevole»[34].

L'indicazione rispetto all'interpretazione del trattamento di sostegno vitale sembra dunque scalare: posto che esso, dal punto di vista bioetico, non dovrebbe rilevare come condizione per l'esercizio di un diritto all'autodeterminazione, qualora il dato normativo lo contempli, l'interpretazione che ne viene data dovrebbe non essere restrittiva, così come avvenuto nella giurisprudenza

[34] CNB, "*Riflessioni bioetiche sul suicidio assistito*", 18 luglio 2019, 23.

di merito. Oltre al citato caso della sentenza di Massa, il, CNB si riferisce anche a quella della Corte di appello di Genova (28 aprile 2021): in entrambe le occasioni il trattamento di sostegno vitale è definito come qualsiasi trattamento, sia di natura farmacologica sia assistenziale, dalla cui sospensione deriva, anche in tempi non rapidi, la morte.

Un'ultima questione aperta, e aperta direi in particolare dal ComEC dell'Azienda USL Toscana Nord-Ovest, con il parere espresso il 6 giugno 2024 in relazione ad una richiesta di suicidio medicalmente assistito presentata da parte di una persona malata di sclerosi multipla[35], è quella relativa alla possibile equivalenza, in sede di verifica della sussistenza del requisito del trattamento di sostegno vitale, tra il trattamento in atto e quello indicato ed oggetto di prescrizione medica ma rifiutato in attuazione della legge del 2017.

In quest'ultimo caso il Comitato si è trovato di fronte ad una situazione che presentava tutte le condizioni stabilite dalla sentenza del 2019, tranne la presenza di un TSV in atto (offrendo dello stesso una interpretazione orientata alla pronuncia, e dunque escludendo pratiche assistenziali prestate da terzi). Nel momento in cui, nel corso dell'*iter* definito dalla citata delibera aziendale del 2021, di fronte ad un aggravamento della disfagia della persona tale da condurre ad una prescrizione medica di PEG (gastroscomia endiscopica percutanea, per l'alimentazione artificiale), la paziente ha opposto un rifiuto al trattamento in base all'esercizio del diritto previsto dalla l. n. 2019/2017, il Comitato ha espresso un parere favorevole all'accettazione della richiesta (anche) in quanto la prescrizione della PEG doveva essere considerata assimilabile ad un trattamento di sostegno vitale in corso, poiché diversamente si sarebbe incorsi nel paradosso per il quale la persona, solo accettando forzatamente un trattamento (in contrasto con i diritti garantiti dalla legge del 2017), si sarebbe vista riconoscere, quasi come contropartita, la possibilità di ricevere un aiuto medico a morire.

L'interpretazione non è stata condivisa dalla Commissione aziendale multidisciplinare, che non ha (in un primo momento) autorizzato l'avvio della procedura, ma proprio la sent. n. 135/2024 della Corte cost. ha risolto tale "questione aperta", intervenendo sul tema della equivalenza, come si segnalerà nel par. seguente, tanto che l'Azienda ha prontamente rivisto la sua decisione acconsentendo alla richiesta della paziente.

[35] Si precisa che l'Autrice è componente del Comitato, e in tale veste ha contribuito alla redazione del parere.

5. *L'ultimo approdo: la sent. n. 135/2024 della Corte costituzionale: ancora l'interpretazione costituzionale a servizio dello stato di diritto*

Il dibattito precedente la decisione della Corte costituzionale aveva posto sul campo numerose ipotesi diverse, da alcune che si soffermavano in particolare sui profili processuali della questione, ad altre che si spingevano verso un possibile rivoluzionamento del modello di depenalizzazione condizionata tracciato nel 2019.

La Corte sceglie una strada di coraggioso equilibrio, attenta a garantire prima di tutto lo stato di diritto nella prospettiva del costituzionalismo, vale a dire a garantire i diritti (anche) attraverso il riconoscimento delle sfere di autonomia e di competenza dei poteri, e facendo del bilanciamento uno strumento di ricerca della massima espansione possibile dei diritti all'interno della dimensione solidaristica che informa il sistema costituzionale italiano.

Da un lato la Corte ricorda il dovere pubblico di assicurare la tutela del diritto alla vita, espressamente enunciato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (artt. 2, par. 1), ma anche già affermato dalla Corte proprio con riferimento al fine vita, nella già citata ordinanza del 2018, e poi nella sent. n. 50/2022 con la quale la Corte ha dichiarato inammissibile la proposta di referendum abrogativo che aveva come obiettivo la cancellazione della norma di cui all'art. 579 c.p., ed il cui esito positivo avrebbe dunque lasciato «la vita umana in una situazione di insufficiente protezione, in contrasto con gli obblighi costituzionali e convenzionali (*Considerato in diritto*, 5.4)».

Dall'altro lato, la Corte pone il diritto fondamentale al consenso informato ad ogni trattamento sanitario, e dunque il diritto al rifiuto di qualsiasi trattamento che non sia previsto dalla legge come obbligatorio (compresi trattamenti c.d. di sostegno vitale), ai sensi del combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32, c. 2, Cost.; e lo fa richiamando la già citata giurisprudenza della CEDU, fino al recente caso *Karsai c. Ungheria*, sul quale ci si è soffermati, e naturalmente la l. n. 219/2017, poiché il diritto di rifiutare le cure deve essere esercitato nell'ambito della relazione di cura e dell'alleanza terapeutica tra medico e paziente, che la legge descrive, e nei confronti della quale si pone a presidio.

È in questo quadro che la condizione rappresentata dalla dipendenza da trattamenti di sostegno vitale svolge un ruolo fondamentale nell'equilibrio costruito dalla Corte, nel perdurante vuoto legislativo. Senza una disciplina organica da parte del legislatore, la Corte non può che mantenere il confine da essa rappresentato, dato che in nessun modo essa ha riconosciuto, né riconosce con la nuova pronuncia del 2024, «un generale diritto di terminare la propria vita in ogni situazione di sofferenza intollerabile, fisica o psicologica, determinata da patologia irreversibile» (*Considerato in diritto*, 7.1). Tale situazione, infatti,

deve essere necessariamente collegata al richiamato diritto previsto dalla legge del 2017: sarebbe paradossale infatti impedire l'accesso al suicidio assistito a chi, trovandosi nella situazione sopra richiamata, avrebbe comunque già il diritto di rifiutare trattamenti necessari ad assicurare la sopravvivenza.

Ed è così essenziale la precisazione della Corte sul rischio che il trattamento di sostegno vitale si trasformi in trattamento sanitario obbligatorio: ciò che accadrebbe in una situazione come quella recentemente determinatasi in Toscana, qualora si operasse «una distinzione tra la situazione del paziente già sottoposto a trattamento di sostegno vitale, di cui può pretendere l'interruzione, e quella del paziente che, per sopravvivere, necessiti, in base a valutazione medica, dell'attivazione di simili trattamenti, che però può rifiutare». Non ci sono dubbi, secondo la Corte, così come il richiamato parere del ComEC in Toscana aveva evidenziato nelle settimane precedenti alla decisione, che «i principi affermati nella sentenza n. 242 del 2019 valgano per entrambe le ipotesi. Sarebbe, del resto, paradossale che il paziente debba accettare di sottoporsi a trattamenti di sostegno vitale solo per interromperli quanto prima, essendo la sua volontà quella di accedere al suicidio assistito» (*Considerato in diritto*, 7.2).

Con riferimento alla "questione aperta sostanziale", quella relativa ai contenuti del trattamento di sostegno vitale, la Corte ribadisce che la nozione deve essere interpretata dal Servizio sanitario nazionale, nell'esercizio della sua funzione autorizzativa, conformemente alla *ratio* della giurisprudenza costituzionale. Il singolo trattamento, la singola pratica, deve dunque essere valutata in relazione alle conseguenze della sua omissione o interruzione, vale a dire al fatto che queste siano in grado di determinare «prevedibilmente la morte del paziente in un breve lasso di tempo» (*Considerato in diritto*, 8).

È evidente che il ruolo interpretativo delle strutture pubbliche è confermato, se non rafforzato, dalla sent. n. 135/2024, e ad esso non potranno sottrarsi le aziende del servizio sanitario, che, nel valutare le richieste di accesso all'aiuto medico a morire, saranno chiamate ad esercitare un ruolo forse particolarmente complesso nella verifica del requisito del TSV, tenendo conto del valore che esso acquisisce in relazione agli altri elementi oggetti di valutazione, e di quell'interpretazione, che si potrebbe definire "teleologica", volta ad inquadrare la presenza di un trattamento di sostegno vitale alla luce della condizione generale, e dell'effettiva rilevanza del trattamento o della pratica ipoteticamente tale nel mantenere in vita la persona. Non è da escludersi che nuovi problemi applicativi si pongano, ed è anzi probabile che accada, ma se l'attuazione della Costituzione è un compito che spetta a tutti i pubblici poteri, a tutte le articolazioni della Repubblica, nessun soggetto potrà tirarsi indietro di fronte alla perdurante inerzia del Parlamento.

6. *Gli scenari aperti nello spazio giuridico europeo e uno sguardo all'esperienza spagnola*

Nei mesi che hanno preceduto il nuovo pronunciamento della Corte costituzionale italiana, il dibattito si è spinto in molte occasioni ad osservare le esperienze nel diritto comparato. Gli stessi *Amici curiae* intervenuti nel giudizio che ha condotto alla sent. n. 135/2024, hanno in diversi casi segnalato l'evoluzione della materia in altri sistemi, ad esempio per sottolineare la generale assenza del requisito dell'essere tenuti in vita da trattamenti di sostegno vitale.

Tra queste esperienze, quella che, per vicinanza costituzionale e culturale, nonché geografica, e per modalità di intervento, ha sollecitato particolare interesse, è quella spagnola.

Nel marzo 2021 il Congresso spagnolo ha approvato la *Ley organica de regulaciòn de la eutanasia*, recante disciplina organica della prestazione sanitaria finalizzata all'aiuto a morire. Si tratta di un breve testo normativo con il quale il Congresso legalizza, trattandoli come manifestazioni diverse e prestazioni diverse comunque finalizzate a garantire il diritto all'autodeterminazione, sia l'eutanasia attiva, che consiste nella somministrazione diretta da parte del personale sanitario al paziente di una sostanza con lo scopo di determinarne la morte, sia il suicidio medicalmente assistito, ipotesi che si realizza quando il personale medico prescrive al paziente, o coadiuva il paziente nella somministrazione di un farmaco che ne causi la morte. Va aggiunto che la legge stabilisce che queste pratiche possano essere compiute anche quando il soggetto non è in grado di autodeterminarsi al momento della richiesta, qualora abbia in precedenza sottoscritto un *testamento vital* o *instrucciones previas*, regolate con legge statale nel 2002[36].

Elemento fondamentale che caratterizza l'intervento normativo è la definizione di un "contesto eutanasico", vale a dire che le pratiche legalizzate possono trovare realizzazione soltanto in presenza di condizioni, similmente a quanto accade nel "modello italiano", che in questo caso corrispondono al trovarsi il paziente in una situazione di grave malattia, cronica e invalidante, incurabile, causa di una intollerabile sofferenza. Le condizioni sono quindi analoghe a quelle previste nell'ordinamento italiano, ad eccezione del riferimento al sostegno vitale: si precisa infatti che la «sofferenza grave, cronica e impossibilitante», «a volte può presupporre la dipendenza assoluta da un supporto tecnologico», ritenendo solo eventuale tale elemento.

[36] Cfr. P. Q. Cardinali, *La legalizzazione dell'eutanasia in Spagna e un confronto con il "fine vita" in Italia*, in *Giurisprudenza penale Web,* n. 4/2021.

Il procedimento delinea peraltro un contesto esclusivamente medico-sanitario, al di fuori del quale le condotte eutanasiche, attive o passive, possono essere oggetto di sanzione penale[37].

Al di là della configurazione in concreto dei requisiti, dal punto di vista della struttura della situazione giuridica soggettiva che la legge delinea, com'è stato opportunamente rilevato[38], benché in Spagna ci si trovi di fronte ad un intervento sistematico del legislatore, e non ad un'operazione di ritaglio del giudice costituzionale, ciò che emerge non è in ogni caso un "diritto fondamentale a morire", quanto piuttosto un diritto prestazionale condizionato a ricevere determinati servizio dal Sistema Sanitario Nazionale, «connesso strettamente con il diritto fondamentale alla vita e all'integrità fisica e morale»[39].

Ulteriori chiarimenti, sul piano costituzionale, giungono peraltro dal *Tribunal Constitucional*, che con sent. n. 19/2023 ha respinto il ricorso di incostituzionalità proposto dai deputati di Vox sulla legge organica del 2021[40]. I ricorrenti chiedevano al giudice costituzionale di dichiarare l'incostituzionalità del provvedimento in quanto lesivo del diritto fondamentale alla vita, diritto indisponibile che deve dunque essere tutelato dallo Stato indipendentemente dalla volontà del singolo di goderne; domanda subordinata era quella di accertare l'incostituzionalità sulla scorta di un test di proporzionalità, ritenendo in ogni caso la disciplina illegittima in quanto incidente in modo abnorme sulla tutela del diritto alla vita.

Il *Tribunal* rifiuta l'impostazione dei ricorrenti escludendo che l'art. 15 della Costituzione spagnola, che fa espresso riferimento al diritto alla vita e all'integrità fisica e morale, ponendo in capo ai pubblici poteri obblighi negativi e positivi affinché tale diritto sia garantito, non introduca un diritto assoluto (poiché in effetti nessun diritto, all'interno di un sistema ispirato al costituzionalismo, sembra poter essere considerato come tale), che di fatto lo trasformerebbe in un dovere di vivere, in qualsiasi condizione.

D'altra parte il giudice costituzionale spagnolo già in precedenza non aveva ritenuto incostituzionali previsioni che sancivano il diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari di supporto vitale, offrendo un'interpretazione dell'art. 15 CE

[37] C. J. Dorado, M. L. Cuera Arnau, *La nuova legge organica che disciplina l'eutanasia volontaria in Spagna,* in *Diritto penale XXI secolo*, n. 1/2021.

[38] S. Romboli, *Una storia a lieto fine: la Spagna approva i trattamenti eutanasici di fine vita*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2021.

[39] *Ibidem*. Si veda anche A. Tigrino, *La riflessione penalistica spagnola in materia di fine vita: dalle elaborazioni d'epoca franchista alla* Ley Orgànica de Regulación de la Eutanasia del 18 marzo 2021, in *La legislazione penale*, 27 aprile 2021.

[40] Cfr. S. Sieira Mucientes, *El libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental general de libertad-autonomía: la eutanasia y el aborto en las sentencias del Tribunal Constitucional* 19/2023 y 44/2023, in *Revista De Las Cortes Generales*, (116), 2023, 261-314.

tesa a bilanciare il diritto alla vita con il combinato disposto tra il diritto alla libertà (art. 1, c. 1 CE) e il diritto alla dignità e al libero sviluppo della propria personalità (art. 10, c. 1, CE): la stessa sentenza del 2023 cita SSTC n. 37/2011 e n. 154/2002, nonché la n. 181/2004, con riferimento alle condotte in grado di reificare l'individuo.

Anche il test di proporzionalità risulterebbe superato, in quanto la legge opera un corretto bilanciamento tra la tutela del diritto alla vita e il diritto all'autodeterminazione, derivante naturalmente dal diritto al libero sviluppo della propria personalità (nonché dal diritto alla dignità, declinato in senso soggettivo) di cui all'art. 10 CE. Il bilanciamento, infatti, si concretizza nella previsione tassativa di condizioni in presenza delle quali soltanto si attiva il diritto a ricevere la prestazione dal sistema sanitario, e nella definizione di una procedura trasparente e volta a garantire autonomia al soggetto nel processo decisionale.

In una prospettiva comparatistica, sembra rilevante la circostanza per cui eutanasia attiva e suicidio assistito vengono poste sullo stesso piano dall'intervento legislativo, così come in termini di interpretazione costituzionale, nel momento in cui entrambe si collocano all'interno di un contesto medico-sanitario segnato da specifiche procedure, rigorosamente delineate. Più che sulla questione della richiesta del requisito dei trattamenti di sostegno vitale, il cui fondamento si colloca comunque in un'esigenza di proporzionalità e bilanciamento tra tutela della vita umana, ed in particolare della vita di chi è socialmente vulnerabile, e riconoscimento del diritto ad autodeterminarsi, che richiede una speciale protezione nel confine tra il vivere e il morire, e dunque non stupisce che resti fermo soprattutto in un'operazione di costruzione giurisprudenziale mite dei diritti fondamentali, forse occorrerebbe soffermarsi sul tema della perdurante distinzione, all'interno del nostro ordinamento, tra aiuto a morire attivo e suicidio assistito. Se essa deriva ovviamente, ancora una volta, dalla norma penale a partire dalla quale la "regolazione" attuale è ritagliata (l'art. 580 c.p., appunto), non c'è dubbio che sul piano della potenziale discriminazione tra malati, e della ragionevolezza del diverso trattamento giuridico di forme sostanzialmente assimilabili in cui oggi può realizzarsi la relazione di cura medico-paziente, resta una questione aperta, a cui però sembra difficile possa fornire risposte il giudice, in assenza di interventi legislativi *ad hoc*.

Significativo da questo punto di vista l'esito (che possiamo ritenere scontato) della proposta di referendum per l'abrogazione dell'art. 579 del c.p. (*Omicidio del consenziente*), ritenuta inammissibile dalla Corte costituzionale proprio perché, come si è già sottolineato, avrebbe dato vita ad un vuoto di protezione nei confronti dei soggetti vulnerabili, vale a dire che avrebbe determinato una soluzione sproporzionatamente sbilanciata a favore di un (apparentemente)

assoluto diritto all'autodeterminazione, rischiando in realtà di lasciare spazio e pericolose forme di "eterodeterminazione". Ulteriori indicazioni potranno però forse arrivare nei prossimi mesi dalla Corte costituzionale, chiamata a valutare la possibile illegittimità costituzionale del suddetto art. 579 c.p., in relazione ai parametri di cui agli artt. 2, 3, 13 e 32, Cost., dalll'ordinanza n. 97 del 30 aprile 2025, emessa dal Tribunale di Firenze con riferimento ad una ipotesi nella quale l'autosomministrazione del farmaco per cagionare la morte non risulta tecnicamente possibile a causa dell'indisponibilità degli strumenti tecnici necessari, e al contempo impossibile risulta un'autosomministrazione per via alternativa.

L'evoluzione giurisprudenziale e normativa nel diritto comparato deve certamente essere presa in considerazione, e, oltre all'esperienza spagnola, altre, successive alla sentenza della Corte italiana del 2019, sono significative.

Si pensi a come le Corti costituzionali tedesca e austriaca abbiano fatto discendere dal diritto alla libera autodeterminazione nello sviluppo della propria personalità (*ex* art. 2 della Legge fondamentale tedesca, e, naturalmente, art. 8 CEDU), nonché dal diritto ad essere tutelati nella propria dignità, evidentemente intesa in senso soggettivo, l'esistenza di un diritto di disposizione della vita, anche attraverso il supporto di terzi nel passaggio dalla vita alla morte (Tribunale costituzionale federale tedesco, sentenza 26 febbraio 2020 e Tribunale costituzionale austriaco, sentenza 11 dicembre 2020). A medesimi risultati sono giunte Corti extraeuropee, fondandosi su principi costituzionali di analogo tenore, si pensi alla Corte costituzionale della Colombia (sentenza 20 maggio 1997, C-239/97), alla Corte suprema del Canada, nella già menzionata *Carter v. Canada*, 2015, CSC 5, e, più di recente, alla Corte costituzionale dell'Ecuador, con la recente sentenza del 5 febbraio 2024 (67-23-IN/24). A livello legislativo, il Portogallo, nel maggio 2023, ha approvato, superando il veto del Presidente della Repubblica[41], una legge con cui ha legalizzato il suicidio assistito e l'eutanasia, ponendo in questo caso quali condizioni per l'accesso a tali prestazioni il fatto che la persona richiedente si trovi in una situazione di grave sofferenza causata da una malattia grave e incurabile o da una lesione definitiva di estrema gravità[42].

[41] Cfr. A. D'Aloia, *op. cit.*

[42] Si tratta della *Lei* n. 22/2023 (*"Regula as condições em que a morte medicamente assistida não é punível e altera o Código Penal"*), frutto della conversione di un decreto, il quarto delle iniziative legislative in materia di fine vita approvate dall'Assemblea ma mai promulgate dal Presidente della Repubblica. Interventi su cui peraltro è intervenuta la stessa Corte costituzionale. L'ultimo decreto, invece, dopo aver ricevuto il veto per la promulgazione da parte del Presidente della Repubblica, è stato convertito in legge in base all'art. 136, par. 2 della Costituzione portoghese, che consente all'Assemblea di superare il veto politico del Presidente della Repubblica

Significativa, nel quadro comparatistico tracciato, è la pronuncia del 2020 del Tribunale costituzionale tedesco, in quanto il giudice di Karlsruhe arriva a considerare il suicidio assistito quale espressione di un diritto della personalità il cui esercizio non può essere condizionato da particolari requisiti, quali, ad esempio, specifiche situazioni cliniche.

Non c'è dubbio, quindi, che la comparazione ci mostra un percorso di progressivo ampliamento dello spazio del diritto all'autodeterminazione nel confine tra il vivere e il morire, ma è anche vero che questo percorso si snoda in traiettorie non identiche, diversamente segnate da principi costituzionali e soluzioni ragionevoli di bilanciamento. L'Italia sembra compiere a sua volta questo cammino, nel silenzio di un legislatore inerte e frenato dalle contrapposizioni ideologiche, attraverso l'impegno di un giudice costituzionale effettivamente interprete di quel ruolo contro-maggioritario ricordato da Salvatore Prisco, così importante quando si tratta di questioni che attengono l'essenza stessa dell'umanità.

confermando il decreto a maggioranza assoluta dei deputati in camera. La legge individua una procedura per l'accesso alla morte medicalmente assistita, stabilendo alcune condizioni: 1) decisione attuale, ripetuta, seria, libera e informata di una persona maggiorenne di porre fine alla propria vita e 2) la persona deve trovarsi in una situazione di grave sofferenza causata da una delle seguenti condizioni cliniche: a) malattia grave e incurabile o b) lesione definitiva di estrema gravità. Stabilisce inoltre che il ricorso all'eutanasia sia sussidiario al suicidio medicalmente assistito, potendo accedere ad essa soltanto quando le condizioni fisiche del richiedente rendano impossibile il suicidio. Si veda la trattazione su *Biodiritto – Normativa – Portogallo,* https://www.biodiritto.org

Vincenzo Tondi della Mura[*]

VERSO UNA COMPLETA TRASFORMAZIONE DELLO STATO SOCIALE ALL'INSAPUTA DEL PARLAMENTO, INCERTA NEI CRITERI E INCAPACE DI TRASPARENZA

Dietro la battaglia dei metodi c'è, come sempre, una battaglia ideologica
(Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., Torino, 1993, 247)

SOMMARIO: 1. Premessa: l'aleatorietà dell'attuale dibattito sul regionalismo asimmetrico. – 2. Lo scollamento fra l'astrazione e la realtà nella valutazione della sostenibilità della legge Calderoli. – 3. Il nodo critico della determinazione dei Lep. – 3.1. La marginalizzazione sul piano normativo dell'opera di determinazione dei Lep. – 3.2. La marginalizzazione sul piano istruttorio dell'opera di determinazione dei Lep. – 3.3 La marginalizzazione sul piano tecnico dell'opera di determinazione dei Lep. – 3.4. La bulimia autonomista e i rischi derivanti da una selezione restrittiva dei Lep. – 4. La perduta terzietà della Commissione tecnica fabbisogni standard, quale nuova Camera delle Regioni autolegittimata a riscrivere le pagine bianche del «Rapporto finale».

1. *Premessa: l'aleatorietà dell'attuale dibattito sul regionalismo asimmetrico*

Con l'approvazione della legge 26 giugno 2024, n. 86, [d'ora innanzi legge Calderoli][1] si è appena conclusa la prima fase del lungo percorso riformatore volto a disarticolare il rapporto fra Stato centrale e singole regioni, per poi riarticolarlo secondo differenti criteri di eguaglianza territoriale. Si tratta di un percorso (astrattamente) legittimato dalla più discussa e sospetta fra le disposizioni costituzionali: quella dell'art. 116, comma 3, Cost., suscettibile di produr-

[*] Ordinario di Diritto costituzionale, Università del Salento. Componente del Comitato tecnico-scientifico per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni.

[1] Il disegno di legge d'iniziativa governativa collegato alla manovra di finanza pubblica, recante Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, è stato presentato il 23 marzo 2023 in Senato (n. 615) dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie, Calderoli, ed è stato trasmesso alla Camera il 23 gennaio 2024 (n. 1665). Infine, è stato approvato in via definitiva dopo una seduta fiume terminata alle 7.40 della mattina del 19 giugno 2024: voti favorevoli, 172; contrari, 99; astenuti, 1. Per una cronaca, S. MADIOTTO, *Autonomia, nella notte il sì definitivo della Camera: il ddl Calderoli è legge. Zaia: «Alba di un giorno storico»*, in *Corriere del Veneto*, 19 giugno 2024: «Trionfano i leghisti, primo fra tutti il segretario Alberto Stefani, relatore in Aula: "Quarantotto ore senza chiudere occhio, 230 voti, ma la soddisfazione ripaga tutto perché oggi è un giorno storico. Alle 7.40 del mattino l'Autonomia è legge dello Stato grazie alla Lega"».

re quel «risultato disgregativo" opportunamente intuito da Salvatore Prisco, tale da prodursi «in contrasto con il principio e con la logica di ricomposizione del pluralismo territoriale in un quadro di unità "arricchita", di cui all'art. 5 della Costituzione»[2]. Non per nulla la disposizione era stata notoriamente accusata da Leopoldo Elia di avere introdotto un regionalismo «sì asimmetrico, ma a danno della Costituzione»; tale da fungere da *grimaldello* per forzare in via legislativa il riparto di competenze fra Stato e Regioni in assenza delle garanzie del procedimento di revisione[3].

Per giunta, si tratta di un percorso avviato (sia pure con alterne vicende) in modo politicamente trasversale, al punto che la legge Calderoli (art. 11) consente di fare salvi gli esiti già realizzati nonostante la relativa incompatibilità d'impostazione e di contenuto[4]. Non è un caso, del resto, che la fase delle pre-intese fra Stato e regioni richiedenti (Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto) sia iniziata proprio con l'avvento di un governo di centrosinistra, il Governo Gentiloni, e con la responsabilità del sottosegretario al Dipartimento per gli Affari regionali, Gianclaudio Bressa, appartenente al Partito Democratico[5]; né che le tre bozze di accordo siano state definite all'esito di una trattativa diretta dal Governo Conte I in assoluta segretezza[6], sotto la guida della Ministra della Lega nord, Erika Stefani, e del sottosegretario dei Cinquestelle, il lombardo Stefano Buffagni, entrambi esplicitamente favorevoli al processo di autonomia differenziata indicato dal programma di quel governo come tema prioritario[7].

[2] 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*, Vol. V - *La democrazia italiana in equilibrio*, *Consulta OnLine*, 2020, 405, ora anche in *www.giurcost.org*, 19 dicembre 2019.

[3] L. Elia, *Introduzione*, in T. Groppi, M. Olivetti (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Torino, 2001, 18 ss.

[4] S. Staiano, *Nota per la Commissione Affari costituzionali della Camera Audizione del 12 marzo 2024*, 1.

[5] Quanto alla documentazione istituzionale, Servizio Studi, *Dossier. Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, A.C. 1665, Elementi per l'esame in Assemblea, XIX Legislatura*, 27 aprile 2024, 61 ss.

[6] S. Staiano, *Relazione di sintesi,* in M. Cosulich (a cura di)*, Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni*, *Atti del Convegno di Trento 18-19 settembre 2020*, Napoli, 2021, 258.

[7] Sicché può ripetersi che il cleavage determinato dai tentativi di attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. realizzati dal 2017 in poi, «non ricalca puntualmente un criterio politico (destra/sinistra), né una così netta linea di demarcazione territoriale (salvo una generica contrapposizione fra meridione e settentrione), né un insieme specifico di ambiti materiali più "desiderati" di altri sotto il profilo delle competenze legislative o delle funzioni amministrative (collocandosi tutte le richieste più recenti verso la soglia massima)», così L. Gori, *I profili finanziari. Tra attuazioni e resistenze,* in *Il regionalismo differenziato tra attuazione e resistenze*, in questo volume.

In definitiva, si tratta di un percorso che per l'entità delle trasformazioni coinvolte amplifica i dubbi sulle difficoltà e gli squilibri derivanti dall'applicazione dell'art. 116, comma 3, Cost.[8]; apre a laceranti interrogativi d'ordine giuridico, finanziario ed economico sull'effettività delle garanzie poste a tutela dell'unitarietà della forma di Stato sociale; suscita inquietudine sulla reale tenuta della coesione nazionale; lascia paventare l'aggravarsi del divario territoriale e dei flussi di capitale umano dal Sud verso il Nord. Necessita insomma di risposte certe, fondate su dati definitivi e trasparenti, oltreché su soluzioni politicamente condivise e costituzionalmente coerenti.

Per contro, le risposte a disposizione sono costantemente di segno opposto; rinviano a presupposti pre-politici e a suggestioni di tipo ottativo, soggettivo, o istituzionalista. Nella *Relazione* introduttiva al disegno Calderoli, ad esempio, l'insistenza è posta genericamente sull'«*auspicio* […] che tutti aumentino la velocità: sia le aree del Paese che con l'autonomia possono accelerare sia quelle che finalmente possono crescere»[9]; *auspicio* addirittura amplificato in senso modernista nella prospettiva di «un modello di regionalismo *al passo coi tempi*»[10]. In pari modo, negli articoli scientifici sulla stampa essa è motivata dalla necessità di far fronte alla "*sfida*" rivolta al Sud, di vincere la "*scommessa*" della differenziazione[11]. Su tutto prevale infine un approccio istituzionalista, espressivo dei condizionamenti esercitati dalle istituzioni di riferimento sui processi di definizione delle politiche pubbliche. Come aveva intuito Giuseppe Guarino, «non esiste l'uomo "di natura", esiste solo l'uomo quale si forma attraverso la mediazione delle istituzioni»[12], che «pensa e vuole secondo le istituzioni» e, soprattutto, secondo pensieri e volontà differenti a seconda del ruolo assolto presso le medesime istituzioni; con la conseguenza che «ciascuno pensa e vuole […] se e in quanto si trovi ad operare nel ruolo che gli è stato attribuito. Se cambia ruolo […], egli pensa e vuole in modo diverso, cioè nel modo conforme

[8] S. Bartole, P. Giangaspero, *Diritto regionale. Una conversazione*, Bologna, 2022, 149.

[9] D.d.l. n. 615, cit., 3 (corsivo non testuale).

[10] E. D'Orlando, *Audizione informale nell'ambito dell'esame, in sede referente, del disegno di legge C. 1665, approvato dal Senato, recante "Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione", I Commissione della Camera dei deputati*, 8 aprile 2024, 3; ma già Id., *Audizione informale d.d. 1° giugno 2023 sui disegni di legge n. 615 e connessi, Commissione Affari costituzionali, Senato della Repubblica*, 3.

[11] G. Guzzetta, *L'unità del Paese garantita dai Lep. E il Sud scommetta su sé stesso*, *int. a cura di F. Malfetano*, in *Il Messaggero*, 24.1.2024; Id., *La riforma può far bene al Sud. L'autonomia differenziata regionale può essere la scossa che serve al Sud per crescere, int. a cura di A. Ricciardi*, in *Italia Oggi*, 17.1.2024; G. Quagliariello, *Autonomia non punitiva, ecco la versa sfida del meridionalismo*, in *La Gazzetta del Mezzogiorno*, 16.1.2023.

[12] G. Guarino, *L'uomo-istituzione*, Roma-Bari, 2005, 5.

al diverso ruolo»[13]. Di qui, la *linearità* dei cambiamenti nel tempo di chi: inizialmente e da giudice costituzionale aveva sostenuto che «le regioni andrebbero soppresse»[14]; in seguito e da semplice cittadino, aveva denunciato le ferite inferte all'unità del Paese dall'autonomia leghista[15]; salvo, infine, da Presidente del Comitato per l'individuazione dei Lep, tacciare come "ideologiche" le opposte critiche verso quella medesima autonomia, sul presupposto – ancora una volta soggettivo – che il Sud non avrebbe nulla da temere dalla differenziazione regionale[16].

E così, paradossalmente, dove massima è l'esigenza di certezza normativa, finanziaria ed economica in ordine alle effettive garanzie offerte dalla legge di regionalizzazione, massima è l'opposta condizione d'incertezza. Con la conseguenza che le questioni lasciate aperte dal combinato disposto fra la legge Calderoli e la legge di Bilancio 2023[17] restano stridenti e destinate a provocare incredulità negli osservatori e allarme sociale in tanta parte del Paese.

2. *Lo scollamento fra l'astrazione e la realtà nella valutazione della sostenibilità della legge Calderoli*

La più eclatante delle questioni, ovviamente, è quella attinente alla sostenibilità della complessiva legge di riforma. Questa – per così dire – si pone

[13] Ivi, 79 ss., spec. 83.

[14] S. Cassese, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015, 190-191, «Le questioni che pervengono alla Corte, attinenti alle regioni, rivelano fenomeni diffusi e cattiva gestione: clientelismo, faciloneria, mani bucate, disprezzo per la cosa pubblica. Ci confessiamo spesso sottovoce con i miei compagni di "banco" che le regioni andrebbero soppresse. Se queste battute sono il segno di una insofferenza dinanzi a tanti sperperi, tuttavia, gli sperperi – che sono noti – dovrebbero almeno indurre a costituire una commissione parlamentare per svolgere un'inchiesta conoscitiva approfondita».

[15] S. Cassese, *L'autonomia voluta dalla Lega ferisce l'unità del Paese. Dubbi sui trasferimenti di competenze come istruzione e ambiente*, int. a cura di F. Capurso, in *La Stampa*, 21.11.2023. Alla domanda «se al Nord andranno più risorse, il Sud ne otterrà di meno?», è seguita la seguente risposta: «Certo. La torta non si allarga se alcune Regioni ne prendono una fetta più grossa, perché qualcun'altra ne avrà una più piccola. Nel 2017-2018 era stato valutato che le tre regioni del Nord che richiedevano l'autonomia differenziata avrebbero goduto di 21 miliardi in più di risorse per ano, ciò che avrebbe comportato per la Lombardia un aumento delle risorse disponibili in bilancio di più di un quarto»; ma già: Id., *Autonomia? Questo è secessionismo. La spesa crescerà*, int. a cura di E. Auci, in *Firstonline.info*, 27.7.2019.

[16] S. Cassese, *Contro l'autonomia un approccio ideologico. Il Sud non abbia paura. I livelli essenziali delle prestazioni garantiscono il Meridione*, int. a cura di M. Cozzi, in *Corriere del Mezzogiorno - Puglia*, 20.1.2024; Id., *Sull'autonomia la sinistra ha torto*, int. a cura di F. Novella, in *La Verità*, 22.1.2024; Id., *Il Sud capisca che è un'opportunità. Prestazioni garantite*, int. a cura di C. Vecchio, in *La Repubblica*, 16.1.2024.

[17] L. 29/12/2022, n. 197, art. 1, commi 791-801.

ad *amministrazione centrale invariata*[18]. Come in precedenza la retorica del federalismo aveva coperto la pratica del centralismo[19], anche ora l'enfasi della differenziazione ha prevalso sulla definizione delle condizioni per la relativa realizzazione. Una volta rinviata a tempi indeterminabili l'attuazione del progetto perequativo di cui alla legge n. 49 del 2009 a vantaggio di quella del regionalismo differenziato[20], la legge Calderoli ha lasciato sullo sfondo le notorie difficoltà di gestione di uno Stato centrale cresciuto a dismisura dall'Unità in poi; ha evitato di affrontare il nodo cruciale del ridimensionamento del governo centrale a vantaggio delle diverse forme di autonomia regionale (ordinaria, differenziata e speciale); ha mantenuto allo Stato il controllo della perequazione senza curarsi dell'effettività di un meccanismo che, da un lato, assicuri la competitività di tutto il Paese e, dall'altro, preservi l'unità del sistema economico, soprattutto a sostegno di quelle Regioni più svantaggiate che, proprio in attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost., potrebbero subire un ulteriore arretramento[21].

Così facendo la legge Calderoli ha mantenute invariate le ragioni di contestazione opposte dal DAGL al primo Governo Conte in ordine alla legittimità degli schemi d'intesa allora in discussione e ora pronti a essere recepiti (art. 11, d.d.l. Calderoli). All'epoca il Dipartimento, riflettendo sugli effetti derivanti da un'eventuale alterazione del riparto di competenze, paventò «il ripercuotersi» di una tale alterazione «sugli uffici e sulle strutture dell'amministrazione statale centrale e periferica, preposte allo svolgimento delle funzioni legislative e amministrative trasferite»; sicché chiese di valutare «il potenziale impatto che il riconoscimento di ampie forme di autonomia differenziata ad un numero crescente di Regioni di diritto comune è suscettibile di determinare sulle amministrazioni statali interessate, in termini di soppressione o di ridimensionamento degli uffici e delle strutture»[22].

[18] E tuttavia, se nel caso della prima "legge Bassanini" (l. n. 59 del 1997) l'ammissione di una riforma a Costituzione invariata valeva solo ad anticipare in modo realistico le successive fasi del progetto perseguito (Relazione al D.d.l. n. 1124 del 1996, Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa, Senato della Repubblica, XIII legislatura, 1124), nel caso attuale il sostanziale rinvio all'amministrazione centrale invariata vale solo a confermare lo *status quo*.

[19] L. Antonini, *L'autonomia finanziaria delle regioni tra riforme tentate, crisi economica e prospettive*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, 13.

[20] F. Gallo, *Costituzione, federalismo fiscale e autonomia differenziata*, in *Dir. prat. tributaria*, n. 2/2024, 424.

[21] S. Mangiameli, *Regionalismo differenziato, divario territoriale ed eguaglianza*, in *Dir. regionali*, n. 1/2024, 144; S. Mangiameli, A. Filippetti, F. Tuzi, C. Cipolloni, *Prima che il Nord somigli al Sud. Le Regioni tra divario e asimmetria*, 2020, 423.

[22] Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, *Appunto per il Presidente del Consiglio dei Ministri, Applicazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione – Schemi di intesa*

Nulla di sostanziale è cambiato nel frattempo, se non la guadagnata forza politica di rivendicare a favore delle regioni richiedenti – quantomeno per determinate materie – «tutte le leve per poter svolgere al meglio le proprie funzioni senza continue interferenze da parte dello Stato centrale»[23]. Nell'indifferenza per le sorti dell'unità giuridica ed economica della Repubblica, insomma, resta ferma la giustapposizione delle pretese di differenziazione regionale sul risalente e perdurante impianto statocentrico. Resta lo scollamento fra l'astrazione e la realtà.

3. *Il nodo critico della determinazione dei Lep*

Il giudizio non cambia con riguardo al nodo cruciale dell'intera legge Calderoli, quello concernente «la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale» (art. 117, comma 2, lett. m, Cost.). L'individuazione dei Lep è stata posta quale precondizione di ogni successiva differenziazione e quale garanzia dell'unitarietà dello Stato sociale (d.d.l. Calderoli, art. 1, comma 2; l. n. 197/2022, art. 1, comma 791, DPCM 23 marzo 2023).

E tuttavia, per il modo con cui è stata impostata sul piano normativo ed è stata realizzata sul piano istruttorio, la determinazione dei Lep non solamente è destinata a provocare una completa trasformazione dello Stato sociale e regionale all'insaputa del Parlamento e in assenza delle garanzie proprie delle fonti primarie; più ancora, è destinata a essere compiuta secondo criteri incerti e apporti non trasparenti, quasi a trattarsi di una *scatola vuota* da riempire senza limiti e controlli a tutela dell'eguaglianza territoriale[24].

3.1. *La marginalizzazione sul piano normativo dell'opera di determinazione dei Lep*

L'elusione della politica dalla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni è desumibile anzitutto sul piano normativo dall'impostazione del relativo procedimento. Il ruolo definitorio dei Lep è stato riservato a un comitato

sulle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia nelle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna, Roma 19 giugno 2019, ora anche in http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/appu/appunto_dagl_art116cost.pdf. Sia consentito il rinvio a V. Tondi della Mura, *Per un regionalismo differenziato rispettoso della coesione nazionale. Prime note*, in *Italian Papers On Federalism, Rivista giuridica on-line – ISSiRFA – CNR*, n. 2/2019.

[23] L. Violini, *Dai Lep al trasferimento di funzioni, le difficoltà che "logorano" le Regioni*, in *ilsussidiario.net*, 30 aprile 2024.

[24] Sia consentito il rinvio a V. Tondi della Mura, *Non è Voltaire: le pagine bianche (e quelle grigie) del «Rapporto finale» del Comitato per l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *federalismi.it*, n. 15/2024, 201 ss.

interministeriale variamente allargato e denominato *Cabina di regia*. Questo è stato chiamato a intervenire all'esito di un'attività intesa come *tecnica* e avente come oggetto la ricognizione della normativa e della spesa storica interessata, oltreché l'individuazione delle materie o degli ambiti di materie riferibili ai Lep e la definitiva determinazione di questi ultimi. In tal senso essa è stata affidata al supporto *tecnico* delle amministrazioni competenti per materia e di appositi soggetti istituzionali: il *Comitato tecnico-scientifico con funzioni istruttorie per la individuazione dei Lep* (Clep), la *Commissione tecnica per i fabbisogni standard* (CTFS) e la *Società Soluzioni per il sistema economico* (SOSE spa) (l. n. 197/2022, art. 1, comma 793; DPCM 23 marzo 2023).

Una volta estromesso il ruolo compromissorio del Parlamento dalla valutazione di un'attività presentata come *tecnica* e perciò privata della necessaria trasparenza, la formalizzazione della determinazione dei Lep è stata rimessa all'impiego massivo dei DPCM[25]; ciò indipendentemente da ogni considerazione sui limiti derivanti dalla connessa riserva relativa di legge[26].

L'inadeguatezza dello strumento normativo prescelto, più in generale, rinvia alla pari inadeguatezza della qualificazione accordata all'attività di determinazione dei Lep. Questi sono stati intesi riduttivamente e svuotati di quella funzione di garanzia della tutela uniforme dei diritti civili e sociali su tutto il territorio nazionale (art. 117, comma 2, lett. m, Cost.), derivante dai principi di solidarietà (art. 2 Cost.), eguaglianza (art. 3 Cost.) e autonomia (art. 5 Cost.). Anziché essere concepiti in stretta correlazione con la tutela dei diritti civili e sociali, i Lep sono stati degradati a meri indici tecnico-amministrativi, a misure di tipo organizzatorio, a *target* di offerta dei servizi regionali, a obiettivi delle politiche pubbliche regionali rimessi alla previa decisione dello Stato in dipendenza delle connesse relazioni finanziarie con le Regioni. La relativa attività di determinazione, pertanto, è stata *spoliticizzata* e privata della valutazione dell'essenziale funzione garantista e perequativa propria dei Lep (art. 119 Cost.). Una volta degradata sul piano tecnico, essa è stata sottratta al Parlamen-

[25] Spiega il d.d.l. Calderoli che «Nelle more dell'entrata in vigore dei decreti legislativi […] continua ad applicarsi» quanto già sancito dalla legge di Bilancio 2023, al punto che è «fatta salva» la determinazione dei Lep definiti nel frattempo con DPCM (art. 3, commi 9 e 10). Sicché il rinvio alla legislazione delegata di cui ai primi due commi del medesimo art. 3 è incapace di effettività e funge da mero espediente retorico per distrarre un'opinione pubblica sempre più confusa e polarizzata: I. Diamanti, *L'autonomia leghista piace sempre meno. Soltanto nel Nord Est cresce il consenso*, in *la Repubblica*, 19.2.2024; Id., *Il premierato piace a metà degli italiani. L'autonomia solo al Nord*, in *la Repubblica*, 13.5.2024; Pagnoncelli, *Autonomia, prevalgono i sì (41%). Il 24% non ne conosce i contenuti*, in *Corriere della Sera*, 13.2.2024; A Picariello, *L'autonomia differenziata già divide: piace solo al Nord. No dall'81% di chi vive al Sud*, in *Avvenire*, 22-5-2024.

[26] Sul dibattito concernente il tipo di riserva di legge riguardante i Lep, si v. per tutti S. Aru, *La definizione dei LEP*, in questo volume.

to, unico potere in grado di fare le scelte fondamentali sull'allocazione delle risorse pubbliche e di mediare tra le esigenze dei diversi territori e dei diversi contrastanti interessi (art. 119)[27]. E così, in definitiva, essa è stata rimessa alla *Cabina di regia*.

E tuttavia, l'attività di elaborazione dei criteri di selezione dei Lep e di conseguente determinazione degli stessi esprime il massimo della discrezionalità politica[28]. Essa attiene alla decisione «più politic[a] nell'intero complesso delle decisioni pubbliche», concernente «che cosa i cittadini possono pretendere dalle amministrazioni pubbliche, quali esse siano, e chi debba assicurarle»[29]. Non per nulla avviene all'esito di una sequenza serratissima di scelte fondamentali, «che partono dalla identificazione del nucleo essenziale dei diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, proseguono con la determinazione dei livelli quantitativi e qualitativi delle prestazioni e servizi a tal fine necessari e finiscono con le impegnative scelte di allocazione delle risorse pubbliche per il finanziamento delle prestazioni e servizi in questione, risulta evidente che si è di fronte a una serie di scelte di politica generale nel senso più alto del termine. Anche perché implicano un'inevitabile comparazione con altri valori e obiettivi costituzionalmente garantiti, per il cui perseguimento occorre parimenti allocare le risorse necessarie»[30].

Sicché è vertiginoso considerare il tenore delle responsabilità decisionali coinvolte in assenza del riconoscimento del ruolo compromissorio del Parlamento: dal livello di soddisfacimento da assicurare a ciascun diritto, al necessario bilanciamento tra i diversi diritti e interessi da tutelare; dalle complessive risorse che possono essere allocate a loro copertura, alle connesse decisioni di finanza pubblica nel rispetto dei vincoli costituzionali ed europei.

[27] F. Gallo, *Costituzione, federalismo fiscale e autonomia differenziata*, cit., 427; Id., *Lo stato di crisi dell'autonomia finanziaria regionale e il progetto di regionalismo differenziato*, in *Rass. tributaria*, n. 3/2023, 439. Si v. inoltre: F. Manganaro, *Il regionalismo differenziato nell'attuale dibattito parlamentare*, in *federalismi.it* - paper 17 aprile 2024, 4 ss.; P. Scarlatti, *Il tentativo di attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.: i profili di carattere procedurale*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2023, 10 ss.

[28] S. Mangiameli, *Regionalismo differenziato*, cit., 147.

[29] R. Bin, *L'autonomia differenziata: politica o burocrazia?*, in *Le Regioni*, n. 6/2022, 1155. In pari senso fra gli altri: V. Baldini, *Unità dello Stato e dinamiche delle autonomie territoriali*, in *federalismi.it*, n. 13/2019; M. Clarich, *Regioni, è ancora lungo il cammino per realizzare l'autonomia differenziata*, in *MF*, 25.1.2024; P. Scarlatti, *Il tentativo di attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cos*t., cit., spec. 10.

[30] Per tutti: G. Amato, F. Bassanini, G. Macciotta, S. Paparo, L. Spadacini, G. Tarli Barbieri, C. Tubertini, *L'autonomia regionale "differenziata" e la sua attuazione: questioni di procedura e di metodo*, in *Astrid Rassegna*, n. 7/2023, 31.

3.2. *La marginalizzazione sul piano istruttorio dell'opera di determinazione dei Lep*

Analoghi rilievi possono essere svolti sul piano istruttorio con riguardo al *Rapporto finale* licenziato dal Clep all'esito dei relativi lavori[31].

Alla marginalizzazione dell'opera di determinazione dei Lep disposta sul piano legislativo a mezzo del DPCM, ha corrisposto una pari marginalizzazione sul piano istruttorio dell'attività di definizione dei relativi criteri di selezione e di conseguente applicazione. Questa è stata svolta in assenza di un previo e basilare chiarimento sul metodo e sul merito da intraprendere; è stata compiuta eludendo la questione preliminare della concezione di Lep da privilegiare per garantire l'effettiva eguaglianza dei cittadini. L'attività istruttoria è stata intesa in senso *tecnico*, negando ogni considerazione sulle ragioni costituzionali dei Lep e dunque sulla *politicità* delle valutazioni coinvolte.

E così, nel brevissimo tempo a disposizione, l'intero percorso definitorio del Comitato è stato impostato secondo «una *direzione di grande pragmatismo*, restando fedele al mandato di identificare, sulla base della legislazione vigente, i livelli essenziali ivi definiti senza entrare in merito né al prima (significato "costituzionale" della formula) né al poi (conseguenze legislative e amministrative derivanti dalla ricognizione)»[32]. Sicché è stato eluso ogni giudizio sulla controversa questione della definizione dei Lep, la cui nozione «non è stata discussa»[33]. È bastato prendere atto della stratificazione polisemica della nozione di Lep nel sistema ordinamentale, per evitare ogni relativo approfondimento. La questione è stata rinviata «ad un *momento successivo* nel quale la componente tecnica, giuridica ed economica, non è la sola a rilevare»; sicché è stata demandata «al decisore politico la responsabilità di questa definizione»[34]. E tuttavia,

[31] Comitato tecnico scientifico con funzioni istruttorie per l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni, Rapporto finale, presentato il 30 ottobre 2023 dal Presidente del Comitato, prof. Sabino Cassese, dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie, sen. Roberto Calderoli, nonché illustrato dal medesimo Presidente alla Commissione affari costituzionali del Senato nell'Audizione del 14 novembre 2023, *https://webtv.senato.it/4621?video_evento=243945, ora anche in Federalismi.it, n. 27, 15/11/2023*. I Documenti preparatori contenuti nella Parte III del Rapporto sono reperibili anche in *https://www.affariregionali.it/media/509323/3-parte-iii_documenti-preparatori_30102023_def.pdf.*

[32] L. Violini, *Livelli essenziali e regionalismo differenziato: riflettendo sui nessi tra l'art. 117, II comma, lett. m) e l'art. 116, III comma della Costituzione, alla luce dei lavori del CLEP*, in *federalismi.it* - paper 21, febbraio 2024, 7 (corsivo non testuale).

[33] M. Luciani et al., *Osservazioni del sottogruppo 5 e di alcuni altri componenti del Comitato, trasmesse al Presidente e al Comitato*, in *Federalismi.it*, n. 27, 15/11/2023.

[34] CLEP, *Rapporto finale*, cit., 15-16 (corsivo non testuale), nonché 28. La soluzione adottata è stata argomentata sulla scorta di un sillogismo discutibile e rischioso: considerato che «la nozione [dei Lep] non ha ancora trovato un'univoca a completa definizione giuridica, tanto da

come ha chiosato Sandro Staiano, «era proprio da un organo tecnico-scientifico quale il CLEP che il decisore politico attendeva la nozione di LEP, ottenuta integrando conoscenze giuridiche ed economiche»[35].

A leggere alcune pagine del *Rapporto*, si ha quasi l'impressione di trovarsi innanzi al *Trattato sulla tolleranza* di Voltaire[36], tale appare la manifestata professione di pluralismo metodologico ed ermeneutico: "si è ritenuto opportuno preferire la valorizzazione del confronto di opinioni, studi, orientamenti diversificati, via via emersi, con l'obiettivo di valorizzare la pluralità dei punti di vista, quale strumento più efficace per adempiere al compito assegnato, quello di offrire un'analisi istruttoria quanto più completa ed ampia possibile[37].

E tuttavia, non basta evitare di circoscrivere la nozione di Lep, per superare i rischi di compressione dell'autonomia regionale[38]; non basta professare la *neutralità tecnica e ideologica* dell'attività occorrente per la definizione dei Lep, per riuscire a eludere la *politicità* effettivamente sottesa.

Non che l'ipotesi sia inammissibile, basti solo ricordare il metodo impiegato per la stesura della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Nell'occasione le difficoltà d'ordine antropologico derivanti dal carattere divisivo della catalogazione dei diritti furono superate proprio grazie al metodo della *neutralità ideologica*. Come suggerito da Jaques Maritain ai suoi colleghi estensori, il rimedio fu quello di non affrontare il tema del fondamento dei diritti, essendo gli stessi pur sempre "impliciti" nella natura dell'uomo, in modo da concentrare l'attenzione sui relativi "concetti pratici". Sicché la conclusione del filosofo

potersi considerare istituto privo di una sua precisa fisionomia»; riscontrata altresì la conseguente «formazione di molteplici declinazioni della formula costituzionale […] collocate su vari livelli della gerarchia delle fonti»; si è concluso nel senso che la «determinazione puntuale della nozione LEP appartiene ad un momento successivo nel quale la componente tecnica, giuridica ed economica, non è la sola a rilevare», rinviando pertanto «al decisore politico la responsabilità di questa definizione» (corsivo non testuale). La scelta dunque è stata quella di evitare ogni approfondimento dei relativi nodi metodologici e definitori: da un lato, si è evidenziato che «la scarsa chiarezza, talvolta anche semplicemente linguistica, la frammentarietà degli interventi legislativi e la varietà delle pronunce della giurisprudenza, specie costituzionale, in tema di individuazione dei LEP determinano la difficoltà di operare una definizione completa, materia per materia, ambito per ambito, di ciascun livello essenziale delle prestazioni» (ivi, 22); dall'altro, si è paventato il peso delle relative conseguenze ermeneutiche, posto che «dal modo di tratteggiare la nozione possono discendere conseguenze per la finanza pubblica in termini assoluti, conseguenze redistributive e allocative in termini relativi» (ivi, 16).

[35] S. Staiano, *Nota per la Commissione Affari costituzionali della Camera*, cit., 3.

[36] Voltaire, *Trattato sulla tolleranza. In occasione della morte di Jean Calais (1762)*, tr. it. a cura di S. Salvatorelli, Brezzo di Bedero, 2020.

[37] CLEP, *Rapporto finale*, cit., 22.

[38] D. Mone, *Autonomia, eguaglianza, livelli essenziali*, in M. Cosulich (a cura di), *Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni*, cit., 83.

fu paradossale: «siamo d'accordo sui diritti, ma a condizione che nessuno ci chieda perché»[39].

Nella specie, per contro, la determinazione dei Lep non riguarda tanto il contenuto essenziale dei diritti civili e sociali, che del resto è già costituzionalmente assodato. Interessa piuttosto la quantità e la qualità delle prestazioni e dei servizi pubblici occorrenti per rendere effettivi tali diritti; importa la definizione del «nucleo invalicabile di garanzie minime» occorrenti all'effettività degli stessi, tanto che una volta identificato con norme non può essere finanziariamente condizionato[40]. Sicché è irragionevole la pretesa di poter *decidere quali siano i Lep da garantire, a condizione di non dover rispondere su cosa debba essere inteso come Lep.* Tanto più che gli stessi sono stati intesi dalla legge Calderoli non già come strumenti di prestazioni sostanziali perequative da garantire ex art. 119 Cost. con carattere di generalità, bensì come mere quote di partecipazione al gettito di tributi erariali maturato nel territorio regionale[41].

Del resto – ed è tutto dire – una simile opzione metodologica nemmeno è stata presupposta dal DPCM istitutivo del Clep. Consapevole dell'equivocità di un lavoro istruttorio onnicomprensivo e suscettibile di un indistinto sincretismo, l'atto governativo non ha certo disposto «un'analisi istruttoria quanto più completa ed ampia possibile»[42]. Per contro, ha prescritto «ogni contributo istruttorio *richiesto* dalla Cabina di regia»[43], così da orientare gli spazi discrezionali del decisore politico e da scongiurare soluzioni scollegate dalle ragioni e dai limiti del sistema costituzionale. Come ha evidenziato il Governatore della Banca d'Italia in una *Lettera* purtroppo esclusa dal novero dei *Documenti preparatori* del *Rapporto*, il decreto governativo ha presupposto «anche una valutazione delle possibili definizioni operative dei Lep e delle connesse implicazioni finanziarie, essenziali perché le decisioni politiche possano essere assunte in maniera consapevole e sulla base di valutazioni complete»[44].

[39] L'esperienza di lavoro nell'apposito Comitato nominato dall'UNESCO è narrata, insieme alle espressioni virgolettate, da M.A. Glendon, *Knowing the Universal Declaration of Human Rights (1998), Conoscere la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in Id., *Tradizioni in subbuglio*, ed. it. a cura di P.G. Carozza e M. Cartabia, Soveria Mannelli, 2007, 53; Id., *La visione dignitaria dei diritti sotto assalto*, in L. Antonini (a cura di), *Il traffico dei diritti insaziabili*, Soveria Mannelli, 2007, 77. Nonché sia consentito il rinvio a V. Tondi della Mura, *Il patto costituzionale fra teologia politica e teologia della politica*, in *Quad. cost*., 2015, 481 ss.

[40] C. cost., nn. 62 del 2020, 142 e 220 del 2021.

[41] F. Gallo, *Costituzione, federalismo fiscale e autonomia differenziata*, cit., 427; Id., *Lo stato di crisi dell'autonomia finanziaria regionale*, cit., 438.

[42] CLEP, *Rapporto finale*, cit., 22.

[43] D.P.C.M. 23 marzo 2023, art. 2 (corsivo non testuale).

[44] I. Visco, *Lettera al Presidente del CLEP Prof. Sabino Cassese e ai membri del Comitato*, 10 ottobre 2023, ora anche in NT+Enti Locali & Edilizia, 11.10.2023, *https://i2.res.24o.it/pdf2010/*

In realtà, il *self restraint* adottato dal Clep con la *neutralizzazione tecnica* del proprio contributo è speculare al mancato chiarimento preliminare sul confine fra tecnica e politica[45]. Sicché ha riproposto i limiti della degradazione da *politica* a *tecnica* dell'attività concernente tanto la definizione dei criteri di selezione dei Lep, quanto la conseguente applicazione. Entrambe, infatti, incidono in pari modo sulla configurazione del concreto modello di Stato sociale e regionale. Come ha affermato lo stesso *Rapporto*, «dal modo di tratteggiare la nozione [di Lep] possono discendere conseguenze per la finanza pubblica in termini assoluti, conseguenze redistributive e allocative in termini relativi»[46]. Sicché anche dalla previa scelta dei criteri di selezione derivano «ricadute politiche significative»[47] e un «significativo impatto redistributivo»[48] sul piano della convivenza e della coesione del Paese.

3.3. *La marginalizzazione sul piano tecnico dell'opera di determinazione dei Lep*

Oltre che contestabile sul piano del metodo, la professione di *neutralità ideologica* manifestata dal *Rapporto finale* è stata smentita pure sul piano del merito. La *politicità* dell'attività occorrente per la definizione dei Lep ha operato nel corso dei lavori del Clep alla stregua dell'acqua dei fiumi carsici: proprio perché negata in superficie, essa ha scavato all'interno delle riunioni plenarie e delle sottocommissioni, si è infiltrata negli interventi, sino a sfociare irruente nelle relative conclusioni. E così, sotto il manto dell'apparente *neutralità* di metodo e di merito, ha preso corpo un conflitto *politico* fra due opposte concezioni di Lep che è rimasto irrisolto; e anzi, un conflitto che, proprio perché irrisolto, ha lasciato aperta la via a una soluzione unilaterale, operante in duplice e speculare senso: restrittivo, con riguardo al numero dei Lep da selezionare; estensivo, con riguardo al novero degli ambiti di materie da non vincolare, così da accentuare (per giunta con effetto immediato) gli spazi disponibili per la differenziazione territoriale delle politiche pubbliche.

A leggere il documento del Clep (per quanto scritto e soprattutto per quanto *non* scritto) emerge un percorso istruttorio diverso da quello professato.

S24/Documenti/2023/10/11/AllegatiPDF/Lettera%20Visco_CLEP.pdf, 2.

[45] M. Luciani et al., *Osservazioni del sottogruppo 5 e di alcuni altri componenti del Comitato*, cit.

[46] CLEP, *Rapporto finale*, cit., 16.

[47] I. Visco, *op. ult. cit*.

[48] Ufficio parlamentare di bilancio, *Audizione sulla determinazione e sull'attuazione dei LEP concernenti i diritti civili e sociali, Intervento del Cons. Giampaolo Arachi, Commissione parlamentare per le questioni regionali*, 1° febbraio 2024, testo integrale in *https://www.upbilancio.it/wp-content/uploads/2024/02/Audizione-UPB-LEP.pdf,* 29.

Gli stessi documenti preparatori contenuti nella terza parte del *Rapporto* denotano la non linearità dei lavori, giacché «non sempre coerenti tra di loro e con quanto affermato nelle prime due» parti dello stesso[49]. Il tanto conclamato «confronto di opinioni, studi, orientamenti diversificati»[50] si è dimostrato fittizio, non avendo consentito ai componenti del Comitato né d'incidere sugli esiti dei lavori, né tantomeno di fare risultare i rilievi critici manifestati. La *damnatio memoriae* riservata alle opinioni dissenzienti ha interessato tanto le obiezioni eccepite in sede Plenaria[51], quanto i rilievi appositamente formalizzati al Presidente Cassese e a tutti i componenti del Comitato, come la *Lettera* del Governatore della Banca d'Italia[52], divulgata dalla stampa[53] ma ignorata dalla documentazione istruttoria allegata.

Oltre a un metodo di lavoro *ad excludendum* nei riguardi delle opinioni dissenzienti, il *Rapporto* ha segnalato altresì un percorso istruttorio speculare alla scelta preliminare di non affrontare i nodi definitori della nozione dei Lep; un percorso costantemente (pre)orientato in senso parziale e unidirezionale verso criteri di selezione dei Lep tutt'altro che neutrali, tali da incidere in modo apparentemente tecnico sulla complessiva forma di Stato sociale e regionale.

Emblematica è la restrizione dei criteri e indirizzi per la redazione dei livelli essenziali delle prestazioni. Il tipo di soglia d'individuazione di questi ultimi è stato fissato riduttivamente "nel senso di soglia *minima*"[54] anziché di soglia *essenziale*, come invece chiarito dalla Corte costituzionale[55] e replicato dalla legge Calderoli (art. 1, comma 2). Non si tratta, ovviamente, di una questione solo lessicale[56].

Sull'uso promiscuo dei due aggettivi impropriamente usati come sinonimi è stato già opportunamente chiarito che «l'*essenziale* non dovrebbe essere appiattito sul *minimo* e quindi essere declinato in una dimensione meramente

[49] Ufficio parlamentare di bilancio, *Audizione*, cit., 18.

[50] CLEP, *Rapporto finale*, cit., 22.

[51] M. Luciani et al., O*sservazioni del sottogruppo 5 e di alcuni altri componenti del Comitato*, cit.: «formuliamo comunque alcune sintetiche proposte emendative del Rapporto finale, limitandoci all'essenziale: […] ii) Dare più compiutamente conto delle posizioni di tutti i componenti del Comitato. Alle pp. 24 ss., infatti, si dà conto di "proposte ispirate a più criteri, che qui si elencano", ma non sembra che l'elenco sia completo […]».

[52] I. Visco, *op. ult. cit*.

[53] Per tutti, G. Trovati, *Sull'autonomia arriva l'allerta di Visco: rischi di spesa da valutare. Il Governatore a Cassese. «Nelle bozze Lep troppo limitati e generici»*, in *NT+Enti Locali & Edilizia*, 11.10.2023.

[54] CLEP, *Rapporto finale*, cit. 10 (corsivo non testuale).

[55] Si v. per tutte, C. cost., n. 220/2021, § n. 5.1: «[…] Tali livelli indicano la soglia costituzionalmente necessaria e costituiscono il nucleo invalicabile per rendere effettivi tali diritti e per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale […]» (corsivo non testuale).

[56] Diversamente S. Aru, *La definizione dei LEP*, cit., (alla cui bibliografia si rinvia).

verticale, alla stregua di un'*asticella* che viene fissata verso il basso per indicare la protezione al di sotto della quale non si può mai scendere; ma andrebbe concepito – più *a tutto tondo* – come una sorta di poliedro, le cui diverse sfaccettature costituiscono altrettanti tratti somatici qualificanti di quel diritto fondamentale, in mancanza dei quali esso non potrebbe neanche essere riconosciuto come tale»[57]. La questione, piuttosto, ha una valenza ordinamentale. Essa sottende una concezione *deprezzata* dei Lep, da inquadrare *al ribasso* secondo criteri volti a fissare l'asticella della protezione verso il *minimo*, inteso proprio nel senso letterale di livello *più basso possibile*; una concezione che mal sopporta le esigenze di eguaglianza territoriale poste a tutela della relativa previsione costituzionale, al punto da volerne erodere i presupposti e svuotare dall'interno le garanzie. Epperò, come spiega Antonio Ruggeri, la fissazione dei Lep attiene a una valutazione di carattere non meramente quantitativo, bensì *relazionale*[58], da definire in relazione alla poliedricità propria dei diritti considerati. Inevitabile, dunque, la conflittualità sorta nel Comitato con l'opposizione di molti sottogruppi sul presupposto che «i livelli essenziali non sono dei livelli minimi, trattandosi invece dei livelli *adeguati*, come del resto è stato ampiamente riconosciuto anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale con riferimento ai LEA»[59].

Altrettanto emblematica è la questione della misurabilità e del profilo prestazionale e obbligatorio della nozione dei Lep, risolta dal *Rapporto* in senso parimenti restrittivo nonostante le tante obiezioni eccepite: nell'un caso, il documento ha omesso di considerare che per i Lep concernenti i diritti civili la misurabilità in via di principio è difficilmente costruibile[60]; nell'altro caso, il documento ha accolto una nozione di Lep fortemente impattante sulla dimensione finanziaria in quanto limitata agli obblighi di dare, di fare e di astenersi in capo ai poteri pubblici, così trascurando una prospettiva «molto più ampia di interventi utili a garantire i diritti civili e sociali»[61].

[57] L. Castelli, *Alla ricerca del "limite dei limiti": il «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali nel dialogo fra le Corti*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, 478.

[58] A. Ruggeri, *Neoregionalismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, 25 ottobre 2002, 13.

[59] *Relazione del sottogruppo n. 4: Ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; ordinamento della comunicazione*, in CLEP, *Rapporto finale*, cit. 65.

[60] Il rilievo ovviamente «non esclude affatto l'identificazione di Lep che presidino il loro soddisfacimento, conformemente al principio che la misurabilità non è caratteristica strutturale dei Lep e non è nemmeno loro caratteristica auspicabile, almeno laddove non sia attingibile», così M. Luciani et al., *Osservazioni del sottogruppo 5 e di alcuni altri componenti del Comitato*, cit.

[61] Ufficio parlamentare di bilancio, *Audizione*, cit., 25.

Non deve dunque sorprendere se i singoli sottogruppi abbiano sviluppato una posizione in controtendenza rispetto a quella disposta centralmente, assumendo criteri di selezione non più restrittivi, ma maggiormente estensivi e conformi ai profili costituzionali coinvolti. Ognuno dei sottogruppi ha proceduto per proprio conto e secondo una propria cognizione, con una conseguente eterogeneità di approdi che ha inficiato l'unitarietà del lavoro[62]. Come ha rimarcato l'Ufficio parlamentare di bilancio, «la scelta di accettare punti di vista diversi ("valorizzazione del confronto di opinioni"), piuttosto che inquadrare gli sforzi entro criteri unitari più rigidi, sembra aver consentito, nel lavoro dei singoli sottogruppi, un approccio non del tutto coerente»[63].

Di qui, sia le contraddizioni del *Rapporto* ammesse dallo stesso Presidente Cassese[64], sia una quantificazione dei Lep ondivaga, secondo un'oscillazione pari a quella delle *montagne russe*, o dei diagrammi dei sismografi durante le scosse telluriche: dai potenziali 223 individuati inizialmente dal c.d. "Gruppo dei volontari"[65], ai 115 da conseguire all'esito di una riduzione secondo il metodo "ad imbuto" appositamente rinominato dal medesimo Presidente[66], per arrivare ai 250 indicati dal *Rapporto finale*, sino a raggiungere i 327 annunciati dal medesimo Presidente nel corso di una nota e goliardica trasmissione radiofonica[67].

Entrambe non sono accidentali, o ascrivibili al carattere inedito del lavoro intrapreso dal Comitato; un lavoro suggestivamente rapportato dal Presidente Cassese all'esplorazione «"in terre incognite" collocate tra previsioni normative più o meno parziali, interpretazioni giurisprudenziali, veri e propri vuoti di

[62] *Relazione del sottogruppo n. 4, cit., 65; Relazione del sottogruppo n. 5: Tutela della salute. Alimentazione. Ordinamento sportivo*, in CLEP, *Rapporto finale*, cit., 76; *Relazione del sottogruppo n. 6: Protezione civile. Governo del territorio*, ivi, 101 ss.; *Relazione del sottogruppo n. 8: Produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia. Tutela dell'ambiente e dell'ecosistema e valorizzazione dei beni ambientali*, ivi, 123 ss.; M. Luciani et al., *Osservazioni del sottogruppo 5 e di alcuni altri componenti del Comitato*, cit.

[63] Ufficio parlamentare di bilancio, *Audizione*, cit., 25 e 20.

[64] S. Cassese, *Audizione del 14 novembre 2023*, cit.

[65] Prime proposte provvisorie di razionalizzazione dei livelli essenziali delle prestazioni redatte nel mese di agosto 2023, 24 settembre 2023, in Documenti preparatori, cit., 164, dove si chiarisce: "A conclusione del lavoro svolto dal CLEP nel mese di agosto in collaborazione con un gruppo di 16 esperti, si è giunti alla individuazione, all'interno di ciascuna materia, di specifici ambiti (55 in totale) a cui sono stati ricondotti un totale di 223 potenziali LEP.

[66] *Ibidem*; S. Cassese, *Audizione, Commissione Affari Costituzionali del Senato*, 27 settembre 2023, (*https://webtv.senato.it/webtv_comm_hq?video_evento=243505#).*

[67] S. Cassese, int. a cura di G. Lauro e G. Cucciari, Un giorno da pecora, 16/02/2024, ora anche in *https://www.raiplaysound.it/audio/2024/02/Un-giorno-da-pecora-del-16022024-0b155db5-5c6e-426a-843d-f849588bf220.html.*

disciplina, indicazioni rinvenibili al più solo implicitamente»[68]. E anzi, proprio la natura *incognita* di una tale esplorazione avrebbe presupposto un *surplus* di prudenza, ponderazione, ascolto, flessibilità, oltreché l'impiego di strumenti pacificamente riconosciuti come adeguati. Avrebbe suggerito di rifuggire dalla "*follia*" della più celebre esplorazione "in terre incognite" narrata dalla letteratura, quella dell'Ulisse dantesco e del suo tentativo di varcare il confine delle Colonne d'Ercole[69]; tentativo che fallì tragicamente sino a essere severamente punito non già per l'ardire del progetto, bensì per l'inadeguatezza dello strumento a disposizione, non avendo tenuto conto della realtà e avendo invece sovrastimato la forza della propria capacità, così "*picciola*" rispetto al dovuto[70].

Per contro e tornando alla metafora dei fiumi carsici, le contraddizioni del *Rapporto* e la conseguente quantificazione ondivaga dei Lep hanno dimostrato gli esiti negativi di una *politicità* lasciata sottotraccia e restata incontrollabile nei conseguenti sbocchi. Come ha riportato Anna Poggi, «All'interno del CLEP si sono svolte discussioni infuocate» sulla questione della determinazione dei Lep e delle relative risorse. Il conflitto ha riguardato il discrimine fra due opposte pretese: quella dei giuristi, «di definirne compiutamente i contorni e il contenuto facendogli assumere – secondo una logica difficilmente contestabile dal punto di vista della Costituzione – lo *status* di diritti»; e quella degli economisti, «che partono da un diverso assunto e, cioè, che la loro determinazione sia, comunque "flessibile" ed assoggettata periodicamente a rimodulazione coerentemente con le risorse disponibili». Sicché, gran parte dell'impegno dei giuristi «è stato indirizzato a far valere la prima opzione, dei LEP come diritti, coerentemente peraltro a quanto la quasi unanimità della dottrina costituzionalistica ritiene. Ma ciò non è bastato […]»[71].

Di qui, per l'appunto, il conflitto fra le due concezioni di Lep: l'una, orientata verso una selezione restrittiva e per questo consacrata nei documenti preparatori del *Rapporto* e nella relativa *Introduzione*; l'altra, al contrario, orientata verso una selezione più comprensiva e per questo lasciata fuori da quella documentazione, ignorata dall'*Introduzione* ed evincibile soltanto dalle

[68] S. Cassese, *Audizione 27 settembre 2023*, cit.; nonché Id., *Introduzione, in CLEP, Rapporto final*e, cit., 22.

[69] Dante Alighieri, Commedia. Inferno, ottava bolgia destinata ai consiglieri fraudolenti, canto XXVI.

[70] Sia consentito il rinvio a V. Tondi della Mura, *"… de' remi facemmo ali al folle volo": i rischi dell'imprudenza nei lavori del Comitato per la determinazione dei Livelli essenziali delle prestazioni*, in *federalismi.it* - paper, 9 agosto 2023.

[71] 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*, n. 3/2024, 7.

relazioni dei singoli sottogruppi e dai *file excell* di accompagnamento, oltreché ovviamente dai documenti pubblicati all'esterno.

3.4. *La bulimia autonomista e i rischi derivanti da una selezione restrittiva dei Lep*

Proprio la compresenza all'interno del medesimo *Rapporto* di due opposte concezioni di Lep ha dimostrato il carattere insanabile di un conflitto, che è ermeneutico proprio perché *politico*. Del resto, come insegnava Norberto Bobbio, «dietro la battaglia dei metodi c'è, come sempre, una battaglia ideologica»[72].

La scelta dei criteri di selezione, infatti, incide non soltanto sulla misura dei livelli essenziali delle prestazioni da garantire in tutto il territorio nazionale, ma inevitabilmente sulla «dimensione degli spazi disponibili per la differenziazione territoriale delle politiche pubbliche»[73]. Di rimando, opera sull'entità delle risorse economiche svincolate dalla garanzia dei Lep e per tal motivo rimesse a differenziazioni senza vincoli; agisce sull'eguaglianza fra cittadini nella fruibilità delle prestazioni non garantite dalla suddetta selezione; determina la tenuta del bilancio pubblico, incluso il possibile impatto sul governo della spesa nel suo complesso.

Inevitabili dunque i rischi derivanti da una selezione dei Lep operata secondo criteri restrittivi. Questa è destinata a provocare la corrispondente estensione degli ambiti di materie non coperte dai relativi vincoli, sino ad accentuare la forbice delle disparità fra le regioni. E invero, quanto più selettiva e riduttiva è la determinazione dei Lep, tanto maggiori possono essere gli ambiti a disposizione della piena differenziazione; di conseguenza, quanto più limitata è la *lepizzazione* delle materie sottoposte alla selezione, tanto maggiore risulta il rischio di squilibrio regionale con riguardo al trasferimento delle funzioni riferibili alle materie residue. Motivo per cui, come ha opportunamente evidenziato Franco Gallo, può essere interesse delle comunità più ricche e più autosufficienti del Paese minimizzare la soglia costituzionalmente necessaria dei Lep, in modo da non impegnare risorse pubbliche nei territori dove gli stessi non possono essere assicurati o, in alternativa, differire più lungamente nei tempi gli interventi di perequazione e coesione nazionale (v. art. 4, commi 1 e 9 della legge Calderoli) destinati a drenare risorse a favore delle altre Regioni più "povere»[74]. Preoccupazione, questa, tanto più pressante alla luce della rinnovata sollecitazione della Corte, volta a «evitare una tensione nel rapporto tra

[72] N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., 247.

[73] I. Visco, *op. ult. cit*.

[74] F. Gallo, *Costituzione, federalismo fiscale e autonomia differenziata*, cit., 428.

principio unitario e principio autonomistico (art. 5 Cost.), che potrebbe mettere in crisi le istanze di solidarietà e di eguaglianza del disegno costituzionale, tralasciando le esigenze di perequazione in favore delle aree più svantaggiate del Paese»[75].

Le regioni beneficiarie della differenziazione, per tale via, potrebbero lucrare un duplice ordine di vantaggi a discapito delle altre. Esse diverrebbero destinatarie tanto delle poche funzioni risultate *lepizabili* (per le quali la diversificazione può operare solamente *oltre* la soglia prestabilita), quanto e soprattutto di tutte quelle declassate come *non lepizabili* (per le quali la diversificazione può operare senza alcuna soglia). In tal caso, mentre per le regioni beneficiarie i Lep sarebbero garantiti anche con eventuali risorse aggiuntive – purché in presenza di un quadro finanziario positivo e di una maggiore capacità fiscale per abitante – per quelle restanti sarebbe garantito semplicemente lo *status quo* (art. 10, comma 1, d.d.l. Calderoli); ciò a discapito di quel «pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni inerenti ai diritti civili e sociali», pure astrattamente promesso da medesimo combinato disposto (art. 1, comma 2, d.d.l. Calderoli e art. 1, comma 791 della legge di bilancio 2023)[76].

Al contempo, le risorse finanziarie aggiuntive diverrebbero suscettibili di una duplice diseguaglianza, potendo garantire la quantità e la qualità di tutte le prestazioni non coperte da vincoli, da riferire indifferentemente sia alle prestazioni erogabili *oltre* la soglia prestabilita dei Lep già selezionati, sia a quelle erogabili in assenza di alcuna soglia, perché concernenti Lep ormai declassati. In tale secondo caso, per giunta, l'interesse all'accaparramento delle risorse avverrebbe indipendentemente da ogni considerazione sul modo di raccordare incentivi e benefici locali e nazionali. Emblematica è la norma dell'articolato dell'Emilia-Romagna a corollario delle richieste di funzioni per l'internazionalizzazione e la promozione del commercio con l'estero: «Per l'esercizio effettivo delle competenze di cui ai precedenti commi, sono assegnate alla Regione risorse adeguate, certe e programmabili nel tempo»[77]. Ogni ulteriore considerazione è inutile.

[75] C. cost., n. 27/2024, § n. 4.6. Del resto, come in precedenza ebbe modo di evidenziare il relatore della sentenza, nell'art. 119 «sembra possibile leggere un implicito riferimento anche ai livelli essenziali che si ricollega, inoltre, alla competenza esclusiva statale in tema di perequazione delle risorse finanziarie» (L. Antonini, *Art. 117, 2°, 3° e 4° co*., cit., 2235).

[76] S. Mangiameli, *Regionalismo differenziato*, cit., 166.

[77] M. Bordignon, M. Esposito, G. Pisauro, S. Staiano (a cura di), *L'Italia al bivio tra riforma dello Stato e autonomia differenziata. A che punto siamo?*, Fondazione Mezzogiorno, I Quaderni della Fondazione, 25 marzo, 2024, 15, in *https://www.fondazionemezzogiorno.it/2024/03/i-quaderni-della-fondazione-litalia-al-bivio-tra-riforma-dello-stato-e-autonomia-differenziata-a-che-punto-siamo/*.

Al di là della bulimia autonomista sottesa a talune pretese regionali, insomma, a inquietare è il timore di una replica su vasta scala e a vantaggio delle regioni del Nord del medesimo sistema dei rapporti finanziari intercorrente fra lo Stato e la Regione Autonoma Trentino-Alto Adige-Südtirol. Spetta a Giuseppe Verde il merito d'avere evidenziato le irragionevoli storture di un modello che assegna a una regione più risorse di quelle necessarie per far fronte alle funzioni trasferite. Il meccanismo impiegato è semplice e muove da un contesto economico regionale florido e con un reddito *pro capite* elevato. Considerato che la partecipazione della Regione speciale al gettito fiscale determina una disponibilità aggiuntiva, che mal si concilia con le esigenze perequative di cui all'art. 119 Cost., la tecnica impiegata per il conseguente riequilibrio consiste nell'incrementare le funzioni e provvedere ai relativi costi con le risorse rese disponibili dal sistema. La Regione, per tale via, non rinuncia al proprio sistema di finanziamento e consente il trasferimento di ulteriori funzioni, tali da alleggerire le spese del bilancio dello Stato. E così, come per un *cane che si morde la coda*, le Autonomie differenziate assicurano il concorso al riequilibrio della finanza pubblica a patto del riconoscimento di una differenziazione ancora più marcata e destinata ad approfondire lo squilibrio col resto del Paese. Il tutto, secondo una dinamica dei rapporti finanziari approssimativa e carente (*sine die*) di un intervento strutturale di complessivo riequilibrio[78].

4. *La perduta terzietà della Commissione tecnica fabbisogni standard, quale nuova Camera delle Regioni autolegittimata a riscrivere le pagine bianche del «Rapporto finale»*

La conflittualità irrisolta fra i due opposti criteri di selezione dei Lep riportati nell'*Introduzione* e nelle singole *relazioni* dei sottogruppi non si limita a pregiudicare la linearità del *Rapporto finale*, sino a provocarne la perdita di credibilità e a vanificarne l'utilità. Più ancora, compromette sotto più profili la garanzia dell'unitarietà dello stato sociale, pure astrattamente assicurata dalla legge Calderoli.

Per essere effettiva, detta garanzia presuppone che il processo di determinazione dei Lep avvenga secondo criteri elaborati nel pieno rispetto del confine fra le competenze tecniche e quelle politiche degli organi coinvolti, così da consentire la trasparenza e il controllo delle relative decisioni; di rimando, essa necessita che detti criteri siano formulati e applicati in modo certo, imparziale, motivato, condiviso e coerente col sistema costituzionale. Per contro, la con-

[78] G. Verde, *Le trasformazioni dello Stato regionale. Spunti per una ricerca*, Napoli, 2022, spec. 64 ss.

fusione sistemica e la conflittualità fra le opposte concezioni di Lep rinvenibili nel *Rapporto* sono tali da compromettere detti presupposti, con il duplice effetto non solamente di rendere aleatori (se non proprio evanescenti) detti criteri di selezione, quanto addirittura di legittimare in via di fatto lo straripamento dei ruoli fra gli organi coinvolti, sino a pregiudicare la terzietà della stessa Commissione tecnica fabbisogni standard.

La progressione dei rilievi è chiara. Come ha segnalato l'Ufficio parlamentare di bilancio, «il Rapporto finale del CLEP, pur proponendo alcune impostazioni da seguire, *non offre nel complesso soluzioni definitive ai principali problemi sorti in relazione alla determinazione dei LEP*, principalmente per l'urgenza di rispettare le scadenze assegnate. L'ampiezza delle questioni affrontate dal Comitato e la varietà delle posizioni emerse nel dibattito evidenziano la *difficoltà del compito che dovrà affrontare la Cabina di regia* chiamata a formulare la proposta finale dei LEP e dei relativi costi e fabbisogni standard. In particolare, la Cabina di regia dovrà tenere conto dell'ampliamento del concetto di LEP che scaturisce dalla ricognizione della normativa e che dipende probabilmente dal fatto che questi, come si è visto, rappresentano oggi il principale strumento cui ricorrere per disciplinare settori essenziali al fine di assicurare la garanzia dei diritti civili e sociali su tutto il territorio nazionale. Al contempo meritano attenzione le segnalazioni da parte di diversi sottogruppi sulle esigenze che dovrebbero essere considerate in sede di formulazione delle intese sulle richieste di autonomia differenziata, indipendentemente dalla determinazione dei LEP: di tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica, di rispetto di norme e trattati internazionali e della normativa comunitaria, di far fronte a eventuale pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica»[79].

E così, una volta attestata la carenza di «soluzioni definitive ai principali problemi sorti in relazione alla determinazione dei LEP", diviene cruciale il modo con cui provvedere alle "difficoltà del compito che dovrà affrontare la Cabina di regia», pure preconizzate dall'Ufficio parlamentare.

Ed è a tale livello, per l'appunto, che la conflittualità (politica ed) ermeneutica provocata dalla fittizia neutralità del *Rapporto* si dimostra strumentale al rafforzamento del ruolo risolutore della Commissione tecnica fabbisogni standard; un rafforzamento che, oltre a essere in linea con le precedenti proposte

[79] Ufficio parlamentare di bilancio, *Audizione*, cit., 26. In senso analogo S. STAIANO, *Nota per la Commissione Affari costituzionali della Camera*, cit., 3: «nonostante il pregevole impegno di molti dei componenti del CLEP, studiosi di grande esperienza e presenti da lunghissimo tempo nel dibattito scientifico sul regionalismo, il prodotto reso disponibile per la decisione legislativa, anche per la fretta impressa al lavoro, non è all'altezza della missione affidata all'organismo tecnico» (corsivo non testuale).

dibattute e respinte dal Clep[80], è stato rivendicato istituzionalmente dalla Presidente della medesima Commissione, Elena D'Orlando, nel corso di un'audizione parlamentare[81].

Nelle precedenti proposte era stata avanzata l'ipotesi di una destrutturazione del parametro normativo, così da affrancare la CTFS dal «condizionamento parlamentare»[82] e da consentirne l'autonomo apporto nella determinazione della misura della prestazione e della quantificazione del fabbisogno finanziario connesso[83]. Ora, in pari modo, è accampato un «ampliamento notevole (sia sul piano quantitativo che qualitativo) delle prerogative della CTFS rispetto a quanto previsto in origine»; ampliamento da inserire in un «sistema c.d. aperto, in cui la disciplina costituzionale è destinata a essere attuata e integrata da fonti di diverso rango, che richiedono spesso l'intervento della componente tecnica, a completamento – o, comunque, a supporto – della decisione politica»[84].

A sorprendere, nella specie, non è solo il pervicace tenore della proposta, sordo alle obiezioni di costituzionalità ripetutamente eccepite dai giuristi nella Plenaria del Clep; quanto soprattutto l'autolegittimazione dell'ampliamento della sfera di competenza della CTFS, già realizzato in via di fatto indipendentemente da ogni riconoscimento legislativo e da ogni valutazione sui limiti di legittimità derivanti dal sistema delle fonti. Per dirla tutta, a sconcertare è il disegno rampante di autotrasformazione della Commissione tecnica fabbisogni standard in una sorta di "Camera delle Regioni" all'insaputa del Parlamento e in assenza delle garanzie di terzietà e di equilibrio proprie del sistema costituzionale («La CTFS, mancando una Camera delle Regioni come sottolineava Massimo Cacciari, è uno strumento essenziale per quel modello di Stato regionale policentrico che deve essere cooperativo. Non è un caso che al suo interno ci siano sia rappresentanti dei ministeri di Economia, Interni, Affari Regionali, Sud, coesione e Pnrr ma anche rappresentanti delle Regioni, dell'Upi e dell'Anci»)[85].

[80] *Supra*, par. n. 2.2.3.

[81] E. D'Orlando, *Audizione sullo stato di attuazione e sulle prospettive del federalismo fiscale, Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale*, 8 maggio 2024.

[82] *Prime proposte provvisorie di livelli essenziali delle prestazioni*, cit., 167 ss.

[83] G. Cerea, E. D'Orlando, F. Porcelli, M. Stradiotto, *Criteri di definizione dei LEP*, cit.; nonché E. D'Orlando, *Audizione*, cit., 8 aprile 2024; ma già Id., *Audizione*, cit., 1° giugno 2023.

[84] E. D'Orlando, *Audizione*, 8 maggio 2024, cit.

[85] E. D'Orlando: «Istruzione e sanità, Lep pronti nel 2025. Il federalismo fiscale è la vera rivoluzione», int. a cura di M. Zambon, in Corriere del Veneto, 22 giugno 2024. L'articolo riporta in primo piano una fotografia della Presidente D'Orlando insieme al "Governatore" Zaia, ora anche in *https://corrieredelveneto.corriere.it/notizie/politica/24_giugno_22/autonomia-d-orlando-istruzione-e-sanita-lep-pronti-nel-2025-il-federalismo-fiscale-e-la-vera-rivoluzione-86e3f4c7-a841-4612-8d76-71662f1b1xlk.shtml?refresh_ce*

Le ragioni di sconcerto si aggravano ulteriormente, se riferite all'attuale composizione della medesima Commissione tecnica fabbisogni standard. Non può sfuggire che due dei relativi componenti, fra cui addirittura la stessa Presidente, fanno parte al contempo della "Delegazione trattante" della Regione Veneto «per l'attuazione dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione»[86]. Con la paradossale conseguenza istituzionale di far coincidere nelle medesime persone cariche riguardanti organi contrapposti: da un lato, la CTFS, chiamata a collaborare con il Governo (per il tramite della *Cabina di regia*) a garanzia dell'intero territorio nazionale nell'elaborazione delle ipotesi tecniche concernenti l'identificazione dei LEP e dei correlati costi e fabbisogni standard; dall'altro, la *Delegazione trattante*, chiamata a negoziare con il Governo le condizioni di differenziazione regionale più rispondenti agli interessi del Veneto indipendentemente dalle sorti del restante territorio nazionale.

Si tratta di un paradosso che, oltre a mettere gravemente in dubbio l'effettiva terzietà della CTFS nel momento storico più delicato dello Stato sociale repubblicano, ripropone in modo allarmante la preoccupazione sollevata da Franco Gallo: quella riguardante la decisione della legge di Bilancio 2023 e della legge Calderoli, di sottrarre al Parlamento ogni valutazione concernente le scelte fondamentali sull'allocazione delle risorse pubbliche. Una volta esclusa la mediazione parlamentare tra le esigenze dei diversi territori e dei diversi interessi contrastanti (art. 119 Cost.), ogni decisione può risultare viziata: «può essere, infatti, interesse delle comunità più ricche e più autosufficienti del Paese minimizzare la soglia costituzionalmente necessaria dei LEP, in modo da non impegnare risorse pubbliche nei territori dove gli stessi non possono essere assicurati o, in alternativa, differire più lungamente nei tempi gli interventi di perequazione e coesione nazionale destinati a drenare risorse a favore delle altre Regioni più "povere»[87].

In conclusione, alla luce delle criticità insite nel quadro normativo, istruttorio e pratico rappresentato, occorre chiedersi cosa resti di quella garanzia di unitarietà dello stato sociale, pur astrattamente perseguita dalla legge Calderoli. Parafrasando il severo giudizio di Livio Paladin in ordine alla determinazione delle materie regionali enumerate dal vecchio art. 117 Cost., vien da pensare che il Comitato per i livelli essenziali si è limitato a predisporre delle "pagine

[86] I componenti della "Delegazione trattante" della Regione Veneto sono indicati nel Portale Autonomia Veneto, *https://autonomia.regione.veneto.it/la-delegazione-trattante, mentre quelli della Commissione tecnica per i fabbisogni standard sono indicati nel sito del Ministero, https://www.mef.gov.it/ministero/commissioni/ctfs/index.html.*

[87] F. Gallo, *Costituzione, federalismo fiscale e autonomia differenziata*, cit., 428.

bianche" strumentali alla futura scrittura altrui[88]. Con un'unica fondamentale differenza: in quel caso, il rinvio del Costituente fu a favore di un organo di rappresentanza politica, quale il Parlamento; nell'attuale, per contro, il rinvio è a favore di un organo tecnico incapace di rappresentanza politica, ma capace di simularne la natura sino al punto da squilibrare l'ordine delle competenze (e delle garanzie) e da tradire la terzietà del relativo ruolo.

E per un percorso di riforma che ha l'ambizione di trasformare lo Stato sociale e regionale, non è poca cosa.

[88] L. Paladin, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, in *Foro amm.*, 1971, III, 3 ss., spec. 36: «si può riferire alle materie regionali ciò che molti autori hanno notato per l'intera disciplina costituzionale delle regioni: ossia che si tratta di una pagina bianca, o quanto meno di un tema da svolgere con ampia discrezionalità».

Gianluca Tracuzzi[*]

VERSO UNA NUOVA ARMONIA DELLA SESSUALITÀ (IN ATTESA DELLA "GIUSTA ORCHESTRA")

SOMMARIO: 1. La stonatura dell'eccezione. – 2. La logica binaria legge/eccezione nell'ideologia kelseniana della «norma sessuale». – 3. La tesi di Pausania: la duplicità di Eros e il primato dell'amore «celeste». – 4. L'approccio scientifico di Erissimaco e il mito aristofaneo dell'androgino. – 5. Il ruolo di Agatone e il consenso sociale riconosciuto alla pederastia. – 6. Il diverso e il comune. – 7. La "rivoluzione" platonica. – 8. Verso una nuova armonia.

1. *La stonatura dell'eccezione*

C'è un brano musicale (*The Crisis*), frutto del genio artistico di Ennio Morricone, che è parte della colonna sonora del film *La leggenda del pianista sull'oceano* (1998) di Giuseppe Tornatore. La sua peculiarità è data da una *dissonanza*, percepibile agevolmente da chiunque, che si ottiene suonando una nota naturale (Fa) e, *insieme*, la sua alterazione *ascendente* di un semitono (FA#). Il suono prodotto sembra far inciampare la melodia nell'errore, ma la sua *replica costante* finisce per realizzare una sorprendente consonanza.

Anche la «potenza esplosiva» della legge eccezionale[1], *rompendo* la logica di quella generale[2], cagiona l'inevitabile smarrimento dell'armonia vigente. L'eccezione, imponendosi in una prassi ormai stanca[3], ribalta una sovranità che si credeva immortale, divenendo protagonista di una rinnovata concordia. La *lunga* gestazione del suo embrione nel grembo dell'ordinamento giuridico – allo stesso modo della *paziente* ripetizione della *stonatura* nella notazione musicale – scardina le comode abitudini, facendo gradualmente maturare nei fruitori la convinzione della *più alta ragione* di cui si fa portatrice. In altre parole, l'eccezione è dotata della capacità di far emergere il germe dell'ingiu-

[*] Professore Ordinario di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche e dell'Impresa della LUM *Giuseppe Degennaro* di Casamassima (Bari).

[1] F. CARNELUTTI, *Tempo perso*, Firenze, 1959, 889.

[2] Invero la norma eccezionale «rompe la logica» della regolare per introdurre «una propria e diversa logica». N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, 49. Sulla differenza tra norme *generali*, *speciali* ed *eccezionali*, mi sia consentito rinviare a G. TRACUZZI, *Esistenza e possibilità. Contributo allo studio della completezza dell'ordinamento giuridico*, Padova, 2020, 77-80.

[3] Denuncia l'impossibilità per il diritto di «vivere in una sorta di isolamento», M. LETIZIA, *L'omosessualità tra diritto e morale. La costruzione ideologica di una tradizione*, in S. PRISCO, *Amore che vieni, amore che vai… Unioni omosessuali e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2012, 169.

stizia – ecco spiegata l'iniziale *disarmonia* – che si rinviene, presto o tardi, in *ogni* regola e di cui – svelandosi la verità poco per volta – non ci si era ancora accorti. Sicché ciò che *completa* la regola, malgrado le preliminari parvenze intrise di scetticismo, è proprio l'eccezione, il cui *gene ribelle*, al fine di afferrare l'*infinitezza* dell'ordine[4], non deve mai dimenticarsi[5].

2. *La logica binaria legge/eccezione nell'ideologia kelseniana della «norma sessuale»*

Hans Kelsen, in un semisconosciuto saggio sull'amore platonico, utilizza la logica binaria legge/eccezione per introdurre una «*norma sessuale*»[6] che, essendo solo *presupposta*, anticipa la medesima *virtualità* della sua futura *Grundnorm*[7]: l'eterosessualità – definita «normale», cioè «normativamente imposta»[8] – è legge generale; l'omosessualità – in quanto «anormale», quindi «*incompatibile* con la società»[9] – quella

[4] «Gesù medesimo, a proposito dell'eccezione fatta per i suoi discepoli alla regola del digiuno (Matteo, IX, 17), insegna, con la metafora del vino nuovo immesso nel vecchio otre, che l'eccezione è, a sua volta, una legge (la quale, se s'introduce nella legge, a cui deroga, la fa saltare); ma se l'eccezione è una legge, patisce eccezione a sua volta e quest'altra eccezione, per essere pur essa una legge, patisce ancora eccezione…». F. Carnelutti, *Tempo perso*, cit., 56.

[5] Pur riconoscendo l'importanza del mutamento, Valeria Marzocco – attraverso il pensiero di Letizia Gianformaggio – ricorda come la funzione della Carta costituzionale sia, soprattutto, quella di preservare, ossia di porre dei limiti alle molteplici trasformazioni che assillano l'odierno fenomeno giuridico. V. Marzocco, *Famiglia e matrimonio al vaglio della Corte costituzionale: sul* tempo *della Costituzione*, in Aa.Vv., *Amore che vieni, amore che vai*, cit., 95-98.

[6] «Esisterebbe, infatti, sembra dire Kelsen, almeno una norma il cui *contenuto* è stabilito *a priori*, in quanto condiziona la possibilità stessa dell'ordinamento, e questa norma è la *norma sessuale* che istituisce come "normale" e "originario" il solo desiderio eterosessuale». T. Gazzolo, *Kelsen e l'omosessualità maschile*, in «*Teoria e Critica della Regolazione Sociale*», n° 2, 2023, 164.

[7] Invero anche la norma fondamentale è soltanto *presupposta*. A tal proposito occorre, tuttavia, precisare che la struttura portante de *La dottrina pura del diritto* era già da tempo delineata, al di là della prima pubblicazione dell'opera (1934), come segnala R. Treves, *Prefazione*, in H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2007, 11 e ss. Sulle aporie della *Grundnorm*, ovvero sull'impossibilità di fondare *virtualmente* l'obbligatorietà delle leggi, cfr. F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano, 1984², 147-159, nonché Id., *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Milano, 2003, 171-178.

[8] «L'eterosessualità si dirà "normale" non semplicemente nel senso che essa è ciò che solitamente, "normalmente", costituisce l'esito, per la maggior parte degli esseri umani, della definizione della scelta d'oggetto, ma nel senso normativo di ciò che fa legge, che obbliga e determina il desiderio dei due sessi». T. Gazzolo, *Kelsen e l'omosessualità maschile*, cit., 142 e 145. Sulla "normalità" delle unioni omosessuali, cfr. G. Gambino, *Le unioni omosessuali. Un problema di filosofia del diritto*, Milano, 2007, 77-82.

[9] T. Gazzolo, *Kelsen e l'omosessualità maschile*, cit., 150.

eccezionale[10]. Insomma, due individui dello *stesso sesso*, come due note appartenenti ad una *identica matrice*, sembrerebbero *stridere* – tanto nel diritto, quanto nella musica – con i requisiti strutturali della coesistenza. Ma il vero è che *ogni* legge – essendo, contrariamente a quanto sostenuto dal postulato kelseniano, soltanto una *parte* dell'ordine – ha sempre, come il giudizio, un *valore relativo*, tant'è che nell'antica Grecia la *stonatura* coincideva con l'eterosessualità. Una preoccupata denuncia sul punto si rinviene proprio nel *Simposio*, con buona pace del giurista praghese, secondo cui – riflettendosi in queste pagine le (daccapo *presupposte*!) inclinazioni omosessuali del suo autore[11] – l'Eros platonico, per converso, intende elogiare *esclusivamente* la pederastia[12].

Perciò il ragionamento di Kelsen, a mio sommesso avviso, risulta essere fallace non solo nella *forma*, ma anche nel *contenuto*. Mentre per evidenziare il primo profilo è bastato accennare all'ideologico utilizzo della logica binaria legge/eccezione, in ordine al secondo vi è, invece, il bisogno di dimostrare l'errata, nonché parziale, lettura kelseniana delle fonti platoniche.

3. *La tesi di Pausania: la duplicità di Eros e il primato dell'amore «celeste»*

Nell'intricato meccanismo, drammaturgico e poetico, del *Simposio* – in cui sembra volersi promuovere, sin dall'intervento introduttivo del giovane Fedro, un *primato* dell'omosessualità maschile[13] – la retorica sofistica di Pausania tenta di elevare eticamente la controversa pederastia[14], che l'*élite* ateniese del tempo, nonostante il dispregio «osato» da alcuni[15], era solita accogliere con favore.

[10] Pur non volendo identificare la norma sessuale con quella etica, secondo Kelsen se «si vuole fare in modo che la società non vada a fondo e non cessi di esistere, l'*eros* omosessuale deve rimanere un'eccezione e non trasformarsi in una regola». H. Kelsen, *Die platonische Liebe* (1933), ora in Id., *L'amor platonico*, a cura di C. Tommasi, Bologna, 1985, 52.

[11] Ivi, 47 e 81 ss.

[12] Ivi, 96.

[13] In tal senso, cfr. G.F. Nieddu, *Pausania: un sofista 'sociologo' nel* Simposio *di Platone*, in Aa.Vv., Harmonia. *Scritti di filologia classica in onore di Angelo Casanova*, a cura di G. Bastianini, W. Lapini, M. Tulli, vol. II, Firenze University press, Firenze, 2012, 651. Nell'intervento di Fedro, in effetti, vengono decantati alcuni presunti riflessi virtuosi delle unioni omosessuali maschili, tanto nella sfera privata, quanto in quella pubblica. Cfr. Platone, *Simposio*, 178 C-180 B, ora in Id., *Tutti gli scritti*, a cura di G. Reale, Milano, 2008, 490-492.

[14] G. Reale, *Eros, dèmone mediatore. Il gioco delle maschere nel* Simposio *di Platone*, a cura di P.D. Accendere, Milano, 2021, 69.

[15] Il fenomeno socio-culturale della pederastia era considerato «turpe» da alcuni; i giovani amati coinvolti in questo tipo di relazione venivano spesso derisi dai coetanei, come ricorda lo stesso Pausania. Cfr. Platone, *Simposio*, 182 A e 183 C, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 494-495. Quelli sospettati di assumere un ruolo passivo venivano squalificati come potenziali cittadini. D. Cohen, *Law, Sexuality, and Society. The Enforcement of Morals in Classical Athens*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, 181 e 192.

Secondo Pausania ogni azione umana, dipendendo sempre dal *modo* in cui viene compiuta, non può qualificarsi *per sé* (*phýsei*). Sicché l'acritico e «ancora del tutto indifferenziato»[16] encomio di Eros proposto da Fedro, pur essendo «assai delicato e di grande finezza»[17], non può ritenersi esaustivo[18]. Piuttosto occorre sostenere – al netto di una mal celata debolezza argomentativa, derivante da un «artificioso presupposto»[19] – tanto una prodromica distinzione tra due diversi tipi di amore, quanto la conseguente – anche se contraddittoria («bisogna certo lodare tutti quanti gli dei»[20]) – conclusione che solo uno è quello che merita di essere celebrato. Perciò bisogna riconoscere che non vi è amore senza bellezza, la quale può essere, tuttavia, di due tipi: mentre Afrodite Pandemia – la più giovane – è figlia di Zeus e Dione, Afrodite Urania – la più antica – ha solo il padre, poiché generata dalla schiuma del mare seminata dai genitali di Urano, gettati tra le onde da suo figlio Crono[21] che – dopo essere stato, dalla madre Gea, armato di una falce – lo aveva mutilato[22]. Cosicché anche Eros dovrà distinguersi, inevitabilmente, in volgare o celeste.

L'uno, essendo un amore più acerbo, è proprio degli uomini che «valgono poco», di chi ama – mescolandosi, in tal caso, la natura del maschio con quella della femmina – donne e/o ragazzi, di chi preferisce la bellezza passeggera dei corpi a quella, viceversa stabile, delle anime. L'altro amore, poiché mancante di madre, è sentimento esclusivo del genere maschile, ossia di chi era considerato *per natura* più forte e intelligente[23]. Nel maturo amore celeste non vi è mai sfrenatezza, vigendo delle regole da rispettare. Come quella, fondante, che vieta il coinvolgimento amoroso dei più giovani senza un oggettivo riscontro della loro intelligenza, che di norma si manifesta con il comparire della barba. Nonostante gli uomini saggi imponessero già spontaneamente questo costume

[16] G. Calogero, *Il* Simposio *di Platone. Versione e saggio introduttivo*, Bari, 1928, 45.

[17] G. Reale, *Eros, dèmone mediatore*, cit., 59. Per Reale questa prima maschera – considerata, normalmente, poco importante – rappresenta la carenza di filosofia che si riscontra nelle incompiute intuizioni giovanili. Sicché «con questo personaggio deve identificarsi, in qualche modo, anche il lettore ideale», ossia colui che desidera ascoltare le diverse tesi allo scopo di imparare a cogliere la forza irresistibile dei discorsi filosofici. Ivi, 67 (nota 18).

[18] «Il suo discorso è di natura retorica, appunto prefilosofica, con citazioni di poeti come prova di ciò che sta dicendo, senza adeguate motivazioni razionali di quegli asserti». Ivi, 62.

[19] G.F. Nieddu, *Pausania: un sofista 'sociologo' nel* Simposio *di Platone*, cit., 655.

[20] Platone, *Simposio*, 180 E, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 492.

[21] I. Cucco, *Il mito di Crono. Analisi strutturale e implicazioni filosofico-giuridiche*, in *NuovoMeridionalismoStudi.org*, 13, 2021, 44-75.

[22] Crono uccideva tutti i suoi figli alla nascita, sapendo che uno di essi lo avrebbe spodestato. Circostanza che, in effetti, si verificò con suo figlio Zeus che, essendosi salvato, punì il padre. Cfr. Esiodo, *Teogonia*, 154 ss., nonché Platone, *Repubblica*, II, 377 E, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 1126.

[23] Platone, *Simposio*, 181 B-C, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 493.

a sé medesimi, Pausania – che era amante dell'effeminato[24], ma non certo bambinesco, Agatone[25] – auspica, lumeggiando le radici etiche dell'articolo 609 *quater* dell'attuale Codice penale, una futura legge per impedire anche agli amanti volgari di turbare la spensierata inesperienza degli adolescenti troppo giovani. Alcuni genitori ateniesi, a causa di questo diffuso malcostume, erano infatti costretti ad ingaggiare dei tutori per proteggere i propri figli da questi deplorevoli approcci[26].

A differenza dell'amante comune che, preoccupandosi soltanto di appagare l'appetito sessuale, illude l'amato per poi abbandonarlo, quello ispirato da Urano è pronto a dedicargli tutta la sua esistenza. Perciò l'amore celeste – che qui viene associato, mediante richiami alla tradizione democratica della *pólis* ateniese, anche alla libertà politica – genera «grandi pensieri», «forti amicizie e vite in comune»[27], a condizione che i fanciulli capiscano l'importanza del far trascorrere un certo tempo prima di concedere i propri favori al mèntore, al fine di saggiarne l'auspicabile autenticità delle nobili intenzioni; e del non farsi attrarre, per non precipitare nell'adulazione, dalle ricchezze materiali o dal potere. In altri termini, il saggio amante (*erastés*) e l'inesperto amato (*erómenos*), devono tendere, anche se muovono da *nómoi* differenti, verso il *fine comune* del reciproco riconoscimento della virtù (*areté*)[28]. Nel predetto *scambio* il profilo carnale sembrerebbe avere una funzione secondaria, quasi eventuale; così, però, non è, dovendosi constatare – al di là dello scopo di voler (provare a) diventare migliore – che in questa visione della classe colta i piaceri erotici, facendo dama con le motivazioni ideali[29], sono le uniche «*armi*»[30] in dotazione all'amato.

[24] Così lo descrive Aristofane nella commedia *Tesmoforiazuse* (189 ss.).

[25] Ciò viene confermato anche dal successivo discorso di Aristofane (193 B-C). Cfr., altresì, Platone, *Protagora*, 315 D-E, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 815. Per un completo approfondimento sulla maschera di Agatone, cfr. G. Reale, *Eros, dèmone mediatore*, cit., 111-124.

[26] Platone, *Simposio*, 183 D, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 495. La predetta pratica viene confermata, nel *Carmide*, dallo stesso Socrate: «Ma perché non chiami qui il ragazzo e non me lo presenti? Quand'anche fosse più giovane, non sarebbe sconveniente per lui discutere con noi, se ci sei tu, suo tutore e cugino». Platone, *Carmide*, 155 A, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 691.

[27] Platone, *Simposio*, 182 C, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 494.

[28] G.F. Nieddu, *Pausania: un sofista 'sociologo' nel* Simposio *di Platone*, cit., 663.

[29] «É cosa bella, in tutto e per tutto, concedere i propri favori all'amante in vista della virtù». Platone, *Simposio*, 185 B, ora in Id., *Platone. Tutti gli scritti*, cit., 496. Insomma, «Pausania cerca di salvare il piacere sessuale dell'Eros per i giovani nobilitandolo, ossia connettendolo con la sapienza e con la virtù. Ma la sua tesi risulta essere del tutto fallace, in quanto *cerca di mediare cose in realtà non mediabili in quel modo*». Così G. Reale, *Eros, dèmone mediatore*, cit., 78.

[30] Si vedrà più oltre, attraverso il confronto tra Alcibiade e Socrate, perché quest'ultimo – richiamando un passo dell'*Iliade* (VI, 232 ss.) – le definirà «di bronzo».

4. *L'approccio scientifico di Erissimaco e il mito aristofaneo dell'androgino*

Aristofane avrebbe dovuto intervenire al termine del discorso di Pausania, nel rispetto dell'ordine formale – a partire dal «padre di questo discorso», «procedendo verso destra»[31] (dunque nella medesima direzione *ascensionale*[32] della musica di Morricone) – che i commensali si erano casualmente dati in base al posto che occupavano a tavola, ma il famoso commediografo – essendo stato improvvisamente colpito da un fastidioso singhiozzo – è costretto a lasciare la parola ad Erissimaco che, dilatando gli orizzonti, sposta l'attenzione dalla sola dimensione antropologica a quella cosmica, già introdotta «in sottofondo» da Fedro e destinata a divenire «essenziale» con Socrate[33]. Il medico non si limita – come all'apparenza potrebbe sembrare – ad una mera *integrazione* del (condiviso) ragionamento di Pausania. La finalità del suo intervento – che inaugura il richiamo alle imprescindibili "dottrine non scritte" di Platone[34] – sembra essere duplice: far trasparire in filigrana, dall'approccio scientifico proposto, i limiti teoretici dei filosofi naturalisti, nonché preparare, con la descritta *armonia dei contrari*, la comprensione dell'impianto «centrale» del discorso socratico[35].

Anche se in questa esaltazione della potenza universale dell'Eros non si rinvengono passaggi direttamente riferibili alla superiorità della natura maschile, non va dimenticato che – nel proporre, agli ospiti di Agatone, di fare a turno un elogio della divinità – proprio il figlio di Acumeno aveva preliminarmente fatto presente, in conformità con le usanze misogine diffuse a quel tempo, la necessità di mandare via la suonatrice: «Che vada a suonare il flauto per conto suo, o per le donne di casa, se vuole»[36]. D'altronde le donne erano notoriamente escluse dalla cultura e, il più delle volte, persino dai basilari processi di

[31] Erissimaco, nel proporre di fare a turno un elogio di Eros, dichiara di essere stato ispirato da Fedro che, in altre occasioni, aveva constatato la mancanza di un degno encomio per una divinità così importante come Eros. Per questa ragione Erissimaco, nell'avviare la discussione, definisce Fedro «padre di questo discorso». PLATONE, *Simposio*, 177 D, ora in ID., *Tutti gli scritti*, cit., 490.

[32] A tal proposito occorre ricordare che, per Platone, il procedimento dialettico è sempre un'ascesa («quella erta salita»). PLATONE, *Repubblica*, VII, 519 D, ora in ID., *Tutti gli scritti*, cit., 1242. Nel *Simposio*, analogamente, propone l'immagine del «salire sempre di più, come procedendo per gradini». PLATONE, *Simposio*, 211 C, ora in ID., *Tutti gli scritti*, cit., 518.

[33] G. REALE, *Eros, dèmone mediatore*, cit., 82-83.

[34] Ivi, 100.

[35] Ivi, 81-93.

[36] PLATONE, *Simposio*, 176 E, ora in ID., *Tutti gli scritti*, cit., 489. Sul punto Di Benedetto sottolinea che «non solo si manda via la suonatrice di flauto (che era una schiava), ma la si invita ad andare a suonare, se vuole, alle donne (non schiave) che sono nella casa. V. DI BENEDETTO, *Eros/Conoscenza in Platone*, in PLATONE, *Simposio*, Bur, Milano, 2007, 56.

alfabetizzazione; le relazioni amorose femminili, di conseguenza, non potevano fornire alcun apporto alla funzione pedagogica che all'epoca si era – come ricordato – soliti riconoscere alle sole unioni omosessuali maschili.

L'intermezzo del singhiozzo, oltre ad assicurare levità alle pagine platoniche, custodisce un «significato drammaturgico globale» che punta a far subentrare un nuovo ordine *contenutistico* a quello – soltanto *formale* – utilizzato nella prima parte del *Dialogo*[37]. Come poc'anzi rilevato, le parole di Erissimaco, anzitutto, *completano* quelle di Pausania. Pertanto il filo logico della narrazione, senza questa interruzione dell'ordine iniziale, avrebbe risentito di disorientanti *sbalzi* concettuali, efficacemente prefigurati proprio tramite l'ingegnosa trovata scenica del singhiozzo che, esauritosi – su consiglio dello stesso Erissimaco – con uno starnuto, ripristina il «giusto ordinamento»[38] nel corpo del commediografo e tra le diverse tesi sulla scena. Questa nuova sistemazione – oltre a ristabilire il sottile gioco narrativo che affida ad ogni maschera il compito di colmare le *lacune* generate da quella precedente[39] – segna un deciso cambiamento metodologico. Finora gli astanti si erano proposti di celebrare Eros descrivendone, ciascuno *pro modo suo*, le principali caratteristiche. Secondo Aristofane, diversamente, per comprendere appieno la potenza della divinità occorre indagare «la natura umana e le trasformazioni che essa ha subito», dovendosi ricordare che in origine, oltre ai superstiti generi maschile e femminile, vi era anche quello dell'androgino «che accomunava i due precedenti»[40].

La figura di ciascun uomo era sferica, con quattro mani e lo stesso numero di gambe e orecchie, un'unica testa – con i due volti in senso opposto – ed entrambi gli organi genitali. Il maschio (M/M) aveva tratto la sua genesi dal sole, la femmina (F/F) dalla terra e questo terzo sesso (M/F) dalla luna, la quale infatti partecipa della natura solare e di quella terrena. La conservazione del tratto comune della rotondità, malgrado le predette differenze genetiche, evidenziava la loro *completezza*, come ininterrottamente ricordatoci dalla figura geometrica del cerchio che simboleggia, per eccellenza, la perfezione. Gli uomini, convinti così di bastare a sé stessi, diventarono superbi, finanche da pensare di poter scalare il cielo per attaccare gli dei. Pertanto Zeus decise di indebolirli dividendoli a metà e, una volta trasformati in bipedi, diede ad Apollo il compito di rivoltare le loro facce dalla parte del taglio, che venne ricucito sotto il loro sguardo – affinché restasse visibile memoria dell'antico castigo – in

[37] G. Reale, *Note al* Simposio, in Platone, *Tutti gli scritti*, cit., 529-530.

[38] Platone, *Simposio*, 189 A, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 499.

[39] «E se ho lasciato qualcosa, spetta ora a te, Aristofane, colmare il vuoto». Ivi, 188 E, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 499.

[40] Ivi, 189 D-E, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 499-500.

corrispondenza di quella «specie di bocca»[41] che ora noi chiamiamo ombelico; infine, per non far estinguere la razza umana, Zeus decise di spostare anche gli organi sessuali, che erano rimasti ancora nella parte esterna.

I discendenti degli androgini sono eterosessuali e vengono, nella visione aristofanea, declassati alle pratiche dell'adulterio; quelli degli interi femminili, ancor peggio, alle figure delle cortigiane. Sicché, una volta ancora, è solo l'amore tra maschi ad essere esaltato, trattandosi dell'unione tra chi eccelle *naturalmente* per audacia, coraggio e virilità.

Eros – inteso come «aspirazione dell'intero»[42] – risana l'originaria indole dell'uomo, trasformando la scissione diadica in Uno, quindi la causa del male in quella del Bene. Non si tratta, tuttavia, di una semplice fusione tra *corpi*: sono le *anime* a presagire questo innato desiderio di unità[43], che più oltre le precisazioni di Diotima eleveranno al concetto di *Bene in sé*, Principio supremo da cui tutto dipende.

5. *Il ruolo di Agatone e il consenso sociale riconosciuto alla pederastia*

All'autore de *Le Nuvole* segue il padrone di casa Agatone, che aveva organizzato il leggendario banchetto per festeggiare la vittoria ottenuta con la sua prima tragedia in occasione di una sacra celebrazione in onore di Dioniso (416 a.C.). Il contenuto del suo discorso – ai fini dello specifico tema qui indagato – sembrerebbe ininfluente ma, a guardarci meglio, la figura del poeta tragico deve intendersi come la *dimostrazione vivente* dell'amore «celeste», poco prima elogiato *in astratto* dal suo amante. La pubblica accettazione della pederastia – intesa come *innata* e, al tempo stesso, *scelta* – si evince dagli evidenti *consensi* riscontrabili, per entrambi, sulla scena. La tesi di Pausania, avendo tra i suoi seguaci anche Alcibiade[44], è la *sola* a giovarsi di un doppio confronto con la vita reale[45]; quella di

[41] Ivi, 190 E, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 501.

[42] Ivi, 192 E, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 502.

[43] «Ma è evidente che l'anima di ciascuno di essi desidera qualche altra cosa che non sa dire, eppure presagisce ciò che vuole e lo dice in forma di enigmi». Ivi, 192 C-D, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 502.

[44] «L'attento lettore si accorgerà che le idee di Alcibiade corrispondono a perfezione (…) a quelle di Pausania, che erano, di fatto, le idee che in quel momento erano dominanti nell'Atene colta». G. Reale, *Eros, dèmone mediatore*, cit., 201.

[45] Invero, oltre alla dimostrazione vivente di Agatone, la teoria di Pausania viene «presentata nella sua incarnazione nella vita reale» anche da Alcibiade. Ivi, 196. «La verità che Alcibiade intende raccontare (…) non implica perciò la formulazione di definizioni teoriche, ma riguarderà una vicenda concreta, particolare: egli sostituirà all'encomio per una divinità quello per un uomo, alla tensione verso un amore ideale descritto in termini generali la propria personale esperienza erotica». G.F. Nieddu, *Il discorso di Alcibiade tra elogio e autoritratto (Platone, Symp. 212C4-223A9)*, in «*Prometheus*», 2015, 87.

Agatone è l'*unica* ad essere applaudita[46], e non esclusivamente per la sfoggiata padronanza dell'arte oratoria[47]. La stessa collocazione spaziale del *Simposio* nella sua dimora non pare fortuita, bensì prova tangibile di una *diffusa approvazione* derivante – mediante l'ottenuto trionfo teatrale – dal rispetto riconosciutogli dai semplici cittadini e – attraverso la loro partecipazione alla festa – dai più autorevoli intellettuali dell'epoca. In questo *riconoscimento sociale* delle sue doti e, più in generale, del suo vivere, pare radicarsi la medesima *vanità* che contraddistingue Pausania: l'amante, giustificando l'amore omosessuale maschile, aveva reso «celeste» anche la sua esistenza; ora l'amato, identificandosi nella declamata *delicatezza* ultraterrena, «in Eros elogia se medesimo»[48]. Sebbene l'amore *per il simile* – depurato da Aristofane dall'autoreferenzialità di Pausania – retroceda nuovamente nell'amor *di sé*, gli altri commensali, sedotti dalla poetica gorgiana[49], sembrano nutrire l'illusione che l'esibita «verniciatura esteriore»[50] possa consentire il passaggio dall'intelligibile al sensibile, come se la divinità potesse davvero incarnarsi nel valente poeta. Nel finale, invece, l'*uomo demonico* – preannunciato da Diotima di Mantidea[51] – assumerà, personificando il dèmone mediatore, le sole spoglie di Socrate[52], a rimarcare l'esclusiva titolarità del Vero, che lo stesso – smascherando i falsi elogi[53] – avrà modo di anticipare.

La tesi di Agatone, pur criticabile, resta decisiva per cogliere la natura di Eros. Invero Platone costruisce, a partire dal successivo intervento socratico, un sofisticato intreccio a tre maschere: in un primo momento mettendo pro-

[46] A differenza dell'applauso *finale* riservato ad Agatone, la fragorosa entrata in scena di Alcibiade verrà *subito* accolta dai presenti con «un gran clamore». Non si tratta, pertanto, di un vero e proprio consenso, non avendo il giovane ancora proferito nessuna parola. PLATONE, *Simposio*, 213 A, ora in ID., *Tutti gli scritti*, cit., 519.

[47] Le parole di Agatone sono state definite «fuochi d'artificio retorici». C. RIEDWEG, *Mysterieterminologie bei Platon, Philon und Klemens von Alexandrien*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1987, 17.

[48] Agatone «rappresenta in Eros una sorta di autoritratto, che è (…) una contemplazione assai compiaciuta della propria immagine da parte di un Narciso innamorato di se medesimo». G. REALE, *Eros, dèmone mediatore*, cit., 163.

[49] Ivi, 115.

[50] PLATONE, *Lettere VII*, 340 D, ora in ID., *Tutti gli scritti*, cit., 1819.

[51] «Un dio non si mescola all'uomo ma per opera di questo demone gli dèi hanno ogni relazione ed ogni colloquio con gli uomini, sia quando vegliano, sia quando dormono. E chi è sapiente in queste cose è un uomo demonico». PLATONE, *Simposio*, 203 A, ora in ID., *Tutti gli scritti*, cit., 511.

[52] G. REALE, *Eros, dèmone mediatore*, cit., 198.

[53] «Sembra, infatti, che si sia preso accordo che ciascuno di noi fingesse di elogiare Eros, e non già che lo elogiasse veramente». PLATONE, *Simposio*, 198 E, ora in ID., *Tutti gli scritti*, cit., 507. Infatti «il vero elogio dovrebbe seguire criteri ispirati non all'opinione, ma solo alla verità». G. REALE, *Eros, dèmone mediatore*, cit., 126.

prio Agatone a confronto con Socrate e, successivamente, sdoppiando il ruolo di quest'ultimo che, dopo aver finto – trattandosi, a ben vedere, del padrone di casa – di essere stato confutato da Diotima, completa la sua orazione veritativa velandosi con le stesse spoglie della sacerdotessa[54].

6. *Il diverso e il comune*

Nessun discorso di quelli che hanno preceduto Socrate guadagna i necessari fondamenti metafisici[55] per rivelare l'essenza dell'Eros. Nel loro inventario si rinviene – come accennato – quello ingenuo e generico di Fedro, quello contraddittorio e sbilanciato di Pausania, quello scientifico e natural(razional) istico di Erissimaco, quello burlesco e incompleto di Aristofane, quello artificioso e macrologico di Agatone.

Gli errori dei primi quattro personaggi – Fedro, Pausania, Erissimaco e Aristofane – ci fanno comprendere ciò che Eros *non è*, spettando al «complesso gioco di specchi con riflessi incrociati»[56] delle tesi degli altri quattro – Agatone, Socrate, Diotima e, per certi profili, anche Alcibiade[57] – la rivelazione di ciò che *è*[58] la potenza *demonica* dell'amore, da intendersi come mediazione sintetica degli opposti.

Tra gli errori riferibili, ad esempio, al discorso di Pausania occorre evidenziare – essendo indispensabile ai nostri fini – che per Socrate la trasmissione del sapere non deve prevedere alcun tipo di ricompensa[59], *a fortiori* se lo *scambio* tra un giovane e il suo maestro non sembra fondarsi – come in questo caso, avendo il primo l'età di un adolescente – su di un rapporto *paritario*[60]. Sulla tesi del retore politico sembra, peraltro, gravare una ulteriore contraddizione, oltre quella sopra rilevata (§ 3), derivante dalla sua conclusione di declassare i rapporti eterosessuali nell'amore volgare dopo aver affermato, in premessa,

[54] «Dunque, il monologo finale della sacerdotessa Diotima è il grande monologo di Socrate, o, se si preferisce, di Platone che fa parlare Socrate con la maschera di Diotima di Mantidea, ossia (…) sotto mentite spoglie». G. Reale, *Eros, dèmone mediatore*, cit., 131. Per ricostruire questa interpretazione di Giovanni Reale, cfr. ivi, 25-26 e 125-134.

[55] La metafisica, passando da ciò che *è* una cosa alla ricerca del suo *perché*, «non è un abbandono della realtà appresa nelle precedenti forme di conoscenza, ma il raggiungimento o almeno la ricerca del principio che ne dà ragione». M. Gentile, *Trattato di filosofia*, Napoli, 1987, 80.

[56] G. Reale, *Eros, dèmone mediatore*, cit., 34.

[57] In realtà Alcibiade non fa un elogio di Eros, bensì di Socrate che – in quanto uomo demonico – è, però, la perfetta immagine del vero dèmone Eros.

[58] Ivi, 25.

[59] Platone, *Eutrifone*, 3 D, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 5.

[60] Platone denuncia la *costrizione* subita dagli amati quando i rapporti tra uomini degradano in «cose vergognose e inique». Platone, *Fedro*, 254 B, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 562.

che sono unicamente i *modi* a poter qualificare le azioni umane[61]. La dissertazione di Pausania viene messa alla prova, infine, con l'entrata in scena «trionfale e inquietante»[62] di Alcibiade, poiché dal suo confronto con Socrate può intercettarsi – secondo Giovanni Reale – la «risposta-chiave» in ordine all'amore omosessuale maschile[63], che Platone aveva parzialmente preannunciato esaltando l'amore «retto»[64] per i giovani, ossia «conforme a filosofia»[65]. L'avvenente fanciullo, dalla «personalità impetuosa e priva di scrupoli»[66], tenta di concedersi al maturo Socrate, che invece – dopo averlo edotto sulla differenza tra l'«apparenza del bello» e «la verità del bello»[67] – si nega, insegnandogli così che la bellezza dei corpi (non identificabile con il piacere sessuale), essendo soltanto «il primo gradino della scala d'amore»[68], *non può scambiarsi* con i diversi piani della sapienza e della virtù. Nel tracciare implicitamente una distinzione tra la sfera *privata* e quella *pubblica*, Socrate intende rivolgere questo monito *anche a se stesso*, dovendosi ricordare che alcune fonti platoniche lasciano intendere la sua attrazione sessuale per i giovinetti[69]; il che comporta, a mio parere, l'assoluzione da ogni potenziale accusa di omofobia[70], appiglio costante[71] delle odierne richieste di censura promosse dai sostenitori del "politicamente corretto".

[61] Sicché «non si comprende perché la modalità di realizzazione positiva sia ritenuta esclusiva dell'amore omosessuale e non possa in linea di principio riguardare anche il rapporto eterosessuale, che resta invece confinato nella categoria dell'amore volgare». G.F. Nieddu, *Pausania: un sofista 'sociologo' nel* Simposio *di Platone*, cit., 660.

[62] «Essa contiene già *in nuce* tutta la sua seduzione e anche le sue cattive abitudini, più o meno scandalose». J. De Romilly, *Alcibiade. Un avventuriero in una democrazia in crisi*, trad. it. di E. Lana, Garzanti, Milano, 1997, 13.

[63] G. Reale, Note al *Simposio* (nota 133), in Platone, *Tutti gli scritti*, cit., 534.

[64] Platone, *Simposio*, 211 B, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 517.

[65] Platone, *Fedro*, 249 A, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 557.

[66] G.F. Nieddu, *Il discorso di Alcibiade tra elogio e autoritratto*, cit., 86.

[67] «Caro Alcibiade, si dà il caso che tu sia veramente un uomo non da poco, se ciò che dici di me è proprio vero, e se in me c'è una forza per la quale potresti diventare migliore. Tu vedresti in me una bellezza straordinaria, molto diversa dalla tua avvenenza fisica. E se, contemplandola, cerchi di averne parte con me, e di scambiare bellezza con bellezza, pensi di trarre non poco vantaggio ai miei danni: in cambio dell'apparenza del bello, tu cerchi di guadagnarti la verità del bello, e veramente pensi di scambiare *armi d'oro con armi di bronzo*». Platone, *Simposio*, 218 D-219 A, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 523-524.

[68] G. Reale, *Eros, dèmone mediatore*, cit., 78.

[69] Socrate, nell'intravedere ciò che la tunica del giovane Carmide nascondeva, riconosce di non essere più padrone di se stesso. Platone, *Carmide*, 155 D, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 691.

[70] *Contra* Remotti, secondo cui Platone, con il suo «modello impositivo e – diciamo pure – "omofobico"», «apre la strada alla repressione». F. Remotti, *L'omosessualità e il criterio della somiglianza*, in «*Diritto e questioni pubbliche*», 2015, 40-41.

[71] Sul punto cfr., almeno, F. D'Agostino, *Sessualità. Premesse teoriche di una riflessione giuridica*, Torino, 2014, 93-103.

Le parziali – ma decisive – condivisioni possono emergere impastando proprio le molteplici divergenze, ponendo in luce, in particolare, la funzione maieutica delle contraddizioni che vengono strategicamente seminate da Platone in alcuni snodi fondamentali e che sono destinate, a tempo debito, a germogliare nella trama narrativa. Perciò ogni intervento del *Dialogo* è *parte* di un *tutto*, come un *petalo* del suo *fiore*; e, per ricomporre la *totalità* – del sentimento dell'amore, come di un profumo (o "sentimento del fiore") – nulla deve essere tralasciato[72].

La *superiorità* dell'amante sull'amato[73], così come il concetto dell'«*amore dell'immortalità*»[74], intuizioni non dimostrate dal «retore-dilettante»[75] Fedro, vengono successivamente chiarite attraverso le parole di Diotima[76]; del discorso di Pausania deve condividersi l'esplicita distinzione tra corpo e anima[77], pilastro portante del pensiero platonico[78], ribadita tramite Aristofane e, più oltre, perfezionata dalla sacerdotessa[79]. La dimensione cosmica dell'Eros e la sua concezione come armonia dei contrari, passando dal *come* del solo piano naturalistico di Erissimaco al socratico *perché* della dimensione metafisica, divengono profili fondamentali[80]. Ed ancora. Dell'intervento di Aristofane, che *allude* – allo stesso modo di chi lo ha preceduto – ad «*alcuni concetti chiave delle "dottrine non scritte" di Platone*»[81], occorre approvare – sulla scorta delle

[72] «Solo colui che è capace di vedere l'intero è filosofo. Chi non sa andare oltre le singole parti, per quanto geniali possano essere i risultati delle sue ricerche, non capirà mai la filosofia né tantomeno il senso fondamentale della vita e dell'universo». G. Reale, *Invito al pensiero antico*, a cura di V. Cicero, Brescia, 2011, 47.

[73] «Infatti l'amante è cosa più divina dell'amato, in quanto è ispirato da un dio». Platone, *Simposio*, 180 B, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 492.

[74] «[M]entre Fedro ha presentato solamente alcuni esempi, illustrandoli, Platone fornisce dei medesimi esempi di Alcesti e di Achille (cui aggiunge anche quello di Codro) *una spiegazione motivata*». G. Reale, *Eros, dèmone mediatore*, cit., 172.

[75] Ivi, 31.

[76] Platone, *Simposio*, 204 B, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 512.

[77] Occorre «rendersi conto che il bello che concerne il corpo è una piccola cosa». Ivi, 210 C, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 517.

[78] Per cogliere la superiorità, di matrice socratica, dell'anima sul corpo e i platonici sviluppi teoretici legati alla sua immortalità, cfr. G. Reale, *Introduzione generale al pensiero di Platone*, in Platone, *Tutti gli scritti*, cit., LII-LV.

[79] G. Reale, *Eros, dèmone mediatore*, cit., 104-107.

[80] Ivi, 83, nonché 89-93. «Troppe volte varie storie della filosofia si limitano a dirci *che* il tale filosofo ha pensato questo o quest'altro, e non ci dicono *perché* lo ha pensato, quale legame ha quel pensiero con quanto precede, quale funzione ha di sollecitazione del pensiero che segue». G. Reale, *Storia della filosofia greca e romana*, a cura di V. Cicero, Milano, 2018, 21.

[81] G. Reale, *Eros, dèmone mediatore*, cit., 100. La scrittura, per Platone, aveva «una funzione *ipomnematica*», come Reale dimostra attraverso opportuni richiami ad altri suoi *Dialoghi*. Ivi, 103 e 107-109. «Nel discorso di Aristofane Platone dimostra, infatti, di servirsi delle parole

correzioni indicate da Diotima[82] – la tesi dell'amore come nostalgica mancanza dell'intero, nonché la collegabile concezione del Bello come «manifestazione suprema del Bene»[83]. Di più. Senza il ragionamento fallace di Agatone, che identifica l'Eros con l'amato[84], non si sarebbe potuto forgiare il necessario «*contro-modello* emblematico»[85] rispetto a quello veritativo di Socrate. Nella conclusione del *Simposio*, avendo effettivamente attinto tanto dall'arte di Aristofane quanto da quella di Agatone, è lo stesso Socrate – con «una provocatoria "firma d'autore"»[86] – ad ammettere di aver mescolato «*nella verità*»[87] il profilo comico e quello tragico, come solo un autentico filosofo può fare.

7. *La "rivoluzione" platonica*

Una radicale innovazione, diversamente, pare configurarsi tramite la preparata[88] entrata in scena di Diotima. Scegliendo una donna viene, anzitutto, capovolta la (solo) *presupposta* superiorità *per natura* dell'uomo[89], le cui capa-

proprio per dire e nello stesso tempo per tacere e in tal modo sfuggire a tutti coloro che avevano mostrato di non essere in grado di capire il suo pensiero, e quindi per inviare messaggi allusivi, in maniera truccata e trasversale, solamente a coloro che erano in grado di capirli, in quanto già per altra via (ossia mediante l'oralità dialettica) erano entrati nel segreto di quelle dottrine». Ivi, 25. Del resto per Platone la sola scrittura, come si evince dal *Fedro* (275 C-D e 278 B-E) non è mai sufficiente per cogliere le cose «di maggiore valore». G. Reale, *Storia della filosofia greca e romana*, cit., 476-489.

[82] «Però si sente fare un certo discorso, secondo cui quelli che amano sono coloro che cercano la loro metà. Il mio discorso dice, invece, che l'amore non è amore né della metà né dell'intero, a meno che, caro amico, essi non siano il Bene». Platone, *Simposio*, 205 D-E, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 513.

[83] G. Reale, *Eros, dèmone mediatore*, cit., 24.

[84] Quindi con «ciò che nel suo essere è bello, delicato, perfetto e beatissimo». Platone, *Simposio*, 204 C, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 512.

[85] G. Reale, *Eros, dèmone mediatore*, cit., 114. «Eros come "amante" risulta, infatti, essere non già quella immobile e compiuta perfezione che ha pace in sé, ma quella forza di colui che conosce le proprie mancanze e imperfezioni e cerca, con grandi sforzi e dinamiche tensioni, di acquisire ciò che, in modo sempre crescente, può eliminare quelle mancanze e quelle imperfezioni». Ivi, 164.

[86] Ivi, 22.

[87] G. Reale, Note al *Simposio*, cit., 534.

[88] Occorre riferirsi, in primo luogo, alla meditazione di Socrate lungo la strada che conduce alla casa di Agatone e che lo aveva lasciato indietro rispetto al suo accompagnatore Aristodemo; e, in secondo luogo, al suo rapimento estatico nei pressi della casa dei vicini del poeta, che lo farà partecipare alla festa soltanto a partire dalla metà del pranzo. In tal modo «Platone vuole alludere all'ispirazione divina per le cose che dirà sull'Eros». G. Reale, *Eros, dèmone mediatore*, cit., 26 e 52-53.

[89] *Contra* Kelsen, secondo cui «benché Platone non lo dichiari espressamente, si può affermare senza alcun dubbio che, a suo giudizio, il bene coincide con il principio maschile e il male con quello femminile». H. Kelsen, *L'amor platonico*, cit., 56.

cità ora vengono addirittura messe in dubbio[90]. Questa inusuale autorevolezza mette in crisi le tesi maschili, forgiando *il* modello argomentativo da seguire[91]. Perfino la succitata interpretazione secondo cui Diotima, in realtà, sia Socrate[92] – che preferirebbe nascondersi sotto mentite spoglie, per non sconsacrare il clima conviviale istauratosi tra i partecipanti alla festa[93] – al posto di mortificare la figura della straniera sembra amplificarne la portata simbolica. D'altronde, anche nella *Repubblica*, confermando un atteggiamento di straordinaria apertura rispetto ai tempi, Platone precisa che le capacità delle donne non sono diverse da quelle degli uomini *per natura*, ma solo per quantità[94].

Tornando al *Simposio*, al probabile fine di *riequilibrare* i rispettivi ruoli di genere, viene poi tracciata, sempre tramite Diotima, una inedita distinzione tra la procreazione carnale e quella spirituale. Nell'una, riservata alle unioni eterosessuali, il parto della donna viene definito «cosa divina»[95]; nell'altra, confinata alle dinamiche maschili, può rivelarsi la più alta manifestazione dell'immortalità[96]. Per la prima volta si associa alla spiritualità – anche se di secondo grado – la generazione della vita, mentre non c'è più traccia del piacere sessuale nello scambio tra amato e amante. Tramite l'intenso Eros *spirituale* che lo legò, durante tutta la sua esistenza, a Dione di Siracusa[97] Platone dimostra, infatti, che «[l]'amore per i giovani è superiore all'amore per le donne proprio in quanto è più suscettibile di affrancarsi dalla passione carnale e di raggiungere lo scopo conoscitivo e morale dell'amore»[98].

[90] «Fino a queste cose d'amore *forse*, o Socrate, anche tu potrai essere iniziato; ma a quelle perfette e alla più alta iniziazione cui tendono anche queste, se si procede in modo giusto, *non so se tu saresti capace* di essere iniziato. Parlerò allora io – disse – e metterò tutto il mio impegno, e tu cerca di seguirmi, *se ne sei capace*». Platone, *Simposio*, 210 A, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 516 (corsivi miei).

[91] «E lei mi confutò con gli stessi argomenti con cui io ho confutato lui». Platone, *Simposio*, 201 E, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 510.

[92] «Diotima è Socrate». G. Reale, *Eros, dèmone mediatore*, cit., 134.

[93] Ivi, 140.

[94] «Allora, caro amico, non c'è alcuna pubblica funzione che sia riservata alla donna in quanto donna, o all'uomo in quanto uomo, ma fra i due sessi la natura ha distribuito equamente le attitudini, cosicché la donna, appunto per la sua natura, può svolgere tutti gli stessi compiti che svolge l'uomo, solo che in ciascuno di questi essa si rivela meno forte dell'uomo». Platone, *Repubblica*, V, 455 B-E, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 1189.

[95] Platone, *Simposio*, 206 C, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 514.

[96] «Cosicché questi uomini hanno fra loro una comunanza molto maggiore di quella che hanno con i figli e una più solida amicizia, in quanto hanno in comune dei figli più immortali e più belli». Ivi, 209 C, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 516.

[97] G. Reale, *Eros, dèmone mediatore*, cit., 206-207.

[98] L. Robin, *La teoria platonica dell'amore*, trad. di D. Porta Gavazzi, Celuc Libri, Milano, 216.

Dunque il sentiero da percorrere muove dalle altezze del cielo ma, piuttosto che sprofondare nelle fragilità terrene, deve arrestarsi a *mezz'aria*. In altri termini, tra l'amore *per il simile* e quello *per il diverso* deve scoprirsi qualcosa *nel mezzo*, non potendo essere il simile amico del simile, né il contrario del contrario. Pertanto ciò che non è, proprio come Eros, né buono né cattivo diviene amico del buono e del bello a causa di un male ed in vista di un bene[99]. Si delinea così un *terzo tipo di amore*, derivante dall'unione degli altri due e «sospeso» *tra* le loro opposte direzioni[100].

Tuttavia Platone manifesta la sua dura condanna dell'amore pederastico tracciando, con modalità *rivoluzionarie* per l'epoca, un convinto *elogio dell'eterosessualità* che intende «capovolgere la maniera di pensare della società colta di Atene sul problema»[101]. Invero la comune peculiarità dei tre principali sostenitori dell'amore celeste – Pausania, Agatone e Alcibiade – viene fatta corrispondere, come già segnalato, ad una eccessiva autostima, chiaro sintomo di una spavalda *sfrenatezza*. Per raggiungere l'armonia interiore, prodromica a quella con gli altri, occorre invece *mettere ordine* nell'anima proprio attraverso la temperanza (*sophrosýne*), ossia «la capacità di non produrre né più né meno di ciò di cui si ha bisogno»[102]. Per *produrre* in maniera ordinata non deve confondersi l'*invenzione*, riflesso di un'idea alla quale si deve restare sempre debitori, con la *creazione*, orgogliosa illusione di saper plasmare da sé[103]. L'una – *ascendendo* – è dell'uomo, l'altra – *discendendo* – di Dio[104]. Nell'*intima* verifica della corretta *proporzione* – «non di più e non di meno»[105] – può rinvenirsi il destino – disgiuntivo o congiuntivo – del *suum* di ciascuno, che l'attuale formula della *legge uguale per tutti* continua ad implicare[106].

A differenza della sapienza e del coraggio – che competono, rispettivamente, ai custodi e ai soldati – la temperanza riguarda l'intera comunità della

[99] Platone, *Liside*, 214 A-219 B, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 751-755.

[100] Platone, *Leggi*, VIII, 836 B, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 1633.

[101] G. Reale, *Eros, dèmone mediatore*, cit., 70.

[102] F. Gentile, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova, 2006, 199. Da non confondersi con l'imprecisato "senso del dovere" che *presuppone* – peraltro in palese contraddizione con il postulato individualistico di matrice kelseniana – sia la validità dei comandi del sovrano che l'obbedienza dei sudditi. F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padova, 2001², 35-37.

[103] F. Gentile, *Politica aut/et statistica*, cit., 226.

[104] F. Carnelutti, *La storia e la fiaba*, Tumminelli, Roma, 1945, 144.

[105] Così si legge anche nell'Antico Testamento, come ricorda M. Manzin, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Torino, 2014, 128.

[106] S. Prisco, *Una nuova problematica frontiera dell'uguaglianza*, in Aa.Vv., *Comunità omosessuali. Le scienze sociali sulla popolazione LGBT*, a cura di F. Corbisiero, Milano, 2013, 57.

pólis e, nonostante alcuni fraintendimenti[107], consiste nella virtù di far prevalere nell'anima la parte *riflessiva* su quella *passionale.* La prima – ponderando tra intelligenza e ragione – è da considerarsi *migliore*, mentre la seconda – essendo, per natura, insaziabile – conduce al *caos*. In altre parole, con il governo della saggezza si *supera se stessi*; se per «educazione inadatta» o «cattive compagnie» vi è, all'opposto, il sopravvento della parte peggiore, si diventa caratterialmente deboli[108]. Quest'ultima strada – non comportando sudore[109] – è la più battuta dagli uomini, ma genera un *conflitto* nell'io. Perciò *essere padroni di sé* (autonomia), da non confondersi con l'*essere principio a sé* (autarchia)[110], è «la prima e più nobile vittoria»[111], poiché prepara l'attitudine dell'io ad accettare la legge di cui è co-autore con l'altro, respingendo l'illusione di poter essere legge di se stesso[112]. Con questo non s'intende negare l'esistenza dei desideri individuali, bensì impedire che le particolarità non coinvolte nel *lógos* – inteso come *discorso* e, nel contempo, *pensiero* – possano dominare nella coscienza[113], non consentendo alle diversità di andare *oltre* il loro presentarsi.

L'amore omosessuale maschile sembra allora trovare la sua *unica* «giustificazione nell'idea della procreazione spirituale, in quella forma cioè di relazione che, attraverso il contatto uomo a uomo, mira a ingenerare nell'anima altrui le più belle virtù in una progressione verso l'esperienza del Bello in sé»[114].

Quanto fin qui ricostruito, peraltro, risulta essere confermato da molteplici passaggi rinvenibili in altri *Dialoghi* platonici che, per ragioni di economia del discorso, in questa sede è possibile soltanto accennare: nella *Repubblica* si sottolinea l'importanza di stabilire, attraverso una legge dello Stato, il dovere *dell'amante di amare, «previo il suo consenso», l'amato* come farebbe un padre

[107] Platone denuncia che alcuni cittadini hanno osteggiato la temperanza, «coprendola di insulti e dandole il nome di viltà». Platone, *Repubblica*, VIII, 560 D, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 1277. Le opposte visioni sulla temperanza emergono nel confronto tra Socrate e il sofista Callicle. Platone, *Gorgia*, 492 C-500 C, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 902-909.

[108] Platone, *Repubblica*, IV, 431 A, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 1167-1171.

[109] Platone, *Leggi*, IV, 718 E, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 1537.

[110] F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit., 201-202.

[111] Platone, *Leggi*, I, 626 E, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 1462.

[112] F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit., 202. Pertanto la moderatezza richiesta da Pausania negli approcci con i fanciulli non può, non riscontrandosi alcun *confronto preliminare* con l'altro, considerarsi rientrante nel concetto di temperanza.

[113] Lo ricorda, meditando il pensiero di Eraclito, F. Cavalla, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, Padova, 1996, 152.

[114] Così, tramite il pensiero di Vernant e Nola, G.F. Nieddu, *Pausania: un sofista 'sociologo' nel* Simposio *di Platone*, cit., 664 che, tuttavia, vede in ciò un punto di contatto con la tesi di Pausania.

con il figlio[115]. Nel *Fedro* il rapporto sessuale tra uomini viene definito un «piacere contro natura», di cui bisognerebbe addirittura vergognarsi ed avere timore[116]. Nelle *Leggi* un più maturo Platone sintetizza, attraverso tre chiari punti fermi, il suo pensiero sull'argomento: *i) naturale* può dirsi soltanto l'unione tra un uomo e una donna, al fine di procreare; *ii) innaturali* sono le unioni omosessuali, sia maschili che femminili; *iii)* gli atti *contro natura* vengono compiuti da chi è privo di temperanza, allo scopo di soddisfare «un irresistibile piacere»[117]. Nel libro VIII, occupandosi delle *leggi sul sentimento d'amore*, definisce l'omosessualità (in genere) una «perversione» che provoca «incalcolabili sciagure non solo per la vita privata dei singoli, ma anche per l'intera società»; denuncia i mali provocati dalla pederastia, che costringe gli adolescenti «al ruolo di donne nelle relazioni sessuali»; considera la sregolatezza incompatibile con lo spirito delle leggi; blinda la sacralità della famiglia, aggiungendo allo scopo procreativo anche la fedeltà coniugale; propone di declassare a stranieri, con conseguente perdita dei diritti civili e politici, i cittadini che si uniscono in unioni «illecite»[118].

Non va, però, dimenticato che la tesi di Aristofane, essendo stata da Diotima soltanto precisata in ordine alle sue conclusioni, viene pienamente condivisa per quanto concerne l'iniziale descrizione dei tre originari generi dell'uomo. In Platone, in definitiva, non si mette in discussione la *natura* dell'omosessualità in sé, ma – ecco il punto cruciale – la sua mancata corrispondenza con i fini che costituiscono l'*humus* da cui *realmente*[119] sembra potersi generare *ogni*

[115] «E così mi par ovvio che nello Stato che andiamo istituendo tu fisserai per legge che all'amante sia bensì lecito trattare con effusione d'affetto e accarezzare il fanciullo che ama come un figlio, in grazia di sentimenti elevati, e previo il suo consenso, ma che per il resto egli debba frequentare l'oggetto del suo amore in modo da non dare l'impressione di voler spingersi oltre nel rapporto; in caso contrario offrirebbe il destro all'accusa di scarsa sensibilità e rozzezza». Platone, *Repubblica*, III, 403 B-C, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 1147.

[116] Platone, *Fedro*, 251 A, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 559. Secondo Cantarella, tuttavia, le categorie del "secondo natura" e "contro natura" hanno un significato «molto diverso da quello che oggi attribuiamo loro». Ne consegue che «nessuna condanna dell'omosessualità in sé» è rinvenibile in Platone. E. Cantarella, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Milano, 2006, 88. Considera «insoddisfacente» il «paradigma naturalistico» anche F. D'Agostino, *Sessualità*, cit., 106-107.

[117] Platone, *Leggi*, I, 636 C, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 1469-1470.

[118] Platone, *Leggi*, VIII, 836 A-841 E, ora in Id., *Platone. Tutti gli scritti*, cit., 1632-1635. Anche «[n]el libro del Levitico il comportamento omosessuale è motivo di esclusione di appartenenza al popolo eletto». Lo ricorda M. Letizia, *L'omosessualità tra diritto e morale*, cit., 179.

[119] Invero le teorie dei cosiddetti "geometri del diritto" – tra cui Hobbes, Locke, Rousseau, Kelsen – hanno prodotto soltanto «delle soluzioni virtuali dei problemi, lontane dalla natura delle cose». F. Gentile, *Politica aut/et statistica*, cit., 37.

comunità[120]; e che, ancora oggigiorno, si è soliti riscontrare – malgrado alcuni pareri discordanti[121] – nella definizione di famiglia come «società naturale» (art. 29 Cost.[122]).

8. *Verso una nuova armonia*

In Kelsen l'idea di società, muovendo dall'*ipotetica* «norma sessuale», è *monologica*; in Platone, incoraggiandosi un confronto degli *opposti* punti di vista[123], *dialogica*. L'una – in quanto virtuale – è *solo* falsa, pur essendo spacciata unicamente per vera; l'altra – in quanto reale[124] – è falsa e, *insieme*, vera[125], poiché «la legge del meglio e del peggio è la medesima»[126]. Questa *differenza* tra un'*aprioristica* affermazione e un cammino *condiviso* «in cui farsi domande è altrettanto, se non forse più, importante che darsi risposte»[127], sottintende due diverse concezioni di ordinamento giuridico: come *strumento di controllo sociale*, o come *modo di comunicazione civile*[128]. Optare per la seconda visione comporta «un salto di qualità *comune*»[129], verosimilmente lo stesso che ha

[120] F. D'Agostino, *Sessualità*, cit., 117-121.

[121] Cfr., tra gli altri, Tincani, secondo cui l'articolo 29 della Carta costituzionale «non stabilisce il riconoscimento della "famiglia naturale" ma della famiglia *quale società naturale*. La differenza non è di poco conto, perché nel primo caso ("famiglia naturale") significherebbe che sono riconosciute soltanto le famiglie che corrispondono a un certo modello assunto come "naturale" (e non specificato, né in questo articolo né altrove), mentre nel secondo significherebbe che viene riconosciuta la famiglia come una forma di società che esiste nei fatti prescindendo dal suo successivo riconoscimento giuridico». P. Tincani, *Le nozze di Sodoma. La morale e il diritto del matrimonio omosessuale*, Adagio (*eBook*), 2014², 59. Secondo Prisco l'espressione *società naturale fondata sul matrimonio* è «altamente problematica, al limite dell'ossimoro». S. Prisco, *Una nuova problematica frontiera dell'uguaglianza*, cit., 62.

[122] Sui lavori preparatori dell'articolo 29 si veda, almeno, R. Biagi Guerini, *Famiglia e Costituzione*, Milano, 1989, 7 ss.; V. Caporella, *La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi dell'articolo 29 e il dibattito della Costituente*, in «*Storicamente*», n° 6, 2010, 1-30.

[123] Invero la dialettica, per definizione, tratta degli opposti. Cfr. Platone, *Protagora*, 360 D, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 849.

[124] Sul valore *reale* della dialettica, cfr. F. Gentile, *Ordinamento giuridico*, cit., 53. Marino Gentile, tuttavia, considera il termine *esperienza* preferibile alla *realtà*. Invero quest'ultima, indicando qualcosa di *oggettivo* e *statico*, sembra mortificare la ricerca che, per essere autenticamente filosofica, deve comprendere *tutto* (anche gli elementi oggettivi) e *non* può basarsi – avendo come propria caratteristica la *fluidità* – su di una serie di *concluse certezze*. M. Gentile, *Trattato di filosofia*, cit., 77-78.

[125] Platone, *Lettera*, VII, 344 B, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 1822.

[126] Platone, *Fedone*, 97 D, ora in Id., *Tutti gli scritti*, cit., 105.

[127] S. Prisco, *Nota introduttiva*, in Id., *Amore che vieni, amore che vai…*, cit., VI.

[128] F. Gentile, *Ordinamento giuridico*, cit., 11-12.

[129] Occorre, più precisamente, «uno sforzo di aggiornamento culturale e di superamento dei pregiudizi sincero e aperto, un salto di qualità comune, al di là delle appartenenze ideali e

consentito alla *stonatura* dell'amore eterosessuale presentata nel *Simposio* di divenire – anche grazie all'innegabile spinta della morale cattolica[130] – legge generale, procurando un'inedita armonia; di cui Platone resta, nonostante i riferiti equivoci kelseniani, uno dei suoi interpreti più convincenti.

Nell'odierno Stato laico, all'inverso, le ancora *eccezionali* istanze dell'amore omosessuale[131] rivendicano, non essendo le cose dell'uomo «mai in riposo»[132], l'esigenza di *cambiare musica*. Non si tratta di un'ancestrale nostalgia, né di un *meccanico* rovesciamento utopico[133]; non si reclama più una superiorità *celeste*, ma una *terrena* eguaglianza di trattamento (*ex* art. 3 Cost.), che occorre iniziare a leggere *anche* nel bisogno di «garantire i diritti minimi (di carattere personale o patrimoniale) all'interno di una specifica formazione sociale» (*ex* art. 2 Cost.)[134]. A me pare, al di là della scelta della strada da percorrere[135], che la nota *dissonante*, dopo essere stata *quasi silenziata* dalle prepotenti argomentazioni di chi pensava di potersi disfare della *comune misura*[136], attenda ancora di

della collocazione rispetto alle fedi religiose e alle convinzioni politiche, che guardi oltre l'identità personale e le tendenze sessuali cosiddette "normali"». S. Prisco, *Tavola rotonda*, in Aa.Vv., *Amore che vieni, amore che vai…*, cit., XXVIII (corsivo mio).

[130] Secondo Tincani «la ragione pressoché esclusiva dell'opposizione al matrimonio omosessuale in Italia» è da ricercarsi nella posizione contraria della Chiesa cattolica. P. Tincani, *Le nozze di Sodoma*, cit., 56.

[131] «[N]on è più possibile sostenere che esiste un principio riconosciuto, quello del matrimonio tra persone di sesso diverso e un'*eccezione*, meramente tollerata, quella delle unioni tra persone del medesimo sesso». C. Gabbanelli, *Tutela delle unioni omosessuali: una riforma non rinviabile*, in Id., *Amore che vieni, amore che vai…*, cit., 56 (corsivo mio).

[132] Così, attraverso Platone, F. Gentile, *Ordinamento giuridico*, cit., 59.

[133] Sulla convenzionalità della struttura utopica, cfr. F. Gentile, *Politica aut/et statistica*, cit., 52-58.

[134] S. Prisco, *Le unioni omosessuali: alcuni problemi rimasti aperti e le prospettive delle loro possibili soluzioni nell'ordinamento italiano*, in Aa. Vv., *Rigore e curiosità. Scritti in memoria di Maria Cristina Folliero*, a cura di G. D'Angelo, Torino, 2018, 586 (nota 4).

[135] «Un giurista che si trovi a vivere e adoperare in questa epoca di fortissima accelerazione antropologica ha dunque davanti a sé tre strade: quella di resistere alle novità in nome di un pensiero fermo alla percezione di una essenza ontologica a-storica dell'unione familiare, rischiando così di apparire come l'"ultimo giapponese" schierato a difesa dell'ordine imperiale desacralizzato dopo la seconda guerra mondiale, o come un astronomo tolemaico attardato, in tempi di copernicanesimo trionfante; quella di assecondare ogni novità sempre e comunque, facendosi aedo di mode anche transitorie, senza nemmeno saperne riconoscere la caducità; ovvero quella di affrontare il nesso tra *vetera et nova* provando ad osservare il mutamento in corso con spirito critico e proponendosi di comprendere quanto di invariato passi attraverso le maglie della dinamica storica e quanto del passato resti invece consegnato ai suoi archivî». 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, 256.

[136] Sia ancora concesso, al riguardo, il rinvio a G. Tracuzzi, *Spunti filosofico-giuridici sull'amore. A proposito delle unioni civili*, in «*Stato, Chiese e pluralismo confessionale*», n° 32, 2016,

essere *suonata dalla "giusta orchestra"*[137]. Pur avendone *ripetutamente* ascoltato l'accento discordante, tante volte quanti sono stati i – «sarà il futuro a dirci»[138] se veri, o solo presunti – passi in avanti, temo che l'avvento di una nuova concordia, divenuta urgente per alcuni *strumentisti*[139], non sarà però imminente[140]: «*Et res non semper, spes mihi semper adest*»[141].

1-14.

[137] La metafora dell'orchestra mi è stata suggerita dalle parole di un altro grande Maestro della musica come Riccardo Muti: «Mi rivolgo agli uomini e alle donne di governo. L'ho detto mille volte, ma forse a qualcuno è sfuggito: *l'orchestra è il sinonimo di società*. Ci sono i violini, ci sono i violoncelli, le viole, i contrabbassi, i flauti, gli obi, i tromboni, eccetera, eccetera. Ognuno di loro spesso ha parti completamente diverse, ma devono *concorrere tutti, pur avendo frasi diverse, a un unico bene*, che è quello dell'armonia di tutti. Chiaro? *Non c'è il prevaricatore*, infatti molte volte io continuo a dire anche ai miei musicisti che c'è un impedimento alla musica, ed è il direttore d'orchestra». Cfr. *La lezione di Riccardo Muti: «L'orchestra è come la società, tutti concorrono al bene, senza prevaricatori»*, in http://www.video.corriere.it/, 8 giugno 2024.

[138] «Come sempre, sarà il futuro a dirci se anche noi faremo – e in ipotesi quando – passi avanti verso l'accoglimento del cosiddetto matrimonio "egalitario", (definizione omnicomprensiva che sottolinea l'avvenuto superamento in esso di discriminazioni di genere, ove l'estensione sia stata già accolta), o se si confermerà l'approccio che la giurisprudenza costituzionale (…) si era preoccupata di sottolineare, differenziando le fattispecie tra il matrimonio necessariamente eterosessuale, riconducibile all'art. 29 della Carta fondamentale (in cui però questa precondizione non è letteralmente imposta dal tenore del testo, a meno che non si voglia incasellare tale riferimento nella – in realtà ambigua – espressione "società naturale") e altri tipi di unione nucleare umana, da iscrivere nell'art. 2 come "specifiche formazioni sociali"». S. Prisco, *Le unioni omosessuali*, cit., 589.

[139] «Sono insomma oggi in questione identità di genere, stili di vita, scelte individuali e comunitarie che oltretutto una volta sarebbero rimaste intime, ma i nostri sono i tempi di internet, dei social networks e di twitter». S. Prisco, *Una nuova problematica frontiera dell'uguaglianza*, cit., 55. *Contra* D'Agostino, secondo cui l'omosessualità, a cui bisogna riconoscere un'innegabile portata esistenziale, non possiede alcun rilievo giuridico, poiché la sua «logica comunicativa» è «strettamente *privata* e di conseguenza insindacabile e non istituzionalizzabile». F. D'Agostino, *Sessualità*, cit., 117.

[140] Il tema sembra aver prodotto un «piatto» dalla «digestione quantomeno laboriosa». S. Prisco, *Le unioni omosessuali*, cit., 586. «E poiché il bene umano è la conformità delle azioni con la ragione, e la prudenza è la razionalità dell'agire, l'atteggiamento proprio di chi vuol riflettere in maniera critica dovrebbe essere la *prudenza*». G. Gambino, *Le unioni omosessuali*, cit., XII.

[141] Ovidio, *Heroides*, XVIII, 177-178 (Leandro a Ero).

Alessandra Valastro[*]

LA DIGNITÀ SOCIALE NEI TEMPI «FOSCHI» DI UNA DEMOCRAZIA AMPUTATA

SOMMARIO: 1. Ancora sulla dignità quale crocevia del costituzionalismo del secondo dopoguerra. – 2. Tornare alle parole, anzi agli aggettivi: non dignità *tout court* ma dignità sociale. – 3. La tela di ragno delle politiche tecnocratiche e neoliberiste: la dignità sociale stretta fra la retorica sacrificale della crisi e l'enfasi fraudolenta della competitività. – 4. La pericolosa retrocessione della dignità sociale verso la tematica dell'identità personale, tra derive individualiste e tensioni emancipanti. – 5. Un esempio: le questioni dell'identità sessuale e di genere in rapporto alla dignità. – 6. Dignità sociale, resistenza, riforme: nelle esperienze di democrazia locale la riappropriazione del progetto politico-costituzionale di emancipazione sociale.

1. *Ancora sulla dignità quale crocevia del costituzionalismo del secondo dopoguerra*

Nella vita delle parole si celano molte storie e molte chiavi di lettura delle vicende umane; e ciò, tanto più, quando a venire in gioco siano le parole – ovvero i grandi concetti – del costituzionalismo. Non v'è dubbio, infatti, che nell'evoluzione altalenante e problematica del modello di democrazia sociale ed emancipante inscritto nella Costituzione italiana del '48 molta parte abbiano avuto e continuino ad avere gli usi e gli abusi di alcune parole fondanti, che si traducono concretamente nei tradimenti, svuotamenti o veri e propri rovesciamenti dei significati – e dunque dei valori – che esse veicolano.

"Dignità" è fra queste parole, ed ancor più lo è la sua accezione aggettivata in "sociale": un destino complesso, che riflette tutta l'incandescenza del periodo storico che l'ha generata e trasfusa nel testo costituzionale, e insieme la strutturale ambiguità di un concetto che vuol essere punto di partenza ma anche di arrivo, valore pre-politico ed etico immanente alla persona ma anche conquista politica mai definitiva.

Di questa natura articolata e sfuggente danno testimonianza le tante definizioni che ne sono state date nel tempo. Fra queste, assai calzante è quella accolta da Salvatore Prisco in un suo scritto del 2019. Qui egli riconduce la dignità fra i casi di *enantiosemia*, ovvero «la condizione semantica di un vocabolo che nel suo svolgimento storico ha assunto un significato opposto a quello originario: per secoli, nel corso del suo sviluppo storico, essa ha rappresentato,

[*] Associata di diritto costituzionale e pubblico, Università degli studi di Perugia.

nell'idea di gerarchia e di rango (i dignitari di corte), una funzione escludente. E ha assunto un significato opposto a quello originario solo con le rivoluzioni moderne e l'illuminismo, quando le prerogative morali, di eccellenza, attribuite ai pochi sono divenute patrimonio dei molti e poi dei "tutti" nelle democrazie moderne»[1].

Il tratto saliente di questa evoluzione starebbe, secondo Prisco, nel passaggio della dignità da «principio eminentemente politico e che socialmente implicava doveri, era *distintivo* e identitario (…) a valore *inclusivo*, che implica o potenzia diritti, pre-politico ed etico»: espressione, insomma, «di un *pluri-verso* etico, non più di un *uni-verso* assiologico»[2].

L'impressione, che porta chi scrive a tornare ancora su un argomento costituzionale tanto indagato quanto perennemente incompiuto, è che quel rovesciamento di significato si sia riprodotto di nuovo negli ultimi decenni di vigenza della Carta, per riportare beffardamente indietro la dignità ad alcuni dei suoi caratteri originari, imbrigliandone e confondendone ulteriormente significato, uso politico, effettività.

La prospettiva di sguardo è duplice.

Da un punto di vista per così dire *funzionale*, la dignità sociale è paragonabile a un *crocevia*: uno snodo che collega le molte diramazioni dell'intelaiatura costituzionale, o se si vuole la nervatura di un corpo vivente quale vuol essere l'insieme delle norme contenute nella Prima parte della Costituzione, volte a garantire le libertà e il pieno sviluppo della persona nelle sfaccettate manifestazioni della sua esistenza concreta.

Da un punto di vista più prettamente *valoriale*, invece, la dignità sociale è un vero e proprio «*progetto politico*»: una definizione utilizzata da Lorenza Carlassare con riferimento al principio di solidarietà, ma che pare impossibile non estendere alla dignità se è vero che «solidarietà va insieme a dignità della persona»[3]. Come ben scolpito nelle parole di Basso e La Pira, infatti, il duplice fine del riconoscimento dei diritti inviolabili è «assicurare l'autonomia e la dignità della persona» e «promuovere ad un tempo la necessaria solidarietà sociale»[4].

Questa traslazione, che recupera ed estende la politicità del progetto costituzionale di emancipazione collettiva oltre i confini delle dimensioni «politica, economica e sociale» esplicitamente attribuite alla solidarietà e alla partecipa-

[1] S. Prisco, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico*, in *BioLaw Journal* - Rivista di BioDiritto, Special Issue 2/2019, 61 ss.

[2] Ivi, 66, richiamando U. Pomarici, *Il prisma umano della dignità nell'era delle tecnoscienze. Spunti per una discussione*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, IV, 2015, 141.

[3] L. Carlassare, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2016, 52.

[4] A.C., *Prima Commissione*, Sedute del 9, 10, 11 settembre 1946.

zione, vuole abbattere ogni ipocrisia circa la artificiosa separazione fra diritto costituzionale e politica, dal momento che la dignità sociale è il presupposto e insieme il fine più alto dell'agire politico, che in tanto si giustifica in quanto riconosca nel pieno «sviluppo di ogni singola persona umana» il «fine ultimo dell'organizzazione sociale»[5].

Come afferma Dogliani ricordando la lungimiranza delle riflessioni di Elia sul «cosiddetto diritto costituzionale politico», espressione negletta alla prevalente cultura giuridica tradizionale, cos'è in fondo la «Costituzione emancipante»[6] se non un progetto politico? «Che cos'è questa emancipazione», in cui pure tutti concordano di ravvisare il tratto qualificante della Costituzione del '48, «se non un fine politico che era effettivamente presente nelle forze politiche costituenti e che (avrebbe dovuto essere) incorporato nello Stato avendone ispirata l'intera costituzione scritta?»[7].

La dignità sociale della persona è evidentemente il cuore pulsante del progetto politico di emancipazione dei singoli e della società: insieme presupposto e obiettivo, criterio di espansione ma anche di limitazione dell'esercizio dei diritti, fondamento dei doveri, confine invalicabile dell'esercizio del potere, cartina di tornasole della ragionevolezza sostanziale delle politiche pubbliche e dunque – in ultima analisi – dello stato di salute della democrazia.

È vero quanto osserva Salvatore Prisco allorché tenta di sintetizzare il filo rosso dell'ampio dibattito sulla dignità: «anche chi ritiene la dignità umana, in linea di massima, una dotazione di ogni essere vivente (…), mette in luce che questo dato di partenza non rimane comunque sempre uguale a se stesso, ossia che – posto il principio – la concreta e piena dignità delle persone è tuttavia un traguardo che consegue all'attivazione di una dinamica emancipatoria, il risultato di un processo di incremento progressivo e di riconoscimento reciproco»[8]. E ciò può dirsi ancor di più, e a maggior ragione, per la dignità sociale.

In linea di principio nessuno sembra oggi dubitare di questo assunto. Tuttavia, assai più in ombra è rimasto l'aspetto che da quell'assunto consegue, e cioè il fatto che la costituzionalizzazione della dignità «valorizza i nessi tra

[5] Corte costituzionale, sentenza n. 167 del 1999.

[6] L'espressione utilizzata da Dogliani è qui riferita, in particolare, al noto scritto di A. Di Giovine, M. Dogliani, *Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?*, in *Questione giustizia*, n. 2/1993, 321ss.

[7] M. Dogliani, *Che cosa è il diritto costituzionale politico?*, in A. Algostino, F. Longo, A. Mastromarino, D. Pamelin (a cura di), *Per un costituzionalismo esigente. Scritti in onore di Alfonso Di Giovine*, Milano, 2020, 24.

[8] S. Prisco, *op. cit.*, 67.

diritto e "moralità politica"»[9]. Un nesso la cui genesi più immediata va rintracciata nelle radici profonde del costituzionalismo del dopoguerra, nell'orrore su cui esso si è edificato; ma che in realtà rappresenta un bisogno e un'aspirazione intrinsecamente connessi alla società umana, come afferma Aristotele nel celebre passo de *La Politica*, in cui si dice che «… la città (non) si costruisce semplicemente perché i suoi membri possano vivere, ma perché possano vivere bene… fine della città è … la buona vita… una vita perfetta e indipendente … una vita vissuta in modo bello e felice… Alla virtù e malvagità politica stanno attenti coloro che si curano del buon governo, perché è evidente che della virtù politica si deve preoccupare una città degna di questo nome e che non sia tale solo a parole»[10].

Il costituzionalismo del '900 ha indubbiamente tentato di sedimentare principi etici che consentissero di spingere le costituzioni oltre la funzione di mero trattato. Come sottolinea Dogliani a partire dal grande affresco ricostruttivo di Heller sulla Costituzione di Weimar e le sue «promesse non mantenute», le costituzioni italiana e tedesca del secondo dopoguerra hanno inteso positivizzare «principi giuridici etici» da assumere come presupposti: principi «più ampi di quelli che le diverse parti politiche avevano sostenuto nel corso del processo costituente (…), principi riconosciuti da "tutti", e non solo dalla maggioranza politicamente dominante»[11].

Si trattava di «principi di giustizia» che dovevano sancire qualcosa di più e di diverso dalla pretesa dei singoli di esercitare pienamente i diritti di libertà, proiettandosi verso «aspirazioni collettive legate alla definizione di nuovi parametri di giustizia nelle relazioni umane»: ciò perché, dopo la rottura radicale rappresentata da Auschwitz, «un ancoraggio a qualcosa di obbiettivo, di più forte delle ragioni e delle volontà politiche che si sarebbero affermate nella successione del tempo, era avvertito come indispensabile. Per questo, il diritto doveva recuperare qualcosa di indiscutibile, che potesse essere posto come punto d'attacco iniziale, "naturale" e non controvertibile, di qualunque ordine sociale e politico, e dal quale non fosse per nessuno possibile distaccarsi». Questi «principi di giustizia» dovevano essere le fondamenta di un nuovo ordinamento nel quale possano abitare «la tranquillità dei singoli e la loro partecipazione

[9] Ivi, 71.

[10] I pregnanti passaggi di Aristotele sulla virtù politica sono richiamati da M. Dogliani, *Costituzione e virtù politica. Indignazione e sdegno*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3/2021, 3, per riportare l'attenzione sulla «questione morale» del nostro sistema, sui limiti di una «critica politica diffusa» che si riduce prevalentemente a «mera esortazione alla moralità personale, privata» anziché essere elevata a vera e propria «questione costituzionale».

[11] M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, 315.

leale e senza riserve mentali alla vita collettiva»[12]; e non è difficile riconoscere nella dignità, in quella dignità così drammaticamente denudata e violentata durante la seconda Guerra, il «punto d'attacco iniziale» di quei principi.

È questa, *doveva* essere questa, la portata rivoluzionaria della costituzionalizzazione della dignità sociale: consentire quel "mutamento di pelle" grazie al quale i valori possono «(finalmente) assumere un rilievo giuridicamente tangibile», e trasferire «parte del loro *contenuto teleologico* in un tessuto normativo che possiede invece una natura dichiaratamente *deontologica*»[13].

2. *Tornare alle parole, anzi agli aggettivi: non dignità* tout court *ma dignità sociale*

Rinunciando a riferirsi alla dignità "umana", come altre Costituzioni coeve (ad esempio quella tedesca), e riferendosi piuttosto alla dignità sociale, il Costituente intendeva compiere un passo più deciso ed esigente nella direzione di una società nuova, che non si limitasse a replicare il garantismo individualista di stampo liberale ma riconoscesse l'imprescindibile componente di socialità e relazionalità che trasforma l'individuo astratto in persona storicamente situata.

Questa scelta dà ragione a quanti ritengono che la dignità, se *nasce* con l'essere umano in quanto tale – a prescindere da qualsivoglia caratteristica e condizione –, tuttavia *vive* concretamente nella costitutiva relazionalità dei consociati[14].

Se nell'art. 1 la persona è parte indistinguibile del popolo sovrano, negli artt. 2, 3 e 4 essa emerge nelle sue molteplici sfaccettature e nei suoi molteplici status. Non solo, gli artt. 2, 3 e 4 ricalcano la stessa dinamica: la persona viene in gioco sia nella sua dimensione individuale che in quella relazionale e collettiva, e infine in quella pubblica e politica. E se il riferimento alla inviolabilità dei diritti mantiene il caposaldo della centralità e anteriorità della persona, tuttavia è evidente come il maggior sforzo innovativo sia stato rivolto alla dimensione sociale della stessa, del resto in linea con i nuovi lineamenti dello Stato sociale pluralistico.

In questo quadro torna l'importanza delle parole, e delle connesse indicazioni teleologiche (ma anche deontologiche, per richiamare le parole di Veronesi) connesse al loro utilizzo.

[12] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite,* Torino, 1992, 89.

[13] P. Veronesi, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quaderni costituzionali,* n. 2/2014, richiamato da Prisco, *op. cit.*, 71.

[14] Il richiamo, da parte di S. Prisco, *op. cit.*, 65, è in particolare al pensiero di Calogero, Hofman e Margalit.

L'aggettivo *sociale* è ciò che fa della dignità il crocevia di cui dicevo più sopra, poiché anziché lasciare sola la persona in un monadismo atomizzante la proietta all'esterno, e valorizza le connessioni con gli altri principi che – soli – possono assicurarne lo sviluppo: solidarietà, eguaglianza, lavoro, autonomia.

La bussola per seguire queste connessioni è proprio nell'uso del medesimo aggettivo: nell'art. 2 la solidarietà è aggettivata come *sociale* oltre che politica ed economica; nell'art. 3 «l'accento batte ben quattro volte sull'aggettivo *sociale*», a testimoniare la consapevolezza che i diritti civili e politici si rivelano illusori se non accompagnati da un sollievo economico e un progresso sociale, cioè dai diritti sociali[15]; nell'art. 4 l'aggettivo lascia il posto al sostantivo "società", quale soggetto dell'auspicato «progresso materiale e spirituale» realizzato attraverso l'esercizio e le garanzie del diritto-dovere al lavoro.

Se dunque la dignità è il principio di giustizia destinato a costituire il «punto d'attacco iniziale», l'aggettivo *sociale* è il ponte che lo mette in connessione con i principi fondamentali destinati a riempirlo di senso storico e politico, e dunque normativo.

Dignità sociale e solidarietà. Dignità sociale ed eguaglianza. In molti si è parlato di vere e proprie endiadi. Sulla seconda, in particolare, Salvatore Prisco parla di facce della stessa medaglia[16].

Coerente e conseguente è il collegamento con il lavoro, quale diritto-dovere che contribuisce a fondare (e concretamente misurare) la democraticità della Repubblica (artt. 1 e 4). Il riferimento alla dimensione *sociale* della dignità, rafforzato dal riferimento dell'art. 3, co. 2, ai lavoratori, salda la dignità al lavoro in quanto fonte primaria non soltanto della dignità umana in senso lato ma anche del riconoscimento che la persona ne ricava in virtù del proprio contributo alla crescita della società. Da qui il risvolto sociale della parità di trattamento e del divieto di discriminazione, in quanto presupposto di giustizia sociale.

In questo senso, il riferimento alla dignità sociale nel comma 1 dell'art. 3 unitamente al riferimento alle cause di non discriminazione connesse alle

[15] «Si capì – per riprendere la sintetica frase di un liberale inglese – che "un uomo che ha fame non è libero". Libertà di fatto, eguaglianza di fatto tra gli uomini: questo solo, in definitiva, poteva contare»: A. Galante Garrone, *La nostra Repubblica*, Torino, ediz. agg. 1991, 86.

[16] S. Prisco, *op. cit.*, 70. V. anche, fra coloro che si sono occupati più specificamente della dignità sociale: A. Apostoli, *La dignità sociale come orizzonte della eguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3/2019; M. Cavino, *Dignità e Costituzione: la centralità del lavoro per il pieno sviluppo della persona umana,* in G.P. Dolso (a cura di), *Dignità, eguaglianza e Costituzione*, Trieste, 2019, 11 ss.

«condizioni sociali», e il riferimento agli «ostacoli di ordine economico e sociale» di cui al comma 2, attribuiscono al discorso della Costituzione concretezza e pregnanza, poiché lo articolano in «postulazioni di indubbio significato»: da un lato come «divieto di ricadere nelle violente lacerazioni del principio di eguaglianza verificatesi nel passato», e dall'altro come «indicazione al legislatore dell'obbligo di introdurre riforme tali da realizzare il principio medesimo»[17].

Ne è conferma il rilievo che la dignità sociale assume nella parte sui «Rapporti economici»: in particolare l'art. 36, ove si afferma che la retribuzione del lavoro deve essere non soltanto «proporzionale alla quantità e qualità del lavoro», ma in ogni caso sufficiente ad assicurare al lavoratore e alla sua famiglia «un'esistenza libera e *dignitosa*»; ed anche l'art. 41, ove non solo la dignità *umana* limita l'esercizio della libertà di iniziativa economica privata, ma l'obbligo dei poteri pubblici di indirizzare e coordinare l'attività economica privata e pubblica «a fini *sociali*» discende evidentemente dalla dignità sociale quale imperativo categorico di tradurre concretamente le garanzie dei bisogni reali[18]. Non è un caso che si trovi qui, nella parte sulla tutela dei lavoratori, l'unico riferimento della Costituzione al concetto di *esistenza*: non vita ma esistenza, non *bios* ma *zoè*, non l'egalitarismo di una democrazia formale ma la giustizia sociale di una democrazia sostanziale.

Questa rete di connessioni riconduce infine la dignità sociale al suo punto di partenza e alla sua intrinseca proiezione: il «*pieno* sviluppo della persona», la cui collocazione nell'art. 3, comma 2, anziché nella prima parte dell'art. 2, ne arricchisce e orienta fortemente il senso. Se nell'art. 2 si garantisce la pluralità delle formazioni sociali nelle quali la persona «*svolge la sua personalità*», esprimendo se stessa in accordo con le proprie inclinazioni e arricchendo il proprio evolvere con l'apporto degli altri, l'art. 3 persegue l'obiettivo ancora più alto di uno *sviluppo pieno* della persona. In un caso è in gioco la *libertà di scegliere*; nell'altro caso è in gioco piuttosto la *libertà dal bisogno*.

L'aggettivo *pieno* con cui i Costituenti hanno voluto connotare il concetto di sviluppo della persona, poco dopo aver menzionato l'incomprimibilità della sua dignità sociale, appare dotato di grande forza: vi è qui tutta la portata diversificante del paradigma delle *capacità* rispetto a quello dei

[17] A. Galante Garrone, *op. cit.*, 84.

[18] Lo stesso può dirsi di altre disposizioni: v. in particolare l'art. 42, che nell'assicurare la «funzione *sociale*» e l'accessibilità della proprietà, sposta l'accento dalla sua assolutezza e inviolabilità ai suoi limiti, al suo dovere di tener conto delle esigenze sociali; e l'art. 46, che prevedendo il diritto dei lavoratori di collaborare alla gestione delle aziende «ai fini della elevazione economica e *sociale* del lavoro», intendeva rilanciare e strutturare le esperienze teorizzate e in parte realizzate – seppur per poco – sia nel primo che nel secondo dopoguerra.

diritti[19], come dimensione della persona non solo da rispettare ma anche da valorizzare, in quanto alimento di una società plurale e inclusiva, aperta al contributo concreto di ciò che ciascuno può essere, fare, pensare, progettare. L'aggettivo *pieno*, se messo in correlazione con la declinazione *sociale* della dignità, chiama in causa non soltanto lo sviluppo delle potenzialità già insite in ciascun individuo di per sé considerato, bensì anche lo sviluppo delle potenzialità e capacità ulteriori che la persona può acquisire in virtù della sua appartenenza sociale e di politiche pubbliche abilitanti.

Assai forte, in questo senso, è la concatenazione lessicale del *pieno* sviluppo della persona e della piena (*effettiva*) partecipazione: una concatenazione ravvisata da taluno come vera e propria finalizzazione dell'uno all'altra[20]. Fra i costituzionalisti non è gradito l'argomento della funzionalizzazione dei diritti, ma è difficile disconoscere il senso profondo del secondo comma dell'art. 3: diversamente, ben poco comprensibili sarebbero il fondamento della Repubblica nel lavoro e la posizione del diritto sociale alla partecipazione in capo ai lavoratori, quale dimensione (quella del lavoro) quanto mai fattuale e concreta e cartina di tornasole della dignità del vivere.

Se la dignità sociale della persona è (dovrebbe essere) «valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo»[21], se è l'architrave su cui poggia l'edificazione del modello di democrazia sociale voluto dai Costituenti, il principio lavoristico è a sua volta il ponte capace di tenere insieme dignità sociale e partecipazione, e dunque sovranità: se quel ponte crolla, dignità sociale e sovranità si inaridiscono fino a diventare monadi separate, crisalidi vuote.

In una democrazia emancipante e pluralistica la dignità sociale è il cuore pulsante della sovranità. E la sovranità è a sua volta condizione attinente la fattualità dell'esistenza prima ancora che status politico formale; è consapevolezza di sé e del proprio posto nel mondo, dalla quale soltanto può generarsi la sua possibilità di *presenza* e levarsi la voce necessaria a prendere parte alla vita politica, economica e sociale del paese.

[19] Nel senso in cui ne parla M.C. Nussbaum, della quale v. fra gli altri *Creare capacità. Liberarsi dalla dittatura del Pil*, Bologna, 2014.

[20] In questo senso, in particolare V. Atripaldi, *Contributo alla definizione del concetto di partecipazione nell'art. 3 Cost.,* in Aa.Vv*., Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, Napoli, 1974, 13 ss.; F. Fichera, *Spunti tematici intorno al nesso tra principi di eguaglianza e di partecipazione di cui all'art. 3, 2° comma, della Costituzione*, ivi, 38ss. Sia consentito rinviare anche ad A. Valastro, *Stato costituzionale, democrazia pluralista e partecipazione: quali diritti?*, in P. Caretti, M.C. Grisolia (a cura di), *Lo Stato costituzionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, Bologna, 2010, 457ss.

[21] Corte costituzionale, sentenza n. 293 del 2000.

3. *La tela di ragno delle politiche tecnocratiche e neoliberiste: la dignità sociale stretta fra la retorica sacrificale della crisi e l'enfasi fraudolenta della competitività*

Ma oggi? Che ne è di tutto questo? Perché si ha la sensazione di girare a vuoto allorché ci si addentra nuovamente in questo tema così centrale del costituzionalismo?

Nel suo saggio del 2019 Salvatore Prisco non usa mezzi termini: la dignità deve oggi «difendersi dalla sua radicale negazione, come una stella polare che contrasti le tendenze ad oscurarla che il nostro tempo ha conosciuto e conosce. Essa deve combattere la corsa alla reificazione dell'"umano", portata con sé tanto dai totalitarismi quanto dal dominio della tecnica». Non solo: «la dignità deve infine fronteggiare oggi l'attacco dell'economia capitalistica ormai trionfante, specie nella variante del suo sviluppo finanziario transnazionale, produttivo di non vinto e anzi rinnovato in forme diverse (nonostante le lotte storiche per la liberazione da esso) sfruttamento del lavoro umano, per la parte non ancora svolta sostitutivamente da macchine e comunque distruttiva di legami personali e comunitari, nella misura in cui diventa esso pure "merce", scarsa e precaria»[22].

Da un lato dunque vi è la tecnica: offrendo nuovi strumenti di esercizio delle libertà essa si presta anche, nel contempo, a consentire nuove e penetranti incursioni del diritto nei territori più privati dell'esistenza e della dignità umana.

Dall'altro vi è la finanziarizzazione dei diritti: assoggettando la collettività a nuovi pseudo-valori (mercato, competizione, efficienza, pareggio di bilancio, vincolo esterno, governabilità, ecc.), analogamente essa promette nuove dimensioni di realizzazione della persona e al contempo ne svuota i diritti più strettamente legati alle condizioni materiali di realizzazione dei bisogni e della connessa dignità sociale.

Se il primo aspetto pone questioni delicatissime in termini di dignità della persona, come testimonia un dibattito amplissimo che qui non è neppure pensabile richiamare, ancora più incisivo sulle vicende della dignità sociale è il secondo aspetto, peraltro niente affatto disgiunto dal primo.

Il modello di sviluppo neoliberista, con le forme di potere che lo declinano (ideologico, culturale, educativo, politico, finanziario, scientifico, tecnologico, digitale), ha di fatto generato nuovi ostacoli, inediti e più pervasivi, accanto a quegli «ostacoli di natura sociale ed economica» su cui avevano già messo in guardia i Padri costituenti. Ha affinato tecniche di governo delle

[22] S. Prisco, *op. cit.*, 65-66.

vite che sempre più ne uniformano e orientano le espressioni: ha abbondato in carte dei diritti, ha assecondato l'emersione di ennesime generazioni di diritti civili, ha protetto le fragilità del consumatore, ha blindato la privacy dei dati sensibili e non solo, ha aperto i territori del digitale e delle grandi multinazionali della Rete per consentire nuove e promettenti modalità di esercizio dei diritti fondamentali. Sullo sfondo, la silhouette di un nuovo imprenditore di sé stesso, del quale tutto viene messo a valore: capacità, relazioni, desideri, esperienze. Ne è derivata una sotterranea e strisciante torsione dei diritti civili, che da baluardo delle rivoluzioni contro l'arbitrio delle monarchie assolute vanno diventando strumenti di un tipo diverso di asservimento, ambiguamente proteso verso uniformità e omologazione anziché pluralismo e autonomia.

Così, accanto alle nuove generazioni dei diritti civili si affacciano nuove generazioni di ostacoli, assai più subdoli perché innervati nelle trame di condizioni di vita apparentemente catalogabili fra quelle di piena realizzazione della persona: avere un lavoro, uno stipendio, una casa, sanità, scuola, relazioni, famiglia, ecc.

Ma quanta violenza sotterranea può esservi in condizioni di lavoro disumanizzante o sottopagato, in spazi di vita e di relazione completamente alterati e svuotati (nonostante l'affollamento dei social), in paradigmi educativi efficientisti e omologanti? Si potrebbe continuare. Sono molti e sempre più invisibili i modi in cui si comprimono le possibilità concrete di pieno sviluppo della persona nel senso indicato dalle sue personali aspirazioni e capacità, di sviluppare appieno e liberamente personalità e senso critico, di contribuire a quel pluralismo di voci, di idee e di esperienze che fondano l'idea di una democrazia matura.

Accanto alle diseguaglianze tradizionali, che segnavano un solco fra chi può e chi non può, si affacciano le nuove diseguaglianze, quelle di chi patisce la lenta emorragia della propria dignità sociale in virtù di nuovi e diversi ostacoli, più subdoli perché più difficilmente riconoscibili, difficilmente lamentabili perché non lesivi dei fondamenti materiali della mera sopravvivenza. Forse.

L'anello più debole dell'intelaiatura costituzionale costruita in funzione della dignità sociale della persona è, evidentemente, il lavoro; ma il discorso si estende ai diritti sociali in genere.

Senza risalire troppo indietro nelle vicende di questo diritto-dovere, lastricato di involuzioni e di inattuazioni costituzionali (a cominciare da quella dell'art. 46), la storia del presente è nota: dalla precarizzazione alla flessibilizzazione, dalla frammentazione della contrattazione collettiva alla diminuzione delle tutele sociali, dalla questione degli orari di lavoro alla sterilizzazione degli strumenti di conflitto sociale. La solidarietà *politica* legata alle politiche del

lavoro è andata «in pezzi: si è rotta l'unità di interessi all'interno della classe lavoratrice»[23].

I paradigmi neoliberisti della meritocrazia e dell'efficienza, della competizione e dell'eccellenza hanno inferto colpi ulteriori. La solidarietà *economica* e *sociale* è soffocata dallo pseudo-principio (europeo) della condizionalità, che ne ha spostato l'asse dalla dimensione redistributiva inscritta negli artt. 2 e 3, comma 2, a una dimensione di fatto competitiva[24]. L'infiltrazione del paradigma produttivistico nel principio solidaristico, complice l'affermazione della c.d. contrattazione di prossimità, ha portato il sistema di sicurezza sociale verso forme di accesso condizionato basate di fatto sull'accettazione di qualunque condizione di lavoro. Una vera e propria contrattualizzazione della solidarietà, ostaggio della finanziarizzazione delle scelte politiche e dunque subordinata all'adempimento di obblighi specifici: una solidarietà ridotta a risorse che devono essere «meritate»[25].

Ma la dignità non può essere di chi la merita, pena un rovesciamento di significato destinato a riportare la dignità indietro di secoli, a una funzione distintiva e di fatto escludente, pericolosamente protesa verso una configurazione di umanità di serie A e umanità di serie B peraltro non nuova nella Storia.

Ciò che alla luce degli pseudo "neo-valori" costituzionali dovrebbe considerarsi conseguenza "naturale" della crisi economica e delle "necessarie" politiche di austerità, ma anche di politiche efficientistiche incentrate sui presunti benefici modernizzanti della competitività, i principi e valori portanti degli artt. 1-5 della Costituzione impongono invece di ascrivere al patologico ribaltamento del rapporto fra politica e mercato (o meglio, finanza), e dunque alla violazione di quegli stessi principi[26]. Tale ribaltamento non consente di parlare di una sostituzione di valori. Né la crisi economica può più oscurare ben altre e più profonde crisi che in quella economica hanno trovato la punta di emersione, e in taluni casi argomenti legittimanti come quelli dell'emergenza

[23] L. Carlassare, *op. cit.*, 58.

[24] S. Giubboni, *Solidarietà*, in *Pol. Dir.,* n. 4/2012, 525 ss.

[25] S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, 131 ss.

[26] V. fra gli altri G. Comazzetto, *Costituzione, economia, finanza. Appunti sul diritto costituzionale della crisi,* in *Rivista AIC,* n. 4/2019; G. Grasso, *Le parole della Costituzione e la crisi economico-finanziaria*, in *Osservatorio costituzionale AIC,* 4 febbraio 2016; M. Luciani, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, Conferenza tenuta a Padova il12 marzo 2010, nell'ambito del Ciclo di Lezioni e Conferenze su "*Costituzionalismo e democrazia*", Università degli Studi di Padova - Scuola di cultura costituzionale, www.unipd.it/scuolacostituzionale/documenti/2010/Relazione_prof_Luciani.pdf; L. Mengoni, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Jus*, n. 1/1998; G. Zagrebelsky, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'art. 1*, Torino, 2013.

e del vincolo di bilancio: la crisi della rappresentanza e dei partiti, della sovranità dello Stato, della qualità sostanziale delle politiche e degli strumenti di programmazione economica di lungo periodo.

La condizionalità non può spostare l'asse dell'inviolabilità dei diritti e dell'inderogabilità dei doveri di solidarietà, tramutandosi in inviolabilità e inderogabilità del vincolo di bilancio. E più a monte: le indicazioni europee concernenti la spesa pubblica non possono comprimere il valore "nazionale" della solidarietà politica, a tal punto da svuotarne le connesse e conseguenti possibilità concrete di solidarietà economica e sociale[27].

Ha ragione Luciani quando afferma che alla centralità antropologica, etica ed economica del lavoro non si affianca più la centralità politica; e che il movimento di liberazione delle forze del lavoro dallo sfruttamento e il movimento per la libertà della persona, pur essendosi accompagnati costantemente, non sono affatto la stessa cosa, né possono confondersi e sovrapporsi le loro conquiste[28].

Considerazioni analoghe valgono per l'autonomia locale, quale risvolto della democrazia sociale e pluralistica, che si vede oggi pesantemente mortificata proprio nella dimensione più strettamente inerente le possibilità di pieno sviluppo e partecipazione effettiva della persona. Si pensi alla portata di fatto riaccentrante della giurisprudenza costituzionale sulle materie trasversali e alla debolezza delle previsioni sul federalismo fiscale post riforma costituzionale 2001, alla genesi verticistica del PNRR a fronte della dichiarata centralità dei territori, alla recentissima legge Calderoli sul regionalismo differenziato.

L'invalicabilità del confine tracciato dalla dignità sociale, e dalla trama degli aggettivi contenuti nei primi 5 articoli della Carta, continuano a dirci che i diritti civili, sociali e politici non galleggiano in uno spazio neutro che la discrezionalità politica può riempire dei contenuti più vari, ma sono fortemente orientati finalisticamente dal *progetto politico* della dignità sociale, e dai connessi doveri di solidarietà *politica economica* e *sociale* (sia dei privati che delle istituzioni pubbliche, nella forma della rimozione degli ostacoli).

[27] Sul fatto che si tratti piuttosto di pensare diversamente (e in modo costituzionalmente corretto) l'allocazione delle risorse, v. in particolare L. Carlassare, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2013; Id., *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2015.

[28] M. Luciani, *op. cit.*, 3. In questo senso non pare affatto casuale che proprio il lavoro e il voto, entrambi diritti-doveri che chiamano in causa la rappresentanza (sindacale e politica) e che coniugano nella propria disciplina normativa profili di libertà e profili di eguaglianza, siano oggi compromessi nel loro senso più profondo.

4. *La pericolosa retrocessione della dignità sociale verso la tematica dell'identità personale, tra derive individualistiche e tensioni emancipanti*

Nella complessa vicenda che vede ogni giorno svuotate di senso le categorie giuridiche cui il Costituente aveva inteso affidare il progetto politico di realizzazione della dignità sociale dei cittadini, anzi «dei lavoratori», l'impressione è che essa venga sempre più spesso ridotta e sovrapposta al più circoscritto concetto di identità personale. Evidenziare questa traslazione, vale la pena di sottolinearlo per evitare sgradevoli fraintendimenti, non significa affatto sminuire l'importanza dei temi legati all'identità o creare false gerarchie tra concetti, quanto piuttosto sottolineare gli sviamenti cui il rapporto fra identità e dignità è oggi sottoposto: sviamenti spesso strumentali, perché funzionali alle nuove forme di asservimento dell'umano sottostanti la filosofia neoliberista e le connesse politiche tecno-finanziarie.

Non potendo ovviamente addentrarsi in un tema che porterebbe lontano, basti qui ricordare che anche la categoria dell'identità personale, come quella della dignità sociale, porta con sé la valorizzazione della dimensione relazionale; ma questa si atteggia in modo diverso nell'uno e nell'altro caso, così come in modo diverso si atteggia il «diritto ad essere sé stessi».

L'identità personale, ben lungi dal limitarsi ai soli segni distintivi, ha certamente a che fare con la «proiezione, nel campo sociale, dell'immagine della persona, come singolo e come partecipe delle formazioni sociali nelle quali opera e nelle quali si identifica»[29]: è il «diritto ad essere sé stesso»[30], il diritto al rispetto di una sorta di «*verità* personale»[31] che prende forma nella relazione con gli altri, fra identificazione e rappresentazione.

L'identità personale è dunque parte necessaria della dignità sociale, ma non la esaurisce. Se è vero che un'esistenza libera e dignitosa e il pieno sviluppo della persona non possono prescindere dalla salvaguardia dell'identità personale, è anche vero che la loro realizzazione si protende oltre.

Si potrebbe dire che, se l'identità personale ha a che fare con la *verità personale* ed emerge nella *dimensione relazionale* della persona, la dignità sociale ha a che fare piuttosto con una sorta di *verità collettiva* ed emerge nella *dimensione pubblica e politica* in cui è immersa la persona stessa: una verità che attiene

[29] Pret. Roma 12 novembre 1982. Sull'inquadramento del diritto all'identità personale fra i c.d. diritti della personalità v. per tutti A. De Cupis, *Il diritto all'identità personale*, Milano, 1949.

[30] Corte costituzionale, n. 13 del 1994, che intende tale diritto come «rispetto dell'immagine di partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l'individuo».

[31] Così A. Randazzo, *Diritto all'identità personale e valori costituzionali. Le linee di un modello, traendo spunto da Luigi Pirandello*, in *Diritti fondamentali*, fasc. 3/2021, 367.

al bisogno e al dovere di politiche coerenti col progetto etico-politico inscritto nella Carta costituzionale, ed in particolare negli artt. 3, 4 e 35ss. Le garanzie di effettività dell'identità personale si giocano essenzialmente sul piano dei diritti civili, quelle della dignità sociale principalmente sul piano dei diritti sociali (e in parte anche politici).

È qui, allorché ci si rivolge alle garanzie di effettività, che si ha l'impressione di sovrapposizioni strumentali fra le due dimensioni. La grande enfasi posta oggi su talune sfaccettature dell'identità, messe sotto pressione da nuovi fenomeni che incidono profondamente sulle dinamiche della convivenza e del riconoscimento (evoluzione della tecnica, intelligenza artificiale, libertà sessuale e di genere, migrazioni, ecc.), pur legittimata dalla indubbia delicatezza delle questioni connesse, imbraccia spesso gli argomenti legati alla dignità come approdo di battaglie rivolte ad affrancare la persona da condizioni omologanti o recinti limitanti che in nome della certezza del diritto ne ostacolano lo sviluppo pieno e libero. Ma nella sovrapposizione degli argomenti si rischia di ascrivere alla dignità sociale conquiste e riconoscimenti riguardanti piuttosto il tema dell'identità (culturale, digitale, sessuale, di genere, ecc.). Detto in altri termini: si rischia di "affossare" la dignità sociale nel recinto dei diritti civili senza passare dai diritti sociali, generando uno spostamento di attenzione che finisce per disinnescare la parte più innovativa del progetto politico di emancipazione sociale.

5. *Un esempio: le questioni dell'identità sessuale e di genere in rapporto alla dignità*

La legge italiana che nel 1984 consentì e disciplinò per la prima volta il cambiamento di sesso, e che fu salutata come atto giuridico di civiltà fra i più apprezzabili in Europa, imponeva l'intervento chirurgico di adeguamento degli organi genitali quale condizione per poter correggere l'identità anagrafica: al nome doveva corrispondere un corpo; femmina o maschio, sia nel corpo che all'anagrafe, in omaggio al principio di certezza del diritto. Ma la scure giuridica e il bisturi chirurgico, se potevano ricostruire la certezza giuridica, di certo non potevano eliminare i pezzi spuri di un'identità frastagliata, che con maggior probabilità avrebbero continuato a vagare nelle terre di mezzo in cui il diritto – purtroppo o per fortuna – non arriva. Solo di recente e dopo molti ricorsi, un'interpretazione finalmente più clemente ha fatto venir meno l'invadente e invasiva condizione dell'intervento chirurgico, liberando la persona dall'obbligo di far coincidere le fattezze del proprio corpo con quelle del proprio nome. L'identità sessuale si è riappropriata del proprio intero: non solo corpo e nome ma anche l'universo che sta in mezzo, in termini di scelte di modi di essere, fino alla libertà di non scegliere.

In questo esempio, la possibilità di chiedere la rettificazione di sesso (e del nome) ha a che fare con l'identità personale e col bisogno di *verità* che la connota, ma anche con la *dignità*, in quanto risparmia all'individuo la mortificazione di accanimenti meccanici invasivi che puntano a presunte certezze giuridiche ma nulla hanno a che fare con le certezze della persona circa ciò che è e ciò che non è. Indubbiamente una bella storia di interpretazione evolutiva umanizzante, che abbatte gli aspetti più feroci degli automatismi legislativi.

Ma si esaurisce davvero su questo piano la questione della libertà di scelta in ordine alla propria identità sessuale e di genere? È davvero soltanto una questione di identità e dignità *individuali*? Dove comincia il territorio nel quale l'identità e la dignità divengono interamente padrone di sé, tramutandosi in dignità sociale? Ma anche con riferimento all'identità e alla dignità personali: le garanzie di libera scelta circa il rapporto fra corpo e declinabilità del nome e del genere sono sufficienti per realizzare il «diritto ad essere sé stessi» di cui parla la giurisprudenza costituzionale? Se si guarda alla molta insofferenza e alle molte categorie che si sono aggiunte nel frattempo e che oggi cercano maggior spazio (terzo genere, intersessualismo, gender X, queer, non-binary, transgender, gender fluid, ecc.), la risposta sembra chiara: no.

Essere se stessi non è questione solo individuale ma chiama in causa anche altro: una dimensione sociale in cui i poteri pubblici sono chiamati in causa in termini emancipanti oltre che meramente garantisti. Le condizioni materiali del vivere (e del sopravvivere) quotidiano; le marginalizzazioni e i soffocamenti che possono essere altrettanto feroci delle discriminazioni identitarie, politiche, culturali, sessuali, ecc.; ciò che di fatto e troppo spesso si è costretti a fare o ad essere, ciò che viene impedito o sottratto rispetto ai beni e interessi fondamentali che segnano la qualità di una vita dignitosa: tutto questo chiama in causa il rispetto della dignità sociale, ma ancor prima la costruzione delle sue possibilità concrete.

L'impressione è che sia in atto, nel prevalente discorso pubblico e politico, una confusione di piani nella quale ogni dimensione della persona ha da perdere. Da un lato, sempre più spesso si disertano – svuotandoli – i terreni della dignità sociale imbracciando temi che indubbiamente scuotono l'opinione pubblica ma che nel contempo rischiano di alimentare posture individualiste e atomizzanti rispetto alle questioni che nel frattempo erodono le condizioni di vita (impoverimento della popolazione, precarizzazione del lavoro, indebitamento dello Stato, tagli alla scuola e alla sanità, spese in armamenti, disaffezione al voto, compressione dei diritti politici); dall'altro lato, anche le questioni giuridiche dell'identità finiscono per inaridirsi nella solitudine e ambiguità dei diritti civili.

L'inquadramento del tema dell'identità nella grande narrazione (e retorica) dei diritti civili è infatti indice di un garantismo al ribasso se disgiunto dalle situazioni concrete che ostacolano «di fatto» il soddisfacimento dei bisogni reali, che impediscono la piena espressione e realizzazione di ciò che la persona è e che ha diritto ad essere. L'identità personale, su cui tanto generosamente si spendono oggi nuove promesse e nuove carte dei diritti, non può essere disgiunta dalla dignità sociale.

Senza la seconda la prima langue. Perché nella dignità sociale è il cuore pulsante dell'identità, che la rende viva e non solo facciata, non solo il volto statico immortalato dalle tecnologie della certezza del diritto.

È più sotto, giù nel sottofondo dei diritti sociali e del bisogno di dignità intera, che il discorso pubblico sull'identità soffre. È nelle nervature della vita quotidiana e delle sue espressioni minute che scalpita un diritto sociale a poter scrivere la propria storia pubblica, quella che scaturisce dalle condizioni materiali di pieno sviluppo della propria persona nella sua dimensione collettiva e politica. Anche la questione dell'identità chiede con prepotenza di essere portata altrove, laddove il garantismo formale dei diritti civili può ben poco: chiede di essere portata fuori dai recinti individuali, sul palcoscenico del vivere sociale ove protagonista diviene la dignità sociale, dove a condizionare ogni altra libertà (compresa quella di sentirsi femmina, maschio o altro genere) vi è la quotidiana possibilità di mettere in scena i capitoli di un'autobiografia politica scritta a mani proprie e non altrui.

Forse, in fondo, ha a che fare con questo la crescente battaglia che oggi viene condotta per la conquista di spazi di identità sessuale e di genere non catalogabile. Rifiutando lo schema binario maschio-femmina si rifiuta uno dei dogmi della certezza del diritto e delle sue istituzioni più risalenti, affermando una libertà che attraverso il varco del genere possa scardinare altri gravami e conquistare altre aperture.

Forse nel grido contro la binarietà sessuale vi è il grumo di rivoluzioni che si vorrebbero portare ben oltre la propria sfera intima, contro la binarietà feroce che di fatto chiede di essere omologati e funzionali oppure di non essere: rivoluzioni contro nemici invisibili che non si palesano più in violazioni plateali di quel corpo ormai così attentamente protetto dai molti diritti formali, ma che silenziosamente ne comprimono l'autenticità, erodendone la dignità sociale. Nemici capaci di insinuarsi dentro le pieghe più minute della vita quotidiana, influenzando e modificando innaturalmente modi di essere, di relazionarsi, di comunicare, di lavorare, di studiare, di pensare.

6. *Dignità sociale, resistenza, riforme: nelle esperienze di democrazia locale la riappropriazione del progetto politico-costituzionale di emancipazione sociale*

Quella condizione di enantiosemia che Salvatore Prisco richiama a proposito della dignità sembra confermarsi come un processo di rovesciamenti continui, in cui soprattutto la categoria della dignità sociale ha visto modificare più volte nel tempo il proprio significato, purtroppo anche nella direzione di pericolose involuzioni.

Quella della dignità sociale è del resto una pagina del diritto mai scritta in via definitiva. L'impegno di rimozione degli ostacoli di natura economica e sociale al pieno sviluppo della persona, che i Costituenti volutamente lasciarono aperto e non inquadrato entro istituti e forme tassativi, voleva essere proprio il riconoscimento della missione di un assetto politico-istituzionale in perenne adeguamento alle condizioni storiche delle diseguaglianze di fatto.

Calamandrei, con il realismo e la lungimiranza che gli erano propri, aveva avvisato ben presto che, al di fuori del quadro emancipante dei diritti sociali, i diritti civili e politici sono destinati a vedere diminuita la propria effettività. E aveva già intuito, all'indomani della vittoria della Resistenza sul fascismo, che la vera resistenza cominciava allora e sarebbe stata la più difficile: quella per la realizzazione dell'eguaglianza e della emancipazione sociale.

La nuova e lunga resistenza che Calamandrei prefigurava, negli anni del disincanto post-Costituente, e che oggi arranca col fiato più corto di fronte alle politiche neoliberiste, è anche la resistenza delle singole vite, è la sfida della sovranità «dei giorni feriali», per usare un'efficace espressione di Pizzolato. Qui la resistenza, consapevole o inconscia, gridata o silenziosa, pone ogni giorno la stessa domanda: quanto a lungo la dignità formale della persona può essere disgiunta dalla dignità sociale e materiale della sua esistenza?

Eppure, di questa forma di resistenza si vedono oggi segnali molto chiari[32].

Ciò cui si assiste in questi anni è infatti una democrazia che procede con passo claudicante e in direzioni diverse: amputata e svuotata nei suoi valori fondanti da politiche nazionali "costrette" a servire gli pseudo-valori dettati dai "vincoli esterni", essa recupera spazi di resistenza nei territori e nelle comunità. Se riguardato più da vicino, quel popolo che si contrappone al potere come massa indistinta e fragile perché privata degli strumenti di interlocuzione tradizionali (in primis i partiti), per altro verso si rivela come moltitudine di

[32] V. in proposito A. Algostino, *Persona, conflitto e limite: tre parole per una lettura costituzionalmente orientata dell'obiezione di coscienza e della disobbedienza civile*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2022, 198 ss.; F. Pizzolato, *Diritto di resistenza, oggi? Partecipazione popolare e veste istituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2021, 136 ss.

persone che in modo capillare stanno assumendo un ruolo propulsivo sul piano della attuazione concreta dei principi democratici della Costituzione.

Nei primi articoli e nella sua parte economica, la Costituzione parla di comunità di lavoratori e di utenti, di partecipazione dei lavoratori alla gestione delle aziende, di lavoro come forma di emancipazione individuale e sociale, di partecipazione "effettiva" dei lavoratori alla "organizzazione" non solo politica ma anche sociale ed economica del paese. Ebbene, comunità di utenti, imprese energetiche, imprese di comunità per la produzione e distribuzione di beni e servizi di interesse generale, sacrificate dalla progressiva apertura al mercato in favore delle grandi imprese capitalistiche, si stanno nuovamente diffondendo, attuando concretamente i principi della cooperazione economica.

I movimenti di protesta che si oppongono agli effetti più nefasti delle politiche economiche o del territorio fondano le ragioni dei propri "no" sul senso più autentico e incontestabile di quei principi. I conflitti di prossimità sulle grandi opere (alta velocità, impianti inquinanti, ecc.) reclamano innanzitutto l'interlocuzione con le comunità e i territori coinvolti, come richiesto da un tardivo e timido Codice degli appalti che solo nel 2016 ha introdotto in Italia il dibattito pubblico ma che è di fatto inapplicato. La protesta dei lavoratori della Gkn reclama il diritto sancito costituzionalmente di acquisire la gestione di un'azienda la cui delocalizzazione provoca un danno occupazionale immane.

I patti di collaborazione per la cura dei beni comuni, introdotti da centinaia di Comuni con i regolamenti sull'amministrazione condivisa in attuazione diretta del principio di sussidiarietà orizzontale, stanno diventando vero e proprio strumento politico di costruzione di stato sociale dal basso. O meglio, di un pubblico sociale non statuale, in quanto fondato sulla necessaria collaborazione delle persone e delle comunità con le amministrazioni locali, sempre più spesso lasciate sole in trincea con gli abitanti a fronteggiare le vecchie e nuove fragilità. L'evoluzione dei patti dal 2014 (anno dell'approvazione del primo regolamento a Bologna) ad oggi parla chiaro: dalla cura degli spazi verdi e dalla riqualificazione di immobili, si è rapidamente alzato il tiro verso l'inclusione sociale, il recupero e il riutilizzo di beni confiscati alla mafia, l'inserimento lavorativo, la lotta al caporalato, la lotta al disagio giovanile e al degrado delle periferie, l'assistenza sociale, l'educazione. Non solo, sfatando i sospetti di un buonismo paternalista legato a certe retoriche falsamente solidariste, i patti vanno mostrando le proprie potenzialità anche in termini di strumento di governo del conflitto sociale, offrendo un'intelaiatura di strumenti e percorsi in cui amministrazioni lo-

cali e gruppi informali possono cercare di incamminarsi per leggere (e non negare) le ragioni del dissenso[33].

Ben lungi dalla retorica "piccolo è bello", e da quella che riconduce la cura dei beni comuni essenzialmente al "decoro" urbano, attraverso i patti intere comunità si stanno riappropriando della missione di un pubblico non statuale che rivitalizza a sua volta il principio di autonomia locale, quale dimensione di esercizio delle libertà anziché mera formula di articolazione territoriale del potere. Attraverso una serie di istituti ed esperienze nuovi si va ricostruendo una dimensione territoriale in cui le istituzioni pubbliche si fanno ponte per rinsaldare legami e riconnettere principio unitario e principio autonomistico, secondo il senso originario dell'art. 5 Cost.

Anche tutto questo è "politica costituzionale". Anzi, è vera e propria attuazione costituzionale del progetto politico di giustizia sociale e di rinnovamento della società, che tuttavia non passa – se non in scarsa misura – per la politica nazionale[34]. La cura del bene comune, che sta assurgendo a vero e proprio paradigma politico fondato sui primi 5 articoli della Costituzione, è di fatto il passe-partout di micro-riforme a livello locale orientate verso il miglioramento continuo delle condizioni della società voluto dai Costituenti (la «eccedenza dinamica» della Carta costituzionale di cui parlava Rodotà).

Si tratta di riforme che vanno prendendo forma necessariamente a macchia di leopardo sul territorio italiano, ma che tuttavia muovono con decisione in una direzione unitaria e convergente, ossia quella della costruzione egualitaria delle condizioni concrete della dignità sociale (solidarietà, eguaglianza, partecipazione, lavoro). Esse trovano alimento dal basso, ricongiungendo le comunità, i territori e le relative istituzioni; producono scampoli di giuridicità che si fanno strada oltre le previsioni originarie, consolidandosi quali pezzi di un vero e proprio nuovo "diritto dei territori"[35]; non raggiungono i clamori

[33] V. ad esempio A. Algostino, *Modelli di democrazia nel "Laboratorio Torino": il caso "Askatasuna bene comune" e le sue insidie*, in *Il Ponte*, n. 2/2024, 32 ss.

[34] Interessanti le riflessioni di A. Algostino, *Settant'anni di "uso" della Costituzione: da patto sociale a progetto alternativo? Brevi note per un contributo al seminario di costituzionalismo.it*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2018, 123 ss., secondo la quale i principi che caratterizzano la Costituzione la rendono «compagna» naturale delle forme di partecipazione e di azione politica che si realizzano al di fuori della rappresentanza: assumendola «come base e orizzonte della propria azione politica», gruppi di cittadini auto-organizzati «si fanno portavoce della Costituzione in opposizione a scelte politiche dei governanti», e in tal modo «agiscono da antidoto alla sterilizzazione del pluralismo e del dissenso che della democrazia costituiscono l'essenza» (130-131).

[35] Oggi si parla prevalentemente di "diritto della città", ma è espressione forse riduttiva se si pensa a processi normativi più ampi, come ad esempio quelli relativi alle leggi regionali sulla partecipazione e alle più recenti leggi regionali sull'amministrazione condivisa, approvate dopo l'esperienza decennale dei regolamenti comunali.

delle riforme costituzionali, ma modificano radicalmente alcuni assi fondanti del sistema normativo tradizionale, come quello dell'agire esclusivamente unilaterale e verticistico delle amministrazioni.

In una prospettiva che va ben al di là della ambigua dimensione della resilienza, privata dal lessico politico delle sue implicazioni resistenziali e ridotta surrettiziamente a capacità di adattamento[36], queste politiche intendono palesemente contrastare gli effetti dividenti e progressivamente impoverenti delle politiche dominanti: politiche nazionali drogate dall'alleanza con (ma anche dalla sottomissione a) i poteri sovranazionali e finanziari, che mantengono lo sguardo piantato altrove anziché sul proprio territorio salvo quando si tratti di introdurre riforme destinate a smembrarlo ulteriormente (come oggi la legge sul regionalismo differenziato, ma già in passato vari aspetti della riforma del Titolo V).

Queste politiche guardano più al *come* si decide piuttosto che al *chi* decide, in virtù di quei principi di solidarietà *politica* e di cooperazione che mal si conciliano col mito vorace della governabilità e le sue derive decisionistiche, autoritarie e accentratrici[37].

Ciò che pare significativo, nell'economia di queste riflessioni, è che le politiche territoriali che vanno ricostruendosi attorno ai principi di solidarietà, uguaglianza sostanziale, partecipazione e cooperazione sembrano potersi leggere come espressioni di una vera e propria «dimensione istituente»[38], che trova nella dignità sociale il suo motore.

Sebbene infatti questi fenomeni territoriali siano, appunto, localizzati in singole parti del territorio, la loro capillarità e diffusione crescente, dal Sud al Nord, e soprattutto la loro omogeneità sul piano dei valori del costituzionali-

[36] V. in proposito le acute osservazioni di N. Pettinari, *La positivizzazione normativa della "retorica della resilienza". Riflessioni sulla crisi dei fondamenti pluralisti e sociali nel costituzionalismo italiano del tempo presente*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2/2022.

[37] G. Ferrara, *La crisi del neoliberismo e della governabilità*, in *Costituzionalismo.it,* n. 1/2013; E. Olivito, *Le inesauste ragioni e gli stridenti paradossi della governabilità*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3/2015, 38 ss. Le molte forme di costruzione collaborativa delle scelte e dei servizi rilanciano un'idea di federalismo cooperativo che in Italia aveva conosciuto tradizioni di pensiero importanti (Cattaneo, Trentin) ma che ben poco hanno invece generato in termini politico-istituzionali, di là dagli slogan che periodicamente riaffiorano (a cominciare da quelli concernenti la c.d. "riforma in senso federalista" del Titolo V della Costituzione approvata nel 2001). Il patto di collaborazione può esserne assunto a simbolo, per il carico di significati che porta con sé già a livello lessicale. Perché patto è sinonimo di alleanza; e, di là da ogni retorica, è innanzitutto di alleanza che si nutre ogni forma di resistenza. Quella in atto nei territori è più spesso assimilabile alla resistenza che alla (più abusata) resilienza. Una resistenza che non imbraccia le armi ma che si oppone o elabora strategie di solidarietà plurale effettiva.

[38] L'espressione è di F. Pizzolato, *La dimensione istituente delle libertà* collettive*: promozione costituzionale e risposta istituzionale*, in *Vita e pensiero*, 24.2.2024.

smo sociale, dice qualcosa che non può essere ignorato: non solo i principi fondanti della Costituzione continuano a vivere e a resistere nelle coscienze collettive di buona parte delle comunità territoriali e nelle esperienze concrete di modelli di governo alternativi a quelli dominanti; ma il filo rosso che accomuna le tante esperienze e i molti nuovi scampoli di diritto è proprio l'aspirazione insopprimibile all'innalzamento delle soglie della dignità sociale.

Viviamo indubbiamente tempi «foschi»[39] per la democrazia; e «il concetto di costituzione formale si è, in certo modo, frantumato», non soltanto in ragione delle sue inattuazioni ma anche e soprattutto a causa di un processo strisciante di apertura delle sue maglie a interpretazioni e pseudo-valori scarsamente compatibili e distorcenti, che hanno ridotto la Costituzione a «una nozione esistenziale e descrittiva …, risultante da un insieme di regolarità indifferenti alla costituzione/atto»[40].

Ma se è vero che il concetto mortatiano di costituzione materiale è ancora oggi particolarmente illuminante, perché «rappresenta la cartina di tornasole in senso critico del tempo presente, di cui aiuta a cogliere le trasformazioni reali al di là dei formalismi …, di cui registra i conflitti, le aporie ma anche la capacità di innovazione emancipativa»[41], ebbene viene da chiedersi quale sia oggi il volto reale della costituzionale materiale; o se non si debba addirittura ammettere l'esistenza di due costituzioni materiali profondamente divergenti, che fluttuano e si fronteggiano attorno ai piedi stanchi della Costituzione formale.

Se lo Stato attinge dalla società «i motivi politici del suo agire e le forze che garantiscono la fedeltà ad essi»[42], a quale concetto di "massa" fare riferimento? Alla ristretta elìte politica governata da poteri extrastuali e al suo elettorato sparuto? O alla moltitudine di persone, soggetti collettivi e istituzioni politiche che oppongono un diverso progetto (anche normativo) volto ad attuare i principi democratici e a risalire dal basso per recuperare il plus valore politico dello Stato?

La costituzione materiale non è prassi ma porta in sé l'indole sociale della fattualità: essa «dà voce tanto a un quadro fattuale che ha una sua forza vincolante, quanto alla progettualità sociale e culturale insita nelle forze di massa portatrici della costituzione stessa, che in essa vedono inevitabilmente tanto

[39] Parla di «contesto fosco» A. Di Giovine, *Verso un costituzionalismo della diseguaglianza?*, in *Marxismo Oggi*, 1/1996, 21 ss.

[40] M. Dogliani, *La costituzione italiana del 1947 nella sua fase contemporanea*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2003, 1.

[41] G. Preterossi, *Il plusvalore politico della costituzione materiale*, in *Filosofia politica*, n. 1/2023, 10-11.

[42] C. Mortati, *Costituzione*, in *Enc. Dir.,* vol. XI, Milano, 1962,136.

una cornice di garanzia, quanto una promessa di liberazione e avanzamento sociale»[43].

Com'è allora possibile, di fronte all'evidente sdoppiamento della costituzione materiale italiana, ostinarsi a negare la rilevanza politico-costituzionale della sempre più lunga e spessa "social catena" di cui parla Leopardi nella *Ginestra* e che Salvatore Prisco ricorda a chiusura delle proprie riflessioni sulla dignità?

Se la costituzione materiale è il motore politico e sociale della costituzione, non c'è "vincolo esterno" che possa impedire di vedere in quale terreno e in quale direzione si muove oggi quel motore: terreno e direzione che non sono affatto quelli che vorrebbe il racconto di poteri egemoni ma solitari e privi di cittadinanza nazionale, bensì quelli di una parte preponderante delle "masse" del paese e dei suoi assetti sociali pubblici e politici, della sua capacità "istituente", della sua progettualità sociale e culturale di emancipazione sociale e di vita dignitosa.

[43] G. Preterossi, *op. cit.*, 4.

Patrick Valdrini[*]

LE DIMENSIONI POLITICHE E FILOSOFICHE DELLA LAICITÀ FRANCESE. UNA RELAZIONE NECESSARIA E DIFFICILE

SOMMARIO: 1. Due dimensioni essenziali e inscindibili della laicità francese. – 2. La paura del comunitarismo e il rifiuto del fondamentalismo. – 3. Conclusioni.

1. *Due dimensioni essenziali e inscindibili della laicità francese*

In questo breve contributo per il collega e amico professor Salvatore Prisco dell'Università *Federico II* di Napoli, esamineremo, per comprenderne la complessità, la costante interazione tra le due dimensioni, politica e filosofica, della laicità francese. Questa relazione ha subito un'evoluzione negli ultimi anni per esplicita volontà dei due Presidenti della Repubblica, Nicolas Sarkozy e Emmanuel Macron.

La legge del 24 agosto 2021, emanata con lo scopo di rafforzare il rispetto dei principi costituzionali su cui si fonda la Repubblica, focalizza l'attenzione sulla prima delle due dimensioni o dimensione politica[1]. Questa legge, modificando in modo sostanziale la normativa successiva alla cosiddetta "Loi de séparation des Églises et de l'État" promulgata nel 1905, è ispirata da due discorsi del Presidente della Repubblica Emmanuel Macron, uno pronunciato in occasione del 150° anniversario della Repubblica, il 4 settembre 2020[2], l'altro tenuto a *Les Mureaux,* il 2 ottobre 2020[3]. La nuova legge vuole migliorare la trasparenza delle attività delle confessioni religiose sul territorio, contrastare il reato di separatismo e obbligare le associazioni e le fondazioni

[*] Rettore emerito nell'Università Cattolica di Parigi. Professore emerito nella Pontificia Università Lateranense. Già docente nella cattedra di Diritto canonico dell'Università Federico II di Napoli.

[1] Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, in *Journal officiel de la République française*, 25/08/2021.

[2] Discours du Président de la République à l'occasion de la célébration du 150ème anniversaire de la proclamation de la République, au Panthéon, https://www.elysee.fr/front/pdf/elysee-module-15937-fr.pdf

[3] Discours du Président de la République à l'occasion de la célébration du 150ème anniversaire de la proclamation de la République, au Panthéon, in https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/10/02/la-republique-en-actes-discours-du-president-de-la-republique-sur-le-theme-de-la-lutte-contre-les-separatismes.

che si avvalgono di sovvenzioni pubbliche al rispetto dei principi costituzionali di laicità, uguaglianza, dignità umana e fraternità. La legge in esame stabilisce, inoltre, una deroga alle norme concernenti i doveri delle famiglie nell'ambito dell'educazione dei bambini con particolare riferimento agli obblighi scolastici disciplinando, altresì, il controllo delle associazioni religiose (*associations cultuelles*) e dei luoghi di culto. Per questa via, si intende combattere l'islamismo radicale riaffermando i principi che costituiscono la Repubblica Francese e ridefinendo, più in generale, i doveri degli individui, dei gruppi e delle comunità religiose riconosciute dall'Ufficio per i culti (*Bureau des cultes*) istituito presso il Ministero dell'Interno[4].

La dimensione politica della laicità francese, chiaramente consolidata dalla legge in esame, è indissolubilmente legata a una seconda che, pur essendo distinta in termini di principi, non compare nei testi legislativi ma nel discorso tenuto dal Presidente della Repubblica ai Vescovi di Francia al *Collège des Bernardins* il 9 aprile 2018[5]. Il punto di vista di Emmanuel Macron, fortemente innovativo[6], ha scatenato numerose polemiche negli ambienti legati al rigoroso rispetto del principio di laicità dello Stato, specie per il riferimento alle "aspettative" che la Repubblica ha nei confronti della Chiesa cattolica in relazione ai suoi "doni di saggezza, impegno e libertà". Sul punto, il Presidente Sarkozy, nel discorso tenuto in Laterano nel dicembre 2007, aveva utilizzato per la prima volta l'espressione *laicità positiva*, dichiarando l'"interesse" della Repubblica ad "una riflessione morale ispirata da convinzioni religiose"[7] con l'auspicio di un dialogo più fruttuoso tra Stato e religioni. Esprimere pubblicamente un simile approccio ha suscitato un acceso dibattito sulle modalità di applicazione della libertà religiosa in Francia. Questa posizione, precedentemente sviluppa-

[4] La loi confortant le respect des principes de la République, in *Revue du droit des religions*, 2022, 225.

[5] *Discours du président de la République devant les évêques de France*, in www.elysee.fr/declarations/article/transcription-du-discours-du-president-de-la-republique-devant-les-eveques-de-france/

[6] B. Bourdin, *République laique et Église catholique. Proposition d'un pacte pour la cohésion nationale,* in *Études*, 4250, juin 2018, 67-76.

[7] Pour une *laïcité positive*, in *La documentation catholique*, 105, 2008, 95. Vedere 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 Vallini*, Sovaria Manelli, 2009, 409-426 et aussi M. D'Arienzo, *La laicità francese secondo Nicolas Sarkozy*, in *Diritto e religioni*, 6, 2008, 257-273. L'espressione "laicità positiva" è stata usata in precedenza dal ministro J. P. Chévénement, ma in un'accezione diversa. Vedere *La documentation catholique*, 95, 1998, 1998, 16. L'analisi di Sarkozy è simile a quella del *Conseil d'État* francese nella sua decisione del 16 marzo 2005 *Ministre de l'Outre-mer,* Recueil *Lebon*, 168; *Revue française de droit constitutionnel*, 2005, 631, note Guillaumont; *Annuaire Droit et Religion*, 2006-2007, 835, note Tawil.

ta in un libro-intervista all'allora ministro dell'Interno, lo stesso Nicolas Sarkozy[8], fu, poco dopo, precisata nel discorso che da Presidente della Repubblica pronunciò in occasione della visita di Papa Benedetto XVI in Francia nel 2008. In questa occasione, il termine "interesse" riferito alle attività religiose scomparve per mitigare il significato e la forza dell'espressione "laicità positiva", ma veniva riaffermata l'idea della "legittimità" del dialogo Stato-religioni – specie quella cristiana – tenuto conto che, secondo le parole del Presidente, esse sono un patrimonio vivo di riflessione e di pensiero, non solo su Dio ma anche sull'uomo, sulla società e persino sulla preoccupazione oggi centrale della natura e della protezione dell'ambiente[9].

In sintesi, se, a partire dalla Legge di Separazione del 1905 e dai numerosi testi che l'hanno seguita, la tutela dell'ordine pubblico da eventuali eccessi religiosi ha richiesto il ricorso a strumenti legislativi e amministrativi di ambito nazionale e internazionale (dimensione politica), negli ultimi anni del secolo scorso, le massime autorità statali hanno iniziato a interrogarsi pubblicamente sui benefici apportati dall'attività delle confessioni religiose alla società e sul contributo che esse elargiscono all'effettiva realizzazione del bene comune oltre che alla soluzione dei problemi connessi con l'etica politica, sociale, individuale e comunitaria (dimensione filosofica). Nel primo caso, si è sempre trattato di riportare la neutralità religiosa, sottolineando – nei testi di legge come nella giurisprudenza – l'estraneità dello Stato nel contesto della concreta applicazione del principio della libertà dello Stato (*incompétence de l'État*) in materia. Il riconoscimento del pluralismo religioso impedisce di favorire un culto a scapito di un altro e impone alla Repubblica l'obbligo di garantire la parità di trattamento di tutte le confessioni in essa esistenti[10]. Nel secondo caso, dei politici – responsabili del bene comune – riconoscono l'utilità delle comunità religiose al dibattito pubblico, dovuta al loro carattere originale e specifico e, come alcuni sostengono, alla loro fede in un essere trascendente[11]. Dal punto di vista delle confessioni religiose chiamate ad attuare il principio di laicità in Francia, l'elemento politico riguarda il riconoscimento da parte di esse di un

[8] N. Sarkozy, *La République, les religions, l'espérance. Entretiens avec Thibaud Collin et Philippe Verdin*, Paris, Cerf, 2004, 209. Tradotto in italiano, *La Repubblica, le religioni, la speranza. Introduzione di Gianfranco Fini*, Roma, 2005.

[9] *Une nécessaire réflexion sur le sens de la laïcité. Cérémonie de bienvenue au Palais de l'Élysée, vendredi 12 décembre 2008, Discours du Président Nicolas Sarkozy (vendredi 12 septembre 2008)* in *La Documentation catholique*, 105, 2008, 821.

[10] Cfr *Conseil d'État, Rapport public 2004. Études et documents du Conseil d'État*, 55, 2004, 272-274. Voir aussi *Traité de droit français des religions*, sous la dir. De F. Messner, P.H. Prelot, J.M. Woehrling, Paris Litec, 2013, 763-769.

[11] J. P. Willaime, *Le retour du religieux dans la sphère publique. Vers une laïcité de reconnaissance et de dialogue*, Lyon, 2008, 110.

ordine che sfugge al loro controllo, ma che dà loro i mezzi per sviluppare le loro attività. L'elemento filosofico riguarda il contenuto delle credenze, la loro natura razionale e le loro conseguenze sociali, etiche e antropologiche, che le religioni possono e vogliono trasmettere alle società in cui esistono.

2. *Paura del comunitarismo e rifiuto del fondamentalismo*

Le dichiarazioni del Presidente Sarkozy al Laterano, e più in particolare il fatto che un Presidente della Repubblica abbia introdotto nel discorso politico una particolare qualificazione del principio di laicità – la "laicità positiva" – e, qualche anno più tardi, gli appelli del Presidente Emmanuel Macron ai vescovi francesi riuniti nel *Collège des Bernardins* alla collaborazione per la promozione del bene comune della Nazione, hanno riportato al centro dell'attenzione il dibattito sulla laicità, mostrando quanto le due dimensioni in cui essa si articolano siano intimamente collegate tra loro. La dimensione politica è emersa nelle critiche rivolte ai due Presidenti della Repubblica per essere usciti dalla loro posizione di garanti della neutralità dello Stato. La dimensione filosofica emergeva, invece, con maggiore evidenza nell'opinione discussa che vede nelle religioni una "risorsa" per la società. Le posizioni appena descritte hanno risvegliato i timori del movimento laico più fervente, secondo cui la laicità dello Stato è un patrimonio imprescindibile del pensiero francese in virtù del quale la morale religiosa rimane una scelta privata del cittadino da cui è esclusa ogni ingerenza da parte dei poteri pubblici. Tale interpretazione è in linea con l'affermazione classica della libertà di coscienza secondo cui i cittadini sono liberi di scegliere, di aderire o meno ad una confessione religiosa senza che questo infici le prerogative del loro *status* di cittadino. La libertà di scelta è protetta dalla neutralità statale che volutamente non prende posizione circa l'utilità di queste scelte per la vita sociale. Gli storici fanno risalire l'affermarsi di questa posizione alla battaglia tra repubblicani e Chiesa cattolica, meglio nota come "*Guerre des deux France*". I primi erano convinti che la vita sociale non avesse bisogno della morale religiosa per il proprio sviluppo e che, a lungo termine, la vedrebbero scomparire; i cattolici sostenevano l'idea che la società non avrebbe potuto prescindere dalla morale religiosa se avesse voluto evitare la propria autodistruzione[12].

[12] Si veda anche i lavori di E. Poulat, che, in particolare, mostra come gli elementi di questa lotta appaiano all'interno della scuola, l'istituzione che ha concentrato la lotta tra i due campi durante il XIX secolo, la guerra tra gli insegnanti e i sacerdoti in un'epoca che Jules Ferry ha descritto come una "mutazione spirituale" in cui due concezioni del mondo, due pedagogie, due ideologie, due culture, due poteri si opponevano senza comprendersi. (E. Poulat, *Liberté et laïcité. La guerre des deux France et le principe de la modernité*, Paris, 1987, 263) Cfr. Anche J.

Questo richiamo storico, ancora necessario per comprendere la laicità francese, è utile perché, ogni volta che si parla di ciò che esse propongono per la società o di un dialogo che lo Stato potrebbe instaurare con esse, è sulla base di queste convinzioni opposte che si fondano gli atteggiamenti di diffidenza o di fiducia nei confronti delle comunità religiose. Secondo la prima concezione, gli ordini confessionali non possono imporre alla società democraticamente costituita le regole morali su cui fondarsi né determinare l'ambito di applicazione del principio di libertà religiosa e gli stessi non possono neppure spingere i fedeli a chiedere il riconoscimento da parte dello Stato delle loro scelte di coscienza. In conseguenza, il discorso del Presidente Sarkozy, seguito da quello di Emmanuel Macron, ha risvegliato i timori di coloro che lottano contro lo sviluppo delle "idee comunitaristi" (*les idées communautaristes*) che vedono affermarsi nella società francese e contro il fondamentalismo che si sta diffondendo nel mondo e alimenta il fanatismo e l'estremismo religioso. Contro questi atteggiamenti, che rappresentano le cause più pregnanti della diffidenza verso le religioni, motivando le ragioni per cui le stesse sono spesso descritte come un pericolo per la democrazia e l'ordine repubblicano, il riferimento all'aspetto politico e filosofico della laicità è ancora una volta di grande utilità. Il "comunitarismo" (*communautarisme*) si riferisce in primo luogo all'aspetto politico della laicità e in secondo luogo all'aspetto filosofico. In Francia, è detto "communitarista" il gruppo religioso che pretende di chiedere allo Stato di riconoscere ai suoi membri un atteggiamento dettato dalle convinzioni religiose condivise all'interno di una comunità religiosa e che si sostituisce a un diritto o

Bauberot, *La morale laïque contre l'ordre moral*, Paris, 1997, 366. L'esempio dell'Università Cattolica di Parigi illustra questa guerra di convinzioni. Nel 1975, sono state aperte tre facoltà per contrastare l'insegnamento impartito senza riferimento al trascendente: in primo luogo, la storia, per combattere lo storicismo delle facoltà umanistiche; in secondo luogo, il diritto, per sfuggire alle formazioni positiviste che rifiutavano il diritto naturale; e in terzo luogo, le scienze naturali, per non far venir meno la fede nella creazione divina e la sua spiegazione dell'evoluzione (*L'Institut catholique de Paris. Un projet universitaire, sous la direction de Patrick Valdrini*, Paris, 2000, 19-22). Claude Nicolet spiega che, per quanto riguarda la laicità, essa si fonda su una concezione della Repubblica, un'idea che, secondo lui, precede quella di laicità. C. Nicolet, *L'idée républicaine plus que la laïcité*, in *Le supplément*, 46: «On part de l'individu qui pense rationnellement. Dès lors, il n'existe pas de transcendance car celle-ci ne peut être connue par la raison, contrairement à l'objet ou aux objets des sciences qui sont soumis au principe de la recherche. Le système de pensée qui en résulte, voulu par des hommes athées ou agnostiques, est dégagé de toute souveraineté extérieure à celle de la République» (nostra trad.: Il punto di partenza è l'individuo che pensa razionalmente. Da quel momento in poi, non c'è trascendenza, perché la trascendenza non può essere conosciuta dalla ragione, a differenza dell'oggetto o degli oggetti delle scienze, che sono soggetti al principio della ricerca. Il sistema di pensiero che ne deriva, voluto da atei o agnostici, è libero da qualsiasi sovranità al di fuori di quella della Repubblica).

a un dovere che fa parte dello status di cittadino[13]. Il fondamentalismo, invece, si riferisce più propriamente all'aspetto filosofico della laicità per coinvolgere solo in un secondo momento l'aspetto politico. Un gruppo religioso è detto "fondamentalista" se trae dai testi religiosi, per il fatto stesso della sovranità che vi riconosce e senza ricorrere alla ragione, prescrizioni a cui attribuisce valore vincolante per i suoi membri e per coloro che condividono lo stesso credo, chiedendo che lo Stato le renda parte integrante del loro status di cittadini e delle comunità da loro create[14].

La diffidenza nei confronti del comunitarismo e il rifiuto per il fondamentalismo influenzano l'applicazione pratica del principio della libertà religiosa, in ragione della tradizionale sensibilità dell'opinione pubblica francese e del fatto, incontestato dal XVIII secolo, che i doveri e i diritti dei cittadino non includono l'appartenenza ad una comunità religiosa. Spiega perché le reazioni alle opinioni espresse dai due Presidenti della Repubblica appena esaminate evidenziano la difficile interconnessione tra i due aspetti della laicità francese. In primo luogo, la dimensione politica nel fatto che i Presidenti Sarkozy e Macron, valutando positivamente il contenuto della morale religiosa, sembrano prospettare un sostegno da parte dello Stato all'azione delle religioni sulle coscienze. In secondo luogo, la questione filosofica, più specificamente quella della rilevanza della morale religiosa e delle sue proposte, nonché la questione del suo contributo razionale alla ricerca del bene comune e della sua collaborazione alla ricerca e alla promozione di una morale pubblica, a proposito della quale va ricordato che gli ambienti intellettuali e politici che hanno sostenuto l'idea di una rigida separazione tra Stato e religioni hanno sempre fatto in modo che gli ordini confessionali non avessero potere nella scena pubblica. È facile capire perché, dopo il discorso in Laterano e ogni volta che ha potuto farlo, il Presidente Sarkozy ha dovuto ribadire il suo rispetto per l'ordine repubblicano introdotto dalla legge del 1905[15]. Allo stesso modo, il Papa Benedetto XVI, ricevuto all'Eliseo nel 2009, prima di elogiare l'uso dell'espressione "laicità positiva", a cui attribuiva il significato della piena legittimità alla partecipazione

[13] Voir P. A. Taguieff, *La République enlisée. Pluralisme, communautarisme et citoyenneté*, Paris, 2005, 111-170. G. Koubi, *La liberté de religion entre liberté individuelle et revendication collective*, in *Les Cahiers de droit*, 40, 1999, 721-739. G. Bouchard, *Qu'est-ce que le interculturalisme ?*, in *McGill Law Journal*, 2011.

[14] Voir E. Barnavi, *Les religions meurtrières*, Flammarion, 2006, 39. L'autore dimostra che il fondamentalismo può diventare rivoluzionario. In questo caso, tocca i margini del comunitarismo. Per quanto riguarda le reazioni contro il fondamentalismo e il rimprovero di non ragionare, ritroviamo gli stessi rimproveri mossi dai primi repubblicani francesi ai credenti sospettati di non ragionare.

[15] Voir P. Valdrini, *Una nuova concezione della laicità: il discorso del Presidente della repubblica francese al Laterano (20 dicembre 2007)*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 119, 3-4, 2008, 405-421.

religiosa alla promozione e alla ricerca del bene comune, ha rassicurato sul fatto che la portata politica della nozione mira alla piena distinzione tra il piano politico e quello religioso[16]. Solo allora si esprime sulla funzione, secondo lui, insostituibile della religione nella formazione delle coscienze e sul contributo che essa può dare, insieme ad altre istanze, alla creazione di un processo etico fondamentale nella società[17].

3. *Conclusione*

L'esperienza francese dimostra che anche in un sistema di separazione tra Stato e religioni è possibile una forma istituzionalizzata di collaborazione. Un esempio di un tale tipo di collaborazione "attiva", in un ambito statale con doveri e diritti riconosciuti a ciascun partner, è rappresentato dalla legge *Debré* del 31 dicembre 1959 mediante la quale le scuole secondarie possono partecipare al servizio pubblico (*service public*) di educazione dei bambini attraverso un sistema di contratti pubblici in cui sono fissate le condizioni per l'applicazione del principio della libertà di coscienza e i principi educativi cui i credi religiosi devono ispirarsi (le *caractère propre*)[18]. Altro esempio significativo è la presenza di rappresentanti degli ordini confessionali al comitato etico nazionale, in cui la collaborazione delle religioni è considerato un arricchimento nella ricerca del bene comune della società, soprattutto etico, senza che si possa criticare il fatto che la possibilità di esprimere convinzioni legate a una fede sia un modo per imporle alla società[19]. Infine, un ultimo esempio di dialogo bilatera-

[16] *Discours de Benoit XVI*, in *La documentation catholique*, 105, 2008, 825.

[17] *Discours …*, cit., 825.

[18] Con questa legge, l'accettazione della morale religiosa come riferimento nell'educazione dei bambini e degli adolescenti non pregiudica il principio di neutralità dello Stato, che non sceglie una morale perché è religiosa, ma accetta che essa svolga un ruolo nell'educazione all'interno del quadro politico democratico della società, in applicazione del diritto dei genitori di educare i propri figli secondo la loro convinzione religiosa. (P. VALDRINI, *Evoluzione dei rapporti tra chiesa cattolica e stato nelle scuole cattoliche francesi, Dipartimento di filosofia dei diritti dell'uomo e della libertà di religione, Facoltà di giurisprudenza, Università degli studi di Napoli "Federico II", Napoli*, in *Quaderni della scuola di specializzazione in Diritto ecclesiastico e canonico, 7, Studi di diritto ecclesiastico e canonico*, Napoli, 2002, 65-77. Allo stesso modo, il sovvenzionamento delle facoltà teologiche in Francia, dove si applica la legge del 1905, è una pratica che è stata giustificata ricorrendo alla nozione di interesse generale. Si veda anche il nostro articolo, *Note concernant les subventions étatiques aux «facultés ecclésiastiques" en France*, in *L'année canonique*, 46, 2004, 239-244.

[19] Oltre a questa forma istituzionalizzata, va segnalato il modo in cui i vescovi francesi hanno partecipato ai dibattiti pubblici sulle leggi di bioetica o di fine vita aprendo un blog *www.bioethique.catholique.fr*. L'arcivescovo di Rennes, responsabile del blog, nel suo messaggio di benvenuto afferma: «Benvenuti nel blog di bioetica della Chiesa cattolica. Da quando è stato lanciato nel febbraio 2009, è stato uno strumento di riflessione aperto a tutti, credenti e non

le è rappresentato dall'organismo di dialogo tra la Chiesa cattolica e gli organi governativi creato dal governo di sinistra del primo Ministro Lionel Jospin per facilitare la reciproca collaborazione nonché per affrontare questioni di natura etica e sociale[20]. In questi tre casi, la collaborazione istituzionale è inquadrata dalla legge, in modo che sia lo Stato a mantenere il controllo sulla scelta dei settori e dei partner con cui interagire (dimensione politica). Per andare oltre e istituzionalizzare il contributo delle religioni al bene della società francese, l'atteggiamento positivo dello Stato nei confronti delle religioni, affinché non pregiudichi il rispetto del principio di neutralità e il riconoscimento del quadro stabilito dalla legge del 1905, deve essere soprattutto dichiarativo, in quanto non può spingersi a determinare quale contributo religioso sia più rilevante e necessario di altri (dimensione filosofica). Di conseguenza, nell'ambito della libertà loro concessa, l'efficacia della collaborazione delle religioni dipende dall'effettiva partecipazione delle comunità religiose e dall'apporto materiale che le stesse riescono a fornire. Si tratta di un *compito arduo* innanzitutto per esse, perché devono convincere del valore, e persino dell'indispensabilità, del loro approccio per il bene comune della Nazione, in particolare per il mantenimento della pace sociale e la difesa dei principi democratici di uguaglianza, il pluralismo e la libertà sia nella comunità politica che in quella religiosa. In questo senso si può ben dire che aiutare lo Stato ad esprimere al meglio le due dimensioni – dimensione politica e dimensione filosofica – della laicità sia una missione religiosa prima ancora che statale.

credenti. Molti di voi lo hanno visitato e hanno contribuito al dialogo in cui la Chiesa è risolutamente impegnata. Lo fa perché ha fiducia nell'intelligenza umana, capace di trovare vie di saggezza per il bene di tutti, soprattutto dei più vulnerabili. Questo dialogo non è una ricerca dell'"offerta etica più bassa", come hanno giustamente sottolineato i cittadini durante gli Estati Generali. Non è nemmeno una strategia; è piuttosto l'umile servizio della verità, che i partner ammettono di non confiscare ma di voler sinceramente cercare insieme (nostra traduzione)». Questo atteggiamento è l'applicazione dei principi sviluppati dalla Conférence des évêques de France, *Proposer la foi dans la société actuelle. Lettre aux catholiques de France*, Paris, Cerf, 1996, 130. Voir aussi le point de vue d'un ancien président de la Conférence des évêques de France L.M. Billé, *Le service de l'*Église *catholique dans une société laïque*, in *Une République …,* cit., 29-36. Per Una comparazione con la situazione italiana: R. Fisichella, *Nel mondo da credenti. Le ragioni dei cattolici nel dibattito politico italiano*, Milano, 47-63. Vedere i vari punti di vista sul libro in *Diritto e Religioni*, 3, 2008, 601-618.

[20] P. Valdrini, *Le conferenze episcopale in Europa. Un nuovo attore delle relazioni tra Stati e Chiesa Cattolica*, a cura di Tella Coglievina, Milano, 2010, 3-18. (Diritto-Ricerca) et J.P. Durand, *La création d'une instance de dialogue au plus haut niveau" entre l'*Église *catholique et l'*État *français. 13 février 2002*, in *L'année canonique*, 46, 2004, 245-258.

Alberto Vespaziani[*]

LE CITTÀ VISIBILI DELLE TRE CORONE

SOMMARIO: 1. Città terrena e città celeste nella poesia di Dante. – 2. Città e campagna in Petrarca. – 3. L'aria di città rende liberi: il *Decameron* di Boccaccio. – 4. Le tre corone e il paradigma della modernità.

1. *Città terrena e città celeste nella poesia di Dante*

Questo contributo è un esercizio di cultura letteraria del diritto nell'ambito del diritto costituzionale comparato e rincorre il modo in cui la letteratura italiana ha plasmato la comprensione delle forme politiche e costituzionali della modernità.

L'unità politica italiana è stata raggiunta sono nel 1861, ma l'unificazione culturale è stata avviata dal big bang linguistico – poetico e narrativo – del XIV secolo. Intendo dunque identificare il profilo delle città visibili delle tre corone, vale a dire il modo in cui Dante, Petrarca e Boccaccio hanno trattato il tema della città.

Come è noto la vita di Dante ruota intorno alla stella polare di Firenze ed ha un orizzonte geografico abbastanza limitato in cui il poeta viaggia. Dante fa esperienza solo di città "italiane" del centro-nord. Dal punto di vista della produzione letteraria, Dante è autore di un'opera propriamente politica, il *De Monarchia*, che scrive in latino, in cui parla della città, inserendola tra le forme politiche in una posizione intermedia tra la famiglia e la Monarchia, cioè l'Impero:

Consideriamo una singola città, il cui fine è una vita bene ordinata e autosufficiente. Occorre ci sia un governo unico, e questo non solo in un corretto ordinamento, ma anche in uno distorto, altrimenti non solo si perde di vista il fine della vita associata, ma anche la città finisce di esistere come tale[1].

Per Dante l'unica forma di governo accettabile, in generale e quindi anche nella città, è una forma di tipo monarchico, in cui il governo deve essere unitario. In famiglia, nel villaggio, nella città e nell'Impero è necessario, non solo opportuno, che comandi uno solo. La visione monarchica discende dalla

[*] Docente di Diritto Pubblico Comparato e di Diritto e Letteratura, Università del Molise.

[1] D. ALIGHIERI, *Monarchia*, I. V, 7: *"Si vero unam civitatem, cuius finis est bene sufficienterque vivere, unum oportet esse regimen, et hoc non solum in recta politia, sed etiam in obliqua; quod si aliter fiat, non solum finis vite civilis amictitur, sed etiam civitas desinit esse quod erat"*.

generale impostazione patriarcale secondo cui la pluralità è fonte di confusione e disgregazione e solo una figura unica, unicamente maschile, può garantire la stabilità e l'ordine. Dal punto di vista politico Dante è terrorizzato dalle divisioni in fazioni, quindi cerca l'unità politica in ogni forma di vita sociale. Nella sua teologia politica Dante procede tomisticamente a ricostruire le forme della vita associata, considerandole come parti omogenee che rispondono al disegno divino del Creatore.

Nella *Commedia*, il lemma "città" compare soltanto 20 volte: 14 nell'Inferno, 3 nel Purgatorio e 3 nel Paradiso. Che tipo di uso fa Dante nella *Commedia* del lemma "città"? Il significato dominante è quello teologico-metafisico che ruota intorno alla coppia città celeste (Gerusalemme) / città infernale, quello minore è quello descrittivo, di città reali.

La prima apparizione della città è infatti nel primo canto come parte celeste:

A le quai poi se tu vorrai salire,
anima fia a ciò più di me degna:
con lei ti lascerò nel mio partire;
ché quello imperador che là sù regna,
perch'i' fu' ribellante a la sua legge,
non vuol che 'n sua città per me si vegna.
In tutte parti impera e quivi regge;
quivi è la sua città e l'alto seggio:
oh felice colui cu' ivi elegge![2]

Ma subito nel terzo canto il significato si ribalta nel senso della città infernale:

Per me si va ne la città dolente,
per me si va ne l'etterno dolore,
per me si va tra la perduta gente.
Giustizia mosse il mio alto fattore;
fecemi la divina podestate,
la somma sapïenza e 'l primo amore.
Dinanzi a me non fuor cose create
se non etterne, e io etterno duro.
Lasciate ogne speranza, voi ch'intrate[3].

Ricordiamo che i canti sesti di ogni cantica sono i canti politici; nel sesto canto dell'Inferno, oggetto della narrazione è proprio Firenze, città piena di invidia, città divisa. Qui Dante incontra Ciacco:

[2] D. Alighieri, *Commedia*, Inferno, 125.
[3] D. Alighieri, *op. cit.* III, 1

Ed elli a me: "La tua città, ch'è piena
d'invidia sì che già trabocca il sacco,
seco mi tenne in la vita serena.
Voi cittadini mi chiamaste Ciacco:
per la dannosa colpa de la gola,
come tu vedi, a la pioggia mi fiacco.
E io anima trista non son sola,
ché tutte queste a simil pena stanno
per simil colpa". E più non fé parola.
Io li rispuosi: "Ciacco, il tuo affanno
mi pesa sì, ch'a lagrimar mi 'nvita;
ma dimmi, se tu sai, a che verranno
li cittadin de la città partita;
s'alcun v'è giusto; e dimmi la cagione
per che l'ha tanta discordia assalita".
E quelli a me: "Dopo lunga tencione
verranno al sangue, e la parte selvaggia
caccerà l'altra con molta offensione.
Poi appresso convien che questa caggia
infra tre soli, e che l'altra sormonti
con la forza di tal che testé piaggia.
Alte terrà lungo tempo le fronti,
tenendo l'altra sotto gravi pesi,
come che di ciò pianga o che n'aonti.
Giusti son due, e non vi sono intesi;
superbia, invidia e avarizia sono
le tre faville c' hanno i cuori accesi[4].

La città di Firenze è dunque una città infernale, in cui la discordia e le divisioni sono degenerate in violenza politica. La giustizia è eclissata, sono rimasti solo due giusti e, per di più, tra loro non riescono a capirsi. Ma chi sono questi "due"?

Claudia Di Fonzo che ha sostenuto la tesi provocatoria secondo cui qui si deve intendere una contrapposizione tra diritto positivo e diritto naturale[5]. Questa tesi dipinge un Dante protocostituzionalista che stride con le prese di posizione della *Monarchia*, in cui il poeta nega l'esistenza di un diritto ingiusto, preferendolo chiamare non-diritto[6]. L'interpretazione dominante legge que-

[4] D. Alighieri, *op. cit.*, Inferno, VI, 49-75.

[5] C. Di Fonzo, *Giusti son due e non vi sono intesi*, Forum Italicum, 2010

[6] D. Alighieri, *Monarchia*, II, II, 5, 6: «E ancora segue di qui che nel mondo il diritto altro non è che conformità al volere divino, e quindi tutto ciò che non concorda con esso non può

sto passaggio nel senso che a Firenze le persone giuste si sono ridotte a due di numero, e lo spirito di divisione è tale da avere contaminato persino le ultime due persone rimaste. La città partita, la città divisa è dunque una città fondamentalmente ingiusta.

Nel canto ottavo dell'Inferno ritorna l'immagine della città infernale, sotto il nome di Dite, *Ditis* era uno dei nomi di Plutone, re dell'inferno pagano:

> Lo buon maestro disse: "Omai, figliuolo,
> s'appressa la città c' ha nome Dite,
> coi gravi cittadin, col grande stuolo"[7].

Anche nei canti nono, decimo e undicesimo torna Dite:

> Questa palude che 'l gran puzzo spira
> cigne dintorno la città dolente,
> u' non potemo intrare omai sanz'ira[8].

> O Tosco che per la città del foco
> vivo ten vai così parlando onesto,
> piacciati di restare in questo loco.
> La tua loquela ti fa manifesto
> di quella nobil patrïa natio,
> a la qual forse fui troppo molesto[9]

> E io: "Maestro, assai chiara procede
> la tua ragione, e assai ben distingue
> questo baràtro e 'l popol ch'e' possiede..
> Ma dimmi: quei de la palude pingue,
> che mena il vento, e che batte la pioggia,
> e che s'incontran con sì aspre lingue,
> perché non dentro da la città roggia
> sono ei puniti, se Dio li ha in ira?

identificarsi col diritto, e ciò che vi si conforma è senz'altro diritto.

Perciò domandarsi se un'azione è conforme al diritto, non è altro che domandare, sia pure con parole diverse, se essa è conforme a ciò che Dio vuole. Prendiamo dunque come base il principio che ciò che Dio vuole nella società umana va ritenuto come vero e genuino diritto».

«Et iterum ex hoc sequitur quod ius in rebus nichil est aliud quam similitudo divine voluntatis; unde fit quod quicquid divine voluntati non consonat, ipsum ius esse non possit, et quicquid divine voluntati est consonum, ius ipsum sit».

[7] D. Alighieri, *Commedia,* Inferno, VIII, 68.

[8] Ivi, Inferno, IX, 32.

[9] Ivi, Inferno, X, 22.

e se non li ha, perché sono a tal foggia?"[10]

Nel canto tredicesimo torna la visione di Firenze come città sempre in lotta:

Ed elli a noi: "O anime che giunte
siete a veder lo strazio disonesto
c' ha le mie fronde sì da me disgiunte,
raccoglietele al piè del tristo cesto.
I' fui de la città che nel Batista
mutò 'l primo padrone; ond'ei per questo
sempre con l'arte sua la farà trista;
e se non fosse che 'n sul passo d'Arno
rimane ancor di lui alcuna vista,
que' cittadin che poi la rifondarno
sovra 'l cener che d'Attila rimase,
avrebber fatto lavorare indarno.
Io fei gibetto a me de le mie case"[11].

Nel canto sedicesimo ancora Firenze:

Se lungamente l'anima conduca
le membra tue", rispuose quelli ancora,
"e se la fama tua dopo te luca,
cortesia e valor dì se dimora
ne la nostra città sì come suole,
o se del tutto se n'è gita fora;
ché Guiglielmo Borsiere, il qual si duole
con noi per poco e va là coi compagni,
assai ne cruccia con le sue parole[12].

Successivamente Dante menziona tre città reali Baco, Faenza e Imola[13], ma è poi nel *Purgatorio*, di nuovo nel sesto canto politico, che torna a parlare tramite Sordello della condizione di divisione e di assoggettamento in cui si trovano le città italiane tra cui, ovviamente, Firenze:

[10] Ivi, Inferno, XI, 73.
[11] Ivi, Inferno, XIII, 143.
[12] Ivi, Inferno, XVI, 68.
[13] Ivi, Inferno, XX, 59: «Poscia che 'l padre suo di vita uscìo /e venne serva la città di Baco, / questa gran tempo per lo mondo gio». Inferno, XX, 91: «Fer la città sovra quell'ossa morte; / e per colei che 'l loco prima elesse, / Mantüa l'appellar sanz'altra sorte». Inferno, XXVII, 49: «Le città di Lamone e di Santerno / conduce il lïoncel dal nido bianco, / che muta parte da la state al verno».

Ché le città d'Italia tutte piene
son di tiranni, e un Marcel diventa
ogne villan che parteggiando viene.
Fiorenza mia, ben puoi esser contenta
di questa digression che non ti tocca,
mercé del popol tuo che si argomenta.
Molti han giustizia in cuore, e tardi scocca
per non venir sanza consiglio a l'arco;
ma il popol tuo l'ha in sommo de la bocca.
Molti rifiutan lo comune incarco;
ma il popol tuo solicito risponde
sanza chiamare, e grida: "I' mi sobbarco!"[14]

Le città terrene della *Commedia* sono luoghi di lotta politica, divisioni, passioni tristi, violenza. Nel canto IX del Paradiso Dante si scaglia contro il commercio cittadino, la moneta e l'economia moderna:

La tua città, che di colui è pianta
che pria volse le spalle al suo fattore
e di cui è la 'nvidia tanto pianta,
produce e spande il maladetto fiore
c' ha disvïate le pecore e li agni,
però che fatto ha lupo del pastore.
Per questo l'Evangelio e i dottor magni
son derelitti, e solo ai Decretali
si studia, sì che pare a' lor vivagni[15].

Qui si vede un tratto fortemente antimoderno di Dante, la sua avversione per il "maledetto fiore", cioè il fiorino, che conduce ad una perversione della vita spirituale, tanto da far cadere in disuso la lettura diretta dei Vangeli in favore dello studio dei Decretali. Per Dante l'avvento dell'economia capitalistica ha corrotto anche l'ermeneutica biblica.

Nel canto XVI di Cacciaguida ritorna la visione di Firenze, città divisa:

Molti sarebber lieti, che son tristi,
se Dio t'avesse conceduto ad Ema
la prima volta ch'a città venisti.
Ma conveniesi, a quella pietra scema
che guarda 'l ponte, che Fiorenza fesse
vittima ne la sua pace postrema.

[14] Ivi, Purgatorio, VI, 124.
[15] Ivi, Paradiso, IX, 127.

Con queste genti, e con altre con esse,
vid'io Fiorenza in sì fatto riposo,
che non avea cagione onde piangesse.
Con queste genti vid'io glorïoso
e giusto il popol suo, tanto che 'l giglio
non era ad asta mai posto a ritroso,
né per divisïon fatto vermiglio[16].

L'ultima apparizione del lemma "città" nella Commedia si incontra nel canto XXX, in cui affiora l'impostazione teologico-politica di Dante:

Vedi nostra città quant'ella gira;
vedi li nostri scanni sì ripieni,
che poca gente più ci si disira.
E 'n quel gran seggio a che tu li occhi tieni
per la corona che già v'è sù posta,
prima che tu a queste nozze ceni,
sederà l'alma, che fia giù agosta,
de l'alto Arrigo, ch'a drizzare Italia
verrà in prima ch'ella sia disposta[17].

L'ultima città è dunque la Gerusalemme celeste che provoca in Dante la profezia, che si rivelerà mal posta, dell'intervento salvifico dell'Imperatore Arrigo VII di Lussemburgo.

Ad uno sguardo riassuntivo appare come la città dantesca sia nella *Monarchia* il luogo intermedio tra la particolarità del villaggio e l'universalità dell'Impero, mentre nella Commedia la città ha due facce: un volto terreno, luogo di sofferenza, lotta e divisioni politiche, ed un volto celeste, metafisico in cui tutti i contrasti si appianano. A mio giudizio ciò rivela che il poeta moderno si muove dentro un orizzonte politico di tipo medievale, con un fondamento di legittimità teologico-metafisico. Discorso affine si può fare per la seconda nostra corona: Francesco Petrarca.

2. *Città e campagna in Petrarca*

Come Dante Alighieri, anche Francesco Petrarca nutre un'avversione per la nuova Italia affaristica e mercantile del Trecento ed ha un rapporto ambivalente con la città, che comincia male, nell'odiata Avignone che nel suo tempo ospita la sede del papato. Petrarca passa tutta la vita ad agognare il ritorno

[16] Ivi, Paradiso, XVI, 144.
[17] Ivi, Paradiso, XXX, 130.

del Papa a Roma, intanto odia Avignone, soggiace al comando paterno che lo indirizza verso gli studi giuridici, prima quattro anni a Montpellier, poi tre anni a Bologna. Solo a seguito della morte del padre, il poeta può liberarsi dal giogo del diritto e dedicarsi integralmente alla letteratura[18], mantenendo una alta considerazione per il diritto, nella misura in cui costituisce un ponte verso la Roma antica.

La vita di Petrarca[19] è romanzesca, soggiorna in 83 città, tra cui Avignone, Valchiusa, Montpellier, Bologna, Napoli, Genova, Verona, Venezia, Padova, Roma, Milano, Bergamo, Parigi, Novara, Mantova, Basilea, Praga, Pavia e Arquà. Si trova bene in molte città, nelle *Senili* loda soprattutto Mantova, Milano, Napoli, che adora in virtù del suo rapporto con Roberto d'Angiò. Tuttavia, nella sua produzione poetica ricorre un sentimento di disprezzo per la città e un continuo desiderio di ritorno in campagna: dal *buen retiro* a Valchiusa alla periferia di Milano, ad Arquà. P. va e viene tra l'*otium* letterario che coltiva in campagna ed il *negotium* politico/diplomatico, in cui si mostra abilissimo. Minore abilità dimostra nella scelta degli obiettivi: i suoi progetti politici falliscono tutti, da Cola di Rienzo ai suoi mutamenti di opinione. P. è il primo intellettuale moderno: viaggia in un orizzonte mitteleuropeo e si divide tra la solitudine poetica ed un'intensa attività politica. Nella sua impresa di conciliare la cultura classica latina con quella cristiana, Petrarca idealizza Roma antica e depreca la decadenza della Roma del suo tempo:

> la citate de Roma stava in grannissima travaglia. Rettori non ne avea. Onne dìe se commatteva. Da onne parte de derobava. Dove era luoco, le vergine se detoperavano. Non ce era reparo. Le piccole zitelle se furavano e menavanose a desonore. La moglie era toita allo marito nello proprio lietto. Li lavoratori, quanno ivano fòra a lavorare, erano derobati, dove? su nella porta de Roma. Li pellegrini, li quali viengo per merito delle loro anime alle sante chiesie, non erano defesi, ma erano scannati e derobati. Li prieti staievano per male fare. Onne lascivia, onne male, nulla iustizia, nullo freno. Non ce era più remedio. Onne perzona periva. Quello più aveva rascione, lo quale più poteva colla spada. Non ce era aitra salvezza se non che ciascheuno se defenneva con parienti e con amici. Onne dìe se faceva adunanza de armati[20].

[18] F. Petrarca, *Seniles*, 16 1, 8: «quando finalmente, nei primi anni della mia adolescenza, rimasi padrone di me stesso, mi liberai degli studi di legge tornando ai miei consueti, e vi tornai con tanto maggiore entusiasmo quanto più ardente si fa il piacere quando lo si riprenda interrotto».

[19] U. Dotti, *Vita di Petrarca*, Bari, 1987 e *Petrarca civile*, Roma, 2001.

[20] F. Petrarca, *Cron.* XVIII, 111-12.

Mentre nelle *Senili* il lemma "città" compare 336 volte, nel *Canzoniere* il lemma "città" compare una sola volta, in senso totalmente negativo, nella 237:

Non à tanti animali il mar fra l'onde,
né lassú sopra 'l cerchio de la luna
vide mai tante stelle alcuna notte,
né tanti augelli albergan per li boschi,
né tant'erbe ebbe mai il campo né piaggia,
quant'à 'l io mio cor pensier' ciascuna sera.
Di dí in dí spero ormai l'ultima sera
che scevri in me dal vivo terren l'onde
et mi lasci dormire in qualche piaggia,
ché tanti affanni uom mai sotto la luna
non sofferse quant'io: sannolsi i boschi,
che sol vo ricercando giorno et notte.
Io non ebbi già mai tranquilla notte,
ma sospirando andai matino et sera,
poi ch'Amor femmi un cittadin de' boschi.
Ben fia, prima ch'i' posi, il mar senz'onde,
et la sua luce avrà 'l sol da la luna,
e i fior d'april morranno in ogni piaggia.
Consumando mi vo di piaggia in piaggia
el dí pensoso, poi piango la notte;
né stato ò mai, se non quanto la luna.
Ratto come imbrunir veggio la sera,
sospir' del petto, et de li occhi escono onde
da bagnar l'erbe, et da crollare i boschi.
Le città son nemiche, amici i boschi,
a'miei pensier', che per quest'alta piaggia
sfogando vo col mormorar de l'onde,
per lo dolce silentio de la notte:
tal ch'io aspetto tutto 'l dí la sera,
che 'l sol si parta et dia luogo a la luna.
Deh or foss'io col vago de la luna
adormentato in qua' che verdi boschi,
et questa ch'anzi vespro a me fa sera,
con essa et con Amor in quella piaggia
sola venisse a starsi ivi una notte;
e 'l dí si stesse e 'l sol sempre ne l'onde.
Sovra dure onde, al lume de la luna
canzon nata di notte in mezzo i boschi,
ricca piaggia vedrai deman da sera.

Petrarca preferisce la dimensione privata dell'ozio letterario in campagna alla vita pubblica dell'azione politica in città. Dal punto di vista del contenuto delle sue convinzioni politiche, egli oscilla molto. Come ha notato James Hankins

> Petrarca era sempre, per così dire, dalla parte giusta, o almeno desiderava esserlo. Nel secolo successivo gli umanisti avrebbero cercato di assumere, in modo regolare seppur non coerente, anche questo suo atteggiamento. Negli ultimi anni della sua vita Petrarca preferì tenersi al di sopra degli scontri fra fazioni; questo si riflette nel suo modo di considerare la legge, le costituzioni e le varie forme di governo. In genere, Petrarca, come gli umanisti dopo di lui, tendeva ad assumere posizioni conservatrici rispetto a eventuali mutamenti costituzionali[21].

Petrarca vive durante il periodo della crisi dell'età comunale e l'avvento delle prime Signorie. Intellettualmente moderno ed europeo, egli è contrario alla logica del costituzionalismo; per Petrarca le regole sulla forma di governo sono inutili, se la classe politica è corrotta. Ciò che conta è come si esercita il potere, la formazione morale ed intellettuale delle élites. Oscillando tra l'aspirazione a consigliare il potere che risiede in città ed il profondo desiderio di ritirarsi nell'ozio letterario che coltiva in campagna, Petrarca si muove all'interno del mobile confine tra cultura politica classica, crisi della civiltà municipale ed avvento della rifeudalizzazione dell'Italia signorile. Solo con l'opera del suo amico Giovanni Boccaccio, la cultura letteraria italiana salta dentro la modernità politica.

3. *L'aria di città rende liberi: il Decameron di Boccaccio*

L'esperienza decameronica comincia con la pestilenza in città. Prima delle cento novelle incontriamo la città appestata. La macchina narratologica procede dalla decisione di uscire dalla città contaminata per dirigersi verso il contado, per ricostruire il mondo attraverso la pratica della narrazione in un contesto isonomico, in cui il ruolo di ascoltatore e di narratore si alternano. Nella rigenerazione letteraria del *Decameron* vi è una vera e propria forma politica: la polifonia radicale del repubblicanesimo.

L'epopea del *Decameron*, generata dalla peste e nella peste, è un viaggio al termine del medioevo. Potremmo dire che nel mondo decameroniano abbondano personaggi moderni in contesti medievali, soggetti, spesso donne, che cercano di prendere il controllo della propria vita, lottando contro i legami e i

[21] J. Hankins, *La Politica della Virtù*, Roma, 2022.

retaggi del passato, attraverso l'uso della ragione e della parola. Ovviamente la diffusione della peste nera aveva provocato una distruzione della popolazione, generato imponenti fenomeni migratori, ma anche aperto opportunità e mercati.

Nel contesto pre-statuale dell'ordine giuridico medievale i fenomeni che contribuirono a strutturare il diritto e la società furono essenzialmente europei: dal francescanesimo alla peste, dalle migrazioni all'ascesa dei mercanti; la prima grande opera della prosa italiana viene scritta in un contesto italiano, ma con una significativa presenza europea e apertura al mondo orientale. Anche l'ambientazione di molte novelle è euro-mediterranea: dalla Borgogna alla Tunisia, da Alessandria a Parigi, da Cipro a Monaco, basti ricordare l'odissea di Aliatel per misurare l'ampiezza dello scenario in cui Boccaccio ambienta le sue novelle[22].

La vita di Giovanni Boccaccio è anche una testimonianza del suo apprezzamento per la vita cittadina: seguendo il padre dalla natia Certaldo a Napoli, Boccaccio fa esperienza della città in cui scopre la vita e che idealizzerà per il resto dei suoi giorni.

Significativa anche la scelta geografica delle prime tre novelle del *Decameron*: nella prima Cepparello da Prato viene mandato a riscuotere crediti in Borgogna, nella seconda Abraam viaggia da Parigi a Roma, nella Città del Vaticano, nella terza il Saladino fa venire da Alessandria al Cairo un suo ricco amico giudeo per chiedergli un prestito. Il lemma "città" compare 100 volte nel *Decameron,* ma la città più caratterizzata di tutta l'opera è Napoli: Andreuccio da Perugia, la quinta novella della seconda giornata. Qui la città è lo sfondo del racconto di formazione di un giovane perugino che si libera della sua identità provinciale e grazie alle sue tre cadute e tre risalite diventa uomo. Benedetto Croce in un suo memorabile saggio[23] ha ricostruito la geografia politica di

[22] Cfr. M. Fiorilla, *Introduzione* in G. Boccaccio, *Decameron*, Roma, 2011, XVII: «Diversi racconti sono ambientati a Firenze e in Toscana, ma le novelle toccano frequentemente anche il resto d'Italia da nord a sud (città come Milano, Brescia, Treviso, Venezia, Verona, Pavia, Genova, Bologna, Ravenna, Modena, Roma, Napoli, Salerno, Messina, Trapani o isole come Ischia, Procida, Lipari) e altri paesi europei (come la Francia, la Spagna, l'Inghilterra o le Fiandre). L'orizzonte geografico si estende poi mirabilmente anche ad altre città, porti e isole del Mediterraneo al di fuori del mondo cristiano».

[23] B. Croce, *La novella di Andreuccio da Perugia*, in *Storie e leggende napoletane*, Milano, 1990, 66: «La novella di Andreuccio è forse la pagina più napoletana che ci resti di quello scrittore che a Napoli visse i suoi anni più lieti, che qui amò, qui coltivò prima gli studi, qui si aprì alle aspirazioni della poesia, e questa città ricordò sempre con la tenerezza con cui si ricordano i luoghi dove trascorse la nostra gioventù e che si estende a tutte le loro parti e circostanze, ai monumenti, ai costumi, alle persone, e perfino, forse, ai bricconi e imbroglioni che in quel tempo e in quei luoghi (dolce nella memoria!) si sono incontrati».

questa novella, sottolineando come la città costituisca per Andreuccio l'aria di libertà municipale, con i suoi rischi, disavventure e pericoli, che strappano il giovane dal suo torpore familiare per farlo diventare compiutamente un uomo moderno, indipendente ed autonomo.

La grande macchina narrativa decameronica prende le mosse da un'onesta brigata di dieci giovani[24], che decide di opporre alla distruzione arrecata dalla peste – che aveva espulso il diritto, la ragione e la parola dalla città – un lessico comune, un immaginario condiviso, in una comunità in cui tutti sono a turno narratori ed ascoltatori. La pratica del novellare svolge presso la lieta brigata ritirata nel luogo ameno una funzione di costituzione di una comunità narrativa: la pluralità di lingue produce l'italiano prosaico, la pluralità di storie produce la formazione di un nuovo soggetto politico.

Come la *Divina Commedia* di Dante iniziava con lo smarrimento in una selva oscura, così il *Decameron* inizia con «l'orrido cominciamento» della peste; ma mentre Dante filtra l'esperienza dello smarrimento da un punto di vista soggettivo (è Dante che si è perso e che attraversa una crisi di mezza età), Boccaccio comincia da un punto di vista collettivo, politico: è la città di Firenze ad essersi smarrita ed è solo un collettivo di sette donne e tre uomini che permette la ricostituzione di una vita civile mediante la fuga verso la campagna ed il racconto delle novelle. Oltre a rappresentare un fatto storico, la peste simboleggia lo stato di eccezione, in cui sovrana è la decisione della brigata di appartarsi dalla città per raggiungere il luogo ameno, dove procedere alla ricostituzione del mondo, al *new beginning* della comunità politica. Attraverso la condivisione di racconti la comunità potrà poi tornare nel mondo ricostituito della città. L'esperienza ri-costituente deve quindi avvenire in un luogo appartato, in condizioni isonomiche, ma deve sfociare nel ritorno in città, nelle passioni e nel caos della vita pubblica.

4. *Le tre corone e il paradigma della modernità*

Cosa possiamo apprendere come giuristi da un esercizio di cultura letteraria del diritto che indaga il modo in cui i tre padri della nostra lingua hanno influenzato le categorie della politica? Le tre corone appartengono al mondo medievale o a quello moderno?

Naturalmente per rispondere a queste domande occorrerebbe precisare di cosa parliamo quando parliamo di modernità. A mio modo di vedere se per modernità intendiamo l'emergere della soggettività individuale a scapito

[24] «la prima Repubblica estetica della modernità […], il primo caso di una *counter culture*» la qualifica P. Sloterdijk, *Che cosa è successo nel XX secolo?*, Torino, 2017, 152.

di quella collettiva possiamo interpretare Dante e Petrarca come moderni in quanto letterati, ma medievali come pensatori politici; Boccaccio moderno sia come narratore che come pensatore politico.

La mia tesi: Dante e Petrarca scrivono in latino, idealizzano Roma antica e permangono in un orizzonte politico, teologico, metafisico, premoderno, medioevale. È solo con la polifonia radicale di Boccaccio che si prefigura la possibilità di ricreazione delle regole della convivenza a partire da un contesto deliberativo e narrativo.

Dal punto di vista della filosofia politica generale, Dante vede nell'Impero la forma politica che sola può, attraverso il comando unitario assicurato dalla forma di governo monarchica e dalla universalità della giurisdizione, garantire la giustizia e la pace; Petrarca difende l'avvento delle monarchie signorili, dei Principati su base territoriale regionale. Boccaccio difende la città-stato, il pluralismo radicale fondato su basi territorialmente circoscritte. Dante e Petrarca disprezzano la democrazia, che giudicano una forma di governo corrotta, Boccaccio apprezza il potere costituente e repubblicano della lieta brigata e la sua capacità giusgenerativa di ricostituzione delle regole della convivenza.

Per quanto riguarda la visione della città, Dante e Petrarca interpretano la città come il luogo della lotta e della divisione politica, disprezzando la dimensione commerciale e finanziaria che si afferma nel loro tempo; Boccaccio viceversa apprezza il contesto cittadino come luogo dell'emancipazione individuale rispetto alle appartenenze della società medievale ed articola un apprezzamento per l'economia moderna fondata sugli scambi commerciali e sulla moneta. Dante e Petrarca hanno inventato l'italiano poetico, pensando la politica in latino dentro un paradigma teologico medievale, Boccaccio ha creato l'italiano prosaico, pensando la politica in italiano dentro un paradigma repubblicano moderno.

Pasquale Viola[*]

COSTITUZIONALISMI CONTEMPORANEI TRA STRUTTURE VARIABILI E SPECIFICITÀ CONTINGENTI

SOMMARIO: 1. Premessa. Tratti canonici ed elementi innovativi del costituzionalismo. – 2. Verso le strutture variabili del costituzionalismo "oltre Occidente". – 3. Dinamismo concettuale e pratico del costituzionalismo contemporaneo. – 4. *Telos* e tensione programmatica.

1. *Premessa. Tratti canonici ed elementi innovativi del costituzionalismo*

Lo sviluppo argomentativo di questo contributo muove da alcune intuizioni critiche proposte da Salvatore Prisco sulle «ragioni seminali del costituzionalismo», contenute sottotraccia in *Costituzionalismi antichi e moderni tra strutture invarianti e specificità storiche*, saggio pubblicato nel 2012[1]. Non si intende, quindi, rielaborare quanto già ricostruito da Prisco in merito alla genesi e a allo sviluppo del costituzionalismo di matrice liberal-democratica occidentale – anche perché ciò, a prescindere dagli sforzi di chi scrive, corrisponderebbe all'accontentarsi di una modesta compensazione –, ma provare a sviluppare alcune considerazioni a partire da tre profili: 1) la dimensione storico-sociale, che in chiave contemporanea e in una cornice geografico-culturale più ampia condurrebbe a ripensare il costituzionalismo come fenomeno e non esclusivamente come modello o categoria tassonomica[2], 2) lo scacco, operato da fattori esterni, all'autopoiesi e all'autoreferenzialità del diritto (sul punto, Prisco richiama la funzione di limite all'arbitrio del potere e l'*ethos*), 3) l'ipotesi di una pluralità di costituzionalismi contemporanei e relative classificazioni, che trovano il loro denominatore comune nella "tensione programmatica".

Innanzitutto, va chiarito che le narrazioni attuali circa i fenomeni costituzionali contemporanei rappresentano forme eterogenee che impiegano o

[*] Dottore di Ricerca in Diritto comparato e Processi di Integrazione.

[1] S. PRISCO, *Costituzionalismi antichi e moderni tra strutture invarianti e specificità storiche*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2012, 1 ss., 3.

[2] Prisco lascia intendere in riferimento ad altri fenomeni costituzionali lontani dalla matrice liberal-democratica occidentale appare di notevole interesse ed esprime in forma chiara tesi accettate dalla dottrina *mainstream* con considerevole ritardo, ossia l'esistenza di forme giuridiche costituzionali o costituzionalizzanti caratterizzate da approcci diversi – addirittura, per certi aspetti, discordanti – che non negano l'essenza stessa del costituzionalismo nella sua forma teorica ideale (inteso come concetto a-temporale e a-spaziale).

rielaborano, a volte in modo particolarmente incisivo, i tratti comuni del costituzionalismo antico e moderno. Il costituzionalismo – come il diritto – non è esente dall'impatto di sfide caratterizzanti la nostra epoca, come la velocità e la complessità nei rapporti causa-effetto, la liquidità di interi sistemi che si ritenevano granitici, la globalizzazione e il mercato unico, il pensiero 'post post-moderno', la dinamicità tassonomica, la crisi della narrazione, la necessità di approcci ecologici e integrati[3].

In quest'ordine di idee, numerosi studi sono stati condotti sulle esperienze latinoamericane, asiatiche e africane, le quali hanno portato alla luce, grazie a un approccio inter- e trans-disciplinare, modi diversi di regolare il medesimo fenomeno, suggerendo anche soluzioni e approcci alternativi, smentendo le previsioni nefaste dei giuristi e dei politologi occidentali[4]. Ciò ha innescato un duplice effetto. Innanzitutto, i paesi che si ritenevano giuridicamente all'avanguardia interagiscono, oggi, con degli ordinamenti complessi, sui quali nessuno avrebbe mai scommesso in passato (si pensi, appunto, ai paesi dell'Asia meridionale, dell'America latina e dell'Africa sub-sahariana)[5], generando una

[3] Sul punto cfr. E. Morin, J.-L. Le Moigne (dir.), *Intelligence de la complexité: epistémologie et pragmatique*, Paris, 2013, in particolare, in relazione ai concetti di disordine, dispersione e disintegrazione in contrapposizione alla visione perfetta, ordinata e deterministica. Il concetto di liquidità, introdotto dal filosofo e sociologo Zygmunt Bauman, può essere definito, in estrema sintesi, come una serie infinita di nuovi inizi che pregiudica la sedimentazione esistenziale, comportando una più che accentuata caducità nei rapporti e nelle dinamiche sociali. Per un approfondimento sul tema si rinvia a Z. Bauman, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2011; Id., *Il disagio della postmodernità*, Roma-Bari, 2018. Si rinvia, inoltre, a W. Menski, *Remembering and applying legal pluralism: Law as kite flying*, in L.H. Urscheler (ed.), *Concepts of Law: Comparative, Jurisprudential, and Social Science Perspectives*, London-New York, 2014, 91 ss.; P. Viola, *Constitutional "Reactions" to Environmental Concerns and Anthropogenic Climate Change: Comparative Paths towards Integrated Ecologies*, in S. Lanni (a cura di), *Sostenibilità globale e culture giuridiche comparate*, Torino, 2022, 171 ss.; Id., *Nomocene e tradizione giuridica antropocenica. Per una ipotesi di narrazione*, in *DPCE Online*, 2, 2024, 869 ss.; G. Limone, *Persona e memoria. Oltre la maschera: il compito del pensare come diritto alla filosofia*, Soveria Mannelli, 2017; B.-c. Han, *La crisi della narrazione. Informazione, politica e vita quotidiana*, Torino, 2024. D. Amirante, *Antropocene, sovranità e costituzionalismo integrale*, in *DPCE Online*, 2, 2024, 849 ss.; C. Bonneuil, J.-B. Fressoz, *L'événement Anthropocène: La Terre, l'histoire et nous*, Paris, 2016. Alcune di queste considerazioni, con particolare riferimento all'Asia meridionale, sono state ulteriormente approfondite in P. Viola, *Costituzionalismo autoctono. Pluralismo culturale e trapianti giuridici nel Subcontinente indiano*, Bologna, 2020.

[4] Un esempio è dato proprio dallo scetticismo riguardante la tenuta istituzionale dello stato indiano. Sul punto si rinvia a D. Amirante, *La democrazia dei superlativi. Il sistema costituzionale dell'India contemporanea*, Napoli, 2019.

[5] Per un'introduzione al tema: D. Amirante, *Il caleidoscopio del diritto indiano: percorsi di comparazione*, in Aa.Vv., *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, 2013, 239 ss.; Id. (a cura di), *I sistemi costituzionali dell'Asia meridionale*, Padova, 2019 (in particolare C. Petteruti, *L'ordinamento costituzionale dello Sri Lanka fra ipersemipresidenzialismo e utopie*

sorta di "effetto sorpresa" dovuto a una valutazione aprioristica, piuttosto che a elementi fattuali. Il secondo effetto dell'impostazione eurocentrica ha messo in luce la fallacia dell'approccio "orientalistico", pieno di caratteri valutativi e voyeuristici, ma vuoto sul piano epistemologico[6]. Inoltre, si assiste, anche sul piano giuridico, a un processo autoctono di identificazione e appartenenza, che riscopre valori e principi di diritto legati alle tradizioni non-occidentali e non-settentrionali[7].

2. *Verso le strutture variabili del costituzionalismo "oltre Occidente"*

Approcciarsi al costituzionalismo di vaste aree geografiche e culturali condurrebbe a perdersi in un orizzonte infinito o a semplificare troppo ciò che per sua natura semplice non è, alimentando percezioni distopiche. Ciò impone un'ulteriore cautela metodologica al comparatista occidentale, ossia quella di abbandonare il proprio punto di vista e liberarlo dai confini dogmatici da cui è, spesso inconsapevolmente, limitato[8]. Un primo passo è, quindi, la rinuncia all'applicazione di una pura razionalità cartesiana, che «riduce la realtà entro griglie classificatorie scientificamente controllabili; adotta paradigmi poggianti

federaliste, 105 ss. e L. Colella, *Lo Stato di diritto in Bangladesh: le sfide del costituzionalismo contemporaneo*, 187 ss.); L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017. Vd., fra gli altri, S. Bagni (a cura di), *Dallo Stato del* bienestar *allo Stato del* buen vivir*. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, 2013; F. Abbondante, *Il ruolo delle Corti Supreme in India e Pakistan nell'interpretazione delle norme di natura religiosa tra pluralismo giuridico e uguaglianza di genere*, in *DPCE online*, special issue/2021, 1655 ss.; E. Buono, *La questione plurinazionale nel diritto pubblico comparato*, Napoli, 2022; M.S. Bussi, *Il formante giurisprudenziale nel contesto del "*transformative role*" di talune carte costituzionali post-coloniali: le esperienze di India e Brasile*, in *DPCE online*, special issue/2022, 1669 ss.; R. Orrù, *I Paesi dell'Africa subsahariana*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Bari-Roma, 2014, 551 ss.; M. Nicolini, *La giustizia costituzionale in Africa australe. L'eredità europea, il diritto tradizionale, il* Global Judicial Dialogue, Bologna, 2015; Id., *L'altra* law of the land*. La famiglia giuridica "mista" dell'Africa australe*, Bologna, 2016; S. Mancuso, C.M. Fombad (eds), *Comparative Law in Africa: Methodologies and Concepts*, Cape Town, 2015.

[6] T. Ruskola, *Legal Orientalism: China, the United States, and Modern Law*, Cambridge, 2013.

[7] H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable diversity in law*, 5th ed., Oxford, 2014; Id., *Vers un droit comparé intégré?*, in *Revue internationale de droit comparé*, 4/1999, 841 ss. W. Menski, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge, 2006. Si rinvia, inoltre, a P. Viola, E. Andreoli e A. Parrilli, *Towards a Different Understanding of Legal Traditions: Comparative Law Insights*, in *Calumet*, 18/2023, 20 ss.

[8] D. Amirante, *Al di là dell'Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione "verso Oriente"*, in *DPCE*, 1/2015, 1 ss.

sul dualismo soggetto pensante-oggetto», in tal modo consacrando «la superiorità della *Western legal tradition* e il punto di osservazione occidentale»[9].

Il dibattito dottrinale contemporaneo sui caratteri generali del costituzionalismo ha tracciato dei confini semantici che, quantomeno, si propongono di restituire una definizione stipulativa del fenomeno. Ciò nonostante, il dibattito è ancora lontano dall'esaurirsi: permangono tuttora accesi spazi di discussione, che guardano in particolare a "nuove" esperienze che, in modo diverso e a volte inaspettato, hanno sviluppato sistemi costituzionali ispirati ai canoni occidentali, ma differenti per natura e contenuto.

Sul piano politico-giuridico, una simile apertura argomentativa non è affatto unica, basti pensare proprio al termine 'costituzione', che nei secoli ha mutato il proprio significato da semplice attuazione o insieme di atti normativi a norma giuridica nella quale «le scelte politiche fondamentali di una comunità organizzata vengono espresse con un codice scritto – razionale, ordinato e sistematico – il quale disciplina in maniera organica e funzionale i poteri dello Stato»[10], ossia un atto «che promana dal potere costituente e può essere modificato espressamente mediante un procedimento di revisione previsto nello stesso testo costituzionale»[11]. Tale dinamismo semantico è valido anche per il lemma 'costituzionalismo' che, proprio come per la parola 'costituzione', in virtù della sua storia relativamente recente, ha assunto le caratteristiche di «*vacant term*» o di termine «*available for new employment*»[12].

A rendere ancora più eterogenea la ricostruzione semantica è il dato per il quale il termine 'costituzionalismo' non può essere – ad avviso delle teorie prevalenti – imparziale, asettico, a-valoriale, meramente descrittivo, poiché implica la condivisione di determinati valori pressoché sovrapponibili con le esperienze occidentali e l'adozione di strumenti giuridici derivati proprio da una storia particolare sedimentatasi nel tempo[13]. Infatti, «il costituzionalismo

[9] M. Nicolini, *Giustizia tribale e lasciti coloniali nei sistemi misti dell'Africa australe*, in *DPCE Online*, 4/2018, 1045 e s.; N.T. Duc e P. Viola, *Constitutional Rights in Socialist East-Asia*, in *Nordic Journal of Human Rights*, 4/2022, 306 ss.; T. Ginsburg, B. Schonthal (eds.), *Buddhism and Comparative Constitutional Law*, Cambridge, 2023.

[10] R.L. Blanco Valdés, voce 'Costituzionalismo', in L. Pegoraro (a cura di), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, Roma, 64.

[11] Ivi. Per un approfondimento in chiave storica sull'uso giuridico dei termini '*constitutio*' e '*constitutiones*' si rinvia a G. Sartori, *Constitutionalism: A Preliminary Discussion*, in *The American Political Science Review*, 4/1962, 853 ss.

[12] G. Sartori, *op. cit.*, 853.

[13] Cfr. L. Pegoraro, A. Rinella, *op. cit*., 97 ss.; G. Morbidelli, *Lezioni di diritto pubblico comparato. Costituzioni e costituzionalismo*, Milano, 2001; N. Matteucci, *Costituzionalismo*, in Id., N. Bobbio, G. Pasquino, *Il dizionario di politica*, Torino, 2004; P. Ridola, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997; C.H. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, rev.

non esprime […] un concetto neutro di costituzione, ma si riferisce a un preciso ordine di valori costituzionali»[14] che muovono dal riconoscimento della libertà e dell'uguaglianza degli individui[15].

Come per ogni concetto giuridico complesso, la definizione di 'costituzionalismo' si misura in base alla capacità esplicativa delle formulazioni operate dagli studiosi in ambito accademico[16]. Spesso, però, il prodotto speculativo assume una natura prevalentemente stipulativa e, cristallizzandosi, esclude o difficilmente ammette variazioni nel tempo. Ciò ha comportato, ad esempio, la permanenza di approcci sostanzialmente coloniali concretizzatisi nell'attenzione residuale verso alcuni sistemi giuridici, raggruppati sotto l'etichetta di "altri"[17], e all'adozione di prospettive solo formalmente avaloriali in riferimento agli elementi extragiuridici che integrano il dato normativo, come avviene per le stratificazioni sociali e la giuridicizzazione delle regole che ne derivano.

Come alcuni studi hanno evidenziato[18], la definizione del costituzionalismo che muove dalle vicende storiche statunitensi, francesi e inglesi si fonda sulla separazione dei poteri, sul contratto sociale, sui diritti naturali e, in particolar modo, sulle libertà fondamentali, nonché sulla gerarchia delle fonti e sul controllo di costituzionalità delle leggi[19]. Altri, inoltre, concordano nell'affermare che la costituzione – insieme con il costituzionalismo – sia in origine una forma di garanzia e tutela dei diritti, i quali aumentano in quantità e qualità col progredire civile della società di riferimento. L'approccio storico ha fornito, quindi, una serie di elementi, definendo il costituzionalismo come l'intreccio di alcuni caratteri identificativi: 1) affermazione e primato dei diritti umani, 2) tutela dei diritti, 3) indipendenza della magistratura, 4) separazione dei poteri e limitazione del potere politico, 5) stato di diritto e *rule of law*; 6) legittimazione del potere in base alla volontà della nazione o del popolo, 7) applicazione del

ed., Indianapolis, 2008; L. Pegoraro, *Costituzioni e democrazia: riflessioni critiche su definizioni e classificazioni nel costituzionalismo contemporaneo*, in *Rassegna parlamentare*, 2/2013, 349 ss.

[14] L. Pegoraro, A. Rinella, *op. cit.*, 97.

[15] Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, Art. 1: «Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune»; Art. 16: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution».

[16] T.S. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 2009. In particolare, si pensi alle tesi dell'autore circa la creazione di un paradigma e al ruolo centrale del consenso sull'adozione dello stesso.

[17] R. David, C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systémes de droit contemporain*, Paris, 2002.

[18] Vd. R.L. Blanco Valdés, *op. cit.*; G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella, M. Volpi, *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2016, cap. III.

[19] D. Grimm, *Constitutionalism: Past, Present, and Future*, Oxford, 2016, 127 ss.

principio di maggioranza, 8) autonomia della sfera politica da quella religiosa, 9) controllo di costituzionalità delle leggi[20].

Come evidenziato da Nicholas Barber, pensare il costituzionalismo solo o principalmente come fenomeno che ha come obiettivo esclusivo l'imposizione di limiti «è sconveniente, perché non tiene conto del riconoscimento del ruolo positivo che gli stati rivestono nelle nostre comunità»[21]; infatti, «le istituzioni statali possono aver bisogno di essere limitate, ma necessitano anche di essere efficaci»[22]. Muovendo, quindi, dalla concezione positiva[23], il costituzionalismo andrebbe analizzato in modo dinamico in base a tre vettori: i) rapporto stato-costituzionalismo, ii) contenuto del costituzionalismo (ossia i principi che lo compongono) e iii) rapporto fra principi del costituzionalismo e stato. Sin dal primo punto si instaura, anche mediante il ricorso ai principi del costituzionalismo, un legame fra la società civile e l'esistenza stessa dello stato come garante della convivenza pacifica e del soddisfacimento degli interessi comunitari, in quanto «se noi abbiamo ragione di creare lo stato, abbiamo altresì ragione di modellarlo in modo che permetta di raggiungere questo fine»[24], senza escludere che esso possa funzionare come entità autonoma, ma vincolata nei fini[25]. Tale entità astratta proiettata al concreto – lo stato –, per perseguire come fine il soddisfacimento degli interessi della collettività, opera in base ai principi del costituzionalismo: sovranità (qui intesa come principio morale a carattere non solo descrittivo, ma normativo)[26], separazione dei poteri, istanza di concretizzazione della *rule of law*, partecipazione della società civile (stato come "gruppo dei gruppi"), democrazia rappresentativa[27] e sussidiarietà.

L'analisi di Barber, in un percorso logico-induttivo che parte dal piano empirico, individua gli elementi che ordinano in modo pratico il moderno fenomeno costituzionale. Da questo dato si potrebbe così formulare una definizione di "costituzionalismo" contemporaneo: fenomeno socio-politico e giuridico

[20] L. Pegoraro, A. Rinella, *op. cit.*, 97.

[21] N.W. Barber, *The Principles of Constitutionalism*, Oxford, 2018, 1.

[22] *Ibidem.*

[23] S. Prisco, *op. cit.*

[24] N.W. Barber, *op. cit.*, 10.

[25] *Ibidem*.

[26] Come sottolinea Barber, secondo alcuni la sovranità apparterrebbe all'ordine descrittivo, non avendo alcun risvolto normativo e risolvendosi in uno stato di fatto. Tuttavia, indagando le caratteristiche che gli stati contemporanei posseggono (siano esse ricostruzioni fittizie o reali), Krasner ritiene che la sovranità sia una "ipocrisia organizzata". Muovendo da tali considerazioni, Barber sceglie di non escludere una sfera di normatività della sovranità, declinandola a metà strada fra uno stato di fatto (descrizione) e un principio (normatività). N.W. Barber, *op. cit.*, 21 ss. Cfr. S. Krasner, *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton, 1999.

[27] N.W. Barber, *op. cit.*, 86.

mediante il quale si dà forma istituzionale allo stato, inteso come "gruppo dei gruppi", tale da realizzare in modo efficace i principi di sovranità, divisione del potere, *rule of law*, partecipazione della società civile, democrazia e sussidiarietà, al fine di garantire il benessere dei consociati.

In quest'ordine di idee, si evince come il carattere descrittivo del costituzionalismo sia recente, nella misura in cui, sul piano normativo, esso sarebbe assorbito dal concetto stesso di costituzione. Da questa prospettiva, soffrirebbe un appiattimento semantico che confonderebbe il costituzionalismo con l'esistenza di una gerarchia delle fonti e l'organizzazione di un sistema giuridico intorno a una fonte normativa (o pluralità di esse). Ciò indurrebbe a confondere la "gerarchizzazione" di norme giuridiche con la "costituzionalizzazione" delle stesse[28]. Tuttavia, permaneva in età moderna la "*legalization*"[29] delle fonti e non un aspetto funzionale che coinvolgesse la nazione o il popolo, lo stato e il sistema giuridico. Va, inoltre, rilevato che l'istituzione e la legittimazione di un sistema giuridico in nome del popolo non è l'unico elemento determinante affinché si possa parlare di costituzionalismo contemporaneo. Come condizione ulteriore è necessario che il mandato democratico non sia incondizionato o irrevocabile[30]. Da queste premesse, si chiarisce come una costituzione sia, da un lato, un insieme di principi mutuati dalle contingenze storiche descritte e, dall'altro, un «*evolutionary achievement*», come peraltro affermato da Niklas Luhmann[31].

3. *Dinamismo concettuale e pratico del costituzionalismo contemporaneo*

Alcune classificazioni del costituzionalismo hanno influenzato le condizioni teoriche appena descritte, come quelle formulate da Karl Loewenstein e da Giovanni Sartori, incentrate sul concetto di "*achievement*" o di "*ought*", facendone emergere il carattere programmatico (in cui quello prescrittivo non si esaurisce)[32]. Classificare, però, è operazione diversa dal definire. Dal XX

[28] D. Grimm, *op. cit.*, 6

[29] Ivi, 3.

[30] Ivi, 9.

[31] N. Luhmann, *La costituzione come acquisizione evolutiva*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, 83 ss.; D. Grimm, *op. cit.*, 15.

[32] K. Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, Chicago, 1965; G. Sartori, *op. cit.*; Id., *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*, New York, 1994. L'uso ricorrente che fa Sartori della parola '*ought*', la quale è traducibile con 'dovere' e/o 'qualcosa di preferibile', pone la questione sul piano performativo. Tuttavia, il termine può ben descrivere una situazione dinamica in cui ricorrere al condizionale 'dovrebbe'.

secolo in poi, numerosi esempi di costituzionalismo – e di alcuni collassi dei relativi sistemi[33] – hanno mostrato come questo fenomeno non sia una creazione maturata arbitrariamente in seno ad alcuni sistemi liberal-democratici, ma il prodotto di una serie di trasformazioni epocali nelle forme di legittimazione ed esercizio del potere pubblico, fino ad arrivare a mutare le peculiarità teoriche su cui si fondava il concetto moderno di stato. Queste condizioni variano insieme alle società e alle contingenze, quindi anche il contenuto delle costituzioni si trasforma e, pertanto, a fini definitori, si dovrebbe far leva sull'aspetto funzionale delle stesse, piuttosto che su quello formale. A tal fine, Dieter Grimm individua delle caratteristiche interrelate specifiche[34] dei testi costituzionali, allo scopo di delineare una definizione implicita di costituzionalismo. Innanzitutto, il testo costituzionale deve – e pretendere di – essere normativamente valido. Si pensi alle cd. *façade constitutions*[35], che non sono del tutto normative e neanche si ripropongono di esserlo. Il potere politico e l'istituzione dello stesso devono essere vincolati dal – e al – testo costituzionale, in quanto non avrebbe senso una disparità di obbligazioni fra i consociati e il potere che da questi ultimi è legittimato su base consensuale e per i quali si esercita[36]; inoltre, il potere politico andrebbe regolato esclusivamente in base al testo costituzionale. Un ulteriore elemento necessario affinché si possa parlare di costituzionalismo impone che il vincolo giuridico sancito dalla costituzione escluda qualsiasi pressione extra-costituzionale e garantisca il benessere dei consociati, non solo dei gruppi privilegiati[37]. Infine, una costituzione deve essere rigida, ossia deve collocarsi al di fuori del raggio d'azione del legislatore ordinario[38]. Per Grimm, quindi, il costituzionalismo tiene ben salda la distinzione fra "legalizzazione" e "costituzionalizzazione"; detto in altri termini, la posizione dell'autore intreccia i principi di legittimazione democratica e consensuale con un vincolo oggettivo del testo costituzionale che delimita l'esercizio del potere politico. Allo stesso tempo, però, il potere politico può incidere sul testo che lo legittima e gli dà forma solo nella misura in cui si escludano interferenze estranee al principio democratico-consensuale. Nelle due posizioni teoriche

[33] Cfr., ad esempio, lo sviluppo storico-giuridico della Repubblica di Weimar. Sul punto vd. P. Biscaretti di Ruffia, *La Costituzione italiana nell'ottica comparatistica*, in *Il Politico*, 1/1989, 5 ss.

[34] D. Grimm, *op. cit.*, 22.

[35] G. Sartori, *Constitutionalism: A Preliminary Discussion*, cit., 861, il quale chiarisce: «[w]hat makes them untrue is that they are disregarded (at least in their essential garantiste features».

[36] Per un approfondimento in chiave critica dell'elemento egualitario nei sistemi democratici vd. H. Kelsen, *La democrazia*, Bologna, 2010.

[37] D. Grimm, *op. cit.*, 31.

[38] Ivi, 22.

espresse si nota quanto i principi democratici e di partecipazione, insieme con le idee di libertà e uguaglianza, siano alla base del concetto contemporaneo di costituzionalismo.

Ad oggi, si assiste a due orientamenti: da un lato, «[…] verso l'estensione geografica del fenomeno costituzionale; dall'altro, verso il progressivo perfezionamento dei meccanismi giuridici e politici per garantire l'efficacia dei due principi basilari del costituzionalismo: la libertà e l'uguaglianza»[39].

Tuttavia, come è stato rilevato, «l'espansione geopolitica del costituzionalismo – spesso a livello meramente epidermico – si tira dietro una parallela crescita delle indagini che lo riguardano»[40]. A queste analisi «sovente si accomuna altrettanta superficialità nell'inquadramento dottrinale dei fenomeni: l'"imperialismo culturale", che appiattisce sugli stilemi occidentali le categorie di culture diverse, paga scotti elevati (anche nelle traduzioni e nelle classificazioni), per la scarsa attenzione verso le culture aliene»[41]. La condivisione di quest'ultimo assunto porta a rivisitare alcune tesi cristallizzatesi nel tempo, interrogando concetti e metodi giuridici canonici. Infatti, il dato storico – fondamentale per comprendere la genesi di un fenomeno – non è sufficiente se prende in considerazione solo singole esperienze (come quella inglese, statunitense o francese) per ergerle a formula universale e "dima" per la valutazione dei fenomeni costituzionali contemporanei. Ciò è vero soprattutto quando oggetto di studio sono i sistemi giuridici di Asia, Africa e America latina, in quanto si ritiene, con boria propriamente nordatlàntica, che le costituzioni di queste esperienze giuridiche siano riducibili a prodotto del colonialismo. Inoltre, se guardato in modo oggettivo, ritenere l'appello ai diritti umani e fondamentali una forma di neo-colonialismo giuridico non appare del tutto eccentrico[42].

Il costituzionalismo, quindi, riassume in sé aspetti legati alla sua genesi storica, ancora comprensibili in base agli schemi generali della teoria del diritto. Definizioni, come quella di Martin Loughlin, per il quale «il costituzionalismo è la teoria politica che generalmente accompagna la tecnica»[43] (la quale implica limiti e regole all'esercizio dei poteri, l'indipendenza della magistratura e il suo ruolo di garante del testo costituzionale, nonché il rispetto dei diritti individuali), forniscono una ricostruzione più "inclusiva" del fenomeno che, però, continua a scontrarsi con il retaggio storico occidentale.

[39] L. Pegoraro, A. Rinella, *op. cit.*, 93.

[40] G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella, M. Volpi, *op. cit.*, 7.

[41] *Ibidem.* Sul punto vedi anche E. Darian-Smith, *Postcolonial Law*, in J.D. Wright (ed.), *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Oxford, 2015, 647 ss.

[42] Ivi.

[43] M. Loughlin, *What Is Constitutionalisation?*, in P. Dobner and M. Loughlin (eds), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, 2010, 47 ss., 55.

Passaggi necessari e trasversali quelli fra politica e diritto, ma a volte non sufficienti, proprio in ragione dell'adozione di testi costituzionali in realtà culturali distanti. In ragione di ciò, soprattutto per spiegare alcuni elementi come la diversa concezione dei diritti rispetto ai doveri, la separazione "debole" dei poteri, la giurisdizionalizzazione della politica[44] e la politicizzazione dell'attività giurisdizionale, è necessario ricorrere ad approcci interdisciplinari di matrice storica, sociologica e antropologica, al fine di evitare che usi stereotipati di dogmi giuridici possano escludere dal fenomeno inteso come 'costituzionalismo' realtà genuine, semplicemente diverse rispetto ai modelli occidentali. All'interno di questo ordine, il diritto costituzionale comparato contribuisce, in particolare con le sue acquisizioni e aspirazioni metodologiche, a fornire una base fondante per una ricostruzione "a maglie larghe" delle definizioni esclusive che in anni si sono stratificate e che difficilmente ammetterebbero soluzioni di ingegneria costituzionale che a prima vista apparirebbero distopiche o non rispondenti a modelli preconfezionati[45].

4. Telos *e tensione programmatica*

Riprendendo l'assunto, condiviso da gran parte della dottrina, secondo il quale non è possibile una definizione a-valutativa del costituzionalismo, pare che, in modo latente, sia presente in tutti i tentativi precedentemente elencati un elemento comune e ricorrente: la tensione. In altre parole, il costituzionalismo può essere inteso come un "limite infinito all'infinito" verso il quale tendere, che crea una tensione continua tra i consociati, il potere politico, il piano giuridico e le carte fondamentali, non rappresentando, quindi, un obiettivo tangibile o definito in modo chiaro. Il termine "limite" va, qui, inteso come elemento che descrive l'andamento di una grandezza variabile ad assumere un valore che può tendere all'infinito[46]. Tale "tensione" non è solo il prodotto di fenomeni costituzionali nuovi, ma è palpabile anche in quelle realtà che si associano a un costituzionalismo maturo: tutte le costituzioni sono dinamiche, finché fungeranno da argine al potere, ne delineeranno i solchi entro cui si può

[44] E.F. Delaney, R. Dixon, *Comparative Judicial Review*, Cheltenham, 2018; W. Husain, *The Judicialization of Politics in Pakistan: A Comparative Study of the Judicial Restraint and Its Development in India, the US and Pakistan*, London-New York, 2018; B. Dressel, *The Judicialization of Politics in Asia*, London-New York, 2018.

[45] D. Amirante, *Al di là dell'Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione "verso Oriente"*, cit.; N.T. Duc, P. Viola, *op. cit*.

[46] Per l'analisi del concetto matematico di 'limite' si rinvia a E.H. Moore, H.L. Smith, *A General Theory of Limits*, in *American Journal of Mathematics*, 2/1922, 102 ss.; D.W. Hight, *A Concept of Limits*, New York, 2010 (prima ed. 1966).

dislocare e conterranno principi e valori incarnati in una società i cui fattori determinanti e caratterizzanti sono in continuo mutamento.

In base alle precedenti considerazioni, perciò, si potrebbe intendere il costituzionalismo contemporaneo come quella tensione programmatica e normativa che investe il rapporto fra stato, sistema politico, fonti del diritto e ripartizione ed esercizio dei poteri, in maniera tale che si verifichino, in base alle diverse esperienze culturali, il riconoscimento e l'affermazione dei diritti umani, la tutela dei diritti, la limitazione del potere politico, lo stato di diritto e la *rule of law*, il controllo di costituzionalità delle leggi. L'elemento da enfatizzare nell'intendere il costituzionalismo è la tensione che porta con sé lo stesso *telos*[47]. Come il fenomeno, quindi, anche la definizione stessa di costituzionalismo varia in base al sentimento comune declinato sul piano sociale. In altre parole, il costituzionalismo si pone a metà strada fra il piano descrittivo e quello prescrittivo, definendo una situazione di fatto in cui gli equilibri fra i consociati sono eternamente ridiscussi senza, però, sovvertire l'ordine costituito, cercando di trovare soluzioni strutturali a problemi contingenti.

[47] L'aspetto enfatizzato da Sartori è il *telos*, ossia il fine che le Carte costituzionali intendono perseguire. Cfr. G. Sartori, *op. cit.*, 855.

Patrizia Vipiana[*]

IL PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

SOMMARIO: 1. Il principio solidarista come principio fondamentale della Costituzione. – 2. Le forme di solidarietà. – 3. Nessi tra il principio di solidarietà e quello di sussidiarietà. – 4. L'attuazione del principio solidarista.

1. *Il principio solidarista come principio fondamentale della Costituzione*

Il principio solidarista, sancito nella seconda parte dell'art. 2 Cost. laddove afferma che la Repubblica richiede l'adempimento dei «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», è configurato come obbligo speculare alla garanzia dei diritti proclamata nella prima parte del medesimo articolo: generalmente i commentatori del suddetto disposto costituzionale hanno dato risalto più a tale garanzia che alla previsione della solidarietà.

Il principio solidarista nell'ordinamento italiano è stato comunque oggetto di numerosi studi nei decenni successivi all'entrata in vigore della Costituzione[1] ed altresì in seguito alle revisioni costituzionali dell'ultimo ventennio[2]; al principio solidarista anche Salvatore Prisco ha dedicato acute riflessioni specificamente in tre saggi degli inizi degli anni Duemila, a cui si farà puntuale riferimento nel prosieguo[3].

La solidarietà viene comunemente configurata come un principio fondamentale dell'ordinamento italiano: essa è stata definita «valore di fondo e ordinamentale del nostro sistema democratico»[4] e, come afferma la Corte

[*] Ordinario di Diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi di Genova, patrizia.vipiana@unige.it

[1] V. ad es.: M. VILLONE, *Sciopero e solidarietà nella Costituzione italiana*, Napoli, 1980; E. BALBONI, *Diritti sociali e doveri di solidarietà*, 1987, 709 ss., nonché, a metà degli anni '90, il rilevante saggio – cui ha fatto specifico riferimento anche lo scritto di S. Prisco citato nella successiva nt. 13 – di S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Diritto e Società* 1996, 1 ss. che appunto «avverte l'esigenza di rivisitare questo principio della solidarietà» (3).

[2] Cfr. tra i molti: F. GIUFFRÉ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, e A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015.

[3] V. i tre scritti di S. Prisco citati per intero nelle nostre successive note 6, 10 e 13; ad essi deve aggiungersi la precedente monografia in edizione provvisoria S. PRISCO, *Solidarietà. Profili evolutivi di un valore costituzionale. I Premesse storico-sistematiche*, Napoli, 2000.

[4] Così S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, cit., 3, il quale a pagina 5 rileva che la parola solidarietà corrisponde a quella francese fraternité del trinomio *Liberté, Egalité, Fraternité*

costituzionale, risulta annoverabile «tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico» manifestandosi «come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente»[5].

La solidarietà è operante anche in altri Stati europei, come la Germania e la Spagna: la definizione di ciascuno di tali Paesi come "Stato sociale" (rispettivamente art. 20, 1 *Grundgesetz* e art. 1,1 Cost. spagnola) evoca l'esplicarsi in essi del principio solidarista[6].

La solidarietà opera altresì nell'ambito dell'Unione europea: il Trattato di Maastricht del 1992 (art. G modificante l'art. 2 del trattato istitutivo della Comunità economica europea) prevede, come uno degli obiettivi da perseguire, la «solidarietà fra gli Stati membri»; più specificamente la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000 intitola «Solidarietà» il Capo IV (comprendente gli artt. 27-39) che garantisce numerosi diritti sociali[7].

2. *Le forme della solidarietà*

La solidarietà, pur essendo un concetto unitario come indica anche l'etimologia (solidarietà deriva dal vocabolo latino *solidum* che evoca un'idea di compattezza ossia di legame molto stretto), assume diverse accezioni e si esplica in varie forme.

Riguardo alle prime, la solidarietà può intendersi in un significato oggettivo, che indica il legame dell'individuo con il gruppo di appartenenza, e in un significato soggettivo, che concerne il comportamento dell'individuo nella consapevolezza di tale appartenenza.

Riguardo alle forme di solidarietà, può delinearsi una tipologia abbastanza variegata, in quanto sono enucleabili diversi tipi di solidarietà in base ad almeno due criteri, che si potrebbero orientativamente definire materiale e dinamico.

dell'esordio della rivoluzione francese del 1789, ma aggiunge che, rispetto alla *fraternité* «tanto suggestiva quanto evanescente», la solidarietà assume una «solennità e nitidezza» ben maggiori.

[5] Cfr. Corte cost. sent. n. 75/1992 in tema di volontariato, citazioni tratte dal punto 2 del Considerato in diritto; su tale sentenza cfr. E. Rossi, *Principio di solidarietà e legge-quadro sul volontariato*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1992, 2348 ss.

[6] In argomento si rinvia all'ampia trattazione di S. Prisco, *La solidarietà come valore comune delle tradizioni costituzionali europee. Brevi note comparate con particolare riguardo all'esperienza tedesca*, in *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali* a cura di M. Scudiero, Napoli, 2002, vol. I, tomo II, in part. 457 ss., con ampi riferimenti bibliografici alla dottrina costituzionalistica della Germania.

[7] Ved. S. Prisco, *op. ult. cit.*, 440 ss. Nell'ambito dell'UE in anni recenti cfr. Regolamento 2021/888 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2021 che istituisce il programma "corpo europeo di solidarietà" e P. Mengozzi, *L'idea di solidarietà nel diritto dell'Unione europea*, Bologna, 2022.

Alla luce del criterio materiale, attinente all'ambito oggettivo in cui la solidarietà si esplica, possono enuclearsi le tre forme di solidarietà menzionate dall'art. 2 Cost.: solidarietà politica, economica e sociale, sulle quali non è necessario soffermarsi; esse si riferiscono alle tre forme di organizzazione – politica, economica e sociale – del Paese a cui fa cenno l'ultima parte dell'art. 3, secondo comma, Cost.

In base al criterio dinamico, concernente le direzioni in cui la solidarietà opera, si distinguono solidarietà orizzontale e solidarietà verticale (ognuna delle quali può esplicarsi nei tre ambiti materiali poc'anzi citati). Questa distinzione è formulata anche con l'uso di altri aggettivi, come s'illustrerà nell'immediato prosieguo, ma i suddetti sembrano preferibili perché agevolano il confronto con le omologhe forme di sussidiarietà che verranno menzionate nel paragrafo successivo.

La solidarietà orizzontale, denominata anche «fraterna»[8], è sancita dall'art. 2 Cost. che prevede l'adempimento, da parte degli individui, dei doveri di solidarietà in ambito politico, economico e sociale. Tale forma di solidarietà si desume anche da altri disposti costituzionali: dall'art. 4, secondo comma, menzionante il dovere dei cittadini di svolgere un'attività che concorra al progresso della società; dall'art. 30, primo comma, sui doveri dei genitori di mantenere, istruire e educare i figli; dall'art. 32, secondo comma, che evoca il dovere delle persone di sottoporsi ai trattamenti sanitari obbligatori per legge; dall'art. 34, secondo comma, sull'obbligo scolastico a carico degli individui; dall'art. 48 sul dovere dei cittadini di votare; dall'art. 52 sul dovere dei cittadini di difendere la Patria; dall'art. 53 sul dovere degli individui di concorrere alle spese pubbliche; dall'art. 54 sul dovere dei cittadini di fedeltà alla Repubblica (i doveri menzionati dagli artt. 48, 52 e 54 Cost. si riferiscono alla solidarietà politica, quello citato dall'art. 53 Cost. alla solidarietà economica, tutti gli altri alla solidarietà sociale).

La solidarietà verticale, chiamata anche «paterna»[9], affiora dall'art. 3, secondo comma, Cost. che prevede l'impegno della Repubblica (intesa come complesso degli enti territoriali) a rimuovere gli ostacoli di carattere economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'uguaglianza delle persone. Tale forma di solidarietà emerge anche da altre disposizioni costituzionali: dagli artt. 30, secondo comma, e 31, primo comma, i quali prevedono che la Repubblica intervenga rispettivamente per sostituire i genitori incapaci di curare i fi-

[8] Per questa terminologia S. GALEOTTI, *op. cit.,* 10 che designa anche come "doverosa" la solidarietà orizzontale (ma tale aggettivazione potrebbe riferirsi anche alla solidarietà verticale).

[9] Per questa terminologia S. GALEOTTI, *op. cit.,* 11 che designa anche come "pubblica" la solidarietà verticale (allora la solidarietà orizzontale dovrebbe venire definita "privata": v. invece nt. prec.).

gli e per aiutare le famiglie soprattutto se numerose; dall'art. 32, primo comma, sull'obbligo della Repubblica di tutelare la salute e garantire cure gratuite agli indigenti; dall'art. 33, secondo comma, sull'obbligo della Repubblica di istituire scuole statali di ogni ordine e grado; dall'art. 34, in part. ultimo comma, sul dovere della Repubblica di garantire il diritto all'istruzione; dagli artt. 35 ss. e 38 sull'obbligo della Repubblica rispettivamente di tutelare i lavoratori e di aiutare coloro che non possono svolgere un'attività lavorativa (quest'ultimo duplice obbligo si riferisce alla solidarietà economica, mentre tutti gli altri obblighi menzionati riguardano la solidarietà sociale).

La solidarietà verticale si esplica non solo nell'attività dei pubblici poteri rispetto ai soggetti privati, come nelle ipotesi sopra richiamate, ma anche nell'azione degli enti territoriali maggiori rispetto a quelli minori[10]. Questa ulteriore accezione della solidarietà verticale, già evocata alla fine degli anni '80 dalla Corte costituzionale[11], risulta espressamente sancita nell'art. 119, quinto comma, Cost. come modificato dalla l. cost. n. 3/2001, il quale prevede che lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali a favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni per alcuni scopi fra cui quello di promuovere la coesione e la solidarietà sociale: oltre all'espressa menzione del sostantivo "solidarietà", è interessante l'uso dell'aggettivo "sociale" che richiama una delle tre forme di solidarietà previste dall'art. 2 Cost.[12].

Le distinzioni suddette non esauriscono la tipologia delle forme di esplicazione del principio solidarista: ad esempio, l'autore cui è dedicata la raccolta di saggi in cui s'inserisce il presente scritto ha enucleato altre forme di solidarietà: sociocentrica, sussidiaria, interterritoriale, interetnica e interculturale, intergenerazionale[13].

[10] Su tale accezione della solidarietà verticale ved. specificamente S. PRISCO, *La solidarietà verticale: autonomie territoriali e coesione sociale*, in *Il dovere di solidarietà*, Atti del convegno svoltosi a Bergamo il 14-15 novembre 2003, a cura di B. Pezzini e C. Sacchetto, Milano, 2005, 15 ss. che a pagina 17 definisce gli enti territoriali «"luoghi" istituzionali della "solidarietà verticale"».

[11] Cfr. la sent. n. 966/1988 che ha dichiarato l'infondatezza della questione di costituzionalità di un decreto-legge che aveva previsto contributi a favore di Comuni colpiti da avversità atmosferiche ed altresì – anche se riguarda un intervento solidaristico di un ente verso un ente non inferiore, ma di pari grado – la sent. n. 829/1988 che ha dichiarato l'infondatezza della questione di costituzionalità di una legge toscana che aveva approvato un contributo al fondo di solidarietà istituito da un'altra Regione.

[12] La connotazione sociale della solidarietà è strettamente connessa con l'altro obiettivo da perseguire, la "coesione", etimologicamente connessa alla solidarietà in quanto entrambe i vocaboli evocano il concetto di compattezza (v. inizi del par. 2).

[13] Così testualmente S. PRISCO, *Solidarietà e sussidiarietà nel pensiero dell'ultimo Galeotti*, in *Poteri e garanzie nel diritto costituzionale. L'insegnamento di Serio Galeotti*, Atti del convegno svoltosi a Bergamo il 6 giugno 2002, a cura di B. Pezzini, Milano, 2003, 124.

Tra le suddette forme rilevano soprattutto la seconda – sulla quale si tornerà nel paragrafo seguente –, la terza – cui si è accennato poc'anzi – e l'ultima, la quale è implicitamente prevista dall'art. 9, terzo comma, Cost. (comma aggiunto dalla l. cost. n. 1/2022), in base a cui la Repubblica tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi «anche nell'interesse delle future generazioni»: tale disposto, introducendo tra i principi fondamentali della Costituzione la tutela dell'ambiente, aggiunge a quest'ultima una connotazione solidaristica intergenerazionale[14].

3. *Nessi tra il principio di solidarietà e quello di sussidiarietà*

Il principio di solidarietà, presente già nel testo originario della Costituzione, merita di venire confrontato con un altro principio molto rilevante ossia quello di sussidiarietà[15], valevole anche nell'ambito dell'Unione europea[16]: tale principio non era previsto esplicitamente – anche se risultava desumibile – dal testo della Costituzione entrata in vigore nel 1948, ma è stato in seguito costituzionalizzato dalla l. cost. n. 3/2001.

Come è noto, il principio di sussidiarietà consta di due aspetti coessenziali dal punto di vista teorico, ma in pratica escludentisi a vicenda: un aspetto negativo ossia il divieto per un soggetto d'ingerirsi nella sfera d'azione in cui ha competenza un altro soggetto finché questo è in grado di agire; un aspetto positivo, cioè il dovere del primo soggetto di intervenire qualora il secondo non sia in grado di operare ossia il sussidiante deve aiutare il sussidiato ad agire e, solo in caso di protratta inattività, sostituirsi ad esso.

Il suddetto principio può manifestarsi in due direzioni: orizzontale e verticale, suggestivamente denominate proiezioni geometriche della sussidiarietà.

[14] In dottrina si parla di solidarietà intergenerazionale già da qualche anno, ossia prima della revisione costituzionale del 2022: in argomento ad es. R. Bifulco, *Diritto e generazioni future*, Roma, 2008. Tra gli scritti posteriori alla l. cost. n. 1/2022 cfr. ad es.: F. Biondi dal Monte, *Ambiente e solidarietà intergenerazionale. Chi sono le future generazioni?*, in *Lessico di Etica pubblica*, n. 2/2022, 99 ss.; T. Guarnier, *La solidarietà intergenerazionale nella prospettiva costituzionale. Prime riflessioni su alcuni nodi da sciogliere*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2022, 1 ss.; P. Lombardi, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in *www.federalismi.it* n. 1/2023, 86 ss.

[15] Fra i moltissimi scritti su tale principio ved. V. Baldini, *La sussidiarietà come «valore» e come formula organizzatoria: riflessioni su una Schlagwort del diritto pubblico*, in *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, a cura di L. Chieffi, Padova, 1999, 53 ss.

[16] Sul principio di sussidiarietà, sancito dal Trattato di Maastricht del 1992, esiste una sterminata bibliografia: per uno scritto che ne tratta anche in relazione alla solidarietà cfr. A. Quadrio Curzio, *Gli equivoci della solidarietà senza sviluppo e sussidiarietà*, in *Il Mulino* 2001, 40 ss.

La sussidiarietà orizzontale opera nel rapporto fra l'insieme dei pubblici poteri da un lato e i soggetti privati – singoli individui e formazioni sociali – dall'altro.

La sussidiarietà orizzontale, sebbene non menzionata, emerge dal combinato disposto degli artt. 30, primo e secondo comma, e 31, primo comma, Cost. (già esistenti nel testo originario della Costituzione): la Repubblica non deve ingerirsi nella funzione educativa dei genitori nei confronti dei figli, ma deve intervenire dapprima aiutando con apposite misure anche economiche i genitori che si trovino in difficoltà e poi sostituendosi ai medesimi qualora siano incapaci di provvedere alla cura dei figli.

La sussidiarietà orizzontale è prevista *expressis verbis* (ma senza l'uso di tale aggettivo) dall'art. 118, quarto comma, Cost., modificato dalla l. cost. n. 3/2001, il quale testualmente stabilisce che gli enti territoriali del nostro ordinamento (Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni) favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività d'interesse generale sulla base del principio di sussidiarietà.

La sussidiarietà verticale si esplica nel rapporto tra i vari livelli dei pubblici poteri ossia tra un ente di grado superiore e un altro di grado inferiore, ad esempio tra Stato e Regione: essa è esplicitamente prevista (ma senza l'uso del suddetto aggettivo) da due disposizioni costituzionali modificate dalla l. cost. n. 3/2001.

L'art. 118, primo comma, Cost. stabilisce che le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, esse vengano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato in base al principio di sussidiarietà (oltre che a quelli di differenziazione e adeguatezza).

L'art. 120, secondo comma, Cost., nel disciplinare il potere sostitutivo del Governo rispetto a organi di Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni, demanda alla legge la disciplina delle procedure volte a garantire che il suddetto potere sia esercitato nel rispetto del principio di sussidiarietà.

Tratteggiato il principio di sussidiarietà, possono svolgersi alcune osservazioni – anche se la tematica meriterebbe una disamina approfondita, che in questa sede non si può effettuare per ragioni di brevità – sul rapporto fra tale principio e quello solidarista, che vengono considerati come strettamente connessi[17].

Le forme di sussidiarietà orizzontale e verticale corrispondono, sotto il profilo nominalistico, alle forme di solidarietà orizzontale e verticale esaminate nel paragrafo precedente: ciò agevola il confronto tra esse in quanto forme omologhe cioè di ugual natura.

[17] S. Prisco, *Solidarietà e sussidiarietà…*, cit., 121 definisce il richiamo alla sussidiarietà «come ineliminabile versante della solidarietà, verso della stessa moneta».

Riguardo al rapporto tra solidarietà orizzontale e sussidiarietà orizzontale, la prima può esplicarsi qualora la seconda venga applicata correttamente cioè anzitutto come tendenziale prevalenza del suo aspetto negativo (divieto d'intervento del sussidiante) e poi come esplicazione del suo aspetto positivo (intervento del sussidiante) in modalità rispettose del sussidiato: ad esempio l'obbligo dei genitori di educare i figli in base all'art. 30, primo comma, Cost. non deve essere ostacolato o vanificato da un intervento penetrante dei pubblici poteri volto a sostituirsi ai genitori nella loro funzione educatrice, ma, qualora i genitori abbiano difficoltà a svolgere tale funzione, la Repubblica in base all'art. 31, primo comma, Cost. deve agevolarli con misure economiche e altre provvidenze[18].

Quanto al rapporto tra solidarietà verticale e sussidiarietà verticale, occorre distinguere due ipotesi di solidarietà: la solidarietà verticale tra pubblici poteri e soggetti privati, e la solidarietà verticale tra i vari livelli dei pubblici poteri.

A differenza della prima, solo la seconda ipotesi di solidarietà verticale è facilmente confrontabile con la sussidiarietà verticale poiché entrambe configurano l'intervento di un livello istituzionale superiore nei confronti di uno inferiore: esse potrebbero sembrare equivalenti, poiché l'azione solidaristica del livello superiore nei confronti dell'inferiore si concreterebbe nel sussidio fornito da quello a questo, mentre ad un'attenta analisi i due principi non coincidono.

Invero, la solidarietà verticale comporterebbe un amplissimo intervento del livello territoriale superiore nei confronti di quello inferiore appunto a fini solidaristici, mentre la corretta applicazione della sussidiarietà verticale implica che il livello superiore deve astenersi dall'intervenire se l'inferiore è in grado di operare e, solo in caso di incapacità di quest'ultimo, agire in via sussidiaria: il principio di sussidiarietà verticale pone dunque un limite all'intervento del livello superiore cioè il rispetto della competenza e della responsabilità proprie del livello inferiore.

Se è abbastanza agevole porre in relazione le forme omologhe di solidarietà e sussidiarietà, risulta invece più problematico tratteggiare il rapporto tra le forme opposte cioè: tra solidarietà orizzontale e sussidiarietà verticale o, all'inverso, tra solidarietà verticale e sussidiarietà orizzontale.

In particolare, un rapporto tra solidarietà orizzontale e sussidiarietà verticale non sembra prospettabile nel senso che, ai fini dell'adempimento dei doveri solidaristici da parte dei soggetti privati, non rileva l'articolazione interna

[18] Negli articoli 30 e 31 Cost. si esplicano sia la solidarietà verticale sia la sussidiarietà verticale.

dei pubblici poteri che dovessero eventualmente intervenire ossia non rileva se sia preferibile l'intervento del livello istituzionale inferiore o di quello superiore; ancora più disagevole sembra configurare una relazione tra solidarietà verticale e sussidiarietà orizzontale.

4. *L'attuazione del principio solidarista*

Se dal livello astratto della configurazione del principio di solidarietà si scende al piano concreto della sua attuazione, affiorano alcune problematiche da esaminare distintamente riguardo alle due principali accezioni della solidarietà.

In riferimento alla solidarietà orizzontale, si osservi che sarebbe auspicabile il generalizzato e convinto adempimento, da parte dei soggetti privati, dei doveri di solidarietà definiti inderogabili dall'ultima frase dell'art. 2 Cost.; ma particolarmente significativa risulta anche l'attività solidaristica dei privati non caratterizzata dall'obbligatorietà come il volontariato, che è una delle più rilevanti manifestazioni di solidarietà[19].

Con riguardo alla solidarietà verticale, rivolta sia ai soggetti privati che ai livelli inferiori dei pubblici poteri, occorre esaminare due fenomeni opposti: da un lato l'accentuazione, e dall'altro lato invece la riduzione, dell'intervento solidaristico effettuato dai pubblici poteri nei confronti dei soggetti privati ovvero dal livello istituzionale superiore rispetto a quello inferiore.

Il fenomeno dell'accentuazione dell'intervento solidaristico dei pubblici poteri, verificatosi nei periodi favorevoli dal punto di vista economico ovvero in quelli ove è stata aumentata a dismisura la spesa pubblica, si presta ad una duplice valutazione.

Per un verso, esso risulta apprezzabile se va a favore dei soggetti privati o degli enti territoriali inferiori bisognosi di aiuto: qualora tale intervento sia rivolto ai soggetti privati, esso si concretizza nell'impegno a garantire con la massima ampiezza i diritti sociali.

Per altro verso, tuttavia il suddetto fenomeno è criticabile se consiste nel fornire aiuti anche a soggetti o enti che non ne abbiano bisogno, essendo in grado di agire autonomamente (non sarebbe qui correttamente applicato il principio di sussidiarietà verticale, di cui si è detto alla fine del paragrafo precedente): con riferimento a tali ipotesi, che manifestano degenerazioni assi-

[19] Merita sottolineare che la sent. n. 75/1992 della Corte costituzionale la quale ha tratteggiato una significativa configurazione del principio di solidarietà (sentenza citata *supra* in nt. 5) è stata emessa in un giudizio di costituzionalità sulla l. n. 266/1991 Legge-quadro sul volontariato.

stenzialistiche e tendenze accentratrici da parte dello Stato, si è parlato di «mala-solidarietà»[20].

L'opposto fenomeno della riduzione dell'intervento solidaristico dei pubblici poteri, verificatosi nei periodi di crisi economica ovvero in quelli di austerità del bilancio pubblico, si presta ad una valutazione sempre negativa: invero tale fenomeno comporta l'affievolimento della garanzia dei diritti sociali, che per loro natura sono finanziariamente condizionati, con palese violazione del principio solidarista[21].

Entrambi i suddetti fenomeni mostrano che l'esplicarsi della solidarietà dipende da vari fattori tra i quali rileva specialmente l'assetto istituzionale nonché socio-economico in cui la medesima è operante; dunque, anziché una nozione unitaria e astratta di solidarietà, bisognerebbe considerare le molteplici e concrete modalità di esplicazione di essa.

[20] Citazione tratta da S. Galeotti, *Il valore*, cit., 21 che a pagina 20 parla di «processo… facile e drogato di realizzare la solidarietà».

[21] Sui rischi per l'attuazione del principio solidarista v. ad es. A. Apostoli, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano, 2012, 141 ss.

Daniele Vitale[*]

BREVI OSSERVAZIONI A MARGINE DEL DISEGNO DI LEGGE COSTITUZIONALE AS. N. 935/2023

SOMMARIO: 1. Il contenuto del d.d.l. AS. 935. – 2. Un «Premier(ato) all'Italiana». – 3. Il modello di democrazia «premierale». – 4. Alcune notazioni conclusive.

1. *Il contenuto del d.d.l. AS. 935*

«Offrire soluzione alle risalenti problematiche della forma di governo italiana, cioè l'instabilità degli Esecutivi, l'eterogeneità e la volatilità delle maggioranze, il "transfughismo" parlamentare […] La proposta di revisione mira a consolidare il principio democratico, valorizzando il ruolo del corpo elettorale nella determinazione dell'indirizzo politico della Nazione, attraverso l'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri e la stabilizzazione della sua carica, per dare appoggio e continuità al mandato democratico».

Il comunicato governativo del 15 novembre 2023 in accompagnamento al disegno di legge costituzionale AS. 935 si innesta all'interno della narrazione partitica sulla (non provata) esistenza di disfunzionalità endemiche della vigente forma di governo. Per raggiungere i dichiarati obiettivi, lo strumento che l'attuale maggioranza politica si propone di impiegare è una revisione asseritamente «minimale» del Testo Fondamentale con cui operare «in continuità con la tradizione costituzionale». In realtà, appare manifesto come la rinominata «riforma sul Premierato»[1] possieda una capacità di incisione ben più profonda di quanto sostenuto, innervandosi sui perni principali della forma di governo parlamentare e presentando profili di indubbia novità[2].

In primo luogo, riscrivendo integralmente il comma 2 dell'articolo 92 Cost., il d.d.l. AS. 935 dispone che «Il Presidente del Consiglio è eletto a suffragio

[*] Dottorando di ricerca in diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II – daniele.vitale@unina.it.

[1] Benché non espressamente richiamata nella formulazione del disegno di legge, la locuzione «Premierato» ha ormai conosciuto un ampio utilizzo nel dibattito politico e nelle numerose notazioni della più dottrina. Contrario al suo uso concettuale, F. PASTORE, *Stravolgimento della forma di governo parlamentare italiana nel DDL costituzionale, A.S. n. 935 della XIX legislatura,* in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, n. 2/2023, XL.

[2] Si precisa preliminarmente che, nella presente analisi critica, si prenderà in considerazione la più recente formulazione del d.d.l. AS. 935, di recente posta all'attenzione dell'Assemblea in seguito ai lavori di modifica operati dalla 1° Commissione Affari costituzionali del Senato.

universale e diretto per cinque anni». Stabilito che le elezioni delle Camere e del Premier abbiano luogo «contestualmente», dalla scelta diretta del vertice dell'Esecutivo discende come effetto positivizzato che «Il Presidente della Repubblica conferisce al Presidente del Consiglio eletto l'incarico di formare il Governo, nomina e revoca su proposta di questo, i ministri».

Con una ulteriore innovativa variazione, il d.d.l. propone l'introduzione diretta in Costituzione di alcuni aspetti del sistema elettorale da impiegarsi per l'elezione del Presidente del Consiglio e delle Assemblee rappresentative. Segnatamente, esso stabilisce che «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».

In secondo luogo, riscrivendo integralmente la formulazione del comma 3 dell'art. 94 Cost., il d.d.l. AS. 935 opera una profonda modifica delle norme relative al rapporto fiduciario tra Camere e Governo. In particolare, introducendo nuove forme di razionalizzazione nella fase genetica del nesso fiduciario, esso stabilisce che «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» precisando che, nella eventualità di mancata approvazione della seconda mozione di fiducia «il Presidente della Repubblica procede allo scioglimento delle Camere».

Ulteriormente, il d.d.l. introduce *ex novo* una disciplina positiva del fenomeno delle crisi nelle ipotesi di «cessazione dalla carica del Presidente eletto». In particolare, la nuova disposizione sancisce gli effetti dell'ampia casistica delle perturbazioni del rapporto fiduciario dopo il suo perfezionamento, stabilendo che «[1] In caso di revoca della fiducia al Presidente del Consiglio, mediante mozione motivata, il Presidente della Repubblica scioglie le Camere. [2] In caso di dimissioni del Presidente, previa informativa parlamentare, questi può proporre, entro sette giorni, lo scioglimento delle Camere al Presidente della Repubblica, che lo dispone. [3] 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».

2. *Un «Premier(ato) all'Italiana»*

Elezione diretta e contestuale del *Premier* e delle Camere, limitazione delle facoltà del Capo dello Stato, introduzione di ipotesi vincolanti lo scioglimento

anticipato, costituzionalizzazione del premio di maggioranza. L'attuale maggioranza ha prescelto questi mezzi per realizzare il «consolidamento del principio democratico e la stabilità dell'azione governativa», strumenti che, nella loro innovatività, tracciano un quadro materiale nient'affatto minimale[3].

Invero, il tipo di legittimazione immediata e la varietà di poteri di direzione politica attributi al Presidente eletto in correlazione alla riconfigurazione del rapporto fiduciario con il Parlamento secondo il principio del «*simul stabunt simul cadent*» non trovano un equivalente nel panorama delle forme di governo parlamentari[4], potendo invece l'inedito «Premierato all'italiana» essere plausibilmente sussunto nell'idealtipo cd. «neo-parlamentare»[5].

In ogni caso, le peculiari attribuzioni di cui diverrebbe titolare il Presidente del Consiglio inducono a ritenere che tale rinnovato soggetto istituzionale, più che rassomigliare alla figura del Premier nel modello Westminster, sia identificabile come un inedito «monarca elettivo»[6], capace di esercitare una inedita «egemonia»[7] sia nei riguardi del Capo dello Stato, sia rispetto alla compagine governativa, sia nei confronti del soggetto e funzioni del Parlamento.

Orbene, per quanto concerne le attribuzioni del Capo dello Stato, appare palese la compressione esplicita e implicita di quei «poteri elastici» che tale organo ha acquisito, anche *praeter Consitutionem*, nel corso della storia repubblicana[8]. Nonostante l'espressa tipizzazione di alcune importanti fattispecie

[3] In tal senso, M. Calamo Specchia, *Della Costituzione Repubblicana, "Italiani! Voi cosa volete fare?". Notarelle a margine di una revisione costituzionale che nasconde molto più di quanto non dica*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online*, n. 2/2023, XLVIII, secondo cui la *ratio* della riforma si connota per una prospettiva più ampia, avendo ad oggetto non solo la revisione della forma di governo, ma il «mutamento del tipo di ordinamento rappresentativo».

[4] Per una disamina delle caratteristiche essenziali di tale forma di governo per come variamente declinata nei principi Ordinamenti che la adottano, S. Prisco, *Il bivio. Due possibili esiti per una rinnovata forma di governo*, in *Rassegna parlamentare*, n. 3/2013, 579 ss.

[5] In senso convergente, circa la sovrapponibilità del modello descritto nel d.d.l. AS. 935 rispetto alla forma di governo postulata da Duverger e dal Club Molin, variamente applicata nel sistema regionale, *ex multis*, 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. 2/2023, 1020 ss.

[6] Il riferimento terminologico è ripreso da L. Elia, *Il Primo Ministro nel diritto comparato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1966, 864, che ne ricava l'uso da F.W.G. Benemy, *The Elected Monarch. The Development of the Power of the Prime Minister*, London, 1965.

[7] Sulla nozione di egemonia come categoria politica e giuridica, R. Manfrellotti, *Egemonia dei partiti politici e forma di governo*, Napoli, 2019, 27, secondo cui «Essa designa la capacità direttiva di un ordinamento sull'altro, purché entrambi gli ordinamenti [potendosi qualificare come tali anche gli organi costituzionali] conservino la propria capacità di autodeterminazione e rivestano la qualità di autonomi e distinti centri di determinazione, senza che l'ordinamento sottoposto si annichilisca al punto di risolversi nell'istituzione guida».

[8] Sul punto, L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970, 660 ss., secondo cui «Si può senz'altro riconoscere che il ruolo del Capo dello Stato

di deroga all'obbligo di controfirma ministeriale – in particolare, la nomina del Presidente del Consiglio – nell'economia istituzionale delineata dal d.d.l. AS. 935, il ruolo del Presidente della Repubblica appare limitato all'esercizio di attività vincolate od obbligate, non sussumibili nelle attuali «funzioni di garanzia» del corretto funzionamento del sistema istituzionale[9].

Difatti, ad un esame critico, la permanente titolarità di questo potere di nomina parte del Capo dello Stato assume un carattere meramente formale e rigidamente prestabilito dalla tipologia di sua legittimazione diretta, ben potendo essa condurre alla scelta, foriera di responsabilità politica o persino penale, di nominare un soggetto assolutamente inidoneo alla carica. L'inevitabile restrizione dell'autonomia costituzionale del Presidente della Repubblica risulta evidente anche nelle ipotesi di nomina o revoca dei ministri, potendosi porre l'eventuale rifiuto della stessa in contrasto con la volontà popolare, incanalata nella necessaria proposta proveniente proprio dal Premier[10].

Significativamente ridotte appaiono altresì le facoltà di impulso che il Presidente della Repubblica ha assunto nella gestione delle crisi di governo, assistendosi al superamento della cd. «tutela presidenziale»[11]. Il d.d.l. AS. 935, difatti, restringe il campo della «azione creativa-risolutiva delle crisi»[12] da parte del Capo dello Stato alla residuale ipotesi di mancato esercizio da parte del Premier del proprio discrezionale potere di dar luogo a elezioni anticipate.

Anche con riferimento alla strutturazione e all'esercizio delle funzioni costituzionali del Governo, si può osservare un importante rafforzamento del ruolo del Presidente eletto quale centro di imputazione autonoma delle principali decisioni politico-esecutive. La legittimazione immediata del Premier e, come rilevato, l'attribuibilità sostanziale a questi del potere di revoca dei mi-

nell'esperienza repubblicana sia cresciuto rispetto alle formule accolte nelle disposizioni costituzionali. L'allargamento "istituzionalizzato" dei poteri del più alto organo statuale avviene mediante convenzioni, trasformatesi in vere consuetudini, circa il significato della controfirma ministeriale».

[9] Sulle caratteristiche e sul "tono costituzionale" delle funzioni esercitabili dal Capo dello Stato, S. GALEOTTI, *Il Presidente della Repubblica; struttura garantistica o struttura governante*, in ID., *Il Presidente della Repubblica garante della Costituzione*, Milano, 1995, 85 ss.

[10] Si segnala al riguardo che la preclusione a interventi diretti del Capo dello Stato, in senso divergente da quanto voluto dal Presidente eletto, sembra trovare applicazione anche per quanto concerne l'inedita ipotesi di revoca dei singoli ministri, apparendo – salvo una limitata opera di «*moral suasion*» – l'atto presidenziale una mera ratifica di quanto stabilito dal Premier.

[11] Il riferimento terminologico è ripreso da A. BALDASSARRE, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, in A. Baldassare, G. Scaccia (a cura di), *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di* governo, Roma, 2012, 28.

[12] E. FURNO, *Il Presidente della Repubblica al tempo delle crisi*, Napoli, 2021, 98 ss.

nistri appaiono atte a condurre a una netta riconfigurazione dei rapporti tra Presidente del Consiglio e gli altri organi che compongono l'Esecutivo[13].

Segnatamente, tracciando sul piano politico una reale diseguaglianza tra la figura del Presidente del Consiglio e dei ministri, tali forme di rafforzamento istituzionale risultano capaci di ridurre l'autonomia politica di questi ultimi, assumendo essi la fisionomia di meri esecutori – facilmente sostituibili – dell'indirizzo politico dal primo prestabilito. Pur in assenza di una revisione esplicita dell'art. 95 Cost., risulta evidente la volontà concreta di stabilire un modello costituzionale di Governo a conduzione monocratica del Premier, introducendo un assetto diversificato dell'Esecutivo, ontologicamente «polarizzato» tra il vertice eletto e la compagine ministeriale[14].

La ri-configurazione del Presidente eletto come «*primus super pares*»[15] determina, altresì, lo svuotamento *de facto* delle attribuzioni del Consiglio dei Ministri, trasformandolo in organo di consulenza o ratifica delle decisioni monocratiche. Difatti, alla luce della formulazione del d.d.l. AS. 935, il Premier può materialmente sia revocare la nomina di un membro del Consiglio senza la necessità di un previo passaggio o discussione al suo interno – come attualmente previsto per la risoluzione dei conflitti inter-ministeriali – sia decidere in autonomia la durata istituzionale del Governo e del Parlamento, esercitando queste prerogative una pressione tale da inibire seriamente la formazione in seno al Consiglio di una volontà politica contraria al Premier.

L'ultimo *locus* in cui si manifesta la rinnovata «egemonia istituzionale» del Presidente del Consiglio è dato dalla relazione di fiducia con le Camere. Sebbene a monte della revisione paia permanere l'immagine dell'Esecutivo quale «emanazione permanente del Parlamento»[16], l'applicazione rigida della regola del «*simul stabunt simul cadent*» sembra volta a rovesciare i attuali rapporti di

[13] Occorre osservare sul punto che nelle disposizioni costituzionali sul Governo si sono intrecciate la volontà di attribuire ad esso una posizione stabile e il timore politico dell'accentramento dei poteri di indirizzo politico nelle mani di un solo soggetto. Il risultato di questo bilanciamento è la compresenza di tre divergenti coordinate sull'assetto dell'Esecutivo – direzione monocratica, direzione collegiale, autonomia del singolo ministro – non avendo il Costituente posto una loro chiara gerarchia. L'indeterminatezza di un modello prestabilito di Governo ha così dato origine a ricostruzioni che hanno variamente valorizzato la preminenza dell'assetto monocratico – C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, 550 ss. – ovvero la necessaria prevalenza della conduzione collegiale – G. Ferrara, *Il governo di coalizione*, Milano, 1973, 50 ss. In ogni caso, come ben rilevato da L. Elia, *Il Primo Ministro*, cit., 860 ss., l'assetto dell'Esecutivo risulta rimesso alle concrete circostanze e contesti politici.

[14] Il riferimento terminologico e l'immagine esemplificativa sono ripresi da L. Ventura, *Il Governo a multipolarità diseguale*, Milano, 1988, 125 ss.

[15] M. Calamo Specchia, *Della Costituzione Repubblica*, cit., XLIX.

[16] L. Elia, *Governo (forme di)*, cit., 642.

forza tra questi organi, divenendo il Premier il reale *dominus* del nesso fiduciario. Egli, difatti, può decidere autonomamente e discrezionalmente – non avendo poteri di decisione né il Capo dello Stato né il Consiglio dei Ministri – di sciogliere anticipatamente le Camere attraverso le proprie dimissioni volontarie, operando in tal modo una permanente e determinante pressione politica sulla propria maggioranza parlamentare, peraltro già compattata dall'introduzione di un sistema elettorale corretto dalla previsione del premio[17].

L'indotta appropriazione del rapporto fiduciario e il fisiologico rafforzamento delle capacità di influenze sistemiche da parte del Premier si accompagnano ad un generale accrescimento quantitativo e qualitativo dei poteri di decidere e incidere sull'esercizio delle eterogenee funzioni normative, in particolar modo su quella legislativa attribuita ai sensi dell'art. 70 Cost. alle Camere. Occorre osservare in argomento che questa inedita supremazia del Presidente del Consiglio eletto è impiantata in un più risalente e ampio fenomeno di «marginalizzazione del ruolo del Parlamento»[18], questione che trova le proprie cause originanti nell'(ab)uso degli atti normativi di provenienza governativa[19] nonché nella distorsione di quelle specifiche prerogative esercitabili dal Governo nel corso dei lavori delle Assemblee rappresentative[20].

La correlazione tra la verticalizzazione dell'Esecutivo imposta dal d.d.l. AS. 935 e la marginalizzazione del Parlamento rafforza l'accentramento della potestà normativa nella figura del Presidente eletto, quale effettivo nuovo detentore della «signoria delle fonti»[21]. Difatti, anche in assenza di una revisione espressa in materia di funzioni normative, a fronte dello svuotamento del ruolo

[17] In questi termini, già prima dell'irrigidimento del principio della decadenza contestuale degli organi per come formulata attualmente nel d.d.l. AS. 935, F. Bassanini, *Il dibattito sulla riforma costituzionale e la scelta della forma di governo* in *Rassegna Astrid*, n. 9/2023, 9 ss.

[18] In argomento, *ex plurimis*, P. Caretti, *La "crisi" della legge parlamentare*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2010, 8 ss., il quale evidenzia come questa eterogenea tendenza abbia ad oggetto materiale «I luoghi del procedimento legislativo nella loro fondamentale funzione di confronto e di mediazione tra le parti politiche, sempre più difficile, ma in ogni caso irrinunciabile».

[19] Per un'analisi critica dei dati e delle circostanze che hanno accompagnato e favorito il rafforzamento dell'Esecutivo come principale soggetto normatore nell'Ordinamento costituzionale, A. Cardone, *Sistema delle fonti e forma di governo. La produzione normativa della Repubblica tra modello costituzionale, trasformazioni e riforme (1948-2023)*, Bologna, 2023.

[20] Si pensi, in senso esemplificativo, all'abuso della questione di fiducia, strumento sovente adoperato come mezzo di accelerazione dei termini del procedimento legislativo, anche a fronte di decisioni parlamentari riguardanti gli atti normativi del Governo. Sul punto, *ex multis*, M. Olivetti, *Il Governo in Parlamento,* in V. Atripaldi, R. Bifulco (a cura di), *La Commissione parlamentare per le riforme costituzionali della XIII legislatura*, Torino, 1998, 266 ss.

[21] L'espressione terminologica è ripresa da M. Cartabia, *Il Governo "signore delle fonti"?*, in M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzanella (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e Giudici*, Torino, 2010, XII.

direttivo del Consiglio dei Ministri, può assistersi alla traslazione nella discrezionalità politica del Premier sia dei poteri normativi propri dell'Esecutivo sia – rafforzandole oltremodo – delle facoltà tipiche che il Governo, quale organo a conduzione collegiale, può far uso per indirizzare i lavori parlamentari.

Circa quest'ultima affermazione, può osservarsi come esempio rappresentativo l'obiettiva assunzione da parte della questione di fiducia della forma di inevitabile strumento di perenne pressione politica, condizionante i lavori dei singoli membri della maggioranza parlamentare. Invero, la mancata approvazione della questione determina non solo l'obbligo di dimissioni del Governo, ma funge da fatto giuridico che, imponendo le dimissioni del Premier, attivano nell'*an* il suo discrezionale potere di scioglimento anticipato.

In ultimo, di fianco alla traslazione della proteiforme potestà normativa al vertice eletto del Governo, può osservarsi un ulteriore rafforzamento dell'autonomia normativa del Premier e degli atti adottabili *iure proprio* senza il necessario concorso del Consiglio dei Ministri. Ci si riferisce, più specificamente, alla eterogenea categoria dei decreti del Presidente del Consiglio (D.P.C.M.) che hanno assunto un controverso spazio nel sistema delle fonti, sia nella disciplina di materie «ordinarie» ovvero in caso di «emergenza»[22]

La legittimazione diretta del titolare di questo potere normativo, a parere di chi scrive, risulta idonea a imprimere in capo alla figura del D.P.C.M. un carattere di «intrinseca politicità»[23] tale che, per un verso, questo atto ben potrebbe rientrare tra l'ipotesi di esclusione del sindacato di legittimità del Giudice Amministrativo ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. n. 104/2010, dall'altro che ad esso potrebbero essere attribuite le medesime garanzie di autonomia politica che connotano le Camere nell'esercizio delle proprie funzioni.

4. *Il nuovo modello di democrazia «premierale»*

La struttura del d.d.l. AS. 935 restituisce all'interprete i segni di una ricercata trasformazione radicale della vigente forma di governo parlamentare, rappresentando l'egemonia istituzionale del Presidente del Consiglio la *ratio* teleologica e la cifra dell'intera riforma. È d'uopo osservare al riguardo che il descritto pleroma di nuovi poteri impliciti ed espliciti del Premier trova un previo e ulteriore elemento di sostegno nell'inedita scelta dei propositori della revisione di inserire direttamente nel Testo Fondamentale una speciale

[22] Per una ricostruzione analitica, *ex multis*, M. Salerno, *D.P.C.M. regolamentari e ruolo del Presidente del Consiglio*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, n. 1/2023, 645 ss.

[23] Sulla nozione in esame quale «libertà nella scelta dei fini che si esprime primariamente nella legge», E. Cheli, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1992, 200 ss.

riserva di legge per quanto concerne il nuovo sistema elettorale delle Assemblee[24].

La disposizione in esame, come già rilevato, prevede un meccanismo di sovra-rappresentazione delle liste e dei candidati collegati al Presidente «vincitore delle elezioni», garantendogli attraverso un premio di tipo «*majority-assuring*»[25] almeno il 50 per cento dei seggi in ciascuna Camera, favorendo così la creazione di una maggioranza parlamentare, presuntivamente compatta. Questa previsione, per un verso, sembra porsi come limite all'introduzione di un sistema maggioritario puro, dall'altro, tuttavia, sottende al reale obiettivo perseguito dell'abbozzato nuovo sistema elettorale delle Camere, fine rappresentato dalla «omogeneizzazione politica» degli organi costituzionali.

Invero, nonostante l'eliminazione dal testo della proposta del riferimento alla «governabilità»[26], il principio-valore della rappresentatività e dell'eguaglianza nel voto – formanti del nucleo duro della materia elettorale – appare recedere a fronte della riconoscibile necessità non tanto di «evitare pregiudizi per la funzionalità dell'organo parlamentare»[27], quanto di rafforzare sul piano parlamentare la già estesa supremazia istituzionale del Premier eletto.

In senso più generale, la costituzionalizzazione del premio di maggioranza appare volta a introdurre un diverso modello di democrazia, trasformando il Parlamento da soggetto «che incarna la rappresentanza politica»[28] in un organo subalterno che conserva limitati poteri di controllo sull'attività del Presidente eletto, l'unico depositario ed esecutore dell'indirizzo politico presuntivamente espresso dal popolo, *rectius* dalla «Nazione» secondo la terminologia dei propositori della riforma[29]. Invero, nell'economia istituzionale descritta

[24] In argomento, A. Ruggeri, *La riforma Meloni e le sue stranezze, al bivio tra evoluzione istituzionale e involuzione autoritaria*, in *Consulta online*, n. 3/2023, 1017 ss., il quale evidenzia il carattere di novità della proposta e i rischi – soprattutto in riferimento l'originaria formulazione del d.d.l. AS. 935 – di porsi essa in contrasto con i principi supremi in materia elettorale per come interpretati e applicati dal Giudice costituzionale.

[25] In questi termini, ad esempio, M. Ruotolo, *Tra premierato e possibile jackpot system*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online*, n. 2/2023, XXV.

[26] Sulla anomalia di offrire riconoscimento costituzionale alla controverso concetto di governabilità come principio posto a contrappeso della rappresentatività, 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,* n. 3/2023, 10 ss.

[27] Il riferimento terminologico è ripreso dalla nota Corte cost., sentenza n. 1/2014, § 3.1 del Considerato in diritto, con cui il Giudice delle leggi, nel sanzionare l'illegittimità del premio di maggioranza previsto dalla l. n. 270/2005, dichiarava «obiettivo di rilievo costituzionale» la governabilità, intesa come stabilità dell'Esecutivo ed efficienza dei processi decisionali.

[28] Corte cost., sentenza n. 8/2022, § 4 del Considerato in diritto.

[29] Sulla distinzione concettuale tra «Popolo» e «Nazione» nella prospettiva costituzionale, C. De Fiores, *Nazione e Costituzione*, Torino, 2005.

nella proposta di revisione, il sistema elettorale e i poteri del Premier appaiono esclusivamente volti a condurre alla «monocratizzazione e personalizzazione della politica», riducendo il fisiologico spazio dialettico che trova nelle Assemblee parlamentari il luogo privilegiato di estrinsecazione, sacrificandolo in vista di un percepito bene superiore, dato dalla governabilità[30].

A parere di chi scrive, in considerazione degli effetti complessivi originati dalla «riforma organica» descritta nel d.d.l. AS. 935, il Premierato rappresenta in sé stesso non solo una nuova e inesplorata forma di governo, ma ri-costituisce e ri-forma un inedito modo d'essere della democrazia (costituzionale) rappresentativa per come tradizionalmente delineata negli assetti parlamentari, orientando l'intera vita politica di tutti gli organi costituzionali e dello stesso popolo sovrano verso un unico tipo e luogo di legittimazione. Detto altrimenti, il momento della investitura del Premier nelle «elezioni contestuali» assorbe in sé e mistifica le istanze del pluralismo politico che sono naturalmente radicate nel popolo, le quali trovano nella scelta dei membri del Parlamento e nelle sue funzioni la propria rappresentazione essenziale[31], andando così ad anestetizzare il dinamismo della vita democratico-politica della Repubblica, a vantaggio della stabilità dell'Esecutivo, reputato un bene superiore.

3. *Alcune notazioni conclusive*

A prescindere da quale sarà l'esito finale del procedimento di revisione in esame, il disegno di legge costituzionale AS. 935 ha segnato un ulteriore importante momento della storia politica dell'Italia Repubblicana, avendo il metodo seguito nell'avviamento dell'*iter* previsto dall'art. 138 Cost. e il contenuto materiale della riforma determinato importanti conseguenze istituzionali.

In primo luogo, al pari di precedenti e fallimentari esperienze di riforma[32], la recente proposta di modifica palesa lo stato di avanzamento del processo di «flessibilizzazione» della Parte II della Costituzione. Il d.d.l. AS. 935, nella sua

[30] In termini analoghi, A. Algostino, *Premierato… purché capo sia: il fascino della verticalizzazione del potere e i rischi del suo innesto in una democrazia spoliticizzata*, in *Rivista AIC*, n. 3/2023, 127 ss., che rileva i problemi di questo inedito modello nel quale si assiste alla «sostituzione della dialettica e della mediazione proprie di un governo parlamentare con la decisione di un organo monocratico, raffigura – citando Schmitt – "l'uomo di fiducia di tutto il popolo"»

[31] Il predominio quasi assoluto del Premier sul Parlamento si pone, in questa prospettiva, agli antipodi rispetto al divergente modello cooperativo descritto, ad esempio, da L. Elia, *Il Governo come comitato direttivo del Parlamento*, in *Civitas*, n. 4/1951, 59 ss., ove l'Autore auspicava uno snellimento dei procedimenti parlamentari delle Assemblee.

[32] Per un esame sui tentativi più recenti di riforma, *ex multis*, G. Di Cosimo, *Le riforme istituzionali dopo il referendum*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2017, 11 ss.

stessa ideazione, offre supporto all'idea partitica, radicatasi nella prassi politica[33], che la funzione di revisione rappresenti un'attività pienamente disponibile alla contingente maggioranza di governo. Non appare, difatti, casuale che la revisione in atto abbia avuto avvio su iniziativa diretta del Governo che ne ha stabilito unilateralmente il contenuto dopo un dialogo con le opposizioni, avvenuto prima della scrittura materiale della proposta e al di fuori delle aule parlamentari, rappresentando l'eventuale – ma subito richiamato dalle forze politiche – momento della «*provocatio ad popolum*» non solo lo strumento delle minoranze per fermare *in toto* la revisione, ma anche la potenziale sanzione per la maggioranza della bontà del proprio indirizzo politico.

In secondo luogo, il d.d.l. AS. 935 esplicita e fa propria la tesi secondo cui la forma di governo parlamentare, per come delineata dal Costituente, sia causa *in re ipsa* delle oggettive criticità che affettano il sistema istituzionale[34]. In analogia alle precedenti esperienze di revisione, il sostrato ideologico della riforma appare dato dall'idea che la governabilità soggettiva delle Istituzioni sia un bene-valore fondamentale che non può essere raggiunto attraverso l'attuazione delle disposizioni costituzionali, sul rilievo della loro «natura compromissoria»[35]. La stabilità del sistema, secondo questa visione praticata, potrebbe essere recata solo attraverso una riforma che possa garantire il rafforzamento dell'Esecutivo e della *leadership* del suo vertice Capo del Governo.

Orbene, sul rilievo degli effetti concretizzabili, dal contenuto concreto della proposta di revisione e dal metodo perseguito per attuare la riforma costituzionale, a parere di chi scrive non appare possibile esprimere un giudizio positivo sul d.d.l. AS. 935, apportando la potenziale riforma un rischio ben più elevato rispetto ai presunti vantaggi recati[36]. Il Premierato all'Italiana appare distorcere chiaramente la tradizione costituzionale italiana e la *ratio* stessa della «Costituzione dei poteri» che non può mai essere separata logicamente dalla «Costituzione dei diritti»[37], essendo esse intrinsecamente inter-connesse nel

[33] Si consideri sul punto che la revisione – più o meno ampia – della Costituzione ha trovato spazio, di fianco a punti ordinari come sanità o istruzione, nei programmi di tutti i principali partiti che hanno preso parte alla competizione elettorale nel 2021.

[34] Sulla portata di questa tesi, A. Lucarelli, *Premierato e riforme costituzionali: il mito della governabilità*, in *Rivista AIC*, n. 4/2023, 296 ss.

[35] Per una rappresentazione di questa idea teorica trasposta anche nella prassi politica, *ex multis*, L. Elia, P. Scoppola, *A colloquio con Dossetti e Lazzati*, Bologna, 2003.

[36] In senso affine, *ex plurimis*, G. Silvestri, *Stretta autoritaria o paralisi: le rosee prospettive del premierato*, in *Democrazia e Diritto*, n. 2/2023, 27 ss.

[37] I riferimenti terminologici sono ripresi da M. Luciani, *La «Costituzione dei diritti» e la «Costituzione dei poteri»*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Padova, 1985, 165 ss.

dar vita all'immodificabile «forma repubblicana»[38].

In particolare, a parere di chi scrive, salvo importanti interventi di ristrutturazione dell'impianto valoriale del d.d.l. AS. 935, la proposta di riforma si pone in contrasto con il combinato disposti dei principi personalista e democratico che radicano l'immagine della Costituzione Repubblica come «Costituzione personalista» nella quale la dignità della persona umana rappresenta la *Grundnorm* che il Costituente ha voluto porre come «pietra d'angolo dell'intero impianto costituzionale»[39]. Il Premierato riduce, difatti, il ruolo della persona e del suo inviolabile diritto di partecipazione politica al mero momento della investitura plebiscitaria del Presidente del Consiglio, rimettendo nella sua volontà l'intera conduzione della *res pubblica*, instaurando un pericoloso modello di democrazia (s)personalizzata e una forma di governo priva dei necessari meccanismi di pesi e contrappesi tra poteri[40].

[38] In tal senso, C. Mortati, *Relazione all'Assemblea Costituente della Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato*, Roma, 1946, in Id., *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzione dello* Stato, I, Milano, 1972, 603 ss.

[39] In questi termini, V. Baldini, *Sussidiarietà e valore personalista nello Stato costituzionale di diritto*, in Id. (a cura di), *Sussidiarietà e diritti*, Napoli, 2007, 57.

[40] In calce al presente contributo sia consentito un riferimento personale che mi lega all'Illustre Maestro che qui si vuol onorare. Il Professor Prisco è stato il relatore della mia tesi di laurea, avente come titolo "Il personalismo giuridico di Jacques Maritain nell'esperienza costituzionale italiana". L'apparente distanza tra la sua ideologia laica e il mio *background* di studi teologici è stata l'occasione per un dialogo fruttuoso, permettendo ad entrambi di riconoscere nel principio personalista che anima la Costituzione il *trait d'union* per ri-avvicinare pensieri divergenti e favorire il dialogo. A mio parere, il peccato originale del d.d.l. AS. 935 è la recisione del dialogo tra maggioranza e opposizione, tra Popolo e Premier in ragione di una volontà di porre decisioni politiche senza passare per quei momenti di intermediazione e ascolto che non possono essere eliminati, se non a pena di spalancare le porte a pericolose derive autoritarie.

Alfonso Vuolo[*]

ELEZIONE DIRETTA DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO E PREMIO DI MAGGIORANZA: PRIME NOTAZIONI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La riserva di legge in materia elettorale. – 3. Le novità sul versante propriamente elettorale. – 4. La costituzionalizzazione di principi e regole in materia elettorale. – 5. Il nodo può essere sciolto? La questione della visione di medio-lungo periodo. – 6. L'opportunità di costituzionalizzare le regole elettorali. – 7. Il premio e l'assetto bicamerale. – 8. La compatibilità del premio con talune formule elettorali. – 9. L'elezione del Presidente del Consiglio e i riflessi sull'elezione dei due rami del Parlamento. – 10. Un dubbio a margine. – 11. Una proposta da sviluppare sul piano della legislazione ordinaria. – 12. Il ricorso delle minoranze alla Corte costituzionale avverso la legge elettorale.

1. *Premessa*

La durata media dei governi italiani nel periodo repubblicano non può dirsi certo soddisfacente.

Nella precedente legislatura se ne sono susseguiti tre (con Presidenti del Consiglio Conte e Draghi) e sulla base di accordi di colazione impensabili alla vigilia del voto (prima Lega-M5S, poi M5S-Pd-Leu-IV, infine governo di unità nazionale con la sola opposizione di FdI).

L'instabilità degli esecutivi è un dato strutturale[1].

Il pericolo, come noto, era stato percepito anche in Assemblea costituente: l'ordine del giorno Perassi fu profetico dal momento che l'adozione del sistema parlamentare avrebbe dovuto accompagnarsi a «dispositivi costituzionali idonei a tutelare le esigenze di stabilità dell'azione di Governo e ad evitare le degenerazioni del parlamentarismo»[2].

Questi dispositivi alla prova dei fatti non hanno assicurato il risultato sperato.

[*] Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Napoli Federico II.

[1] Ancorché sia fortemente critico nei confronti del disegno di legge governativo, anche 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 (DDL nn. 935 e 830)*, in *senato.it*, spec. 8, evidenzia che «il mantra che ci ricorda che 67 governi in 75 anni sono troppi ha un suo assoluto fondamento».

[2] Seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, seduta del 4 settembre 1946.

In realtà, occorrerebbe distinguere tra esecutivi formatisi prima del 1992 e quelli successivi, in ragione del diverso assetto dello schieramento partitico e del mutamento delle formule elettorali.

Infatti, tra i cinque esecutivi più longevi compaiono, nell'ordine, Berlusconi II, Berlusconi IV, Craxi, Renzi e Prodi I. L'unico formatosi al tempo del proporzionale è stato il terzo.

Il dato non appare casuale. L'innesco delle formule maggioritarie ha incoraggiato, per un lungo periodo, una competizione bipolare con la precostituzione sovente di maggioranze parlamentari che, in qualche misura, hanno favorito la stabilità dell'esecutivo. Il quadro è mutato con l'affacciarsi sulla scena politica del Movimento 5 Stelle che è divenuto il terzo attore competitivo della contesa elettorale.

In questo contesto si colloca il disegno di legge costituzionale n. 935, deliberato dal Consiglio dei Ministri e presentato al Senato dal Presidente del Consiglio e dal Ministro per le riforme istituzionali.

Gli elementi strutturali della proposta sono i seguenti:

a) elezione diretta del Presidente del Consiglio a suffragio universale e diretto per cinque anni;
b) contestualità dell'elezione del Presidente e delle Camere;
c) alla legge compete la disciplina del 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 ambo i rami del Parlamento alle liste e ai candidati collegati;
d) se il Presidente eletto non ottiene la fiducia delle Camere, il Presidente della Repubblica scioglie le Camere;
e) se il Presidente eletto, ottenuta la fiducia, cessa dalla carica successivamente, il Presidente della Repubblica può conferire l'incarico di formare il Governo al Presidente dimissionario o a un altro parlamentare che è stato candidato in collegamento con il Presidente eletto, per attuare le dichiarazioni relative all'indirizzo politico e agli impegni programmatici sui quali il Governo originario ha ottenuto la fiducia. Qualora l'esecutivo così nominato non ottenga la fiducia e negli altri casi di cessazione del *premier* subentrante, il Presidente della Repubblica procede allo scioglimento delle Camere.

Può ipotizzarsi che si tratti della traslazione sul piano nazionale del modello di governo locale.

Non è così[3].

[3] Molto più vicino a tale modello l'impianto del disegno di legge costituzionale n. 830, presentato dai senatori Renzi e altri, dove non si deroga alla clausola c.d. "simul simul". Tut-

Innanzitutto, nel caso di crisi di governo, è contemplata la possibilità in corso di legislatura di affidare l'incarico anche ad un soggetto diverso dal Presidente eletto, purché votato in collegamento con quest'ultimo.

L'accostamento con la formula diretta del Sindaco non ha poi ragione di essere anche sul versante delle regole elettorali sulle quali, in particolare, ci si soffermerà in questo contributo[4].

Le riflessioni che seguono, infatti, sono incentrate prevalentemente sul secondo comma dell'art. 92 riguardante il sistema di elezione, che, secondo un insegnamento, è costitutivo della forma di governo, anche quando non assurga a livello costituzionale[5].

Orbene, secondo l'avviso della Corte costituzionale, la forma di governo parlamentare non è un limite al potere di revisione costituzionale[6]. Tuttavia, qualsiasi progetto di riforma deve evitare concentrazioni di potere che possano stravolgere l'equilibrio tra pesi e contrappesi, al fine di tenersi nell'alveo della forma democratica dello Stato.

2. *La riserva di legge in materia elettorale*

È opportuno sgombrare il campo da un dubbio che pure si è profilato nel dibattito successivo alla presentazione della proposta.

La lettera dell'art. 92, c. 2, pone, a stretto rigore, la riserva di legge solo in relazione alla composizione dei due rami del Parlamento: nulla dice riguardo all'elezione del Primo ministro.

Fermo restando che potrebbe rivelarsi prudente introdurre, nel corso del confronto parlamentare, una riserva espressa in argomento, la preoccupazione, in realtà, non sembra condivisibile. Infatti, è ragionevole ipotizzare la sussistenza di una riserva di legge implicita, sorretta dall'esegesi sistematica del testo.

tavia, in questo non è previsto il premio di maggioranza per la composizione delle assemblee parlamentari. Nella relazione di accompagnamento alla proposta si legge che: «Una riforma obbligata, dunque, che dovrà necessariamente completarsi con una legge elettorale che assicuri il perseguimento dell'obiettivo della stabilità di Governo, ma che ragioni di natura sistematica e istituzionale escludono di elevare, qui, a rango costituzionale, rimettendone la definizione al legislatore ordinario».

[4] Manca tra l'altro nella proposta un limite al numero di mandati del Presidente eletto, come rilevano, tra gli altri, A. Celotto, *Punti dell'audizione del pro. Alfonso Celotto*, in *senato.it*, 12 dicembre 2023, 5; F. Cintioli, *Audizione del prof. Fabio Cintioli sui disegni di legge ddl nn. 935-830 (testo consegnato all'ufficio di presidenza*, in *senato.it*, 30 novembre 2023, spec. 5.

[5] Da ultimo, M. Luciani, *Governo* (*forme di*), in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, 2010, spec. 572.

[6] Sentenza n. 2 del 2004, punto 6 del considerato in diritto, ove si legge: «la stessa forma di governo di tipo parlamentare non sembra costituire in quanto tale un principio organizzativo immodificabile del sistema costituzionale statale».

Un aggancio in tal senso è offerto dal comma 2 dell'art. 5, recante le norme transitorie, il quale stabilisce che: «La presente legge costituzionale si applica a decorrere 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».

3. *Le novità sul versante propriamente elettorale*

Riguardo alla disciplina elettorale, il ddl n. 935 introduce diverse e rilevanti novità.

Infatti, la materia elettorale – se così può definirsi – registra un processo di espansione, in quanto l'elezione a suffragio universale e diretto non è più limitata alla composizione delle Camere ma interessa appunto anche l'elezione del Presidente del Consiglio, ai sensi del nuovo art. 92, c. 2.

In secondo luogo, vi è la costituzionalizzazione di alcune regole per l'elezione di Camera e Senato, derivante dall'opzione compiuta riguardante l'elezione del PDCM.

In particolare, è stabilito che:

1) le votazioni per l'elezione delle due Camere e del Presidente sono contestuali;
2) la legge disciplina il sistema elettorale delle Camere secondo principi di rappresentatività e governabilità;
3) deve, comunque, essere assicurato un premio, su base nazionale, che garantisca il 55 per cento dei seggi alle liste e ai candidati collegati al candidato alla presidenza risultato vittorioso;
4) il Presidente è eletto nella camera nella quale ha presentato la candidatura.

4. *La costituzionalizzazione di principi e regole in materia elettorale*

Dalla lettura della proposta affiora un primo elemento di sicuro interesse: la costituzionalizzazione di principi e regole in materia elettorale. Scelta che, come noto, fu invece scartata dai costituenti, i quali strutturarono l'impianto elettorale con legge ordinaria sulla base degli ordini del giorno Giolitti (formula proporzionale alla Camera) e Nitti (collegio uninominale al Senato).

I criteri di "*rappresentatività e governabilità*" menzionati nel testo di riforma sembrano essere l'eco di alcune pronunce della Corte costituzionale in materia elettorale[7]. Invero, il Giudice delle leggi, nella sua giurisprudenza, ha distinto, da un lato, i *principi costituzionali* della necessaria rappresentatività delle

[7] Sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017.

assemblee parlamentari (espressione della sovranità parlamentare) e dell'eguaglianza del voto e, dall'altro, «gli *obbiettivi, pure di rilievo costituzionale*, della stabilità del governo del Paese e della rapidità del processo decisionale»[8].

In ogni caso, la formula adoperata nel progetto è ancipite e, in quanto tale, è carica di una sua problematicità che, sul terreno concreto, la Corte ha risolto con la tecnica del bilanciamento, pretendendo dal legislatore la subordinazione del premio al raggiungimento di una soglia ragionevole di voti.

Vi è poi la costituzionalizzazione di una regola puntuale sulla formazione delle due assemblee: ovvero deve essere assicurato il 55% dei seggi allo schieramento guidato dal leader vincente per la competizione alla presidenza del consiglio. Obiettivo fondamentale per assicurare la linearità del sistema e scongiurare quella che si è risolta nella così detta "degenerazione israeliana" ovvero di un *premier* direttamente eletto ma privo di maggioranza alla Knesset[9].

Stando alla distinzione compiuta dalla Consulta, il premio potrebbe essere tanto di maggioranza (ovvero trasformare una maggioranza relativa in maggioranza parlamentare assoluta) quanto di governabilità (incrementare la rappresentanza parlamentare fino al 55% dei seggi di una maggioranza elettorale che abbia già raggiunto il 50% più uno dei voti)[10]. La seconda ipotesi non desta alcuna preoccupazione: si tratterebbe di un modesto aumento dei seggi rispetto a quello che potrebbe risultare dall'applicazione di una formula proporzionale. Il premio di maggioranza, invece, impone una specifica attenzione, anche in ragione della più elevata probabilità della sua applicazione rispetto a quello di governabilità.

Dalla combinazione dei principi ("*rappresentatività e governabilità*") con la regola concreta (il 55% dei seggi allo schieramento vincente) affiora lo squilibrio in favore del principio della governabilità, intesa come stabilità dell'esecutivo. A voler seguire fino in fondo l'indirizzo della Corte, volto a salvaguardare il principio della rappresentatività e dell'eguaglianza del voto, sarebbe stato naturale attendere la previsione di una clausola minima (ragionevole) per l'assegnazione del premio, eventualmente anche da demandare alla legge ordinaria. Ipotesi quest'ultima forse più concretamente praticabile, in quanto la costituzionalizzazione della percentuale di voti da raggiungere sarebbe stata oggettivamente problematica non essendo predeterminati gli altri elementi strutturali della competizione elettorale (a partire dalla competizione imperniata su collegi uninominali o plurinominali).

[8] Sentenza n. 35 del 2017, punto 6 del considerato in diritto. Corsivo non testuale.

[9] Preoccupazione condivisa da T. Frosini, *Memoria*, in *senato.it*, 28 novembre 2023, 4.

[10] Sentenza n. 35 del 2017, punto 6 del considerato in diritto.

A tal riguardo occorre rilevare che, con riferimento alla legge n. 52 del 2015 (c.d. "Italicum"), la Corte ha reputato la soglia del 40% come un ragionevole bilanciamento tra le esigenze, aventi tutte fondamento costituzionale, di rappresentatività ed eguaglianza, da un lato, e di stabilità governativa e rapidità del processo decisionale, dall'altro[11].

Resta da verificare se questa giurisprudenza della Corte non sia travolta dall'elemento nuovo dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio o, al contrario, se questa condizione non possa indurre a conclusioni di segno ancora più negativo.

Una prima considerazione si impone.

La Corte, pur riconoscendo al legislatore discrezionalità in materia elettorale, pretende comunque l'armonica integrazione tra le opposte esigenze di rappresentatività e stabilità: una divaricazione eccessiva tra voti e seggi potrebbe compromettere, in ultima analisi, i meccanismi di garanzia (primi tra tutti: l'elezione del Presidente della Repubblica e il procedimento di revisione costituzionale[12]). Il collegamento tra la formazione delle Camere e l'elezione del Presidente, pertanto, non sembra scalfire la teoria della Corte, interamente protesa a far salvi principi di sistema, che, evidentemente, non possono essere messi in discussione nemmeno da una legge di rango costituzionale. Semmai la proposta aggiunge criticità, in quanto l'elezione del vertice dell'esecutivo determinerebbe un effetto di trascinamento sulla composizione delle assemblee, di tal che il "blocco" Presidente-maggioranza parlamentare conseguente allo spoglio metterebbe a più dura prova i congegni garantisti.

È appena il caso di rammentare che, anche secondo la legge Acerbo, l'attribuzione del premio dei 2/3 dei seggi alla Camera dei deputati era subordinato al superamento del 25 per cento dei voti.

Se in questa parte il progetto di riforma venisse conservato, si realizzerebbe anche un paradosso. Infatti, il modello di governo locale si segnalerebbe per maggiore "accortezza", in quanto nei comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti, per effetto del voto disgiunto, non sempre è precostituita la maggioranza in favore del sindaco eletto: se questi, infatti, è proclamato al primo turno il suo raggruppamento deve ottenere almeno il 40% e, indipendentemente dal turno di elezione, il premio non può essere assegnato se vi è un altro schieramento che ottiene almeno il 50% dei suffragi.

Non pare possa sopravvalutarsi quel passo della sentenza n. 35 del 2017, laddove la Corte giustifica l'attribuzione del premio al secondo turno nei co-

[11] Sentenza n. 35 del 2017, punto 6 del considerato in diritto.

[12] Sul punto sono condivisibili le osservazioni di A. Poggi, *Audizione presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato sui ddl. Nn. 830 e 935,* in *senato.it*, spec. 9.

muni maggiori, «essendo prevista l'elezione diretta del titolare del potere esecutivo locale ben diverso dalla forma di governo parlamentare a livello nazionale»[13]. In effetti, il testo di riforma non stabilisce nemmeno le modalità della competizione per la presidenza del Consiglio (a partire se sia a turno unico o doppio). Ma su questo aspetto si tornerà più avanti.

5. *Il nodo può essere sciolto? La questione della visione di medio-lungo periodo*

Se resta il premio in Costituzione, sembra obbligata l'introduzione di una disposizione che prefiguri il raggiungimento di una soglia minima di voti, da stabilirsi – se del caso – mediante legge ordinaria.

Ciò posto, mi sembra però che la mancata previsione della clausola minima non sia casuale. Se venisse prevista, dovrebbe ammettersi la possibilità che non sia raggiunta, con la conseguenza di assistere ad uno scenario di un Primo ministro eletto direttamente ma senza maggioranza in uno o in entrambi i rami del Parlamento. Si tratterebbe di un corto circuito nell'impianto della riforma che profilerebbe proprio quelle «degenerazioni funzionali che hanno caratterizzato l'esperienza israeliana»[14], da scongiurare nella visione dei proponenti il disegno di riforma[15].

[13] «Merita, infine, precisare che l'affermata illegittimità costituzionale delle disposizioni scrutinate non ha alcuna conseguenza né influenza sulla ben diversa disciplina del secondo turno prevista nei Comuni di maggiori dimensioni, già positivamente esaminata da questa Corte (sentenze n. 275 del 2014 e n. 107 del 1996). Tale disciplina risponde, infatti, ad una logica distinta da quella che ispira la legge n. 52 del 2015. È pur vero che nel sistema elettorale comunale l'elezione di una carica monocratica, quale è il sindaco, alla quale il ballottaggio è primariamente funzionale, influisce in parte anche sulla composizione dell'organo rappresentativo. Ma ciò che più conta è che quel sistema si colloca all'interno di un assetto istituzionale caratterizzato dall'elezione diretta del titolare del potere esecutivo locale, quindi ben diverso dalla forma di governo parlamentare prevista dalla Costituzione a livello nazionale» (punto 9.2 del considerato in diritto). Dal confronto con i sistemi elettorali regionali e comunali ravvisa, invece, un argomento a favore dell'impianto del disegno di legge costituzionale M. Belletti, *Audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica sui ddl di riforma costituzionale n. 935 e n. 830 recanti "Introduzione dell'elezione diretta Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *senato.it*, spec. 2. In tal senso sembra essere anche M. Cavino, *Audizione sui disegni di legge nn. 935 e 830 (Modifiche costituzionali per l'introduzione dell'elezione diretta Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *senato.it*, 4 dicembre 2023, spec. 2. In senso contrario U. De Siervo, *Consultazione sui* di segni di legge di revisione costituzionale nn. 830 e 935, 28 novembre 2023, spec. 1, che evidenzia l'impossibilità di comparare le esperienze regionali e comunali con il livello nazionale.

[14] L'espressione è mutuata dalla relazione al disegno di legge n. 935.

[15] Secondo M. Belletti, *op. cit*., 3, tale scenario darebbe senso compiuto alla previsione della fiducia iniziale: il Presidente cercherà in Parlamento la maggioranza che sostiene l'esecutivo. Esprime forti perplessità sul punto G. Zagrebelsky, *Audizione*, in *senato.it*, spec. 3.

In ogni caso, la soglia non sarebbe facile a determinarsi per effetto della combinazione di tre competizioni elettorali (Presidenza del Consiglio, Camera dei deputati e Senato della Repubblica), che, stando all'attuale formulazione, dovrebbero essere contestuali.

Queste perplessità mettono sullo sfondo un problema di metodo: la "direzione" della riforma, almeno nelle sue linee essenziali, deve essere chiara nel medio-lungo periodo del processo complessivamente inteso. In altri termini, la formulazione delle regole costituzionali deve essere concepita tenendo conto, nei limiti del possibile, della loro attuazione sul piano legislativo ordinario. D'altronde, ciò è plasticamente provato dall'art. 5, c. 2, del disegno di legge, alla stregua del quale la riforma costituzionale avrà applicazione solo a decorrere dalla data del primo scioglimento delle Camere successivo alla data di entrata in vigore della disciplina per l'elezione del Presidente del Consiglio e delle Camere.

6. *L'opportunità di costituzionalizzare le regole elettorali*

C'è poi un tema più generale: se sia opportuna la costituzionalizzazione delle regole elettorali.

Mi pare di scorgere dal dibattito (anche da parte di chi condivide nel complesso l'impianto del disegno di legge[16]) uno sfavore in tal senso[17]. L'argomento principale sta nel fatto che l'irrigidimento della disciplina elettorale determinerebbe fatalmente una maggiore difficoltà per le future modifiche delle disposizioni in materia, che pretenderebbero necessariamente l'approvazione di una nuova legge di revisione costituzionale.

Il rilevo critico non persuade del tutto. Essendo costituzionalizzato il criterio premiale, la maggioranza parlamentare risultante dal voto è nella condizione di poter modificare le disposizioni costituzionali che vengono in evidenza, accettando poi il vaglio referendario.

Il tema vero è un altro.

Se il premio, infatti, venisse attribuito per mezzo di una norma legislativa ordinaria e, in conseguenza di questa, una maggioranza elettorale relativa si trasformasse in maggioranza assoluta in entrambi i rami del Parlamento, vi sarebbe comunque uno scompenso nel funzionamento dei meccanismi di ga-

[16] Ad esempio, G. Cerrina Feroni, *Audizione informale Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica ddl 935-830 (Modifiche costituzionali introduzione elezione diretta Presidente del Consiglio*, in *senato.it*, 7 dicembre 2023, spec. 6.

[17] M. Cartabia, *Audizione*, in *senato.it*, 28 novembre 2023, spec. 6, invoca l'argomento della sottrazione della disciplina elettorale se costituzionalizzata, dal referendum abrogativo, che, nella storia repubblicana, ha svolto un ruolo significativo per l'innovazione in materia.

ranzia: a maggioranza assoluta può tanto essere eletto, dopo il terzo scrutinio, il Capo dello Stato quanto può essere approvato in seconda lettura un progetto di revisione costituzionale.

Del resto, a rifletterci, è proprio lo scenario di questa legislatura, laddove la maggioranza assoluta è saldamente nelle mani del centro destra (oltre 57% alla Camera, quasi 60% al Senato) a fronte di un consenso elettorale approssimativamente intorno al 44%.

Analoghe considerazioni, invero, si potrebbero sviluppare con riguardo alle legislature precedenti. A partire da quella in carica quando la Corte costituzionale con la sentenza n. 1 del 2014 ha dichiarato l'illegittimità del congegno premiale previsto dalla l. n. 270 del 2005, facendo salva, però, la composizione delle Camere composte proprio con la formula ritenuta incostituzionale, invocando un principio di continuità non immune da rilievi critici nel dibattito scientifico e politico.

Ciò posto, è anche vero che la tenuta del sistema costituzionale è stata assicurata pur a fronte delle varie regole maggioritarie che si sono susseguite dal 1993 ad oggi, a partire dalla prima che evoca il nome del nostro Presidente della Repubblica.

Un supplemento di riflessione, comunque, sembra auspicabile al riguardo.

7. *Il premio e l'assetto bicamerale*

Il meccanismo premiale è di non agevole ideazione anche in ragione dell'impianto bicamerale del nostro Parlamento.

Non sarà semplice assicurare tre fondamentali obiettivi: elezione del Presidente del Consiglio, precostituzione della maggioranza alla Camera, precostituzione della maggioranza in Senato.

Qui viene in evidenza, sul terreno pratico, la strutturazione dell'espressione del voto da parte dell'elettore.

Ci sarà una scheda unica che implica una scelta tripla? Opzione apparentemente triplice, in quanto, salve improbabili complicazioni col voto disgiunto, è facile immaginare che l'opzione per il candidato alla presidenza abbia un effetto di trascinamento sulla selezione effettiva di deputati e senatori[18].

L'eventualità del voto disgiunto, naturalmente, aggiungerebbe profili problematici ad un quadro già notevolmente complesso.

[18] Deve, tuttavia, manifestarsi il dubbio che, anche a legislazione vigente, sia effettiva la scelta del singolo parlamentare: non solo per l'esistenza di liste bloccate (ancorché "corte") ma anche per l'esiguo numero di collegi uninominali realmente contendibili. Esprime severi critiche a questa parte del progetto riformatore F. LANCHESTER, *Il disegno di legge A.S. n. 935*, in *senato.it*, 4-5.

Non preoccupa più di tanto l'obiezione, pure avanzata, secondo la quale il premio su base nazionale sarebbe incompatibile con la previsione dell'art. 57 secondo cui il Senato è eletto su base regionale: si tratterebbe, in effetti, di norme di pari rango che possono essere armonizzate.

Sul punto occorre rammentare che questa fu l'obiezione mossa dall'allora Presidente della Repubblica, Carlo Azeglio Ciampi, al premio nazionale che si voleva introdurre con la legge proposta nel 2005 dal ministro Calderoli: si ripiegò sui così detti "*premietti regionali*", anch'essi successivamente travolti dalla pronuncia caducatoria della Corte 1/2014 per irragionevolezza intrinseca, considerato che non erano nemmeno idonei a favorire l'obiettivo della stabilità.

Il rilievo critico, invero, non desta particolari timori perché anche con la vigente legge la dimensione regionale della competizione al Senato risulta già "valicata" dal calcolo delle soglie di sbarramento su base nazionale.

In realtà, i dubbi si collocano su un piano più generale.

Il sistema bicamerale perfetto (o, se si vuole, con una formula di disvalore, il bicameralismo indifferenziato) costituisce una criticità di non poco momento, perché, tanto a livello comunale quanto regionale, il sistema dell'elezione diretta del vertice dell'esecutivo, abbinato col premio di maggioranza, ha una sua funzionalità in sistemi mono-assembleari. Non è un caso che l'unico precedente – a livello nazionale – sia quello israeliano.

Peraltro, il premio nazionale anche al Senato porta alla totale omologazione dei due rami del Parlamento, il che, semmai, dovrebbe indurre a ragionare sulla perdurante utilità del bicameralismo paritario[19].

8. *La compatibilità del premio con talune formule elettorali*

L'attribuzione del premio impedirebbe l'adozione di un sistema anglosassone a turno unico.

Non sarebbe garantita la formazione di una maggioranza. Anzi, a voler essere coerenti fino in fondo, non garantirebbe nemmeno la rappresentatività: infatti, se uno schieramento vincesse in tutti i collegi, le altre forze politiche non avrebbero alcun eletto.

Le sentenze della Corte, invero, spingono verso un sistema misto.

La soluzione più semplice sembra essere quella di un impianto proporzionale sul quale innestare il premio (eventuale) di maggioranza.

[19] Richiama l'attenzione su questo punto, tra gli altri, E. CHELI, *Audizione del professo Enzo Cheli, vice presidente merito della Corte costituzionale, sui disegni di legge nn. 935 e 830 (Modifiche costituzionali per l'introduzione elezione diretta Presidente del Consiglio dei ministri)*, in *senato.it*, 5.

Il sistema *plurality* puro, invero, potrebbe implicare un altro inconveniente. Il *premier* deve risultare eletto nella Camera nella quale ha presentato la candidatura: ora non è detto che il candidato alla presidenza vinca nel collegio uninominale, per quanto improbabile possa essere la circostanza.

In conclusione, il sistema maggioritario (a turno sia unico sia doppio) sarebbe possibile solo con il recupero proporzionale di una certa percentuale di seggi, sul modello già sperimentato delle leggi del 1993.

Resterebbe forse un'altra possibilità ovvero prevedere una quota di seggi aggiuntivi ma a tal fine sarebbe evidente la necessità di modificare gli artt. 56 e 57 della Carta.

9. *L'elezione del Presidente del Consiglio e i riflessi sull'elezione dei due rami del Parlamento*

Il criterio maggioritario è modalità ineludibile per quanto concerne l'elezione di organi monocratici.

Nel disegno di riforma è stabilito che l'elezione del Presidente e delle due Camere debbano essere contestuali.

Dall'art. 92 non risulta, però, chiaro se l'investitura del Presidente sia a turno unico o a doppio turno. La contestualità potrebbe costituire un indizio in favore del primo. Tuttavia, sembra una lettura eccessivamente restrittiva e, tra l'altro, potenzialmente confliggente con la giurisprudenza della Corte. L'elezione a turno unico potrebbe innescare un effetto profondamente distorsivo dovendosi accettare che il Presidente sia investito da una maggioranza relativa che, tra l'altro, determinerebbe anche la formazione di un'ampia maggioranza parlamentare (per di più in assenza, al momento, di una soglia minima costituzionalmente fissata).

È, dunque, impensabile scartare il metodo del doppio turno[20].

Ma qui può venire in rilievo una delle tante statuizioni rese dalla Corte nella sentenza n. 35 del 2017: in effetti, dovrebbe essere praticabile (forse, addirittura, obbligata) alla vigilia del secondo turno l'apertura di una ulteriore competizione, con la formazione di nuovi raggruppamenti (sul modello di quanto già avviene in ambito locale)[21]. È agevole intuire che si profilerebbero ulteriori nodi che toccherebbe sciogliere al legislatore ordinario, anche in proiezione della composizione delle due assemblee parlamentari.

[20] In tal senso C. Fusaro, *Audizione*, in *senato.it*, 4 dicembre 2023, spec. 3.

[21] Mette in guardia sulla complicazione derivante dal doppio turno di voto ai fini del "meccanismo nazionale di forzatura della maggioranza" G. Silvestri, *Audizione Commissione Affari costituzionali*, in *senato.it*, 28 novembre 2023, spec. 2.

Ciò posto, se si predilige che la competizione elettorale per Camera e Senato avvenga sulla base di un impianto proporzionale (o almeno prevalentemente proporzionale), nel quale trapiantare l'assegnazione dell'eventuale premio di maggioranza derivante dall'elezione del vertice dell'esecutivo, possono immaginarsi le seguenti modalità:

1) collegi o circoscrizioni plurinominali, sciogliendo il nodo del voto di preferenza all'interno della lista;
2) collegi uninominali sul modello della competizione per la formazione dei consigli provinciali all'epoca della loro elezione diretta;
3) mantenimento della vigente legge elettorale, laddove i 3/8 dei seggi resterebbero uninominali con criterio maggioritario, mentre i restanti 5/8, da attribuirsi con metodo proporzionale, potrebbero essere funzionali all'eventuale assegnazione del premio nazionale.

10. *Un dubbio a margine*

Il 55% dei seggi in ciascun Camera dovrebbe essere calcolato anche tenendo conto degli 8 deputati e 4 senatori da eleggere nella circoscrizione Estero?

Se sì, bisogna considerare che le candidature debbano agganciarsi al nominativo di un candidato alla presidenza del consiglio.

Se no, i deputati e senatori della circoscrizione Estero che aderiranno alla maggioranza precostituita grazie al premio incrementerebbero la consistenza della stessa oltre il 55%.

Questa notazione porta con sé un'altra che interessa il solo Senato e per un periodo limitato.

Il premio qui dovrebbe essere calcolato su 200 componenti, non tenendo conto evidentemente degli attuali 5 senatori a vita che rimarranno in carica, secondo quanto previsto dalla disposizione transitoria di cui all'art. 5 del ddl n. 935.

11. *Una proposta da sviluppare sul piano della legislazione ordinaria*

L'art. 92, c. 2, prevede il premio in favore di liste e candidati collegati al *premier* eletto.

Dovrebbe, dunque, esservi la possibilità del collegamento tra candidato alla presidenza e più liste, formanti una coalizione.

È auspicabile in argomento un intervento razionalizzatore anche, per così dire, "verso il basso".

Se la formula elettorale dovesse rimanere quella attuale, pur con gli inevitabili adattamenti derivanti dalla necessità di assegnare il premio, sarebbe oppor-

tuno il mantenimento di soglie di sbarramento ragionevoli (non meno del 3% e non superiori al 5% con il divieto di recupero in favore della colazione dei voti delle liste che superino l'1%, le quali, come noto, competono per ottenere dal raggruppamento di appartenenza alcuni collegi "sicuri" nel maggioritario).

Se, invece, si optasse per una formula proporzionale con voto di lista (un po' sullo schema della legge n. 270 del 2005), sarebbe opportuna la fissazione, da parte del legislatore ordinario, di un numero massimo di liste a sostegno del candidato a palazzo Chigi, in maniera tale da evitare una deriva ormai invalsa a tutti i livelli – dal locale al regionale – laddove, pur di rafforzare lo schieramento, si è disposti a inventarsi soggetti politici che si riducono a slogan. Nel 2006 per la competizione alla Camera dei deputati le coalizioni guidate da Romano Prodi e Silvio Berlusconi erano formate da oltre dieci partiti ciascuna[22]. Si ricorderà che una differenza di appena 25.000 voti determinò la vittoria del centro-sinistra finendo con l'essere determinanti partiti dalla consistenza elettorale infinitesimale[23].

12. *Il ricorso delle minoranze alla Corte costituzionale avverso la legge elettorale*

La combinazione dell'elezione diretta del Presidente e del premio al raggruppamento che lo sostiene rende oggettivamente delicata la tenuta di alcuni necessari equilibri nel funzionamento complessivo del sistema.

Si è detto che forse alcune congegni di garanzia dovrebbero essere opportunamente modificati (*quorum* per l'elezione del Capo dello Stato e per il procedimento di revisione della Carta), quand'anche – e ciò sembra un paradosso – il progetto di riforma non attribuisca alcuna competenza funzionale ulteriore né all'esecutivo né al suo *leader* (a partire dalla possibilità per questi di nominare e revocare i ministri).

Il disegno innovatore sembra peccare – e può sembrare un'affermazione insolita – per difetto, nel senso che la robustezza del circuito politico di maggioranza, dato dal combinarsi dell'elezione diretta del Presidente con il premio del 55% in ambo le Camere, sembra non sufficientemente controbilanciato sul versante del circuito della legalità costituzionale.

In questo quadro, non è marginale un'osservazione che pure si è levata nel dibattito: mi riferisco alla opportunità di prevedere la possibilità di promuo-

[22] Nel centro-destra, ad esempio, erano presenti i partiti "NO euro" e "S.o.s. Italia", fonte in rete Eligendo del Ministero dell'interno.

[23] Per la coalizione di centro-sinistra i "Consumatori uniti" e "Alleanza Lombarda autonoma" ottenevano, rispettivamente, 73.751 e 44,589 voti, fonte in rete Eligendo del Ministero dell'interno.

vere avverso la legge elettorale una questione di legittimità costituzionale in via diretta innanzi alla Corte da parte di minoranze parlamentari qualificate[24].

Si potrebbe eccepire l'inutilità dell'accorgimento, considerato che qualsiasi elettore, dopo la sentenza n. 1 del 2014, potrebbe adire il giudice ordinario per accertare la lesione del proprio diritto di voto inferta da una legge elettorale, chiedendo che su di questa venga sollevato l'incidente di costituzionalità.

L'obiezione ha un suo innegabile fondamento.

Tuttavia, deve anche essere considerato che, di solito, la trasformazione della normazione elettorale è concepita a ridosso dello scioglimento delle Camere. Ciò per una elementare ragione: la maggioranza a sostegno della riforma congegna il nuovo meccanismo in modo che l'applicazione di questo le sia favorevole, tenendo conto delle rivelazioni demoscopiche che nel frattempo si compiono.

I tempi per il rinvio – appunto in via incidentale – di una pregiudiziale di costituzionalità potrebbero essere tali che il giudizio della Corte non intervenga prima dello svolgimento delle operazioni elettorali. L'accesso in via diretta potrebbe evitare l'inconveniente specie se fosse poi praticabile anche il rimedio della sospensione della legge, così come previsto nel contenzioso Stato-Regioni.

D'altronde, il seguito della sentenza n. 1 del 2014 è significativo[25].

[24] In tal senso C. Fusaro, *Audizione*, cit., spec. 3

[25] «È evidente, infine, che la decisione che si assume, di annullamento delle norme censurate, avendo modificato *in parte qua* la normativa che disciplina le elezioni per la Camera e per il Senato, produrrà i suoi effetti esclusivamente in occasione di una nuova consultazione elettorale, consultazione che si dovrà effettuare o secondo le regole contenute nella normativa che resta in vigore a seguito della presente decisione, ovvero secondo la nuova normativa elettorale eventualmente adottata dalle Camere.

Essa, pertanto, non tocca in alcun modo gli atti posti in essere in conseguenza di quanto stabilito durante il vigore delle norme annullate, compresi gli esiti delle elezioni svoltesi e gli atti adottati dal Parlamento eletto. Vale appena ricordare che il principio secondo il quale gli effetti delle sentenze di accoglimento di questa Corte, alla stregua dell'art. 136 Cost. e dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953, risalgono fino al momento di entrata in vigore della norma annullata, principio "che suole essere enunciato con il ricorso alla formula della c.d. 'retroattività' di dette sentenze, vale però soltanto per i rapporti tuttora pendenti, con conseguente esclusione di quelli esauriti, i quali rimangono regolati dalla legge dichiarata invalida" (sentenza n. 139 del 1984).

Le elezioni che si sono svolte in applicazione anche delle norme elettorali dichiarate costituzionalmente illegittime costituiscono, in definitiva, e con ogni evidenza, un fatto concluso, posto che il processo di composizione delle Camere si compie con la proclamazione degli eletti».

Francesco Zammartino[*]

SULLE CAUSE DELLA CRISI DELLA RAPPRESENTANZA POLITICA IN ITALIA: ALCUNE CONSIDERAZIONI

SOMMARIO: 1. Trasformazione dei partiti e vicende dei sistemi elettorali – 2. La crisi della sovranità statale e il soccorso del potere giurisdizionale – 3. Considerazioni finali.

1. *Trasformazione dei partiti e vicende dei sistemi elettorali*

In un contesto politico-istituzionale, come quello italiano, i diversi ma convergenti fenomeni epocali che si sono succeduti negli ultimi decenni, quali, ad esempio, il tramonto delle ideologie che hanno compromesso la forza attrattiva dei partiti, che pur avevano contribuito alla nascita della Costituzione repubblicana; l'impatto sempre più incalzante della normativa comunitaria sulle legislazioni degli stati membri, che ha trovato il suo culmine nell'obbligo per gli stessi di convergere verso l'obiettivo del pareggio di bilancio[1]; l'affermarsi dei c.d. mercati globali che hanno imposto processi di omologazione al fine di scongiurare forme d'intromissione degli stati nell'economia[2], la diffusione delle tecnologie digitali e lo sviluppo della rete, aperta a tutti[3], hanno fortemente concorso al lento ma progressivo indebolimento del consenso dei cittadini nei confronti delle istituzioni politicamente rappresentative[4]. Dinanzi a quello che si definisce da più parti, la "perdita del consenso", che ha prodotto una vera e propria frattura tra eletti ed elettori[5], nel nostro Paese si è ricorso, sempre più frequentemente, soprattutto nelle ultime legislature, agli organi di garanzia costituzionale (Presidente della Repubblica e Corte costituzionale), in modo

[*] Ordinario di Diritto costituzionale e pubblico, Università degli studi di Napoli L'Orientale.

[1] Sul punto, M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. di dir. cost.*, 1996, 124 ss.

[2] Si v. J. ZIELONKA, *Contro-rivoluzione: La disfatta dell'Europa liberale*, trad. di M. Sanpaolo, Bari-Roma, 2018, 22.

[3] Cfr. G. DE MINICO, *Libertà in rete. Libertà dalla rete, Torino*, 2020.

[4] M. LUCIANI, *Questioni generali della forma di governo italiana*, in *Rivista AIC*, n. 1/2024, 5; si cfr. anche S. LIETO, *La reputazione delle istituzioni democratiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*., n. 1, 2024, 93 ss.

[5] Con un ragionamento più ampio, A. LUCARELLI, *Populismo e rappresentanza democratica*, Napoli 2020, *passim*.

che essi supplissero ai vuoti lasciati dalle istituzioni a cui è conferito l'indirizzo politico[6].

Sempre in via preliminare va chiarito, però, che pur apprezzando indubbiamente il ruolo dinamico svolto sia dalla Corte costituzionale, sia del Presidente della Repubblica, nel reggere lo Stato nei suoi momenti più delicati dal punto di vista istituzionale e politico[7], sembra a dir poco scontato affermare quanto sarebbe importante per il nostro Paese, nonostante sconti una polarizzazione delle forze politiche più acuta che altrove, che le istituzioni politicamente rappresentative riprendano ad essere il principale canale di legittimazione dei poteri pubblici[8].

In questa prospettiva, si pongono due principali questioni di fondo che si ricollegano al noto tema, per certi versi strumentalizzato, dell'ingovernabilità[9], che, percepito come problema endemico del sistema Italia, rappresenta, e sarebbe bene ricordarlo, un fenomeno risalente nel tempo[10], che interessa, nelle forme più diverse, anche la maggior parte delle contemporanee democrazie occidentali.

Ai fini del percorso argomentativo, che farà da sfondo alla presente riflessione, partiamo dalla c.d. crisi del modello-partito in Italia, che è stata presentata da più parti come il nuovo Leviatano, che divora e rigenera se stesso; in realtà, si è dell'opinione che la questione così posta potrebbe avere un senso laddove la si riconduca e la si limiti a un contingente fatto storico, qual è stato la disgregazione dei c.d. partiti di massa, che, durante oltre 40 anni della storia

[6] Non sono mancate, tuttavia, critiche rivolte soprattutto alla Corte costituzionale, considerata ormai quale «un vero e proprio organo positivo di produzione di fonti, non solo primarie, ma anche costituzionali, finendo con assomigliare un po' alla Corte suprema americana nella sua veste di costituente permanente», così, A. Spadaro, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, 12 aprile 2023, 137.

[7] Sul ruolo fortemente propulsivo della Corte costituzionale, si v. A. Morrone, *Corte costituzionale: fattore condizionante e unità nel nome di valori: vent'anni dopo*, in Aa.Vv., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi, M. Cavino, J. Luther, Torino, 2011, 257 ss.

[8] Cfr. A. Manzella, *Elogio dell'Assemblea, tuttavia*, Modena, 2000, 8 ss.; S. Prisco, *Forme di governo e fattore politico. Conclusioni dal passato e introduzione al futuro*, in *Astrid Rassegna,* n. 10/2018.

[9] Si pensi che la stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 43 del 1961, aveva dichiarato che la governabilità non è un valore assoluto, in quanto essa si piega alle ragioni della rappresentatività della sovranità popolare.

[10] Sul punto, si v. C. Offe, *Ingovernabilità e mutamento delle democrazie*, Bologna, 1982; di recente, A. Lucarelli, *Il mito della governabilità nelle società complesse: modelli decisionali tra atto e processo*, in *Nomos*, 2, 2021, 78 ss.

repubblicana di questo Paese, contribuirono attivamente alla nascita e al consolidamento della nostra democrazia e alla formazione della classe dirigente[11].

Quei partiti, come si sa, non esistono più. E non esistono più, non solo per il declino progressivo delle ideologie su cui fondavano la loro legittimità, ma anche perché, non riuscendo a confrontarsi con fenomeni venuti nel frattempo in luce, quali la globalizzazione dell'economia e della finanza e la nascita delle tecnologie digitali e lo sviluppo della rete, che hanno accelerato notevolmente il processo di ridimensionamento della sovranità statale e dei suoi soggetti politici[12], persero quelle caratteristiche che li avevano da sempre connotati, come la sostanziale omogeneità degli attori, la dimensione nazionale e la struttura oligarchica della dirigenza[13].

Ma il processo che ne è seguito poi, onde evitare che il discorso rischi di risultare fin troppo agevole, non è stato quello di una scomparsa dei partiti, ma di una vera e propria trasmutazione degli stessi, alla luce anche delle profonde lacerazioni che hanno interessato la società nel suo complesso: da partiti fortemente presenti nei territori, infatti, si è passati ai c.d. «partiti personali», i quali, dopo un breve periodo di convivenza con i partiti tradizionali, hanno spezzato il legame con i cittadini che si reggeva mediante tesseramenti, sezioni, federazioni ecc…, per diventare consorzi rappresentanti piccoli gruppi, autoreferenziali, che fondano la loro identità nel potere economico e non nella rappresentanza[14].

In questo nuovo scenario, i partiti personali, pur dotati di una peculiare organizzazione e soprattutto fondati sulla rete di rapporti che il leader riesce a creare con gli apparati istituzionali e sedi del potere economico, sono comunque dei veri e propri partiti, figli del loro tempo, i quali, nonostante i propri apparati tradizionali siano limitati in funzione strettamente servente nei confronti del leader, che tutto dispone, sono capaci ancora di mantenere in vita quella relazione tra sistema dei partiti e attività di governo, nella quale da sempre si è legittimata la classe politica italiana[15].

[11] Secondo C. Mortati, 2 maggio 1947, in Aa.Vv., *La Costituzione della Repubblica nei valori preparatori della Assemblea costituente*, Roma, 1970, vol. III, 1882 «È nei partiti che si preparano i cittadini alla vita politica e si dà ad essi la possibilità di esprimere organicamente la loro volontà, è nei partiti che si selezionano gli uomini che rappresentano la nazione in Parlamento».

[12] Cfr. S. Lieto, *La crisi dei partiti nella duplicità paradigmatica globale e locale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012. 3.

[13] S. Staiano, *La forma di Governo italiana. Permanenza e transizione*, in G. De Minico, G. Ferraiuolo (a cura di), *Legge elettorale e dinamiche della forma di governo*, 2018, Firenze, 62.

[14] S. Mangiameli, *Disciplina elettorale, sistema dei partiti, forma di governo: vecchie e nuove problematiche*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2018, 34.

[15] S. Staiano, *Trasformazioni dei partiti e forme di governo*, in *Federalismi.it*, n. 19/2015, 3.

Seconda questione di fondo: le alterne vicende che hanno interessato i sistemi elettorali in Italia sono risultate sempre più intrecciate con quelle relative all'instabilità della forma di governo parlamentare[16].

È noto che, seppur non troviamo alcuna previsione specifica relativa alla legislazione elettorale in Costituzione, la maggioranza dei Padri costituenti si espresse in modo favorevole a un sistema elettorale di tipo proporzionale, dal momento che fu ritenuto il più conforme all'impianto garantista delineato nel nuovo Testo costituzionale[17]. In virtù di tale modello, i partiti erano in grado di intavolare negoziazioni sulla base delle quali si arrivava all'accordo di coalizione per far nascere il Governo nella fase successiva alla competizione elettorale. Ciò comportava che tra azione governativa e volontà elettorale non si istaurasse alcun legame, con la conseguenza che si determinava, mediante l'instabilità dei Governi, la frammentazione del sistema politico.

La modifica del meccanismo elettorale in chiave prevalentemente maggioritaria nel 1993 aveva in concreto l'obiettivo di colmare quel solco che si era istaurato nel frattempo tra elettore ed eletto e di attutire la capacità decisionale dei partiti nella selezione delle candidature. Il fatto, in definitiva, che il cittadino potesse scegliere il proprio candidato nel collegio, a cui si legava la colazione di riferimento ed il programma, si leggeva nell'ottica di un rafforzamento del potere di decisione dell'elettore[18].

E nella medesima direzione si orientò anche la legge n. 270 del 2005 (denominata *porcellum* dal suo stesso relatore on. Calderoli), che pur ripristinando il sistema proporzionale, con la previsione a favore della coalizione vincente (senza soglia di sbarramento per raggiungerlo) di un premio di maggioranza pari al 55% dei seggi del Parlamento, aveva lo scopo di «costruire un *continuum* tendenzialmente immodificabile tra la maggioranza elettorale e quella parlamentare»[19].

[16] Cfr. S. Gambino, *Il ruolo dei partiti politici e la legge elettorale, fra storia costituzionale del Paese e attualità*, in *Riv. AIC*, 2/2013, 1-18.

[17] Sulla complessa questione, *ex multis*, si v. F. Pierandrei, *Considerazioni giuridiche sulle ultime elezioni politiche italiane e sulle leggi ad esse relative*, in *Jus*, 1953, 353 ss.; S. Furlani, *Elezioni politiche*, in Aa.Vv., *Novissimo digesto italiano*, vol. VI, Torino, 1960, 474 ss.; C. Lavagna, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. di dir. pubb.*, 1952, 868 ss.; G. Ferrara, *Democrazia e Stato del capitalismo maturo. Sistemi elettorali e di Governo*, in *Democrazia e diritto*, 1979, nn. 4-5, 513 ss.; G.U. Rescigno, *Democrazia e principio maggioritario*, in, n. 2, 1994, 187 ss.; recentemente, E. Cheli, *Costituzione e politica. Appunti per una nuova stagione di riforme costituzionali*, Bologna, 2023, 51.

[18] G. Ferrara, *Democrazia e Stato del capitalismo maturo. Sistemi elettorali e di Governo*, cit., 519.

[19] Così, G. De Minico, *La forma di governo e legge elettorale. Un dialogo nel tempo*, in *Astrid*, 2018, 4.

Ma nonostante ciò, la disaffezione della società civile rispetto ai rappresentanti ha continuato ad acuirsi sempre di più a fronte del fallimento delle maggioranze incapaci di attuare le promesse elettorali[20], e nulla è valso l'intervento della Corte costituzionale che, alla luce di ragionamento ormai sedimentato, secondo cui l'obiettivo della stabilità governativa, cui pur si riconosce un valore costituzionale, non può non aver riguardo al vincolo del minor sacrificio possibile di altri interessi e valori costituzionalmente protetti, aveva censurato, seppur parzialmente, le leggi elettorali nn. 270 del 2005 e 52 del 2015.

In particolare, la Consulta con la sentenza n. 1 del 2014[21], censurando il c.d. Porcellum, ha affermato, tra l'altro, che la stabilità costituisce un "obiettivo legittimo" ma non un "fondamento delle Stato democratico" per cui non può legittimare "un'illimitata compressione della rappresentatività dell'Assemblea parlamentare"[22].

Parimenti per la legge *Italicum*, con la decisione costituzionale n. 35 del 2017, il Giudice delle leggi è pervenuto alla conclusione che il premio di maggioranza previsto, consistente nell'attribuzione del 55% dei seggi alla Camera dei Deputati, senza alcun soglia di partecipazione, alla lista vincente al ballottaggio con la maggioranza semplice dei voti ottenuti, fu riconosciuto principio costituzionalmente ammissibile solo a patto che questo premio fosse agganciato ad una «soglia minima di consensi»[23].

[20] Si rinvia a M. Villone, *Il tempo della Costituzione*, Roma, 2012.

[21] *Ex plurimis*, G. Azzariti, *La riforma elettorale*, in *Riv. AIC*, n. 1, 2014; R. Bin, *"Zone franche" e legittimazione della Corte*, in *Forumcostituzionale.it*, 2014; P. Carnevale, *La Corte vince ma non (sempre) convince. Riflessioni intorno ad alcuni profili della "storica" sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1, 2014; S. Staiano, *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi provvisoria del modello incidentale*, in *Riv. AIC*, n. 2, 2014, 6 ss.; G. Zagrebelsky, *La sentenza n. 1 del 2014 e suoi commentator*i, in *Giur. cost*., n. 3, 2014; C. De Fiores, *La riforma della legge elettorale*, in *Costituzinalismo.it*, n. 1, 2015, 1 ss.

[22] Corte cost., sent. n. 1/2014, punto 5.1 del considerato in diritto.

[23] Corte cost., sent. n. 35/2017, punto 12.2. del considerato in diritto. In dottrina, tra gli altri, V. Baldini, *Parlamentarismo, democrazia e disciplina elettorale: quel che la sentenza n. 35/2017 dice e quel che (forse…) lascia intendere*, in *DirittiFondamentali.it*, n. 1, 2017; A. Celotto, *La legge elettorale: quali prospettive*?, in *Riv. AIC*, n. 1, 2017; S. Ceccanti, *I sistemi elettorali per le elezioni politiche dopo la 35/2017: una sentenza figlia del referendum, ma per il resto deludente per i proporzionalisti,* in *Federalismi.it*, 2017; M. Luciani*, Bis in idem: la nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica,* in *Riv. AIC*, n. 1, 2017; A. Morrone, *Dopo la decisione sull'Italicum: il maggioritario è salvo, e la proporzionale non un obbligo costituzionale*, in *Forumcostituzionale.it*, 2017; A. Ruggeri, *La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità: un'autentica quadratura del cerchio, riuscita solo a metà, nella pronunzia sull'Italicum*, in *Forumcostituzionale.it*, 2017; C. Rossano, *Note sul premio di maggioranza ed esigenze di omogeneità delle leggi elettorali della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica nella sentenza della Corte costituzionale n. 35/2017*, in Riv.

Con l'entrata in vigore dell'attuale legge elettorale n. 165 del 2017 (c.d. Rosatellum bis), la transizione maggioritaria in Italia si è attenuata, in quanto è stato introdotto, in estrema sintesi, un sistema elettorale misto, con una quota di collegi uninominali maggioritari per un terzo attribuiti secondo il principio *first past the post*, e una quota proporzionale che utilizza il metodo del quoziente e diverse soglie di sbarramento, peraltro modeste[24], per i restanti due terzi[25], il cui principale obiettivo è quello di comporre quell'equilibrio tra rappresentatività e governabilità di cui la stessa Corte costituzionale aveva più volte, nelle pieghe delle sentenze richiamate, indicato al legislatore[26].

Ma la crisi della rappresentanza politica in Italia si è rivelata in questi anni innanzitutto crisi di un apparato[27] che, alla rappresentanza degli interessi sociali, ha preferito il mito della funzionalità e dell'efficienza dell'azione di governo[28].

Si tratta di un rilievo importante dal punto di vista del diritto costituzionale, perché si ritiene che sia per questa mancanza di attinenza della rappresentanza politica con lo scenario eterogeneo degli interessi politici plurali e concorrenti, che si è alimentata una significativa crisi di identità della stessa democrazia rappresentativa.

2. *La crisi della sovranità statale e il soccorso del potere giurisdizionale*

A questo punto che le dinamiche di trasformazione della forma e soprattutto del ruolo dei partiti, nonché l'alternarsi delle più diverse leggi elettorali, abbiano concorso al propagarsi, tra gli elettori, di quel comune sentire che prende il nome di "antipolitica", è un fatto che sembra difficilmente contestabile.

Ma sarebbe, per chi scrive, tuttavia un errore pensare che la crisi del rapporto tra rappresentanti e rappresentati, che certamente non è una novità di

AIC, n. 1, 2017, 2; S. Staiano, *Il giudizio sulla legge elettorale come decisione politica*, in *Federalismi.it*, n. 2, 2017.

[24] Per le liste singole il 3% dei voti ottenuti a livello nazionale per la Camera e per il Senato, ad eccezione per le liste delle minoranze linguistiche per le quali è prevista, nella Regione di riferimento, una soglia del 20%. Per le coalizioni la soglia minima a livello nazionale è fissata al 10%. Inoltre, i voti delle liste coalizzate che non raggiungono la soglia del 3% si riversano nella coalizione.

[25] Va ricordato, inoltre, che mediante un sistema proporzionale puro che prevede il voto di preferenza, 12 deputati e 6 senatori sono eletti con il voto degli italiani residenti all'estero.

[26] Mi sia consentito, F. Zammartino, *Partiti, sistemi elettorali e crisi della democrazia rappresentativa in Italia*, in G. De Minico, G. Ferraiuolo, (a cura di), Firenze, 2019, 177.

[27] Si rinvia a S. Prisco, *Rinnovare i canali ostruiti della rappresentanza politica e della democrazia*, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online*, n. 2, 2021.

[28] V. Baldini, *Parlamentarismo, democrazia e disciplina elettorale: quel che la sentenza n. 35/2017 dice e quel che (forse…) lascia intendere*, cit., 9.

oggi, non sia anche la conseguenza di altri fattori. Tra questi campeggia, da un lato, la crisi della sovranità dello Stato[29] riferibile al processo di globalizzazione e, nell'ambito del continente europeo, al carattere prevalentemente economico del processo di integrazione dell'UE[30], unitamente alla crisi finanziaria che ha caratterizzato questi ultimi tre lustri, dall'altro, il c.d. "protagonismo della giurisdizione"[31], che ormai attenta dottrina individua da tempo quale fenomeno disturbatore dell'equilibrio costituzionale dei poteri statali[32].

La metamorfosi della sovranità è in stretta relazione con il processo di indebolimento progressivo dello Stato sociale[33], così da cogliere, a partire dalla constatazione che la sovranità democratica e il riconoscimento dei diritti sociali (oltre ai tradizionali diritti di libertà) rappresentano il *proprium* della nuova stagione costituzionale del Secondo Dopoguerra, la crisi dello "Stato sociale di diritto"[34].

Del resto, la crisi fiscale dello Stato, favorita dai processi di apertura dei mercati, non può che mettere in seria discussione lo spirito del costituzionalismo democratico-sociale che, a differenza della precedente stagione liberale, ha proprio nel riconoscimento e nella garanzia dei diritti sociali uno dei suoi caratteri fondamentali[35].

[29] Sulla sovranità la letteratura è sterminata, ci limitiamo ad una bibliografia essenziale: N. Matteucci, *Sovranità (voce)*, in *Dizionario di politica italiana*, diretto da N. Bobbio, N. Matteucci, 1102-10; in Id., *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, 1983; G. Silvestri, *La parabola della sovranità*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, n. 1/1996; G. Palombella, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Bari, Dedalo, 1997; G.M. Cazzaniga (a cura di), *Metamorfosi della sovranità. Tra stato nazionale e ordinamenti giuridici mondiali*, Ed. Ets, 1999; D. Quaglioni, *La sovranità*, Roma-Bari, 2004; G. Ferrara, *La sovranità popolare e le sue forme*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2006; G. Berti, *Sovranità*, in *jus-Rivista di scienze giuridiche, Università Cattolica del Sacro Cuore*, Milano, 2007; A. Morrone, *Sovranità*, in *Annuario AIC*, 2016.

[30] Cfr. G. Moschella, *Crisi della rappresentanza politica e deriva populista*, in *Consulta on line*, n. II, 2019, 255.

[31] M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, 151 ss.

[32] *Ex plurimis*, M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost*., 2012, 3823 ss.; Id., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Dir. soc*., 2014, 433 ss.; M. Nisticò, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, 2015; S. Staiano, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in *Federalismi.it*, n. 17/2018, 3 ss.; S. Cassese, *Il governo dei giudici*, Roma-Bari, 2022.

[33] C. Iannello, *Il «non governo» europeo dell'economia e la crisi dello Stato sociale*, in *Rass. Dir. pubbl. eur. – on line*, 2015, n. 2/2015, 207.

[34] A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un "nuovo modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Riv. AIC*, n. 4, 2011, 3 ss.

[35] Cfr. S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, *passim*.

Questo processo irreversibile ha avuto, inevitabilmente, conseguenze sulla concreta fiducia del cittadino nei confronti delle istituzioni rappresentative; quest'ultimo, infatti, di fronte al peso sempre più crescente di *governance* e governi sovranazionali sottratti al controllo del corpo sociale, nonché a una finanza internazionale completamente schizofrenica[36], sempre più capace di dettare l'agenda politica, ma che evidentemente ha peggiorato la qualità media di vita, si è ritrovato assoggettato a poteri sempre meno definibili, che lo hanno allontanato progressivamente dai poteri decisionali e rappresentativi[37], svuotandolo, altresì, della sua identità civica.

L'atro fattore che si ritiene "deflagrante" del legame tra istanze collettive e rappresentanza democratica è quello che si riconosce nel fenomeno del c.d. "creazionismo giudiziario"[38].

Le ampie e complesse questioni di teoria generale che accompagnano il problema richiederebbero ben altro approfondimento, che per ragioni di economia di tempo non possono essere analizzate in questa sede. Tuttavia, non si può sorvolare sul fatto che il disappunto dei cittadini nei riguardi dei nostri governanti e della loro politica, sempre più incapaci di rispondere alle esigenze della società nel suo complesso, ha prodotto, tra l'altro, il convincimento negli stessi che il riconoscimento dei diritti, soprattutto quelli di nuova generazione, potesse trovare un più che valido alleato nel potere giurisdizionale, ormai sempre più disposto a offrire tutela immediata di fronte alle continue omissioni del legislatore[39].

[36] Fenomeno che fu colto agli inizi del novecento da O. Spengler, *Der Untergang des Abendiandes. Umrisse einer Morphologie der Weltgeschichte, 2 voll., Wien (1918) e München (1922)*, tr. it. J Evola, *Il tramonto dell'Occidente. Lineamenti di una morfologia della Storia mondiale*, 2° ed.; Milano, 1970, 78 ss.

[37] Si v., *ex plurimis*, N. Urbinati, *Democrazia in diretta. Le nuove sfide della rappresentanza*, Milano, 2013; Id., *Democrazia sfigurata*, Milano, 2014; G. Preterossi, *Ciò che resta della democrazia*, Roma-Bari, 2015; Y. Mèny, *Popolo ma non troppo. Il malinteso democratico*, Bologna, 2019; P. Bilancia, *Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica*, in *Federalismi.it*, n. 1/2017; Id., *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Torino, 2018; S. Cassese, *Il popolo e i suoi rappresentanti*, Roma, 2019.

[38] Sotto varie prospettive, O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, *passim*; A. Di Porto, *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo; Bologna, 2017, 119 ss.; M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir., Annali*, vol. IX, Milano, 2016; Id. *Diritto giurisprudenziale* versus *diritto positivo*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il diritto giurisprudenziale*, Pisa, 2021, 67 ss.; S. Cassese, *Il governo dei giudici*, cit., *passim*; F. Modugno, *L'interpretazione degli atti normativi*, in *Giur. cost*., 2022, 1093.

[39] Si v. G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017, 39 ss.; più recentemente, F. Paterniti, *Le omissioni del legislatore. Profili, problemi, prospettive*, Napoli, 2023.

Anzi, a dire la verità, il giudice (soprattutto quello costituzionale[40]), in non sporadici casi, si è sentito legittimato finanche a riconoscere tutela a istanze volte ad ottenere diritti che nessuna norma dell'ordinamento contemplasse nemmeno implicitamente[41]. L'affidamento della tutela giurisdizionale ha così ingenerato progressivamente nel cittadino, da una parte, la perdita di quello stimolo che si concreta nel rivolgersi al dovere di risposta della politica, dall'altra, la propensione a trasferire altrove le responsabilità proprio nelle aule dei tribunali e delle corti.

Oltre alle considerazioni di carattere contingente che muovono dalla prospettiva politico-istituzionale, c'è da dire, però, che il fenomeno appena citato rischia di alimentare problemi serissimi, che minano l'integrità dello Stato e il suo principio cardine qual è la separazione dei poteri.

Come è stato acutamente sottolineato, «ogni riconoscimento fondato sul solo intervento del giudice, in difetto di un consenso sociale maturatosi attraverso la lotta politica, è periclitante»[42].

Tutto induce a ritenere, quindi, che la fragilità del legame tra le istanze collettive e la rappresentanza democratica, che indubbiamente è elemento di lacerazione del tessuto del nostro ordinamento democratico, sarà destinata molto probabilmente a crescere per via del primato giudiziario, che, alimentato dalle sempre più crescenti istanze del cittadino, si fa carico di risposte che in fondo integrano un vero e proprio progetto politico.

3. *Considerazioni finali*

Avviandomi alle considerazioni conclusive, devo aggiungere che le dinamiche in direzione dell'antipolitica e la relativa perdita di fiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni politiche nel momento storico attuale in Italia, sono il frutto di concause eterogenee che ormai progressivamente erodono i tratti fondamentali della nostra democrazia parlamentare.

Nelle pagine precedenti, ci siamo prima posti il quesito se le dinamiche di trasformazione che hanno coinvolto la forma e il ruolo dei partiti abbiano contribuito concretamente al diffondersi dell'antipolitica tra gli elettori[43].

[40] Corte cost. sentt., nn. 222e 233 del 2018, 40 e 99 del 2019 224 e 252 del 2020, 63 del 2021 e 28 del 2022; in dottrina, A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2019, 251 ss.

[41] M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, cit., 160.

[42] Ivi.

[43] Cfr. L. Raffini, L. Viviani, *Il buio oltre i partiti? Partecipazione dal basso e partecipazione istituzionale ai tempi della politica reticolare*, in *Società-mutamento-politica*, vol. 2, n. 3/2011, 19 ss.

Si è arrivati ad affermare che se è vero che le varianti formanti che hanno trasformato i partiti in un'omologazione organizzativa, sfociata nella personalizzazione e privatizzazione dei medesimi, hanno indubbiamente rimodellato la struttura della forma di governo parlamentare[44], non sembra affatto peregrino affermare, altresì, che esse comunque sono state solo in minima parte percepite dai cittadini, quali elementi decisivi del processo di delegittimazione della classe politica.

Eppure! A testimonianza di quanto si afferma rileva il fatto che tali trasformazioni non hanno assolutamente ridisegnato le forme della politica in Italia, che continuano a manifestarsi preferibilmente all'interno del circuito dei partiti, ora personali[45].

Qualche considerazione di ordine diverso va fatto per leggi elettorali.

Infatti, il mutamento dei congegni elettorali si pone come elemento di sistemazione istituzionale dinanzi ai cambiamenti che modellano la Costituzione effettivamente vigente, fra cui la crisi della rappresentanza politica. Il legislatore italiano ha dato vita, con la nascita della seconda repubblica, a leggi elettorali architettate in chiave prevalentemente maggioritaria, con la previsione di meccanismi, quali cospicui premi di maggioranza, liste bloccate e irragionevoli soglie di sbarramento, incurante del fatto che la disarticolazione politica e l'eterogeneità di una società nelle sue componenti individuali e collettive, sono ormai fattori endemici nel nostro paese.

Ne è conseguito, che molti elettori di fronte a normative elettorali che restringevano sostanzialmente quel momento di libera scelta che è il voto (art. 48 Cost.), hanno preferito, come forma di protesta civile, astenersi, e magari trasferire in altra sede le proprie manifestazioni[46].

Alla luce di queste brevi considerazioni, si è dell'opinione che non sia affatto azzardato sostenere che i sistemi elettorali, più che i nuovi partiti personalizzati, siano tra i fattori che maggiormente hanno contribuito a determinare lo stato di disaffezione dei cittadini elettori dalla politica.

Ma l'allontanamento dei cittadini dalle istituzioni è dovuto, come è stato anticipato, anche da fattori che sono l'espressione più evidente di come sia cambiato in questi anni il contesto politico, istituzionale e culturale di riferimento.

Così, l'integrazione europea e la crisi finanziaria globale, che particolarmente in Italia ha minato lo Stato sociale di diritto, hanno contribuito a rim-

[44] S. Staiano, *Trasformazione dei partiti e forma di governo*, cit., 3.

[45] A. Lucarelli, *La crisi della rappresentanza: brevi osservazioni a margine della Giornata di Studi in onore di Fulco Lanchester*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 2/2022.

[46] Si rinvia a B. Mercurio, *Società e decisioni amministrative. Processi evolutivi verso una democrazia deliberativa*, Napoli, 2021, spec. 31 a 45.

pinguare la crisi del meccanismo del consenso ai fini di scelte politiche. L'incapacità dei politici di indicare gli obiettivi di politica economica, infatti, ha eroso la credibilità da parte degli elettori, quest'ultimi sempre ormai più decisi a considerare che le scelte fondamentali dell'indirizzo politico sono prese a livello europeo, a tal punto che addirittura la dottrina ha parlato di "indirizzo politico europeo di sistema"[47].

Basti pensare al Next Generation EU che ha dato avvio ad una intensificazione del *federalizing process* che sottrae competenze ai governi nazionali[48], attivando in senso contrario spinte sovraniste caratterizzate da un forte contrasto verso le istituzioni internazionali e sovranazionali e da una vera e propria esaltazione delle politiche identitarie[49].

Nondimeno, il c.d. "creazionismo giurisprudenziale", che si concreta sempre più frequentemente in principi giurisprudenziali formulati quali veri e propri commi di legge e che hanno trovato applicazione anche in assenza di una precipua normativa, a parere di chi scrive, ha aumentato il livello di non partecipazione alla vita politica dei cittadini, atteso che la strada per il riconoscimento dei loro diritti appare ormai più agevole con l'intervento del giudice, ritenuto più funzionale allo scopo ultimo di rendere giustizia, rispetto al legislatore[50].

Ma tutto ciò, al di là delle problematiche di natura costituzionale, pone questioni anche di natura politica che si ripercuotono sulla tenuta della rappresentanza, in quanto il giudice, sempre più propenso ad abbandonare il campo dell'applicazione della legge, che le sarebbe proprio, per inserirsi in quello della mediazione e della regolazione del conflitto sociale[51], pretende di sostituirsi al normatore mediante decisioni non supportate da alcuna presunzione di condivisione generale, frutto della singola espressione decisionale non rappresentativa.

[47] A. Manzella, *Postfazione: Indirizzo politico di sistema e forma di governo*, cit., 461 ss.; si cfr. anche, Y.M. Citino, *Verso una nozione di indirizzo politico "integrato": effetti dell'anticipazione dei meccanismi decisionali dal livello nazionale a quello europeo*, in M. D'Amico, B. Liberali, A. Perez Miras, E. D. Raffiotta, S. Romboli, G. M. Teruel Lozano, (a cura di), *Europa, società aperta, volume I, Problemi attuali e prospettive future*, Napoli, 2022, 153 ss.

[48] E. Cavasino, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e le sue fonti. Dinamiche dei processi normativi in tempo di crisi*, Napoli, 2022, 30 ss.

[49] Tali considerazioni vengono suffragate, nel momento in cui scriviamo, dai risultati delle elezioni europee dell'8 e 9 giugno che hanno confermato la netta vittoria delle destre nazionaliste e antieuropeiste nei principali stati membri.

[50] G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., 37 ss.

[51] G. Zagrebelsky, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, 350.

Carmela Capolupo[*]

GOVERNO *VS. GOVERNANCE* MONDIALE DELLE EMERGENZE SANITARIE INTERNAZIONALI NEL PROGETTO DI ACCORDO PANDEMICO E NEGLI EMENDAMENTI AL REGOLAMENTO SANITARIO INTERNAZIONALE. PROFILI COSTITUZIONALI

SOMMARIO: 1. Premessa. L'organizzazione dei lavori in seno all'Assemblea mondiale della sanità – 2. La natura dell'OMS e la sua Costituzione come fondamento dell'adozione del Trattato pandemico e degli interventi sul RSI. La dimensione multilivello di tutela dei diritti, il ruolo dell'UE nella negoziazione. – 3. Le incertezze sulla reale necessità di un piano pandemico. – 4. Comunicazione e sensibilizzazione del pubblico. – 5. L'ambito di applicazione del RSI. – 6. La dichiarazione di un'emergenza di sanità pubblica e conseguenti obblighi degli Stati. – 7. Condivisione di informazioni sensibili. – 8. Il limite del rispetto della dignità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali. – 9. La natura giuridica delle raccomandazioni. – 10. Le misure sanitarie per viaggiare. – 11. Il problema della regolamentazione del settore privato. – 12. Conclusioni: i diritti fondamentali tra sovranità e aspirazione universale, quale sintesi possibile?

1. *Premessa. L'organizzazione dei lavori in seno all'Assemblea mondiale della sanità*

Il percorso che in seno all'OMS ha condotto alle proposte di modifica del RSI, unitamente alla proposta di adozione di un Trattato sulle pandemie[1], muove dalla 74ª assemblea mondiale della sanità, svoltasi dal 24 al 31 maggio 2021.

L'orientamento emerso nel corso dei lavori mira al potenziamento delle istituzioni internazionali, quale imprescindibile condizione per il dispiegarsi di un forte impegno a sostegno di una più incisiva solidarietà globale, per la equità e la cooperazione internazionale.

Gli interventi si dipanano lungo due direttrici: la prima riguarda il profilo prevalentemente organizzativo, affidato al *member states working group* (MSWG), aperto alla partecipazione di tutti gli Stati membri, con il compito di studiare e individuare gli strumenti più idonei sul piano organizzativo al perseguimento degli obiettivi.

[*] Professore aggregato di diritto costituzionale, Università di Napoli "Federico II", dipartimento di scienze politiche.

[1] In base agli articoli 19, 20 e 21 della Costituzione dell'OMS.

Con un secondo livello di intervento, più specificamente rivolto ai contenuti, sono state elaborate le proposte volte al potenziamento dell'Organizzazione nella prevenzione e risposta alle emergenze sanitarie.

Sulla spinta di molti paesi, si adotta la decisione con la quale si stabilisce che le risultanze del lavoro svolto dal *working group* andranno a costituire la base della discussione della successiva sessione speciale dell'Assemblea. A quest'ultima è demandato il compito di definire un percorso, in prospettiva di un processo intergovernativo, entro il quale incardinare il lavoro di redazione e negoziazione di uno strumento di preparazione e risposta alle pandemie.

I lavori della successiva sessione speciale dell'Assemblea mondiale si concludono nel dicembre 2021 con l'adozione della decisione *The World Together: Establishment of an intergovernmental negotiating body to strengthen pandemic prevention, preparedness and response* con la quale si costituisce l'INB (*international negotiating body*), organo negoziale intergovernativo, composto dai paesi membri dell'OMS, con il compito di avviare un negoziato per definire lo strumento internazionale di preparazione e risposta alle pandemie da sottoporre all'approvazione dell'AMS nella successiva riunione fissata per maggio 2024.

Parallelamente al procedimento di redazione del trattato pandemico, la 75ª AMS, con la risoluzione WHA7 5.12 del 28/5/2022, avvia il processo di revisione del RSI, storicamente nato come accordo per la condivisione di regole volte alla cooperazione nella gestione delle epidemie da malattie infettive, invitando gli Stati a proporre emendamenti al testo vigente.

Il gruppo di lavoro istituito per la elaborazione egli emendamenti, il *Working Group on Amendments to the International Health Regulations* (WGIHR), comprende i 196 Stati parte del RSI, l'Unione europea e la delegazione di osservatori della Palestina.

Nel corso della riunione dell'AMS del novembre 2022, il WGHIR propone un blocco di emendamenti al RSI sui quali si è orientata una intensa riflessione che ne ha evidenziato numerose criticità, non solo con riferimento alla potenziale erosione della indipendenza nella gestione di eventuali future crisi sanitarie, lamentata da molti Stati parte ma, prima ancora, per i profili di tensione con la stessa Costituzione dell'OMS e con l'assetto delle garanzie poste a tutela dei diritti e delle libertà fondamentali a tutti i livelli.

Il testo definitivo delle proposte emendative del RSI, approvato nel corso dell'ultima AMS di maggio 2024, risulta di gran lunga ridimensionato rispetto alle iniziali pretese, lasciando in buona sostanza inalterato quello originario del 2005. Tuttavia, permangano non pochi elementi di criticità sui contenuti, oltre che sul metodo che ha contrassegnato lo svolgimento dei lavori.

A quest'ultimo proposito, sembra opportuno evidenziare che il testo finale degli emendamenti, approvati negli ultimi momenti dell'ultimo giorno della

riunione, non è stato presentato agli Stati parte con quattro mesi di anticipo, secondo le prescrizioni dell'art. 55, c. 2 del RSI; si deve a ciò aggiungere che l'approvazione è avvenuta per consenso e non per voto palese, con la conseguente difficoltà di conoscere il novero dei votanti.

Migliore sorte non è toccata al progetto di Trattato pandemico che, ad oggi, resta sospesa per la prevedibile battuta di arresto dei negoziati, seguita alla ferma resistenza di alcuni Stati, già da tempo preannunciata.

L'Assemblea si è limitata alla votazione della proroga di un anno dell'organismo intergovernativo di negoziazione, puntando alla approvazione del trattato entro il 2025[2].

Dunque, all'esito dell'ultima sessione dell'AMS di maggio-giugno 2024, a fronte degli obiettivi e delle aspettative iniziali, è parso comprensibilmente eccessivo il tono quasi celebrativo delle dichiarazioni con le quali il Direttore generale dell'OMS ha concluso i lavori.

Sebbene molti dei punti maggiormente controversi non siano confluiti nel testo del regolamento definitivamente approvato, mette conto occuparsene, se non altro perché la pervasività delle iniziali proposte emendative offre uno spaccato emblematico dell'approccio dell'OMS alla strategia di una ipotetica gestione globale delle emergenze sanitarie, sollevando interrogativi destinati a riproporsi con la negoziazione sul Trattato pandemico ancora in corso.

Nell'economia del presente contributo, non ci si potrà che limitare alla mera segnalazione delle originarie proposte più controverse, muovendo da una dimensione internazionale e sovranazionale che ci interroga preliminarmente sulla stessa natura dell'OMS, sulla tutela multilivello dei diritti, sul ruolo dell'UE nella fase di negoziazione.

2. *La natura dell'OMS e la sua Costituzione come fondamento dell'adozione del Trattato pandemico e degli interventi sui RSI. La dimensione multilivello di tutela dei diritti, il ruolo dell'UE nella negoziazione*

L'OMS è una agenzia dell'ONU, ovvero di una organizzazione in cui gli Stati aderenti interagiscono in posizione di parità, sulla base dei trattati e del diritto internazionale.

A differenza delle organizzazioni sovranazionali, gli Stati non si riconoscono in un ordinamento sovraordinato, titolare di competenze devolute e, conseguentemente, dotato del potere di porre norme di diritto derivato.

[2] Il testo degli emendamenti approvato nel corso della sessione dell'AMS di maggio-giugno 2024 e la bozza del Trattato pandemico sono consultabili sul sito dell'OMS all'indirizzo *https://www.who.int.*

Sia nelle organizzazioni internazionali che in quelle sovranazionali gli Stati acconsentono liberamente alla limitazione della propria sovranità che negli ordinamenti sovranazionali è più incisiva, motivo per il quale si dotano di istituzioni rappresentative in funzione di bilanciamento e di garanzia.

I trattati che regolano i rapporti tra gli Stati aderenti a una organizzazione internazionale, normalmente, non dovrebbero imporre rigorosi obblighi di mezzi, limitandosi a vincoli di risultato, in un quadro di compatibilità con il regime dei diritti costituzionalmente garantiti in ciascuno Stato parte.

Da uno sguardo di insieme al progetto di accordo pandemico e alle proposte emendative del RSI, si ricava quasi l'impressione di una metamorfosi in atto della natura giuridica dell'OMS. La percezione è quella di una pesante limitazione del principio consensualistico nella definizione di strategie condivise, destinata ad accentuare ulteriormente la tendenziale verticalizzazione della cooperazione in materia sanitaria.

Una involuzione di fatto cui non corrisponde alcuna misura in funzione di contrappeso alla più accentuata limitazione di sovranità ma, paradossalmente, contrassegnata dal rafforzamento dei poteri che fanno capo a figure che operano in assenza di contraddittorio e che nemmeno indirettamente possono dirsi rappresentative dei singoli Stati. Per rendersene conto è sufficiente scorrere le proposte emendative relative ai poteri del Direttore generale dell'OMS. Alla carenza di legittimazione democratica si associa l'esclusione di qualsivoglia regime di responsabilità e dei conseguenti rimedi giurisdizionali di tutela.

Se la trasformazione nella *governance* dell'OMS si rivelasse plausibile, si imporrebbe pregiudizialmente una verifica sulla tenuta della sua stessa Costituzione, sulla sua capacità di fondare un cambiamento tanto radicale rispetto ai principi che sancisce. In altri termini, si tratterebbe di ripensare radicalmente i compiti, le finalità e l'organizzazione dell'OMS e di dotarla di una nuova Costituzione come fondamento legittimante il mutato assetto di fatto dell'organizzazione.

I procedimenti di adozione dell'accordo pandemico e di modifica del RSI si concludono con l'adozione di atti dotati del medesimo effetto vincolante, ma mette conto evidenziare che è diverso il procedimento di adozione, in ragione del loro contenuto.

L'accordo pandemico segue la procedura propria degli accordi e delle convenzioni di cui all'art. 19 Cost. OMS, la cui approvazione richiede una maggioranza qualificata dei due terzi.

Le modifiche al RSI seguono il procedimento di adozione proprio degli atti regolamentari di cui all'art. 22 Cost. OMS, per la cui approvazione è sufficiente la maggioranza semplice; gli stessi entrano in vigore per effetto della comunica-

zione agli Stati, salva la facoltà di questi ultimi di notificare un rifiuto o riserve nei termini indicati dalla notifica.

Giova in proposito ricordare che nel maggio 2022 l'Assemblea mondiale ha approvato gli emendamenti proposti dagli USA che riducono da 18 a 10 i mesi il termine per il rigetto delle modifiche da parte degli Stati membri, da 24 a 12 mesi dall'approvazione il termine per l'entrata in vigore delle stesse.

In sede di Assemblea mondiale è stata evidenziata la necessità di un raccordo tra i due gruppi di lavoro (WGHIR e INB), essenziale per scongiurare il rischio di improprie sovrapposizioni, tenuto conto che la natura tecnica del RSI presuppone modifiche specifiche e puntuali, laddove all'accordo dovrebbero essere demandate le questioni di prevalente spessore politico. Un elemento di riscontro in tal senso può trarsi dall'orientamento del Consiglio esecutivo dell'OMS e dall'orientamento degli Stati parte che non sembrava favorevole alla riapertura dell'intero strumento in funzione di una rinegoziazione: «tali emendamenti dovrebbero essere di portata limitata e affrontare questioni specifiche e chiaramente identificate, sfide, tra cui l'equità, sviluppi tecnologici o di altro tipo, o lacune che non potrebbero essere efficacemente affrontate in altro modo, ma che sono fondamentali per sostenere l'effettiva attuazione e conformità del Regolamento sanitario internazionale»[3].

Tra il progetto di accordo e le proposte emendative del RSI è tuttavia possibile intercettare diverse sovrapposizioni, alcune delle quali probabilmente inevitabili, tenuto conto che gli emendamenti al RSI sono stati presentati in un periodo di tempo determinato, mentre le modifiche al trattato sono state apportate di volta in volta nel corso delle riunioni dell'INB.

Tuttavia, la duplicazione di alcune disposizioni potrebbe anche celare l'intento di garantirsene l'approvazione con la maggioranza meno elevata, prescritta per le modifiche del RSI, una sorta di blindatura nell'ipotesi, rivelatasi poi realistica, della mancata approvazione del piano pandemico.

La riflessione sul potenziale impatto delle modifiche in corso sul sistema di garanzie apprestato a tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, non può limitarsi al riscontro con i principi sanciti in Costituzione, dovendo necessariamente tener conto della internazionalizzazione della tutela della persona e dei diritti umani che coinvolge la quasi totalità degli Stati aderenti all'OMS.

Basti pensare alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948), la cui proiezione in ambito europeo si ritrova nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950), alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE (1999), incorporata successivamente nei

[3] *75th World Health Assembly, Amendments to the International Health Regulations (2005). Resolution WHA75.12, 28 May 2022.*

trattati europei di Lisbona del 2009, al Patto internazionale sui diritti civili e politici (ONU) del 1966.

L'apporto dell'UE, sebbene in qualità di osservatore informale senza diritto di voto, è stato particolarmente significativo, sia nella fase della iniziativa che nella successiva fase di negoziazione di entrambi gli atti. Con la decisione del 3 marzo 2022/451 il Consiglio europeo autorizza la Commissione a negoziare a nome dell'Unione; con la successiva decisione 20 maggio 2022/830 si definisce la posizione da adottare a nome dell'Unione in merito ad alcune modifiche del RSI.

Il contributo dell'UE non si è limitato al ruolo politico nella promozione dell'accordo, incidendo anche nella «posa in opera» delle proposte emendative, facendo così valere anche il suo ruolo giuridico[4].

Significativa in tal senso la valutazione sulla struttura delle disposizioni della bozza zero del progetto di trattato che, secondo i rilievi dell'UE, non avrebbe rispecchiato la forma tipica dell'accordo, con la conseguente difficoltà di pervenire in tempi rapidi alla conclusione del procedimento. Sebbene non ne sia formalmente destinataria, il RSI riconosce all'EU un ruolo non trascurabile nella veste di organizzazione di integrazione economica e regionale, in base all'art. 57, c. 3 RSI, rimasto nella sua formulazione originaria[5]. Ne consegue che sarà l'UE, in via esclusiva o in concorrenza con gli Stati membri, preposta alla implementazione delle finalità enunciate nel RSI, ricadenti nelle materie di competenza europea.

In relazione alle considerazioni innanzi svolte, sarebbe stato ragionevole attendersi da parte dell'UE una presa di posizione risoluta nel valutare l'incidenza delle modifiche *in itinere* sul principio del rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione, sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché del rispetto dei valori fondanti del TUE, primo fra tutti il rispetto dello Stato di diritto di cui all'art. 2 TUE.

3. *Le incertezze sulla reale necessità di un piano pandemico*

L'adozione di un nuovo strumento dovrebbe scaturire da una premessa che ad oggi risulta indimostrata, vale a dire che le criticità emerse nella gestione della emergenza sanitaria sars covid 19 si debbano ascrivere ad una qualche

[4] M. Lanotte, *La posizione dell'Unione Europea nella prospettiva della modifica del regolamento sanitario internazionale e dell'elaborazione di un trattato pandemico*, in *www.aisdue.eu*, 10 novembre 2023, 5.

[5] In base alla quale, «con ogni riserva sui loro doveri in base al presente Regolamento, gli Stati parte che facciano parte di un'organizzazione per l'integrazione economica regionale devono applicare, nell'ambito delle loro relazioni reciproche, le regole comuni in vigore in tale organizzazione per l'integrazione economica regionale».

carenza degli strumenti normativi. Dunque, l'adozione del piano pandemico risponderebbe alla necessità di dotare l'OMS di poteri ulteriori, per colmare una lacuna che avrebbe pregiudicato efficacia e tempestività dell'intervento su scala mondiale[6].

Come si accennava, non solo si tratterebbe di una premessa indimostrata ma, è opportuno evidenziare che la Costituzione dell'OMS, ovvero un trattato internazionale ratificato da tutti gli stati e dotato di una superiorità logica sugli altri atti, conferisce all'Organizzazione una serie di funzioni ben precise sul contrasto alle pandemie, anche con riferimento al potere di coordinare e dirigere a livello internazionale le politiche degli Stati, in collaborazione con ogni organizzazione internazionale che possa ritenersi adeguata.

Se si presta attenzione agli obiettivi e agli argomenti che si adducono a sostegno del nuovo trattato, non c'è chi non veda come gli stessi siano agevolmente riconducibili al corredo degli strumenti già predisposti con il RSI che, giova ricordare, in base all'art. 2 ha lo scopo di «prevenire, proteggere, tenere sotto controllo e fornire una risposta sanitaria alla diffusione internazionale di malattie tramite modalità commisurate e limitate ai rischi per la sanità pubblica e che evitino inutili interferenze con il traffico e il commercio internazionale».

Un elemento di riscontro in tal senso può trarsi dal silenzio dei soggetti a cui è stata affidata la formulazione degli emendamenti al regolamento, la cui inadeguatezza non è stata mai ascritta a un vuoto normativo da colmare.

Piuttosto che approfondire il potenziale rendimento degli strumenti di intervento esistenti, facendo leva sulla Costituzione OMS e sul RSI esistente, si è preferito muovere sulla scia dell'art. 19 Cost. OMS.

A nulla gioverebbe invocare il successo dell'unico precedente che risale alla convenzione quadro dell'OMS per la lotta al tabagismo, la cui approvazione seguì un procedimento contrassegnato da un significativo protagonismo della società civile, facendo registrare una partecipazione senza precedenti di organizzazioni non governative, sia nella fase di stesura che nel corso della negoziazione, suffragata da una ricerca partecipata con forti vincoli di regolamentazione del settore privato[7]. Un percorso che appare diametralmente opposto alla procedura *in itinere*.

Su questo versante molti dei rilievi critici si sono appuntati sulla insufficiente trasparenza delle procedure e sulla sostanziale marginalizzazione degli attori non statali, nonostante le sollecitazioni provenienti da organizzazioni come *Save the Children* e Medici senza frontiere.

[6] E. Missoni, *Trattato pandemico ed emendamenti ai regolamenti di sanità internazionale*, in *https://cmsindipendente.it*, 19 ottobre 2023, 1.

[7] E. Missoni, *op. cit.*, 3.

4. *Comunicazione e sensibilizzazione del pubblico*

Tra le misure contemplate in entrambi gli atti, meritevole di attenzione è la disciplina relativa alla raccolta e alla circolazione delle informazioni, destinata a sollevare non poche riflessioni critiche, anche alla luce dei problemi emersi durante la gestione della pandemia da sars covid 19.

In base alla originaria proposta emendativa dell'art. 44 RSI, gli Stati si impegnano a collaborare per «contrastare la diffusione di informazioni false e inaffidabili su eventi di sanità pubblica, misure e attività preventive e antiepidemiche nei media, nei social network altri modi di diffusione di tali informazioni».

In termini analoghi dispone l'art. 18 del progetto di trattato.

La disposizione ha sollevato più di un interrogativo. In *primis*, ci si chiede, quale autorità è preposta al discernimento tra informazione e disinformazione e, soprattutto, sulla base di quali elementi si valuta l'attendibilità delle informazioni? Se c'è una istituzione a cui si riconosce il potere di selezionare le informazioni consentite, non ci sarà alcun modo per sottrarsi al rischio di una informazione unilaterale, la cui linea di confine con la propaganda, in un meccanismo governato anche da interessi di natura economica, potrebbe diventare del tutto evanescente.

In proposito, giova ricordare che durante la pandemia di covid 19, per la gestione dell'informazione, l'OMS si è avvalsa di collaborazioni con società di ricerca e vari network, con il risultato di una narrazione in larga misura incentrata sulla censura delle voci non allineate.

L'art. 18 del progetto di piano pandemico e gli emendamenti al RSI sembrano sancire l'intento di formalizzare ed istituzionalizzare questo modo di informare.

Ma non è questo il solo motivo di perplessità che la disposizione ha sollevato.

Il secondo comma dell'art. 18 della bozza di Trattato, affidando agli Stati, tra gli altri, il compito di condurre ricerche e mettere in campo politiche sui fattori che ostacolano l'adesione alle misure sociali e sanitarie, denota una criticità che pervade entrambi i progetti allo studio dell'OMS, in tutto il loro dispiegarsi. La proposta appare difficilmente compatibile con la tutela costituzionale del diritto alla salute, per almeno due ordini di motivi inscindibilmente collegati: informazione e autodeterminazione in campo sanitario e, più in generale, per l'abnorme sbilanciamento tra dimensione individuale e dimensione collettiva del diritto alla salute. Uno squilibrio che, a ben vedere, caratterizza l'impalcatura complessiva del disegno riformatore dell'OMS, in cui la componente individuale a tratti scompare a tutto vantaggio di quella

collettiva[8], secondo una impostazione difficilmente compatibile con l'art. 32 Cost.

Quest'ultimo declina la tutela della salute nella duplice dimensione di diritto fondamentale, individuale e soggettivo, di cui è titolare il singolo e di interesse sociale e oggettivo, di cui è titolare la collettività.

Il diritto alla salute del singolo, nella sua duplice valenza di diritto ad esigere una prestazione per curarsi e di libertà non curarsi, è dotato di una sua autonoma connotazione, segnatamente personalista, rispetto alle finalità ascrivibili agli interessi della collettività. Tale connotazione induce a escludere che la componente individuale del diritto possa assumere un carattere subalterno o servente rispetto alla realizzazione della finalità sociale. Alcuni elementi a sostegno del carattere primario e assoluto del diritto alla salute possono trarsi dalla consolidata giurisprudenza costituzionale.

Nell'ultima formulazione del testo approvato viene meno l'emendamento all'art. 44 RSI, ma non l'interesse per il tema della informazione/disinformazione che si ritrova, quasi occultato, nell'allegato 1, in base al quale si richiede agli Stati di «sviluppare, rafforzare e mantenere le capacità di base (…) in relazione alla comunicazione del rischio, anche per quanto riguarda la disinformazione e l'informazione».

Restano del tutto indefiniti i criteri di discernimento tra informazione e disinformazione, le caratteristiche degli organi di vigilanza e cosa debba intendersi per «affrontare» la disinformazione.

Anche su questo tema la normativa europea precorre i tempi con l'approvazione del Regolamento cosiddetto DSA, Digital Service Act, entrato a regime ad agosto 2023. Il regolamento si propone, tra gli altri, l'obiettivo di contrastare «i rischi per la società che la diffusione della disinformazione o di altri contenuti può generare (…) che possono anche derivare da campagne di disinformazione relative alla salute pubblica»[9].

Sarebbe lecito chiedersi quante posizioni critiche si sarebbero salvate con una legge siffatta durante la pandemia[10].

5. *L'ambito di applicazione del RSI*

Per effetto della proposta modificativa dell'art. 2 RSI, il campo di applicazione del regolamento sarebbe stato esteso dal novero dei rischi per la salute

[8] L. Poli, *Le modifiche al regolamento sanitario internazionale: un bene o un male?* in *https://www.assis.it/*, 2 marzo 2023, 1.

[9] Regolamento (UE) 2022/2065, rispettivamente, punti 9 e 83 del "considerando".

[10] Così F. Carraro, *Digital Service Act, i molti "considerando" della legge UE mi fanno riflettere sulle nostre libertà*, *Il fatto quotidiano*, 3 marzo 2024.

pubblica, secondo l'originaria formulazione, a tutti i rischi di impatto sulla salute pubblica, anche soltanto potenziale.

Ci si è interrogati sulla utilità di tale modifica, in rapporto alla definizione di salute pubblica già enunciata nel precedente art. 1 del Regolamento. È significativo al riguardo evidenziare che lo stesso gruppo di lavoro (A WGHIR 2/5 del 6 febbraio 2023) ha ritenuto che l'emendamento proposto non sia più chiaro. «I rischi per la salute pubblica sono già definiti nell'articolo 1 e la definizione comprende pienamente il desiderio degli Stati parte di adottare l'approccio omnicomprensivo previsto nell'articolo 1, l'approccio a tutti i rischi previsto dalla revisione del Regolamento del 2005».

In base all'ampia formulazione della Costituzione OMS, il concetto di salute non si limita all'assenza di malattie, ma si estende a uno stato completo di benessere oltre che fisico, anche mentale e sociale. L'dea di un impatto, anche soltanto potenziale, su una delle tante componenti in cui si dispiega la condizione di benessere così definita ha sollevato più di un dubbio. Posto che un rischio potenziale può identificarsi con una serie infinita di eventualità, ciò che lascia perplessi è che la valutazione sulla pertinenza tra una qualsivoglia eventualità e il suo impatto sulla salute sarebbe stata rimessa alla giurisdizione dell'OMS, ovvero alla sensibilità del Direttore generale.

A tutto concedere, si può anche convenire sul fatto che predeterminare in maniera circostanziata gli eventi che impattano sulla salute è impossibile per la loro potenziale varietà, ma il problema è che una siffatta valutazione, destinata in ipotesi ad incidere anche significativamente sulla vita delle persone, sarebbe rimessa alle competenze dell'OMS in assenza di contraddittorio, di un organo rappresentativo delle popolazioni, di criteri e vincoli da rispettare, di garanzie dei diritti.

Considerato che i rischi potenziali possono riferirsi anche alla salute mentale e sociale e, considerato, altresì, che nel progetto di riforma le raccomandazioni sarebbero divenute vincolanti, il quadro che se ne desumeva è apparso tutt'altro che tranquillizzante sul versante della tutela dei diritti fondamentali, tenuto conto dell'impianto delle garanzie costituzionali apprestate negli ordinamenti democratici. Nella Costituzione italiana il sistema delle garanzie a tutela dei diritti fondamentali è stato edificato sui principi della riserva di legge e riserva di giurisdizione. La materia dei diritti è sottratta a qualsiasi altra fonte diversa dalla legge, ovvero è sottratta a un decisore politico diverso dall'organo rappresentativo.

Nessuna delle controverse proposte di modifica appena descritte è stata inclusa tra gli emendamenti approvati. Il testo dell'art. 2 RSI ritorna quasi del tutto identico alla sua originaria formulazione, con le criticità emerse sin dalla sua approvazione del 2005.

6. *La dichiarazione di un'emergenza di sanità pubblica e conseguenti obblighi degli Stati*

Nell'iniziale disegno riformatore, all'ampliamento del campo di applicazione del RSI corrispondeva simmetricamente la proposta di modifica del secondo comma dell'art. 12 che estendeva i poteri del Direttore generale sull'accertamento dell'emergenza, rimuovendo l'obbligo di parere conforme degli Stati parte verso i quali permaneva un obbligo di mera informazione.

La generica definizione dei presupposti e dei parametri che giustificherebbero la dichiarazione di un'emergenza comporta che eventuali misure conseguenti ad un'allerta risulterebbero carenti di un fondamento giustificativo giuridicamente apprezzabile, quanto meno in termini di proporzionalità, secondo i più elementari principi di uno stato diritto, peraltro espressamente ribaditi anche nel TUE.

In stretta relazione con la gestione della emergenza sanitaria, merita di essere segnalata la proposta di modifica del successivo art. 13 che contemplava obblighi in capo agli Stati senza precedenti, tra cui quello di motivare il rifiuto di assistenza da parte dell'OMS entro quarantotto ore, emendamento respinto nel corso della votazione sul testo finale.

Per quanto limitata possa risultare la portata degli emendamenti approvati, resta sancito il ruolo dell'OMS di guida e coordinamento delle attività di risposta internazionale alle emergenze, subordinatamente alla richiesta o all'accettazione degli Stato interessati, tenuti all'adempimento di una serie di obblighi, tra cui: notificare all'OMS qualsiasi evento che possa causare una emergenza sanitaria; consultare l'OMS prima di implementare le misure sanitarie per fronteggiare l'emergenza; consentire all'OMS la gestione delle informazioni nei confronti degli altri Stati; consentire all'OMS la verifica sulle informazioni sanitarie ricevute con obbligo di risposta da parte degli Stati nel termine delle ventiquattro ore.

Rimane in capo al Direttore generale il potere di dichiarare una emergenza, ma si ripristina un principio vagamente consensualistico con il coinvolgimento degli Stati interessati e la possibilità, in caso di disaccordo, del ricorso al comitato di emergenza, organismo istituito dal Direttore generale che ne seleziona anche i componenti. Rientra altresì tra i poteri del Direttore generale l'imposizione di raccomandazioni temporanee, ma anche di restrizioni permanenti, risalenti all'originario testo del RSI del 2005.

7. *Condivisione di informazioni sensibili*

Gli articoli 10 e 11 RSI disciplinano la circolazione delle informazioni in ordine ad eventi potenzialmente rilevanti ai fini di una emergenza sanitaria di rilievo internazionale.

In base alla proposta di modifica, va segnalata la possibilità conferita all'OMS di condividere informazioni di un determinato Stato con altri Stati, senza previo consenso. Ciò che ha generato più di un motivo di perplessità era il silenzio su aspetti non marginali: chi decide quando è necessario condividere le informazioni, ma, soprattutto, in presenza di quali presupposti e con quali criteri si decide la condivisione delle informazioni?

La votazione finale respinge in blocco le proposte emendative, lasciando in buona sostanza inalterata la originaria formulazione in virtù della quale si prevede il coinvolgimento, sia pure marginale, dello Stato interessato circa la condivisione delle informazioni.

La originaria formulazione dell'art. 11, rimasta inalterata, consente all'OMS di condividere le informazioni con l'ONU e, se opportuno, con le relative organizzazioni intergovernative.

In base alla proposta emendativa respinta sarebbe stato soppresso il riferimento alle organizzazioni intergovernative e sostituito con le organizzazioni internazionali e regionali.

Si sarebbe in tal modo ampliato il novero dei soggetti potenziali destinatari delle informazioni, potendo rientrare tra le organizzazioni internazionali anche organizzazioni private (filantropiche globali, ONG internazionali) che non hanno un ruolo nell'ambito del RSI, né come firmatari, né come destinatari. In sintesi il novero dei destinatari si sarebbe stato esteso fino ad includere organizzazioni non collegate ai governi nazionali.

8. *Il limite del rispetto della dignità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali*

In base al testo originario dell'art. 3, comma 1 RSI, «l'attuazione del presente Regolamento avverrà nel pieno rispetto della dignità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali delle persone»; in base all'emendamento proposto, «l'attuazione del presente Regolamento avverrà sulla base dei principi di equità, inclusività, coerenza e in conformità con le responsabilità comuni ma differenziate degli Stati Parte, tenendo conto considerazione il loro sviluppo sociale ed economico».

Preliminarmente è stato rilevato che il riferimento ai principi di equità, inclusività e coerenza, da un punto di vista logico, prima ancora che giuridico, non sembra alternativo alla originaria formulazione, l'emendamento poteva essere meramente aggiuntivo, ai fini della migliore implementazione dei regolamenti. La proposta di modifica che pone in alternativa le due formulazioni, potrebbe verosimilmente indurre a ritenere che l'emendamento riveli un cambiamento di rotta sostanziale, una scelta di campo ben precisa sul tema dei diritti. Mette conto rammentare che l'introduzione dei diritti

umani nel RSI del 2005 ha segnato un punto di svolta qualificante rispetto al testo del 1969.

Anche su questo emendamento il gruppo di lavoro ha espresso una valutazione critica, richiamando l'attenzione sulla opportunità di mantenere il testo invariato. In tal senso, particolarmente significativo è il passaggio in cui si precisava che «il riferimento al rispetto della dignità, dei diritti umani e delle libertà delle persone funziona non solo come principio generale nell'articolo 3, ma anche come punto di riferimento concreto nell'operatività di tutti gli articoli riguardanti la risposta di salute pubblica, le misure di risposta, le misure sanitarie supplementari e le raccomandazioni».

Dunque, un principio destinato a guidare e orientare l'interpretazione di tutte le altre disposizioni.

Particolarmente problematica risulta poi la collocazione della proposta emendativa nella dimensione sovranazionale della tutela dei diritti fondamentali che si estende alla quasi totalità degli Stati aderenti all'OMS, trattandosi di principi specificamente enunciati nei Trattati e in altri documenti delle N.U.

Secondo una interpretazione, invero non auspicabile, si ravvisava nella modifica l'intento di segnare una radicale inversione di rotta in materia di diritti, destinata a travolgere gli stessi valori posti a fondamento della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, in una prospettiva quasi apocalittica di un nuovo ordine mondiale in cui i diritti fondamentali, non più universali, si andrebbero a diversificare in rapporto allo sviluppo economico e sociale di ciascun paese[11].

Nel testo finale si ripristina il riferimento al pieno rispetto della dignità e dei diritti umani e si aggiungono equità e solidarietà che però non trovano alcuna definizione nel lunghissimo elenco di cui all'art. 1.

Giova mettere in luce che nella Costituzione italiana il rispetto della persona umana è sancito come limite invalicabile per il legislatore nelle ipotesi, rigorosamente riservate alla legge, di imposizione di trattamenti sanitari.

Nell'impianto dell'art. 32 Cost., il limite del rispetto della persona umana assume un contenuto complesso che la Costituzione non fissa in un modello prestabilito, prefigurando, piuttosto, un concetto storicamente determinantesi e, dunque, capace di assorbire qualsiasi istanza riconducibile al patrimonio della dignità nella sua mutevolezza, in ragione delle circostanze, del progresso, della sensibilità e della coscienza sociale.

All'osservanza del limite si ascrive il rispetto delle opinioni, dei convincimenti religiosi, della riservatezza sullo stato di salute, il dovere di informare il paziente; un profilo, quest'ultimo, che più di ogni altro riflette la storicità

[11] P. Persichetti, *Nuovo piano "WGIHR" dell'OMS per la dittatura sanitaria*, in *https://www.gospanews.net*, 17 febbraio 2024, 5.

del limite del rispetto della persona umana, la cui elasticità ha consentito di ricomprendervi l'evoluzione che sul piano culturale e giuridico ha acquisito il consenso informato, fino alla sua inclusione tra i principi costituzionali.

La potenzialità espansiva della clausola e i contenuti che vi si possono ricondurre nella prospettiva storica, rimandano alla centralità del principio personalista e, segnatamente, all'inviolabilità dei diritti, configurando il rispetto della persona umana come un limite invalicabile, in quanto connotato essenziale e fondante dell'assetto costituzionale. Il rispetto della persona umana identifica un divieto che segna il confine della discrezionalità del legislatore: non un valore da bilanciare con altro valore, ma un criterio che presiede al bilanciamento tra l'interesse collettivo alla tutela della salute e l'interesse individuale, segnando il limite oltre il quale il legislatore non può comprimere la libertà individuale, fosse anche in funzione di un interesse collettivo.

9. *La natura giuridica delle raccomandazioni*

L'art. 1 del RSI definiva le raccomandazioni permanenti e temporanee, rispettivamente, come consigli e pareri non vincolanti. L'emendamento proposto rimuoveva le parole «non vincolante», ricorrendo ad un linguaggio che è sembrato quasi ingannevole, dal momento che si continuava a definire come pareri e consigli quelli che nella sostanza divenivano obblighi. Nella versione approvata raccomandazioni e consigli ritornano alla loro originaria definizione; la bocciatura dell'emendamento non è cosa di poco conto per il riflesso sulla efficacia di tutta una serie di importanti disposizioni, tra le quali, quelle che conferiscono a DG il potere di adottare raccomandazioni in caso di emergenza sanitaria (artt. 15-16 RSI).

Quello degli effetti giuridici delle raccomandazioni è uno dei profili più emblematici della metamorfosi dell'OMS. L'intento di omologare le raccomandazioni a veri e propri obblighi riporta all'idea di un ente esponenziale dotato del potere di porre norme di diritto derivato, caratteristica propria delle organizzazioni sovranazionali, delle quali l'OMS non condivide i meccanismi di rappresentatività che bilanciano la devoluzione di determinate competenze in funzione di garanzia.

La riforma degli effetti da riconnettere alle raccomandazioni avrebbe richiesto, quanto meno, la ridefinizione del procedimento di adozione.

10. *Le misure sanitarie per viaggiare*

In base alla proposta emendativa dell'art. 23, la disciplina introdotta durante la pandemia da covid 19, con raccomandazioni temporanee, in particolare per quanto concerne la disponibilità di documenti sanitari che possono

includere informazioni relative agli esami di laboratorio, sarebbe stata estesa oltre le ipotesi di PHEIC, dunque anche a situazioni non qualificate di emergenza pubblica di portata internazionale.

L'emendamento ha sollevato più di una perplessità, soprattutto con riferimento al sistema di garanzie apprestato a livello internazionale.

Si può in tal senso annoverare l'art. 13 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, a corredo del quale l'art. 12 del Patto internazionale dei diritti civili e politici subordina rigorosamente le limitazioni al diritto di spostarsi da un paese all'altro alle sole ipotesi previste dalla legge ed esclusivamente quando si renda necessario per tutelare la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la sanità o la moralità pubbliche, ovvero gli altrui diritti e libertà.

Quest'ultima disposizione è perfettamente simmetrica all'art. 16 della nostra Costituzione che disciplina la libertà di circolazione sul territorio nazionale, garantita da una riserva di legge rinforzata.

La modifica dell'art. 23 avrebbe sancito la sostanziale dislocazione della decisione a livello transnazionale, ovvero nella disponibilità di un decisore che, non solo è privo di rappresentatività e, conseguentemente, di responsabilità nei confronti delle comunità, ma tendenzialmente più esposto alle pressioni di interessi privati.

Mette conto segnalare che anche il gruppo di lavoro ha espresso più di un rilievo critico sulla modifica, evidenziando, tra le altre cose, che la prescrizione della documentazione sanitaria per viaggiare può sollevare problemi etici e di discriminazione, prima ancora che giuridici.

La complessità delle implicazioni evidenziate è stata probabilmente decisiva sull'esito della votazione finale che ha respinto l'emendamento lasciando in vita la originaria formulazione della disposizione, alla quale non è tuttavia estraneo il tema della certificazione vaccinale. La bocciatura dell'emendamento comporta il venir meno della preferenza per il formato digitale della documentazione vaccinale, ma per effetto della integrazione apportata all'art. 35 RSI, il sistema della documentazione sanitaria digitale risulta in larga misura ispirato al lavoro del WEF sugli ID digitali.

È appena il caso di aggiungere che in ambito europeo l'implementazione degli iD digitali non conosce battute d'arresto, come dimostra la recente approvazione del Regolamento (UE) 2024/1183, cui seguirà l'adozione degli atti di esecuzione entro il 21 novembre 2024.

11. *Il problema della regolamentazione del settore privato*

Quello della regolamentazione del settore privato è un profilo di particolare rilevanza, per le implicazioni sul versante della trasparenza delle scelte politiche

La bozza di accordo pandemico, come le stesse proposte modificative del RSI, sono apparse piuttosto indefinite quanto al ruolo del settore privato.

Con la proposta di modifica dell'art. 13 RSI si vincolava l'OMS alla osservanza delle disposizioni quadro per l'impegno degli attori non statali (FENSA), quando coinvolti nella risposta all'emergenza[12]. Invero, l'emendamento respinto non avrebbe introdotto innovazioni particolarmente significative.

In proposito si deve osservare che, non solo il quadro approvato nel 2016 risulta essere stato largamente eluso, ma lo stesso al paragrafo 73 prevede che, proprio nella gestione delle emergenze di cui al RSI, il Direttore generale dell'OMS possa dare applicazione alle procedure FENSA con una certa flessibilità.

Un potere che sarebbe ancor più accresciuto alla luce di quella che nelle proposte di modifica risulta essere l'ampia formulazione con la quale si va a definire l'emergenza sanitaria di rilievo internazionale.

Una disciplina rigorosa sul ruolo del settore privato è una esigenza sempre più pressante a causa delle trasformazioni che hanno interessato i meccanismi di finanziamento, con l'accresciuto apporto di privati e aziende, divenuto indispensabile per la precarietà finanziaria dell'OMS.

È del tutto evidente che il compito dell'OMS è largamente orientato da finanziamenti che, non essendo incondizionati, nella migliore delle ipotesi, impattano significativamente sulla selezione delle priorità, con la conseguente frammentazione della tanto invocata visione globale.

12. *Conclusioni: i diritti fondamentali tra sovranità e aspirazione universale, quale sintesi possibile?*

Accordo pandemico e revisione del RSI delineano un modello di governo in cui tutte le proposte si collocano secondo un disegno coerente, contrassegnato dalla tendenziale dislocazione della decisione politica dagli Stati alla organizzazione internazionale, con competenze non devolute e non bilanciate dalla presenza di organi rappresentativi dei singoli Stati. Un nuovo ordine di governo della sanità la cui ispirazione di fondo si palesa con precisione inequivocabile in molte disposizioni, alcune delle quali particolarmente emblematiche.

Quello del governo globale si rivela un tema complesso e poliedrico sul quale non è agevole tirare delle conclusioni o formulare delle ipotesi sulla mi-

[12] Trattasi del quadro di impegni con attori non statali, approvato dall'AMS nel 2016 con l'obiettivo di intervenire sulla *governance* dell'OMS prevedendo nuovi strumenti volti a rafforzare l'intesa con le ONG, con enti privati, fondazioni filantropiche e istituzioni accademiche, anche al fine di salvaguardare l'OMS da conflitti di interesse e indebite influenze di attori esterni.

gliore formula possibile, in armonia con la tutela dei diritti, la sovranità statale e le istanze di internazionalizzazione.

Sullo specifico versante della materia sanitaria è tuttavia possibile muovere da due presupposti difficilmente revocabili in dubbio.

In primis, bisogna dare atto che la cooperazione internazionale in materia di tutela della salute non è una esigenza affermatasi di recente. Il diritto internazionale sanitario si è evoluto nel corso di un secolo, nato inizialmente nella forma della collaborazione intergovernativa, successivamente come cooperazione internazionale, nel rispetto della sovranità statale in materia sanitaria, fino alla svolta che segna il passaggio dal modello di cooperazione Stato-centrica alla *governance* globale, di cui la creazione dell'OMS rappresenta un punto di svolta decisivo[13].

La seconda imprescindibile premessa ci pone difronte alla necessità di collocare il tema del governo mondiale, in genere, nell'ambito di quel fenomeno dai potenziali infiniti significati che è la globalizzazione. Se volessimo privilegiare il significato più auspicabile, tra i tanti possibili, potremmo condividere l'idea di chi ritiene che la globalizzazione implichi «una maggiore integrazione tra i paesi e i popoli del mondo, determinata dall'enorme riduzione dei costi di trasporti e comunicazioni e dall'abbattimento delle barriere artificiali alla circolazione internazionale di beni, servizi, capitali, conoscenza e (in misura minore) delle persone»[14]. Una definizione che, evocando l'ideale della equa redistribuzione delle risorse, della conoscenza reciproca, della riunificazione dei popoli, ci rimanda all'immagine di una giustizia sociale universale come possibile risvolto di un sistema giuridico globale[15].

Nell'epoca in cui viviamo, negare la vocazione internazionale e universale della umanità ci collocherebbe fuori dalla realtà. È in questo contesto che va inquadrato il problema del governo globale in generale e, in particolare, quello della *governance* mondiale della salute.

Tanto premesso, il punto da cui muove la lente del costituzionalista sta nel prendere atto che, parallelamente alla affermazione di un modello globale di governo, non si è sviluppato simmetricamente un processo, altrettanto rapido, di riconsiderazione sul piano istituzionale delle implicazioni destinate a ripercuotersi sulle competenze di soggetti altri.

[13] Sulla evoluzione del diritto sanitario internazionale, S. Negri, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, 2018; G. Baj, *La crisi tra governance sanitaria globale e istanze di sovranità statale*, in *Note della Fondazione Giandomenico Romagnosi*, 12/2020.

[14] J.E.Stiglitz, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, 2002, 9.

[15] Così A. Diotallevi, *La strategia di governo mondiale: le Nazioni Unite e il sistema di governance mondiale, nel quadro della deterritorializzazione della produzione normativa e del rinnovato ruolo del giurista*, in *Democrazia e Diritti Sociali*, 2/2019, 22.

Uno sviluppo parallelo il cui auspicabile punto di approdo poteva anche essere quello di una *governance* condivisa attraverso istituzioni internazionali condivise[16]. A tal proposito, mette conto citare il giudizio della stessa *International Law Commission*, organo sussidiario dell'ONU, nato con la funzione di promozione e codificazione del diritto internazionale, secondo cui «non esistono un unico ordine giuridico, né un governo globale, bensì molti regimi settoriali, senza che ve ne sia uno gerarchicamente sovraordinato»[17].

In sintesi, le NU non sono gerarchicamente sovraordinate, non pongono regole con valore di diritto originario, gli Stati si collocano in condizioni di parità e di reciproco adattamento, non si relazionano per la presenza di un soggetto esponenziale, rappresentativo degli interessi di una comunità mondiale[18].

La nostra Costituzione, al pari di tutte le carte costituzionali, disciplina i poteri edificandone il fondamento sulla legittimazione che gli stessi traggono dalla volontà popolare. La produzione normativa è subordinata alla Costituzione, la cui supremazia è garantita dal giudice costituzionale. Infine, la Costituzione garantisce la tutela dei diritti fondamentali che si caratterizzano per la loro ispirazione universalistica, per essere cioè attratti in una dimensione che trascende i confini nazionali ma che, al tempo stesso, resta saldamente ancorata a quella vocazione storica che si riflette nelle Costituzioni e nelle peculiarità di ciascun popolo[19].

E allora, se il governo globale genera un potere regolatorio "di fatto", assegnato a soggetti altri, il problema che si pone è quello di ricostruire l'assetto dei diritti fondamentali in una dimensione posta al di là dei confini statali, ma che si deve poter bilanciare con l'altra componente della identità storica di ciascuna nazione, potenzialmente confliggente, limitando la prima a un nucleo ristrettissimo di contenuti che funge da minimo comune denominatore[20].

Detto in altri termini, qualunque risposta si voglia dare ai problemi posti dalla dimensione mondiale di governo, questa non potrà mai prescindere dalla salvaguardia dei diritti fondamentali dell'uomo, non solo nel momento in cui si esplica l'efficacia delle norme altrove prodotte ma, prima ancora, nella stessa sede in cui gli attori del governo globale quelle regole producono.

Nella risoluzione delle N.U. 25/9/2015, 70/1 (agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile) si legge che gli Stati sono chiamati alla realizzazione degli obiettivi,

[16] A. Diotallevi, *op. cit.*, 25.

[17] S. Cassese, *Chi governa il mondo?* Bologna, 2013, 22.

[18] A. Diotallevi, *op. cit.*, 23.

[19] M. Cartabia, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti"*, *Quad. cost.*, 3/2009, 556.

[20] M. Cartabia, *op. cit.*, 559.

tra cui la piena realizzazione dei diritti umani, «agendo in associazione collaborativa».

Si potevano meglio definire i termini dell'associazione collaborativa che invece appare un mero auspicio, così come non sarebbe stato implausibile immaginare un impegno degli Stati per la messa a punto di una codificazione unitaria dei diritti umani.

A fronte di questi auspici, ci si ritrova a fare i conti con una dimensione globale in cui la persona è separata dal contesto in cui vive, non si identifica in un popolo universale, ha la percezione di una tutela precaria e non ha alcuna possibilità di partecipare ai processi di produzione normativa[21].

Esiste una formula che consente di mantenere fermo il principio della sovranità popolare e, contemporaneamente, declinarlo in una prospettiva globale?

Viene in mente un passaggio della lettera enciclica di Benedetto XVI del 2009, *Caritas in veritate*, in cui si legge «criterio guida per la collaborazione fraterna di credenti e non credenti è senz'altro il principio di sussidiarietà, espressione dell'inalienabile libertà umana. (…) Essa può dar conto sia della molteplice articolazione dei piani e quindi della pluralità dei soggetti, sia di un loro coordinamento. Si tratta quindi di un principio particolarmente adatto a governare la globalizzazione e a orientarla verso un vero sviluppo umano. Per non dar vita a un pericoloso potere universale di tipo monocratico, il governo della globalizzazione deve essere di tipo sussidiario, articolato su più livelli e su piani diversi, che collaborino reciprocamente. La globalizzazione ha certo bisogno di autorità, in quanto pone il problema di un bene comune globale da perseguire; tale autorità, però, dovrà essere organizzata in modo sussidiario e poliarchico, sia per non ledere la libertà sia per risultare concretamente efficace».

In questa prospettiva è condivisibile l'idea secondo cui «compito universale delle Nazioni Unite è quello di salvaguardare l'autonomia nell'epoca della globalizzazione, della deterritorializzazione, della produzione globale delle regole»[22].

[21] G. Silvestri, *Costituzionalismo e crisi dello Stato nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Costituzionalismo e globalizzazione*, Napoli, 2014, 145.

[22] A. Diotallevi, *op. cit.*, 40.

Marco Galdi[*]

RIFLESSIONI SPARSE SU SCUOLA E COSTITUZIONE

SOMMARIO: 1. Riflettendo sul recente contributo di Salvatore Prisco in tema di "merito e Costituzione". – 2. Il fine della scuola va ricercato nella Costituzione. – 3. *Segue*. Il personalismo e l'eguaglianza, non il merito, sono il "binario costituzionale" su cui viaggia la scuola. – 4. È utile ripartire dall'ordine del giorno Moro-Marchesi per riscoprire la duplice vocazione della scuola: educare ed istruire le giovani generazioni.

1. *Riflettendo sul recente contributo di Salvator Prisco in tema di "merito e Costituzione"*

In uno dei più recenti contributi di Salvatore Prisco, destinato agli scritti in memoria di Beniamino Caravita ma anticipato su *PasSaggi costituzionali*[1], la Rivista che dirige dal 2021 insieme alla collega Anna Maria Nico, il Nostro analizza compiutamente il rapporto fra "merito e Costituzione", considerando la disciplina che governa la vita scolastica il banco di prova dei mutevoli approcci ideologici adottati dai vari governi alternatisi nel nostro Paese[2]. Valutati i diversi riferimenti al merito operati in Costituzione[3], evidenzia la centralità per il tema del principio di eguaglianza, che nella sua dimensione formale opera assicurando "pari dignità sociale", fra l'altro, "senza distinzione di (…) condizioni

[*] Professore Associato di Diritto Pubblico presso il Dipartimento di Scienze Economiche e Statistiche dell'Università degli Studi di Salerno. Ricopre attualmente, presso il Corso di laurea in Economia e Commercio di questa Università, la cattedra che per anni è stata di Salvatore, prima del Suo trasferimento presso la Federico II di Napoli.

[1] S. PRISCO, *Merito e Costituzione. In ricordo di Beniamino Caravita*, in *PasSaggi cost.*, n. 2/2023, 281 ss.

[2] *Idem*, 282: "non essendoci settore più manipolabile di questo in relazione all'immagine che ciascun Esecutivo di turno ha – e intende trasmettere – di sé stesso, nessuno maggiormente idoneo ad accompagnare e a consolidare il senso dell'identità nazionale, del *Nation building* di volta in volta dominante nella narrazione politica del momento". Di recente v., anche, A. POGGI, *L'istruzione come fattore di partecipazione: le nuove sfide della "complessità"*, in *Rivista AIC*, 1/2024, 411, la quale sottolinea "l'alto grado di politicità che riveste la funzione dell'istruzione". Dell'istruzione come attività "intrinsecamente ideologica" parla C. MARZUOLI, *Istruzione e "Stato sussidiario"*, in *Diritto pubblico*, 1/2002, 135.

[3] Gli "altissimi meriti" valutati dal Presidente della Repubblica per la nomina dei senatori a vita (art. 59 Cost.); i meriti "insigni" richiesti per la nomina da parte del CSM a Consiglieri di cassazione (art. 107, comma 3, Cost.), l'idea implicita del merito nella regola costituzionale del concorso per l'accesso e la progressione di carriera nella pubblica amministrazione (art. 97, u.c., Cost.); il merito come elemento di selezione nel mercato. Ivi, 284 ss.

personali"; e nella sua declinazione sostanziale rinviene proprio nella scuola uno dei principali momenti di attuazione della previsione costituzionale, in quanto strumentale al superamento di quegli ostacoli, che si frappongono alla piena realizzazione della persona ed alla sua partecipazione alla vita associata. Eppure, prende atto della pervasività nella mentalità corrente ed anche nelle più recenti riforme della scuola dell'ideologia neo-liberista, fondata "sull'idea della concorrenza da introdurre come virtù in ogni ambito dell'esperienza collettiva"[4]; rimarcando, a difesa dell'approccio costituzionale, la «grande distanza tra il merito "della" e "nella" scuola, calato in un modello – per così dire – "umanistico classico" e una sua lettura che ambienta tale valore nell'àmbito della "scuola azienda", figlia della "razionalità neoliberista"»[5]. Conclude, auspicando l'affermazione di una "cultura non già della concorrenza, ma (…) della cooperazione nella operatività quotidiana degli istituti", reputando "merito meritevole" solo "quello di chi – possedendolo – si fa carico delle altrui difficoltà, guarda a chi resta indietro e lo sovviene. Solo così esso non traveste il privilegio e realizza una reale mobilità sociale"[6].

La lezione di Salvatore Prisco, su un tema cruciale per il futuro della scuola e, più in generale, della società italiana, suscita interesse e giustifica le riflessioni sparse che seguono.

2. *Il fine della scuola va ricercato nella Costituzione*

Il punto di partenza di questa indagine non può che essere la nostra Costituzione. Essa, com'è noto, dedica due articoli al tema, il 33 e il 34; anche se pare assai riduttivo limitare ad essi il rilievo costituzionale della scuola, dovendosi dette disposizioni essere inserite quantomeno nel contesto della cd. "Costituzione culturale"[7] (art. 9), delle disposizioni che distribuiscono la potestà

[4] In base ad essa, infatti, ognuno potrà farsi "imprenditore di se stesso" ed emergeranno alla fine, in tutti i campi, "i migliori". Ivi, 296.

[5] Ivi, 299: "in un caso l'intento dell'educazione scolastica è sì quello di dotare chi la frequenta come discente delle necessarie competenze di base, materia per materia (…), ma per giungere a valorizzare il senso critico e lo sviluppo individuale della personalità di ciascuno e, nei docenti, la dedizione a tale fondamentale obiettivo, a cui è funzionale la promozione – in entrambe le categorie di soggetti – di sforzi cooperativi; nell'altro quello di promuovere la ricerca dell'efficienza del sistema, con l'intento di collegarlo al mercato del lavoro e perciò di spronare alla competitività interna fra gli attori-utenti".

[6] Ivi, 311.

[7] E. Spagna Musso, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, Morano, Napoli, 1961, *passim*. Ma oggi il richiamo all'art. 9 non può farsi senza richiamare la novella costituzionale che vi ha introdotto un riferimento esplicito ai diritti delle generazioni future, per la cui realizzazione la scuola svolge un ruolo di fondamentale rilievo. Non a caso si è di recente sostenuto che l'istruzione, "oltre alla prima generazione di diritti, come diritto di libertà, e alla seconda generazione,

normativa in materia, riconoscendo l'autonomia scolastica (art. 117, commi 2 e 3), e, soprattutto, dovendosi esse immergere nel più ampio quadro dei principi fondamentali, da quello personalista a quello di eguaglianza, da quello democratico a quello lavorista e pluralista (declinato, oggi, anche nell'ottica della sussidiarietà orizzontale)[8].

Eppure, in dottrina si registra la tendenza a svalutare il rilievo che la scuola ha nella nostra Costituzione. Così si è sostenuto che occorre «"demitizzare" le norme costituzionali sulla scuola. Serve uno sguardo realistico, anche se ciò può essere doloroso. Non c'è stata nessuna "torsione del modello costituzionale sulla scuola": semplicemente, non c'è stato un modello costituzionale sulla scuola. Potremmo dire, provocatoriamente, che la scuola è stata la Cenerentola della Costituzione»[9]. D'altronde, lo stesso dibattito in seno all'Assemblea costituente – si sostiene – avrebbe assunto un "carattere fortemente ideologizzato", di volta in volta qualificato dalla dottrina come "confuso e contraddittorio", "inconferente più che sterile", "dominato dalle ideologie risorgimentali"[10] e, soprattutto, "dalla questione della scuola privata e del ruolo delle regioni"[11]. Cosicché, più che nella Costituzione un progetto di rilancio della scuola italiana andrebbe fondato "slittando dalla Costituzione verso il costituzionalismo, (…) ovvero verso una ideologia che si sviluppa a partire da un processo di autocomprensione, e che considera non soltanto il formante normativo, ma anche quello giurisprudenziale e dottrinale, nonché il contesto politico, sociale e culturale in cui l'attuazione della costituzione si svolge"[12].

Ora, senza voler sottovalutare il valore del "costituzionalismo trasformatore", evocato da questa dottrina[13], non si condivide la prospettata "demitizzazione" della disciplina costituzionale sulla scuola: dal testo della Costituzione vigente, piuttosto, emergono indirizzi precisi e tutt'altro che contraddittori o marginali, per cui ancora una volta la questione rimane l'attuazione della Costi-

come diritto sociale che trova la sua matrice nell'eguaglianza sostanziale, appartiene pienamente anche ai diritti di nuova generazione, quelli collegati alla matrice della sostenibilità". T. Groppi, *Scuola e Costituzione in Italia. Una lettura nella prospettiva del "costituzionalismo trasformatore"*, in *Rivista AIC*, 1/2024, 435.

[8] Fra le disposizioni costituzionali rilevanti per la scuola vanno considerati anche gli art. 5, 118 e 81 Cost. a giudizio di R. Calvano, *La parabola dell'autonomia scolastica, o dell'eterogenesi dei fini*, in *Democrazia e diritto*, 2021, 10.

[9] T. Groppi, *Scuola e Costituzione in Italia*, cit., 428.

[10] Le citazioni si riferiscono a vari autori, tutti richiamati da T. Groppi, *op. cit.,* 438, ed ivi riferimenti nelle note 67, 68 e 69.

[11] *Ibidem*.

[12] Ivi, 448.

[13] Ivi, 445 ss.

tuzione[14], prima ancora che la sua interpretazione, magari evolutiva, che peraltro costituisce una prospettiva tutt'altro che inusuale per documenti, come le Costituzioni, nati per durare nel tempo. Attuazione, si badi, cui possono essere chiamati a concorrere vari soggetti: certamente il legislatore (o, in sua vece, la Corte costituzionale), ma non da ultimo le forme di autonomia sociale e funzionale, che sono ampiamente valorizzate in Costituzione e il cui ruolo, non a caso, è stato prima formalmente sancito nel nostro ordinamento scolastico, a partire dalle riforme dei decreti delegati del '74 sull'introduzione degli organi collegiali e degli anni '90 sull'ampliamento dell'autonomia scolastica dal punto di vista amministrativo, didattico e organizzativo (art. 4 della l. n. 537 del 1993, art. 21 della l. n. 59/97 e relativa attuazione con il d.lg. n. 112/1998 e con il D.P.R. 8 marzo 1999, n. 275)[15], e poi costituzionalizzato nel 2001, con la riforma del Titolo V, all'art. 117, comma 3[16]. Soccorre, al riguardo, l'insegnamento di chi nota che, se pure in Costituzione possono esistere delle lacune, non necessariamente esse «vadano viste come espressive di un difetto strutturale della disciplina costituzionale ma, all'inverso, quali i frutti del lineare svolgimento dei principi fondamentali dell'ordinamento, in ispecie del principio personalista, che al fine di essere compiutamente appagato ha naturalmente sollecitato l'autore della Carta, così come sollecita il legislatore presente, a lasciare scoperte "porzioni" del campo materiale costituzionale, rimettendone la coltivazione all'autodeterminazione di individui e gruppi sociali, conformemente a quel va-

[14] P. Grossi, *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civile*, 3/2019, 763 ss.; C. Pinelli, *Processi di attuazione costituzionale e periodizzazioni della Repubblica*, in *Giornale di storia costituzionale*, 36/2018, 235 ss.

[15] Per un esame a caldo del riconoscimento legislativo dell'autonomia scolastica v. F. Carricato, *L'autonomia scolastica: una riforma possibile*, in *Le Regioni*, 2-3/1997, 365 ss.; M. Carneroli, *La scuola del futuro tra Stato e autonomia (locale e funzionale)*, in *Pol. dir.*, 2/2000, 325 ss.; O. Spataro, *L'autonomia scolastica nel quadro delle riforme amministrative dello Stato*, in *Nuove Autonomie*, 4-5/2000, 645 ss. Riflette sui problemi di attuazione dell'autonomia scolastica M. Cocconi, *La sfida dell'autonomia scolastica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2015, 661 ss.; Id., *Gli ingredienti necessari per la ricetta di una "buona" autonomia scolastica*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3/2015, 647 ss. Più di recente ritorna sulla riforma degli anni '90 e sulla sua proiezione non solo verso l'autonomia ma anche nella direzione dell'aziendalizzazione R. Calvano, *La parabola dell'autonomia scolastica*, cit., 7 ss., in particolare v. 20, dove si legge: "l'autonomia mostra così di avere due facce, esprimendo a un tempo l'istanza della valorizzazione della voce delle comunità scolastiche, così come quella del decentramento, ma anche prefigurando il progressivo alleggerimento da parte dello Stato dei suoi apparati, affidando la gestione alle singole istituzioni, in concorrenza tra loro la funzione di cui sono depositari".

[16] Riflette sul ruolo dell'autonomia scolastica nel contesto della riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione G. C. De Martin, *Autonomia dell'istruzione e riforme istituzionali: note introduttive*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2-3/2004, 217 ss.

lore del pluralismo sociale ed istituzionale che – come si sa – informa di sé la nostra legge fondamentale»[17].

D'altronde, non mancano, ancora nel panorama scientifico più recente, pregevoli tentativi di leggere la dimensione teleologica della scuola alla luce del dettato costituzionale: da chi, nel ricostruire il dibattito novecentesco sugli scopi dell'istruzione, distingue diverse vocazioni per la scuola[18], ma finisce per riconoscere in particolare nel personalismo cattolico la principale ispirazione della sua costruzione costituzionale[19]; per cui, "pur tra mille difficoltà (…) nell'Assemblea costituente si gettarono le basi di una "idea" di scuola (certamente non di un progetto compiuto) in grado di fondare un "diverso" Stato sociale e una democrazia compiuta"[20]; a chi, invece, sottolinea il ruolo della scuola come "fattore di identità costituzionale"[21], in quanto proietta sulla comunità in formazione il "nucleo genetico" della Costituzione[22], favorendo la diffusione del senso di cittadinanza[23] e costituendo il luogo privilegiato, in cui i principi costituzionali possono essere vissuti comunitariamente[24].

E poi, cosa avremmo potuto attenderci dai Costituenti? quale "progetto compiuto" di scuola, che non fosse manifestamente utopistico nell'ottica di chi usciva da un conflitto devastante, con una Nazione da ricostruire dalle fondamenta, avrebbero potuto declinare[25]?

[17] A. Ruggeri, *Lacune costituzionali*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 3.

[18] Per cui "la scuola come partecipazione è una prospettiva diversa dalla scuola come promozione del capitale umano o ancora dalla scuola come fattore di trasformazione dalla società intera e, infine, dalla scuola come luogo di formazione della persona". Cfr. A. Poggi, *L'istruzione come fattore di partecipazione*, cit., 410 s.

[19] A. Poggi, *op. cit.*, 417 s., dove si richiama il contributo di Jacques Maritain ed Emmanuel Mounier.

[20] A. Poggi, *op. cit.*, 421.

[21] G. Laneve, *L'istruzione come fattore di identità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2024, 453 ss. L'A. individua nell'antropocentrismo la chiave di volta del modello costituzionale (469 s.), successivamente declinando il ruolo dell'istruzione come fattore di uguaglianza e luogo di espansione della persona umana (473 ss.), attore di maturità dell'opinione pubblica e, quindi, del principio democratico (476 s.), fattore del principio pluralista (477); dei principi di autonomia e sussidiarietà (481 s.); di unità e indivisibilità (483); di apertura verso l'esterno (484).

[22] Ivi, 473.

[23] Ivi, 486 s.

[24] Ivi, 489 ss.

[25] M. Massa, *Prospettiva storica e concezioni della Costituzione*, in *Quad. cost*., 2/2020, 275 ss. Critica la lettura minimalista delle disposizioni costituzionali sulla scuola anche, da ultimo, S. Prisco, *La scuola nella Costituzione tra inclusione e merito. La virtù del lievito madre e l'esigenza di leale collaborazione*, Relazione al Convegno nazionale di Proteo Fare Sapere "Dal merito al diritto all'istruzione" - Università Roma Tre, 12 Aprile 2024. Aula Volpi del Dipartimento di Scienze della Formazione, di prossima pubblicazione in *PasSaggi Cost*., 2/2024, per il quale

E, soprattutto, è compito della Costituzione entrare nel merito della specifica organizzazione dei pubblici uffici e servizi, o piuttosto della legge, pur nel rispetto dei principi costituzionali, a partire da quelli di cui all'art. 97, comma 2 Cost.?

Del pari, se i Padri costituenti avessero scelto la strada di determinare precisamente un modello di scuola, con ogni probabilità avrebbero finito per "imbalsamare" un'istituzione che, per definizione, essendo deputata a formare le donne e gli uomini di domani, deve stare sempre un passo avanti rispetto alla società e interpretarne le esigenze future, oltre che quelle del presente. Cosicché, ad esempio, certamente una scuola delineata fin nei dettagli nel '47 sarebbe risultata inidonea a "fare i conti con la complessità della post-modernità"[26], come pure oggi, correttamente, si chiede che faccia… con l'aggravante che quella impostazione sarebbe stata scolpita, con tutte le evidenti conseguenze in termini di rigidità costituzionale e di freno per gli sviluppi futuri, nel testo della Costituzione.

È interessante ricordare, al riguardo, come nel dibattito svoltosi in seno all'Assemblea costituente si sia sviluppato un confronto di altissimo profilo sulla utilità o meno di una disciplina costituzionale dedicata alla scuola, a partire dall'ordine del giorno presentato da Vittorio Emanuele Orlando, teso a sopprimere integralmente gli articoli ad essa riferiti[27]. La proposta, fondata evidentemente sull'assunto che solo la parte della Carta che stabilisce la forma di governo abbia effettivamente dignità costituzionale[28], incontrò una ferma reazione

"chiedere a soggetti storicamente condizionati – come del resto lo siamo tutti – di avere la stessa sensibilità dei posteri ai problemi significa cadere in un evidente anacronismo".

[26] A. Poggi, *op. cit.*, 424, a giudizio della quale "L'attuale società richiede condizioni di partecipazione diverse, perché le sfide che abbiamo davanti sono letteralmente epocali (dall'IA a quella ambientale). Per evitare di essere dominati dalle macchine e dai destini avversi ambientali le nostre società devono diventare più avanzate sul terreno delle competenze. Allo stesso modo se si ritengono democratiche non possono lasciare indietro nessuno".

[27] Il testo dell'ordine del giorno, presentato dal Presidente dell'Assemblea costituente Terracini, ha il seguente puntuale tenore: "L'Assemblea, ritenendo che tutti gli articoli del Titolo II (dal 23 al 29) non debbano essere inseriti in una Carta costituzionale, sia perché mancano di un effettivo contenuto normativo (come le inutili definizioni astratte e le promesse dipendenti da una ignota disponibilità di fondi), sia perché invadono campi riservati alla competenza legislativa ed attualmente regolati da Codici, cioè da leggi costituenti un sistema che non si può alterare in una sua parte senza compromettere la certezza del diritto, rinvia gli articoli stessi alla Commissione per considerare se sia il caso di includere alcune di quelle disposizioni nell'eventuale preambolo alla Costituzione". *Atti Ass. cost.*, 23 aprile 1947, 3239.

[28] Non a caso dirà, presentando il suo ordine del giorno, Vittorio Emanuele Orlando: "Ciò che effettivamente compete alla Costituzione, perché questo è il suo compito, è di stabilire quali sono gli organi sovrani: la parte seconda, dunque, di questo progetto può dirsi la vera Costituzione". *Atti Ass. cost.*, 23 aprile 1947, 3240.

tanto da parte del presidente della prima Sottocommissione Tupini, quanto da parte di Costantino Mortati. Il primo, mirabilmente, chiarisce la vocazione della Costituzione, che è quella di orientare la trasformazione dell'ordinamento, allorché afferma: "Noi diamo al legislatore delle direttive; pensiamo che molte di queste cose potranno essere mantenute, e se taluna di esse cozzerà, malgrado tutto, contro difficoltà gravi e pesanti, dobbiamo augurarci che il legislatore di domani non perda mai di vista la mèta da raggiungere e si adoperi con tutti i mezzi per raggiungerla, camminando nel *binario* da noi tracciato e fissato"[29]. Il secondo, di contro, ribatte l'obiezione di Orlando rispetto alla pretesa inopportunità di una disciplina costituzionale sulla scuola, lì dove osservava: "Ma si può opporre – e l'onorevole Orlando può insegnarlo – che non esistono materie assolutamente legislative e materie assolutamente costituzionali, ed invece sono esclusivamente le valutazioni politiche che le forze politiche fanno, in un certo momento, circa la rilevanza di una norma che decidono circa il contenuto legislativo o costituzionale della medesima"[30].

Ora, sarebbe improprio in questa sede soffermarsi sul tema della consistenza della "materia costituzionale". Eppure, ai fini che ci occupano, piace, sia pure *en passant*, rileggere per un momento quell'art. 16 della Dichiarazione dei Diritti dell'uomo e del cittadino dell'agosto 1789, per il quale "Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione". Le Costituzioni, insomma, hanno due funzioni essenziali: delineare la forma di Stato (i diritti degli individui e i loro rapporti con il pubblico potere) e la forma di governo (la separazione dei poteri fra gli organi di vertice dell'ordinamento)[31]. Ebbene, la disciplina costituzionale dell'istruzione si pone senz'altro a fondamento dello Stato democratico[32], attenendo quindi alla forma di Stato; ma a tal fine è parso necessario e sufficiente ai nostri Padri costituenti dettare quelle prescrizioni essenziali, che ne consentano un'adeguata funzionalizzazione: "tracciare e fissare", per riprendere le espressioni del presidente Tupini, il *binario*…

[29] *Atti Ass. cost*., 23 aprile 1947, 3246. Il corsivo per la parola "binario" è mio.

[30] *Atti Ass. cost*., 23 aprile 1947, 3248.

[31] È noto che la prima delle funzioni evocate non fosse dapprincipio così scontata, se è vero che la più antica Costituzione ancora vigente, quella degli Stati Uniti d'America, inizialmente contemplava esclusivamente la disciplina degli organi federali e si sia arricchita del catalogo dei diritti solo grazie ai successivi e molteplici emendamenti.

[32] T. Groppi, *op. cit*., 435 per la quale "L'istruzione, pertanto, si pone al crocevia della forma di Stato in quanto Stato democratico-pluralista: fondamento e risultato, ad un tempo, dei principi che la connotano". In sintonia, A. Poggi, *op. cit*., 425: "i sistemi educativi e formativi entrano a comporre la forma di stato in tanto e in quanto si dimostrano in grado di creare le condizioni che permettono alle persone di superare la condizione di illibertà e maturare e sviluppare le proprie capacita".

3. Segue. *Il personalismo e l'eguaglianza, non il "merito", sono il "binario costituzionale" su cui viaggia la scuola*

Ora, non pare eccessivo riconoscere che la Costituzione italiana consegni un affresco sulla scuola dai colori forse essenziali, ma nitidi, in cui due sono i toni prevalenti: il personalismo (art. 2 Cost.) e l'eguaglianza (art. 3 Cost.). Mentre tre sono le ricadute strumentali: sulla concreta agibilità della partecipazione democratica (art. 1 Cost.), sull'attuazione del diritto e dovere al lavoro (artt. 1 e 4 Cost.), sulla realizzazione dei principi di solidarietà e sussidiarietà (artt. 2, 3 e 118 Cost.).

Di recente il tema del "merito" – da sempre presente nei dibattiti politici[33] ma da ultimo venuto alla ribalta delle cronache anche in seguito all'introduzione della parola nella denominazione del Ministero dell'Istruzione – ha assunto una indiscussa centralità[34]. Esso, tuttavia, va ridimensionato nella sua portata costituzionale, che non implica certo un *revival* della scuola liberale delle èlite, costituendo piuttosto la proiezione dei principi personalistico e di eguaglianza sul terreno dell'istruzione superiore, cui tutti, se "capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi" hanno diritto di accedere per "raggiungere i gradi più alti degli studi" (art. 34, comma 3, Cost.).

Pare utile, insomma, contestualizzare questo riferimento, evidenziando, come per altro di recente fatto in alcune riflessioni costituzionalistiche in reazione al dilagante approccio neoliberista[35], il ruolo attribuito dalla Costituzione alla scuola, che è principalmente di essere un "luogo" in cui si rimuovono gli ostacoli "culturali" che si frappongono all'integrale maturazione della personalità di ciascuno e all'adempimento dei compiti sociali (art. 3, comma 2, Cost.),

[33] Basta ricordare l'intramontabile pagina di Tucidide (Περὶ τοῦ Πελοποννησίου πολέμου, Storia della Guerra del Peloponneso, II, 34-36), ove si riporta l'orazione funebre tenuta da Pericle al termine del primo anno della guerra del Peloponneso (431 a.C.): "Qui ad Atene noi facciamo così. Le leggi qui assicurano una giustizia eguale per tutti nelle loro dispute private, ma noi non ignoriamo mai i *meriti* dell'eccellenza. Quando un cittadino si distingue, allora esso sarà, a preferenza di altri, chiamato a servire lo Stato, ma non come un atto di privilegio, come una ricompensa al *merito*, e la povertà non costituisce un impedimento".

[34] Fra gli altri v. M. Salerno, *Contributo allo studio del principio costituzionale del merito*, in *Studi di Federalismi.it*, 2020; G. Balossino, *Meritocrazia: mito, storia e futuro*, in *Il Mulino*, 1/2023, 184 ss.; Q. Camerlengo, *Per una interpretazione costituzionalmente sostenibile del merito*, in *federalismi.it*, 16/2022, 16 ss.; S. Cingari, *Il merito del complotto. Di alcuni recenti saggi italiani sulla meritocrazia*, in *Filosofia politica*, 2/2023, 317 ss.; G. Matucci, *Fra esigenze d'inclusione scolastica, valorizzazione del merito e libertà di scelta. Considerazioni sul modello lombardo d'istruzione,* in *Le Regioni*, 2-3/2023, 329 ss.; C. Osti, *Dagli Appennini alle Ande: divagazioni su concorrenza e meritocrazia*, in *Mercato concorrenza regole*, 1-2/2023, 147 ss.

[35] R. Calvano, *Scuola e Costituzione, tra autonomie e mercato*, Roma, 2019; M. Baldacci, *Per una scuola della Costituzione*, in *PasSaggi cost.*, 2/2023, 419 ss.

fra i quali, non da ultimo ma certo non esclusivamente, il lavoro (artt. 1 e 4 Cost.)[36].

Dunque, in estrema sintesi, compito costituzionale della scuola – in perfetta continuità e in collaborazione con la famiglia (nella quale pure i genitori, *ex* art. 30 Cost., hanno il dovere e il diritto "di (…) istruire ed educare i figli") – è favorire la maturazione della persona ("educare")[37] e dotarla progressivamente di quelle conoscenze ed esperienze ("istruire")[38], che le consentano di affrancarsi dalle eventuali condizioni di partenza svantaggiate[39] nonché di adempiere ai propri doveri inderogabili di solidarietà, da quello di partecipare alla vita democratica a quello di lavorare, fino all'adempimento dei doveri a più spiccata valenza sociale, che permettono ai cittadini, singoli o associati, di perseguire direttamente l'interesse generale (art. 118, comma 4, Cost.).

4. *È utile ripartire dall'ordine del giorno Moro-Marchesi per riscoprire la duplice vocazione della scuola: educare ed istruire le giovani generazioni*

Questo approdo, che già si trae agevolmente da un'interpretazione sistematica della Costituzione, trova una significativa conferma nei lavori preparatori della Carta, in particolare in quell'ordine del giorno firmato da Aldo Moro e Concetto Marchesi, presentato il 18 ottobre 1946 dal Presidente Tupini in prima Sottocommissione, che illumina, con un fascio di luce penetrante, le tra-

[36] M. Baldacci, *op. cit.*, 427, per il quale «Una scuola della Costituzione è quella che attua un'educazione coerente con i valori della Costituzione stessa. E per "coerenza" non si deve intendere soltanto la compatibilità con essa, cioè l'assenza di contraddizione. Tale coerenza va anche intesa in senso positivo e sostanziale: nel senso di una forma di educazione che sia concretamente ispirata ai valori della Costituzione, e che ne promuova la comprensione e l'assimilazione da parte dei giovani». E aggiunge: "Il cittadino, cioè, deve essere equipaggiato di spirito critico e di coraggio etico-sociale, per poter partecipare pienamente alla vita democratica. Un'intelligenza intorpidita e un carattere vile o opportunista portano allo scadimento della vita sociale e politica". Ivi, 428 s.

[37] L'etimologia soccorre a definire il concetto di educazióne. La parola deriva dal latino *educatio – onis*, a sua volta derivato da *educĕre*, comp. di *e-* e *ducĕre*, trarre fuori, allevare condurre. Voce *Educare* in *Vocabolario Treccani on line*. Essa evoca l'azione della maieutica socratica di conoscere se stesso e far emergere la propria personalità. Nel Vocabolario Treccani così se ne definisce il significato: "promuovere con l'insegnamento e con l'esempio lo sviluppo delle facoltà intellettuali, estetiche, e delle qualità morali di una persona"; o ancora "Sviluppare e affinare le attitudini e la sensibilità".

[38] Anche per la parola *istrüire* l'etimologia chiarisce il significato. Essa deriva dal latino *instruĕre* che vuol dire «preparare, costruire, insegnare», essendo composta da *in-* e *struĕre*, che significa "collocare a strati, connettere". Così la voce *Istruire* del *Vocabolario Treccani on line*.

[39] Non pare peregrino affermare che la Costituzione indichi principalmente due strumenti per realizzare il compito della Repubblica di cui all'art. 3, comma 2 Cost.: la scuola e la progressività nel pagamento delle imposte (art. 53 Cost.).

me della disciplina costituzionale: «È supremo interesse dell'individuo e della collettività assicurare ad ogni cittadino un'adeguata istruzione ed educazione per lo sviluppo della sua personalità e l'adempimento dei compititi"[40].

La disposizione, che avrebbe dovuto introdurre la disciplina costituzionale sulla scuola, fu inspiegabilmente depennata dalla Commissione di coordinamento[41], riproposta con piccole, per quanto significative, modifiche dagli On.li Franchini, Bianchini Laura, Lazzati, Cremaschi Carlo e Gortani nella seduta plenaria del 24 aprile 1947[42]; ma alla fine, per rinuncia di questi, non sarà, com'è noto, approvata dall'Assemblea costituente[43].

Eppure, essa ha il pregio di chiarire la funzione della scuola, posta così in stretto collegamento ed in continuità con l'altra formazione sociale per eccellenza, la famiglia: educare, al fine di sviluppare la personalità del discente; istruire, per consentire le conoscenze necessarie all'adempimento dei compiti politici, economici e sociali[44]. Così afferma, intervenendo nella seduta plenaria dell'Assemblea costituente l'On.le Franceschini, proprio per motivare la reintroduzione della disposizione: "La scuola deve tendere congiuntamente a fare e l'uomo e il cittadino: ciò implica, secondo noi, l'esigenza di porre ben chiaro, fin dall'inizio, queste supreme direttive, cui deve ispirarsi ogni sano criterio pedagogico"[45].

Ora, nonostante da questi riferimenti emerga che ai Padri costituenti – quantomeno ai più consapevoli – fosse ben chiara la differenza fra l'«educazione» (che deve essere adeguata "allo sviluppo integrale della propria personalità") e l'«istruzione» (da impartire per trasmettere le competenze necessarie

[40] In *Atti Ass. cost.*, Prima Commissione, 18 ottobre 1946, 267. Nella seduta del 23 ottobre 1946 l'On.le Lucifero chiede di votare separatamente i due commi proposti da Moro e Marchesi (288): approvata la proposta, viene poi votato all'unanimità il primo comma ("L'arte e la scienza sono liberi e liberi sono i loro insegnamenti"); mentre il secondo comma (frattanto diventato: "ogni cittadino ha diritto di ricevere un'adeguata istruzione ed educazione per lo sviluppo della propria personalità e l'adempimento dei compiti sociali") è approvato con 13 voti favorevoli e due astenuti.

[41] Così l'On.le Franceschini, nel suo intervento teso a reintrodurre la previsione, in *Atti Ass. cost.*, 24 aprile 1947, 3312: "In verità non si potrebbe capire il motivo per cui essa sia caduta al vaglio della Commissione di coordinamento".

[42] *Atti Ass. cost.*, 24 aprile 1947, 3311 ss.

[43] Per rinuncia dei proponenti, in seguito all'adesione degli stessi ad un emendamento presentato da Dossetti. *Atti Ass. cost.*, 28 aprile 1947, 3340.

[44] Nella versione riproposta dall'ordine del giorno Franchini questa disposizione aveva il seguente tenore: "Ogni cittadino ha diritto a ricevere istruzione ed educazione adeguate allo sviluppo integrale della propria personalità e all'adempimento dei propri compiti sociali".

[45] *Atti Ass. cost.*, 24 aprile 1947, 3312.

"all'adempimento dei propri compiti sociali")[46], il testo approvato in via definitiva della Costituzione non utilizza in modo altrettanto chiaro i due concetti, riferendosi, nell'art. 33, comma 2, con approccio onnicomprensivo, all'«istruzione obbligatoria» e, nell'art. 38, comma 3, con riferimento ad "inabili e minorati", all'«educazione», non a caso affiancata all'«avviamento professionale», quasi ad individuare un livello più elementare di «istruzione»: "Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale"[47].

Ciò nondimeno, illuminati dal dibattito in seno all'Assemblea costituente, se potessimo disporre su assi cartesiani la funzione costituzionale della scuola in chiave diacronica rispetto alla crescita dell'individuo, vedremmo l'azione educativa di sviluppo della personalità, cui è chiamata prima ancora della scuola la famiglia (art. 30), predominante nei primi cicli scolastici e poi, via via che la personalità si definisce, crescere la funzione-istruzione, come azione di trasmissione progressiva di una serie di conoscenze ed esperienze necessarie per l'esercizio dei doveri politici, economici e sociali, non da ultimo nella prospettiva dell'inserimento lavorativo. Cosicché, la funzione "educativa" della scuola si incarna soprattutto nella c.d. "scuola dell'obbligo", nella quale, come è stato autorevolmente notato, "obbligo e gratuità (…) si fondano sul diritto individuale all'istruzione, piedistallo per il pieno sviluppo della personalità umana e fonte di uguaglianza sostanziale"[48]; poi, "superato il limite dell'obbligo scolastico, il diritto all'istruzione è costituzionalmente garantito soltanto ai capaci e meritevoli anche se privi di mezzi"[49]. Con la conseguenza che l'universalismo caratterizzerebbe la scuola dell'obbligo, il principio concorsuale e meritocratico, dunque, la selettività, il prosieguo degli studi[50].

L'analisi che precede sulla vocazione istituzionale della scuola trova conferma anche nella disposizione degli articoli ad essa dedicati. Disciplinata dal titolo II della Parte prima della Costituzione, dedicato ai "rapporti etico-so-

[46] Le parole virgolettate sono quelle ancor più precise utilizzate nella proposta dell'On.le Franceschini, presentata nella ricordata seduta del 24 aprile 1947 e ricordate, *retro*, alla nt. 44.

[47] L'avviamento professionale appare funzionalizzato precipuamente ad un inserimento lavorativo qualificato, non a caso, sostenendosi in dottrina che questo diritto "appartiene al nucleo essenziale del diritto all'assistenza". L. Violini, *art. 38*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 790. Ovviamente la questione è tutt'altro che pacifica, se oggi è prevalente l'idea che esista un "diritto ad una piena scolarità del ragazzo portatore di handicap". F. Furlan, *La tutela costituzionale del cittadino portatore di handicap*, in *Terzo settore, statualità e solidarietà sociale*, a cura di C. Cattaneo, Milano, 2001, 258.

[48] A. Poggi, *art. 34*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 705. Qui l'utilizzo dell'espressione "istruzione" e non "educazione" è chiaramente influenzato dal dettato costituzionale, che non compie la pur necessaria differenza.

[49] A. Poggi, *Op.ult.cit*., 709.

[50] Ivi, 710.

ciali", la scuola si posiziona fra le disposizioni relative alla famiglia e quelle del successivo titolo terzo, dedicato ai "rapporti economici" con la disciplina del lavoro. Si coglie, in altri termini, un *continuum* rispetto alla famiglia come luogo dell'educazione (sviluppo della personalità e trasmissione della "cultura" come *Weltanschaung*) e dell'adempimento del dovere all'istruzione (come acquisizione delle necessarie conoscenze), ex art. 30 Cost., e la scuola, entrambe "comunità educanti" (art. 2 Cost.), soprattutto all'etica del vivere in società (come richiama la rubrica del titolo II), proiettando poi, con l'istruzione superiore, la persona sul piano lavorativo e, più in generale, economico (titolo III)[51]. Peraltro, rispetto alla "morfologia costituzionale", significativo appare anche il rapporto con l'art. 32 Cost., che precede immediatamente le disposizioni costituzionali dedicate alla scuola, accomunate dallo stesso valore complesso che già l'ordine del giorno Moro-Marchesi intendeva conferire all'educazione-istruzione ("supremo interesse dell'individuo e della collettività") e che l'art. 32 attribuisce alla salute, tutelata "come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività".

Basterebbero questi richiami essenziali ai principi fondamentali e alla struttura stessa della Costituzione per inquadrare (e ridimensionare) il riferimento al merito dell'art. 34, comma 3 Cost., il quale va strettamente collegato, dunque, piuttosto all'istruzione che all'educazione ed, in particolare alla vocazione costituzionale della scuola quale strumento di elevazione sociale, lì dove si riferisce alla possibilità degli studenti "privi dei mezzi", ove "capaci e meritevoli", di raggiungere "i gradi più alti degli studi".

Un'impostazione, questa, che testimonia il sostanziale superamento dell'ideologia fascista[52] e prima ancora dell'approccio liberale – elitario e autoritario

[51] La proiezione dell'educazione alla trasmissione dei valori costituzionali del vivere civile trova una conferma nella giurisprudenza ordinaria, che prevede l'interdizione della potestà genitoriale da parte di famiglie che praticano attività malavitose. Cfr. G. VANNONI, *L'interesse del minore ad un'educazione conforme ai valori fondativi della Costituzione*, in *Consulta online*, 2/2017, 298, ove si legge: "La corte, dunque, non nega che il dovere/diritto dei genitori di educare i propri figli sia caratterizzato da un'ampia discrezionalità rispetto ai modelli ai quali ispirare la funzione educativa ma chiarisce un punto importante: il modello educativo non può comunque porsi in contrasto con la cornice di principi e valori comuni della convivenza civile, sanciti sia a livello costituzionale sia a livello internazionale. Tali valori costituiscono una soglia insuperabile della discrezionalità educativa, oltrepassata la quale si configurerà una violazione dei doveri o un abuso dei poteri derivanti dalla responsabilità genitoriale, giustificando, nell'interesse del minore, l'intervento dell'autorità giudiziaria". Ivi, 308.

[52] A. MARPICATI, B. MUSSOLINI, G. VOLPE, *Voce fascismo*, in *Enciclopedia Italiana*, 1932, dove concezione elitaria si coglie bene nelle seguenti affermazioni "E perciò il fascismo è contro la democrazia che ragguaglia il popolo al maggior numero abbassandolo al livello dei più; ma è la forma più schietta di democrazia se il popolo è concepito, come dev'essere, qualitativamente e non quantitativamente, come l'idea più potente perché più morale, più coerente, più vera, che nel

– della scuola[53], per fondare invece una concezione veramente democratica della scuola stessa e della società[54], confacente con la forma di Stato accolta in Costituzione: educare "tutti", nessuno escluso, normodotati o, riprendendo l'espressione costituzionale per quanto ormai chiaramente obsoleta, "inabili e minorati" (art. 38, comma 3 Cost.), cioè consentire il pieno sviluppo della personalità di ciascuno; e poi istruire, quantomeno permettendo l'avviamento professionale (art. 38, comma 3, Cost.) dei meno dotati e, invece, favorendo, per i "capaci e meritevoli", per quanto "privi di mezzi", il raggiungimento dei "gradi più alti degli studi"; in ogni caso dotando le nuove generazioni delle competenze che consentano loro di adempiere, a prescindere dalle "condizioni personali" di ciascuno, ai propri "compiti sociali" (oltre che politici ed economici).

Perché la Repubblica – come ci ricorda Salvatore Prisco – ha bisogno per la sua stessa esistenza di chi è "pienamente cittadino in senso sostanziale, ossia attivamente partecipe delle buone sorti della collettività[55].

popolo si attua quale coscienza e volontà di pochi, anzi di Uno, e quale ideale tende ad attuarsi nella coscienza e volontà di tutti". E ancora: «"Il fascismo respinge nella democrazia l'assurda menzogna convenzionale dell'egualitarismo politico e l'abito dell'irresponsabilità collettiva e il mito della felicità e del progresso indefinito. Ma, se la democrazia può essere diversamente intesa, cioè se democrazia significa non respingere il popolo ai margini dello stato, il fascismo poté da chi scrive essere definito una "democrazia organizzata, centralizzata, autoritaria"».

[53] T. Groppi, *op. cit.*, 436 ss. per la quale nello Stato liberale la scuola ha la funzione di "escludere e controllare".

[54] Sono note le espressioni di P. Calamandrei, pronunciate nel *Discorso a difesa della scuola pubblica*, in *Scuola democratica*, iv, suppl. al n. 2 del 20 marzo 1950, 1-5 che definisce la scuola "organo centrale della democrazia" e "complemento necessario del suffragio universale".

[55] S. Prisco, *Merito e Costituzione*, cit., 283.

Anna Maria Nico[*]

AUTORITÀ E LIBERTÀ DELL'ARTE

«Che cos'è l'arte? Si potrebbe rispondere celiando
(ma non sarebbe una celia sciocca):
che l'arte è ciò che tutti sanno che cosa sia».
Benedetto CROCE, *Breviario di estetica*, Bari, 1913, 1.

SOMMARIO: 1. Riflessioni preliminari. – 2. L'Assemblea Costituente, la libertà dell'arte e il suo sguardo al passato. – 3. Le differenti prospettive delle (de)limitazioni dell'arte. – 4. Alcune conclusioni sul rapporto autorità e libertà dell'arte.

1. *Riflessioni preliminari*

La scelta di dedicare questo mio scritto all'Amico Salvatore Prisco, con il quale condivido il difficile compito di dirigere la Rivista PasSaggi costituzionali, è legata alla sua capacità, come molti grandi Maestri del diritto, di vedere oltre le strettoie del rigore sillogistico a cui spesso il diritto è ancorato e cogliere, invece, ad esempio, che «diritto e letteratura (ma anche cinema e altre arti) hanno in comune il dipanarsi attraverso (…) la narratività e una funzione comunque ordinativa dell'esistenza umana»[1]. Ogni forma di arte, infatti, che sia essa pittorica, scultorea, architettonica, letteraria ecc., in qualsiasi contesto storico la si voglia considerare, non può ritenersi scevra dall'essere legata al contesto politico e sociale nel quale si esprime. Naturalmente non ci si riferisce alle «commesse» artistiche, ovverossia a quelle richieste dalle istituzioni per imprimere una particolare connotazione alle rappresentazioni artistiche (si pensi all'arte sacra) o agli stili architettonici delle città al fine di esprimere una determinata concezione del potere pubblico (si pensi allo stile di singoli edifici o interi quartieri delle città realizzati durante il ventennio fascista), bensì a quei condizionamenti indiretti che il contesto storico, politico-sociale possono determinare sulle forme stilistiche dell'arte. Sotto il profilo strettamente giuridico è stato rilevato, infatti, come ad esempio il concetto di mimesi non possa racchiudersi soltanto in una visione platonica di imitazione del modello, poi

[*] Ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

[1] Così S. PRISCO, *Letteratura e altre arti. Un ruolo decisivo per il giurista critico*, in O. Roselli, a cura di, *Le arti e la dimensione giuridica*, Bologna, 2020, 428.

rivista in quella aristotelica, ma debba essere considerato nel rapporto tra arte e società, perché anche in questo caso il modello da imitare «si ricopre di un significato ideologico, diviene, anzitutto nella stessa scelta dei modelli, frutto dell'imposizione più o meno celata di una cultura dominante, che tende a proporre come natura da rappresentare ciò che è in realtà il prodotto di un canone ideologicamente determinato e condizionante»[2].

Da questo ultimo punto di vista, in assenza di possibili condizionamenti diretti appare interessante provare a valutare come il diverso atteggiarsi del rapporto tra autorità e libertà possa in qualche modo influenzare l'arte. Tra le arti figurative l'interesse sarà limitato alla sola arte pittorica, una tra le tante che rappresenta l'espressione dell'animo umano e in quanto tale riesce a rispecchiare a tutto tondo i momenti di tensione tra l'io e ciò che lo circonda, tra l'essere e il dover essere.

Per la verifica della eventualità prospettata si è ritenuto di circoscrivere l'oggetto dell'indagine ad un periodo temporale che attraversa il ventennio fascista e si dipana nel primo periodo repubblicano, al fine di cogliere eventuali diversità nello stile pittorico nella transizione dallo stato autoritario[3] allo stato democratico-sociale.

A completamento dei punti di vista prospettati, si vuole aggiungere un elemento che si rifà ad una percezione soggettiva e personale la quale ha dato avvio alla presente riflessione che da molto tempo si profila come una immagine sfuocata e che fino ad oggi non ha avuto modo di trovare concretezza. In particolare, una prima suggestione mi si è prospettata nell'osservare le opere di Giorgio De Chirico i cui stili rappresentati nelle opere subivano nel tempo un graduale mutamento in coincidenza con i cambiamenti politico-sociali. Ad esempio le opere del Maestro risalenti al periodo metafisico precedono l'avvento del fascismo ed anzi, come è stato osservato, hanno in parte influenzato «l'architettura fascista»[4]. In pieno ventennio, invece, De Chirico trascura la metafisica per dare inizio alla c.d. «stagione barocca»,

[2] Cfr. F. Rimoli, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, Padova, 1992, 41.

[3] È opportuno ricordare che è molto discusso in dottrina se nel trapasso dell'ordinamento dalla forma statutaria alla forma fascista lo Stato italiano abbia mantenuto o meno la sua primitiva identità: il tema è diffusamente affrontato da L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Padova, 1995, 81 ss., il quale, peraltro, distingue varie fasi connotanti il regime fascista e conclude che sebbene in alcune di queste fasi il regime fascista abbia presentato caratteristiche quanto mai autoritarie, tuttavia esso «non si risolve mai in una dittatura, nel senso più stretto e preciso del termine». L'Autore rileva che a fianco del Capo del Governo continuano a sussistere gli altri due organi costituzionali del sistema, ovvero la Corona e il Gran Consiglio del fascismo «il che mantiene aperta l'eventualità di un conflitto di poteri, facendo sì che la stessa posizione di Mussolini rimanga giuridicamente vulnerabile, nel corso di tutto il ventennio fascista» (89).

[4] V. Sgarbi, *Arte e fascismo*, Milano, 2024, 21-22.

con evidenti influenze dettate dal regime che voleva ispirarsi ad una nuova classicità. Il secondo dopoguerra, in particolare il decennio 1968-1978, è contrassegnato dalla c.d. «fase neometafisica», con un chiaro ritorno alla originaria ispirazione[5]. In sostanza sembrerebbe che le rappresentazioni stilistiche fossero determinate non soltanto da una spinta interiore personale, bensì anche dalle influenze del contesto socio politico in cui l'artista aveva vissuto e operato.

Sia chiaro che trattasi di una percezione personale che nulla ha a pretendere rispetto ad una analisi di un critico o esperto della materia, ed anzi fin d'ora si intende chiarire una posizione di estraneità rispetto al mondo artistico (per non dire ignoranza riguardo ad ogni sua implicazione). Semmai quello che non manca è la particolare ammirazione e stupore per ogni espressione artistica che tuttavia nel pensiero di una giurista si pone in una immediata relazione con l'oggetto delle proprie indagini e, nella fattispecie di cui in questa sede ci si occupa, con le diverse forme di Stato che hanno caratterizzato i differenti momenti storici di riferimento.

In fase di elaborazione del presente lavoro un tassello in più si è aggiunto alle riflessioni già in corso ed è stato l'intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella alla cerimonia celebrata in occasione della "Giornata Internazionale della Donna", del quale si riporta uno stralcio.

> L'arte proviene direttamente dall'anima umana, è un linguaggio universale capace di comunicare, anche a distanza di secoli, emozioni profonde e pensieri illuminanti. Le opere d'arte – un quadro, una poesia, uno spartito musicale, una canzone – oltrepassano l'autore e divengono patrimonio dell'umanità, che non conosce tempi né confini, tanto meno di genere. Le donne esprimono una sensibilità particolare e dispongono, per l'arte, di una peculiare attitudine. Ma l'arte è anche sfida, cambiamento, conoscenza. Gli artisti guardano lontano, oltre il velo delle apparenze; prevedono o anticipano cambiamenti, offrono chiavi di lettura incisive per interpretare il mondo e i suoi fenomeni. La nostra Costituzione afferma con efficace semplicità: "l'arte e la scienza sono libere". L'arte, difatti, è libertà. Libertà di creare, libertà di pensare, libertà dai condizionamenti. Risiede in questa attitudine il suo potenziale rivoluzionario: e non è un caso che i regimi autoritari guardino con sospetto gli artisti e vigilino su di loro con spasmodica attenzione, spiandoli, censurandoli, persino incarcerandoli. Le dittature cercano in tutti i modi di promuovere un'arte e una cultura di Stato, che non sono altro che

[5] Sull'influenza della città di Roma su Giorgio de Chirico cfr. L. Canova, *A Roma in ottobre. Giorgio de Chirico, la metafisica e la città eterna*, in *Storia dell'urbanistica*, n. 13, 2021, *A Roma. Immagini, figure e idea di una città*, 175 ss.

> un'arte e una cultura fittizia, di regime, che premia il servilismo dei cantori ufficiali e punisce e reprime gli artisti autentici[6].

L'arte, dunque, attraverso le sue raffigurazioni può rappresentare situazioni politiche, sociali, religiose e così via[7]. Ciò è di tutta evidenza, ad esempio, nel dipinto *Il quarto stato* di Giuseppe Pellizza da Volpedo (1901) che inscena la protesta operaia o in tante altre opere che rappresentano guerre, moti rivoluzionari e così via. Ma il punto che si vuole sottolineare non è questo, bensì che anche le rappresentazioni che non fotografano la realtà di un dato momento storico, sono o possono essere influenzate, nel loro stile e nelle loro immagini, dal contesto storico, politico e sociale nel quale l'artista esplica la propria personalità. Non può negarsi, infatti, che negli ordinamenti nei quali sono limitate o negate le libertà fondamentali (di riunione, di associazione, di manifestazione del pensiero ecc.) anche le altre libertà, come l'arte, proclamate «libere», tali non possono essere considerate.

2. *L'Assemblea costituente, la libertà dell'arte e il suo sguardo al passato.*

«L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento». Da un punto di vista enunciativo l'articolo 33, comma 1, della Costituzione risulta in linea con quanto sancito per le libertà del Titolo I (Rapporti civili), sebbene sia inserito nel Titolo II (Rapporti etico-sociali) della Carta fondamentale. Nella prima stesura del dettato costituzionale gli attuali artt. 33, 34 e 9 avevano la medesima collocazione allo scopo di creare una sorta di continuità tra la libertà dell'arte e della scienza e il loro insegnamento e le funzioni della Repubblica finalizzate a promuovere la cultura e l'istruzione. Un successivo intervento della Commissione di coordinamento determinò lo spostamento dell'art. 9 della Costituzione tra i principi fondamentali[8]. La scomposizione del trittico normativo non ha impedito, tuttavia, che l'art. 33 conservasse l'enunciato della libertà dell'arte e della scienza.

Il disposto dell'art. 33, così come oggi lo leggiamo nel testo costituzionale, è stato oggetto di un ampio dibattito in Assemblea Costituente sulla proposta della Prima sottocommissione, la quale nel corso della discussione ha visto profilarsi una duplice prospettiva tra coloro che ritenevano si dovesse insistere nel conservare l'enunciato che avrebbe messo in risalto l'oggetto della garanzia e

[6] Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella alla cerimonia in occasione della "Giornata Internazionale della Donna", in https://www.quirinale.it/elementi/107940.

[7] A. D'Aloia, *Arte e diritto. Divagazioni a partire da un quadro del XV secolo*, in O. Roselli, a cura di, *op. cit.*, 221 ss.

[8] Cfr. A. Mura, *Scuola, cultura e ricerca scientifica*, in G. Amato, A. Barbera, a cura di, *Manuale di diritto pubblico*, 1984, III, 230.

coloro che, invece, erano dell'idea che la garanzia costituzionale andasse rivolta alle sue molteplici modalità espressive.

Ed è proprio rispetto a tale ultimo profilo che nella seduta del 24 aprile 1947 con la Presidenza Terracini veniva formulata una prima proposta dall'onorevole Tumminelli tesa ad emendare l'art. 27 del progetto nel senso di cassare l'enunciato «l'arte e la scienza sono libere» in favore di una maggiore protezione delle manifestazioni e delle creazioni dell'arte, nonché del loro insegnamento. Le motivazioni che presiedono tale differente prospettiva rispetto al testo giunto in Assemblea si possono rintracciare nell'intervento dell'on. Paolo Rossi secondo il quale aprire il testo costituzionale con l'affermazione che «l'arte e la scienza sono libere» non appariva in linea con l'oggetto della tutela nel senso che «o l'arte e la scienza sono libere, o non sono né arte né scienza; l'arte di Stato, contenuta e costretta nello stivaletto malese di una qualsiasi dottrina maggioritaria, è tutto fuori che arte; la scienza piegata alle tesi prestabilite di una qualsiasi politica viene a negare se stessa, a contraddire al proprio fine e alla propria essenza, determinando la più stridente delle antinomie. L'arte e la scienza sono la libertà stessa nella sua forma più alta: dire che arte e scienza sono libere è come dire che la libertà è libera!» Da qui la conseguenza «che sono libere le manifestazioni della scienza e dell'arte, come è libero il loro insegnamento».

In termini ancora più restrittivi era l'emendamento proposto dall'onorevole Treves secondo il quale la previsione costituzionale sarebbe dovuta essere limitata alla libertà dell'insegnamento dell'arte e della scienza e non anche alle sue possibili manifestazioni. Nel suo intervento il relatore ripercorreva le ragioni già espresse dall'on. Rossi ed aggiungeva delle considerazioni sulla inutilità, o peggio, sulla pericolosità nell'affermare nella Costituzione che l'arte e la scienza sono libere perché in tal modo si sarebbe negato che «l'arte e la scienza sono la libertà medesima, sono libere per definizione»[9].

[9] Nell'intervento dell'on. Treves non mancavano i riferimenti al passato: «io credo di aver compreso lo spirito che ha animato la Commissione nel redigere il primo comma di questo articolo, spirito di reazione alla situazione in cui si sono trovate l'arte e la scienza in un passato recente, quando in realtà poco restava di arte e di scienza, e queste eccelse attività dello spirito erano degradate ad una inferiore forma di propaganda. Ho anche sentito dal mio dotto amico onorevole Marchesi parlare di "enfasi", dicendo che alle volte vi è un'enfasi non cattiva, e che egli giudica enfasi non cattiva quella che si nota nelle prime parole di questo articolo, parole che io modestamente propongo di sopprimere. Non certo perché abbia la minima obiezione di principio al concetto che l'arte e la scienza debbono essere libere, ma perché mi sembra proprio di recare offesa alla dignità dell'arte e della scienza dicendo una cosa simile nella nostra Costituzione. Ma l'arte e la scienza sono la libertà medesima, sono libere per definizione. Non può esservi scienza, se la scienza non è libera in tutte le sue forme ed esplicazioni; ugualmente si dica dell'arte; e mi sembra, signori, che l'arte e la scienza si deprimano e si umilino garantendo

Particolarmente significativo è poi l'intervento dell'onorevole Rivera[10], il quale, nel ribadire che «sembra talmente lapalissiano e pleonastico dire che la scienza è libera che, forse, si poteva fare a meno di metterlo nel progetto», spostava l'attenzione sul profilo soggettivo della garanzia, cioè la persona. Il testo della richiesta di emendamento, infatti, lo rivelava chiaramente, laddove con una domanda retorica alla Commissione chiedeva «chi dei proponenti di questa norma, di questo principio, sarebbe in grado di incatenare la scienza e l'arte: la scienza e l'arte sono libere senza la nostra proclamazione». Allo stesso tempo evidenziava che «non sono liberi invece gli artisti e gli scienziati, perché questi possono essere incatenati, possono essere minacciati, possono essere irreggimentati. E, forse, il ventennio fascista qualche cosa ci ha insegnato in merito. Noi vogliamo che quello che è accaduto in passato non si ripeta in avvenire, sebbene in quella forma e con quei dettagli non possa ripetersi. Il regime fascista aveva inaugurato un sistema, nei riguardi degli intellettuali, che io vorrei ravvicinare a quello della carota e del bastone: cioè, andare incontro a questa gente con delle lusinghe, minacciando i riottosi».

Dagli interventi in Commissione si può evincere comunque che la preoccupazione dei Costituenti fosse quella di non elidere in alcun modo la libertà dell'arte e della scienza, evitando dunque che l'arte e la scienza potessero divenire strumento di Stato o essere in qualche modo coartate o indirizzate dallo Stato[11]. La prospettiva emersa in Assemblea quindi faceva leva su due presupposti: l'uno che ricalca una retrospettiva temporale che individua nel sistema dittatoriale una limitazione delle scienze e dell'arte come paradigma dello spirito dirigistico dello

in qualche forma sulla carta la loro libertà, quando la libertà dell'arte e della scienza sono insite e connaturate alla loro stessa esistenza, poiché altrimenti non esistono né arte né scienza degne di tal nome. Questo è stato soprattutto lo spirito con cui ho presentato il mio emendamento. A me pare che siamo in presenza di uno dei tipici casi, di cui purtroppo abbonda questo progetto di Costituzione, nei quali la parola libertà è generosamente usata, ma sempre in un contesto che non supera l'ambito delle pure affermazioni astratte; a scapito di troppo scarse immissioni di libertà effettiva, quando veramente libertà significa qualche cosa nella legislazione costituzionale italiana. In questo caso, credo che questa smania di adoperare la parola libertà non aggiunga niente, ma se mai diminuisca quella che è la vera, grande dignità dell'arte e della scienza. Al contrario, ha senso parlare di libertà d'insegnamento dell'arte e della scienza, in tutte le forme e con tutti i mezzi, l'insegnamento di tutti i veri in cui esiste inevitabilmente dell'errore, e di tutti gli errori in cui esiste una parte di vero. Questo è dunque l'emendamento che io raccomando all'attenzione e alla benevolenza dell'Assemblea, proprio per riaffermare la dignità dell'arte e della scienza, che per essere libere non hanno bisogno di una dichiarazione di libertà nella Carta costituzionale». Posizione analoga aveva assunto l'onorevole Longhena nella seduta antimeridiana del 21 aprile 1947.

[10] Seduta pomeridiana del 22 aprile 1947.

[11] Secondo V. Sgarbi, *op. cit.*, 71, «Lo Stato, gli Stati, si esprimono con l'arte e nell'arte: nel primo caso è arte di regime, nel secondo è arte di Stato».

Stato, in cui tutto è in funzione dello Stato tra cui l'arte; il secondo, invece, fa leva sulla circostanza che il carattere naturale e intrinseco dell'arte (e della scienza) è la libertà e in quanto tale la sua previsione costituzionale ne costituirebbe una «stortura» o quanto meno un modo indiretto di limitarla. Sotto il primo profilo, se non può certo negarsi che in astratto i regimi dittatoriali sono quelli che coartano anche l'arte (si pensi alla messa al bando della c.d. arte degenerata da parte di Hitler) e la scienza, tuttavia il riferimento al ventennio fascista come emblema dell'arte di Stato per certi aspetti non è pienamente calzante. Certo non può negarsi che vi sia stata una strumentalizzazione dell'arte a fini propagandistici del regime con la finalità non solo di conferire al duce una immagine forte (cfr. le sue numerose rappresentazioni equestri in cui svetta la sua figura di condottiero, oppure le sculture che anch'esse ne esaltano il volto con una impronta volitiva), ma di esaltare la potenza italiana attraverso l'arte monumentale. Questo, tuttavia, non aveva significato affatto una coercizione dell'arte nel senso di consentire una sola espressione artistica, cioè quella di regime, bensì un sostegno ampio agli artisti. L'esperienza del ventennio fascista può essere esplicativa di quale sia stata la funzione dell'arte nella politica. Al di là, come già detto, della identificazione che generalmente si fa in questo periodo di un'arte «coartata» o «di Stato»[12], bisognerebbe evidenziare il ruolo che l'arte assume in quel contesto storico-politico. Il fine propagandistico attribuito all'arte durante l'avvento del fascismo non determinò tuttavia che quest'ultimo privilegiasse «una specifica tendenza artistica a scapito delle altre, sostenendo piuttosto quel "pluralismo estetico" che è stato la definizione più fortunata per esprimere il rapporto tra le arti e il regime»[13]. Il complesso sistema, anche normativo, attraverso il riconoscimento del Sindacato nazionale fascista degli artisti (R.D. 26 settembre 1926, n. 1718), l'autorizzazione degli eventi artistici (R.D. 7 aprile 1927, n. 515) e la istituzionalizzazione di un

[12] Così F. Benzi, *Arte di Stato durante il regime fascista: una storia di fallimenti nel segno dei meccanismi del "consenso",* in *Piano B. Arti E Culture Visive,* vol. 3, n. 1, 2018, 169, 172-173, «Il rapporto tra arte e politica durante il fascismo fu estremamente ricco di sfumature, mutamenti, opinioni. Forniamo dunque qui le indicazioni più sommarie per individuare i gangli di un rapporto arte-fascismo che, come si è detto, risulta certamente sorprendente se confrontato alle esperienze di altri regimi dittatoriali, per la straordinaria libertà espressiva che viene lasciata agli artisti, e che questi ricambiano con un consenso generale, più o meno entusiastico, almeno fino alla promulgazione delle leggi razziali e all'entrata dell'Italia nella guerra mondiale (1938-1940) (…). In effetti furono questi principi pragmatici, senza preclusioni o barriere culturali, che sottesero i rapporti tra arte figurativa e fascismo: fu così possibile avere una pluralità di voci e di stili sempre rappresentati nelle mostre pubbliche, tanto da far nascere aspre polemiche da parte di aree più conservatrici e incolte del fascismo (capeggiate *in primis* dal cremonese Roberto Farinacci), che inveivano (piuttosto inutilmente, in verità) contro gli espressionismi, surrealismi, astrattismi e classicismi che caratterizzavano la migliore – e certamente più sostenuta e pubblicamente propagandata – arte italiana».

[13] Così S. Bignami, P. Rusconi, *Le arti e il fascismo*, Firenze, 2012, 2.

calendario ufficiale di mostre, fiere ed esposizioni (R. D. 29 gennaio 1934), intendevano porsi in contrapposizione con il precedente assetto politico istituzionale. L'idea di fondo mirava in sostanza non solo a propagandare, ma altresì a veicolare attraverso il prodotto artistico l'affermazione del nuovo regime[14].

In tale prospettiva non può sottacersi che l'art. 529 del codice penale vigente (c.d. Codice Rocco) entrato in vigore in pieno regime fascista, nel mentre al primo comma considera «osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore», al secondo comma esclude che possa considerarsi «oscena l'opera d'arte o l'opera di scienza». Una fattispecie penalmente non contemplata tra le ipotesi di reato che il codice penale riserva all'arte e alla scienza in un contesto storico nel quale invece l'antigiuridicità veniva misurata su canoni morali ed etici molto stringenti.

Dal secondo punto di vista, invece, vi è da sottolineare che anche in assenza di una previsione costituzionale che espressamente garantisca la libertà dell'arte e della scienza in ogni caso siffatta libertà sarebbe potuta essere ricavata implicitamente dal testo della Costituzione. Tuttavia, non si può non evidenziare, come si vedrà oltre, che l'averla contemplata *expressis verbis* ha fatto sì che tale libertà fosse più garantita di altre. Nella specie, infatti, la libertà dell'arte e della scienza, a differenza della libertà di manifestazione del pensiero, ad esempio, non conosce il limite costituzionale del buon costume, profilo su cui si ritornerà. Vi è però da precisare a proposito della libertà dell'arte che nel dibattito in Assemblea costituente l'attenzione è sempre rivolta al tema del suo insegnamento e, invece, fu pienamente ignorata la questione, direi più significativa, della tutela e della promozione dell'arte. Infatti, come è stato evidenziato, mentre tale attenzione fu riservata ai beni culturali, ciò non avvenne per l'arte intesa come momento creativo, tenuto conto che le testimonianze aventi valore di civiltà (con riferimento ai beni culturali) non possono essere limitate a quanto è stato, bensì «anche e soprattutto nella capacità di esprimere dal suo seno, con continuità e coscienza del proprio ruolo, forme sempre nuove ed elevate di arte e di cultura in genere, assicurando non i risultati, che come ben s'intende sfuggono ad ogni programmazione, ma certo le condizioni più favorevoli affinché questi maturino»[15].

[14] A tal proposito sembra doveroso sottolineare, come evidenziato da V. Sgarbi, *op. cit.*, 20, «che si possa raccontare il ventennio, quel ventennio, attraverso le prove dell'arte nella pittura, nella scultura, nell'architettura, nei manifesti, nel cinema, nella fotografia, utilizzando una prova-verità, e cioè che ogni artista, che sia tale, ha rappresentato la sua idea e la sua forma – talvolta ricevendo un sostegno o una richiesta dal regime di rappresentare alcuni temi – con la capacità di far sentire la sua idea della realtà oltre la propaganda che gli era chiesta».

[15] F. Rimoli, *op. cit.*, 160-161.

3. *Le differenti prospettive delle (de)limitazioni dell'arte*

Se quanto sinora detto illustra il pensiero in seno all'Assemblea costituente e in parte spiega le ragioni per le quali si riteneva doverosa una previsione costituzionale, cioè mettere al riparo da futuri tentativi di prevaricazione gli artisti o di evitare indirizzi forzosi o limitanti delle espressioni artistiche e del loro insegnamento, come si riteneva fosse avvenuto nel periodo precedente al repubblicano, una domanda che la più attenta dottrina si è posta, al di là della contestualizzazione storica, è il perché l'arte assuma rilevanza in uno stato democratico di diritto, tale da essere inserita nel testo costituzionale[16]. La riflessione muove anche da una considerazione generale nel confronto con altre costituzioni del secondo dopoguerra, dalle quali si rileva che esse prevedono tale libertà, come quella italiana (1948), tedesca (1949), greca (1975), portoghese (1976), spagnola (1978), anche se con delle differenze contenutistiche. A tal proposito non si è mancato di sottolineare come proprio gli Stati con esperienze di regimi autoritari hanno sentito la necessità di costituzionalizzare tale libertà proprio perché considerata un «veicolo di pluralismo»[17].

Storicamente la libertà dell'arte, rispetto alle altre libertà, rinviene un suo riconoscimento nel XIII secolo in quanto è in questo periodo che assume rilievo la necessità per l'arte di allontanarsi dai canoni tradizionali per dare impulso ed esternazione di una emotività interiore[18]. Proprio in tale prospettiva l'espressione artistica assume il rango di «bene essenziale dell'uomo» (…) e, conseguentemente, «l'arte rappresenta, di certo, un momento di particolare tensione di esaltazione di valori, di contenuti umanamente profondi. Ed, appunto perché li coglie ed esprime al livello più intenso e significativo, esemplare, si direbbe, deve ritenersi momento positivo di sviluppo di una civiltà e fattore, a sua volta, di incivilimento. Al tempo stesso e forse proprio per questi suoi caratteri, l'opera d'arte è documento di un'epoca, di una cultura, di uno stile di vita, di una "*Stimmung*", più vivo e parlante di qualsiasi altro e, dunque, è strumento indispensabile di lavoro per le scienze storiche»[19].

[16] Cfr. A. Cerri, *Arte e scienza*, in *Enc. dir.*, 1988, 1.

[17] Un'ampia e approfondita analisi di alcune delle costituzioni su citate è di G. Cerrina Feroni, V. Federico, *Libertà di espressione artistica e sentimento religioso. Profili costituzionali comparati*, in O. Roselli, a cura di, *op. cit.*, 104 ss. Di interesse anche il contributo sulla libertà dell'arte nella CEDU di E. Albanesi, *Opera d'arte e buon costume/morale pubblica tra Costituzione italiana e CEDU*, in P. Costanzo, a cura di, *Le opere d'arte sotto lo sguardo del giurista*, Genova, 2022, 13 ss.

[18] A. Cerri, *op. cit.*, 1.

[19] Ancora, *Ibidem*.

Se nell'arte risiede il valore intrinseco della rappresentazione di un documento culturale e sociale del contesto storico in cui si sviluppa, l'art. 33 della Costituzione costituisce lo statuto della sua libertà.

Alla luce di ciò, assume un suo rilievo la circostanza che tale disposizione costituzionale contempli la libertà dell'arte (e della scienza) in maniera autonoma rispetto ad altre libertà ed in particolare alla libertà di manifestazione del pensiero. A tal proposito le tesi dottrinarie possono essere riassunte in tre filoni di opinioni: il primo che vede la libertà dell'arte e della scienza come una specificazione della libertà della manifestazione del pensiero[20]; il secondo che riconduce tale specifica previsione alla necessità di distinguere i limiti della libertà di manifestazione del pensiero dalla libertà dell'arte e della scienza, pur considerando quest'ultima una *species* della prima[21]; infine, il terzo che prospetta una diverso ambito di indagine e di operatività delle due libertà, non potendole considerare l'una *genus* dell'altra[22].

Secondo la prima interpretazione, l'art. 33 e l'art. 19 della Costituzione devono considerarsi «*aspetti* e *direzioni* particolari nelle quali si concretizza la libera manifestazione del pensiero genericamente considerata»[23]. Tale tesi, tuttavia, non si esime dal considerare un particolare non trascurabile nella esegesi costituzionale, ovverosia comprendere la ragione di fondo che ha determinato la previsione di tali libertà in distinte disposizioni e non, invece, contemperarle nell'art. 21 Cost. Una possibile spiegazione starebbe nel fatto che «il legislatore costituzionale – considerando la particolarità della "*materia*" alla quale la libera manifestazione del pensiero si riferisce – abbia voluto accordare una sfera di libertà particolarmente ampia e una tutela particolarmente rigida alla professione delle confessioni religiose e alla manifestazione del pensiero in campo artistico e scientifico»[24]. La prova di ciò risiederebbe nel fatto che l'art. 33 Cost. non incontra né il limite del buon costume, peraltro difficilmente configurabile innanzi ad un'opera d'arte (o scientifica), né dell'ordine pubblico, in tal caso ritenuto «privo di senso» (…) quale «limite alla libertà di pensiero in materia artistica e scientifica»[25]. Secondo siffatta impostazione, dunque, questa forma di libertà deve essere considerata una forma «privilegiata» «della libertà di manifestazione del pensiero» e la *ratio* del suo privilegio non deve essere individuata solo nella «salvaguardia dei beni spirituali dei quali a buon diritto

[20] S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1954, 48.

[21] V. Crisafulli, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 68.

[22] A. Mura, *Art. 33-34*, in *Commentario della Costituzione a cura di Branca G.*, Bologna-Roma, 1976, 228.

[23] S. Fois, *op. cit.*, 45.

[24] S. Fois, *op. cit.*, 48.

[25] S. Fois, *op. cit.*, 51.

l'individuo è massimamente geloso, aspetti essenziali della natura intima della "personalità", (…) è condizione indispensabile per il progresso morale e culturale della comunità», ma il suo riconoscimento (o meno) è un criterio per misurare la democraticità di un ordinamento[26].

La seconda, che vede la scienza e l'arte quali *species* della libertà di manifestazione del pensiero, la cui distinzione si fonda con riguardo ai limiti, poggia tale assunto sulla circostanza che la libertà di insegnamento di cui all'art 33, secondo comma, della Costituzione non è solo da riferire all'arte e alla scienza, ma in via generale all'insegnamento nella scuola. Secondo tale tesi, sia la libertà di insegnamento, sia quella dell'arte e della scienza, sono già implicite nella libertà di manifestazione del pensiero. Infatti «se, per ipotesi, il primo comma dell'art. 33 non ci fosse, non per questo potrebbe dubitarsi che esista in Italia libertà di insegnamento o libertà dell'arte o della scienza»[27].

La terza scinde la libertà dell'arte dalla libertà della scienza e, al contempo, anche in ragione di una interpretazione sistematica della Costituzione, queste ultime dalla libertà di manifestazione del pensiero. In sostanza, «l'attività artistica ha per scopo prevalente, se non esclusivo, quello di suscitare degli stati emozionali, non riconducibili a proposizioni logiche; mentre l'attività scientifica può ben limitarsi ad attività di ricerca, senza necessariamente pervenire a una comunicazione di risultati (cioè a una manifestazione di pensiero)»[28]. La libertà di manifestazione del pensiero, poi, non può costituire il loro *genus* in quanto «sovrapponendo le due problematiche si finisce col sortire una contaminazione reciproca che tende a snaturare in sostanza il fenomeno artistico, sminuendolo o comprimendolo in un ambito dai contorni troppo definiti e dai limiti spesso incongrui, comunque non comprensivi della infinità varietà di forme che l'arte ha sempre mostrato di assumere»[29]. Questa differenza è anche terminologica e ciò allo scopo, da un lato, di non confondere gli idiomi manifestazione ed espressione[30] e, dall'altro, di non confinare l'espressione dell'arte (giuridicamente intesa) in un giudizio di valore estetico[31].

[26] S. Fois, *op. cit.*, 55-56.

[27] Così A. Mura, V. Crisafulli, *La scuola nella Costituzione*, cit., 68.

[28] Così A. Mura, *op. cit.*, 228.

[29] Così F. Rimoli, *op. cit.*, 23.

[30] Secondo M. Grisolia, *Arte*, in *Enc dir.*, 1958, 104, la scelta del Costituente di non inserire il limite del buon costume nella Carta costituzionale deriva dal fatto che tra le alternative di privilegiare il profilo etico politico o quello estetico, si sia optato, seppur implicitamente, per quest'ultimo.

[31] F. Rimoli, *op. cit.*, tuttavia critica le conclusioni di Grisolia proprio in relazione alla necessità di ricondurre l'espressione artistica ad un giudizio di valore estetico.

Da questo ultimo punto di vista, non può non convenirsi sulla difficoltà di delineare l'oggetto della libertà dell'arte[32]: cosa, in sostanza, può definirsi arte e quindi quali sono le sue garanzie ed i suoi limiti[33]. Appare di tutta evidenza come il riferimento alla evoluzione storica e filosofica riconducibile al concetto del bello artistico tra etica, religione e morale costituisca il presupposto logico per una indagine giuridica del fenomeno artistico come oggi ci viene rappresentato dal testo costituzionale. Tuttavia nella presente breve trattazione sia consentito rinviare ad autorevole dottrina su tale ricostruzione[34] e ad una efficace sintesi[35], al fine di addivenire ad una delineazione dello stesso fenomeno artistico che tenga conto del precetto costituzionale sulla libertà dell'arte e dei sui limiti e al fine quindi di sgombrare il campo da valutazioni soggettive di cui l'arte può essere protagonista. Alla luce di ciò, laddove si aderisca alla tesi secondo la quale nel sancire la libertà dell'arte «senza» limiti, la Costituzione ha fatto proprio il profilo estetico (e non etico-morale), in linea con quanto già previsto nell'art. 529, secondo comma, c.p., ne consegue che l'art. 33 «risulta disincagliato e disimpegnato dall'art. 21»[36].

Esclusa dunque l'applicabilità alla libertà dell'arte del limite del buon costume e dell'ordine pubblico, la previsione penalistica dell'art. 529 del c.p., la quale non contempla l'ipotesi del reato dell'atto osceno per l'opera d'arte[37], assume anch'essa rilievo sul portato costituzionale. La ragione la si coglie nel

[32] Cfr. M. Ainis, M. Fiorillo, *L'ordinamento della cultura*, Milano, 2015, 103.

[33] Da questo punto di vista un valido contributo è offerto dall'esame della giurisprudenza di G. Cerrina Feroni, V. Federico, *op. cit.*, 131-134.

[34] F. Rimoli, *op. cit.*, 33-149.

[35] Nella breve sintesi conclusiva di M. Mazzanti, *L'osceno nel diritto penale*, Milano, 1962, 95, l'Autore sottolinea efficacemente i momenti salienti dell'evoluzione del concetto di arte: «il mito cosmologico e religioso del bello, proprio dell'antichità classica, si trasforma nel concetto teologico dell'arte "ancilla fidei", predominante nella filosofia medievale cristiana; durante il rinascimento, l'arte si eleva a libera espressione, a manifestazione sublime della bellezza; costituisce oggetto di una disciplina che tende ad autonomia scientifica nell'epoca moderna; diventa problema storico e critico, oltre che estetico, per i pensatori del romanticismo, per attingere, infine, all'attuale concezione dell'arte, intesa come fenomeno generale dello spirito, come libera intuizione e fantasia, del tutto svincolata da finalità religiose, moralistiche o pedagogiche». Per una analisi particolarmente approfondita della trasformazione del concetto di arte si rinvia a F. Rimoli, *op. cit.*, 31 ss.

[36] M. Grisolia, *op. cit.*, 104.

[37] Sulla natura della causa artistico-scientifica di esclusione dell'oscenità di cui al secondo comma del 529 c.p., si rinvia alla sintesi di A. Bassi, *Art. 529*, in E. Dolcini, G. Marinucci, a cura di, *Codice penale commentato*, Milano, 2011, 5005-5018, che in relazione al rapporto tra arte e oscenità distingue un orientamento, minoritario, aderente all'impostazione del Guardasigilli Rocco, che ritiene sostanzialmente incompatibile l'arte con l'osceno (Battaglini, Bricola, Latagliata) e un orientamento maggioritario che, valorizzando il dato letterale, al contrario ammette la compatibilità tra arte e oscenità, confortata dall'assunto per cui, *a contrario*, non troverebbe

progetto definitivo dei lavori preparatori del codice penale, in cui l'Onorevole Rocco volle precisare che l'oscenità di un atto o oggetto deve derivare dalla sua «attitudine», secondo l'*idem sentire*, «ad offendere il pudore». In tal senso l'oscenità implica un *criterio di relatività* che deve essere rapportato «alla morale di un determinato popolo in un determinato momento storico».

Il pudore è pertanto da intendersi nel suo senso squisitamente fattuale, dovendo guardare a quello standard medio di pudore che abbraccia «le norme consuetudinarie di civile convivenza» in tema di sessualità. In tal senso, il pudore è dunque bene collettivo.

La scelta non è sterile di conseguenze e conduce all'accoglimento, in sede definitoria, di una dimensione pubblica del pudore, privando invece di tutela penale la dimensione privata. È questa una scelta volutamente adottata dall'autore del codice in sede di progetto definitivo, con l'esplicita finalità di evitare una nozione estesa di oscenità e di cadere «nell'eccesso di una persecuzione ispirantesi alla pruderie, piuttosto che alla normale sensibilità etica e alla serena ed equilibrata concezione della vita umana e sociale».

Proprio la tutela dall'eccesso «d'un bigottismo incompatibile con lo spirito della civiltà moderna» e la necessaria distanza della legge «dalla concezione ascetica e anacoretica della vita in relazione all'arte» fonda l'intendimento di Rocco di escludere la punibilità per l'opera d'arte e l'opera scientifica: così facendo, l'Autore del codice cerca di contemperare la tutela del pudore con l'esigenza di «non obliterare o conculcare le supreme necessità della scienza e le insopprimibili aspirazioni dello spirito umano verso le bellezze dell'arte» e ciò in quanto «il vero bello artistico […] non offende mai il sentimento del pudore».

Tuttavia, secondo Rocco, «anche il concedere alla libertà di manifestazione della scienza e dell'arte trova un limite nell'interesse sociale» alla tutela del minore: limite temperato in sede di progetto definitivo dalla eventuale «necessità dell'insegnamento e dello studio», condensata nei c.d. «motivi di studio» che tutt'oggi troviamo nella formulazione della disposizione[38].

ragion d'essere la persistenza dell'incriminazione nel caso di offesa al minore (Antolisei, Grispigni, Manzini, Mazzanti).

[38] Tutti i riferimenti testuali attengono alla relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco al *Progetto definitivo di un nuovo codice penale*, in *Lavori preparatori del Codice di Procedura Penale*, Vol. V, II, Tipografia della Mantellate, Roma,1929, 317-318. La disposizione è stata tuttavia duramente criticata da V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, vol. VII, Torino, 1951, 428 e 430, che l'ha definita «infelicissima disposizione» nonché «eresia logica, giuridica e morale», con cui «il legislatore ha conceduto il salvacondotto a quella pornografia, che aveva mostrato di voler energicamente reprimere». Quasi in una sorta di dialogo con Rocco, Manzini afferma infatti che se è vero che non bisogna cadere negli eccessi del bigottismo, non si può neanche negare la natura oscena dell'opera d'arte o di scienza «quando lo è». In ciò emerge, dunque, a

Sulle nozioni di opera d'arte anche la disposizione penale lascia il compito agli interpreti di definirne i rispettivi significati.

In particolare, vi è sostanziale oscillazione tra interpretazioni che valorizzano il valore universale, l'elevatezza spirituale dell'opera, il perfetto equilibrio tra mezzo espressivo ed emozione interiore, richiamando i canoni dell'estetica crociana[39], e altre interpretazioni che, in modo meno rigoroso, ritengono sia sufficiente «verificare se il carattere artistico o scientifico sia reale o soltanto apparente, negandolo a quegli oggetti o scritti che, sotto il manto dell'arte o della scienza, sono destinati, per fine di lucro o ad altro biasimevole motivo, a vellicare, con l'oscenità, la libidine altrui»[40]. Tuttavia, in relazione al giudizio artistico un dato consolidato tra gli interpreti è la necessità che la valutazione non sia di tipo atomistico, ma guardi alla complessità del prodotto, alla sua globalità e unitarietà, di modo che elementi o particolari osceni possano trovare giustificazione nell'interezza dell'opera stessa.

Dal contesto dell'ordinamento giuridico nel quale si inserisce la libertà costituzionale emerge che questa è volutamente senza limiti e che quindi la sua ampiezza contenutistica consente di includere variegate definizioni, anche tenuto conto della evoluzione del concetto filosofico di arte avutosi nei secoli che esclude, dunque, un'unica definizione *a priori*[41]. Purtuttavia anche la libertà dell'arte, come tutte le libertà costituzionali, incontra alcuni limiti nella misura in cui collide con «altri valori di rango costituzionale: diritto alla riservatezza, dignità della persona, tutela dei minori, sicurezza dello Stato» (…) e «il sentimento religioso nella sua dimensione individuale e collettiva»[42]. A tal riguardo, la giurisprudenza ha tenuto a precisare che nel rapporto tra la libertà di espressione artistica e il rispetto del sentimento e della sensibilità religiosa debba considerarsi che, mentre «la libertà di espressione è innanzitutto posta a baluardo della democrazia, che è bene comune e sovraindividuale (…) il diritto al rispetto del sentimento religioso è un diritto dei singoli» e che dunque «il rapporto ed il bilanciamento tra i due valori deve tener conto della loro diversa natura e funzione»[43]. In tale bilanciamento bisognerà tener «conto del terzo va-

detta dell'Autore, la circostanza che il legislatore «volendo giustamente schivare un eccesso, è malamente caduto nel vizio opposto».

[39] Ricostruzione a partire da M. Bertolini, *Art. 529*, in G. Forti, S. Seminara, G. Zuccalà, a cura di, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2017, 1740-1742.

[40] Cfr. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Vol. l, Milano, 2002, 542.

[41] F. Rimoli, *op. cit.*, 168.

[42] Così, G. Cerrina Feroni, V. Federico, *op. cit.*, 107, 97, 120-123.

[43] Cfr. Trib. Venezia, sez. III civile, n. 1763 dell'8.9.2010, 7. La citata sentenza, confermata dalla Cassazione, I sez. civ., n. 7468/2016, prosegue chiarendo che «a fronte dell'importanza della libertà di espressione nello Stato laico e pluralista, non pare possibile consentire di fatto ai singoli individui un potere di censura (preventiva o successiva) invocando la sensibilità religiosa

lore costituito dalla necessità di mantenimento dell'armonia e della pace sociale. In altre parole, la limitazione della libertà di espressione è giustificata solo ove la lesione del sentimento religioso possa pregiudicarne la pace sociale».[44]

Da ciò emerge come la libertà dell'arte sia considerata nell'ordinamento la massima espressione della libertà, difficile a limitazioni che non siano strettamente legate ad altri valori costituzionalmente e parimenti protetti[45]. Nella specie, dunque, il diritto assume un ruolo di «alta» protezione di tale libertà e negli ordinamenti liberal democratici tale garanzia non può che derivare dal riconoscimento del ruolo e della funzione dell'arte, promotrice di idee e di bellezza[46].

4. *Alcune conclusioni sul rapporto autorità e libertà dell'arte*

Quello che però è opportuno sottolineare è che l'indagine storica dimostra inequivocabilmente che il concetto di arte ha delle strette connessioni sociali[47] e che da ciò non si può prescindere. Un dato, questo, di grande utilità nelle conclusioni che seguiranno rispetto alla premessa secondo la quale l'arte, anche se libera, è comunque «condizionata» dal contesto sociale in cui si esprime.

In qualsiasi momento storico si consideri l'arte, è indubbia la incoercibilità dell'ispirazione artistica trattandosi di un aspetto interiore[48], mentre analogamente non può dirsi per l'opera d'arte intesa quale frutto esteriore di quel sentire interiore dell'artista. Infatti, anche nella piena libertà dell'arte, come si è visto essere nella nostra Costituzione, il rapporto tra ispirazione o emozione artistica e risultato dell'opera non è scevro dai condizionamenti legati al momento, al luogo e al contesto storico, politico, economico e sociale in cui l'artista sviluppa la propria personalità. In sostanza, il rapporto autorità-libertà

di ciascuno; quest'ultimo è infatti un concetto necessariamente oggettivo e di difficile accertamento, posto che attiene alla spiritualità, vive all'interno della coscienza individuale e presenta limiti di tolleranza disomogenei nelle diverse religioni e spesso anche tra individui della stessa religione. Non è infatti escluso che la medesima espressione possa essere percepita da taluni come offesa e da altri, più maturi e attrezzati culturalmente, un momento di utile riflessione e, addirittura, di rafforzamento e crescita nelle proprie convinzioni religiose».

[44] Ancora, Trib. Venezia, sez. III civile, n. 1763 dell'8.9.2010, 9.

[45] In tempi non recenti anche la Corte costituzionale (sent. N. 57/1976) ha avuto modo di precisare che l'art. 33 della Costituzione «va inteso ed interpretato nella sua autentica portata, che è quella di consentire all'arte ed alla scienza di esteriorizzarsi, senza subire orientamenti ed indirizzi univocamente e autoritativamente imposti. Sotto tale esclusivo profilo, questa esteriorizzazione non può considerarsi tutelata fino al punto di pregiudicare altri interessi costituzionalmente garantiti».

[46] G. Cerrina Feroni, V. Federico, *op. cit.*, 136.

[47] F. Rimoli, *op. cit.*, 149.

[48] A. Cerri, *op. cit.*, 1.

è un momento condizionante dell'opera d'arte, sia che essa si ponga in linea con il sentire comune, sia che essa sia in contrapposizione con esso. Si deve considerare, infatti, che l'artista, la struttura sociale e il potere pubblico interagiscono tra loro, purtuttavia la prudenza suggerisce, non a torto, che non possa tracciarsi una relazione univoca tra la situazione politica di una società e la produzione artistica di un singolo artista[49]. Dover dire che il fenomeno debba essere esaminato con cautela e tenendo conto di tutte le sue sfumature, appare ovvio. Tuttavia, si deve considerare che l'angolo prospettico del giurista deve sempre tener conto della circostanza che tra il diritto e la società la osmosi è continua. Ed infatti, mentre nelle democrazie, tra alti e bassi, questo rapporto si mantiene in equilibrio, nei sistemi autoritari o totalitari la relazione che si instaura fra l'uno e l'altro non è la medesima in quanto il diritto diventa la sola espressione del potere pubblico a discapito delle spinte o delle esigenze sociali che il diritto dovrebbe rappresentare. In questo ultimo caso, infatti, è il potere che «costringe» le manifestazioni umane e da lì tutte le espressioni che ne derivano[50], compresa quella artistica. Tra queste, poi, «è la pittura, meglio e più efficacemente di tanti testi di diritto, che scandisce e perfettamente raffigura il ritmo lento, ma inesorabile, dello scorrere dell'evoluzione giuridica lungo la linea»[51].

[49] F. Rimoli, *op. cit.*, 57-58.

[50] Come puntualizzato da G. Morbidelli, *Apertura dei lavori*, in O. Roselli, a cura di, *op. cit.*, 34, "il diritto non va visto come una monade a sé stante in quanto è una delle componenti della società il cui tessuto è il risultante di fattori storici, politici, ideologici, religiosi, morali economici: fattori in cui il diritto vive e da cui è vivificato e che nel contempo contribuisce a formare, a correggere, a modificare. Del pari le opere d'arte sono «figlie del loro tempo» (queste sono le parole di Wassily Kandinsky, tra l'altro laureato in giurisprudenza e per un breve periodo assistente universitario di diritto)».

[51] Così B. Sordi, *Qualche minima conclusione*, in O. Roselli, a cura di, *op. cit.*, 436, che efficacemente sintetizza il messaggio del libro del sinologo di T. Book (trad. Fontanesi A.), *Il cappello di Vermeer. Il Seicento e la nascita del mondo globalizzato*, Torino, 2015, il quale, attraverso i lavori di Vermeer, individua la nascita della globalizzazione.

Michela Tuozzo[*]

"IL PORTO FRANCO DEL PENSIERO INDIVIDUALE"[1]. IN DIALOGO CON SALVATORE PRISCO SUI NEURODIRITTI

> "Sicuramente avrete capito l'inconveniente legale di base della metodologia del precrimine. Prendiamo individui che non hanno infranto alcuna legge".
> "Ma sicuramente lo faranno", affermò Witwer con convinzione.
> "Per fortuna non lo fanno, perché li prendiamo prima, prima che possano commettere un atto di violenza. Quindi la commissione del crimine in sé è una metafisica assoluta. Noi sosteniamo che sono colpevoli. Loro, invece, si dichiarano eternamente innocenti. E, in questo senso, loro sono innocenti"
>
> (Philip K. Dick, *Minority Report*)

SOMMARIO: 1. Dalla neuroscienza alle neurotecnologie: tutela dell'*habeas mentem* e potere della tecnica. – 2. La giustificazione dei neurodiritti e in special modo della libertà cognitiva. – 3. Biodiritto, obiezione di coscienza e dignità. Il contributo di Salvatore Prisco. – 4. Prospettive e limiti di un dialogo tra obiezione di coscienza e neurodiritti. – 5. Sull'incompiutezza del divieto di tecniche subliminali nell'*Artificial Intelligence Act* per la tutela dei neurodiritti.

1. *Dalla neuroscienza alle neurotecnologie: tutela dell'*habeas mentem *e potere della tecnica*

Il testo in esergo anticipa il dilemma di fondo che accompagna il dualismo mente corpo e l'esperienza di libertà alla luce delle scoperte delle neuroscienze: a chi appartiene «il potere di determinarsi ad un'azione»[2]?

Le indagini sperimentali condotte da un gruppo di scienziati negli anni Ottanta dimostrarono che l'attività cerebrale dà impulso all'azione volontaria prima della comparsa dell'intenzione ad agire. Vi sarebbe quindi un avvio inconsapevole dell'atto liberamente volontario[3].

[*] Ricercatrice di tipo A Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II. L'articolo si inserisce nelle attività di ricerca svolte nell'ambito del Progetto PNRR MUR: FAIR – Future AI Research –PE000013.

[1] S. PRISCO, *Il diritto e la coscienza*, in ID., *Laicità, Un percorso di riflessione*, II ed., Torino, 2009, 107.

[2] R. DE MONTICELLI, *La novità di ognuno. Persona e libertà*, Milano, 2009, 75.

[3] 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, 25.

Sul piano filosofico gli studi comportamentali hanno fornito nuove argomentazioni al dibattito sull'esistenza del libero arbitrio, che vede contrapporsi tesi che escludono[4] e quelle che includono[5] il ruolo causale della volontà individuale. Tra i due poli si è sviluppata la tesi compatibilista, che ha avuto maggiore seguito tra gli studiosi e che distingue le cause meccaniche che presiedono il cervello, da tutti gli altri vettori che influenzano la persona e che si compongono anche di fattori ambientali, culturali e sociali[6].

Sul piano della responsabilità penale – il versante su cui si è maggiormente concentrata la riflessione dei giuristi – la dottrina è giunta alla conclusione che «neuroscience changes nothing»[7]. Infatti, la legge penale si disinteressa alle questioni metafisiche del libero arbitrio, visto che fonda l'imputabilità sulla capacità di agire ed esclude la colpevolezza nei soli casi di assenza dei requisiti minimi di razionalità[8].

È tuttavia dalla metà del XX secolo che lo sviluppo di tecnologie in grado di monitorare il cervello umano "in azione"[9] ad aver dato nuova linfa al campo delle neuroscienze. Si tratta delle cd. neurotecnologie, ossia la «proiezione applicativa delle neuroscienze e, cioè, quell'insieme di metodi e dispositivi che si interfacciano con il sistema nervoso per monitorarne e modularne l'attivi-

[4] M.J. Farah, *Neuroethics: the practical and the philosophical*, in *Trends Cogn Sci.*, 2005, 38.

[5] M. Brass, P. Haggard, *To Do or Not to Do: The Neural Signature of Self-Control*, in *Journal of Neuroscience*, n. 34/2007, 9144.

[6] M.S. Gazzaniga, *La mente etica*, trad. ita, Torino, 2006, 87. Per un riepilogo più approfondito del dibattito e della letteratura sul tema si rinvia a M. De Caro, *Libertà*, in *Enciclopedia Italiana - IX Appendice*, 2015; e al capitolo secondo del volume di C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino, 2016.

[7] J. Greene, J. Cohen, *Neuroscience changes nothing and everything*, in *Philos Trans R Soc Lond B Biol Sci.*, 2004, 1778. Gli autori riprendono la tesi di S.J. Morse, *New neuroscience, old problems*, in B. Garland (a cura di) *Neuroscience and the law: brain, mind, and the scales of justice*, New York, 2004, 157-198.

[8] A tali esiti giunge anche la dottrina italiana ritenendo che le scoperte neuroscientifiche non contrastano con il principio di libertà umana, ma anzi migliorano la comprensione dei processi decisionali e di responsabilità, evidenziando ad esempio le cause che escludono la responsabilità, come la presenza di patologie neuronali. Anche nel codice penale del 1930 «il rapporto di causalità (art. 40 c.p.), specie nei casi omissivi e colposi (nella variante omissiva), [dove] il giudizio per l'accertamento è strettamente legato a quello di evitabilità, come potere di controllo», così G.M. Flick, *Neuroscienze*, in *Enciclopedia Italiana*, IX Appendice, 2015.

[9] Si tratta delle cd. tecnologie di *brain monitoring* come la risonanza magnetica funzionale, l'elettroencefalografia e la tomografia a emissione di positroni; tecnologie di *brain imaging* come le *brain computer interfaces*; tecnologie di *brain stimulation* non invasive come la stimolazione magnetica transcranica ripetitiva; tecnologie di *deep brain stimulation*. Per un'attenta ricostruzione cfr. M.C. Errigo, *Neuroscienze e diritto. Un punto di vista costituzionale*, Napoli, 2022, spec. 35 ss. e 181 ss.

tà»[10]. L'impiego di simili tecnologie sta vivendo negli ultimi anni un livello di diffusione tale che entro il 2026 questo mercato incrementerà i suoi guadagni per oltre ventuno miliardi di dollari. Alcuni dati sono significativi: un cittadino americano su cinque utilizza *app* telefoniche in grado di monitorare le attività corporee che rivelano lo stato di salute, le emozioni affettive; non solo, i dispositivi *neurotech* sanno diagnosticare cambiamenti del cervello associati a patologie come l'Alzheimer e altre malattie simili[11]. Scrive una nota studiosa statunitense che le neurotecnologie rappresentano i nuovi vasi di Pandora, cui possono accedere compagnie private, Governi e altri attori[12].

Il tema che interessa il campo del diritto costituzionale inizia allora a diventare più chiaro: mentre le neuroscienze hanno avuto il merito di accedere alla comprensione più profonda del rapporto mente-corpo, portando alla luce il loro legame inscindibile, le neurotecnologie consegnano ai *precog* del nostro tempo inedite informazioni della mente umana. Dalla loro estrazione non si ricava più la predizione di futuri crimini, ma aspetti più quotidiani e intimi della persona afferenti alla vita culturale, sociale e politica e in grado di creare nuovi segmenti di controllo sul cittadino. A tacer d'altro, il processo penale rimane il campo elettivo delle applicazioni neuroscientifiche con l'utilizzo di apparecchiature come i poligrafi o altri sistemi di rivelazione della memoria per scopi istruttori. Tuttavia, le implicazioni sociali spaziano oltre la responsabilità penale e incrociano i temi della libertà morale della persona, della riservatezza (non solo della manifestazione ma del pensiero stesso) e della libertà di pensiero (ancor prima della sua espressione)[13].

Le neurotecnologie rappresentano, insieme all'intelligenza artificiale, l'ultima generazione della tecnica e producono quindi nuovi cambiamenti del rapporto uomo-macchina. Quest'ultimo si è caratterizzato per lungo tempo come espressione del controllo dell'*homo faber* sull'ambiente, mentre oggi la tecnologia «si palesa sempre di più come la vera 'struttura' che condiziona tutte le altre 'sovrastrutture', svolgendo lo stesso ruolo che, all'inizio dell'età moderna, ebbe lo Stato e, durante la Grande Trasformazione, l'economia»[14].

[10] F. Cirillo, *Neurodiritti: ambiguità della "libertà cognitiva" e prospettive di tutela*, in *Consulta Online*, n. 2/2023, 673.

[11] N.A. Farahany, *The Battle for Your Brain: Defending the Right to Think Freely in the Age of Neurotechnology*, New York, 2024, cap. introduttivo.

[12] *Ibidem*.

[13] A. D'Aloia, *Law Challenged. Reasoning About Neuroscience and Law*, in A. D'Aloia, M.C. Errigo (eds.), *Neuroscience and Law. Complicated Crossings and New Perspectives*, Springer, 2020, 4.

[14] N. Matteucci, *Libertà (scienze sociali)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXIV, Milano, 1974, 249.

Il salto dalla tecnica degli antichi alla tecnologia dei contemporanei conduce verso nuove dimensioni del «nesso fra i particolari 'bisogni' dell'uomo-animale e le istituzioni che esso si è dato»[15].

Le ricadute delle neuroscienze e delle neurotecnologie sul piano del diritto costituzionale appaiono enormi attese le acquisizioni filosofico-morali della libertà dei moderni nell'ordinamento democratico. In particolare, la libertà psicologica come caratteristica della condizione umana è un dato imprescindibile: senza di essa la libertà morale non potrebbe compiersi. La possibilità che vecchi e nuovi poteri si approprino di tale spazio rende *vulnerabile* lo sviluppo della *personalità* dei singoli e dunque la capacità degli stessi di partecipare *liberamente* alla vita politica. Le libertà psicologica e quella morale sono tra loro comunicanti: se non esistesse la libertà di scegliere per sé allora l'autonomia morale non esisterebbe, con un effetto a cascata e aberrante su tutte le libertà fondamentali. L'*habeas mentem* condiziona infatti «la libertà di scelta nella vita sociale, di fronte ai condizionamenti sociali prodotti dal potere, da altre persone, dall'esistenza di necessità fondamentali non soddisfatte…»[16].

Per proteggere la mente dalla pervasività della nuova tecnologia la dottrina internazionalistica sta discutendo della necessità di dare forma a una nuova categoria di diritti umani: i neurodiritti[17]. Allo stesso tempo sono sempre più gli atti normativi, di rango costituzionale[18] e non[19], che si occupano della salvaguardia dell'attività cerebrale. Del gruppo di diritti neuronali proposti, questo

[15] Ivi, 252.

[16] G. Peces-Barba Martínez, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. ita, Milano, 1993, 209.

[17] M. Ienca, R. Andorno, *Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology*, in *Life Sciences, Society and Policy*, n. 5/2017, 1 ss.; M. Ienca, *On Neurorights*, in *Front. Hum. Neurosci.*, n. 15/2021, 1 ss.; R. Yuste, J. Genser, S. Herrmann, *It's time for neuro-rights*, in *Horizons*, n. 18/2021, 154 ss.; J.C. Bublitz, *Novel Neurorights: From Nonsense to Substance*, in *Neuroethics*, n. 7/2022, 1 ss.; P. Kellmeyer, '*Neurorights': A Human Rights-Based Approach for Governing Neurotechnologies*, in S. Voeneky, P. Kellmeyer, O. Mueller, W. Burgard (eds.), *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence. Interdisciplinary perspectives*, Cambridge University Press, 2022, 412 ss. Per la dottrina italiana: G. De Minico, *Nuova tecnica per nuove diseguaglianze. Case law: Disciplina Telecomunicazioni, Digital Services Act e Neurodiritti*, in *Federalismi.it*, n. 6/2024, 1 ss., e nello stesso numero si vedano G. Di Plinio, *"Neurodiritti" tra virtuale e reale - Prefazione*, vi ss.; A. Gusmai, *Possibilità cognitive e orizzonti costituzionali: qualche coordinata di neurolaw su coscienza, libertà e creazionismo giudiziario*, 122 ss.; M.C. Errigo, *Neuroscienze, tecnologia e diritti: problemi nuovi e ipotesi di tutela*, in *Diritti fondamentali*, n. 3/2020, 215 ss.; F. Cirillo, *Neurodiritti,* cit., 666 ss.

[18] Il riferimento è all'art. 19, co. 1, ultimo capoverso della Costituzione del Cile.

[19] In Colorado il disegno di legge n. 24-1058 ha ampliato la definizione di "dati sensibili" ai sensi del Colorado Privacy Act (Senate Bill 21-190), includendo nella categoria dei dati biologici anche quelli neurali. Similmente lo Stato della California ha aggiunto nel California Consumer Privacy Act of 2018 ai significati di "informazioni personali sensibili" quello dei dati neurali. Nell'Unione europea si è finora seguito un approccio differente, non inglobando la protezione

testo si occuperà principalmente della libertà cognitiva (§2), pertanto gli esiti cui si giungerà possono riferirsi solo parzialmente ai diritti alla *privacy* mentale, all'integrità mentale e alla continuità psicologica.

Il dialogo con il pensiero e la riflessione scientifica di Salvatore Prisco sulla dimensione giuridica delle questioni bioetiche e sull'obiezione di coscienza è utile a mettere in luce due indicazioni valide per l'elaborazione della categoria dei neurodiritti:

i) come accaduto per la bioetica, il diritto «deve riconoscere quando può (e deve) intervenire e quando invece può (e deve) tacere»[20]; allo stesso modo per i neurodiritti deve riconoscersi in che modo il diritto può (e deve) fissare regole idonee a inglobare i nuovi bisogni (§ 3).

ii) la riflessione sull'obiezione di coscienza[21] chiarisce che la protezione dell'*habeas mentem* non avviene sul piano dell'astratta *formazione* del pensiero, ma si riferisce alle sue proiezioni verso l'esterno (§ 4).

Alla luce di tali considerazioni, la tesi che si vuol sostenere è che il modello giuridico proposto per la difesa della mente e che si fonda esclusivamente sul riconoscimento dei diritti e/o si articola attraverso divieti rischia di imbattersi in ostacoli di complessa risoluzione. Come: 1) quello relativo all'elaborazione di una nuova generazione di diritti che sembra riferirsi a un uomo non situato nella storia[22], che presuppone un'utopica netta separazione tra società civi-

delle informazioni "neurali" nella normativa sulla protezione dei dati personali (reg. 679/2016), bensì in quella sull'intelligenza artificiale (reg. 1689/2024).

[20] S. Prisco, *Aborto e autodeterminazione della donna: profili problematici*, in Id., *La musica della vita. Quaderno di biopolitica e bioetica di un giurista*, Napoli, 2015, 7.

[21] Storicamente affermatasi come libertà di matrice religiosa, poi secolarizzatasi e, infine, alla ricerca di una morale interiore che trova espressione tramite la libertà del pensiero, dell'arte, della scienza, dell'insegnamento (e così via), così S. Prisco, *Obiezione di coscienza al servizio militare e obiezioni di coscienza nell'ordinamento italiano vigente* (ovvero: le ragioni di Antigone, le ragioni di Creonte e lo Stato democratico) in Id., *Laicità, Un percorso di riflessione*, II ed., Torino, 2009, 95. La libertà di coscienza matura insieme alla libertà religiosa, ossia «la prima, in ordine di tempo, tra le libertà civili rivendicate nei confronti del potere politico. (…) Con l'affermarsi della libertà religiosa lo Stato diviene perciò laico e l'obbedienza al potere politico cessa di essere configurata come un dovere di coscienza. Su questo presupposto poggerà l'intero edificio costituzionale dei diritti civili di ispirazione individualista, cioè basati sull'autonomia e sulla priorità dell'individuo rispetto all'istituzione politica», così M. Ricca, *Art. 19*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. I, Torino, 2006, par. 1.1.

[22] Ricompone la tensione universale dei diritti fondamentali e la loro storicità M. Cartabia, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei «nuovi diritti»*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2009, 556: «Nei diritti fondamentali c'è un'aspirazione all'universalità, che giustifica il bisogno di superare i confini del singolo ordinamento giuridico; ma in essi c'è anche una dimensione storica, in cui si riflette la tradizione e la coscienza più profonda di ciascun popolo, di cui le Carte costituzionali costituiscono una delle espressioni precipue. Radicata nel valore della dignità umana, l'idea dei diritti fondamentali contiene necessariamente una dimensione universale. Radicata

le e sfera pubblica[23]; 2) la problematica trasformazione dei nuovi bisogni di protezione e tutela legislativa in *law in action*[24]. Emblematico, da tale punto di vista, è l'art. 5, par. 1, lett. a), del regolamento sull'intelligenza artificiale (n. 1689/2024) che, tramite il divieto di sistemi di intelligenza artificiale dagli effetti subliminali, rischia di essere un guscio protettivo vuoto.

2. *La giustificazione dei neurodiritti e in special modo della libertà cognitiva*

La comparsa degli strumenti neurotecnologici ha condotto la dottrina a parlare di una nuova categoria di diritti umani, i neurodiritti, per proteggere la mente, ossia l'ultimo rifugio della libertà e dell'autodeterminazione[25]. Mentre altre tecniche rudimentali già in uso – come l'ipnosi – sono idonee ad alterare l'attività mentale, l'utilizzo di tecniche computazionali causa perturbazioni e manipolazione dei processi neurali significativamente superiori rispetto alle prime[26]. Secondo gli autori, che per primi hanno teorizzato la specificazione dei diritti neurali, è necessario il riconoscimento di nuovi diritti umani avverso la minaccia grave che le neurotecnologie arrecano al valore sociale fondamentale della protezione della mente[27]. I diritti in questione sono: la libertà cognitiva, la privacy mentale, l'integrità mentale e la continuità psicologica. Il fondamento dei neurodiritti può essere trovato in tre principali categorie: la libertà di pensiero e di coscienza, il diritto alla *privacy* e il diritto all'integrità psico-fisica[28].

Invero il diritto alla libertà cognitiva aveva già trovato negli anni precedenti la riflessione della dottrina in ordine all'esigenza di anticipare la protezione dei diritti individuali in vista degli sviluppi nel campo del potenziamento umano. Specificamente la libertà cognitiva aggiorna le nozioni di "libertà di pensiero"[29]

nelle specificità religiose, morali, linguistiche e politiche di ogni popolo, l'applicazione concreta di tali diritti avviene all'insegna della particolarità e del pluralismo».

[23] Sul dualismo società civile sfera pubblica P. Ridola, *Stato e costituzione in Germania*, Torino, 2016, 123 ss.

[24] A proposito della protezione giudiziaria dei diritti riconosciuti nelle Convenzioni e Carte internazionali, scrive J.HH. Weiler, *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2002, 523, che «la misurazione dell'efficacia di questi documenti, della loro effettiva realtà come strumenti giuridici significativi sta nella possibilità per i singoli individui di richiamarsi ad essi e nella loro applicazione, su richiesta di singoli individui, contro la pubblica autorità, da parte delle corti».

[25] M. Ienca, R. Andorno, *Towards new human rights*, cit., 7 ss.

[26] *Ibidem.*

[27] *Ibidem.*

[28] M. Ienca, *On Neurorights*, cit., 3 ss.

[29] W. Sententia, *Neuroethical Considerations: Cognitive Liberty and Converging Technologies for Improving Human Cognition*, in *Annals of the New York Academy of the Sciences*, n. 1/2004, 222.

per quei campi di utilizzo delle neurotecnologie che si svolgono al di fuori della medicina: come l'utilizzo di farmaci psicotropi per chi non sia affetto da patologie per lo scopo di migliorare ordinarie prestazioni; o quando il loro utilizzo sia ordinato dai Tribunali con scopi riabilitativi dei condannati; o ancora quanto accaduto nel caso *Stati Uniti contro Sell, 282 F.3d 560* in cui i giudici chiedevano l'utilizzo di farmaci antipsicotici per ristabilire la capacità di intendere e di volere di un imputato[30].

La libertà cognitiva è allora – secondo i primi studiosi dei neurodiritti – quella libertà che precede ogni altra, che garantisce la libertà dalla coazione a subire l'utilizzo di tecnologie che interagiscono direttamente con il cervello e il divieto di proibire o criminalizzare l'utilizzo delle medesime o di farmaci che migliorano la mente, ad eccezione delle ipotesi di danno altrui[31].

Secondo quest'autore la libertà cognitiva, pur non essendo menzionata in alcuna Costituzione, rappresenta l'assunto implicito di qualsiasi Stato liberaldemocratico e può essere definita come il diritto di autodeterminarsi *della* e *nella* propria mente[32], nella dialettica tra l'individuo e lo Stato, precisamente negli spazi in cui ciascun individuo ha la possibilità di autoregolarsi.

La libertà cognitiva deve allora fare i conti con la struttura delle libertà che presuppone la delimitazione di ciò che è dominio privato – spazio entro il quale l'immunità della persona è massima – dalle questioni pubbliche su cui la discrezionalità del legislatore è ampia. Riecheggiano qui le pagine di Mill sui limiti all'autorità della società sull'individuo. All'interrogativo su quanta parte della vita umana spetta all'individuo e quanta alla società, Mill rispondeva osservando gli interessi in gioco, a seconda che si riferiscano al solo titolare o al benessere generale[33].

La libertà cognitiva è anche concepita come pretesa assoluta, perché rappresenta la precondizione dell'azione libera: «alla luce di ciò, la libertà cognitiva non è semplicemente una rivendicazione politica che si può favorire o rifiutare. Piuttosto, è un'assunzione implicita di qualsiasi ordine legale basato sull'autodeterminazione e sulla responsabilità individuale»[34]. Essa è, da tale prospettiva, un diritto innato e radicato nell'idea dell'appartenenza della dignità all'essere umano in quanto tale.

[30] Questioni approfondite da M. Farah, *Emerging ethical issues in neuroscience*, in *Nat Neurosci*, n. 5/2002, 1123-1129.

[31] W. Sententia, *op. cit.*, 227.

[32] J.-C. Bublitz, *My Mind is Mine!? Cognitive Liberty as a Legal Concept*, in E. Hildt, A. Francke (eds.), *Cognitive Enhancement*, Cham, 2013, 236.

[33] J.S. Mill, *Sulla libertà*, 90-91.

[34] J.-C. Bublitz, *My Mind is Mine!?*, cit., 243 (traduzione nostra).

Dalla prospettiva dei diritti umani tale libertà ha la sua giustificazione in quella di pensiero, coscienza e ragione nell'art. 18, della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* e del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*. Tale articolo distingue la parte del *forum internum* di una persona, in cui le facoltà mentali vengono sviluppate, esercitate e definite, e la parte del *forum externum* del pensiero che può subire limitazioni definite nei canoni del principio di legalità e per finalità di interesse generale. Lungo questo confine è costruita la distinzione tra libertà di pensiero e quella di espressione, quest'ultima veicolerebbe solamente il pensiero sviluppatosi nel *forum internum*[35]. Invero, tale distinzione appare molto sfuggente, atteso che il processo comunicativo contribuisce non solo ad articolare il pensiero, ma anche a svilupparlo, precisarlo e valutarlo in dialogo con l'interlocutore[36]. Neppure le parole della Corte Suprema degli Stati Uniti restituiscono con chiarezza il momento in cui le due attività si separano: «The right to think is the beginning of freedom, and speech must be protected from the government because speech is the beginning of thought» (*Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234*, 2002, 253).

Tale biforcazione pare esserci nella Convenzione Edu, dove in due differenti articoli trovano protezione la libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 9) e quella di espressione (art. 10). Tuttavia, nella casistica giurisprudenziale della Corte di Strasburgo le applicazioni dell'art. 9 hanno sempre riguardato le attività totalmente o parzialmente ispirate da un credo o da una filosofia. Tant'è che la convinzione personale o collettiva, per rientrare nella sfera protettiva dell'art. 9, deve raggiungere un grado sufficiente di forza, serietà, coerenza e importanza (*Leela Förderkreis E.V. e altri c. Germania*, par. 80). La protezione del *forum internum* ha finora riguardato aspetti specifici del pensiero, come: il diritto di avere un qualsiasi credo (religioso o meno) nel proprio intimo e a non subire intromissione e/o condizionamenti da parte dello Stato (*Ivanova c. Bulgaria*, par. 79; *Mockutė c. Lituania*, par. 119); l'obiezione di coscienza; il diritto a non rivelare le proprie convinzioni religiose. Vi è poi il diritto a manifestare il proprio credo o la propria convinzione che invece – come recita il paragrafo 2 dell'art. 9 – 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 delle libertà altrui.

[35] A. Shaheed, *A/76/380: Interim report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief, Ahmed Shaheed: Freedom of thought*, ottobre 2021, 8.

[36] S.V. Shiffrin, *Speech Matters: On Lying, Morality, and the Law*, Princeton, 91.

Gli attributi del libero arbitrio, nella ricostruzione proposta dallo *Special Rapporteur*[37]comprendono il diritto a non rivelare i propri pensieri, a non essere puniti per le proprie convinzioni, desideri e fantasie che rimangono nel *forum internum,* ma anche la protezione avverso influenze esterne che alterano la genuinità del pensiero, con obblighi positivi affinché maturino le condizioni per sviluppare un pensiero libero.

In Europa, tuttavia, né a livello sovrannazionale né i singoli ordinamenti sembrano ancora pronti a proteggere i quattro aspetti delineati dallo *Special Rapporteur*, perlomeno quelli che ricadono fuori dell'area della giustizia penale.

Le difficoltà di dare effettività alla protezione del *forum internum*, in assenza di manifestazioni esteriori tangibili come per la libertà di culto o di convinzioni filosofiche, risiedono in più aspetti tra loro concatenati: i) la perimetrazione del pensiero che precede la sua espressione verso l'esterno, che significa individuare quale sia il bene da proteggere; ii) la traduzione del principio personalista e di libertà in regole e istituti definiti; iii) l'introduzione di diritti senza fattispecie, ossia libertà senza contenuto che dunque verrebbero determinate solamente da limiti negativi all'azione.

3. *Biodiritto, obiezione di coscienza e dignità. Il contributo di Salvatore Prisco*

Il nodo giuridico dei neurodiritti a ben vedere ripropone la discussione teorica sui diritti fondamentali nel rapporto tra diritti naturali e giuspositivismo[38] e la questione della completezza del catalogo dei diritti fondamentali.

La ricostruzione dottrinaria della libertà cognitiva, tradotta nei termini dei diritti costituzionali, induce a ritenere che il fondamento dei neurodiritti sia da ricercare nella autodeterminazione individuale, ossia «nel diritto della persona di divenire "il centro decisionale sovrano delle scelte che riguardano la sua esistenza"»[39]. Il suo sostrato filosofico è la libertà kantiana ad agire in accordo con la legge che la persona dà a sé stessa. Pertanto, il suo campo elettivo è stato a lungo tempo il diritto privato, con i limiti posti dall'art. 5 del codice civile.

L'emersione del biodiritto, ossia di questioni etiche riferibili alla corporeità di fronte agli avanzamenti della scienza e delle tecnologie nel tessuto costitu-

[37] A. Shaheed, *op. cit.*, 9 ss.

[38] Sin troppo noti sono i termini della disputa sul giuspositivismo tra Dworkin e Hart. Per il primo «the idea that individuals can have rights against the state that are prior to the rights created by explicit legislation», R. Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge, 1977, xi. H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, trad. ita, Torino, 2002, cfr. in particolare cap. IV e V, che invece ritiene vi sia una netta separazione tra morale e diritto e che il diritto risponda a fatti e pratiche sociali sulla base di una regola di riconoscimento.

[39] P. Veronesi, *Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all'autodeterminazione*, in *BioLaw Journal*, special issue 2/2019, 27.

zionale liberal democratico, ha messo in luce i risvolti pubblicistici dell'autonomia individuale per il nostro ordinamento.

La connessione tra il valore libertà e l'autodeterminazione rappresenta un campo denso di implicazioni, poiché se concepita in termini radicali indurrebbe a riconoscere una *dimensione del sé* esasperata ed escludente le ragioni altrui, che si opporrebbe alla *dimensione sociale* in cui la Costituzione colloca la persona.

La visione astratta della libertà non trova sede nel catalogo dei diritti, bensì è la sua connessione con gli artt. 1, 2 e 3 Cost. e le altre libertà costituzionali a trovare sostegno[40]. Nelle clausole aperte dei diritti costituzionali si realizza la traduzione *della* libertà *nelle* libertà tramite concrete azioni e politiche, primariamente rivolte alla realizzazione del pieno *sviluppo* della *persona* mediante un complessivo disegno di *liberazione*[41]. Questo sembra in effetti essere anche l'orientamento della Corte costituzionale nella sentenza 467/1991, ove il rapporto tra obiezione di coscienza, *habeas mentem* e Stato democratico è ricostruito nei termini che seguono: «(…) la coscienza individuale ha rilievo costituzionale quale principio creativo che rende possibile la realtà delle libertà fondamentali dell'uomo e quale regno delle virtualità di espressione dei diritti inviolabili del singolo nella vita di relazione, essa gode di una protezione costituzionale commisurata alla necessità che quelle libertà e quei diritti non risultino irragionevolmente compressi nelle loro possibilità di manifestazione e di svolgimento a causa di preclusioni o di impedimenti ingiustificatamente posti alle potenzialità di determinazione della coscienza medesima.

Di qui deriva che (…) la sfera intima della coscienza individuale deve esser considerata come il riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana che circonda quei diritti, riflesso giuridico che, nelle sue determinazioni conformi a quell'idea essenziale, esige una tutela equivalente a quella accordata ai menzionati diritti, vale a dire una tutela propor-

[40] A. Pace, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 2006, 20, che invece sostenendo un'interpretazione costituzionale vincolata al testo, ritiene che l'art. 13 Cost. non possa ricomprendere anche la libertà morale, giacché qualsiasi obbligo ai cittadini imporrebbe la previa autorizzazione giudiziaria. La sede più appropriata dell'autodeterminazione si troverebbe invece nell'art. 23 Cost. Sulla differenza tra diritti di libertà al plurale e istituto della libertà al singolare P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 54 ss. *Contra*: F. Modugno, *I diritti del consumatore. Una nuova «generazione» di diritti?*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, III, Napoli, 2008, 1382, ritiene che la garanzia dei diritti inviolabili sia nel valore libertà, al singolare e non nelle libertà intese come diritti dei singoli, in collegamento con il valore del libero sviluppo della personalità.

[41] E. Rossi, *Art. 2*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. I, Torino, 2006.

zionata alla priorità assoluta e al carattere fondante ad essi riconosciuti nella scala dei valori espressa dalla Costituzione italiana. (…)».

L'autodeterminazione, o l'autonomia individuale, non può essere riconosciuta in termini assoluti. Difatti, nel modello pluralista dello Stato costituzionale: «il conflitto tra diritti è un dato quasi immanente»[42] e necessita di trovare la ricomposizione attraverso la tecnica del bilanciamento.

L'aspirazione all'autonomia reca con sé una «ineliminabile ambiguità»[43]: riconoscere diritti a un individuo isolato. Tale aspetto è ben messo in luce da Salvatore Prisco nell'identificazione dell'obiezione di coscienza come strumento di applicazione del principio pluralistico in forma individuale[44], ma in modo equilibrato con i doveri, per evitare di provocare rotture alla coesione sociale della comunità[45].

Prisco illustra i termini del discorso attraverso la tragedia di Sofocle, che con l'Antigone «ha forgiato l'alfabeto con il quale si sarebbe scritto, in tutte le lingue e in tutte le epoche, il conflitto tra coscienza individuale e ragion di stato»[46]. Sulla sepoltura del corpo di Polinice si misura la doppiezza del *nomos*[47]. Il compimento degli onori funebri, appartenente alle prerogative del *genos* e non della *polis*, rappresenta il terreno di scontro tra obbedienza alla legge degli dèi piuttosto che all'editto del *basileus*. I corpi dei protagonisti della tragedia diventano allora l'emblema dei chiaroscuri del*le* dignità[48], alle cui differenti percezioni corrisponde un campo semantico diverso da attribuire al gruppo di parole espresse da *nomos*[49]. Tuttavia, tra le varie letture proposte della tragedia, Prisco predilige quella che mette in luce il concetto-limite della libertà di coscienza in movimento tra lo Scilla dell'omologazione e le Cariddi della disaggregazione pluralista[50].

Riportando l'accento sui neurodiritti, le riflessioni sinora maturate – influenzate dal contesto in cui sono nate, ossia quello internazionale dei diritti umani – spingono verso *la* libertà astratta. Ciò rischia di orientare la dimensione

[42] G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, 165.

[43] S. Prisco, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, in *BioLaw Journal*, special issue 2/2019, 74.

[44] S. Prisco, *Fedeltà alla Repubblica*, cit. 52.

[45] S. Prisco, *Fedeltà alla Repubblica*, cit. 125.

[46] M. Cartabia, L. Volante, *Giustizia e mito. Con Edipo, Antigone, Creonte*, Bologna, 2018.

[47] G. Carillo, Nomou bia(i). *Note su Antigone*, in *Pensiero: rivista di filosofia*, n. 2/2019, 79-94.

[48] S. Prisco, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico.*, cit., 76.

[49] G. Carillo, *op. cit.*, 11 ss.

[50] S. Prisco, L. Cappuccio, *Obiezione di coscienza e trattamenti sanitari obbligatori*, in L. Chieffi (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, 56.

protettiva della persona fuori della logica sociale dell'ordinamento e di fuggire dal necessario contemperamento con gli altri interessi di rango costituzionale. Viceversa, una riflessione a partire dalla dimensione ordinamentale dei diritti fondamentali ricorrerebbe a un approccio "mite", idonea a inglobare anche la dimensione dei doveri (come potrebbe essere quello dell'esercizio consapevole dei diritti di cittadinanza digitali), o dei contrapposti interessi, come quelli di ordine pubblico (come potrebbe essere accadere con l'utilizzo di strumenti neuroscientifici da parte della pubblica autorità) o di iniziativa economica da parte dei privati.

In tal senso, Prisco interpreta le criticità della regolazione in campo bioetico quando declinata verso «una sorta di religione laica postmoderna (…) dei diritti umani. Questi si assumono tutti egualmente radicati nell'eguale dignità delle diverse forme di vita individuale e sociale e (…) si procede a "rilanciare" di continuo sul piano dell'identificazione e conseguente tutela di nuove figure di diritti come "portato" di una tradizione occidentale individualistico-liberale, sovente declinata a forme libertarie di perseguimento del desiderabile e potenziata negli effetti dalle applicazioni tecnologiche»[51].

L'illusione sull'esistenza di un fondamento assoluto dei diritti[52] sembra quindi aver attraversato anche la giustificazione dei neurodiritti. Questa illusione si basa sull'idea che esista un unico e definitivo valore ritenuto essenziale per lo sviluppo della persona, comune a tutti gli esseri umani. Tuttavia, tale convinzione viene contraddetta dalle medesime Dichiarazioni dei diritti, le quali tutelano situazioni tra loro eterogenee e spesso incompatibili, richiedendo quindi reciproche rinunce per la loro attuazione[53].

Si faccia il caso dell'utilizzo di strumenti *neurotech* non destinati a scopi terapeutici, ma progettati per monitorare lo stato di salute e segnalare eventuali anomalie a chi li indossa. In questo contesto, il diritto a non essere sottoposti al tracciamento delle proprie onde cerebrali entra in conflitto con il diritto a sviluppare e utilizzare tali tecnologie. Inoltre, il consumatore che sceglie di impiegare questi strumenti deve inevitabilmente rinunciare alla riservatezza delle informazioni generate dalle proprie attività cerebrali. Un altro esempio potrebbe essere relativo all'impiego del *microtargeting* nelle campagne elettorali, dove il diritto del cittadino a non subire influenze manipolative sul proprio processo decisionale si contrappone al diritto dei partiti politici di utilizzare strumenti avanzati per scopi di propaganda. Questi conflitti evidenziano l'impossibilità di tutelare in modo assoluto un diritto senza compromettere l'effettiva operati-

[51] S. Prisco, *Aborto e autodeterminazione della donna: profili problematici*, cit., 4-5.
[52] Così N. Bobbio, *L'età dei diritti*, I ed., Torino, 1997, 6.
[53] N. Bobbio, *op. cit.*, 9.

vità dell'altro. Allo stesso tempo, la loro mediazione rappresenta l'essenza stessa dell'auto-comprensione di un ordinamento giuridico: il contemperamento tra interessi contrapposti diventa così l'espressione della scelta fondamentale che caratterizza una società e il suo sistema politico[54].

4. *Prospettive e limiti di un dialogo tra neurodiritti e obiezione di coscienza*

Il modo attraverso il quale la libertà morale acquisisce rilevanza giuridica per la libertà di coscienza rappresenta un utile prospettiva per svolgere ulteriori riflessioni sui limiti della riflessione internazionalistica ai nuovi diritti umani.

Prisco mette in luce che l'essenza del rapporto tra coscienza e libertà religiosa, di manifestazione del pensiero, di educazione, arte, scienza e di insegnamento, sta nel fatto che tutte queste situazioni rappresentano la proiezione pubblica dell'identità culturale della persona[55]. Ne deriva che l'intervento pubblico non può che essere di sostegno e mai costitutivo di siffatte libertà, visto che ciascuna di essa presenta un profilo «di quel rapporto dell'uomo con se stesso, di quella relazione dell'uomo con la propria coscienza (…) che un ordinamento, dichiaratamente ispirato al valore della persona, non può evitare di garantire nella possibilità non già di esistenza (…) ma di *esternazione*»[56].

La situazione giuridica più affine all'obiezione di coscienza si ritrova, per Prisco, nell'accezione originaria di *privacy*[57], ossia: «the right of determining, ordinarily, to what extent his thoughts, sentiments, and emotions shall be

[54] J.HH. Weiler, *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, cit., 535. Sul punto si vedano anche le riflessioni sul sistema della Cedu proposte da R. Bin, *Giurisdizione e ruolo delle Corti costituzionali nel processo di integrazione europea. Una conclusione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3/2019, 907: «l'*imprinting* originario della Corte è quello di una organizzazione internazionale che non è comparabile con un sistema costituzionale, per almeno due fondamentali differenze: la *storia*, che fa di un testo la Costituzione di una società, e il *sistema politico*, che agisce nella storia e interagisce dialetticamente con il testo, scritto proprio per fissare i suoi limiti. Entrambi nel sistema CEDU mancano. Le costituzioni del Novecento guardano al futuro e al futuro proiettano i loro principi, la cui applicazione è destinata a evolvere grazie al sistema politico che modifica di continuo il punto del loro rispettivo bilanciamento».

[55] S. Prisco, *Fedeltà alla Repubblica*, cit., 53.

[56] *Ibidem*.

[57] I punti di contatto tra coscienza e *privacy* sono almeno tre: come per la tutela della riservatezza, anche la libertà di coscienza è «considerata e protetta in alcuni aspetti tipici ed essenziali»; entrambe sono tutelate «anche in base a trattati internazionali, cui l'Italia aderisce, e perciò attraverso le disposizioni della Carta fondamentale, che si richiamano di consueto a tali ipotesi» (*Fedeltà alla Repubblica*, cit., 57); l'obiezione di coscienza è considerata un aspetto della *privacy*, con la precisazione che, la libertà del foro interno è da proteggere rispetto alle intrusioni altrui e costituisce altresì una proiezione esterna dell'identità culturale (*Ibidem*).

communicated to others»[58]. Così come per l'obiezione di coscienza, anche i neurodiritti, per gemmazione dalla *privacy*, rivendicano l'astensione del potere pubblico e di quello privato: vi è dunque una matrice comune nel *right to be let alone*[59]. Il diritto a non manifestare ciò che non si è, tuttavia, trova tutela nella misura in cui si traduce in una tecnica regolativa del pluralismo[60]. L'obiezione di coscienza manifesta quindi un'intima connessione con le questioni del bilanciamento e del comportamento obiettore in chiave antimaggioritaria.

Difatti, la libertà di coscienza trova specificazione in altri diritti, costituendo la premessa di ogni forma di libertà rispetto alle quali è «indissociabile» il «substrato psicologico ed emotivo del *sentirsi liberi*»[61]. Il precipitato immediato è costituito certamente dalla libertà religiosa, ma quest'ultima rappresenta solamente «un ambito topico di manifestazione»[62]. Si capisce allora che in realtà essa è riferibile a ogni ipotesi di conflitto che sorga tra il dovere di obbedire alla legge e il diritto di seguire la legge dettata dalle proprie convinzioni. La libertà di coscienza, a differenza della libertà cognitiva, ha il suo legame (di opposizione) col comando e (di conformità) con i valori della Costituzione. Con ciò si vuol dire che l'ordinamento protegge i) la coscienza che assume la forma di un comportamento, che così diventa giuridicamente rilevante; e che ii) non ogni comportamento obiettore può legittimare un passo indietro della legge, ma solo quello che non rappresenti un disvalore per l'assetto costituzionale. Il ripensamento dell'idea «che di fronte alla maestà della norma generale e astratta non sia possibile far valere istanze particolari, rispetto alle quali la legge (…) è terza, non può cioè prendere in considerazioni deroghe per motivi di coscienza, poiché quella che in essa si traduce è la medesima coscienza unificante della comunità»[63] è superata, a patto che i diritti della coscienza si affermino dentro i vincoli di solidarietà.

Lo sforzo, tuttavia, di scomporre l'interiorità dalle sue proiezioni esterne o comportamenti, ossia di distinguere la libertà di coscienza dalla libertà di *formazione* della coscienza[64], è destinato a scontrarsi con la dubbia possibilità di richiedere ai poteri pubblici l'eliminazione dei condizionamenti esterni. Ciò

[58] S. Warren, L. Brandeis, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, n. 5, 1890, 199.

[59] O. Pollicino, *Costituzionalismo, privacy e neurodiritti*, in *Media Laws*, n. 2/2021, 9 ss.

[60] S. Prisco, *Stato democratico, pluralismo dei valori, obiezione di coscienza. Sviluppi recenti di un antico dibattito*, in *associazione AIC*, 2007.

[61] M. Ricca, *Art. 19,* cit., par. 2.2.

[62] *Ibidem*.

[63] S. Prisco, *Stato democratico, pluralismo dei valori, obiezione di coscienza*, cit.

[64] Così T. Martines, *Libertà religiosa e libertà di formazione della coscienza*, in Id. *Opere, Libertà e altri temi,* tomo IV, Milano, 2000, 147: «il momento della libertà (negativa e positiva) attiene non alla coscienza in quanto tale (mancando, appunto, ogni elemento relazionale, ma, invece al suo processo di formazione. Non dunque, libertà di coscienza, bensì libertà di for-

appare improbabile, a meno di non presupporre la possibilità di realizzare la netta separazione fra sfera pubblica e privata, oltre al fatto di non considerare il fatto che la soddisfazione dei bisogni individuali e sociali avviene nel mercato, con le infrastrutture pubbliche, o attraverso le tecnologie[65]. In altri termini «il riconoscimento dell'interdipendenza solleva obiezioni logiche ai presupposti dell'autodeterminazione»[66].

Infine, direttamente connessa alla criticità evidenziata è la questione dell'effettività dei neurodiritti. Quest'ultima riguarda sia il profilo dei rimedi processuali che quello dell'organizzazione del potere statale per la predisposizione di apparati e risorse che ne garantiscano la tutela. Come ricorda un autorevole studioso: «Nello stato i diritti vengono, non solo astrattamente riconosciuti, ma anche (se lo sono) realizzati, in quanto fruiscono della dimensione organizzativa; in quanto cioè trovano nell'organizzazione, e dunque nel potere statale, lo strumento, uno strumento essenziale, per tutto ciò di cui hanno bisogno (…). Se fossero privi di organizzazione, mancherebbero della possibilità di passare dall'astratta formulazione alla vita concreta; l'organizzazione, anche se non li difende da ogni possibilità di violazione, li rende mediamente "effettivi"»[67].

5. *Sull'incompiutezza del divieto di tecniche subliminali nell'*Artificial Intelligence Act *per la tutela dei neurodiritti*

Il regolamento 1689/2024 (d'ora in poi AI Act) all'art. 5, par. 1, lett. a), pone in essere un approccio iper protettivo verso la libertà cognitiva vietando l'uso di sistemi di intelligenza artificiale che utilizzano le tecniche subliminali, divieto che rischia però di diventare irrilevante nella pratica. Difatti, quest'ultimo per come è formulato, da un lato non è in grado di tutelare il bisogno a non subire condizionamenti nella formazione dei propri convincimenti, dall'altro non interviene a limitare il potere degli attori pubblici o privati che perseguono scopi manipolativi ricorrendo alle IA subliminali.

La disposizione in commento vieta di immettere sul mercato sistema di IA che utilizzano tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole o tecniche volutamente manipolative o ingannevoli aventi lo scopo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di una persona

mazione della coscienza. È questa la libertà che, oggi più che nel passato, bisogna difendere e tutelare per affermare le dignità dell'individuo, della persona umana».

[65] M. Ricca, *Art. 19*, cit., par. 2.2.

[66] F. Pizzolato, *Autodeterminazione e relazionalità nella tutela della salute*, in *Corti supreme e salute,* n. 2/2018, 437.

[67] U. Allegretti, *I diritti fondamentali fra tradizione statale e nuovi livelli di potere (testo provvisorio)*, in *Convegno "I diritti dell'uomo tra storia e politica nella prospettiva europea"* (Catania, ottobre 2002), 3.

o di un gruppo di persone, pregiudicando in modo considerevole la loro capacità di prendere una decisione informata, inducendole pertanto a prendere una decisione che non avrebbero altrimenti preso, in un modo che provochi o possa ragionevolmente provocare a se stessi, a un'altra persona o a un gruppo di persone un danno significativo.

Questa definizione genera almeno tre differenti problemi, che combinati tra di loro, rendono pressoché inapplicabile il divieto.

1) la percezione subliminale è un indicatore di difficile misurazione[68];
2) non è chiaro come dimostrare il modo in cui in assenza di quella tecnica la persona avrebbe preso una decisione diversa;
3) la misura del danno dev'essere significativa, ma non è specificato il parametro e se il danno in questione debba essere di carattere economico o possa essere anche di altra natura.

Sebbene l'art. 5, par. 1, lett. a), dell'AI Act, non indichi quale sia l'ambito merceologico di riferimento, il modo in cui è costruita la disposizione è del tutto simile all'art. 5 della direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali[69]. Il primo quesito, dunque, da sciogliere è se dall'AI Act possa ricavarsi una norma applicabile anche al di fuori dei contesti commerciali con i consumatori (come, ad esempio, l'impiego di mezzi di *neurotargeting* per le campagne elettorali), o se invece il divieto possa riferirsi a tutti quei sistemi di intelligenza artificiale che utilizzando tecniche di *dark pattern* e *big data* riescono ad avere effetti manipolativi degli utenti nell'ambiente digitale[70].

Tali dubbi sono alimentati da un'altra disposizione, l'art. 50 dell'AI Act, che invece classifica come a basso rischio i sistemi di IA che generano o manipolano testi e immagini allo scopo di informare il pubblico. In tali casi è sufficiente che lo sviluppatore dell'IA assolva a obblighi di trasparenza per non incorrere in alcuna sanzione.

Se ne deve allora dedurre che la scarsa chiarezza su come il regolamento europeo intenda prevenire i rischi connessi alle pratiche manipolatorie che condizionano la libertà morale conduca al risultato di rendere nei fatti il divieto inapplicabile o di prevedere come unico obbligo quello di autodenunciare l'impiego dell'IA per la generazione di contenuti. L'enfasi posta sulla protezione della libertà fondamentali all'interno dell'AI Act anche quando si traduce

[68] M. Franklin et alii, *Strengthening the Eu Ai Act: defining key terms on ai manipulation*, 2023, in https://arxiv.org/pdf/2308.16364

[69] S. Orlando, *Regole di immissione sul mercato e «pratiche di intelligenza artificiale» vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act*, in *Persona e mercato*, n. 3/2022, 357 ss.

[70] Il tema è ampiamente descritto nel rapporto EISMEA, *Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment: dark patterns and manipulative personalisation*, 2022, 60 ss.

nella disposizione più restrittiva in assoluto – qual è appunto il divieto di commercializzazione dell'IA – diventa un guscio vuoto, che non vale a proteggere l'autodeterminazione individuale, specialmente in ambiti non commerciali.

Il difetto di regolazione dell'AI Act è invero solo in parte ascrivibile all'oscurità del testo, esso infatti piuttosto deriva dal fatto di non riuscire a costituire un limite alla concentrazione del potere che interferisce con l'autodeterminazione individuale[71]. Per comprendere quale sia il modo che più efficacemente possa essere in grado di prevenire la manipolazione è utile osservare il fenomeno più da vicino. La manipolazione è uno strumento di persuasione che consiste nell'interferire nell'autonomia altrui senza ricorrere all'uso della forza, ma attraverso un atto comunicativo. Il ricorso alle infrastrutture della comunicazione digitale consente di realizzare in modo più rapido e su scala più ampia l'attività di persuasione. La convergenza tecnologica tra *mass media*, telecomunicazioni, piattaforme e intelligenza artificiale è fatale perché è in grado di sfruttare la raccolta dei dati personali non solo per raggiungere quanti più utenti possibili, ma anche perché consente una conoscenza più profonda dei destinatari della comunicazione e di generare contenuti diversi a seconda dell'utente, a costi relativamente bassi[72]. Un esempio può chiarire meglio il discorso. Nel mondo analogico una campagna del benessere alimentare potrebbe realizzarsi posizionando davanti a cibi sani un oggetto desiderabile. Nel mondo digitale, l'IA consente di conoscere quale sia l'oggetto desiderabile per ogni utente, dove posizionarlo per attrarre di più l'attenzione di ciascuno e di generarne uno diverso a seconda delle preferenze dell'utente.

In conclusione, sembra di dover cercare fuori dal regolamento sull'intelligenza artificiale la strada da percorrere affinché l'ordinamento possa proteggere efficacemente la formazione del pensiero individuale, poiché il vero elemento patologico non è la persuasione di per sé, ma il fatto che la stessa si realizzi da una precisa posizione economica asimmetrica. Quest'ultima è costruita per mezzo delle infrastrutture della comunicazione, le quali consentono ai privati oligopolisti del mercato di accumulare e sfruttare *big data* e dati personali e ricavarne informazioni con le quali agire in contrasto alle libertà fondamentali.

[71] Più utile sembra invece un approccio orientato a limitare il potere economico e in questo senso appare apprezzabile il *Digital Services Package* dell'Unione europea, in tal senso A. Lucarelli, *Nuovi mezzi di comunicazione, assetti imprenditoriali e soggettività politica*, in *Convegno annuale dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti Salerno 15-16 novembre 2024*, *https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/images/convegniAnnualiAIC/2024_Salerno/Alberto_Lucarelli.pdf*

[72] L. Floridi, *Hypersuasion – On AI's Persuasive Power and How to Deal with It*, in *Philos. Technol. 37*, 2024, 63 ss.

Finito di stampare nel mese di giugno 2026
dalla *Grafica elettronica* - Napoli

ISBN 979-12-235-0343-0

Euro 100,00