GRUPPO di PISA

Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

La Rivista

Fascicolo 2022/02

Contributi di:

G. Arconzo, A.I. Arena, R. Balduzzi, A. Cardone, M. Cosulich, M. Gorlani, G. Martinico, G. Orlando, L. Pierdominici, A.M. Poggi, A. Ruggeri, E. Santoro, G. Soricelli, S. Staiano, C. Tuccillo, L. Violini

La Rivista **Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale** è inclusa tra le riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche. Codice **ISSN: 2039-8026**.

Per il triennio 2020-2022, **Direttore responsabile**: Marilisa D'Amico (*Università degli Studi di Milano*).

Comitato di Direzione: Adriana Apostoli (*Università degli Studi di Brescia*), Carlo Colapietro (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Giacomo D'Amico (*Università degli Studi di Messina*), Gianluca Famiglietti (*Università di Pisa*), Gennaro Ferraiuolo (*Università degli Studi di Napoli "Federico II"*), Federica Grandi (*"Sapienza" Università di Roma*).

Comitato di Redazione: Antonello Lo Calzo (Coordinatore) (*Università degli Studi del Sannio di Benevento*), Rossana Caridà (*Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro*), Arianna Carminati (*Università degli Studi di Brescia*), Martina Contieri (*Università degli Studi di Napoli "Federico II"*), Lavinia Del Corona (*Università degli Studi di Milano*), Alessia Fusco (*Università degli Studi di Torino*), Marsid Laze (*"Sapienza" Università di Roma*), Cristina Luzzi (*Università di Pisa*), Giuditta Marra (*"Sapienza" Università di Roma*), Andrea Napolitano (*Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*), Costanza Nardocci (*Università degli Studi di Milano*), Leonardo Pace (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Valentina Pupo (*Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro*), Giada Ragone (*Università degli Studi di Milano*), Umberto Ronga (*Università degli Studi di Napoli "Federico II"*), Giuliano Serges (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Cecilia Siccardi (*Università degli Studi di Milano*).

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

RIVISTA DEL GRUPPO DI PISA - INDICE DEL FASCICOLO 2/2022

Antonio RUGGERI, *Comparazione giuridica, dialogo tra le Corti, identità "intercostituzionale"* 1

Giancarlo ORLANDO, *Il ruolo dei componenti laici nei Consigli giudiziari: possibili scenari alla luce dell'ammissibilità del* referendum 10

Antonio RUGGERI, *Il giudice-camaleonte e la salvaguardia dei diritti fondamentali* 25

Antonio Ignazio ARENA, Do rights provide no sense of belonging? 41

Gerardo SORICELLI, *Il caso ILVA di Taranto e l'emergenza Covid-19 nell'ambiguità del bilanciamento dei diritti fondamentali* 55

Andrea CARDONE, Eleonora SANTORO, *Ergastolo ostativo e problemi di legittimità costituzionale* 79

Clara TUCCILLO, *La natura del rapporto giuridico che lega i donatori ai materiali biologici staccati dal proprio corpo* 109

Le recensioni

Giuseppe MARTINICO, *Filtering populist claims to fight populism – The italian case in a comparative perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021

Recensione di Leonardo PIERDOMINICI 124

Replica dell'Autore 129

Il Forum

Riaprire il discorso sul regionalismo italiano tra istanze cooperative e prospettive di differenziazione 134

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

COMPARAZIONE GIURIDICA, DIALOGO TRA LE CORTI, IDENTITÀ "INTERCOSTITUZIONALE"*

ANTONIO RUGGERI**

SOMMARIO: 1. Teoria assiologico-sostanziale della Costituzione, principio di apertura al diritto internazionale e sovranazionale e ad ordinamenti statali, comparazione giuridica. – 2. Carattere "intercostituzionale" della Costituzione, "dialogo" intergiurisprudenziale e comparazione giuridica quale strumento necessario al fine della opportuna messa a fuoco della identità costituzionale. – 3. La struttura "intercostituzionale" della identità costituzionale e il principio della massimizzazione della tutela dei diritti quale *Grundnorm* idonea a darne il riconoscimento e ad assicurarne l'affermazione, in ragione delle mobili connotazioni dei casi ed alla luce delle condizioni oggettive di contesto.

1. *Teoria assiologico-sostanziale della Costituzione, principio di apertura al diritto internazionale e sovranazionale e ad ordinamenti statali, comparazione giuridica*

Mi riprometto qui di argomentare la tesi secondo cui senza la comparazione non è possibile cogliere e rappresentare in modo adeguato l'essenza della identità costituzionale, aversene cioè in primo luogo il riconoscimento e, quindi, la continua messa a punto e salvaguardia in ragione dei peculiari connotati dei casi[1]. Al fine ora indicato la comparazione si pone, dunque, quale mezzo necessario, seppur – com'è

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista. Lo scritto farà parte della raccolta di studi in onore di G.F. Ferrari; è aggiornato al settembre 2021.

** Professore emerito di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Messina.

[1] All'affermazione del metodo comparativo un apporto di prima grandezza è stato da noi offerto dallo studioso cui questo scritto è *toto corde* dedicato non soltanto con riflessioni teoriche di particolare interesse ma anche con iniziative culturali universalmente apprezzate, tra le quali richiamo qui solo la fondazione della Rivista *DPCE*, che si è conquistata un posto di centrale rilievo nel dibattito scientifico sia nazionale che internazionale. Sui compiti, non poco onerosi, dei quali la Rivista è chiamata a farsi carico, specie nel prossimo futuro, v. la sintetica ma densa riflessione di G.F. FERRARI, *La comparazione tra necessità teoriche e limitazioni pratiche*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2020, 820 ss.

chiaro – insufficiente, sol che si pensi che le vicende che connotano la nascita, le trasformazioni strutturali e la estinzione di ogni ordinamento non possono apprezzarsi a pieno al di fuori della considerazione in prospettiva storicamente ed assiologicamente orientata[2].

Il c.d. "dialogo" tra le Corti – termine, come si sa, d'uso corrente e che qui pure seguito ad adoperare, pur non nascondendomi l'aura di ambiguità e vera e propria oscurità che lo avvolge[3] – appare poi essere il "luogo" in cui il riconoscimento suddetto può aver luogo (ed effettivamente ha luogo) nel miglior modo possibile alle condizioni oggettive di contesto.

Non indugio qui sulle ragioni, altrove illustrate, che depongono a favore della prospettiva suddetta, in ispecie nel suo connotarsi come assiologicamente ispirata. Reputo, infatti, sufficiente a dare sostegno a questa indicazione, che è di metodo ancora prima che di teoria, la circostanza per cui è ormai acquisito alla cultura giuridica pressocché unanime l'idea della Costituzione quale patrimonio di valori fondamentali positivizzati, resi evidenti da un fascio di principi parimenti fondamentali, che ai primi danno voce nel modo più genuino e diretto[4], e quindi delle regole poste in funzione servente nei riguardi di questi ultimi, in quanto volte a darvi l'opportuno svolgimento normativo in vista della loro ottimale implementazione nell'esperienza[5]. È sufficiente al riguardo fare qui cenno alla nota teoria, ormai in buona sostanza universalmente accreditata, dei limiti alla revisione costituzionale, che porta a diversificare il trattamento giuridico di disposti normativi appartenenti al medesimo documento

---

[2] Su *Comparazione e storia*, v., con questo titolo, G.F. FERRARI, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2021, 281 ss.

[3] V., al riguardo, volendo, le precisazioni che sono nel mio *Il "dialogo" tra le Corti: una precisazione di metodo per una nozione apparentemente* bonne à tout faire, in Consulta OnLine, 3/2021, 6 settembre 2021, 666 ss.

[4] Come poi si riconoscano i principi fondamentali dell'ordinamento, in ispecie quelli relativi ai diritti costituzionali, al di là del dato testuale della loro qualificazione da parte della stessa Carta, e, soprattutto, quali siano le tecniche interpretative specificamente valevoli per quest'ultima è questione ad oggi non poco controversa [per il primo aspetto, richiamo qui solo il confronto avutosi, ancora non molto tempo addietro, in occasione del convegno del Gruppo di Pisa su *Cos'è un diritto fondamentale?*, Cassino 10-11 giugno 2016, a cura di V. Baldini, Napoli, 2017; per il secondo, di recente e per tutti v. A. SPADARO, *Rileggendo E.-W. Böckenförde su potere costituente e interpretazione costituzionale*, in *Federalismi.it*, 16/2021, 30 giugno 2021, 208 ss.].

[5] Come possano poi stabilirsi quali regole meritino di essere ospitate dalla stessa Carta (e, in seguito, in leggi di forma costituzionale volte ad integrarle o variamente modificarle), in quanto esse pure componenti la c.d. "materia" costituzionale, è questione di non poco impegno teorico alla cui trattazione non è qui possibile dedicarsi [ragguagli, se si vuole, possono aversi dal mio *La "materia" costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in A. LOVATO (a cura di), *I generi letterari della storiografia giuridica. La produzione didattica negli ultimi due secoli (manuali, trattati, corsi e prolusioni)*, Torino, 2019, 299 ss. e già in *Rivista AIC*, 4/2017, 12 dicembre 2017]. È chiaro, ad ogni buon conto, che non è possibile prescindere da qualificazioni, frutto di opzioni gravide di valenza politica, date dallo stesso Costituente, così come in seguito dal legislatore costituzionale e di revisione costituzionale. È tuttavia parimenti chiaro che le stesse non possono risultare il frutto di improvvisate o – peggio – capricciose determinazioni di ordine politico-normativo. E, peraltro, occorre comunque tenersi alla larga da entrambi i corni estremi dell'alternativa di un uso inflazionato e non vigilato delle tecniche di *drafting*, per un verso, e, per un altro verso, di sue asfittiche ed improduttive realizzazioni. Non è, poi, chi non veda il cruciale rilievo della questione ora evocata sol che si pensi che le norme venute alla luce per mano dello stesso Costituente possono porsi unicamente a parametro dei giudizi di costituzionalità, diversamente da quelle espressive di potere costituito, passibili – come si sa – di commutarsi in oggetto dei giudizi in parola.

costituzionale, al fine di avere sicura riprova della bontà della opzione metodica sopra indicata.

Assiologico-sostanziale essendo, dunque, in sé e per sé la teoria della Costituzione, assiologico-sostanziale non può che essere, per logica conseguenza, anche l'identità costituzionale.

Ora, è bene subito mettere in chiaro che alla percezione di quest'ultima ripugna ogni forma di nazionalismo costituzionale ingenuo, infecondo, antistorico. La nostra Costituzione, al pari delle altre Carte venute alla luce dopo l'immane tragedia della seconda grande guerra, si connota, infatti, per avere tra i suoi principi fondanti quello dell'apertura verso l'alto e verso l'altro, il diritto internazionale e quello sovranazionale in primo luogo e, come si viene ora dicendo, anche altri ordinamenti statali. Un principio questo che ha negli artt. 10 e 11 la sua diretta e, direi, testuale testimonianza ma che – come si vedrà a momenti – pervade l'intera trama costituzionale, dal momento che è stato specificamente pensato al fine di dare l'ottimale appagamento ai valori di libertà ed eguaglianza, di cui agli artt. 2 e 3, componenti quella che a me piace chiamare la coppia assiologica fondamentale dell'ordinamento. Un principio, dunque, che lascia un segno in ogni disposto iscritto nella Carta, tutti esprimendo una vocazione di scopo e, nel loro fare "sistema", ponendosi in contestazione nei riguardi degli istituti e delle norme del passato ordinamento, resosi responsabile di guasti d'incalcolabile gravità.

Il principio di apertura è, insomma, l'autentica chiave interpretativa della Costituzione, di ciò che essa in sé racchiude ed offre al servizio dei diritti fondamentali della persona, a partire da quello alla salvaguardia della dignità, calpestata durante la stagione buia del regime autoritario e della guerra. Un *principio-fine* e, a un tempo, un *principio-mezzo*, al servizio dei principi fondamentali restanti, dunque. Ed è bene non perdere di vista neppure per un momento che ogni principio fondamentale, *proprio perché tale*, si presenta concettualmente inautonomo rispetto ai restanti, dal momento che ciascuno di essi non soltanto ha bisogno di appoggiarsi agli altri ma, ancora prima e di più, entra, per la sua parte, a comporre la struttura dei principi restanti, concorrendo così incessantemente alla loro rigenerazione semantica.

Faccio qui solo un esempio, tratto da precedenti riflessioni, al fine di dare un minimo di concretezza al discorso che vado ora facendo.

Ebbene, si pensi al rapporto che s'intrattiene tra il principio di autonomia ed unità-indivisibilità della Repubblica e i principi di cui agli artt. 2 e 3 della Carta.

In primo luogo, merita qui pure di essere evidenziato che l'art. 5 non ospita al proprio interno due principi diversi, l'autonomia e l'unità appunto, che – secondo una risalente e tuttora diffusa opinione – si farebbero una guerra senza fine che, nelle singole vicende processuali, può concludersi ora a favore di questo ed ora di quello, fermo restando che la partita può subito riprendere ed aprirsi ad ogni suo possibile esito.

Questo modo di vedere le cose è, a mia opinione, viziato in radice, per la elementare ragione che l'autonomia ha senso unicamente nella cornice della unità ed indivisibilità della Repubblica, così come questa lo ha solo nel suo disporsi alla massima promozione e valorizzazione di quella, alle condizioni oggettive di contesto. È

perciò che – come si è fatto notare altrove[6] – lo Stato, nel momento stesso in cui si fa (e deve farsi) carico delle aspettative riportabili alla unità, è parimenti tenuto a farsi per la sua parte cura di quelle riconducibili all'autonomia, dal momento che – come si diceva – una unità affermatasi con il sacrificio dell'autonomia rinnegherebbe se stessa, esattamente così come quest'ultima non avrebbe alcun senso al di fuori della cornice dell'unità. *Mutatis mutandis*, poi, quest'affermazione vale anche nella sua proiezione speculare, gli enti territoriali minori, nel momento stesso in cui danno voce alle istanze di autonomia, dovendosi altresì fare carico di quelle di unità.

Ora, il valore di "unità-autonomia" o, se si preferisce altrimenti dire, di "autonomia-unità" può essere colto ed apprezzato nella sua essenza unicamente nel suo porsi in funzione servente nei riguardi della coppia assiologica fondamentale suddetta. La Repubblica è nata – come si sa – per ridare dignità ai diritti fondamentali mortificati dal passato regime autoritario; e l'autonomia in questo contesto è stata vista come la via obbligata da battere al fine di dare l'ottimale appagamento ai diritti stessi, specificamente negli ambiti materiali nei quali è stato riconosciuto che solo devolvendo materie e competenze agli enti territoriali minori, i diritti in parola possono avere adeguato appagamento, in ispecie appunto quelli facenti capo alla coppia assiologica fondamentale suddetta[7]. È poi chiaro che il principio di autonomia-unità, nel momento stesso in cui realizza se stesso, è chiamato a dare sostegno ed alimento al principio di apertura, così come questo per la sua parte concorre a darlo al primo[8].

Si ha così conferma non soltanto delle mutue, inscindibili implicazioni che si intrattengono e svolgono tra entrambi gli elementi di cui la coppia stessa si compone, non essendo concepibile libertà senza eguaglianza, e viceversa[9], ma – di più – del fatto che ciascuno di essi, per un verso, entra nella struttura di ogni altro principio fondamentale e, per un altro verso, si pone quale il fine verso il quale tutti sono naturalmente portati a tendere, idoneo ad essere centrato, alle condizioni oggettive date, unicamente grazie allo sforzo congiunto da tutti assieme prodotto.

2. *Carattere "intercostituzionale" della Costituzione, "dialogo" intergiurisprudenziale e comparazione giuridica quale strumento necessario al fine della opportuna messa a fuoco della identità costituzionale*

Ora, il principio di apertura, nell'accezione assiologicamente significante qui data, connota la nostra Costituzione, al pari di altre che parimenti vi danno voce, quale

[6] Ragguagli, volendo, nel mio *Il valore di "unità-autonomia" quale fondamento e limite dei giudizi in via d'azione e della "specializzazione" dell'autonomia regionale (prime notazioni)*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 3/2020, 28 settembre 2020, 100 ss.

[7] Sul contributo offerto dalle autonomie territoriali minori alla salvaguardia dei diritti, richiamo qui solo il corposo studio di A. MORELLI e L. TRUCCO, *Diritti e autonomie territoriali*, Torino, 2014.

[8] È perciò che gli atti provenienti *ab extra* (e, segnatamente, dalla Comunità internazionale e dall'Unione europea) sono sollecitati a promuovere l'autonomia, non già insensatamente a comprimerla (così, peraltro, secondo la indicazione di cui all'art. 4.2 TUE): un'autentica direttiva metodica di azione, questa, che ovviamente vale anche per gli atti statali adottati in svolgimento ed al servizio dei primi.

[9] Su ciò, per tutti, la densa riflessione teorica di G. SILVESTRI, *Dal potere ai princìpi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.

"intercostituzionale", nell'accezione che si è tentato di chiarire altrove[10] e che pure, per taluni aspetti, si tenterà di precisare ulteriormente a momenti: un carattere, questo, che naturalmente rimanda alla comparazione quale strumento privilegiato per la messa a punto dei principi fondamentali, sia *uti singuli* e sia pure (e soprattutto) per il modo con cui fanno "sistema". La qual cosa si rende particolarmente evidente sul terreno del riconoscimento e della salvaguardia dei diritti fondamentali, specie per il modo con cui l'uno e l'altra prendono forma attraverso il c.d. "dialogo" tra le Corti, tanto di quelle europee *inter se* quanto di ciascuna di esse con i giudici nazionali, comuni e costituzionali.

Il "dialogo" in parola, sia che si concreti in divergenze e persino in aspri contrasti e sia pure che si traduca in convergenze e vere e proprie identità di vedute, è venuto assumendo centrale rilievo nel terreno su cui maturano le esperienze relative alla tutela dei diritti fondamentali, per plurime ragioni e, in ispecie, a motivo delle acclarate carenze esibite dalla legislazione relativa ai diritti stessi[11], ora per difetto ed ora per eccesso, con riguardo cioè tanto ai casi in cui risulti in buona sostanza mancante quanto in quelli in cui si presenti innaturalmente puntuale e dettagliata, sì da obbligare assai di frequente i giudici a forzosi adattamenti interpretativi ovvero a temperamenti della originaria rigidità di disposto a mezzo di pronunzie manipolative.

Non è d'altronde per mero accidente che il "dialogo" in parola abbia attratto l'attenzione di un numero considerevole di studiosi che vi si sono dedicati e seguitano senza sosta a dedicarvisi con studi di respiro teorico-ricostruttivo ovvero (e più ancora) con innumerevoli commenti di vario segno alla giurisprudenza, in ciascuna delle sue plurime ed articolate espressioni.

D'altro canto, è di tutta evidenza che alcune indicazioni venute dalle Corti europee possono essere intese a pieno unicamente grazie alla strumentazione apprestata dalla comparazione.

Si pensi, ad es., al ruolo giocato dalle tradizioni costituzionali comuni, la cui percezione può aversi a modo unicamente attraverso la strumentazione suddetta[12]. È

---

[10] … a partire dal mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale"*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2001, 544 ss.

[11] … le quali, poi, rimandano a carenze della rappresentanza politica e del sistema dei partiti, in merito alle quali è scorso e seguita sempre di più ad ingrossarsi un autentico fiume d'inchiostro.

[12] Copiosa, come si sa, la messe di scritti da tempo ad esse dedicata: solo per alcune prime indicazioni, v., almeno, L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013; O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovverosia l'incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2015, 93 ss., e *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, 91 ss.; N. LAZZERINI, *sub* art. 52, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, 1073 ss.; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 16 luglio 2017, 4 ss.; i contributi di S. CASSESE, M. GRAZIADEI - R. DE CARIA, M.E. COMBA e O. PORCHIA che sono in *Rivista trimestrale di*

risaputo, infatti, che faccia al riguardo difetto il carattere "comune", pure per comprensibili ragioni difeso a spada tratta dalla Corte dell'Unione; e, tuttavia, al fine di verificare se, nei singoli casi in cui se ne fa utilizzo, siano state trascurate tradizioni che avrebbero invece meritato di essere rilevate e portate a frutto o, all'opposto, se si sia in presenza di forzose esposizioni di tradizioni di cui si abbia riscontro unicamente presso alcuni selezionati ordinamenti, solo la risorsa della comparazione può rivelarsi conducente allo scopo.

D'altro canto, in generale non è possibile stabilire se la Corte dell'Unione abbia fatto buon uso delle tecniche interpretative della Carta di Nizza-Strasburgo e/o delle fonti a questa *quodammodo* "connesse"[13] facendo a meno della risorsa in parola. Non si dimentichi, infatti, che la Carta suddetta richiede di essere intesa e fatta valere alla luce della CEDU, salvo il caso che la prima offra ai diritti una tutela ancora più avanzata rispetto a quella apprestata dalla Convenzione. Un canone interpretativo, questo, al quale sono tenuti a conformarsi anche i giudici nazionali, con la non secondaria avvertenza che – a stare alle indicazioni date dalla giurisprudenza costituzionale (a partire dalla sent. n. 49 del 2015 e con la sola eccezione di cui alla sent. n. 43 del 2018) – il vincolo interpretativo discendente dalla giurisprudenza convenzionale resta circoscritto ai soli casi che la stessa si concreti in indirizzi "consolidati" ovvero si esprima a mezzo di pronunzie-pilota.

Il vero è però – è questo il punto che mi preme qui particolarmente rimarcare – che la comparazione è preziosa non soltanto in sede di ricognizione e vaglio critico delle decisioni delle Corti europee ma anche con riguardo a quelle dei giudici nazionali, sia che in esse si abbiano espliciti richiami alla giurisprudenza delle Corti suddette o a quella delle Corti di Paesi diversi dal nostro e sia pure – si faccia caso – in assenza degli stessi.

Rileva a tal proposito quel carattere "intercostituzionale" della Costituzione cui si faceva poc'anzi cenno. Suggestioni ed indicazioni venute *ab extra* lasciano pur sempre un segno, ora più ed ora meno marcato, nella cultura costituzionale, orientando e variamente influenzando la teoria della Costituzione (e, in seno a questa, specificamente

---

diritto pubblico, 4/2017; G. COMAZZETTO, *Luci e ombre del dialogo tra Corti: la "saga Taricco" tra* revirements *e questioni irrisolte*, in *Consulta OnLine*, 2/2018, 7 maggio 2018, 347 ss.; G. DI FEDERICO, *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in *Federalismi.it*, 11/2018, 23 maggio 2018; P. DE PASQUALE, *Rapporti tra le fonti di diritto dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, numero speciale, maggio 2019, 200 ss.; S. NINATTI, *Dalle tradizioni costituzionali comuni all'identità costituzionale il passo è breve? Riflessioni introduttive***,** in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 31/2018, 11 novembre 2019, 102 ss.; M. FICHERA - O. POLLICINO, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *German Law Journal*, 20(8), 2 dicembre 2019, 1097 ss.; V. RUBINO, *La tutela interordinamentale dei diritti fondamentali dopo la sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale italiana: quali ricadute nello spazio economico e giuridico europeo?*, in *Diritto del commercio e degli scambi internazionali*, 1-2/2019, 123 ss., spec. 134 ss.; F. DE STEFANO, *Diritto dell'Unione europea e tradizioni costituzionali nel dialogo tra le Corti (parte prima)*, in *Giustizia insieme*, 26 maggio 2020; G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali e comparazione: una riflessione*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 26 ottobre 2020, 296 ss., spec. 305 ss. Da una prospettiva di più ampio respiro, sulle tradizioni giuridiche, v., ora, l'accurato studio di L. MEZZETTI, *Tradizioni giuridiche e fonti del diritto*, Torino, 2020.

[13] … secondo la sibillina indicazione data dalla discussa (e discutibile) sent. n. 269 del 2017 (e succ.).

la teoria dei diritti fondamentali), nelle sue più salienti e radicate tendenze ed espressioni. In via di principio, è vero anche l'inverso, secondo quanto si è venuti dicendo richiamando le vicende delle tradizioni costituzionali comuni. Il "dialogo" intergiurisprudenziale, d'altronde, implica – come si sa – il carattere circolare delle relazioni intercorrenti tra le Corti. È pur vero, però, che maggiormente marcato appare essere il verso discendente, se non altro per il fatto che i giudici e le autorità istituzionali in genere di diritto interno sono tenuti a dare seguito alle decisioni delle Corti europee (sia pure, quanto alla Corte EDU alle condizioni ed entro i limiti sopra indicati).

Il vero è che, ove si osservi la struttura degli enunciati costituzionali relativi ai diritti, così come si fa con l'esame al microscopio di ciò che non è visibile ad occhio nudo, ci si avvede della presenza dei materiali provenienti *ab extra*, che dunque entrano per la loro parte a fare ed a rinnovare senza sosta la struttura stessa. Ebbene, il microscopio è dato proprio dalla comparazione grazie alla cui mediazione culturale si può cogliere ed apprezzare la consistenza dei materiali stessi.

3. ***La struttura "intercostituzionale" della identità costituzionale e il principio della massimizzazione della tutela dei diritti quale*** **Grundnorm** ***idonea a darne il riconoscimento e ad assicurarne l'affermazione, in ragione delle mobili connotazioni dei casi ed alla luce delle condizioni oggettive di contesto***

Stando le cose così come sono qui viste e sinteticamente rappresentate, si ha conferma del fatto che l'identità costituzionale è (e non può non essere) essa pure, *in nuce*, "intercostituzionale".

A quest'esito linearmente conduce una ispirata indicazione già da tempo venuta dalla giurisprudenza costituzionale che, tuttavia, come si è tentato di mostrare in altri luoghi, non è stata – a me pare – dalla stessa linearmente svolta e portata a frutto a beneficio dei diritti. Mi riferisco, in ispecie, alla sollecitazione indirizzata dalla Consulta ai giudici comuni (e però anche a… *se stessa*) a far luogo alla mutua integrazione delle Carte dei diritti (Costituzione inclusa) nei fatti interpretativi (v., part., Corte cost. nn. 388 del 1999 e 84 del 2021).

Ora, alla integrazione in parola, che specificamente si apprezza al piano culturale, ripugna l'idea di una sistemazione piramidale delle Carte stesse. Si rende al riguardo palese una vistosa aporia di costruzione, metodica ancora prima che teorico-ricostruttiva, esibita dalla giurisprudenza costituzionale, a motivo della contraddizione ad oggi non sanata di cui si ha riscontro tra l'impostazione adottata al piano della *teoria delle fonti* e quella invece fatta propria al piano della *teoria della interpretazione*. All'uno, si seguita – a mia opinione, senza costrutto alcuno – a far luogo ad una subordinazione gerarchica della Carta dell'Unione e della CEDU (e di ogni altra Carta) alla Costituzione, seppur limitata (quanto alla prima) ai soli principi fondamentali, diversamente da ciò che si ha per la seconda (e – a quanto pare – ogni altra Carta) invece qualificata come "subcostituzionale". All'altro, di contro, non si dà (e non può darsi) alcuna sistemazione gerarchica, per la elementare ragione che la integrazione dei

documenti normativi in parola nei fatti interpretativi è teleologicamente orientata alla ricerca della ottimale salvaguardia possibile dei diritti in gioco. La *Grundnorm* o – se piace diversamente dire – il *Grundwert* della massimizzazione della tutela impone di attingere da ciascuna Carta quanto di più e di meglio ha da offrire in vista della ottimale soluzione del caso[14]. Ed è chiaro che il "gioco" delle Carte varia da caso a caso, senza alcuna aprioristica loro sistemazione su basi formali-astratte.

Il "predominio assiologico" dalla Consulta assegnato, una volta per tutte, alla Costituzione sulla CEDU (e le altre Carte) può, per vero, riscontrarsi, non già però al piano positivo bensì a quello culturale, a beneficio della legge fondamentale della Repubblica, così come di altra Carta che in una vicenda data appaia agli occhi dell'operatore di turno maggiormente attrezzata della prima (e delle altre) al fine di dare l'ottimale appagamento ai diritti in campo. E non è chi non veda la contraddizione insita nell'ammissione fatta dalla stessa Corte costituzionale dell'attitudine dimostrata talora dalla CEDU ad offrire una tutela più ampia ai diritti in campo di quella apprestata dalla Costituzione rispetto alla premessa del "predominio" suddetto che, invece, spetterebbe sempre alla nostra legge fondamentale.

Ad ogni buon conto, non poche volte si rivela assai problematico e, a conti fatti, impossibile stabilire quale Carta dia di più alle altre ovvero da queste riceva in vista della ottimale soluzione del caso. La qual cosa, poi, per la sua parte avvalora la tesi, della cui bontà da tempo mi sono fatto convinto, secondo cui non ha senso alcuno discorrere di una *gerarchia delle fonti* ma solo di una *gerarchia delle norme* che si fa ed incessantemente rinnova in ragione delle complessive esigenze di ciascun caso.

Non si trascuri poi (e il punto, a mio modo di vedere, merita la massima attenzione) che talune indicazioni che si ritengono date da questa o quella Carta,

[14] Particolarmente animato il confronto sul canone fondamentale in parola, la cui esistenza stessa è da alcuni studiosi messa in forse e, di contro, da altri posta a base delle relazioni interordinamentali quali prendono forma ed incessantemente si rinnovano per il tramite del "dialogo" intergiurisprudenziale [nell'un verso, v., part., R. BIN, in più scritti, tra i quali tra i quali *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, spec. 63 ss., ma *passim*; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Diritto costituzionale*, 1/2019, 11 ss., spec. 21 ss., nonché nell'intervista sul tema *Giudice e giudici nell'Italia postmoderna?*, a cura di R.G. Conti, in *Giustizia insieme*, 10 aprile 2019; nell'altro, se si vuole, può vedersi l'intervista suddetta anche da me resa, in aggiunta ai miei *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *Consulta OnLine*, 3/2019, 18 dicembre 2019, 707 ss., spec. 714 in nt. 30; *La oscillante forza normativa della CEDU, vista dalla Consulta*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2/2020, 15 marzo 2020, 193 ss.; *La Carta di Nizza-Strasburgo nel sistema costituzionale europeo*, in *Rivista AIC*, 3/2020, 10 luglio 2020, 130 ss.; *Stato di diritto sovranazionale e Stato di diritto interno:* simul stabunt vel simul cadent, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 3/2020, 15 novembre 2020, 10 ss.; *La CEDU e il gioco degli specchi deformanti alla Consulta*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2/2021, 15 maggio 2021, spec. 273 ss. Inoltre, A. RANDAZZO, *Il "metaprincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti*, in *Diritti fondamentali*, 2/2020, 10 giugno 2020, 689 ss., e, dello stesso, *Il ruolo dei giudici comuni e i loro rapporti con la Corte europea dei diritti dell'uomo dinanzi alle "nuove domande di giustizia"*, in *Giustizia insieme*, 25 giugno 2021, § 3.4. Notazioni di vario segno possono poi vedersi in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), Granital revisited*? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, 2020; I. ANRÒ, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in *Federalismi.it*, 19/2020, 17 giugno 2020, 109 ss.; F. DONATI, *Tutela dei diritti e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 14/2020, 49 ss., spec. 67 s.; B. NASCIMBENE, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)*, in *Eurojus*, 3/2020, 277; R. CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in *Consulta OnLine*, 3/2020, 2 novembre 2020, spec. 588 ss.].

siccome espressive del patrimonio semantico in essa racchiuso, sono il frutto di anteriori integrazioni delle Carte stesse nei fatti interpretativi, risentono cioè in maggiore o minore misura di suggestioni venute *ab extra*, delle quali potrebbe persino essersi perso ormai il ricordo del tempo con cui si sono formate. È un po' come nel linguaggio, laddove alcuni termini importati da altri contesti semantici si considerano ormai a tutti gli effetti propri dell'ordinamento che li ha recepiti, o come in talune consuetudini sociali, apprezzabili al piano culturale, frutto di mescolamenti di materiali aventi diversa provenienza.

Un solo esempio al riguardo tratto dalla mia personale esperienza. In Grecia alcune espressioni linguistiche ed alcune consuetudini sociali, dagli stessi abitanti del luogo considerate caratterizzanti il loro Paese, si devono in realtà alla dominazione ottomana che ha lasciato un segno marcato, indelebile nella stessa mentalità propria del Paese in parola; e così è pure nella mia isola, la Sicilia, nella quale si sono avuti col tempo mescolamenti di vario genere di termini linguistici ed usi sociali per effetto delle dominazioni straniere che si sono man mano succedute.

È così, dunque, che viene a formazione ed incessantemente si rinnova la identità costituzionale di un ordinamento che è (e non può non essere) strutturalmente "plurale", per il fatto di avere tra i suoi principi fondamentali quello di apertura, in funzione della salvaguardia della pace e della giustizia tra le Nazioni, nel loro porsi in funzione servente dei valori di libertà ed uguaglianza e, in ultima istanza, di quello "supercostituzionale" della dignità della persona umana: una identità, perciò, in sé e per sé – come si è venuti dicendo – "intercostituzionale".

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

IL RUOLO DEI COMPONENTI LAICI NEI CONSIGLI GIUDIZIARI: POSSIBILI SCENARI ALLA LUCE DELL'AMMISSIBILITÀ DEL *REFERENDUM* *

GIANCARLO ORLANDO**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Dall'analisi della normativa vigente alla disamina delle modifiche proposte dal quesito referendario. – 3. Il funzionamento "a geometria variabile" dei Consigli e i differenti ruoli dei loro componenti. – 4. La sentenza n. 59 del 2022 e l'ammissibilità del quesito. – 5. Le probabili innovazioni della normativa di risulta e le limitazioni necessarie: cosa potrebbe riservare l'esito positivo del *referendum*?

1. *Premessa*

Lo scopo principale del presente scritto è quello di analizzare la natura e la *ratio* del *referendum*, dichiarato ammissibile dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 59 del 2022, concernente la composizione e le competenze dei Consigli giudiziari e del Consiglio direttivo della Corte di cassazione, con particolare attenzione alla figura dei membri laici di detti organi.

Questi ultimi, giuristi esperti ma estranei al mondo della magistratura, fanno parte dei Consigli e, stando alla vigente normativa, possono svolgere attivamente soltanto alcune delle funzioni attribuite ai sopra richiamati organi ed esclusivamente per talune materie. I menzionati consessi, protagonisti in ombra nel panorama giudiziario, sono ormai pacificamente indentificati quali "organi ausiliari" del C.S.M.[1], in ragione del qualificato aiuto che forniscono al Consiglio Superiore della Magistratura.

Come si vedrà nei paragrafi successivi, la proposta referendaria mira ad ampliare il potere dei componenti laici, al fine di dare voce ai tecnici/operatori del diritto che lavorano gomito a gomito con la magistratura. Probabilmente sarebbe stato auspicabile

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università degli Studi di Messina.

[1] Sul punto si richiama la Sent. n. 1233/1975 del Consiglio di Stato, sez. IV, e F. DAL CANTO, *Lezioni di Ordinamento Giudiziario*, Torino, 2020, 138.

che di una modifica di tal maniera si fosse fatto portatore il legislatore, sulla scia di quanto avvenuto nel 2005[2], avallando in questo senso le istanze provenienti da alcuni "operatori" dell'amministrazione della giustizia. Infatti, nel caso di specie, lo strumento del *referendum* abrogativo, pur con tutti i suoi limiti, rende protagonista la volontà del corpo elettorale, chiamato a stabilire, attraverso lo strumento referendario, se i componenti laici debbano divenire parte piena ed integrante di questi organi, eliminando ogni differenza con i membri togati.

Questo quesito referendario si inserisce, com'è noto, in un contesto più ampio che, nell'ultimo anno, ha visto la proposizione di ben sei proposte di *referendum* sui temi della giustizia e del sistema giudiziario. Più precisamente, tra i quesiti genericamente attinenti alla giustizia, soltanto quattro riguardavano l'ordinamento giudiziario. Il primo quesito concerneva la separazione delle funzioni, con l'abrogazione delle norme dell'ordinamento giudiziario che consentono il passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti e viceversa. Il secondo riguarda il sistema elettorale per la componente togata del C.S.M., con specifico riguardo al numero di firme necessarie per le candidature, al fine di far venire meno il monopolio delle correnti nella presentazione delle liste. Il terzo quesito riguardava, invece, la responsabilità civile dei magistrati ed è l'unico dei quattro proposti a non essere stato ammesso dalla Corte costituzionale. L'ultimo quesito, oggetto del presente scritto, è quello relativo alla componente "laica" dei Consigli Giudiziari e del Consiglio direttivo della Corte di cassazione, alla quale l'attuale sistema normativo non attribuisce né il diritto di tribuna né quello di voto per buona parte delle funzioni da detti consessi esercitate[3]. Non vi è quindi dubbio che lo scopo di quest'ultimo quesito referendario è di dare voce ai componenti laici, riconoscendo loro una posizione paritaria nei Consigli giudiziari e di fare in modo che l'intromissione c.d. "esterna" – certamente di soggetti competenti nelle materie giuridiche – conduca ad un miglior funzionamento del sistema giustizia.

Nel presente lavoro saranno oggetto di analisi tanto i caratteri del quesito, quanto le argomentazioni della sentenza di ammissibilità pronunciata dalla Corte costituzionale nel febbraio scorso. Tutto questo al fine di comprendere se l'abrogazione richiesta potrà "innescare" ulteriori modifiche della regolamentazione della componente laica in ragione delle nuove funzioni che le saranno riconosciute. Sarà inoltre utile chiedersi se una riforma del genere possa davvero mantenere intatte le garanzie di autonomia, indipendenza ed imparzialità della magistratura attribuite dalla Costituzione ovvero se esse possano essere compresse legittimamente per esigenze diverse. La sentenza della Corte costituzionale n. 59 del 2022 sembra, a tal uopo, offrire notevoli spunti su cui riflettere.

[2] Il richiamo è da intendersi alla c.d. riforma Castelli, L. 25 luglio 2005 n. 150, la quale ha dato vita al Consiglio direttivo della Corte di cassazione e ha posto in essere la nuova disciplina dei Consigli giudiziari.

[3] F. BIONDI, *I referendum in tema di ordinamento giudiziario: brevi note sull'ammissibilità*, in *Sistema Penale*, 10 gennaio 2022, 244-254.

2. *Dall'analisi della normativa vigente alla disamina delle modifiche proposte dal quesito referendario*

"*Volete voi che sia abrogato il Decreto Legislativo 27 gennaio 2006 n.25 (Istituzione del Consiglio direttivo della Corte di Cassazione e nuova disciplina dei Consigli giudiziari, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera c) della legge 25 luglio 2005 n. 150), risultante dalle modificazioni e integrazioni successivamente apportate, limitatamente alle seguenti parti: art. 8, comma 1, limitatamente alle parole "esclusivamente" e "relative all'esercizio delle competenze di cui all'articolo 7, comma 1, lettera a)"; art. 16, comma 1, limitatamente alle parole: "esclusivamente" e "relative all'esercizio delle competenze di cui all'art. 15, comma 1, lettere a), d) ed e)?*"

È questo il contenuto del quesito referendario proposto dalla Lega e dal Partito Radicale e promosso dai Consigli regionali delle Regioni Lombardia, Basilicata, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Sicilia, Umbria, Veneto e Piemonte. La richiesta di *referendum* abrogativo è stata vagliata dall'Ufficio centrale per il referendum, costituito presso la Corte di cassazione, ai sensi dell'art. 12 della legge n. 352 del 25 maggio 1970, il quale ne ha dichiarato la sua conformità alle disposizioni di legge con l'ordinanza del 1° dicembre 2021.

Ebbene, prima di analizzare sia il contenuto del quesito sia la sua denominazione, è opportuno soffermarsi sul significato politico della richiesta referendaria. Quanto mai illuminante appare la genesi della richiesta, la quale ha visto promotori della medesima gli esponenti della Lega e del Partito Radicale. Non è dunque difficile desumere che i *referendum* sulla giustizia denotino un certo "*significato politico*". L'art. 75 della Costituzione prevede – al suo primo comma – che la richiesta di *referendum* abrogativo deve essere promossa da almeno cinquecentomila elettori o da almeno cinque Consigli regionali. Nel caso di specie, tenuto conto che i Consigli regionali promotori possiedono un colore politico definito – è noto, infatti, che la maggioranza delle Regioni italiane è governata da partiti di centro destra – si è dato corso alla promozione del *referendum* per mano dei Consigli regionali: ben otto, infatti, devoti alla causa. Tale sistema, per quanto costituzionalmente previsto, evidenzia non solo – come si è detto poc'anzi – una certa coloritura politica del *referendum de quo*, ma sembra attribuire al medesimo una significativa carica "partitica"[4].

Non c'è da stupirsi che la politica rivesta un ruolo fondamentale per le istanze referendarie dei Consigli regionali, ma è lecito chiedersi se, così facendo, non si accetti eccessivamente il rischio di giungere ad uno svilimento della natura "popolare" della consultazione referendaria. Il problema assume anche una non indifferente rilevanza pratica poiché, ai sensi dell'art. 1, comma 4, della legge n. 157 del 1999[5], l'ordinamento

[4] F. BIONDI, *op. cit.*, 254.

[5] Si riporta, per completezza, l'art. 1, comma 4, della legge n. 157 del 1999, il quale recita che «*In caso di richiesta di uno o più referendum, effettuata ai sensi dell'articolo 75 della Costituzione e dichiarata ammissibile dalla Corte costituzionale, è attribuito ai comitati promotori un rimborso pari alla somma risultante dalla moltiplicazione di un euro per ogni firma valida fino alla concorrenza della*

garantisce – nel caso del raggiungimento del *quorum* – una somma da destinare ai comitati promotori a titolo di rimborso per le spese sostenute per la raccolta delle firme concorrendo al fondo a tale scopo precostituito.

Messa in luce la coloritura "politica" della richiesta referendaria, occorre adesso comprendere tanto il suo contenuto quanto la normativa che essa intende abrogare parzialmente. La normativa oggetto del quesito riguarda principalmente la disposizione di cui al D.lgs. 27 gennaio 2006 n. 25 – successivamente modificata ed integrata[6] – più precisamente l'art. 8, comma 1[7] – limitatamente alle parole «esclusivamente» e «relative all'esercizio delle competenze di cui all'articolo 7, comma 1, lettera *a*)» – e l'art. 16, comma 1, limitatamente alle parole «esclusivamente» e «relative all'esercizio delle competenze di cui all'art. 15, comma 1, lettere *a*), *d*) ed *e*)».

Andando con ordine, è preliminare evidenziare che la disciplina *de qua* riguarda tanto la composizione del Consiglio direttivo della Corte di cassazione quanto la composizione dei Consigli giudiziari, presenti in ogni distretto di Corte d'Appello. Più specificamente, le norme oggetto del quesito attengono alla composizione dei sopra citati consessi in relazione alle competenze ad essi attribuite. Infatti, procedendo per sommi capi, i Consigli giudiziari sono organi territoriali collegiali che svolgono funzioni preparatorie e strumentali a quelle del C.S.M.[8]. Essi sono composti da membri togati – appartenenti, dunque, al mondo della magistratura – e da componenti c.d. "laici" – cioè professionisti competenti in materie giuridiche, estranei alla magistratura, quali, ad esempio, professori universitari ed avvocati. Stando alle attuali e vigenti disposizioni, i membri laici possono partecipare e deliberare esclusivamente su alcune delle competenze attribuite ai Consigli. Ne consegue che la totalità delle deliberazioni è appannaggio della componente togata, la quale ha una completa capacità partecipativa e decisionale. Scopo del quesito referendario è proprio quello di abrogare quella parte di disposizione normativa che limita, in maniera esclusiva e selettiva, le attribuzioni dei componenti laici. Infatti, alla luce della normativa vigente, i membri laici intervengono esclusivamente su questioni di carattere organizzativo degli uffici giudiziari, mentre non prendono parte alle questioni concernenti la progressione delle carriere, la formazione e lo status dei magistrati che, invece, sono materie riservate alla componente togata.

Esposto l'oggetto del *referendum*, occorre tentare di comprendere cosa sono – nel dettaglio – i Consigli giudiziari e che funzioni svolgono.

La normativa attuale dei Consigli giudiziari è racchiusa nel D.lgs. 27 gennaio 2006 n. 25 (c.d. decreto Castelli), modificato dalla legge n. 111 del 2007 (c.d. Riforma

---

cifra minima necessaria per la validità della richiesta e fino ad un limite massimo pari complessivamente a euro 2.582.285 annui, a condizione che la consultazione referendaria abbia raggiunto il quorum di validità di partecipazione al voto. Analogo rimborso è previsto, sempre nel limite di lire 5 miliardi di cui al presente comma, per le richieste di referendum effettuate ai sensi dell'articolo 138 della Costituzione».

[6] Ci si riferisce, *prima facie*, alle modifiche introdotte dalla legge 30 luglio 2007, n. 111 (c.d. Riforma Mastella).

[7] Si veda l'art. 8, comma 1, del d.lgs. n. 25 del 27 gennaio 2006, il quale attualmente recita: «*Il componente avvocato nominato dal Consiglio nazionale forense e i componenti professori universitari partecipano esclusivamente alle discussioni e deliberazioni relative all'esercizio delle competenze di cui all'articolo 7, comma 1, lettera a)*».

[8] G. AZZALI, *I Consigli giudiziari*, Padova, 1988, 1 ss.

Mastella)[9]. La disciplina appena richiamata, i cui specifici articoli sono oggetto del quesito referendario, rappresenta soltanto la più recente regolamentazione normativa dopo decenni di legislazioni parziali che si caratterizzavano per la scarsa chiarezza. Infatti, si riscontrano tracce di organi di tal guisa anche nell'epoca monarchica italiana, più precisamente nei primi del novecento[10]. Non vi è dubbio che le funzioni dei Consigli dell'epoca non possono paragonarsi a quelle degli organi oggi vigenti, tenuto conto che il potere giudiziario subiva all'epoca la pesante ingerenza del potere esecutivo esercitato dal Sovrano e dal Governo. Questi Consigli, sebbene fossero nati con il nome di "commissioni", erano titolari di competenze consultive in materia di status e carriera dei magistrati[11]. Al tramonto dello Stato liberale, il sistema autoritario fascista ridusse notevolmente il numero ed il ruolo dei consigli, mantenendo in vita soltanto quelli costituiti presso le Corti d'Appello dell'epoca. Sarà poi la legge sulle guarentigie (r.d.lgs. n. 511 del 1946) a riformare i Consigli attribuendo loro funzioni squisitamente consultive. Caduto il fascismo, la Costituente ritenne necessario non riconoscere rilevanza costituzionale a nessun altro organo della magistratura all'infuori del Consiglio Superiore della Magistratura[12], dacché i consigli continuarono a svolgere un ruolo ausiliario nei confronti del C.S.M., non secondo una logica gerarchica ma solo funzionale, anche al fine di evitare un decentramento eccessivo dell'amministrazione della giustizia. Una parte della dottrina, nonostante la Costituzione non ne parli espressamente, ritiene che vi sia un richiamo indiretto ai Consigli giudiziari[13], più precisamente ravvisabile nella VII disposizione transitoria[14]. Nel periodo successivo all'entrata in vigore della Costituzione sono state approvate ulteriori disposizioni, sia nel 1966 che nel 1987[15], che hanno apportato qualche leggera modifica alla composizione ed al funzionamento dei citati organi[16].

Infine, è soltanto con la legge delega 25 luglio 2005, n. 150 – poi attuata dalle riforme Castelli e Mastella – che si è dato vita al Consiglio direttivo della Corte di cassazione ed alla ridefinizione della disciplina sui Consigli giudiziari.

Dal quadro normativo vigente sulla composizione e sul funzionamento dei Consigli giudiziari si deduce che essi svolgono una funzione "ausiliaria" rispetto al

[9] A. NATALE, *Quali Consigli giudiziari,* in *Questione giustizia*, 4/2017, 81-82.

[10] F. DAL CANTO, *op. cit.*, p. 137.

[11] A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, 2012, capitoli 1-3.

[12] Per un utile e chiaro resoconto della storia costituzionale del periodo della Costituente, si rinvia *inter aliis* a P. CALAMANDREI, *Cenni introduttivi sulla costituente e sui suoi lavori*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, Firenze, 1950, LXXXIX ss., e V. ONIDA, voce *Costituzione provvisoria*, in *Digesto (disc. pubbl.)*, IV, Torino, 1989, 339 ss.

[13] C. PEDRELLI, *I Consigli giudiziari*, in E. ALBAMONTE - P. FILIPPI (a cura di), *Ordinamento giudiziario*, Milano, 2009, 91. Si veda anche A. COSTANZO, *Il consiglio giudiziario: rapporti con il C.S.M. e poteri di autoregolamentazione*, in *Documenti giustizia*, 1997, 2079.

[14] Si riporta il testo della disposizione «*Fino a quando non sia emanata la nuova legge sull'ordinamento giudiziario in conformità alla Costituzione, continuano ad osservarsi le norme dell'ordinamento vigente*».

[15] Si vedano le leggi n. 825 del 12 ottobre del 1966 e n. 479 del 1987.

[16] Per un maggior chiarimento, relativo agli antecedenti storici, si rinvia a F. DAL CANTO, *op. cit.*, 137-138.

Consiglio Superiore della Magistratura[17]. Più precisamente, i Consigli giudiziari sono costituiti in ogni distretto di Corte d'Appello e sono composti da una cifra variabile di membri a seconda del numero di magistrati presenti nel distretto[18]. Ad ogni buon conto, senza andare troppo nello specifico, possono evidenziarsi tre fasce corrispondenti alla dimensione degli organici degli uffici di ciascun distretto, di talché – all'interno di ogni Consiglio giudiziario – si hanno sempre due membri togati di diritto (il Presidente della Corte d'Appello ed il Procuratore Generale presso la medesima), ulteriori membri togati, il cui numero varia a seconda dell'organico del distretto, ed infine alcuni membri non togati, anch'essi in numero variabile a seconda della dimensione del distretto.

Ne deriva che i Consigli giudiziari presentano una composizione mista, in ragione del fatto che essi sono costituiti, oltre che da componenti togati, anche da membri laici che provengono tanto dal mondo accademico quanto dal mondo forense. Infatti, all'interno di ogni Consiglio giudiziario figurano sempre un professore universitario nominato dal Consiglio universitario nazionale ed avvocati nominati dal Consiglio nazionale forense[19].

---

[17] Il concetto di funzione "ausiliaria" esercitata dai Consigli giudiziari è stato più volte rimarcato a seguito della Riforma Castelli, introduttiva del moderno funzionamento dei citati organi. Sul punto si veda N. ZANON - F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Torino, 2019, 62.

[18] Si rinvia, per una completa disamina della struttura dei Consigli giudiziari, a G. DI FEDERICO, *Ordinamento Giudiziario: uffici giudiziari, Csm e governo della magistratura*, Bologna, 2019, 273-275.

[19] Al fine di conoscere con precisione la composizione numerica dei Consigli giudiziari, nonché le tre fasce idealmente riconosciute, si rinvia all'art. 9 commi 1, 2, 3 e 3-*bis* del d.lgs. 27 gennaio 2006, n. 25, che recita: «*1. Il consiglio giudiziario istituito presso ogni corte di appello è composto dal presidente della corte di appello, dal procuratore generale presso la corte di appello, che ne sono membri di diritto.*

2. Nei distretti nei quali sono presenti uffici con organico complessivo fino a trecentocinquanta magistrati il consiglio giudiziario è composto, oltre che dai membri di diritto di cui al comma 1, da nove altri membri, di cui: sei magistrati, quattro dei quali addetti a funzioni giudicanti e due a funzioni requirenti, in servizio presso gli uffici giudiziari del distretto, e tre componenti non togati, di cui un professore universitario in materie giuridiche nominato dal Consiglio universitario nazionale su indicazione dei presidi delle facoltà' di giurisprudenza delle università della regione o delle regioni sulle quali hanno, in tutto o in parte, competenza gli uffici del distretto, e due avvocati, con almeno dieci anni di effettivo esercizio della professione con iscrizione all'interno del medesimo distretto, nominati dal Consiglio nazionale forense su indicazione dei consigli dell'ordine degli avvocati del distretto.

3. Nei distretti nei quali sono presenti uffici con organico complessivo compreso tra trecentocinquantuno e seicento magistrati il consiglio giudiziario è composto, oltre che dai membri di diritto di cui al comma 1, da quattordici altri membri, di cui: dieci magistrati, sette dei quali addetti a funzioni giudicanti e tre a funzioni requirenti, in servizio presso gli uffici giudiziari del distretto, e quattro componenti non togati, di cui un professore universitario in materie giuridiche nominato dal Consiglio universitario nazionale su indicazione dei presidi delle facoltà di giurisprudenza delle università' della regione o delle regioni sulle quali hanno, in tutto o in parte, competenza gli uffici del distretto, e tre avvocati con almeno dieci anni di effettivo esercizio della professione con iscrizione all'interno del medesimo distretto, nominati dal Consiglio nazionale forense su indicazione dei consigli dell'ordine degli avvocati del distretto.

3-bis. Nei distretti nei quali sono presenti uffici con organico complessivo superiore a seicento magistrati il consiglio giudiziario è composto, oltre che dai membri di diritto di cui al comma 1, da venti altri membri, di cui: quattordici magistrati, dieci dei quali addetti a funzioni giudicanti e quattro a funzioni requirenti, in servizio presso gli uffici giudiziari del distretto, e sei componenti non togati, di cui due professori universitari in materie giuridiche nominati dal Consiglio universitario nazionale su indicazione dei presidi delle facoltà di giurisprudenza delle università della regione o delle regioni sulle quali hanno, in tutto o in parte, competenza gli uffici del distretto, e quattro avvocati con almeno dieci anni di effettivo esercizio della professione con iscrizione all'interno del medesimo distretto, nominati dal Consiglio nazionale forense su indicazione dei consigli dell'ordine degli avvocati del distretto.

Giusto per completezza, si rappresenta che con la riforma del 2005/2006 è stata istituita un'apposita sezione autonoma del Consiglio giudiziario che si occupa della magistratura onoraria[20].

3. *Il funzionamento "a geometria variabile" dei Consigli e i differenti ruoli dei loro componenti*

Esposta sommariamente la composizione dei Consigli giudiziari, occorre soffermarsi su due profili decisivi per comprendere il senso dell'odierno quesito referendario e della relativa decisione di ammissibilità della Corte costituzionale. Il riferimento è sia alle funzioni attuali dei Consigli giudiziari, sia alla composizione dei medesimi in ragione delle competenze da essi esercitate. Infatti, i Consigli giudiziari, come già anticipato sopra, mutano la loro composizione allorquando vengono esercitate specifiche funzioni. Ed è per detta ragione che – ormai pacificamente – l'assetto dei Consigli giudiziari viene definito «*a geometria variabile*»[21], poiché mutevole a seconda delle competenze svolte. I Consigli, a far data dagli ultimi decenni, hanno cominciato a svolgere un ruolo maggiormente rilevante, nel senso che, da organi ausiliari[22] del CSM, essi hanno man mano assunto una caratura più ampia[23], divenendo veri e propri «organi di amministrazione della giustizia»[24]. Tale evoluzione, che certamente trova le sue origini nelle riforme degli anni 2000, è stata anche riconosciuta dal Consiglio Superiore della Magistratura. Non casualmente, è stato proprio quest'ultimo a ritenersi insufficiente al fine di fronteggiare in solitaria tutte le esigenze necessarie per l'efficiente amministrazione della giustizia[25]. Insomma, si può ben ritenere che, oggi quanto mai, il ruolo dei Consigli giudiziari sposi l'idea di una amministrazione della giustizia più ampia e partecipativa.

Delineata l'importanza di tali organi, che in maniera analoga deve essere riconosciuta al Consiglio direttivo della Corte di cassazione, occorre adesso soffermarsi sulle competenze dei Consigli e sul conseguente mutamento della loro composizione. Attualmente la disciplina normativa è contenuta nell'art. 16 del citato d.lgs. n. 25 del

---

3-ter. In caso di mancanza o impedimento i membri di diritto del consiglio giudiziario sono sostituiti da chi ne esercita le funzioni.».

[20] Si veda l'art. 10 del d.lgs. n. 25 del 2006, come modificato dal d.lgs. n. 92 del 2016.

[21] Si rinvia a F. DAL CANTO, *op. cit.*, 140 e a G. DI FEDERICO, *op. cit.*, 274.

[22] Tale definizione appare quanto mai calzante anche alla luce delle più recenti riforme (Castelli e Mastella), tanto per la giurisprudenza quanto per la dottrina costituzionalistica. Sul punto si richiama la Sent. n. 1233/1975 del Consiglio di Stato, sez. IV, e F. DAL CANTO, *op. cit.*, 138.

[23] Nel corso del tempo diverse funzioni, ad eccezione delle competenze di cui all'art. 105 Cost., sono state affidate ai Consigli, al solo fine di ridurre notevolmente i tempi di esaurimento delle procedure più complesse ed impegnative riservate al Consiglio superiore della Magistratura. Sul punto si veda l'intervento del Presidente della Repubblica Mattarella reso in data 8 giugno 2015 all'Assemblea plenaria straordinaria del C.S.M.

[24] A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1982, 1.

[25] Si veda la Delibera del CSM 20 ottobre 1999, *Risoluzione sul decentramento dei Consigli giudiziari*.

2006[26], il quale prevede la composizione dei Consigli in relazione alle competenze. Ne consegue che i componenti laici – *ex* art. 16, comma 1 – partecipano esclusivamente alle discussioni ed alle deliberazioni di cui alle sole competenze previste dall'art. 15, comma 1, lett. *a*), *d*) ed *e*)[27]. Più precisamente le richiamate competenze riguardano: la formulazione del parere sulle tabelle degli uffici giudicanti e sulle tabelle infradistrettuali, e sui criteri per l'assegnazione degli affari e la sostituzione dei giudici impediti; la vigilanza sull'andamento degli uffici giudiziari del distretto e le segnalazioni di disfunzioni al Ministero della Giustizia; la formulazione di pareri e proposte sull'organizzazione e il funzionamento degli uffici del giudice di pace del distretto. L'anzidetta – ed ancor oggi vigente – "esclusività", sulla quale il quesito referendario edifica le sue fondamenta, prevede una conseguente esclusione dei componenti laici laddove nel Consiglio si dovesse discutere e deliberare sulle competenze di cui all'art. 15, comma 1, lett. *b*), *g*), *h*) ed *i*)[28]. Pertanto, la componente togata dei Consigli giudiziari diviene esclusiva protagonista relativamente alla deliberazione dei pareri per la valutazione di professionalità dei magistrati; dei pareri sull'adozione di determinati provvedimenti circa il collocamento a riposo, dimissioni, decadenze, concessioni di titoli onorifici e riammissioni dei magistrati in servizio presso il distretto o presso altri uffici giudiziari al momento della cessazione dal servizio stesso; dei pareri, su richiesta del C.S.M., su materie attinenti alle competenze ad essi attribuite; di eventuali proposte al comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura in materia di programmazione dell'attività didattica della scuola.

Dunque, a differenza di quanto accade nel C.S.M., nel quale tutti i componenti partecipano pariteticamente a tutte le attività, nei Consigli giudiziari non si ravvisa una analoga parità di posizione tra i loro membri[29]. Ne consegue una significativa discrepanza tra questi organi, atteso che il ruolo attivo e decisionale dei componenti laici in tutte le materie dovrebbe assumere invece una rilevanza decisiva.

Dalla valutazione delle appena richiamate competenze, si deduce che, laddove il *referendum* venturo trovasse accoglimento, l'assetto a geometria variabile dei Consigli verrebbe meno, ritenuto che sarebbe eliminata l'esclusività delle competenze dei membri laici. Infatti, se così fosse, essi prenderebbero parte alle discussioni ed alle deliberazioni relativamente a tutte le competenze attribuite ai Consigli giudiziari senza alcuna distinzione.

Discorso analogo può essere fatto per il Consiglio direttivo della Corte di cassazione, organo introdotto dalla legge delega 25 luglio 2005, n. 150 e dal d.lgs. 27 gennaio 2006, n. 25[30], con lo scopo di sopperire all'assenza di un consesso che avesse simili caratteristiche a quelli esistenti per i distretti. Infatti, come sopra evidenziato, mentre dei Consigli giudiziari – in un certo senso "distrettuali" – si trova traccia nel

[26] Si riporta l'art. 16, comma 1, del d.lgs. n. 25 del 2006 – modificato successivamente dalla riforma Mastella – il quale prevede che «*I componenti designati dal consiglio regionale ed i componenti avvocati e professori universitari partecipano esclusivamente alle discussioni e deliberazioni relative all'esercizio delle competenze di cui all'articolo 15, comma 1, lettere a), d) ed e)*».

[27] Si veda l'art. 15, comma 1, lett. *a*), *d*) ed *e*), del d.lgs. n. 25 del 2006.

[28] Nel dettaglio si rimanda all'art. 15, comma 1, lett. *b*), *g*), *h*) ed *i*), del d.lgs. n. 25 del 2006.

[29] F. DAL CANTO, *op. cit.*, 140.

[30] Per completezza si rimanda all'art. 1, comma 1, lett. *c*), del d.lgs. 25 del 2006.

corso della storia italiana sia monarchica che repubblicana, un Consiglio afferente alla Corte di cassazione non è mai esistito. Ne consegue che la riforma di cui sopra ha introdotto un elemento di uniformità in tal senso, attuando il sistema del c.d. autogoverno della giustizia nonché una maggiore omogeneità nella sua amministrazione[31].

Il quesito referendario, sopra riportato integralmente, prevede l'abrogazione di alcune parole anche relativamente all'art. 8 del d.lgs. n. 25 del 2006[32], articolo che regola la composizione del Consiglio direttivo in relazione alle competenze svolte. Anche il Consiglio direttivo della Corte di cassazione, ai sensi del vigente art. 8 citato, presenta una composizione "a geometria variabile" prevedendo, così, una differenziazione dei componenti, a seconda delle materie di cui si discute e sulle quali si delibera.

Il Consiglio direttivo della Corte di cassazione è composto da undici membri elettivi, cui si aggiungono tre componenti di diritto (il Primo Presidente della Corte, il Procuratore Generale nonché il Presidente del Consiglio Nazionale Forense). I componenti elettivi si distinguono, analogamente alla formazione interna dei Consigli giudiziari, in membri togati (sei magistrati giudicanti e due magistrati requirenti, «eletti da tutti e tra tutti i magistrati in servizio presso la Corte e la Procura generale») e non togati (due professori ordinari di università in materie giuridiche e un avvocato designato dallo stesso Consiglio Nazionale Forense tra gli avvocati con almeno 20 anni di esercizio effettivo della professione e iscritto da almeno cinque anni nell'albo degli avvocati cassazionisti, scelti rispettivamente dal consiglio universitario nazionale e dal consiglio nazionale forense)[33]. Tale sistema di equilibrio nella composizione del Consiglio direttivo sembra trovare le sue radici nelle statuizioni costituzionali di cui all'art. 104, comma III, che prevede una certa proporzione tra i membri togati e non all'interno del CSM e 106, comma II, che prevede la nomina, a titolo di magistrati di cassazione per meriti insigni, di professori universitari e avvocati[34].

Orbene, sommariamente delineata la formazione variabile del Consiglio direttivo della Corte di cassazione, occorre evidenziare le competenze del medesimo nonché la sua composizione a seconda delle materie trattate. L'art. 8 già citato, anch'esso oggetto del quesito referendario, prevede che i membri laici del Consiglio direttivo partecipano e deliberano soltanto relativamente alle materie di cui all'art. 7, comma 1, lettera *a*), del d.lgs. n. 25 del 2006[35], con la conseguenza che i membri non togati non possono

---

[31] M. CASSANO, *Il Consiglio direttivo della Corte di Cassazione*, in D. CARCANO (a cura di) *Ordinamento giudiziario: organizzazione e profili processuali,* Milano, 2009, 384.

[32] Si riporta l'art. 8, comma 1, del d.lgs. n. 25 del 2006: «*Il componente avvocato nominato dal Consiglio nazionale forense e i componenti professori universitari partecipano esclusivamente alle discussioni e deliberazioni relative all'esercizio delle competenze di cui all'articolo 7, comma 1, lettera a)*».

[33] Per maggiori indicazioni si rinvia a *www.csm.it*.

[34] M. CASSANO, *op. cit.*, 389.

[35] Si veda l'art. 7, comma 1, lett. *a*), del d.lgs. n. 25 del 2006 – successivamente modificato dalla Riforma Mastella – il quale recita che il Consiglio direttivo della Corte di Cassazione: «*formula il parere sulla tabella della Corte di cassazione di cui all'articolo 7-*bis*, comma 3, del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, e successive modificazioni, nonché sui criteri per l'assegnazione degli affari e la sostituzione*

partecipare e deliberare sulle materie di cui all'art. 7, comma 1, lett. *b*), *g*) e *h*)[36]. Ciò significa che i membri laici del Consiglio direttivo non possono discutere e, quindi, formulare i pareri per la valutazione di professionalità dei magistrati; i pareri, su richiesta del C.S.M., sulle materie attinenti alle competenze ad esso attribuite nonché le proposte al comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura in materia di programmazione dell'attività didattica della Scuola.

4. *La sentenza n. 59 del 2022 e l'ammissibilità del quesito*

Il quesito referendario di cui si è fin qui discusso è stato dichiarato ammissibile dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 59 del 2022. In primo luogo, la Corte ha ritenuto che non sussistessero ragioni di inammissibilità *ex* art. 75 Cost, comma II. Inoltre, andando oltre il mero contenuto della suddetta disposizione costituzionale, la Corte non ha ravvisato ulteriori ragioni di inammissibilità[37], neppure desumibili per il tramite di un'interpretazione logico-sistematica dell'art. 75 Cost.[38].

Com'è noto, la Corte ritiene che, al fine di valutare l'ammissibilità del quesito referendario, sia necessario verificare anche la presenza dei requisiti della chiarezza, omogeneità e univocità del quesito. Lo scopo è permettere al corpo elettorale di effettuare una scelta libera e personale, dunque consapevole, con la conseguenza che il quesito referendario deve avere una «matrice razionalmente unitaria». Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che i frammenti delle due disposizioni, di cui si chiede l'abrogazione, siano connessi da una *eadem ratio*, vale a dire che l'abrogazione dei due incisi relativi a due articoli diversi conduca alla realizzazione del medesimo scopo: permettere ai membri laici di partecipare e deliberare in relazione a tutte le competenze, al pari dei componenti togati. Di qui la conclusione che il quesito presenta una matrice razionalmente unitaria[39].

Un'altra valutazione effettuata dalla Corte è quella relativa all'eventuale normativa di risulta, vale a dire alla disciplina che residuerebbe se il *referendum* avesse esito positivo. Il "controllo" della normativa di risulta – che, in ogni caso, non può trasmodare in un sindacato di costituzionalità della stessa – presuppone che il quesito referendario non abbia ad oggetto l'integrale rimozione di una certa normativa. Se così fosse, infatti, la Corte sarebbe semmai chiamata a verificare che l'eventuale approvazione del *referendum* non determini un "intollerabile" vuoto normativo.

Dunque, il problema della normativa di risulta si pone quando i promotori chiedono l'abrogazione di alcune frasi o addirittura parole di talune disposizioni. In queste ipotesi la Corte ha ritenuto che il ricorso alla c.d. tecnica del ritaglio sia

---

dei giudici impediti di cui all'articolo 7-ter*, commi 1 e 2, del medesimo regio decreto, proposti dal primo presidente della Corte di cassazione, verificando il rispetto dei criteri generali».*

[36] Per completezza si rimanda al contenuto dell'art. 7, comma 1, lett. *b*), *g*) e *h*), del d.lgs. n. 25 del 2006.

[37] Si veda la sentenza n. 17 del 2016.

[38] Sul punto si rimanda alla sentenza n. 28 del 2017.

[39] Si veda la sentenza n.10 del 2020.

ammissibile a condizione che l'eventuale abrogazione referendaria determini l'espansione o una modifica dell'ambito applicativo di una disciplina comunque già prevista nel tessuto normativo preso in esame. *A contrario*, non è ammissibile che mediante la tecnica del ritaglio vengano uniti diversi frammenti normativi al punto da determinare una disciplina del tutto nuova. In quest'ultima ipotesi, il ricorso al "ritaglio" determinerebbe un'eccessiva manipolazione del testo delle disposizioni oggetto del quesito. In altre parole, sono ammesse le operazioni di ritaglio di frammenti normativi, con l'esclusiva condizione che il quesito referendario non vada a stravolgere la *ratio* e la struttura della disposizione originaria[40]. Se così fosse il referendum perderebbe la sua portata abrogativa – cioè la sua *ratio* ispiratrice – e assumerebbe, invece, una natura creativa divenendo così «*surrettiziamente propositivo*»[41]. Dunque, il ricorso alla tecnica del ritaglio non rappresenta, di per sé, una automatica causa di inammissibilità del quesito, poiché, a volte, si rende necessaria al fine di «*consentire la riespansione di una compiuta disciplina già contenuta* in nuce *nel tessuto normativo, ma compressa per effetto dall'applicabilità delle disposizioni oggetto del referendum*»[42].

Un'ipotesi ben diversa è quella in cui, a seguito dell'abrogazione di una o più parti di una o più disposizioni, prenda vita un assetto normativo sostanzialmente nuovo. Ne consegue che, laddove si rinvenisse una manipolazione di tal fatta, si riscontrerebbe una volontà propositiva, intrinsecamente in contraddizione con la natura abrogativa del *referendum*[43].

Con la sentenza n. 59 del 2022, la Corte ha dichiarato l'ammissibilità del quesito sopra esaminato, poiché, sebbene esso faccia leva sulla tecnica del ritaglio, non persegue l'obiettivo di creare un quadro normativo nuovo, bensì di far espandere anche nei confronti dei membri laici le attribuzioni che già spettano ai componenti togati dei Consigli giudiziari.

Stando all'argomentazione svolta nella motivazione della sentenza di ammissibilità, la posizione dei membri togati e di quelli laici dei Consigli giudiziari e del Consiglio direttivo della Corte di Cassazione non si differenzia per natura e scopo ma solo per le funzioni attribuite. Ne consegue che tanto le competenze sulle quali deliberano i membri togati quanto tutte le altre hanno la medesima natura, sottesa alla vigilanza dell'andamento degli uffici. Non si riscontra, dunque, una differenza qualitativa fra competenze inerenti all'organizzazione degli uffici e competenze relative alla carriera e allo *status* dei magistrati. Trattandosi pertanto di competenze ascrivibili alla medesima natura, il quesito referendario mira alla sola estensione della disciplina prevista per i membri togati, attraverso l'eliminazione dell'esclusività della partecipazione dei membri laici ad alcuni ambiti di competenza. Ne deriva che,

[40] Si veda la sentenza n. 36 del 1997.

[41] Si vedano le sentenze n. 13 del 2012, n. 28 del 2011, n. 33 e n. 23 del 2000, n. 13 del 1999, n. 43 del 2003, n. 34 e n.38 del 2000 della Corte costituzionale.

[42] Si riporta quanto ritenuto ed interpretato dalla Corte costituzionale alla luce della sentenza n. 26 del 2017.

[43] Anche per tale valutazione interpretativa ci si riporta alla sentenza n. 26 del 2017.

trattandosi di una disciplina già contenuta *in nuce* nel tessuto normativo[44], e di conseguenza estendibile, il quesito referendario ben poteva essere dichiarato ammissibile.

5. *Le probabili innovazioni della normativa di risulta e le limitazioni necessarie: cosa potrebbe riservare l'esito positivo del* referendum*?*

Nei precedenti paragrafi si è cercato di analizzare, in chiave diacronica, la funzione dei Consigli giudiziari, la loro evoluzione e la normativa attuale. Si è cercato, altresì, di evidenziare i passaggi più significativi della motivazione della sentenza di ammissibilità resa dalla Corte costituzionale.

A questo punto, può risultare interessante valutare i possibili scenari sia in caso di esito positivo della consultazione referendaria, sia in caso di esito negativo della stessa.

In particolare, occorre chiedersi se l'eventuale estensione delle competenze dei Consigli a tutti i membri (togati e non) possa generare dubbi di legittimità costituzionale per violazione dei principi di indipendenza e autonomia della magistratura. Al riguardo, viene spontaneo chiedersi se un avvocato, che operi nel medesimo distretto del giudice, possa liberamente valutare la sua professionalità senza ledere il principio di terzietà del giudicante stesso. Si potrebbe obiettare che l'eventuale esito positivo del *referendum* renderà comunque necessario un intervento di mero *maquillage* del legislatore, che, nel caso di specie, potrebbe tradursi già solo nella previsione di una serie di regole sull'incompatibilità a prendere parte alle sedute dei Consigli per quegli avvocati le cui cause siano incardinate dinanzi ai magistrati da valutare. Ciò nondimeno, resta la questione di fondo legata alla coincidenza dei distretti in cui operano il controllante e il controllato, che, per quanto si debba confidare nel rispetto delle elementari regole deontologiche, può dare adito a non poche perplessità.

In ogni caso, la trasformazione dei Consigli giudiziari, che oggi è balzata agli onori della cronaca per la risonanza mediatica dei *referendum* c.d. sulla giustizia, è in realtà oggetto di studio da diversi anni ed è peraltro parte integrante del c.d. progetto di riforma Cartabia. Infatti, con il disegno di legge AC 2681, progettato dalla Commissione presieduta dal Prof. Luciani, è stata prevista una delega al Governo al fine di riformare anche il funzionamento dei Consigli giudiziari. Una delle proposte più interessanti del progetto di riforma è proprio quella di inserire il c.d. diritto di tribuna dei membri laici[45]. Tale diritto riconosce ai componenti non togati la partecipazione alle sedute, ma non la discussione e la deliberazione in merito alle competenze attribuite ai membri togati. Giusto per chiarezza si rammenta che, per il tramite di un emendamento governativo, è stato previsto il pieno diritto di parola per i membri laici all'interno dei Consigli. Eppure, nonostante ciò, il *referendum* andrebbe ancora oltre, tenuto conto che condurrebbe ad una vera e propria parificazione dei componenti dei Consigli giudiziari,

[44] Si veda la sentenza n. 36 del 1997.

[45] C. VALORI, *Il progetto di riforma Luciani e la partecipazione degli avvocati nei Consigli Giudiziari*, in *Questione giustizia*, 3/2021.

superando così il mero diritto di tribuna. La proposta della Commissione Luciani incrocia, secondo una logica di mediazione, le spinte propulsive del mondo forense, sempre più voglioso di incidere sul funzionamento dei Consigli, e le contrapposte visioni più radicali, a tutela – invece – dell'indipendenza e dell'autonomia della magistratura. Nondimeno, ancor prima di queste idee, alcuni Consigli giudiziari avevano già introdotto il diritto di tribuna, con lo scopo di rendere concretamente parte attiva la componente laica. Tutto ciò è avvenuto grazie alla potestà regolamentare dei Consigli[46]. Addirittura, in alcuni casi si è andati al di là del mero diritto di tribuna, consentendo ai laici la partecipazione alla discussione.

L'importanza della partecipazione dei laici – soprattutto degli avvocati – alle decisioni dei Consigli afferenti principalmente allo status e alla professionalità dei magistrati, è un tema che ha interessato fortemente anche il Consiglio Superiore della Magistratura, secondo il quale gli avvocati «*sono i primi destinatari dell'azione giudiziaria e sono, quindi, in grado di apprezzare la professionalità di un magistrato, di prendere parte alla fase di valutazione*»[47]. Questa importante apertura si compenetra fortemente anche con l'intenzione di rendere sempre più trasparente la pubblica amministrazione e, nel caso che ci occupa, il funzionamento di detti organi per una migliore amministrazione della giustizia[48].

Quanto emerge dal progetto Luciani e, soprattutto, dalla proposta referendaria, rappresenta una notevole evoluzione nel mondo dell'ordinamento giudiziario. Agli occhi di una parte della dottrina, una riforma di tal genere rappresenterebbe «*un segnale molto importante per il suo significato simbolico; dimostrerebbe che la magistratura non teme di discutere dele proprie valutazioni di professionalità alla presenza del mondo forense e del mondo accademico*»[49]. La presenza ai fini valutativi e decisionali della componente laica potrebbe sortire effetti davvero stupefacenti, come ad esempio una maggiore ponderazione nelle scelte deliberative, nonché valutazioni più incisive.

Il componente laico, specificamente l'avvocato, vive e vede il mondo giuridico secondo una logica diametralmente opposta e potrebbe incidere su punti utili al maggior funzionamento della giustizia. Infatti, l'avvocato che si confronta giorno dopo giorno con i magistrati e che vive le aule potrebbe fornire una valutazione quanto mai ponderata e fondata, al fine di migliorare l'esperienza delle aule e dei processi. Il mondo della giustizia non riguarda, infatti, soltanto una classe ristretta di persone ma interessa – piuttosto – l'intero spettro di soggetti che compongono il vivere civile. L'apertura dei Consigli a tutti i componenti, superando integralmente la geometria variabile cui essi sono sottoposti, garantirebbe – senza violazione alcuna della normativa costituzionale – un miglior funzionamento dei Consigli, permettendo agli operatori del diritto di avere

[46] Per maggiore chiarezza, si richiama l'esperienza del Consiglio giudiziario di Milano e si rimanda a V.E. FUSCO - A. ROCCELLA, *Il Consiglio giudiziario presso la Corte d'Appello di Milano: alcuni aspetti dell'attività del quadriennio 2016-2020*, in *Questione giustizia*, 2 febbraio 2021.

[47] Si veda il parere reso dal C.S.M. in data 29 aprile 2021.

[48] A tal proposito si richiama la delibera del 13.05.2020, mediante la quale il C.S.M. aveva ritenuto – richiamando la delibera del 25 gennaio 2007 – che «*nel quadro di un ordinamento democratico, anche per i Consigli giudiziari la pubblicità rappresenta la regola e la segretezza l'eccezione*».

[49] Così S. PERELLI, *Diritto di Tribuna agli avvocati nelle valutazioni di professionalità dei magistrati*, in *Questione giustizia*, 6 novembre 2019.

voce e di esprimere un giudizio. Il riconoscimento del diritto di voto metterebbe, altresì, in maggiore collegamento i singoli avvocati che compongono i Consigli giudiziari, con i Consigli dell'Ordine degli Avvocati, i quali potrebbero collaborare e cooperare con questi organi ausiliari apportando un contributo di notevole spessore. Il tutto, infatti, va pensato non secondo una logica di casta o di classe, cioè volta all'esautoramento del potere giudiziario o della professionalità dei giudicanti, ma verso un ampliamento della funzione valutativa sull'operato dei magistrati stessi, riconoscendo agli altri operatori del diritto la possibilità di essere parte attiva e di costituire, così, una componente funzionale per la buona amministrazione della giustizia nell'interesse dei cittadini, scongiurando le ipotesi di autoreferenzialità.

Tuttavia una soluzione di tal guisa non può divenire la panacea di tutti i malfunzionamenti, piuttosto serve una qualche forma di controlimite atta ad evitare che il mondo laico vada incontro ad una esplosione di potere[50]. Insomma, è quanto mai necessario che le funzioni esercitate dai componenti dei Consigli giudiziari siano equilibrate e che il ruolo dei medesimi consessi non venga depauperato o assuma una natura distorta da quella originaria. A tal proposito, si pongono dei dubbi nel caso in cui il *referendum* avesse esito positivo e la normativa in esame venisse abrogata. Se, da un lato, si dà valore alla partecipazione dell'avvocatura all'interno dei Consigli giudiziari, dall'altro lato, dovrebbe pensarsi all'introduzione di qualche forma di incompatibilità del legale/componente laico che esercita la professione nel medesimo distretto ove compone il Consiglio giudiziario[51]. Infatti, se un avvocato compone il Consiglio giudiziario del distretto sarebbe quanto mai opportuno che non ci sia il rischio che qualche sua causa venga decisa da un giudice da egli stesso valutato all'interno del Consiglio giudiziario. Sarebbe necessario, quindi, che l'avvocato, componente del Consiglio giudiziario, non eserciti la sua professione in quel distretto durante il periodo della carica. Si tratta, senza dubbio, di una soluzione di non poco peso ma tutto questo consentirebbe al laico di operare con estrema terzietà e privo di qualsiasi condizionamento esterno. Discorso analogo deve essere fatto per il magistrato valutato, il quale – non trovandosi a dover giudicare un processo avente quale legale un possibile componente del Consiglio – potrà operare scevro da alcun tipo di suggestione esterna.

Ed ancora, sarebbe auspicabile, laddove il *referendum* andasse a buon fine, che venga rivalutato il metodo di selezione dei componenti laici dei Consigli giudiziari, specialmente in ragione del criterio di scelta. Sarebbe opportuno che i criteri vengano disposti con attenzione a norma di legge, al fine di garantire una partecipazione competente del laico, in modo tale che le funzioni esercitate acquisiscano quanto più possibilmente una natura professionale ed oggettiva.

In conclusione, il superamento della geometria variabile dei detti Consigli e la parificazione di tutti i componenti potrebbero condurre ad innovazioni di notevole portata, tali da arricchire il mondo della giustizia. La magistratura continua, purtroppo, a mostrare segni di crisi e necessita più che mai di una riforma che possa far risorgere la

[50] C. VALORI, *op. cit*.

[51] Di gran lunga pertinenti ed interessanti risultano le osservazioni di P. CERVO, *Diritto di tribuna e consigli giudiziari: perché dire no*, in *Questione giustizia*, 25 novembre 2019.

fiducia da parte dei cittadini. La massima trasparenza e l'ampia partecipazione degli addetti ai lavori nell'amministrazione della giustizia può rappresentare un buon punto di partenza. Il *referendum* costituisce, infatti, la base per poter edificare una giustizia migliore, che funzioni nel pieno rispetto delle norme costituzionali. Per farlo è necessario che la magistratura non trinceri l'autoreferenzialità dietro il principio dell'autogoverno ed anzi si renda sempre più aperta al cittadino.

D'altro canto, per un ottimale funzionamento, se i membri laici prendessero attivamente parte a tutte le deliberazioni occorrerebbe che essi procedano con estrema serietà e lealtà, perché la loro attività potrà rivelarsi fondamentale ai fini di una giustizia che per Costituzione deve essere amministrata nel nome del popolo. Risulta preziosa, a tal proposito, l'affermazione di Alessandro Pizzorusso il quale riteneva che «*un adeguato funzionamento dell'attività giudiziaria non riguarda soltanto i magistrati ma, da un punto di vista generale, tutti i cittadini, e, da un punto di vista specifico, tutte le diverse categorie di soggetti che svolgono un qualche ruolo nell'ambito di tale attività*»[52].

[52] A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia,* Torino, 1990, 110.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

IL GIUDICE-CAMALEONTE E LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI FONDAMENTALI*

ANTONIO RUGGERI**

SOMMARIO: 1. La camaleontica trasformazione, in casi viepiù frequenti, dei giudici (e degli organi di garanzia in genere) in operatori politici e gli indici esteriori che ne danno una eloquente, particolarmente attendibile testimonianza, avuto specifico riguardo a *consuetudini culturali* diffuse e profondamente radicate nell'esperienza, espressive dei tratti maggiormente salienti della giurisdizione e dei suoi confini. – 2. Il carattere appannato e, in più punti, evanescente della linea divisoria tra politica e giurisdizione, la sua sottolineatura per il tramite di orientamenti giurisprudenziali consolidati, il significato della loro inopinata "rottura" (con specifico riguardo alla conversione del limite, valevole per le manipolazioni presso la Consulta, delle "rime obbligate" nelle "rime libere" ed ai casi d'interpretazione conforme non rispettosa della lettera dei testi di legge e della stessa Costituzione). – 3. Un banco di prova particolarmente attendibile delle camaleontiche trasformazioni del giudice, in relazione alle spinose questioni d'inizio e fine-vita, e lo scarto viepiù vistoso tra modello ed esperienza che al riguardo si registra, specie per ciò che concerne forme e sedi istituzionali di riconoscimento e tutela dei diritti. – 4. Una succinta notazione finale, con riferimento al bisogno che la stessa giurisprudenza ponga argini alle proprie camaleontiche manifestazioni ed in relazione alla sempre più problematica salvaguardia della certezza del diritto ed alla parimenti incerta e comunque sofferta tenuta dello Stato costituzionale.

1. *La camaleontica trasformazione, in casi viepiù frequenti, dei giudici (e degli organi di garanzia in genere) in operatori politici e gli indici esteriori che ne danno una eloquente, particolarmente attendibile testimonianza, avuto specifico riguardo a* consuetudini culturali *diffuse e profondamente radicate nell'esperienza, espressive dei tratti maggiormente salienti della giurisdizione e dei suoi confini*

Per una singolare e ad oggi solo in parte chiarita ragione, il ruolo giocato dai giudici in genere, quale che ne sia la natura e il livello istituzionale al quale svolgono il

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.
** Professore emerito di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Messina.

munus loro demandato, ha cambiato e cambia di continuo forma ed effetti a seconda del contesto in cui s'inscrive e svolge: esattamente come il camaleonte che si adatta all'ambiente in cui vive al fine di centrare l'obiettivo di volta in volta preso di mira (difendersi dal nemico, catturare la preda e quant'altro gli torna necessario per sopravvivere, ecc.). In realtà, sembra ormai provato che la diversa pigmentazione di quest'animale non si debba al bisogno di mimetizzarsi bensì a cambiamenti di umore legati alle emozioni che prova e, dunque, al bisogno di comunicare queste ultime all'esterno.

In qualche modo – come si tenterà di mostrare – è così anche per i giudici e, più largamente, per gli organi di garanzia che a volte presentano forti assonanze con gli organi politici, al punto da rendersi problematicamente distinguibili da questi e persino con essi confondersi del tutto. È poi chiaro che dovrebbe farsi un discorso a sé per ogni organo di garanzia, tutti accomunati dalla funzione esercitata e nondimeno ciascuno diverso dagli altri per il modo con cui la intende e fa valere.

Si pensi, solo per un momento, al Capo dello Stato, in un ordinamento quale il nostro a regime parlamentare, per il quale il fenomeno di cui qui si discorre si presenta con toni ancora più accesi e vistosi[1], agevolati peraltro dal carattere monocratico dell'ufficio che, unitamente alla incerta ed opaca formulazione degli enunciati che lo riguardano ed alla varietà delle competenze che gli sono demandate, porta naturalmente a far sì che gli *accidents of personality* abbiano avuto (ed abbiano) uno speciale rilievo nella conformazione e riconformazione senza sosta del ruolo[2].

Ad ogni buon conto, se per il Capo dello Stato lo scivolamento dal piano della garanzia a quello in cui si adottano decisioni politiche[3] è *quodammodo* incoraggiato dal

[1] Basti solo al riguardo pensare alle innumerevoli dispute tra gli operatori politico-istituzionali e in seno alla pubblica opinione che assai di frequente hanno accompagnato talune iniziative dell'organo, specie prima della Presidenza Mattarella, connotata – come si sa – da uno stile sobrio e contenuto; eppure anche questo Presidente non sempre è riuscito a sottrarsi ad appunti critici non poco severi (si pensi, ad es., all'animato confronto avutosi tra gli studiosi, come pure tra gli operatori e nella pubblica opinione, al tempo del noto caso Savona).

[2] Se ne mostra (e non da ora) avvertita la più sensibile dottrina: emblematico, al riguardo, il titolo di una risalente, nota opera dedicata all'organo di A. BALDASSARRE e C. MEZZANOTTE: *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, Bari-Roma, 1985; più di recente, v. S. CASSESE, G. GALASSO, A. MELLONI (a cura di), *I Presidenti della Repubblica. Il Capo dello Stato e il Quirinale nella storia della democrazia italiana*, Bologna, 2018; A. PERTICI, *Presidenti della Repubblica. Da De Nicola al secondo mandato di Mattarella*, Bologna, 2022, e, con specifica attenzione al piano delle relazioni internazionali, S. CRUCIANI, M. RIDOLFI, A. VARSORI (a cura di), *I Presidenti della Repubblica e il ruolo internazionale dell'Italia*, Milano, 2022. Tra gli scritti più risalenti, v., almeno, per il particolare spesso teorico delle ricostruzioni proposte, G. SILVESTRI (a cura di), *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica*, Milano, 1985.

[3] … seppur non d'indirizzo politico, nell'accezione ristretta e propria del termine, che rimanda ad una pluralità di atti e comportamenti posti in essere al fine di dare attuazione ad un organico disegno politico previamente definito. Così è, d'altronde, per una tesi risalente di un'accreditata dottrina, anche per la Corte costituzionale che, non disponendo dell'agenda dei propri lavori, risultante da imprevedibili domande di giustizia che le sono rivolte, non è in grado di dar vita ad un vero e proprio indirizzo politico, pur disponendo – si è detto – di una "forza politica" che può far valere secondo occasione [richiamo qui – com'è chiaro – i termini essenziali del magistero del mio compianto Maestro, T. MARTINES, che ne ha discorso a più riprese, a partire dal suo *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche* (1957), ora in *Opere*, I, Milano, 2000, spec. la parte III]. È pur vero, poi, che possono darsi anomale vicende che parrebbero evocare l'idea dell'indirizzo politico, nella sua propria accezione (così, in ispecie, con riguardo alla Presidenza Cossiga, cui accennerò a momenti). Altro è, però, il modello, quale a grandi linee

suo essere organo di "garanzia politica" della Costituzione[4], non così è (o, meglio, *dovrebbe* essere) per altri organi di garanzia, in ispecie – per ciò che qui importa – per i giudici. L'esperienza, di contro, offre numerose e particolarmente attendibili testimonianze del fatto che anche questi ultimi vanno sempre più di frequente soggetti a marcate alterazioni del loro modo istituzionale di essere e di operare. E, invero, il tempo presente, per plurime ragioni, ci consegna ormai quotidiane conferme in tal senso, secondo un *trend* che anzi va sempre di più crescendo per dimensioni ed intensità delle manifestazioni e che – dico subito a scanso di possibili fraintendimenti del mio pensiero – preoccupa non poco per ciò che attiene agli esiti che, di qui a breve, potrebbero aversi di questa vicenda.

È interessante notare che non è così per organi di altra natura (e, segnatamente, appunto per quelli della direzione politica), fedeli al loro ruolo, pur nella varietà dei modi con cui è stato (ed è) inteso e fatto valere nell'esperienza, e non convertitisi dunque in organi di garanzia[5], fermo restando ovviamente che, per un fisiologico sviluppo della vita istituzionale, l'attività politica è comunque tenuta a mantenersi rispettosa dei limiti giuridici per essa posti. Insomma, lo scarto tra l'esperienza stessa e il modello, nei limiti in cui si riesca a mettere sia l'una che l'altro a fuoco, sì da coglierne i tratti maggiormente caratterizzanti[6], si fa viepiù vistoso per gli organi di garanzia, non già per quelli politici; ed è interessante chiedersi perché.

La risposta è d'immediata evidenza e rimanda all'annosa, grave ed ormai endemica crisi della rappresentanza politica, in merito alla quale – come si sa – si è

---

abbozzato nella Carta, ed altra cosa esperienze da esso devianti o, addirittura, ad esso frontalmente contrapposte. E – com'è chiaro – si sta ora discorrendo specificamente del primo.

[4] Questa l'etichetta con la quale è stato, in tempi ormai risalenti, sinteticamente espresso il tratto maggiormente saliente della natura dell'organo, specie al fine di tenerlo distinto da quello proprio dell'altro massimo garante del sistema, la Corte costituzionale, quale organo di "garanzia giuridica" (e, segnatamente, giurisdizionale, sia pure in una sua propria accezione). È pur vero tuttavia che, secondo opinione corrente, la natura della Corte risulterebbe da un *mix* di politica e giurisdizione: due componenti, queste, che peraltro si trovano in una condizione di equilibrio viepiù precario che, come si vedrà a breve con esempi, tende vistosamente ad alterarsi.

[5] Forse, nella storia della nostra Repubblica abbiamo avuto una sola eccezione significativa alla regola appena indicata, al tempo della singolare e sofferta stagione della Presidenza Cossiga (specie della seconda metà del mandato), allorché il Governo (e, per esso, il Presidente del Consiglio), nell'intento di arginare in qualche modo le manifestazioni maggiormente esuberanti e devianti dal solco costituzionale del Presidente "picconatore", si fece in alcune circostanze "garante" della osservanza della Costituzione, specie avvalendosi dell'arma della controfirma che, legando indissolubilmente i due organi in un'attività di reciproca "cooperazione" (largamente intesa), obbligava (ed obbliga) comunque l'uno a raggiungere una qualche intesa con l'altro (non riprendo qui – sia chiaro – la vessata questione relativa al significato di firma e controfirma in relazione a ciascun tipo di atto presidenziale, quanto meno per come è usualmente ricostruito il modello costituzionale; mi limito solo a far notare che – a prescindere da quest'ultimo – i rapporti tra gli organi in parola, secondo la magistrale configurazione datane da G.U. Rescigno, sono realisticamente retti da canoni di natura convenzionale, forse in qualche caso persino di carattere consuetudinario).

[6] E, invero, per un verso, l'esperienza appare essere gravata da contraddizioni interne e svolgimenti a volte discontinui, nel mentre, per un altro verso, la trama positiva che sta a base della ricostruzione del modello si presenta in più punti alquanto incerta ed appannata (forse, persino oscura), secondo quanto peraltro è avvalorato dagli studi più attenti al linguaggio costituzionale [v., part., v., part., G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quaderni costituzionali*, 2/1989, 229 ss., e P. CARETTI E R. ROMBOLI (a cura di), *La lingua dei giuristi*, Pisa, 2016, nonché, ora, B. BARBISAN, *La più bella del mondo? Leggibilità e concretezza della Costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, 2/2022, 8 giugno 2022, 142 ss.].

avuta una imponente produzione di scritti di vario segno ed orientamento. È qui, infatti, che si radica la "supplenza" – come suole essere chiamata, con immagine per vero colorita ma anche concettualmente ambigua – dei giudici nei riguardi degli operatori politici, in ispecie del legislatore. Una "supplenza" che, peraltro, non poche volte si è manifestata non soltanto a mezzo della riscrittura dei testi di legge ovvero all'adozione di discipline legislative *ab origine* mancanti, rivestite delle forme delle sentenze, ma che, anche al fine di spianare la via ad una produzione normativa siffatta, si è estesa fino a riguardare la stessa Costituzione, i cui enunciati sono stati (e sono) fatti oggetto di ricostruzioni semantiche talora in modo scoperto debordanti dai pur bassi argini segnati dai testi[7]. Quali conseguenze possono poi aversi per le sorti del principio di legalità (legale e costituzionale a un tempo) è questione assai spinosa ed impegnativa, il cui esame richiederebbe uno spazio di cui qui non si dispone[8] ed i cui esiti, nondimeno, preoccupano non poco circa il loro complessivo significato e le implicazioni istituzionali che potrebbero aversene.

Sta di fatto che della esperienza in parola si hanno innumerevoli testimonianze, alcune particolarmente attendibili e vistose, praticamente in ogni campo materiale di esperienza. E, invero, non v'è praticamente alcun punto della trama positiva di cui la Carta si compone che sia rimasto immune al fenomeno ora evocato, tant'è che delle "modifiche tacite" della Carta stessa – come si è soliti chiamarle[9] – i giudici (comuni e costituzionale) si sono dimostrati (e si dimostrano) essere tra i maggiori artefici, portando all'effetto di riscrivere, in buona sostanza di sana pianta, la legge fondamentale della Repubblica; e di farlo di continuo, esattamente come si fa con gesso e spugnetta alla lavagna.

Se n'è avuto (e se ne ha) continuo riscontro – per ciò che è qui di specifico interesse – sul terreno della tutela (e, prima ancora, del riconoscimento[10]) dei diritti

[7] Un banco di prova al riguardo particolarmente rilevante – come si sa – è quello dei giudizi di costituzionalità. Le autorità remittenti prima e la Consulta poi, al fine di predisporre le migliori condizioni per innovazioni sostanziali ai testi di legge, fanno non di rado precedere queste ultime da manipolazioni dei parametri costituzionali, seppur abilmente occultate da un uso sapiente e raffinato dell'argomentazione giuridica. Ho illustrato i tratti maggiormente salienti di questa esperienza, presente sin da quando la giurisprudenza costituzionale ha mosso i primi passi ma venuta col tempo a manifestarsi in forme particolarmente esuberanti e vistose, nel mio *Linguaggio della Costituzione e parametri dei giudizi di costituzionalità*, in G. PITRUZZELLA, F. TERESI, G. VERDE (a cura di), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Torino, 2000, 525 ss., e in altri scritti.

[8] Non è, peraltro, senza significato che sia tornato ad animarsi il dibattito sulla crisi della legalità e della soggezione del giudice alla legge [riferimenti, ora, in A. COSENTINO, *Crisi della legge o crisi del giudice? Considerazioni a margine di un recente scritto di Tomaso Epidendio*, in *Giustizia insieme*, 1° luglio 2022].

[9] In tema, di recente, *ex plurimis*, S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in *Rivista AIC*, 1/2019, 23 marzo 2019, 335 ss.; M.P. IADICICCO, *Dinamiche costituzionali. Spunti di riflessione sull'esperienza italiana*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2019, 20 gennaio 2020, e, della stessa, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in U. ADAMO, R. CARIDÀ, A. LOLLO, A. MORELLI, V. PUPO (a cura di), *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, Napoli, 2019, 231 ss.; A. MANGIA e R. BIN (a cura di), *Mutamenti costituzionali*, in *Diritto costituzionale*, 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 *Rivista Gruppo di Pisa*, 2/2021, 21 maggio 2021, 40 ss.

[10] Di siffatta precedenza si dirà meglio più avanti.

fondamentali che della Costituzione stessa sono – come si sa – il cuore pulsante, secondo la pregnante e ad oggi attualissima qualifica datane dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

Si tratta, nondimeno, di stabilire quali siano gli indici maggiormente attendibili della tendenza in parola. La qual cosa, poi, rimanda alla previa definizione di un modello teorico di giurisdizione, nelle sue varie forme ed espressioni, e, per ciò stesso, alla individuazione dell'area materiale dalla stessa coltivata e, con essa, dei confini che la separano dall'area della politica in genere e della legislazione in ispecie.

Ora, com'è chiaro, non è di qui riprendere *funditus* annose e spinose questioni riguardanti la complessiva connotazione delle pubbliche funzioni e la reciproca, sia pur sommaria e relativa, tipizzazione[11]. Si danno tuttavia alcuni indici eloquenti che ne disvelano ed accompagnano le più salienti manifestazioni, attorno alla cui conformazione gli stessi operatori hanno per lungo tempo convenuto: come dire, dunque, che si dispone di alcune convenzioni costituzionali convertitesi e consolidatesi quindi in vere e proprie consuetudini di particolare rilievo. Il punto è, però, che antiche regole (o, diciamo meglio, *regolarità*) sembrano essere nel tempo a noi più vicino "saltate" o – se si preferisce, con maggiore cautela, dire – stanno in buona sostanza per "saltare", radicalmente appunto. Anche le consuetudini in parola, infatti, non vigono *usque ad aeternitatem* e possono andare incontro a sensibili adattamenti fino ad essere rimpiazzate da nuovi canoni non scritti della medesima specie.

Per quanto le dinamiche della normazione che si rifanno a questi ultimi presentino, per vero, una maggiore rigidità e lentezza di movimenti rispetto a quelle proprie degli atti di normazione[12], ugualmente può aversi (ed effettivamente si ha) riscontro dell'avvicendamento delle une alle altre regole. Qui tuttavia – si faccia caso – il fenomeno assume un particolare rilievo, dal momento che investe i comportamenti di organi statali da cui dipende il lineare svolgimento della forma di governo e della stessa forma di Stato (come sono usualmente chiamate[13]), con riflessi immediati per la integra trasmissione dell'ordinamento nel tempo, dal momento che sono in gioco i diritti fondamentali, i modi del loro riconoscimento e della loro salvaguardia, vale a dire, a conti fatti, il cuore pulsante dei rapporti tra apparato governante e comunità governata.

Quando si assiste a vicende che testimoniano la difficoltà dell'esperienza a mantenersi rispettosa dei canoni, anche non scritti, per essa stabiliti, le responsabilità non sono mai di un solo operatore ma di tutti assieme, seppur in diversa misura e intensità. Un ruolo di centrale rilievo, per diffuso riconoscimento è, comunque, esercitato, per ciò che attiene al nuovo indirizzo *in progress*, dalla Corte costituzionale

[11] In tema, faccio qui richiamo solo della corposa opera di M.A. CARNEVALE VENCHI, *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, I e II, Padova, risp., 1969 e 1974.

[12] È fuori discussione, infatti, che le consuetudini in genere (anche, dunque, quelle costituzionali) non subiscono mutamenti nel tempo con la stessa frequenza e, a volte, persino con i ritmi incalzanti con i quali si rinnovano le leggi e gli atti in genere di normazione. Se, invece, così fosse, si negherebbe proprio l'essenza del fenomeno consuetudinario.

[13] In realtà, le etichette in parola ai miei occhi appaiono (e non da ora) dotate di assai gracile fondamento metodico-teorico; la verifica di quest'assunto, tuttavia, comporterebbe una deviazione vistosa dal solco entro cui è tenuta a stare la succinta riflessione che si va ora facendo, e non è, dunque, qui consentita.

che, forse, più di ogni altro operatore ha dato (e seguita senza sosta a dare) il proprio fattivo concorso al nuovo *trend* in via di progressiva maturazione. È però chiaro che della convinta adesione e fattiva collaborazione degli altri operatori (in ispecie, dei giudici comuni) il *trend* stesso costantemente e a piene mani si alimenta, ulteriormente crescendo e radicandosi nel terreno su cui prendono forma le relazioni suddette.

Il punto è molto importante e richiede che gli sia prestata la massima attenzione. Peraltro, come si vedrà tra non molto con esempi, non v'è praticamente esperienza della giustizia costituzionale che possa compiutamente affermarsi senza il fattivo concorso degli operatori restanti, a partire appunto dai giudici. Come si sa, le esperienze in parola si avviano, infatti, fuori della Consulta, così come si perfezionano poi pur sempre fuori di questa. Ed è chiaro che le domande di giustizia costituzionale ricevono quindi risposte conseguenti al modo con cui sono poste, risposte che non poche volte richiedono di essere seguite da un'attività che assai di frequente è non già di mera *applicazione*[14] bensì di vera e propria *attuazione* da parte degli altri operatori, un'attività cioè che si connota per un tasso, ora più ed ora meno elevato, di discrezionalità valutativa da parte di questi ultimi[15]. In un siffatto contesto, stabilire la quantità e qualità del concorso apprestato dagli organi chiamati a "collaborare" con la Corte in vista della ottimale riuscita delle operazioni di giustizia costituzionale è assai problematico, pur essendo incontestabile che il concorso stesso risulti essere comunque di prima grandezza.

---

[14] … come pure ritiene un'accreditata dottrina [part., M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della iurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, pure *ivi*, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, 4/2014, 10 ottobre 2014, nonché *Ermeneutica costituzionale e "massima attuazione della Costituzione"*, in P. PERLINGIERI e S. GIOVA (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Napoli, 2018, 37 ss., spec. 43 ss. Sull'antica e vessata questione relativa alla "creatività" della giurisprudenza v. inoltre, di M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, 345 ss., e, dello stesso, *Dal* cháos *all'ordine e ritorno*, in Liber amicorum *Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, I, Napoli, 2019, spec. 260 ss., e *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, in *Questione giustizia*, 3/2019, 16 ss., spec. 27 ss. In tema, tra i molti altri, v. R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l'entrata in vigore della Costituzione*, in G. CAMPANELLI (a cura di), *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, Torino, 2009, 25 ss.; T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Napoli, 2014; G.P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Diritto pubblico*, 2/2018, 313 ss.; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in *Rivista AIC*, 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss.; nella stessa *Rivista*, R.G. RODIO, *Alcune riflessioni su anomie, lacune e limiti dell'interpretazione giurisprudenziale*, 1/2019, 16 gennaio 2019, 1 ss.; C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Diritto pubblico*, 2/2019, 549 ss., spec. 556 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Il ruolo delle Corti nella costruzione dell'ordinamento europeo (From judge-made law to judge-made Europa)*, Editoriale, in *Federalismi.it*, 15/2019, 31 luglio 2019; R. BIN, *Il giudice tra Costituzione e biodiritto*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, I, Napoli, 2021, 441 ss., e, in prospettiva giusfilosofica, almeno, L. FERRAJOLI, in più scritti, tra i quali, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018].

[15] Emblematica testimonianza di quanto si viene ora dicendo si ha in relazione alle additive di principio, bisognose al fine di potersi implementare nell'esperienza di essere seguite da regole, varie in ragione dei casi, prodotte nelle sedi in cui si amministra la giustizia comune. Anche però le decisioni di accoglimento "secco" a volte creano dei vuoti per il cui riempimento è pur sempre sollecitata la produzione di regole in sede giudiziaria, tanto più poi laddove il legislatore dovesse seguitare a restare inerte o, come che sia, dimostrarsi incapace di provvedere in modo congruo a colmare i vuoti conseguenti alle decisioni della Corte.

2. *Il carattere appannato e, in più punti, evanescente della linea divisoria tra politica e giurisdizione, la sua sottolineatura per il tramite di orientamenti giurisprudenziali consolidati, il significato della loro inopinata "rottura" (con specifico riguardo alla conversione del limite, valevole per le manipolazioni presso la Consulta, delle "rime obbligate" nelle "rime libere" ed ai casi d'interpretazione conforme non rispettosa della lettera dei testi di legge e della stessa Costituzione)*

È ormai acclarato da plurime esperienze che la iperpoliticizzazione esasperata di un organo di centrale rilievo, qual è il tribunale costituzionale[16], sollecita la messa in atto di pratiche di giustizia comune parimenti politicamente connotate, e viceversa. Non poche volte – come si sa – davanti al *pressing* tenacemente esercitato dai giudici comuni nei riguardi della Consulta, quest'ultima, pur dopo una iniziale resistenza, ha quindi ceduto ad insistite ed esigenti richieste di giustizia costituzionale provenienti dai giudici stessi[17], convertendo anteriori pronunzie di rigetto in pronunzie di accoglimento. È pur vero, però, che taluni indirizzi ormai nitidamente delineati nel senso della inammissibilità (specie se "manifesta") di talune questioni portate alla cognizione della

[16] Il fenomeno ha attratto l'attenzione di una nutrita schiera di studiosi che ne hanno fatto oggetto di notazioni di vario segno, non senza peraltro tacere una viva preoccupazione per i suoi possibili, ulteriori sviluppi: un sentimento che anch'io ho avuto modo più volte di manifestare [di recente, ne *La giustizia costituzionale in navigazione verso l'ignoto*, in *Diritti comparati*, 2/2022, 9 giugno 2022. Sulla tendenza in parola, *ex plurimis* v. C. DRIGO, *Giustizia costituzionale e* political question doctrine. *Paradigma statunitense e spunti comparatistici*, Bologna, 2012; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Milano, 2017; R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Torino, 2017; G. BISOGNI, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giusteorico contemporaneo*, Torino, 2017; M. RAVERAIRA, *Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*, in *Lo Stato*, 11/2018, 123 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, 251 ss. (nei riguardi del cui pensiero, criticamente, v. R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, 757 ss., e, pure *ivi*, E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, 777 ss.); di A. MORRONE, v., inoltre, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 12/2021, 5 maggio 2021, 170 ss.; A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC*, 4/2019, 26 novembre 2019, 154 ss.; M. NISTICÒ, *Corte costituzionale, strategie comunicative e ricorso al* web, in D. CHINNI (a cura di), *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del* web, Napoli, 2019, 77 ss.; R. DI MARIA, *Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti (fondamentali) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli "animali fantastici"*. The final cut, in *Consulta OnLine*, 1/2020, 7 gennaio 2020, 1 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 23 ottobre 2020, 282 ss.; C. PADULA (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Napoli, 2020. In prospettiva comparata, per tutti, L. MEZZETTI, E. FERIOLI (a cura di), *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, Bologna, 2018].

[17] … e, ovviamente, anche da altri organi o soggetti; qui, nondimeno, si farà specifico riferimento ai giudizi sulle leggi in via incidentale, quale terreno elettivo per la verifica della tesi che si va argomentando. D'altronde, la scelta si giustifica, oltre che nel rilievo in sé posseduto dai giudizi in parola, nella circostanza che è proprio da essi che vengono le maggiori indicazioni in relazione ai mutamenti continui di "pelle" dei giudici in ragione dei contesti in cui s'inscrive di volta in volta l'esercizio della giurisdizione e, dunque, dei casi nei quali questa si fa valere.

Corte risultano ormai consolidati[18], sì da non essere infondato affermare che attorno ad essi si sia venuta a formare, viepiù consolidandosi, una vera e propria consuetudine nel senso patrocinato dal giudice costituzionale[19].

I rapporti tra gli operatori di giustizia s'inscrivono, ad ogni buon conto, in un unico quadro, internamente assai articolato e composito, che peraltro si porta ben oltre i confini nazionali, coinvolgendo altresì le Corti europee, sollecitate ad intavolare con gli operatori di diritto interno un "dialogo" sempre più fitto, esteso a pressocché tutti gli ambiti materiali di esperienza, particolarmente fecondo per i diritti fondamentali e le loro aspettative di salvaguardia. Ed è anche alimentandosi e sorreggendosi a vicenda che gli operatori tutti si sono dimostrati (e si dimostrano) viepiù intraprendenti, occupando gradatamente spazi ancora fino a non molto tempo addietro dagli stessi riconosciuti essere di esclusiva spettanza degli attori politico-istituzionali.

È interessante fermare l'attenzione su questo dato. Non v'è dubbio che la linea divisoria tra politica e giurisdizione risulti essere alquanto incerta, appannata, mobile. Senza fare – come si diceva – richiamo di dottrine, antiche e recenti, in merito a ciò che è *in nuce* pertinenza dell'una e dell'altra, ancora più costruttivo a fini pratici appare allo scopo essere il riferimento a *consuetudini culturali* di fattura giurisprudenziale inveterate, largamente condivise e solidamente radicate nel terreno su cui maturano le esperienze della giustizia costituzionale. L'improvvisa, inopinata "rottura" posta in essere nei loro riguardi dagli stessi operatori cui si deve la loro formazione[20] è, dunque, la migliore riprova di una discontinuità culturale gravida di implicazioni per l'assetto complessivo dei pubblici poteri e dei loro rapporti (in breve, della forma di governo) e, ancora più a fondo, per le stesse dinamiche ordinamentali caratterizzanti la forma di Stato.

Sia chiaro. Gli orientamenti giurisprudenziali possono, ovviamente, andare soggetti a rinnovamento interno, a volte anche particolarmente significativo, specie in ragione di mutati contesti entro i quali essi s'inscrivono e producono effetti; non c'è,

[18] Indicazioni possono, volendo, aversi da A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*[7], Torino 2022, 175 ss., e *ivi* riferimenti di giurisprudenza.

[19] La circostanza, poi, che seguitano a manifestarsi resistenze nei riguardi degli indirizzi in parola, testimoniate dalla cocciuta ripresentazione di questioni pur se già giudicate manifestamente inammissibili, non equivale a negazione del canone consuetudinario in parola; qui come altrove, infatti, ciò che conta è la media osservanza, ampiamente avvalorata malgrado le occasionali resistenze suddette. Al riguardo, va però tenuto presente che non si dispone di dati sicuri in ordine alla grandezza, comunque ragguardevole, della osservanza stessa, dal momento che sono, sì, note le questioni portate alla Consulta, ma restano sommerse le questioni rigettate dai giudici comuni per carenza dei presupposti giustificativi del giudizio di costituzionalità. Quelle stanno nondimeno a queste come la punta sta alla montagna sommersa di un *iceberg*.

[20] Al riguardo, non sarebbe per vero perspicuo opporre che la "rottura" in parola equivarrebbe a dimostrazione che nessuna consuetudine culturale nel senso sopra indicato si sarebbe formata. Un ragionamento siffatto non terrebbe, infatti, conto di almeno due cose. Per un verso, portato fino ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti, dovrebbe negare qualsivoglia avvicendamento nel tempo dei canoni consuetudinari, starebbe cioè a significare che essi si sottraggono a mutamenti per mano di altri canoni aventi la loro stessa natura; ciò che, poi, condurrebbe diritto a negarne l'appartenenza al sistema dei fatti (e atti) di produzione giuridica. Per un altro verso, la conferma della sussistenza delle consuetudini culturali, di cui si viene ora dicendo, è data *per tabulas* dalla loro protratta osservanza, dalla loro *diuturnitas* appunto (connotato, questo, che peraltro un'avveduta dottrina richiede in modo meno esigente con riguardo alle esperienze di rilievo costituzionale rispetto a quello con cui lo stesso connotato è esibito dalle consuetudini comuni).

dunque, da farsene meraviglia. Qui, però, non si tratta di nuove soluzioni di merito ovvero di originali riletture dei canoni processuali poste in essere dai loro diretti destinatari. Piuttosto, è in gioco il rispetto nei riguardi di principi fondamentali dell'ordinamento, a partire da quello che sta a base della tipicità dei ruoli, rispettivamente, degli organi della direzione politica e degli organi di garanzia: in breve, è in gioco quel principio della separazione dei poteri che – come si sa – è una delle due gambe su cui si regge e incede, nel suo non di rado sofferto cammino, lo Stato costituzionale, vale a dire il principio che più di ogni altro appare essere di vitale importanza per la salvaguardia dei diritti fondamentali, secondo la suggestiva, per sintesi espressiva, formula, già richiamata, di cui all'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789. Un principio, dunque, indisponibile, per la elementare ragione che senza di esso non c'è la Costituzione stessa.

Ora, plurime e convergenti esperienze stanno ad indicare che sempre più di frequente il modello costituzionale è piegato a contingenti interessi, fatto cioè oggetto di torsioni tali da rendere il volto degli operatori irriconoscibile rispetto al figurino delineato nella Carta; ed occorre, dunque, una buona volta interrogarsi su quali potrebbero essere gli ulteriori sviluppi di questo *trend* e il suo finale approdo.

Faccio qui richiamo unicamente dei profili maggiormente marcati della tendenza in parola, senza peraltro dedicare alla loro illustrazione uno spazio particolarmente esteso, a motivo della loro notorietà. Ed è interessante osservare che della tendenza stessa si ha conferma tanto al piano in cui operano i canoni che governano il processo costituzionale quanto a quello dei canoni sostanziali riguardanti i singoli diritti costituzionali e l'intero sistema dagli stessi composto. Le "modifiche tacite" si riscontrano dunque – come si accennava poc'anzi – praticamente in ogni punto della trama costituzionale, a partire da quelli riguardanti i principi fondamentali[21].

In primo luogo (e la cosa è particolarmente grave), se ne ha evidenza per il tramite dello scostamento dai canoni sul processo[22]. Uno degli indici maggiormente attendibili di questo *trend* è dato dalla invenzione a getto continuo di nuovi tipi e sottotipi di decisioni, ormai componenti una gamma particolarmente estesa, di tutta evidenza debordante dagli angusti spazi per essa stabiliti dalla Carta e dalla disciplina attuativa

[21] Singolare destino questo cui vanno incontro i principi in parola, sottratti – secondo opinione corrente – alla loro eventuale riscrittura con legge approvata con le procedure di cui all'art. 138 [ma v., al riguardo, le precisazioni che sono ora nel mio *I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva dei principi fondamentali*, in *Consulta OnLine*, 2/2022, 12 maggio 2022, 473 ss.], non già però a sostanziali mutamenti per mano del giudice costituzionale che, dandone l'interpretazione quasi "autentica", può innovarvi senza essere giuridicamente contraddetto da alcuno (art. 137, ult. c., Cost.). Non è, poi, inopportuno osservare, sia pure di sfuggita, che le stesse leggi costituzionali – secondo opinione corrente – non potrebbero propriamente fregiarsi del titolo di atti di interpretazione "autentica" dei principi fondamentali, qualità che – com'è noto – è propria unicamente di atti abilitati ad innovare a quelli di cui danno la retta interpretazione (una innovazione che tuttavia, a certe condizioni ed entro certi limiti, non soltanto può ma – come si tenta di mostrare nello scritto da ultimo cit. – deve aversi). Ad ogni buon conto, le stesse leggi d'interpretazione autentica non si sottraggono – come pure è noto – alla loro eventuale caducazione per mano del giudice costituzionale.

[22] A riguardo della varietà degli usi (e non usi…) dei canoni in parola da parte della Consulta, indicazioni possono, volendo, aversi dal mio *La Corte costituzionale e il processo incidentale tra* regole *e* regolarità, in *Quaderni costituzionali*, 2/2022, 325 ss.

(persino – si faccia caso – da quella prodotta dalla stessa Corte…)[23]. Al di là delle forme, ciò che maggiormente conta è la sostanza che vede la Corte avventurarsi alla conquista di territori dapprima inesplorati, in quanto – come si diceva – ritenuti soggetti all'esclusivo dominio del legislatore.

La spia maggiormente indicativa (e – a dirla tutta – inquietante) di quest'indirizzo che parrebbe ormai non conoscere argine alcuno alla sua affermazione è data dalla conversione del limite delle "rime obbligate" nelle "rime possibili" o – se si preferisce altrimenti dire, con una sensibile dottrina – nei "versi sciolti"[24].

Non regge l'obiezione che anche le manipolative tradizionali appartengono pur sempre al *genus* delle decisioni "normative" della Corte, per riprendere una fortunata etichetta di un'accreditata dottrina[25]. Il salto di qualità operato dalla più recente giurisprudenza è, infatti, d'immediata evidenza: per effetto di una crescente produzione "senza rima", ormai la scelta tra il rigetto e l'accoglimento accompagnato da una manipolazione (e, segnatamente, da un'addizione) dei testi di legge appare essere il frutto di una libera e praticamente incontrollata invenzione della stessa Corte: verrebbe da dire con Giovenale, *sic volo sic iubeo*. Ed è allora da chiedersi cosa ne sarà, nel futuro che è ormai alle porte, del requisito della "non manifesta infondatezza", dal momento che l'accoglimento delle questioni dipende, a conti fatti, dall'incontrollato volere della Corte, e cosa perciò ne sarà dell'ormai vetusto art. 28 della legge n. 87 del '53, incapace di farsi in qualche modo valere.

Stando così le cose, va sempre di più affievolendosi, fino a rischiare di smarrirsi del tutto, la credibilità della Corte, specie laddove quest'ultima, in relazione a talune circostanze, dichiara di considerare a sé precluso il rifacimento di un testo di legge gravemente carente. Pronta è, infatti, l'obiezione che, evidentemente, non ha voluto (e non vuole) farvi luogo, non dandosi ormai più – piaccia o no[26] – alcun ostacolo che lo impedisca. E, poiché le pronunzie di rigetto seguitano ad aversi in un numero ragguardevole[27], c'è solo da augurarsi che la Corte stabilisca una sorta di "modello" cui

[23] Una speciale attenzione ha, al riguardo, attratto la tecnica della decisione in due tempi, inaugurata in *Cappato*, nondimeno da ultimo non fatta valere con scrupolosa linearità. Mi riferisco – com'è chiaro – all'ulteriore rinvio di sei mesi, con indulgente generosità concesso da Corte cost. n. 122 del 2022, dopo il primo rinvio, come di consueto, annuale [sulla vicenda, per più aspetti singolare, tra gli altri, v. U. ADAMO, *È (resterà) due senza tre? Sull'"incostituzionalità prospettata": criticità ulteriori di una tecnica decisoria già di per sé problematica*, in *Consulta OnLine*, 2/2022, 28 giugno 2022, 819 ss.].

[24] La prima formula ricorre negli scritti di S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2019, 183 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, cit., 282 ss., e I. GOIA, *Una giustificabile "invasione" di campo*, in *Consulta OnLine*, 3/2021, 9 dicembre 2021, 1001 ss.; la seconda è di D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di* ri-accentramento *della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 101 ss.; sono poi state coniate altre etichette ma la sostanza – a me pare – non muta.

[25] G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985, 755 ss., e già in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, 1684 ss.

[26] … e a me – come si sarà capito – non piace.

[27] L'ultima pronunzia di siffatto tipo emessa al momento in cui si consegna questo scritto per la stampa è la 171 del 2022, laddove si assegna centrale rilievo a quel principio del rispetto della discrezionalità del legislatore che tuttavia, proprio per effetto del nuovo corso giurisprudenziale che ha messo in crisi il limite delle "rime obbligate", appare ormai versare in una condizione di palese sofferenza.

attenersi, al fine di dare un minimo di certezze operative, precisando dunque a quali condizioni, fattuali e normative, potrà farsi luogo alla produzione di nuovo diritto… *senza rima*. Di tutto ciò, nondimeno, ad oggi non si vede segno alcuno[28].

Di qui, poi, una spinta vigorosa ai giudici comuni a presentare questioni di costituzionalità che un tempo si sarebbero ben guardati dal portare alla cognizione della Corte, consapevoli del loro pressocché certo rigetto.

Si ha, pertanto, conferma del fatto che il sistema in cui prendono forma e si svolgono le relazioni tra la Corte e i giudici comuni[29] somiglia molto a quello dei vasi comunicanti, il carattere viepiù politicamente connotato delle decisioni della prima riversandosi nel campo in cui maturano le decisioni dei secondi e, dunque, rispecchiandosi nel parimenti politicamente orientato indirizzo complessivo di questi ultimi, con un moto continuo ed inarrestabile di mutua, cospicua ricarica.

La politicità ha, poi, molti volti, talora anche poco appariscenti, volutamente lasciati in penombra.

Si pensi, ad es., ai casi in cui si faccia un utilizzo forzato del canone della interpretazione conforme (nelle sue plurime espressioni, a seconda che risulti orientata verso la Costituzione ovvero il diritto internazionale o quello sovranazionale[30]). Sul terreno su cui prendono forma le esperienze di salvaguardia dei diritti, il fatto stesso

---

[28] D'altro canto, se è pur vero che alla Corte conviene tenersi le mani libere, non è meno vero che per un elementare ed indisponibile bisogno di certezza del diritto la Corte stessa non può sottrarsi al compito di consegnare agli operatori un "modello", sia pur sommariamente delineato, cui ritenga di doversi attenere, tanto più in relazione ad una questione di cruciale rilievo, qual è quella di cui si viene ora dicendo.

[29] … per la cui illustrazione, in aggiunta ai manuali correnti di giustizia costituzionale (che, ovviamente, vi dedicano ampio spazio), v., almeno, gli accurati studi di E. LAMARQUE, specie ora *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, Napoli, 2021, che nondimeno s'inscrive in un ordine di idee non poco distante, per impostazione metodica e svolgimenti teorici, da quello di qui.

[30] Non si è, peraltro, avuto un adeguato approfondimento della questione teorica relativa all'ordine logico e cronologico in cui stanno i "tipi" suddetti d'interpretazione conforme. In altri luoghi di riflessione scientifica ho preso le distanze dalla tesi che vorrebbe allo scopo meccanicamente applicato lo schema usuale consegnato dalla teoria delle fonti, assicurando pertanto la precedenza alla interpretazione conforme a Costituzione rispetto a quella a diritto eurounitario ed a diritto internazionale (con specifico riguardo alla CEDU). E ciò, per il fatto che il diritto dell'Unione è comunque assoggettato alla osservanza dei principi fondamentali di diritto interno, frequentemente evocati in campo in relazione alla salvaguardia dei diritti, nel mentre la Convenzione europea, in quanto fonte "subcostituzionale", sarebbe tenuta a prestare ossequio ad ogni norma della Costituzione.

Siffatto modo di vedere le cose espone tuttavia il fianco a plurimi (e, a mia opinione, insuperabili) rilievi critici, specie laddove – come qui – si presti specifica attenzione alle Carte dei diritti ed ai loro rapporti.

In primo luogo, infatti, suona strano che possa darsi un ordine gerarchico tra documenti tutti *materialmente* (o – come preferisce dire, seppur limitatamente alla Carta di Nizza-Strasburgo, la Consulta – *tipicamente*) costituzionali, vale a dire tra forme diverse di riconoscimento (in senso proprio) dei diritti fondamentali.

In secondo luogo, la conferma *per tabulas* del carattere forzato del trapianto al piano della teoria della interpretazione degli esiti teorico-ricostruttivi raggiunti al piano della teoria delle fonti viene, per un verso, dal diritto positivo, laddove – come si sa – è prescritta la interpretazione della Carta dei diritti dell'Unione in linea con quanto è stabilito nella CEDU, fatta nondimeno salva la clausola della miglior tutela, e, per un altro verso, dalla stessa giurisprudenza costituzionale che da tempo si è dichiarata dell'avviso che le Carte dei diritti debbano essere interpretate ciascuna alla luce delle altre e che, anzi, debbano reciprocamente e – è appena il caso di mettere in chiaro – *paritariamente* integrarsi nella interpretazione (part., sentt. n. 388 del 1999 e, più di recente, 84 del 2021, 145 del 2022, ed altre ancora).

della esistenza di una pluralità di Carte che danno il riconoscimento dei diritti stessi ed apprestano indicazioni essenziali in merito alla loro tutela incoraggia vistosamente la messa in atto della tecnica in parola, della quale nondimeno si fanno talora usi non adeguatamente vigilati. Ed è chiaro che politicamente connotato può essere tanto il modo con cui l'interpretazione in parola prende forma quanto quello con cui non se ne ha riscontro, vale a dire la decisione di ritenere preclusa la fattibilità dell'interpretazione stessa. Il punto è però che non può mai dirsi in astratto, *in vitro*, quando si ha l'una e quando l'altra cosa, dovendo piuttosto aversene la riprova in concreto, *in vivo*.

Di qui, appunto, la conferma che la medesima tecnica decisoria si presta tanto ad utilizzi appropriati, conformi ai canoni che presiedono alla sua messa in atto, quanto ad utilizzi scorretti, senza che peraltro sia sempre sicuro il riconoscimento degli uni e degli altri, specie laddove le pratiche della giurisdizione maturino in ambiti materiali ad oggi gravati da forti incertezze. Come dire, insomma, che non sempre è agevole stabilire, con riguardo alla tecnica decisoria in parola come pure ad altre, quando il giudice fa il… *giudice* e quando invece camaleonticamente si commuta in un operatore politico, per quanto invero si diano talune vicende processuali all'esito delle quali la risposta al quesito ora posto appaia non particolarmente disagevole e provvista di solido fondamento teorico.

3. *Un banco di prova particolarmente attendibile delle camaleontiche trasformazioni del giudice, in relazione alle spinose questioni d'inizio e fine-vita, e lo scarto viepiù vistoso tra modello ed esperienza che al riguardo si registra, specie per ciò che concerne forme e sedi istituzionali di riconoscimento e tutela dei diritti*

Uno dei banchi di prova maggiormente attendibili a riguardo delle mutazioni di pelle, di cui qui si viene dicendo, si ha sul terreno su cui è fiorita e va sempre più rigogliosamente crescendo la pianta dei c.d. "nuovi" diritti.

È sufficiente al riguardo prestare attenzione già al solo fatto in sé della "invenzione" dei diritti stessi: termine che qui pure utilizzo nel significato suo proprio, conosciuto sin dal tempo in cui è maturata la tradizione romanistica e quindi trasmesso integro fino ai giorni nostri[31], che è quello del portare alla luce ciò che è racchiuso negli strati più profondi del corpo sociale e dell'ordinamento, del disvelamento cioè della essenza stessa della materia costituzionale[32], ovverosia – come suol dirsi – del suo "nucleo duro"[33], quale mirabilmente rappresentato nella già richiamata formula di cui all'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

[31] Magistrale, al riguardo, la ricostruzione teorica di P. GROSSI, *L'*invenzione *del diritto*, Bari-Roma, 2017.

[32] Per i modi con cui esso può concretarsi, ragguagli possono, volendo, aversi dal mio *La "materia" costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 12 dicembre 2017.

[33] Su di che, per tutti, S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principî fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino, 2006.

I "nuovi"[34] diritti fondamentali, al pari peraltro dei vecchi, di cui si ha esplicito riscontro nella Carta, possono dunque essere solo *riconosciuti*, non già *costituiti*, altrimenti l'etichetta della "fondamentalità", di cui si fregiano, sarebbe da considerare ad essi posticciamente apposta. Di contro, si giustifica appieno (ed anzi si impone) proprio perché il riconoscimento dei diritti in parola non può non aversi. E ne è subito spiegata la ragione.

I diritti fondamentali, per l'idea che ho avuto modo di farmene nel corso di ripetute riflessioni ad essi dedicate, sono *bisogni elementari dell'uomo senza il cui appagamento l'esistenza non sarebbe libera e dignitosa*, per riprendere, estendendola oltre l'ambito lavorativo cui – come si sa – è espressamente riferita, l'efficace formula che figura nell'art. 36 della Carta.

Non sto qui a dire nuovamente delle vessate questioni cui ha dato (e dà) vita ciascuno dei termini di cui la definizione suddetta si compone[35]. Come che stiano al riguardo le cose, anche i nuovi diritti fondamentali sono dunque tali solo se riferibili alla definizione suddetta.

Il punto è però come acquisire sufficiente certezza in merito alla loro giusta ricognizione e – ciò che praticamente più conta – come stabilire quale sia la sede istituzionale maggiormente attrezzata per farvi luogo.

Per il primo aspetto, soccorrono, ancora una volta, *consuetudini culturali* di riconoscimento dei diritti diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale. È sempre e solo a quest'ultimo che occorre, dunque, volgere lo sguardo, ponendo in essere una scrupolosa e vigilata opera di scavo al suo interno, al fine di portare integro ad emersione ciò che esso racchiude e custodisce dentro di sé: proprio come fanno gli archeologi con passione, competenza, amore per quanto di meglio abbiamo ereditato da chi è venuto prima di noi e che abbiamo il dovere di trasmettere a coloro che verranno, per quanto possibile accudito con la massima cura e valorizzato come si deve.

Il *punctum crucis* della questione ora nuovamente discussa riguarda soprattutto il secondo aspetto, quello della sede in cui lo scavo e la venuta alla luce – per restare nella metafora – hanno da prendere forma nel modo migliore, alle condizioni oggettive (non sempre, per vero, benevoli) di contesto.

In più luoghi di riflessione scientifica ho avuto modo di patrocinare un modello teorico-ricostruttivo che vede demandato alla legge costituzionale il riconoscimento (nella sua ristretta e propria accezione) dei nuovi diritti, ricongiungendo pertanto forma e materia costituzionale, specie per ciò che attiene alla disciplina "a prima battuta" della

[34] Le virgolette si giustificano per il fatto che non si tratta di diritti autenticamente nuovi, potendosi pur sempre riportare alla omnicomprensiva formula di cui all'art. 2 della Carta, nel suo fare "sistema" con i principi fondamentali restanti e, segnatamente, con quello di cui all'art. 3. Ad ogni buon conto, l'opera di disvelamento in parola si presenta – com'è chiaro – particolarmente delicata ed impegnativa, pur giovandosi del costante e saldo riferimento a quelle *consuetudini culturali* di riconoscimento dei diritti, di cui si viene ora dicendo.

[35] In tema, un animato ed interessante confronto di punti di vista anche sensibilmente divergenti si è registrato nel corso del convegno di Cassino del 10-11 giugno 2016 su *Cos'è un diritto fondamentale?*, i cui Atti, a cura di V. Baldini, sono usciti per i tipi della Editoriale Scientifica di Napoli nel 2017.

essenza di quest'ultima. Le garanzie insite nella procedura aggravata[36], prescritta per la venuta alla luce degli atti di normazione in massimo grado espressivi di potere costituito, sono la migliore risorsa di cui si dispone per ciò che attiene al retto riconoscimento dei nuovi diritti. D'altro canto, è proprio grazie al fatto che essi vengono portati alla luce dallo strumento apprestato dall'art. 138 che possono vantare il titolo di partecipare ad armi pari coi vecchi ad operazioni di "bilanciamento" secondo i casi.

Alla fonte in parola dovrebbe, quindi, far seguito una normativa di prima attuazione, essa pure *per essentialia*, con legge comune, cui sarebbe quindi chiamata ad armonicamente saldarsi la finale attuazione per mano dei giudici, in ragione dei peculiari connotati dei casi e delle loro complessive esigenze. Verrebbe così a determinarsi una "catena" di atti normativi, per gradi discendenti di generalità, secondo la mirabile intuizione kelseniana, atti prodotti in modo tipico da organi chiamati ad esercitare ruoli parimenti tipici[37]; una catena fattasi via via sempre più lunga, dal momento che in casi viepiù ricorrenti essa si porta oltre i confini nazionali, alcuni degli anelli di cui si compone venendo forgiati dalle abili mani delle Corti europee cui, anzi, non di rado si deve proprio una sollecitazione vigorosa per la produzione di diritto interno orientata al riconoscimento dei diritti in parola.

Ebbene, questo modello – come si sa – è largamente "saltato".

La legge costituzionale si è rivelata un'arma spuntata: lo strumento non è stato, infatti, in pratica utilizzato per la parte sostantiva della Carta, nel mentre per la stessa parte organizzativa è andato (e va) incontro ad ostacoli non lievi di ordine politico-istituzionale per ciò che attiene ad un incisivo e, per quanto possibile, organico rifacimento dell'impianto costituzionale[38]. Ad ogni buon conto, per restare a ciò che è qui di specifico interesse, non è mai stato adoperato allo scopo di dar voce ai nuovi diritti fondamentali ovvero per integrare o emendare in più punti la disciplina dei vecchi.

La legge comune, poi, ora tarda a venire alla luce ed ora, quando invece se ne ha riscontro, esibisce carenze diffuse e di particolare gravità, secondo quanto peraltro è emblematicamente rappresentato dalla disciplina delle esperienze d'inizio e fine-vita[39].

---

[36] … in merito alla quale, di recente, acute notazioni in A.I. ARENA, *Libertà e pluralismo nella formazione delle leggi costituzionali*, Napoli, 2021.

[37] Seppure, dunque, le attività in parola possano tutte qualificarsi come "normative", è ad ogni buon conto da tenere ferma la reciproca caratterizzazione, proprio perché ciascuna di esse prende forma a seguito di procedimenti distinti ed appare pertanto idonea a dar vita ad effetti parimenti tipici.

[38] Ripetuti e, come si sa, fin qui andati a vuoto i tentativi posti in essere a tal fine, l'unica riforma di un certo respiro giunta in porto essendo rimasta quella del 2001 relativa al Titolo V, senza peraltro sottostimare gli effetti di sistema, fatti oggetto di valutazioni di vario segno, conseguenti alla drastica riduzione del numero dei parlamentari che nondimeno – rilevo qui di passaggio – dubito fortemente potrà giovare ad innalzare in apprezzabile misura il tasso di qualità – se così può dirsi – della rappresentanza politica, afflitta da una crisi lacerante che affonda le sue radici nel profondo del corpo sociale e che è, in primo luogo, crisi d'identità culturale e di senso dello Stato ispirato ai valori della Carta.

[39] Si rammenti, dunque, la sofferta vicenda della legge 40, fatta in buona sostanza a pezzi – come si sa – dalla giurisprudenza costituzionale, o le animate dispute concernenti le esperienze di fine-vita che immancabilmente si ripropongono ogni qual volta una persona in stato di grave sofferenza decida di porre fine ai propri giorni. In tema, nella ormai incontenibile letteratura (e limitando i riferimenti solo agli scritti di respiro monografico), v., almeno, per le esperienze della prima specie, S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015; A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra*

Di qui, l'esito di un innaturale sovraccarico di responsabilità gravante sui giudici, su *tutti* i giudici: sovranazionali e nazionali, costituzionali e non; e, per farvi fronte, si è fatto (e seguita senza sosta a farsi) appello alle tecniche decisorie sopra indicate (e ad altre ancora). È chiaro, infatti, che davanti a discipline legislative internamente sfilacciate e/o problematicamente compatibili con la Carta costituzionale e le altre Carte si è obbligati, per un verso, a far luogo ad un uso intenso (e talora forzoso) della tecnica della interpretazione conforme, nelle sue plurime espressioni, e, per un altro verso, a frequenti ricorsi alla Consulta come pure alla Corte dell'Unione in sede di rinvio pregiudiziale[40] e parimenti frequenti sono le chiamate in campo della Corte di Strasburgo a salvaguardia di diritti che, in un modo o nell'altro e per l'una o l'altra ragione, non ottengono ristoro presso i giudici nazionali.

È in questo quadro ed alla luce della evoluzione al suo interno registratasi che va visto il brusco *revirement*, cui si è poc'anzi fatto cenno, registratosi nella giurisprudenza costituzionale per ciò che attiene alle condizioni idonee a giustificare il sostanziale rifacimento dei testi di legge, *anche a "rima libera"*.

Della bontà della intenzione qui non discuto; discuto invece del modo con cui la stessa è realizzata e prendo risolutamente le distanze dalla "logica" perversa, machiavellica, secondo cui il fine giustifica il mezzo, senza limiti di sorta o eccezione alcuna[41]. Se si conviene, infatti, a riguardo della perdurante attualità della definizione di Costituzione racchiusa nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti, sopra cit., se ne ha che entrambi gli elementi di cui essa si compone sono indispensabili per la sopravvivenza stessa dello Stato costituzionale. È vero che la separazione dei poteri si pone in funzione servente nei riguardi dei diritti, al fine appunto del loro ottimale riconoscimento e appagamento; non è, dunque, in alcun caso o modo immaginabile che quest'ultimo

---

legislatore e giudici, Napoli, 2016; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali d'inizio-vita*, Milano, 2012, e, dello stesso, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Roma, 2020; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018; V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, Torino, 2019; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020; M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020. Per quelle della seconda, v., poi, S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Milano, 2012, e, dello stesso, *Disposizioni di trattamento e dignità del paziente*, Roma, 2020; G. RAZZANO, *Dignità del morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014; R.G. CONTI, *Scelte di vita o di morte. Il giudice garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la l. 219/2017*, Roma, 2019; S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bologna, 2021.

[40] Non è, d'altronde, per mero accidente che la stessa Corte costituzionale si avvalga non di rado dello strumento in parola, dopo aver finalmente superato una remora iniziale in tal senso [riferimenti, di recente, in F. TORRE, *L'assegno per il nucleo familiare sfugge dalla morsa della doppia pregiudizialità: occasione mancata o balzo in avanti per il dialogo tra Roma e Lussemburgo? (prime riflessioni a margine della sent. n. 67/2022*, in *Consulta OnLine*, 2/2022, 9 maggio 2022, 447 ss., spec. 452 ss.].

[41] Com'è stato, peraltro, finemente osservato da un'accreditata dottrina (A. PUGIOTTO, *Dalla "porta stretta" alla "fuga" dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2016, 169), sono sempre e solo i mezzi a "prefigurare" i fini.

possa aversi senza di quella o, peggio, in opposizione rispetto ad essa. Un esito, questo, al quale fatalmente, senza rimedio, conduce – come si è venuti dicendo – il sostanziale abbandono del limite delle "rime obbligate" e la sua innaturale conversione nelle "rime possibili".

4. ***Una succinta notazione finale, con riferimento al bisogno che la stessa giurisprudenza ponga argini alle proprie camaleontiche manifestazioni ed in relazione alla sempre più problematica salvaguardia della certezza del diritto ed alla parimenti incerta e comunque sofferta tenuta dello Stato costituzionale***

La conclusione della succinta riflessione svolta è, dunque, piana e, allo stesso tempo, inquietante: i giudici possono cambiare di continuo "pelle", secondo occasione, trasformandosi alla bisogna in operatori politici, prendendo cioè il posto di questi ultimi, laddove appaiano essere latitanti ovvero si dimostrino complessivamente inadeguati al ruolo particolarmente gravoso al cui adempimento sono chiamati, a fronte di domande sociali viepiù imponenti e pressanti.

Ad oggi, siamo – a me pare – in mezzo al guado, in seno ad un processo in corso connotato da incertezze e contraddizioni interne, del quale dunque non si vedono i prossimi, ulteriori sviluppi che nondimeno – come si è venuti dicendo – fanno temere a riguardo della tenuta dello Stato costituzionale e della sua evoluzione in linea di continuità rispetto alla sua originaria e genuina matrice.

L'augurio – come si avvertiva poc'anzi – è che la stessa giurisprudenza voglia porre argini e dare un complessivo orientamento ad alcune delle sue espressioni di maggior peso e capacità d'incidenza sulle dinamiche che connotano sia la forma di governo che la forma di Stato, stabilendo dunque le condizioni di contesto al ricorrere delle quali si renda possibile una produzione normativa a "rime libere" e precisando a quali parametri culturali la stessa sia comunque tenuta a fare riferimento. Solo così è possibile recuperare un minimo di certezze operative delle quali il processo, anche (e soprattutto) nelle peculiari manifestazioni che si hanno presso la Consulta, non può comunque fare a meno.

Il riconoscimento dei diritti fondamentali si è posto – come si sa – quale il naturale approdo della "lotta per la Costituzione" che ha infiammato il vecchio continente al tramonto del XVIII secolo e nel corso della prima metà del XIX: una lotta che ha avuto per obiettivo primario il bene indisponibile della certezza del diritto nella sua più elevata e qualificante espressione, quale certezza di diritto costituzionale (in senso oggettivo) e, allo stesso tempo, di certezza dei diritti costituzionali.

La domanda che mi pongo è allora la seguente: cosa ne è della certezza in parola, in entrambe le sue declinazioni, nel momento in cui i giudici in genere e la Corte costituzionale in ispecie[42] possono, secondo discrezionale (o, diciamo pure, politico) apprezzamento e senza limite di sorta, convertirsi camaleonticamente, secondo occasione, in operatori politici?

[42] … le cui decisioni – non si dimentichi – risultano essere sottratte ad ogni forma d'"impugnazione".

GdP
GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

DO RIGHTS PROVIDE NO SENSE OF BELONGING?*

ANTONIO IGNAZIO ARENA**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. "Liberi con". – 3. Diritto di voto e senso di appartenenza alla comunità. – 4. Diritto di associazione e senso di appartenenza alla comunità. – 5. Diritto d'iniziativa economica e senso di appartenenza alla comunità. – 6. Minimi spunti conclusivi.

1. *Introduzione*

La domanda che figura nel titolo riprende, in forma interrogativa, la tesi espressa da Seligman e Montgomery in un articolo pubblicato sulla rivista *Society* nel 2019[1].

Tale tesi presenta un impianto argomentativo tipicamente comunitarista[2]; ma i temi tipici del comunitarismo (in genere preordinati alla critica di concezioni individualistiche o comunque razionalistiche della giustizia) sono, in questo caso, impiegati per attaccare il liberalismo *tout court*[3] e la tutela dei diritti[4] così come

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Ricercatore (TD B) in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Messina.

[1] A.B. SELIGMAN, D.W. MONTGOMERY, *The Tragedy of Human Rights: Liberalism and the Loss of Belonging*, in *Society*, vol. 56, 2019, 203 ss., part. 206: « *Rights provide no sense of belonging, appeal to no sentiment of shared community, and eschew the obligations entailed by already existing ties*».

[2] In particolare, cfr. A. MACINTYRE, *Dopo la virtù. Saggio di teoria morale*, trad. it. a cura di M. D'Avenia, Roma, 2009, 104 s.

[3] Gli Autori scrivono del "trionfo" del liberalismo. Una tesi rigettata, oggi, anche da chi in passato l'aveva fortemente sostenuta: F. FUKUYAMA, *Il liberalismo e i suoi oppositori*, trad. it. a cura di B. Amato, M. Peroggi, Milano, 2022, 7: «Il liberalismo è sottoposto a pesanti minacce in tutto il mondo». Di indebolimento (in alcuni Paesi scomparsa) del liberalismo scrive J. LUCAKS, *Democrazia e populismo*, trad. it. a cura di G. Ferrara degli Uberti, Milano, 2006, 194 ss. Si v. anche A. D'ATENA, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 583 ss.

[4] Gli Autori non distinguono tra diritti umani, fondamentali e naturali. Per l'esigenza di una simile distinzione, tra i molti, v. C. BEITZ, *The idea of Human Rights*, Oxford, 2009, 8 ss.

concepita nelle liberaldemocrazie contemporanee[5] (alla maniera dei nazionalisti, dei populisti e, in generale, come caratteristico della tradizione degli anti-*lumières*)[6].

Secondo Seligman e Montgomery i diritti non generano senso di appartenenza alla comunità e, anzi, su di esso incidono negativamente.

Per "senso di appartenenza", nel campo delle scienze sociali e umane, si intende il sentirsi coinvolti, inclusi, accettati come componenti di un gruppo[7]. Nella lettura di Seligman e Montgomery il riconoscimento e la garanzia dei diritti determinano non senso di appartenenza, nell'accezione predetta, ma, quale conseguenza non voluta, individualismo e disintermediazione[8]: di qui l'esigenza – per gli Autori – di nuove "politiche della differenza"[9].

La concezione della tutela dei diritti sposata da Seligman e Montgomery è criticabile. Ciò almeno per tre ragioni.

1) Colpisce, anzitutto, che tra le cause della crisi delle comunità intermedie e del senso di appartenenza alla comunità politica vi sia la stessa idea di persona moralmente autonoma[10]. Un'idea che ha giocato un ruolo determinante nella lotta contro l'assolutismo e ancor oggi è alla base di ogni discorso sulla tutela delle libertà e sulle responsabilità sociali di ciascuna persona umana[11]. Le stesse "politiche della differenza" sono inconcepibili senza di essa[12].

---

[5] Nel saggio in commento vengono menzionati gli Stati europei e tra questi, talora, espressamente, l'Italia.

[6] Z. STERNHELL, *Contro l'illuminismo. Dal XVIII secolo alla guerra fredda*, trad. it. a cura di M. Giuffredi, I. La Fata, Milano, 2007, 135 ss. Sul nazionalismo contemporaneo, *ex plurimis* v. M. BILLIG, *Nazionalismo banale*, trad. it. a cura di F. De Leonardis, Soveria Mannelli, 2018, 113 ss.

[7] B.M.K. HAGERTY, J. LYNCH-SAUER, K. PATUSKY, M. BOUWSEMA, P. COLLIER, *Sense of belonging: A vital mental health concept*, in *Archives of Psychiatric Nursing*, 6/1992, 173.

[8] Su questi temi, come noto, la letteratura è amplissima. Tra i molti, v. M. AUGÈ, *Nonluoghi*, trad. it. a cura di D. Rolland, Milano, 2018, 94 ss., che pone l'accento su nuovi paradigmi antropologici generati dalle trasformazioni economiche; Z. BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale*, trad. it. a cura di G. Bettini, Milano, 2008, 17 ss., che critica le politiche neoliberiste; R. NISBET, *The Quest for Community*, Wilmington, 2014, 195 ss., che scrive di politiche e prassi ispirate da un *mix* di individualismo/statalismo.

[9] A.B. SELIGMAN, D.W. MONTGOMERY, *The Tragedy of Human Rights: Liberalism and the Loss of Belonging*, cit., 209: « *Living with difference is not about giving up one's deeply held (perhaps even moral) beliefs to live in community with another. It is about recognizing that some things cannot be shared, but also need not be resolved in order to share with others in community. Broadly implementing such an approach toward civil society involves taking belonging seriously, not only as something that emerges naturally but also as a quality that can be built through experience shared (made) with others. Development projects, educational missions, and political engagement would benefit from seeing difference as a resource rather than an obstacle. We are not suggesting that difference be praised in trivializing ways by pointing to the quaintness of cultural predilections. Living with difference is acknowledging the deep discomfort brought by very different and at times seemingly incompatible ways of being in community with others. It is, however, when we fetishize human rights at the exclusion of other human goods that we risk the loss of belonging. Human rights need not be the only mechanism for the extension of dignity. Dignity through the discomfort of difference is a way forward that allows belonging to exist without having to embrace the destructive and divisive rhetoric that seems to be on the rise*».

[10] A.B. SELIGMAN, D.W. MONTGOMERY, *The Tragedy of Human Rights: Liberalism and the Loss of Belonging*, cit., 206.

[11] R. DWORKIN, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Milano, 2007, 28 ss.

[12] C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotta per il riconoscimento*, trad. it. a cura di L. Ceppa, G. Rigamonti, Milano, 2008, 57.

2) In Seligman e Montgomery i diritti sono ridotti a garanzie cui gli individui "hanno titolo". Tale punto di vista emerge specialmente nell'affermazione per la quale "avere un'identità" è diverso da "appartenere": «*Having an identity is not the same as belonging to a community*»[13]. In altre parole, l'appartenenza e il diritto all'identità (particolarmente se inteso come diritto a scegliersi un'identità) non dovrebbero essere confusi. Il liberalismo è accusato di determinare tale confusione.

3) La visione antropologica sottesa alla tutela dei diritti sembra essere, per Seligman e Montgomery, quella lockeana incentrata sul "*proprium*" o – per dirla con Fromm – sull'avere caratterologico[14].

Una simile interpretazione della tutela dei diritti e dei suoi presupposti antropologici non corrisponde a quanto si riscontra nelle liberaldemocrazie contemporanee.

Può dirsi, al contrario, che in simili contesti il riconoscimento e la garanzia dei diritti generi senso di appartenenza, o più precisamente crei le condizioni necessarie e sufficienti a generarlo. Se ne discuterà, di seguito, senza pretese di esaustività, avendo riguardo all'ordinamento costituzionale italiano che, dopotutto, rientra tra quelli cui la tesi di Seligman e Montgomery si riferisce. La linea di ragionamento potrebbe forse adattarsi anche alle tradizioni costituzionali di altri Paesi, ma questa non può che rimanere, qui, una semplice ipotesi.

2. *"Liberi con"*

Secondo autorevole dottrina diritti inviolabili (o fondamentali) sono quelli indispensabili a condurre un'esistenza libera e dignitosa: «Bisogni elementari di ciascun essere umano senza il cui riconoscimento e l'effettiva tutela non potrebbe aversi un'esistenza libera e dignitosa»[15].

A ben vedere, l'art. 2 Cost., nello stabilire che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, come singolo e nelle formazioni sociali entro le quali si svolge la sua personalità, non offre una definizione di "diritto fondamentale". Tuttavia, da tale articolo può desumersi – e generalmente si è desunto[16] – che il riconoscimento sociale del diritto inviolabile è una premessa rispetto alla garanzia[17]. In

[13] A.B. SELIGMAN, D.W. MONTGOMERY, *The Tragedy of Human Rights*, cit., 205.

[14] E. FROMM, *Avere o essere?*, trad. it. a cura di F. Saba Sardi, Milano, 1978, 117.

[15] A. RUGGERI, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in ID., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XX, Estratto, Torino, 2017, 102.

[16] A.A. BARBERA, *art. 2*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 80 ss.

[17] In argomento, tra i molti, v. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia giuridica*, XI, Roma, 1989, 10 ss.; P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 51 ss.; L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1/1995, 33 ss.; O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002, 333 ss.; P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015, 24 ss.; L. FERRAJOLI, I *diritti fondamentali: una nozione estranea alla teoria kelseniana*, in ID., *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, 2016, 52 ss.; P.F. GROSSI, *Diritti fondamentali e diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, in ID., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova, 2008, 1 ss.; R. GUASTINI, *Esercizi d'interpretazione dell'art. 2 cost.*, in *Ragion pratica*, 2/2007, 325 ss.;

altre parole, «riconoscere implica un dato preesistente nella realtà sociale, rispetto al quale la norma giuridica segue»[18].

I diritti, dunque, in quanto rispondenti a bisogni elementari della persona umana (concepiti a livello sociale, prima ancora che giuridico, in simili termini), sono indispensabili per sviluppare il senso di appartenenza alla comunità. I diritti non presuppongono, secondo quanto si ricava dalla Costituzione, e contrariamente a quanto traspare dal saggio di Seligman e Montgomery, un'antropologia individualista (l'*homo oeconomicus* della teoria economica classica) o relazioni basate ordinariamente su egoismo e conflittualità (l'*homo homini lupus* di hobbesiana memoria)[19].

La tutela dei diritti è concepita, in Costituzione, quale presupposto per un'esistenza libera e dignitosa, e quest'ultima implica l'appartenenza della persona alle comunità intermedie e alla comunità politica. Avere un diritto – contrariamente a quanto sembrano pensare Seligman e Montgomery – non significa quindi, "solo", essere abilitati a perseguire i propri interessi, individualisticamente intesi, o essere protetti da ingerenze e aggressioni altrui, ma anche (anzitutto) essere liberi con l'altro, essere cioè in relazione vitale e circolare con l'altro, in una dinamica di mutuo rispetto e finanche di sinergia e sostegno[20].

Ciò non vuol dire sposare un punto di vista ingenuamente ottimistico: senza l'impegno delle istituzioni per rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale di cui fa menzione l'art. 3, comma II, Cost., naturalmente, la tutela delle libertà non può essere effettiva[21]. Tale impegno dev'essere profuso in ogni ambito del sociale, particolarmente economico. Ciò in quanto le diseguaglianze economiche tendono a tradursi in diseguaglianze culturali (con tutte le conseguenze che questo può avere sulla democrazia intesa come "Stato di cultura"[22]) e politiche (si è scritto, al riguardo, di una vera e propria «osmosi fra economico e politico»[23]). Del che offre riprova l'articolata

---

F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 3 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1984, 133 ss.; E. ROSSI, *art. 2*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 38 ss.; A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, III, Torino, 2016, 2104 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 148 ss.

[18] M. CARTABIA, *Cooperazione e mutualità: la Costituzione come storia di popolo*, Roma, 2019, 37. Potrebbe farsi notare che il modo in cui un diritto è concepito nel contesto sociale costituisce un aspetto decisivo per la sua stessa interpretazione: secondo la nota tesi di P. HÄBERLE (*Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, trad. it. a cura di P. Ridola, Roma, 2005, 177 ss.), infatti, i diritti (e i doveri) costituzionali possono essere meglio compresi proprio a partire dalla considerazione del modo in cui i loro "portatori" li intendono: l'autocomprensione dei diritti, a livello sociale, diventa quindi un elemento chiave per l'interpretazione da parte dello studioso e degli operatori del diritto in genere.

[19] Significative indicazioni, in tal senso, spec. in C. cost., sent. n. 131 del 2020, p. 4 *cons. in dir.*

[20] Cfr. L. D'ANDREA, *Democrazia e potere economico: la "forma" del primato costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3/2018, 1018.

[21] F. GIUFFRÈ, *Alle radici dell'ordinamento: la solidarietà tra identità e integrazione*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, III, Napoli, 2021, 1942 s.: «In un contesto ispirato al principio democratico, dunque, la valenza sociale ed economica del principio costituzionale di solidarietà trova immediato riferimento nella previsione dell'eguaglianza sostanziale e nella puntuale garanzia dei diritti sociali a livello costituzionale».

[22] E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella costituzione italiana*, Napoli, 1961, part. 98.

[23] A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, 29 s.

disciplina costituzionale dei rapporti economici, fittamente intrecciata a quella dei rapporti civili, etico-sociali e politici[24].

Ogni intervento pubblico in ambito economico, rivolto a rendere effettivo il godimento dei diritti, concreta e non meramente astratta la libertà[25], dev'essere calibrato sulla dimensione fattuale e quindi dar vita alle condizioni per un'integrazione sociale non basata sull'omologazione, ma capace di tenere adeguatamente in conto le differenze[26] (come auspicano Seligman e Montgomery). In questo senso, la "politica delle differenze" altro non è che la "politica dei diritti"[27].

In definitiva, il senso di appartenenza alla comunità politica e la disintermediazione sociale non sono il prodotto della tutela dei diritti o della cultura liberale, a meno che dell'una e dell'altra non si voglia veicolare una raffigurazione distorta.

Di seguito, si cerca di mostrare come il fenomeno che preoccupa Seligman e Montgomery sia piuttosto determinato: a) dalla corruzione delle pratiche sociali nelle quali si concreta l'esercizio dei diritti fondamentali ("questione morale") e b) dalla mancanza di effettività nella tutela dei diritti ("questione socio-economica"). A tal fine, è parso utile muovere da tre esempi relativi rispettivamente ai diritti: di voto, di associazione e d'iniziativa economica.

3. *Diritto di voto e senso di appartenenza alla comunità*

Il voto è, come noto, un dovere. È stato ricompreso espressamente tra i doveri inderogabili nei quali si traduce a livello giuridico-costituzionale la solidarietà "fraterna"[28]. Si tratta, però, anche di un diritto fondamentale. È ormai consolidato,

---

[24] M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V, Torino, 1990, *passim*.

[25] G. SILVESTRI, *Dal potere ai princìpi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, 73 ss.

[26] L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 87 ss.

[27] B. PEZZINI, *Dimensioni e qualificazioni nel sistema costituzionale di solidarietà (a proposito di eguaglianza ed effettività dei diritti e tematizzazione della differenza)*, in B. PEZZINI, C. SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Milano, 2005, 93.

[28] S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Diritto e società*, 1/1996, part. 11. Non è possibile soffermarsi, in questa sede, sul complesso tema del rapporto tra diritti inviolabili e doveri inderogabili e sulla "doverosità" dei diritti. A quest'ultimo riguardo v. i contributi raccolti in F. MARONE (a cura di), *La doverosità dei diritti. Analisi di un ossimoro costituzionale?*, Napoli, 2019, e part. L. D'ANDREA, *Il dovere di cura della salute e il c.d. "Paradosso di Böckenförde"*, 59 ss. e E. ROSSI, *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, 9 ss. Ancora, in argomento v. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 3/1991, 343 ss. In generale, sui doveri inderogabili, *ex plurimis*, v. G. GEMMA, *Doveri costituzionali e giurisprudenza della Corte*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, 2007, 365 ss.; G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 10 ss.; A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013, 105 ss. Sul tema della solidarietà, tra i molti v. A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano, 2012, 9 ss.; L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2016, 57 ss.; I. MASSA PINTO, *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: "come se" fossimo fratelli*, Napoli, 2011; ID., *Principio di solidarietà, abuso del diritto e indefettibile necessità di un ordinamento coercitivo: appunti*

infatti, «l'inserimento del diritto di voto in ambito pubblicistico nella lista dei cosiddetti diritti inviolabili»[29].

Pare di poter affermare che l'attribuzione di questo diritto e il suo esercizio siano indispensabili per sviluppare senso di appartenenza alla comunità.

Ciò, in primo luogo, in quanto votare costituisce un bene per la persona, la quale – nella prospettiva democratica – non può coltivare alcun senso di appartenenza alla comunità senza "far pratica" della vita politica, senza cioè acquisire consapevolezza del suo appartenere alla comunità politica mediante la partecipazione.

Il riconoscimento di un diritto fondamentale è correlato alla convinzione diffusa all'interno del contesto comunitario che le attività nelle quali si estrinseca l'esercizio del diritto medesimo costituiscano un bene per la persona umana. Negli ordinamenti democratici contemporanei l'attribuzione di un eguale diritto di elettorato attivo a tutti i componenti della comunità politica (o almeno a tutti coloro ritenuti capaci di esercitare tale diritto[30]) è intesa, oltreché come un riflesso della loro eguaglianza, come un bene per le stesse persone portatrici del diritto.

Il voto è considerato un diritto inviolabile anche perché esserne titolari è un bene per il singolo, in quanto consente di non concepirsi come meri destinatari degli atti del potere pubblico e spinge, almeno in qualche misura, a informarsi in relazione alle scelte da compiere in occasione delle votazioni popolari e acquisire una (relativamente) superiore consapevolezza delle questioni di pubblico rilievo[31].

---

per una riconsiderazione della dottrina pura del diritto al tempo dell'anomia, in *Costituzionalismo.it*, 1/2016, 69 ss.; F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma, 2012; F. POLACCHINI, *Il principio di solidarietà*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, 2013, 227 ss.; A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2017, 21 ss.

[29] F. LANCHESTER, *Voto (diritto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milano, 1993, 1108. Non è possibile, in questa sede, dilungarsi sul complesso problema relativo al rapporto tra cittadinanza e diritti politici e sull'esigenza, che comunque si ritiene abbia fondamento costituzionale, che lo iato tra appartenenza alla comunità dal punto di vista giuridico e politico, da una parte, e culturale ed economico, dall'altra, non sia troppo ampio. In argomento, tra i moltissimi contributi, basti qui rinviare a F. BILANCIA, *Paura dell'altro. Artificialità dell'identità e scelta dell'appartenenza*, in F. BILANCIA, F.M. DI SCIULLO, F. RIMOLI (a cura di), *Paura dell'altro. Identità occidentale e cittadinanza*, Roma, 2008, 224 ss.; V. CRISAFULLI, D. NOCILLA, *Nazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milano, 1977, 787 ss.; C. DE FIORES, *Nazione e Costituzione*, I, Torino, 2005; E. GROSSO, *La titolarità del diritto di voto*, Torino, 2001, 106 ss.; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari di diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2/1992, 224 ss.; R. ROMBOLI, *Problemi interpretativi della nozione giuridica di popolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1/1984, 167 ss.

[30] Cfr., per tutti, F. LANCHESTER, *Voto (diritto di)*, cit., 1107: «La democraticità degli ordinamenti costituzionali contemporanei viene valutata sulla base dell'estensione massima del diritto di voto ai componenti dell'aggregato (definiti – nella quasi totalità – dal legame di cittadinanza senza distinzioni di sesso, razza o altro parametro che non sia quello del raggiungimento della capacità civile) e dall'esistenza (e dalla concreta applicazione) di "*standards*" qualitativi per la espressione della volontà degli stessi».

[31] Sul nesso tra diritti politici e sfera pubblica critica, sul piano storico-filosofico, d'obbligo il rinvio a J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, trad. it. a cura di A. Illuminati, F. Masini, W. Peretta, Roma-Bari, 2006, 209 ss. Si v. anche C. GALLI, *Quattro rivoluzioni e oltre: al di là del disagio della democrazia*, e P. MARSOCCI, *Aspetti giuridici del controllo pubblico. Verso il* default *del costituzionalismo democratico?*, entrambi in G. ALLEGRI, M.R. ALLEGRI, A. GUERRA, P. MARSOCCI (a cura di), *Democrazia e controllo pubblico dalla prima modernità al* web, Napoli, 2012, 25 ss. Fondamentali indicazioni su democrazia formale e informale, diritti politici e libertà di manifestazione del pensiero in C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 51 s. e P. BARILE, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, 11. Ancora si v. C.

La capacità di giudizio sulle questioni di interesse collettivo, o l'attitudine a includere il punto di vista degli altri nella discussione delle medesime questioni, sono aspetti che strutturano positivamente la personalità. Lo spirito critico o l'altruismo possono essere considerati delle "virtù" ed è bene che coloro che partecipano alla vita politica di una comunità le possiedano. Le virtù, però, secondo una convinzione plurisecolare non si possono acquistare altrimenti che con la pratica[32]. Si è anzi osservato che proprio tramite le "virtù costituzionali", tramite "il buon agire concreto", si inverano i principi sui quali il sistema costituzionale si fonda; principi che altrimenti resterebbero «astratte enunciazioni di ottimi propositi»[33]. Consentire al maggior numero possibile di persone di partecipare alla vita pubblica sembra essere il solo modo per dare l'opportunità a ciascuno di acquisire le virtù a ciò necessarie. La (molto discussa) giurisprudenza della Corte costituzionale in materia elettorale testimonia quanto sia importante, per il singolo, la garanzia del diritto di voto[34] e per i sistemi democratici tutelare l'eguaglianza del voto (il «circuito democratico definito dalla Costituzione» è «basato sul principio fondamentale di eguaglianza del voto»[35] e il sistema elettorale «riflette, in ultima analisi, l'identità specifica dello Stato democratico di diritto»[36]).

Vi sono poi altre ragioni sottese al riconoscimento del diritto di voto che indicano come questo sia determinante per sviluppare il senso di appartenenza alla comunità. Nel riconoscere il diritto di voto a prescindere dall'acquisizione di particolari competenze tecniche le costituzioni liberaldemocratiche assumono non che alla vita politica del Paese possano prendere parte persone incompetenti, ma che le competenze necessarie alla partecipazione politica non abbiano una "natura tecnica" e non possano essere accertate mediante "valutazioni tecniche". Ciò che dal punto di vista democratico appare criticabile (e, anzi, si assume non possa essere provato) è che sia possibile individuare (con criteri diversi dalla mera scelta politica) esperti (nella determinazione dei fini e dei mezzi) della politica ai quali soltanto, nell'opposta prospettiva tecnocratica, occorrerebbe rimettere il governo della comunità[37]. Per ciascuna persona,

---

CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna, 2013, 157 ss.

[32] Riprendendo un insegnamento che risale ad ARISTOTELE (v. *Etica nicomachea*, Libro II, 1103a-b, trad. it. a cura di C. Mazzarelli, Milano, 2011, 87), Q. CAMERLENGO, *Virtù costituzionali*, Milano-Udine, 2017, 30 ss.

[33] Q. CAMERLENGO, *Virtù costituzionali*, cit., 26.

[34] Cfr. G.U. RESCIGNO, *Il diritto costituzionale di voto secondo la Corte di cassazione e la Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2014, 30, in nota («*Non fingevano una lite le parti attrici nel momento in cui hanno chiesto di tutelare un loro diritto soggettivo a loro dire leso dalla legge elettorale*, non fingevano nulla i giudici di merito quando hanno dato torto alle parti attrici, non fingeva nulla la Corte di cassazione e non ha finto nulla la Corte costituzionale, nel momento in cui ha costruito il diritto soggettivo di voto alla luce di principi costituzionali non scritti e giudicato violato questo diritto; diventa possibile parlare di finzione in questo caso solo se si sostiene che i principi di diritto non scritti sono finzioni; ritengo che questo modo di parlare e concettualizzare sarebbe in questo caso fuorviante e non rispecchi *la realtà dei legami intellettuali e spirituali tra gli esseri umani*» – corsivi aggiunti).

[35] C. cost., sent. n. 1 del 2014, p. 3.1. *cons. in dir.*

[36] V. BALDINI, *Il legislatore (elettorale) impenitente…*, in *Diritti fondamentali*, 1/2018, 3.

[37] Cfr. P. CARROZZA, *Tecnica e politica: la necessaria complementarietà* ed E. CATELANI, *Politica e tecnica: presupposti inscindibili del buon governo*, in G. GRASSO, R. PERRONE (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016, risp. 89 e 124 ss.; C. PINELLI, *Governi populisti, governi tecnocratici, governi democratici*, in *Parolechiave*, 1/2012, 137 ss. Fondamentali le riflessioni sul piano filosofico-

il fatto di essere riconosciuta capace di partecipare alla vita politica della comunità è un elemento imprescindibile per potersi considerare parte della stessa.

Infine, il voto costituisce un diritto indispensabile per sviluppare senso di appartenenza alla comunità almeno per un'altra ragione. La storia delle istituzioni mostra come l'estensione del suffragio e il riconoscimento dei diritti sociali siano connessi, perché l'allargamento della partecipazione consente di far emergere interessi e bisogni della collettività che altrimenti potrebbero rimanere, più facilmente, estranei alle determinazioni assunte dagli organi d'indirizzo politico[38]. Anche in ragione del mancato riconoscimento dei diritti politici come diritti inviolabili, in un contesto autocratico, le garanzie sociali possono aversi al prezzo delle libertà individuali[39]. Per la medesima ragione, in un'aristocrazia, la garanzia dei diritti civili risulta generalmente priva di effettività per la mancata tutela dei diritti sociali. Basti pensare all'ottocentesco Stato "borghese"[40]: gli esclusi dalla partecipazione politica vedevano, infatti, ridotti i loro diritti civili a diritti "sulla carta". Solo un sistema democratico consente di ricercare (sia pur faticosamente) forme di tutela, al contempo, dei diritti civili e dei diritti sociali. E ciò è possibile in quanto, entro la sfera politica, (tendenzialmente) tutti i componenti della comunità sono riconosciuti (e vicendevolmente si riconoscono) come persone le cui opinioni politiche possiedono il medesimo "peso" e richiedono pari reciproco rispetto[41]. Le forme democratiche di partecipazione – basate su libertà, eguaglianza, pluralismo – costituiscono, dunque, per il cittadino, presupposto per potersi riconoscere nelle pratiche e nelle norme che governano la vita in comunità.

Ove, però, si tengano comportamenti che corrompono il significato del voto come diritto (e dovere), esso appare (erroneamente) inidoneo a generare senso di appartenenza alla comunità.

Ciò si verifica, ad esempio, quando il voto diviene una merce. Vendere il proprio voto (o acquistare il voto altrui) significa – a tacere delle responsabilità giuridiche – violare il "patto" di reciproco rispetto che è alla base del riconoscimento del diritto. In una società nella quale la compravendita dei voti è diffusa (ancorché illegale), la pratica del voto non alimenta nessun senso di appartenenza alla comunità. Suscita piuttosto distacco e, auspicabilmente, indignazione fra quanti riconoscono l'abuso. Alimenta una "contro-cultura" che degrada le relazioni, le corrompe, le abbassa al livello di

---

politico di R.A. DAHL: v. *Sull'uguaglianza politica*, trad. it. a cura di A. Cesarini Patrono, Roma-Bari, 2006, 7 ss. (part. sul c.d. "presupposto della eguaglianza intrinseca"), nonché *Democrazia o tecnocrazia? Il controllo delle armi nucleari*, trad. it. a cura di E. Alessandrini, Bologna, 1987, 44 (dove si legge: «Anche se può sembrare sorprendente, entrambi gli ideali [democratico e tecnocratico] presuppongono che la gestione del governo statale dovrebbe essere affidata soltanto a chi ha le qualità per farlo»).

[38] M. RUBECHI, *Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive*, Torino, 2016, 24 s.

[39] Può aversene una riprova considerando la legislazione in ambito sociale ed economico durante il ventennio fascista: tra i molti v. S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna, 2010, 117 ss.; P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2009, 245 ss.; G. MELIS, *Fascismo* (ordinamento costituzionale), in *Digesto discipline pubblicistiche*, VI, Torino, 1990, 269 ss.

[40] Cfr., per tutti, M.S. GIANNINI, *Il potere pubblico. Stato e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 46 ss.

[41] Cfr. F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino, 1999, 82 ss. Si v. anche, in termini filosofici, J. HABERMAS, *Fatti e norme*, trad. it. a cura di L. Ceppa, Roma-Bari, 2013, part. 93 e A. HONNETH, *Il diritto della libertà. Lineamenti per un'eticità democratica*, con prefazione di G. Zagrebelsky, trad. it. a cura di C. Sandrelli, Torino, 2015, 45 ss.

complicità richiesto. Tuttavia, il cuore del discorso è questo: non è il diritto di voto la causa del venir meno del senso di appartenenza alla comunità. Al contrario, il diritto di voto – per le ragioni che si sono ricordate – è condizione indispensabile per svilupparlo.

4. *Diritto di associazione e senso di appartenenza alla comunità*

Un secondo esempio di come i diritti creino senso di appartenenza alla comunità è offerto dalla libertà di associazione.

Unicamente attraverso la formazione di organizzazioni sociali (più o meno) complesse, alcuni essenziali interessi della persona possono trovare pieno appagamento e la società stessa, nel suo insieme, realizzare autentici progressi in termini di miglioramento delle condizioni di vita di tutti i suoi componenti. Questo può dirsi in modo particolare delle associazioni, protagoniste di quell'«universale movimento»[42] al quale, secondo la lezione di Tocqueville, si lega tanta parte della libertà dei cittadini in una democrazia. Pur non trascurando di tener a mente che talora ingiustizie possono consumarsi anche entro le associazioni (e le formazioni sociali in genere)[43], esse giocano un ruolo importante nella garanzia dei diritti. Le associazioni promuovono il riconoscimento di "nuovi diritti", sono luoghi di discussione delle questioni di interesse collettivo e sono spesso in grado di far emergere i problemi locali più urgenti, portandoli all'attenzione dell'opinione pubblica e offrendo a essi, non di rado, anche risposte efficaci e innovative.

Nella nozione di associazione è insita l'idea della cooperazione "stabile" ("solida", per far riferimento all'etimologia di "solidarietà"). È dunque il fatto stesso di dar vita o prendere parte a realtà associative che attiva processi informati al valore/principio solidaristico[44]. E, se così si può sintetizzare, la solidarietà nell'associazionismo si salda al pluralismo, in quanto l'esercizio della libertà di associazione comprende lo svolgimento "insieme" di attività eterogenee e per il perseguimento dei fini più vari.

Può essere interessante notare come quindi anche una libertà tradizionalmente considerata "negativa" (e – a differenza del diritto di voto – non qualificata, al tempo stesso, come dovere) costituisca premessa indispensabile per una società nella quale la persona possa sviluppare un senso autentico di appartenenza alle comunità intermedie oltreché alla comunità politica complessivamente considerata.

Se, però, come si è osservato a proposito del diritto di voto, si abusa della libertà di associazione e se ne corrompe il significato, la capacità delle associazioni di alimentare il senso di appartenenza alla comunità viene meno. Basti pensare alle associazioni vietate *ex* art. 18 Cost., sulle quali sarebbe inutile dilungarsi.

Inoltre, la libertà di associazione – al pari degli altri diritti fondamentali – può essere esercitata unicamente laddove il contesto sociale ed economico lo consenta. Ciò

[42] A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, trad. it. a cura di G. Candeloro, Milano, 2015, 249.

[43] Si v., per tutti, P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017, part. 103.

[44] Cfr. P. BARILE, *Associazione (diritto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, III, Milano, 1958, 838.

significa che se il sistema economico non è adeguatamente disciplinato e produce disintermediazione e disgregazione, i presupposti della vita associativa (cioè di una libertà di associazione propriamente intesa) vengono meno. Certo, come anche i difficili anni della crisi pandemica dimostrano, le nuove tecnologie possono venire in soccorso delle realtà associative in difficoltà. Sono state acquisite esperienze che potrebbero avere in futuro effetti positivi e strutturali sulle dinamiche dell'associazionismo italiano[45]. Non pare tuttavia che le nuove forme di vita associativa "a distanza" possano prendere il posto di quelle più familiari. Se, infatti, lo sviluppo tecnologico fornisce alle associazioni nuove opportunità, va segnalato che anche sfruttarle al meglio non può costituire una risposta soddisfacente alle problematiche nascenti dalla lacerazione e dallo sfilacciamento del tessuto sociale[46]. Ciò in quanto, come si è accennato, il principale motivo della crisi dei corpi intermedi sembra risiedere nelle politiche economiche praticate negli ultimi anni (spesso ispirate da una concezione neoliberista[47]) e quindi nell'eccesso di "liquidità" della realtà sociale, nella quale è divenuta un'autentica sfida (talvolta ai limiti del possibile) l'edificazione di relazioni sociali solide, strutturate e in grado di consentire ai singoli che ne sono parte di sviluppare a pieno la propria personalità, acquisendo l'autonomia indispensabile a un'esistenza libera e dignitosa (per riprendere, ancora, le parole dell'art. 36 della Carta). Si pensi alla conformazione del mondo del lavoro, segnato, tra l'altro, da rapporti precari, fenomeni di frequente mobilità, condizioni lavorative non sempre rispettose del diritto al riposo[48].

---

[45] Su nuove tecnologie e tutela dei diritti ormai amplissima la lettura. Tra i molti, v. G. BISCONTINI, M.E. COMBA, E. DEL PRATO, L.A. MAZZAROLLI, A. POGGI, G. VALDITARA, F. VARI, *Le tecnologie al servizio della tutela della vita e della salute e della democrazia. Una sfida possibile*, in *Federalismi.it*, 1/2020, 2 ss.; M. CUNIBERTI, *Nuove tecnologie della comunicazione e trasformazione della democrazia*, in ID. (a cura di), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione*, Milano, 2008, 359 ss.

[46] Del diffondersi di una «cultura» e «pratica della disintermediazione politica e sociale» scrive F. BASSANINI, *I corpi intermedi nella democrazia del XXI secolo: la sfida della disintermediazione*, in F. BASSANINI, T. TREU, G. VITTADINI (a cura di), *Una società di persone? I corpi intermedi nella democrazia di oggi e di domani*, Bologna, 2021, 309 ss.

[47] Cfr., tra i molti, M. BENVENUTI, *Democrazia e potere economico*, in *Rivista AIC*, 3/2018, 278 ss.; S. GAMBINO, *Stato sociale: una forma superata? Alcune riflessioni e qualche interrogativo sui rapporti tra democrazia e potere economico*, in *Rivista AIC*, 3/2018, 1 ss.; G. GRASSO, *Crisi economico-finanziaria, globalizzazione, teoria dei cicli funzionali (a margine a "La separazione dei poteri" di Gaetano Silvestri)*, in *Rivista AIC*, 2/2015, 8 ss.; G. PITRUZZELLA, *Crisi economica e decisioni di governo*, in *Rivista AIC*, 4/2013, 7 ss.

[48] Su Costituzione e lavoro, tra i molti, v. A. ALGOSTINO, *Democrazia sociale e libero mercato: Costituzione italiana* versus *"costituzione europea?"*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2007, 1 ss.; F. ANGELINI, *Il governo, il lavoro e la Costituzione nel c.d. "*Jobs Act*"*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2015, 13 ss.; G. COLAVITTI, *"Fondata sui lavori". Tutela del lavoro autonomo ed equo compenso in una prospettiva costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2018, 38 ss.; 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.; M.S. GIANNINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1/1949-1950, 1 ss.; M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, V, Torino, 2010, 2015 ss.; I. MASSA PINTO, *Costituzione e lavoro, totem e tabù*, in M. CAVINO, I. MASSA PINTO (a cura di), *Costituzione e lavoro oggi*, Bologna, 2013, 43 ss.; M. MAZZIOTTI, *Lavoro* (diritto costituzionale), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1973, 339 ss.; C. MORTATI, *art. 1*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 11 ss.; G.U. RESCIGNO, *Costituzione come progetto apicale e generale, eguaglianza sostanziale, lavoro*, in *Studi in onore di P.F. Grossi*, a cura di A. D'Atena, Milano, 2012, 1062 ss.; C. SALAZAR, *Alcune riflessioni su un tema* demodé*: il diritto al lavoro*, in *Politica del diritto*, 4/1995, 3 ss.; C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Milano, 1958, 50 ss.

È difficile prendere parte alle dinamiche tipiche dell'associazionismo e sviluppare progetti di medio-lungo periodo per chi si trovi in situazioni lavorative simili.

Bisognerebbe, dunque, riflettere su come creare le condizioni per l'esercizio effettivo della libertà di associazione. Servirebbero, infatti, politiche (relative a famiglia, istruzione, lavoro) idonee a favorire l'integrazione sociale spontanea. Chiaramente – bisogna aggiungere – non c'è da aspettarsi che tutto possa essere risolto mediante riforme legislative. Talora le realtà associative sono afflitte da quella stessa lentezza che non di rado contraddistingue la pubblica amministrazione. Eccessi di burocrazia, tempi lunghi, incapacità organizzativa sono in alcuni casi tratti caratterizzanti l'azione delle associazioni quanto quella delle istituzioni. Rimane, ciò nondimeno, che la libertà di associazione è indispensabile per sviluppare senso di appartenenza non solo a comunità intermedie, ma alla comunità politica complessivamente considerata. E, certamente, la sua tutela non è da ascrivere all'insieme delle cause determinanti la disintermediazione, come invece sembrano assumere Seligman e Montgomery.

5. *Diritto d'iniziativa economica e senso di appartenenza alla comunità*

Si è visto come le pratiche che corrompono il significato dei diritti e la mancanza di garanzie per il loro effettivo godimento da parte di tutti siano alla base del venir meno del senso di appartenenza alla comunità. Un terzo e ultimo esempio può essere utile a comprendere come "l'argomento della corruzione" non si riferisca ai soli casi di comportamenti vietati dalla legge. Per altro verso, può servire a comprendere come affermare l'esigenza di garantire l'effettivo godimento, per tutti, dei diritti, soprattutto attraverso l'intervento pubblico in ambito economico, non implichi un pregiudizio nei confronti del (libero) mercato.

Si prenda quindi in esame la libertà d'iniziativa economica. La Costituzione è nemica del mercato senza regole, ma protegge la libera iniziativa economica, il mercato autenticamente libero e partecipato che è, in quanto tale, un fattore indispensabile per una società solidale[49]. Come osservato in dottrina, «per la Costituzione, in sostanza, il mercato è un valore […] Per la Costituzione il mercato, mentre è giusto possa essere corretto in una varietà di casi, rimane una garanzia di libertà dell'individuo»[50]. E tale garanzia consente e, anzi, favorisce l'inveramento del principio solidaristico e rafforza il senso di appartenenza comunitaria.

Tradizionalmente la funzione sociale è considerata elemento "interno" alla libertà d'iniziativa economica quando questa si traduce nella cooperativa (art. 45), ma non altrimenti, e non in particolare quando essa si svolge nelle forme dell'impresa privata:

[49] Cfr. S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali*, Milano, 1986, 142 ss., cit. 145: «Il carattere peculiare della nostra "costituzione economica" si rinviene nel preminente riconoscimento dell'economia di mercato privata e nell'assegnazione alla "mano pubblica" di un intervento specifico e funzionale […] la Costituzione […] tutela la permanenza di un sistema economico basato sulla proprietà privata dei "beni economici", la quale si esprime nel potere sulle cose e non nel potere delle (che si manifesta attraverso le) cose».

[50] G. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano, 1983, 54.

«Alla cooperazione si riconosce una funzione sociale, ritenuta quindi connaturale al fenomeno; l'impresa privata invece – almeno secondo la lettura più convincente dell'art. 41 – non racchiude in sé una funzione sociale e l'utilità sociale vi giuoca solo come limite»[51]. Tale impostazione potrebbe essere criticata osservando che anche dell'attività di impresa è dato riconoscere la funzione sociale, che non ne costituisce unicamente un limite "esterno", ma la conforma e la caratterizza (deve caratterizzarla) "dall'interno" (non manca chi ha reso questo concetto discutendo di un nucleo minimo dell'utilità sociale "interno" alla libertà di iniziativa economica privata e di un contenuto ulteriore che dall'esterno la limita, individuato dal legislatore[52]). Potrebbe anche aggiungersi che, in disparte ogni considerazione relativa al "nome" cui si riferisce ("utilità", "fini", all'art. 41 Cost., "funzione" agli artt. 42 e 45 Cost.), è l'attributo "sociale" a essere, nel testo della Carta, «usato per disegnare un sistema che si basa sul principio solidaristico»[53]. Infatti, «nella funzione sociale della cooperazione e di tutta l'economia sociale di mercato trovano ospitalità, contestualmente e senza reciprocamente negarsi la dimensione individuale e la dimensione collettiva e sociale dell'umano agire»[54].

Non solo l'impresa sociale, contraddistinta dall'assenza di lucro soggettivo (almeno tendenzialmente)[55], o l'impresa c.d. "*benefit*"[56], ma le imprese private tutte giocano (o almeno possono – e secondo Costituzione devono – giocare) un ruolo importante nel delineare una società solidale (basti pensare alla creazione e all'organizzazione del lavoro)[57]. Peraltro, anche se non mai in funzione di sostituzione del sistema di servizi pubblici costituzionalmente doverosi, le imprese possono rafforzare per i propri dipendenti la rete di protezione sociale (c.d. "*welfare* occupazionale" o "*company-based"*)[58]. In questo ambito un ruolo importante è giocato dalle imprese sociali, che hanno alimentato le piattaforme di *welfare* aziendale come intermediarie ed erogatrici nella fornitura di servizi ai lavoratori.

La dicotomia Stato/mercato è inadeguata nella misura in cui venga intesa nel senso che fuori dallo Stato esiste unicamente la società dell'individualismo e dell'egoismo. Questa sarebbe una concezione incompatibile con la "profonda socialità" dell'essere umano, che è (senza ingenuità o ipocrisia) presupposta della Costituzione[59].

---

[51] A. NIGRO, *art. 45*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1980, 15.

[52] P. CAVALERI, *Iniziativa economica privata e Costituzione "vivente". Contributo allo studio della giurisprudenza sull'art. 41 Cost.*, Padova, 1978, 255.

[53] S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali*, cit., 122.

[54] M. CARTABIA, *Cooperazione e mutualità: la Costituzione come storia di popolo*, cit., 39 s.

[55] M.L. VITALI, *Riforma del terzo settore, nuova disciplina dell'impresa sociale e regole societarie*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 1/2020, 96 ss. quanto alla possibilità, entro certi limiti, per le imprese sociali, di disporre nel proprio statuto in difformità rispetto alla previsione legislativa relativa al divieto di lucro soggettivo.

[56] Si tratta di un tipo societario "a oggetto misto", volto contemporaneamente a perseguire uno scopo di lucro soggettivo e a operare con "finalità di beneficio comune".

[57] Le stesse scelte che ciascuno compie "nel mercato", ad es. "votando col portafoglio", possono essere un fattore importante di orientamento anche etico delle dinamiche economiche.

[58] F. MAINO, E. BARAZZETTA, V. SANTONI, *Il* welfare *aziendale: opportunità di investimento o "mercatizzazione" per il Terzo settore? Prime evidenze dal caso del Gruppo Cooperativo CGM*, in *Politiche sociali*, 2/2019, 274.

[59] Cfr. ancora C. cost., sent. n. 131 del 2020.

Ciò implica, però, al tempo stesso, che il mercato autenticamente libero non sia riguardato come nemico della solidarietà e del senso di appartenenza alla comunità. In Costituzione, «anche l'organizzazione economica del Paese […] è profilata come pluralistica, al pari dell'organizzazione politica e sociale, poiché è destinata, anch'essa, a proporsi come possibile luogo di libertà, di sviluppo della persona umana e di partecipazione»[60]. Solo laddove si favorisce l'impresa, e si rende effettivamente aperto e partecipato il mercato, la desertificazione dei corpi intermedi può essere arrestata perché si creano i presupposti per una società libera e, al tempo stesso, integrata, nella quale più facilmente iniziative solidaristiche possono essere realizzate[61].

Si può osservare, dunque, che anche una libertà come quella d'iniziativa economica privata, spesso associata, nel parlar comune, unicamente al perseguimento di interessi egoistici, se adeguatamente intesa ospita "un'anima solidale"[62]. Anche in questo caso, a determinare il venir meno del senso di appartenenza alla comunità non è il riconoscimento e la garanzia della libertà d'iniziativa economica, ma sono anzitutto le pratiche sociali che ne corrompono il significato. Si pensi a tutte le pratiche scorrette di un'impresa nei confronti dei consumatori, dell'ambiente, dei lavoratori, delle altre imprese, ecc. Talune delle pratiche cui si allude non sono vietate a livello legislativo, ciò nondimeno appaiono discutibili dal punto di vista non solo etico, ma anche costituzionale. Si pensi, ad esempio, al controverso caso dell'*emission trading*. Consentire a un'impresa di pagare per continuare a inquinare è in contrasto con l'idea dell'iniziativa economica quale fattore di progresso e miglioramento sociale, attraverso l'organizzazione del lavoro e la prestazione di beni e servizi utili al prossimo[63].

Ancora una volta, Montgomery e Seligman sembrano sbagliare bersaglio: non la tutela dei diritti, ma l'abuso dei diritti e l'impossibilità di esercitarli effettivamente fanno venire meno le condizioni per sviluppare il senso di appartenenza alla comunità.

Politiche che consentono l'abuso del diritto d'iniziativa economica, permettendo alla sfera economica di acquisire "dominio" sulle altre sfere della vita[64], o che non tutelano effettivamente la libera concorrenza[65], o che permettono alla logica di mercato di invadere ambiti della vita sociale nei quali non dovrebbe riscontrarsi (come negli esempi fatti della vendita del voto e dell'*emission trading*) o di erodere i presupposti per l'esercizio di altri diritti (come nel caso del diritto di associazione, messo alla prova da alcune politiche del lavoro); più in profondità, la diffusione di una cultura egoistica e/o grettamente utilitaristica; queste sono fra le cause del problema che preoccupa

[60] E. CASTORINA, *Le formazioni sociali del Terzo settore. La dimensione partecipativa della sussidiarietà*, in *Rivista AIC*, 3/2020, 367.

[61] Cfr. G. AMATO, *Relazione generale* («La concorrenza è geneticamente legata ai pilastri della democrazia, giacché entrambe combattono il potere abusivo») e G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?* («La tutela della concorrenza diventa una parte essenziale della Costituzione di una società libera e democratica»), in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma-Bari, 2019, risp. 27 e 16.

[62] L. D'ANDREA, *Democrazia e potere economico: la "forma" del primato costituzionale*, cit., 1011.

[63] Per brevità, sia consentito rinviare a *La tutela dell'ambiente nella Costituzione italiana*, in *Nuove Autonomie*, 1/2019, 135.

[64] Per riprendere M. WALZER, *Sfere di giustizia*, trad. it. a cura di G. Rigamonti, Roma-Bari, 2008, 102 ss.

[65] In proposito, v. ancora, per tutti, G. AMATO, *Relazione generale*, cit., 27.

Montgomery e Seligman. Non i diritti e la cultura liberale dei diritti, che semmai sono la soluzione (o, almeno, parte della soluzione).

6. *Minimi spunti conclusivi*

Alla luce di quanto si è osservato, pare di poter concludere – rovesciando l'impostazione qui criticata – che i diritti costituiscono, in una democrazia, condizione necessaria e sufficiente per sviluppare senso di appartenenza alla comunità. Causa della disintermediazione e della perdita del senso di appartenenza alla comunità politica non è la tutela dei diritti inviolabili o la diffusione di una cultura liberale. Per un verso, il problema ha le sue radici nella struttura economica della società e andrebbe affrontato attraverso adeguate politiche economiche e sociali; per altro verso, è un problema culturale e, in ultima analisi, morale. Va affrontato anch'esso con impegno e serietà, ma rimanendo saldamente ancorati ai presupposti di una convivenza sociale basata sui principi della democrazia e del liberalismo politico.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

IL CASO *ILVA* DI TARANTO E L'EMERGENZA COVID-19 NELL' AMBIGUITÀ DEL BILANCIAMENTO DEI DIRITTI FONDAMENTALI[*]

GERARDO SORICELLI[**]

SOMMARIO: 1. Premessa: il c.d. "Caso Ilva di Taranto" tra emergenza e Costituzione in raffronto alla pandemia Covid-19 – 2. Il bilanciamento dei diritti fondamentali dopo il caso Ilva ovvero il piano assiologico verso la tutela di "primazia" della salute sugli altri diritti fondamentali? – 3. Alcune riflessioni di sintesi.

1. *Premessa: il c.d. "Caso Ilva di Taranto" tra emergenza e Costituzione in raffronto alla pandemia Covid-19*

Il" Caso Ilva di Taranto" possiede numerosi profili di interesse: dal punto di vista umano investe un caso drammatico, dal punto di vista giuridico ma, soprattutto, costituzionalistico, sviluppa un andamento argomentativo particolarmente interessante: il percorso e il peso del bilanciamento dei diritti fondamentali in cui sono interessati il diritto alla salute dei cittadini e dei lavoratori in generale da un lato, e la salvaguardia dell'attività economica dall'altro. Più in particolare, la vicenda "Ilva", nei suoi profili più strettamente costituzionalistici, pone un problema di equilibrio tra il paradigma della tutela ambientale nel versante della tutela della salute pubblica e dei lavoratori e l'operatività dello stabilimento siderurgico di interesse strategico nazionale. Sotto il profilo dei fatti, ad un approccio repressivo incarnato nelle iniziative "cautelari" della magistratura tarantina sugli stabilimenti dell'Ilva fa da contraltare la logica dell'emergenza dei provvedimenti governativi sulla prosecuzione dell'attività produttiva[1]. Da un primo punto di vista, la nostra letteratura ha spesso inteso la

[*] Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

[**] Avvocato del Foro di Roma.

[1] Per un inquadramento complessivo dal punto di vista costituzionalistico della "vicenda Ilva", vedi E. PENCO, *Esenzione da responsabilità per attività autorizzata nella vicenda Ilva: considerazioni a margine del c.d. "scudo penale"* in *Legislazione penale*, Approfondimenti, 1 aprile 2020; D. PULITANÒ, *Una*

protezione costituzionale dei valori della persona come valori prevalenti su quelli patrimoniali, pur nella ricerca di un necessario contemperamento tra gli uni e gli altri, in guisa da non determinare un'ingiustificata e reciproca compromissione. Tuttavia, essendo testualmente previsti in Costituzione, i diritti fondamentali "non sono mai affermati in termini assoluti, ma fanno parte di un mosaico in cui altri valori e altri interessi costituzionalmente protetti possono legittimamente limitarne la portata attraverso un bilanciamento che rappresenta l'unica tecnica utilizzabile per contemperare una pluralità di interessi costituzionalmente concorrenti"[2]. Volendo trovare un tratto comune tra diritto alla salute e salvaguardia dell'attività produttiva, si potrebbe dire che essi non abbiano rilievo come posizioni soggettive, essendo piuttosto

---

nuova "Sentenza Ilva". Continuità o svolta? in *Giurisprudenza costituzionale,* 2/2018, 604 ss., il quale sottolinea l'anomalo intreccio tra interventi normativi e provvedimenti giurisdizionali nella ricostruzione del Caso Ilva come impossibilità di chiudere il caso in via definitiva; ID., *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge Ilva* in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2013, 1498 ss. dove si evidenzia l'approccio ambiguo tra le iniziative cautelari della magistratura e i poteri di gestione amministrativa in materia di crisi di industrie di interesse strategico nazionale; A. SCARCELLA, *Violato il diritto alla salute e quello ad un ricorso effettivo dei residenti nell'area ad elevato pericolo di inquinamento ambientale dell'Ilva di Taranto* in *Cassazione penale,* 5-6, 2019, 2293 ss. che insiste nella necessità di tenere presenti le politiche di tutela indicate dalla Corte EDU con i procedimenti nn. 54414/13 e 54264/15 dove si afferma che "la persistenza di una situazione di inquinamento ambientale ha messo in pericolo la salute dei ricorrenti e, più in generale, quella dell'intera popolazione che viveva nelle arre a rischio. La Corte ha inoltre dichiarato che le autorità nazionali non avevano assunto tutte le misure necessarie volte a garantire un'efficace protezione del diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata"; R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva",* in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 1505 ss., il quale prende spunto dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 85 del 2013 per delineare il delicato problema dei rapporti tra potere giudiziario e potere politico-amministrativo nella prevenzione dei reati ambientali." Le stesse premesse erano state fatte in ID., *L'ILVA e il soldato Baldini*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 122 ss. Per un'analoga ricostruzione dei differenti modelli di intervento, si veda G. MARINO, *Il "decreto Ilva" è incostituzionale* in *Diritto & Giustizia*, 53/2018, 7 ss., dove, nel contesto del contrasto tra poteri dello Stato, giudiziario e governativo, è necessario utilizzare un bilanciamento "ragionevole" dei diritti fondamentali interessati, come il diritto al lavoro, il diritto ai livelli ottimali di occupazione e il supremo diritto alla salute. Analogamente, sul difficile rapporto tra il caso Ilva di Taranto e l'esigenza di una maggiore "protezione legale" degli interessi costituzionali interessati, si veda l'ottimo saggio di E. VERDOLINI, *Il caso Ilva Taranto e il fil rouge degli interessi costituzionali: commento alla sentenza 182 del 2017 della Corte Costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali,* dove si afferma che la vicenda "Ilva" riveste molteplici questioni di rilievo giuridico soprattutto afferenti al diritto costituzionale. Per l'efficace distinzione tra i profili processuali e sostanziali delle questioni che la vicenda Ilva ha innescato nell'ambito delle interpretazioni della Corte costituzionale, si veda V. CAVANNA, *Il Gip di Taranto solleva una nuova questione di legittimità costituzionale sulla disciplina c.d. "Salva Ilva"* in *Ambiente e sviluppo*, 3/2019, 191 (commento alla normativa); Sulla stessa linea, con un profilo marcatamente penalistico, M. CATENACCI, *Il "caso Ilva" nel difficile rapporto tra governo e tutela penale dell'ambiente* in R. BORSARI (a cura di*), Itinerari di diritto penale dell'economia*, Padova, 2018, 55 ss.; G. AMENDOLA, *Ilva e il diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?,* in *Questione giustizia*, 10 aprile 2018; S. FREGA, *L'Ilva di Taranto di nuovo di fronte alla Corte costituzionale (osservazioni alla sentenza n. 58 del 2018)*, in *Consulta Online*, 23 luglio 2018; C. RUGA RIVA*, Il caso Ilva: profili penali-ambientali*, in *www.lexambiente.it,* 17 ottobre 2014; F. FORZATI, *Irrilevanza penale del disastro ambientale, regime derogatorio dei diritti e legislazione emergenziale: i casi Eternit, ILVA ed emergenza rifiuti in Campania. Lo Stato d'eccezione oltre lo stato di diritto*, in *Penale contemporaneo*, 11 marzo 2015:

[2] Cfr. G. VILLANACCI*, La ragionevolezza nella proporzionalità del diritto*, Torino, 2020, 14-15. Sulla ragionevolezza come principio del bilanciamento dei diritti fondamentali nella giurisprudenza europea e costituzionale a commento del D.L. 05/01/2015, n. 1, art. 2-Disciplina applicabile ad ILVA S.p.a. V. CAVANNA, *Il Gip di taranto solleva una nuova questione di legittimità costituzionale*, cit., 192 ss.; G. AMENDOLA, *ILVA: diritto alla salute (ed all'ambiente) e diritto al lavoro (ed alla produzione),* in *Industria e ambiente,* 7 novembre 2019.

funzioni strumentali all'eguaglianza sostanziale "che, a sua volta, è funzionale alla misura uguale delle possibilità di godimento dei diritti"[3]. In altri termini, si tratta di diritti che possono valere come pretese di prestazione nei confronti dello Stato, recuperando l'autorevole teorizzazione dei diritti di prestazione[4]. In quanto funzionali alla garanzia dell'uguaglianza appaiono, quindi, suscettibili di un rapporto di reciproca integrazione che non consente di stabilire la prevalenza assoluta dell'uno sull'altro, imponendo un bilanciamento tra principi e diritti fondamentali. Bilanciamento che scongiuri il predominio di un bene su altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette"[5]. Nella sostanza, ambiente, salute e diritti fondamentali come la salvaguardia delle attività produttive assumono un particolare peso specifico nel giudizio di bilanciamento, che i diversi momenti storico-sociali esaltano, a seconda del comune sentire sociale. In altri termini, le disposizioni costituzionali relative al diritto alla salute e ai rapporti economici annoverano istituti costituzionalmente protetti (ambiente, famiglia impresa, ecc.) e veri e propri diritti. Così, nulla vieta alle istituzioni preposte, in ordine all'accresciuto rilievo qualitativo dell'ambiente, visto nella declinazione della tutela della salute pubblica e collettiva, di prevedere una maggiore tutela in concreto, attraverso misure meno invasive per l'ecosistema ma sempre limitative per l'iniziativa economica[6]. Sotto questi profili, una prova importante della tenuta "ordinamentale" del giudizio di bilanciamento dei diritti fondamentali è offerta dalle clausole emergenziali contenute nella Costituzione, che esprimono il tentativo di razionalizzare (come ad es. il decreto-legge) l'emergenza, indebolendo la rigidità costituzionale. E' vero, d'altronde, che alcune situazioni di bilanciamento fra i diversi interessi coinvolti sono state contemplate dalle diverse legislazioni di emergenza Covid-19, dove i diritti fondamentali dei singoli sono entrati in tensione per le scelte di politica pubblica assunte nell'interesse della collettività (il caso Ilva è un precedente, "minore" del Covid-19, ma importante per le stesse ragioni argomentative)[7]. Così, la vocazione

[3] Nella letteratura giuridica dei diritti sociali, il tema è stato approfondito da L.R. PERFETTI, *L'attitudine della giraffa. Per una teoria dei diritti sociali come esercizio della sovranità, nella stagione della crisi del Welfare* pubblicato in M. FRANCESCA e C. MIGNONE (a cura di), *Finanza di impatto sociale, strumenti, interessi, scenari attuativi, Atti del Convegno, Lecce, 17-19 maggio 2018,* Napoli, 2020, 70; ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Diritto pubblico*, 2013, 61 ss.

[4] Ovvio il riferimento a S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in V.E. ORLANDO (a cura di*), Primo trattato completo del diritto amministrativo italiano,* Milano, 1900, 11 ss. Sui servizi pubblici e sociali come pretese a prestazioni nei confronti dello Stato, E. BALBONI, *I servizi sociali*, in G. AMATO e A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico. III. L'azione dei pubblici poteri, 5 edizione*, Bologna, 1997, 168; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2005, *passim*

[5] G. VILLANACCI, *La ragionevolezza*, cit., 15 ss.

[6] Sicché, "L'esaltazione del diritto ad un ambiente salubre e la centralità della prevenzione in materia di politica ambientale condiziona in prima battuta il giudizio di ragionevolezza sulla portata da assegnare al bene in questione e, in secondo luogo, il giudizio di proporzionalità inerente la lesione in concreto prospettabile del diritto temperato con altri, essendo più importante preservare piuttosto che ripristinare equilibri ormai compromessi" (G. VILLANACCI, *La ragionevolezza,* cit., 17).

[7] In tempi recenti la legislazione dell'emergenza ha previsto fondi alle imprese per proseguire la propria attività produttiva, a sostegno della ripresa economica e delle attività produttive. Segnatamente, al fine di consentire alle grandi imprese che si trovano in situazione di temporanea difficoltà finanziaria in relazione alla crisi economica connessa con l'emergenza epidemiologica da COVID-19 di proseguire la propria attività economica, con decreto 5 luglio 2021 del Ministero dello sviluppo economico, in

utilitaristica del bilanciamento fra singolo e collettività si trova connaturato nella c.d. "concezione universale" dell'emergenza sanitaria, che ricomprende in sé sia il caso Ilva che quello concernente il Covid-19 in una in una sorta di graduale potenziamento delle garanzie di tutela del diritto alla salute. Il termine "emergenza", infatti, rinvia, in una prima accezione "sociale", ad un evento eccezionale, ad un momento critico come quello che stiamo vivendo della pandemia virale. La seconda accezione, più strettamente giuridica, rinvia ai diversi provvedimenti istituzionali che, a livello di sistema, hanno cercato di evitare il diffondersi del Covid-19 ma, anche, di contenere la prevedibile crisi economica[8]. Muovendo dalla seconda accezione del termine, può essere utile rivolgere lo sguardo all'area del diritto costituzionale, dove l'apparente "Eclissi" delle libertà costituzionali deve fare i conti con la prevalenza di un "diritto speciale" dell'emergenza. Ciò pone in prima linea la centralità "normativa" del Governo e la "marginalizzazione" del Parlamento, per cui appare preferibile ragionare rilevando come la situazione di necessità abbia consentito l'attivazione di una serie di meccanismi previsti nella nostra Costituzione, a tutela di diversi interessi[9]. Strumenti riconducibili, in ultima istanza, al principio personalista e solidarista ex. art. 2 Cost., al principio di unità e indivisibilità della Repubblica ex art. 5 Cost. e ai c.d. principi supremi (di cui alla sentenza n. 1146 del 1988 della Corte costituzionale)[10]. Tutti gli Stati hanno reagito alla pandemia da Covid-19 con misure immediate che hanno imposto ai cittadini misure spesso incerte e criticabili ma concernenti, in egual misura, la sfera pubblica e la sfera privata[11]. Gli aspetti pubblicistici a cui si guarda con maggiore attenzione sono l'uso dei

---

attuazione delle disposizioni di cui all'art. 37 D.L. n. 41/2021, vengono definisti i criteri, le modalità e le condizioni per l'accesso all'intervento, con particolare riferimento alla verifica della sussistenza dei presupposti per il rimborso del finanziamento concesso dal Fondo. L'operatività delle disposizioni di cui al decreto in commento è subordinata alla notifica alla Commissione europea del regime di aiuti e alla successiva approvazione da parte della Commissione medesima.

[8] Per una chiara illustrazione degli effetti dell'emergenza nel campo dei contratti privati, V. CUFFARO, *Le locazioni alla prova dell'emergenza* in C. CICERO (a cura di), *I rapporti al tempo del Covid-19*, Napoli, 2020, 25 ss. Sulla consuetudine e sulla necessità come fonti del diritto e come fattori di legittimazione di "pieni poteri" e "poteri straordinari", Cfr. C. LATINI, *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra otto e novecento*, Milano, 2005, 95 ss.

[9] Cfr. G. BERNABEI, *Carattere provvedimentale della decretazione d'urgenza. L'amministrazione con forza di legge*, Milano, 2017, 32 ss., secondo il quale "sussiste una gamma di questioni di natura amministrativa risolvibili mediante l'adozione di atti del potere esecutivo, ma che, per la presenza di circostanze straordinarie ed imprevedibili, sono suscettibili di assumere una importanza tale che risulta irrinunciabile il ricorso a provvedimenti con forza di legge. In questi frangenti, questo aspetto dell'alta amministrazione esprime al massimo grado il potere discrezionale della pubblica amministrazione, chiamata ad intervenire al suo massimo livello, ossia mediante l'azione del Governo, momento imprescindibile di indirizzo dell'attività amministrativa puntuale al fine di garantire le finalità di interesse pubblico espresse, nel caso della decretazione d'urgenza, dall'art. 77 della Costituzione.

[10]Corte cost., 29 dicembre1988, n. 1146 in *Foro italiano,* 1989, I, 609 nota di A. PIZZORUSSO. Sul punto confronta l'elaborazione ricostruttiva è di L. ALBINO, *Stato di emergenza e costituzione italiana. Le fonti del diritto e la problematica ricostruzione della coerenza dell'ordinamento*, in R.A. SMOLLA, L. ALBINO (a cura di), *Diritto ed economia nello stato di emergenza: mutamenti strutturali nella (della) realtà sociale*, Milano, 2021, 1 ss. Sul tema della necessità come fonte del diritto di emergenza, in particolare si vedano U. DE SIERVO, *Emergenza covid e sistema delle fonti: prime impressioni,* in "*Osservatorio sulle fonti, fascicolo speciale 2020 - le fonti normative nella gestione dell'emergenza covid-19"*, 2020, 301; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta online*, 2020, 4.

[11] Osserva F. CAPRIGLIONE*, Emergenza coronavirus e finanza sostenibile* in D. ROSSANO (a cura di), *Covid-19, Emergenza sanitaria ed economica. Rimedi e prospettive*, Bari, 2020, 13 che "L'emergenza da

provvedimenti amministrativi c.d. "in deroga", finalizzati alla temporanea compressione delle libertà costituzionali, come la libertà personale, di circolazione, di riunione, di impresa, di libertà religiosa al fine di consentire un'efficace tutela della salute pubblica. Ciò ha comportato, di fatto, l'illimitata espansione del diritto alla salute, ex art. 32 Cost., a scapito degli altri diritti fondamentali. Appare vieppiù evidente come il bilanciamento dei valori costituzionali a confronto ed emergenti dai diritti fondamentali abbia costituito una delle maggiori criticità fondanti possibili responsabilità istituzionali per la violazione dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza dell'agire[12]. Di qui l'opportunità, emersa dal Caso Ilva, di determinare strategie economiche e sociali idonee a preservare forme di "sviluppo sostenibile"; in linea con l'esigenza di non causare squilibri dell'ecosistema, pur sempre nel rispetto della "dignità della persona, i cui diritti incomprimibili devono essere sempre e comunque assoggettati ad un vaglio di sostenibilità nel quadro complessivo delle risorse disponibili"[13]. In questo contesto, la vicenda "Ilva di Taranto" si è caratterizzata sia per la pervasività "delle misure e delle corrispondenti limitazioni o sospensioni dei diritti costituzionali di libertà," che per le lacunose dimensioni delle c.d. "regolazioni normative", spesso contraddittorie[14]. I tempi

---

coronavirus induce a riflettere, a ricercarne le radici ed a valutare i possibili percorsi da seguire per mettersi al riparo da eventi che in futuro espongano nuovamente la collettività alle intemperie di un nemico invisibile che colpisce alle spalle e, approfittando della sorpresa, fa strage di vite umane, sconvolgendo l'esistenza di molti paesi a causa dei disastri economici che dissemina al suo passare".

[12] Così C. CICERO, *Presentazione* in ID. (a cura di), *I rapporti giuridici al tempo del Covid-19*, cit., X. Sulla questione del mancato bilanciamento dei diritti anche con riferimento all'emergenza Covid-19, M. CARTABIA, La *Consulta ai tempi della crisi*, in *Il Sole24 ore,* 29/11/2019. la quale sostiene la necessità di "bilanciare tra diritti e diritti: tra i diritti di chi già partecipa al godimento di determinate prestazioni e i diritti di chi ne è escluso, oggi o nelle future generazioni, in nome della solidarietà, collante necessario di ogni comunità politica". Sulla incidenza della solidarietà e dell'uguaglianza nell'ambito del bilanciamento dei valori costituzionali in tema però di sostenibilità del debito pubblico, si vedano Corte cost., 11 febbraio 2015 n. 10 in *Quotidiano Giuridico*, 2015 nota di SALVATO e Corte cost., 14 febbraio 2019 n. 18 in *Foro italiano,* 2020, I, 76. G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale,* Napoli, 2006, spec. XIII; F.M. STORELLI*, La graduale limitazione dei diritti e delle libertà fondamentali nella stagione del coronavirus,* in *Iusinitinere*, 28 marzo 2020, dove si legge che "Il principio di proporzionalità, ai fini della necessità di tutela di un valore di rango costituzionale pari o superiore alle libertà fondamentali dei cittadini, quale è il diritto alla salute. Il principio di proporzionalità rappresenta un limite cui è soggetta ogni forma di esercizio del pubblico potere ed un canone di controllo sulle limitazioni dei diritti fondamentali, rappresentando un «grande principio costituzionale di carattere generale». Sul punto anche F. CAPRIGLIONE, *Emergenza coronavirus e finanza sostenibile*, cit., 18 si sofferma sul bilanciamento dei valori costituzionali dei diritti fondamentali. In particolare, Capriglione afferma che "La pandemia finisce col causare una sorta di sospensione della democrazia, in quanto alle decisioni di eccezionale gravità assunte dal Governo-in presenza di situazioni nelle quali è messo in pericolo il bene primario della salute, viene attribuito un "piglio autoritario" capace di limitare alcuni diritti garantiti dalla Costituzione (i.e. quelli di libertà di circolazione e di associazione, nonché il diritto allo studio". Sul punto, si veda G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *Sistema penale*, 16 marzo 2020

[13] F. CAPRIGLIONE*, Emergenza coronavirus e finanza sostenibile*, cit., 21. Orientata, in tal senso, anche Corte cost. 26 febbraio 2010, n. 80 in *Corriere giuridico*, 5/2010, 667 ss., Corte cost.,16 dicembre 2016, n. 275 in Sito *Il caso.it,* 2018 secondo la quale "la natura fondamentale del diritto impone alla discrezionalità del legislatore un limite invalicabile nel «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati», tra le quali rientra il servizio di trasporto scolastico e di assistenza poiché, per lo studente disabile, esso costituisce una componente essenziale ad assicurare l'effettività del medesimo diritto." Per i numerosi richiami giurisprudenziali e dottrinali sulla sentenza della Corte costituzionale n. 58 del 2018, Cfr. R. ROMBOLI, *Nota di richiami a Corte cost. 58/2018*, in *Il Foro italiano*, 2018, I, 1078.

[14] F.S. MARINI, G. SCACCIA, *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il suo impatto ordinamentale* in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020, XVIII

ristretti in una situazione di sistema del tutto inverosimile ed inedita a livello giuridico hanno fatto emergere, ancora di più, gli squilibri "ontologici" dell'ordinamento, nel loro divenire tra fonti normative, primarie e secondarie sia nello scontro tra poteri: giudiziario e governativo[15]. Ne è derivato un sistema ordinamentale così confuso, tale da operare una incerta commistione tra ambiti di materie: tutela della salute, tutela delle attività produttive, tutela dei livelli essenziali delle prestazioni che ha inciso non poco sul caso Ilva. Il ricorso eccessivo alle fonti di livello diverso in una situazione di emergenza, come quella che si sta vivendo, oltre a pregiudicare nella fase attuale la capacità di uno Stato di sviluppare politiche di crescita e, al tempo stesso, di coesione economica e sociale, scarica oneri pesanti sulla collettività[16]. Non solo, ma la tendenza a perpetuare lo stillicidio normativo dell'emergenza, fin dal caso Ilva, ha finito e sta finendo per paralizzare qualsiasi ragionevole progetto di risanamento che avrebbe dovuto preservare dalla compressione dei diritti costituzionali di libertà economica[17]. In tal senso, le politiche "dell'emergenza", già dal Caso Ilva, sono state oggetto di misure normative adottate dal Governo che hanno inteso tracciare un percorso di risanamento ambientale ispirato al bilanciamento tra il diritto alla salute e la libertà di iniziativa economica, in un rapporto di integrazione reciproca in cui la stessa tutela dei due diritti deve essere sistemica[18]. Il Governo, di fronte ai fatti emergenziali hanno fatto spesso uso del decreto-legge." che è andato in concorrenza con altre fonti normative, anche extra ordinem**,** variamente denominate, secondarie. Il decreto-legge nasce in via fatto e si afferma in deroga alle norme costituzionali sulla competenza, per la forza normativa del fatto emergenziale[19]. Sotto questo profilo è fisiologico, di conseguenza, che la necessità e l'urgenza, proprio per la *salus rei pubblicae*, consentono o addirittura impongono alle autorità pubbliche l'inosservanza delle regole sulle competenze e sulle procedure di approvazione degli atti normativi e, dunque, l'adozione di fonti *extra ordinem*"[20]. Nasce, quindi, l'interrogativo della presenza o meno in Costituzione del concetto di emergenza, sussumibile dalle norme costituzionali anche per via di un'interpretazione sistematica[21]. Di qui le domande di fondo del presente lavoro: il caso

---

ss**.** Sul tema dei diritti fondamentali, M.C. CARBONE, *La disciplina dell'emergenza e la tenuta della forma di governo parlamentare. Alcune brevi osservazioni a partire dalla normativa emergenziale in Spagna* in *Diritti fondamentali*, 1 giugno2020, 1 ss.; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e stato di diritto: una comparazione Italia-Germania* in *Diritti fondamentali*, 2/2020, 1 ss.

[15] Ancora si veda D. PULITANÒ, *Una nuova sentenza Ilva: continuità o svolta?*, cit., 604.

[16] Corte cost., 14 febbraio 2019, n. 18, in *Foro italiano,* 2020, I, 76.

[17] L. BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, Milano, 2020, XVI**;** F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?,* in *Il diritto dell'economia*, 3/2019, 575-588.

[18] A. SIMONCINI, *Il diritto alla tecnologia e le nuove diseguaglianze*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020, 191 ss.

[19] F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, cit., 65-66. Sul tema dei rapporti tra normativa emergenziale ed emergenza nel linguaggio sociale, A. PIZZORUSSO, *Emergenza*, *stato di*, in *Enciclopedia delle Scienze sociali,* Roma*,* 1993.

[20] ID., *op. ult. loc. cit.*

[21] ID., *op. loc. ult. cit.,* Per una critica al decreto-legge, anche con particolare riferimento al meccanismo della "conversione" come fonte totalmente sui generis nei suoi presupposti, nella sua efficacia e nel suo regime giuridico, tanto da dover essere inquadrata nelle fonti *extra ordinem* o quanto

"Ilva" sembra consolidare il principio di precauzione in funzione di tutela anticipatoria della salute pubblica, per cui ci si trova, davvero, in presenza di un "nuovo" ordinamento basato sul costituzionalismo moderno dell'emergenza? Una risposta, come si vedrà, potrebbe pervenire dalla giurisprudenza costituzionale, secondo la quale, i principi di ragionevolezza e di proporzionalità dovrebbero orientare al meglio le istituzioni competenti alla predisposizione di un efficiente sistema prevenzionale. Il "nuovo corso" europeo sulla tutela della salute e sulla tutela dell'ambiente[22] sembra, così, imporre soprattutto al legislatore un nuovo paradigma dell'emergenza nel vuoto della Costituzione materiale.

2. *Il bilanciamento dei diritti fondamentali dopo il caso Ilva ovvero Il piano assiologico verso la tutela di "primazia" della salute sugli altri diritti fondamentali?*

Il discorso sul bilanciamento dei diritti fondamentali presuppone una breve indagine "storica" sulla costruzione di un "Costituzione sui diritti". Com'è noto, una concezione "storica" e mai sopita del diritto costituzionale prende le mosse dalla c.d. "Scienza delle Costituzioni", altrimenti detta Politica, ossia lo studio delle leggi "che regolano gli ordinamenti politici delle società umane e che attirò fin dall'antichità classica l'attenzione delle menti superiori. Il primo classico trattato sull'argomento è la Politica di Aristotile, ma già Platone se ne era lungamente occupato e tanto negli scritti di questo filosofo quanto in quelli dello Stagirita sono frequenti le allusioni a scrittori precedenti che avevano coltivato gli stessi studi ed a concetti sull'argomento trattato, i quali dovevano riuscire familiari alle persone colte d'allora"[23]. Le maggiori riflessioni

---

meno assimilata a queste ultime, C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962, 832 ss.

[22] Sull'analisi dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità come principi legittimati dall'ordine "di sistema2 dei diritti fondamentali, Cfr. G. VILLANACCI, *La ragionevolezza*, cit., X, mentre per il problema dell'impatto nell'ordinamento giuridico della valenza della tutela costituzionale del diritto alla salute tra precauzione e prevenzione, G. NATULLO, *Ambiente di lavoro e tutela della salute*, Torino, 2020, 26.

[23] G. MOSCA, *Voce, Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia Giuridica italiana*, IV, pt. V, Firenze, 1912, 134 ss., il quale riferisce che "Gli scrittori menzionati si occuparono di Politica nell'antichità Polibio e Cicerone. Può sembrare strano a prima vista che Roma antica non ci abbia lasciato alcuna trattazione sistematica di diritto pubblico, ma bisogna ricordare che l'applicazione di criteri strettamente giuridici ai vari istituti di diritto privato avvenne soltanto nei primi secoli dell'impero, quando tutti i poteri tendevano più o meno a concentrarsi di fatto nel principio che rappresentava la sovranità e l maestà del popolo romano". Sulla genesi delle costituzioni moderne e sul diritto costituzionale, G. ARCOLEO, *Diritto cost. Dottrina e storia*, Napoli, 1907, 2 ss.; C. CARISTIA, *Il diritto costituzionale italiano nella dottrina recentissima*, Torino, 1915; 12 ss.; P. SERRA, *Diritto costituzionale e scienza politica*, in *Democrazia e diritto*, 1/1999, 252; F. MANCUSO, *Gaetano Mosca e la tradizione del costituzionalismo*, Napoli, 1999, *passim*. Da rilevare come, al proposito, C. MARTINELLI, *L'organizzazione del potere nel pensiero di Gaetano Mosca* in http://*www.storiacostituzionale.it/doc_17/martinelli_GSC17*.pdf , affermi come "Una volta definiti i contorni della classe politica, sia pur con risultati non completamente soddisfacenti sul piano lessicale, Mosca si preoccupa di indagare sulle ragioni di legittimazione del potere della classe politica. In realtà non si tratta di una preoccupazione molto stringente. Egli, infatti, dedicherà solo poche pagine delle proprie opere a questo tema, preferendo concentrarsi, come vedremo, sui processi di formazione e sulle modalità organizzative del-la classe politica che, coerentemente con la propria impostazione pragmatica e realista, considerava prioritari per la spiegazione dei rapporti di forza

sull'evoluzione del diritto costituzionale, vanno viste in una doppia chiave di lettura: l'una del c.d. "costituzionalismo moderno" e l'altra del rapporto tra potere politico e trasformazioni della società civile, come rapporto di continua evoluzione dei valori e dei principi costituzionali[24]. L'etimologia della parola "Costituzione" evoca l'idea di costituire qualcosa e, quando si parla di Stato, definire l'ordine esistenziale, cioè lo stabile assetto di un'organizzazione sociale primordiale, descritto per come realmente è[25]. Nella tradizione giuspubblicistica il diritto costituzionale si pone nel solco della reciprocità dei rapporti tra Stato-ordinamento e società civile, capace di garantire una serie di libertà individuali, "ritenute patrimonio essenziale della persona umana, circoscrivendo e limitando in conseguenza l'azione del potere"[26]. Ciò è il riflesso di una lettura moderna del famoso "contratto sociale" di Rousseau dove i cittadini si assoggettano, con un patto "astratto" alle leggi dello Stato e non più alle leggi della propria ragione o del proprio istinto. Nel "Contratto sociale", pubblicato quattro anni dopo l'origine delle diseguaglianze fra gli uomini, l'autore parte dall'ipotesi di uno Stato presociale, foriero e antesignano dei diritti fondamentali dell'uomo perché, "con i patti equi, giusti e ragionevoli gli uomini rinunciarono al pieno arbitrio che ognuno avea su sé stesso e costituirono sopra di loro la cennata autorità"[27]. Così, "la necessità di una costituzione scritta, consacrata in un apposito testo distinto dalle altre leggi assumeva il significato garantista di tutela dei diritti del cittadino, concretizzandosi nell'essere la norma limitativa del potere pubblico"[28]. Il concetto di costituzione, e la stessa disciplina del diritto costituzionale, costituiscono[29], pertanto, il punto di incrocio tra le acquisizioni del passato e le novità del presente, consentendo alla "costituzione materiale" di sviluppare il dialogo delle forze politiche e sociali su alcuni punti

all'interno di una società nazionale". Sul punto anche, E. BRUSA, *Das Staatsrecht des Konigreichs Italien*, Freiburg, 1892, 15 ss.

[24] Per una ricostruzione completa del dibattito sulle "dinamiche" del diritto costituzionale, Cfr. A. POGGI, *Introduzione al diritto costituzionale* in http://*www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/Pogg1.htm*, 1 ss. la quale sostiene che "Per comprendere quale sia l'ambito di competenze materiali di questa disciplina, e quali i suoi confini all'interno dell'area più generale del diritto pubblico, risulta essenziale cogliere, tra i tanti, alcuni dati importanti: a) che la disciplina del diritto costituzionale nasce sia politicamente che storicamente con l'avvento delle costituzioni moderne; b) che il suo contenuto è strettamente connesso all'affermarsi di una concezione di costituzione come limite al potere; c) che proprio la connessione con il problema del potere politico e con le trasformazioni strutturali che questo impone alla società civile o che ad esso vengono imposte da quest'ultima, ne fanno una disciplina dinamica e, sotto certi profili, in continua evoluzione".

[25] C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), trad. di A. Caracciolo, Milano, 1984, 14 ss., nell'elaborazione precisa di A. POGGI, *Introduzione al diritto costituzionale,* cit., 1 ss.

[26] A. POGGI, *op. loc. ult. cit.*

[27] G. MOSCA, *Diritto costituzionale*, cit., 140; J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social: ou principes du droit politique,* Amsterdam, 1762*, passim,* secondo il quale «i patti sono quelli più ovvii che si possono immaginare per la formazione di una società fra uguali. Ogni individuo umano si sarebbe cioè spogliato a vantaggio del consorzio sociale della facoltà che aveva di regolarsi a sua guisa, e si sarebbe sottomesso alla volontà del consorzio, purché questa volontà corrispondesse a quella della maggioranza dei consosciati ». Sul contrattualismo in generale cfr. N. Matteucci, *voce Contrattualismo*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Il dizionario di politica*, 2004, 175 ss. In senso ampio, si veda, V. CRISAFULLI, *Costituzione*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, 1975, I, 1034-1035.

[28] A. POGGI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., 2 ss.

[29] ID., *Op. ult. cit.*, 2 ss.

irrinunciabili, quali i diritti fondamentali, le libertà e i diritti sociali si concretizza[30]. Altro è considerare la Costituzione formale, intesa come il semplice significato prescrittivo di un insieme di enunciati contenuti in uno specifico documento, altro accettare qualche versione della Costituzione materiale, o sostanziale, concepita come punto di equilibrio ritrovato nei rapporti di forza fra i vari organi o poteri se del caso al di là o contro il dato formale. Altro ancora è considerare la Costituzione come diritto positivo vigente o come diritto giurisprudenziale vivente[31]. Il diritto costituzionale insegna, quindi, che le limitazioni dei diritti e delle libertà fondamentali devono essere ragionevolmente circoscritte e questo implica un'idea della Costituzione "che non può esaurirsi nel suo testo, nell'analisi del linguaggio adoperato o in forme argomentative di natura deduttiva, dovendosi viceversa armonizzare con la realtà sociale"[32]. Questa linea di pensiero valorizza un argomentare giuridico di tipo "ragionevole"[33]. Infatti, come è stato notato, "Coerenza e congruenza del sistema, dunque, sarebbero obiettivi realizzati assai più dall'argomentazione incentrata sulla coordinazione tra regole e sull'utilizzazione dei principi (e non soltanto inespressi ed impliciti), che da un'argomentazione deduttiva e sillogistica"[34]. Una ricostruzione della Costituzione come un "processo", "ad un tempo diritto vigente e vivente, va oltre la Costituzione formale per tradursi nella Costituzione dei valori e dei principi"[35]. In dottrina si possono rintracciare analisi che riguardano l'idea della Costituzione che non si conclude nel testo, nelle forme argomentative di natura deduttiva, ma si mostra alla realtà culturale, contemperando e bilanciando valori e interessi diversi. Una simile chiave di lettura individua nella Costituzione un'interpretazione vivente dei suoi principi: è in quanto diviene e ha la "funzione di garantire il dover essere procedimentale e contenutistico delle attività. L'operazione di bilanciamento che la giurisprudenza costituzionale compie consiste in una valutazione comparativa di interessi che è strumentale alla

[30] C. MORTATI*, La Costituzione in senso materiale. Ristampa inalterata con una premessa di Gustavo Zagrebelsky*, Milano, 1998, 117 dove si afferma che "è da considerare il carattere necessariamente incompiuto ed elastico della costituzione formale, destinata a regolare la vita dello Stato nella sua totalità attraverso formulazione di principi generici e di direttive di massima, che abbisognano di essere svolte e adattate alle particolari e mutevoli esigenze di vita dello Stato, imprevedibili al momento dell'emanazione della costituzione*"*. In senso conforme, S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1941, 48 paragona la costituzione formale alla pianta di un edificio e in senso critico, L. ROSSI*, La "elasticità" dello Statuto italiano, in Scritti giuridici in onore di Santi Romano,* I, Padova, 1940, 25-43, che trova l'elemento distintivo della costituzione, rispetto alle altre norme, proprio nell'intenzione di non dare un rigido valore alla sue disposizioni e di non voler regolare tutto, e perciò contesta si possa dare l'attributo di lacunosa alla costituzione. Più in "profondità" B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les Constitutions de L'Europe nouvelle* Paris, 1928, 53 ss., secondo il quale" il potere e la sua "razionalizzazione" come espressione "dell'adeguatezza della costituzione alle esigenze dello Stato di diritto, identificantesi con il principio democratico, bensì in un senso diverso, cioè per esprimere il processo di massima adeguazione fra struttura e funzione."

[31] F. PEDRINI, *Colloquio su (Scienza del) Diritto e Legalità costituzionale*. Intervista al Prof. Pietro Perlingieri (Napoli, 27 giugno 2017) in "*Lo Stato", Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto*, 8/2017, 193. Sul diritto vivente, F. POLITI, *Interpretazione costituzionalmente conforme e diritto vivente in due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, IV, Napoli, 2021, 3401 ss.

[32] ID., *op. ult. cit*., 193

[33] ID.*, op. loc. ult. cit*.

[34] ID., *op. loc. ult. cit*

[35] ID., *op. loc. ult. cit.*

qualificazione formale di fattispecie costituzionalmente tutelate ed all'applicazione giudiziaria di principi della Carta"[36]. Sotto questo profilo l'interpretazione giuridica, dalla quale essa non può mai essere assente, è sempre assiologica, mai "semplice" analisi letterale e razionale degli enunciati"[37]. Non vi è un ordinamento che non abbia una sua assiologia e, qualora non la esplicasse sarebbe la sua una falsa neutralità[38]. Così, la primazia del valore della persona umana nel sistema ordinamentale è indubbiamente riconosciuta non solo dagli artt. 2 e 3 Cost., ma dal diritto dell'Unione europea; primazia che comporta un valore preminente rispetto alle esigenze di mercato e dell'interesse egemonico dello Stato; mercato e Stato funzionali e serventi al pieno e libero sviluppo della persona[39]. La ragionevolezza, in un contesto quale quello del bilanciamento tra diritti fondamentali costituzionali, assume valenza assiologica sia nella identificazione dei diritti fondamentali che nel determinare il contenuto dei doveri, aprendo un percorso alla tutela della dignità umana. Così argomentando, tali proposizioni linguistiche della Costituzione assumono una natura giuridico-normativa di aspetto sostanziale richiamando la primazia e la giustizia della norma nei contesti sociali[40]. In un tale contesto, la ragionevolezza non si presta a tradursi in rigidi schemi

[36] Per una problematizzazione di questa opinione G. SCACCIA*, Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 311 ss., in questi termini sempre lo stesso autore sottolinea come sia "La ragionevolezza, in quanto fondata sul ragionamento problematico, ha consentito di superare le rigidità applicative del formalismo metodologico di matrice positivista, che rappresentava il diritto come un sistema anassiologico, dominato al suo interno da una razionalità sistematica e interamente riducibile al complesso delle disposizioni scritte". Così, G. SCACCIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto costituzionale,* in A. FACHECHI (a cura di), *Dialoghi su ragionevolezza e proporzionalità,* Napoli, 2019, 177 e 180, il quale sottolinea che "quando , però, i valori etici, lasciati da Kelsen, nell'area del pregiuridico, sono stati positivizzati nelle costituzioni "lunghe" del secondo dopoguerra, assumendo la forma di diritti e principi normativi, è divenuto ben presto evidente che il giudizio costituzionale non avrebbe più potuto seguire gli schemi di una logica "intellettualmente cogente" fondata sul modello di ragionamento nomologico-deduttivo. Cfr. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft,* Koln, 1964, 159 ss. e B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt, 1906, I, 110 ss.

[37] ID., *op. ult. cit.,* 197. Sul problema del bilanciamento tra diritto alla salute e diritto al lavoro, Cfr. D. SERVETTI*, Il fattore tempo nel bilanciamento tra lavoro e salute. Alcune note alla nuova sentenza della Corte costituzionale sull'Ilva di Taranto*, in *Corti Supreme e Salute*, 2/2018.

[38] P. PERLINGIERI, *Per un'ermeneutica rinnovata*, in AA.VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, II, 2237 ss.; ID., *Interpretazione assiologica e diritto civile, lezione dottorale svolta presso il Dip.. SIDEM*, Università di Salerno, 30 marzo 20212, in *Le Corti Salernitane*, 2013, 465 ss.

[39] F. PEDRINI, *Colloquio su (Scienza del) Diritto e Legalità*, cit., 210 e 211.

[40] Il problema dei diritti umani è dunque la loro protezione non tanto la giustificazione della loro esistenza e presenza. E' un problema politico ma non strettamente filosofico. Così N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo,* in ID., *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 15 ss. Sui diritti di nuova generazione e sulla problematica della loro soggettività, T. GRECO, *Da dove vengono i diritti delle generazioni future*, r. T. Greco, Da dove vengono i diritti delle generazioni future?, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, XX, 1/2018, 259 il quale sostiene che a fronte dei diritti ci sono i doveri attribuiti a determinati soggetti, venendo la garanzia secondaria a supplire, allora non c'é alcuna illogicità nel sostenere che esistono diritti delle generazioni future, se e nella misura in cui siamo in grado di individuare i correlativi doveri. Sul punto, R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, a cura di L. Di Carlo, Bologna, Il Mulino, 2012, 133 ss.; Sulla responsabilità intergenerazionale, A. STRACK, *Intergenerationelle Gerechtigkeit. Rechtsphilosophische Begründungen mit einer Anwendung auf die bundesdeutsche Staatsverschuldung*, Baden-Baden, 2015, *passim*. I diritti e i doveri intergenerazionali si rifanno al principio di proporzionalità, essendo di natura "logica", riuscirebbe a fondare la correlazione tra diritti e obblighi a prescindere dall'esistenza di norme positive che connettono pretese e doveri delle controparti. Nel nostro caso, il principio di proporzionalità dovrebbe essere in grado di correlare i doveri della generazione attuale con i diritti di quelle future. Di contro a posizioni che sul piano teorico-generale negano la correlazione tra doveri presenti e diritti futuri, come, ad esempio, sostiene Zagrebelsky36, qui,

argomentativi ma diventa "criterio di giudizio generatore di equilibri precari e gerarchie assiologiche sempre prevedibili, consente, così, di attrarre verso la costellazione dei valori costituzionali e di tenere contemporaneamente attive le variabili, talora apertamente antagonistiche aspettative che su di essa indirizzano i diversi soggetti del pluralismo"[41]. Ed è proprio qui che il rapporto tra la tutela del diritto alla salute e gli altri diritti fondamentali dà luogo ad una Costituzione non concepibile in "astratto", astorica, "concettualizzata" ma dinamica e funzionalizzata alla società civile nel suo farsi della sua originaria definizione[42]. La prevalenza del diritto alla salute, in alcune situazioni come quella del caso Ilva, sembra superare di slancio " quelle concezioni liberal-garantiste dei diritti che li rappresentavano come mere posizioni di difesa nei confronti del potere statale, le Costituzioni hanno traslitterato il contenuto deontologico dei diritti soggettivi di libertà nel contenuto teleologico di diritti fondamentali aventi la forma giuridica di norme di principio interpretate costruttivamente e collocate in un rapporto di strutturale reciproca tensione e di necessario, vicendevole bilanciamento"[43]. La ragionevolezza entra come criterio di giudizio generatore di equilibri precari e gerarchie assiologiche sempre rivedibili e ciò consente di concepire nuovi valori costituzionali[44]. Le operazioni di bilanciamento si snodano, così, secondo una linea

---

invece, si opta per tesi della equivalenza semantica tra doveri della generazione presente e diritti di quelle future. Così, L. DI CARLO, *Il debito pubblico tra giustizia intergenerazionale*, *princìpio di proporzionalità e diritti di autonomia* in *Le Istituzioni del federalismo*, 1/2018, 108 ss.; Sui diritti-doveri delle generazioni future e presenti, G. ZAGREBELSKY, *Senza adulti*, Torino, 2016, 87 e 89; ID., *Diritti per forza*, Torino, 2017, 6 ss. che affermano l'esistenza di doveri in capo alla sola generazione presente a prescindere dall'esistenza di diritti in capo alle generazioni future.

[41] G. SCACCIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto costituzionale*, cit., 183.

[42] Il riferimento può essere operato a G. MOSCA, *Diritto costituzionale*, cit., 172, il quale analizza il tormentoso dibattito tra gli scrittori di scienza politica e di diritto pubblico nell'ambito tedesco sull'importanza pratica dei diritti individuali, molto maggiore di quella che poteva avere il tipo di organizzazione dei pubblici poteri. In altre parole, sostenevano essi che importava assai più alla grandissima maggioranza dei cittadini di essere garantita contro l'azione arbitraria dei pubblici funzionari.

[43] Nei casi di assoluta normalità e non di "emergenza" e lo ha sostenuto più volte la Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *Foro italiano*, 2014, I, 441 "tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di reciproca integrazione e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre "sistemica" e non frazionata" in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto fra loro (Corte cost. 28 novembre 2012, n.264 in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 5/2013, 372). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona". Sul punto la chiara ed efficace analisi di G. SCACCIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto costituzionale*, cit., 177-198; ID., *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione,* in *Nova juris interpretatio*, Roma, 2007, 286-302; ID., *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., Torino, *passim*, in cui l'A. sottolinea una sorta di incertezza interpretativa del testo costituzionale che il ricorso al principio di ragionevolezza determina per la sua duttilità di impiego. Sulle prevedibili gerarchie assiologiche, si veda L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di),* in *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento,* I, Milano, 1997, 899 ss.; L. PALADIN*, Esiste un principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale?,* in *Principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale, riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 163-167. Sul problema della compressione "emergenziale" dei diritti fondamentali, L. CESTARO, *Il diritto dell'emergenza e il potere di ordinanza conteso tra livello statale, regionale e comunale nell'oblio del principio di leale collaborazione* in G.A. CHIESI, M. SANTISE (a cura di), *Diritto e Covid-19,* Torino, 2020, 454 ss.

[44] G. SCACCIA, *Ragionevolezza e proporzionalità*, cit., 184-186, dove si legge che "Una Costituzione che sembra aver smarrito la sua vocazione proiettiva e non è ordinabile secondo una gerarchia assiologica

argomentativa che, "muovendo dalla identificazione di beni e valori costituzionali compromessi dall'azione statale, passa alla valutazione del loro peso relativo nella circostanza in giudizio e si conclude con l'apprezzamento dell'interesse pubblico che si intende realizzare attraverso il sacrifico dei valori protetti"[45]. Secondo la Corte costituzionale[46], infatti, tutti i beni giuridicamente garantiti devono "cedere" nei confronti di altri che assumono posizione "prioritaria" nella gerarchia dei beni tutelati; ed esiste una gerarchia tra i valori costituzionalmente garantiti, allo stesso modo come esiste una gerarchia tra i beni garantiti in via ordinaria. Si tratta per la Corte di giudicare discipline legislative che conferiscono all'autorità amministrativa poteri discrezionali di compressione di diritti fondamentali per la tutela di interessi pubblici rilevanti[47]. Entra così in gioco, il principio della primazia della tutela della salute, sia come diritto individuale che come interesse collettivo sugli altri diritti in situazioni emergenziali che dovrebbero concorrere a orientare, comunque, il legislatore verso una maggiore attenzione al bilanciamento dei diritti fondamentali dell'essere umano per renderli più garantiti e più effettivi. Così, la primarietà del diritto alla salute sembra trovare cittadinanza anche nella interpretazione giurisprudenziale nella Corte di giustizia dell'Unione Europea attraverso la garanzia di altri diritti e interessi "afferenti alle materie affidate all'UE dai trattati istitutivi"[48]. A tal proposito è senz'altro innegabile che, oggi più di ieri, in virtù di molteplici fattori, la dimensione internazionale e

---

stratta e preventiva, cristallizzabile in una rigida *Wertordnung,* sembra destinata a vivere perennemente nel tempo presente, scomponendosi e ricomponendosi con moto incessante attorno a nuovi equilibri assiologici, a nuovi assetti di interessi. In queste condizioni la ragionevolezza, che è canone di giudizio ideologicamente neutro giacché implica la rinuncia preventiva a ogni assolutismo teorico, a ogni metafisica politica, si è imposta come scelta di metodo."

[45] ID., *Gli "strumenti della ragionevolezza"*, cit., 324, Cfr. G. PARODI, *In tema di bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale, In margine a Diritti e argomenti di Roberto Bin*, in *Diritto Pubblico*, 1995, 203 ss. Il Bilanciamento non è mai riconducibile ad una operazione logico-matematica da compiere sulla base del differente livello di formalizzazione normativa degli interessi concorrenti, perché in esso penetrano interessi di rilievo sub costituzionale, i quali incidono sull'esito del giudizio. Cfr. R. BIN, *Bilanciamento degli interessi e teoria della costituzione,* in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale,* Torino, 1992, 46 ss.

[46] Corte cost., 22 maggio 1987, n. 278 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, in riferimento all'art. 3, primo comma, Cost., dell'art. 1 della legge 7 ottobre 1969, n. 742, nella parte in cui non prevede la sospensione dei termini processuali, nel periodo feriale, relativamente ai processi militari in tempo di pace. Nel considerato di diritto si specifica che "Tutti i beni giuridicamente garantiti devono "cedere" nei confronti di altri che assumono posizione "prioritaria" nella gerarchia dei beni tutelati: ed esiste una gerarchia tra i valori costituzionalmente garantiti, allo stesso modo come esiste una gerarchia tra i beni garantiti in via ordinaria." Sul punto Cfr. M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana,* in A. GIORGIS, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), Il *costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Torino, 2016, 463 ss.

[47] G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit., 345 e 328. La regola di prevalenza come regola strettamente ritagliata sulle circostanze del caso concreto attraverso la posizione di una "protasi" molto circoscritta della formula condizionale di regolazione del conflitto, che fa sì che sia la stessa Corte costituzionale a definire lo spazio in cui gli interessi da bilanciare si fronteggiano per segnare i confini logici del bilanciamento, sulla base di un criterio di contemperamento che impone di sacrificare il bene o il diritto costituzionalmente rilevante ma non fino al punto di annullarne la consistenza. In particolare, vanno richiamate, *ex multis* Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366 in *Cassazione penale*, 1991, 914 , secondo la quale «l'art. 270 c.p.p. costituisce l'attuazione in via legislativa del bilanciamento di due valori costituzionali fra loro contrastanti: il diritto dei singoli individui alla libertà e alla segretezza delle loro comunicazioni e l'interesse pubblico a reprimere i reati e a perseguire in giudizio coloro che delinquono" Sullo stesso tenore, Corte cost., 10 febbraio 1994, n. 63, in *Cassazione penale*, 1994, 1477.

[48] C. BOTTARI, *Profili innovativi del sistema sanitario*, Torino, 2018, 20 ss.

sovranazionale della tutela dei diritti costituisca un tassello irrinunciabile e determinante nella configurazione di un sistema di garanzia dei diritti fondamentali che evidentemente supera le frontiere nazionali[49]. Alcuni dei principali interventi della Corte a tutela della salute hanno riguardato i prodotti dell'industria chimica, le restrizioni alla libera circolazione delle merci per le epidemie di "mucca pazza", le installazioni tecnologiche e impiantistiche, la concezione unitaria dell'ambiente , nonché la tutela indiretta del diritto alla salute attraverso la tutela del diritto all'ambiente o il diritto alla sicurezza ed alla salute delle condizioni di lavoro, (si veda direttiva del Consiglio del 15 luglio 1991, n. 91/414/CEE relativa all'immissione in commercio dei prodotti fitosanitari)[50]. Nella vicenda della c.d. "mucca pazza", le restrizioni alla libera circolazione delle merci costituiscono una chiara declinazione del ruolo dirimente del principio di precauzione.[51] L'Unione europea si è preoccupata di adottare provvedimenti tesi a garantire il benessere psico-fisico dell'individuo sia come singolo che come consociato che ha diritto alle informazioni nuove che modifichino in modo rilevante la conoscenza di una malattia, al fine di prevenirne la sua trasmissibilità[52]. Analogamente, nell'ambito delle caratteristiche imposte dalla legislazione nazionale ad installazioni tecnologiche ed impiantistiche, la corretta individuazione di misure necessarie a prevenire il danno dipende dalla complessiva visione degli elementi che concorrono a definire la concezione unitaria dell'ambiente. Tutto ciò "in quanto non è possibile decidere sul recesso totale o parziale di un bene nei confronti di un altro in difetto dei parametri su cui incardinare il giudizio di proporzione"[53]. E' la stessa Corte a sottolineare l'importanza dell'inadempimento di uno Stato che sottragga alla V.I.A. (Valutazione di impatto ambientale) intere classi di interventi edilizi[54]. I diritti e gli interessi coinvolti da un progetto sull'ambiente non possono essere irragionevolmente ed arbitrariamente sacrificati in nome delle iniziative economiche, specie quando a venire in gioco sia un giudizio ipotetico di danno. Tale progetto deve essere valutato per proteggere adeguatamente la salute umana, contemperando, con un migliore e sano contesto ambientale sia la qualità della vita che la lesione potenziale ed effettiva dello stesso bene-vita. In definitiva, la politica sociale dell'UE tratta del diritto alla tutela della salute nei suoi profili più settoriali, quali il diritto all'ambiente o il diritto alla sicurezza ed alla salute delle condizioni di lavoro. Con particolare riguardo alla protezione della sicurezza dei lavoratori, gli obiettivi sono quelli relativi alla tutela degli

[49] Sul tema del fondamento sopranazionale del diritto alla salute che si affianca a quello costituzionale, M.P. IADICICCO, *Frontiere e confini del diritto alla salute* in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, III, cit., 2166 ss. Sui profili di prospettiva solidaristica del diritto alla salute, si veda E. ROSSI*, Solidarietà e bene comune*, *oggi,* in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, V, cit., 3845 ss. Sui rapporti tra diritti fondamentali, diritti sociali e diritto alla salute, C. COLAPIETRO, *I diritti sociali oltre lo Stato. Il caso dell'assistenza sanitaria transfrontaliera,* in *Costituzionalismo.it*, 2/2018, 51 ss.

[50] Si veda la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE-UE citata in ID., *Op. ult. cit*., 21 ss. Sul bilanciamento tra diritto alla salute e diritti fondamentali, si veda R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)* in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico,* diretto da S.Cassese, VI, Milano, 2006, 5393 ss. Sull'evoluzione del diritto alla salute come diritto in movimento, I. CIOLLI, *La salute come diritto in movimento* in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, Volume II, cit., 1047 ss.

[51] Così, G. VILLANACCI, *La ragionevolezza*, cit., 28 ss.

[52] Cfr. C. BOTTARI, *Profili innovativi*, cit., 21.

[53] G. VILLANACCI, *Op. ult. cit.*, 29.

[54] C. BOTTARI, *Profili* Innovativi, cit., 21.

stessi dalla prolungata esposizione ad agenti cancerogeni[55]. In questo ordine di idee, la salvaguardia del bene salute in correlazione al principio di precauzione, inteso come determinazione di una soglia accettabile di rischio per l'ecosistema, pone un più generale bilanciamento "tra diritto a tutelare la propria salute da indebite interferenze dei pubblici poteri (libertà) e diritto all'erogazione di determinate prestazioni ad opera degli stessi poteri"[56]. L'Unione europea, quindi, nelle sue funzioni volte alla tutela di diritto alla salute, considera tale diritto un diritto fondamentale della persona che è parte integrante dei principi generali garantiti dai trattati istitutivi[57]. Così, posta la persona come scopo ultimo per il quale operano e convergono le azioni dei poteri pubblici e quindi interesse generale dell'intero sistema, l'ordinamento è tenuto ad assicurare all'individuo i diritti inviolabili. Il diritto alla salute trae la sua inviolabilità dal fatto di poterlo considerare inserito nella categoria dei diritti dell'uomo, cui l'art. 2 Cost. conferisce tale speciale protezione[58]. Pur non volendo confondere il carattere della "fondamentalità" con quella della inviolabilità dei diritti non può negarsi come il primo carattere attenga al regime costituzionale del diritto alla salute ad un'interpretazione estensiva dell'art. 32 Cost. La dottrina prevalente ha sostenuto sempre la "fondamentalità" del diritto alla salute ma ha sempre declinato versioni diverse di tale diritto, dal diritto soggettivo all'interesse collettivo e all'interesse diffuso[59]. Per tali ragioni il carattere della "fondamentalità" del diritto alla salute pare doversi cogliere con il contrasto con gli altri diritti menzionati nel testo della Costituzione, "quando il contrasto non possa essere risolto attraverso il ricorso al criterio di specialità per mancanza di un'esplicita previsione costituzionale in tal senso"[60]. Più in particolare "sembra, infatti, evidente che la contraddizione fra due principii o fra un principio ed una regola o fra due regole non possa che superarsi in favore di quello o di quella che risulti testualmente prevalente e non secondo la simpatia dell'interprete"[61]. La decrescita dei diritti fondamentali vitali a fronte della prevalenza del diritto fondamentale alla salute è testimoniata dalle posizioni dottrinali secondo le quali la c.d.

[55] ID., *Op. ult. cit*., 20. Ribadisce, a chiare lettere, il carattere fondamentale e indisponibile del diritto alla salute M. ROSSETTI, *Il danno alla salute*, Milano, 2021, 120 ss., "perché spetta ad ogni uomo per il solo fatto di essere tale: anzi, è il più importante di tutti, perché il possesso della salute costituisce il presupposto per il godimento della maggior parte degli altri diritti della persona e, in quanto tale, esso è riconosciuto e garantito non solo dalla Costituzione, ma anche da numerose convenzioni ed atti internazionali, ai quali l'Italia ha aderito.

[56] S. FOÀ, *Il fondamento europeo del diritto alla salute: Competenze istituzionali e profili di tutela*, in C.E. GALLO, B. PEZZINI (a cura di)*, Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, 51 ss. Sul punto si richiama l'ampia analisi condotta da M. COCCONI, *Il diritto dalla tutela della salute*, Milano, 1998, 37 ss.

[57] C. BOTTARI*, Op. ult. cit.,* 24 ss.

[58] D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2018, 65. Sul tema dell'inviolabilità dei diritti dell'uomo come fattore di elasticità dei rapporti tra autorità e libertà. Cfr. P. GROSSI, *Inviolabilità dei diritti*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano 1972, 727 ss.; ID., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, *passim*

[59] L. PRINCIPATO, *Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, 2513-2514.

[60] Così P. GROSSI, *Diritti fondamentali e diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, in ID., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova, 2008, 2 ss. che si sofferma sull'antinomia tra due o più diritti o principi costituzionali e sul punto D. MORANA, *La salute*, cit., 66 ss. descrivendo la tesi del Grossi, riconosce l'ambiguità della disciplina costituzionale del diritto alla salute.

[61] Cfr. P. GROSSI*, Diritti fondamentali e diritti inviolabili*, cit., 5 ss.

"fondamentalità" pone gli altri diritti diversi dal diritto alla salute su un piano subordinato[62]. Una "fondamentalità" da intendersi come riferita sia al diritto dell'individuo che all'interesse della collettività dove "il diritto del singolo non prevale sempre e in assoluto sull'interesse della collettività alla salute, poiché quest'ultimo può ben giustificare un trattamento sanitario obbligatorio, cioè una concreta limitazione al godimento della libertà di salute dell'individuo"[63]. Così, secondo l'art. 32 Cost., il diritto alla salute sarebbe un diritto direttamente riconducibile allo *status personae*, in quanto declinazioni fisiologiche del diritto alla vita ed all'integrità fisica[64]. Se ne può trarre il fatto che la tutela del diritto dell'individuo rappresenti la "regola", quella dell'interesse della collettività si configuri come "l'eccezione"[65]. Non vi è dubbio, tra l'altro, che la protezione "rafforzata" del diritto alla salute derivi da un vario *corpus* normativo volto alla protezione multilivello dei diritti che si traduce in una "protezione umanitaria" che garantisca al consociato un minimo vitale idoneo a garantirgli la sopravvivenza o una vita dignitosa. Non solo, la valenza dell'art. 32 Cost. è accentuata nel momento in cui il diritto alla salute, oltre che come diritto all'integrità fisica (e psico-fisica), è stato inquadrato anche nel più ampio quadro del diritto all'ambiente salubre[66].

Tali considerazioni vanno qui inquadrate nella problematica del Caso Ilva di Taranto, al fine di comprendere il conflitto tra poteri in merito al bilanciamento dei diritti fondamentali e dove, in una sorta di connubio tra ragionevolezza e proporzionalità. In buona sostanza, è stato proprio il caso Ilva a dimostrare come, talora, "la questione della tutela della salute, e con essa l'operatività della norma costituzionale, si ponga contestualmente "fuori" e "dentro" la fabbrica, anche nel difficile contemperamento con il diritto al lavoro nell'occupazione"[67]. Il raffronto tra il diritto fondamentale alla salute (art. 32 Cost.) e la libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) sembra deporre per una gerarchia di valori dal momento che si precisa che "l'attività d'impresa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana". Vista in questi termini, la salute sembra far premio sull'impresa per una "presunta" gerarchia di valori ma la

---

[62] D. MORANA, *La salute*, cit., 66. Sul tema, si vedano le osservazioni di V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie,* in *Diritto e società*, 1982, 557 ss.

[63] ID., *Op. loc. cit.,*

[64] Cfr. E. CATERINI, *Status personae, status civitatis e minimo vitale quale misura di inclusione sociale nell'ordinamento italo-europeo* in M. FRANCESCA, C. MIGNONE (a cura di), *Finanza di impatto sociale. Strumenti, Interessi, Scenari attuativi,* cit., 127

[65] Al di là delle condizioni che legittimano il trattamento sanitario obbligatorio, solo per rispondere alla lesione di un "controinteressato" valore costituzionale è possibile concepire una compressione così forte della libertà di autodeterminazione, in virtù di un più ampio principio di proporzionalità nella limitazione delle prerogative fondamentali inerenti la persona umana. Sul punto la dottrina autorevole, tra cui, F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Diritto e Società*, 1982, 303 ss.; ID., *Chiosa a chiusa. Un modello di bilanciamento di valori,* in G*iurisprudenza italiana,* 1995, 643 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in AA.VV., *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità, Atti del Convegno di Studi*, Napoli, 1983, 27 e 23; S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Diritto e Società*, 1979, 875 ss.; M. CAREDDA, *Trattamenti sanitari obbligatori e contenzione meccanica in psichiatria. Una comparazione fra Paesi Europei* in *Diritti fondamentali*, 2/2019, 1 ss.

[66] G. NATULLO, *Ambiente di lavoro e tutela della salute*, cit., 7.

[67] ID., *Op. ult. loc. cit.*

giurisprudenza costituzionale, partendo dal caso Ilva, ha svolto una serie di interpretazioni sistematiche proprio al fine di verificare un possibile contemperamento tra il diritto alla salute, il diritto al lavoro, il diritto all'impresa[68].

Le due sentenze sul caso Ilva riguardano il medesimo campo di problemi, pur nella diversità dei dispositivi: sentenza di rigetto quella del 2013, sentenza di accoglimento quella del 2018. E ciò in una sorta di continuità di interpretazioni giurisprudenziali che sul tema del diritto alla salute risalgono ad una famosa sentenza della Corte costituzionale (la n. 218 del 1994)[69]. Volendo portare indietro le "lancette" del tempo, si ritiene opportuno ricordare talune vicende precedenti le sentenze nn. 85/2013 e 58/2018 e che ancora oggi appaiono degne di particolare rilievo in tema di diritto della salute e bilanciamento tra valori costituzionali. La sentenza del 1994 costituisce un parametro alla stregua del quale valutare l'intensità della tutela del diritto alla salute, anche se l'individuazione di un potenziamento di tale tutela dipende da un'operazione (quella svolta dai giudici) accompagnata da un'alea di inevitabile indeterminatezza. Certamente, anche in questo caso, ci si è affidati al prudente apprezzamento dei giudici, ovviamente intriso da una certa dose di discrezionalità. Il giudice delle leggi, in questo caso, nel contesto della delicata operazione di bilanciamento tra tutti gli interessi coinvolti ha tenuto presente, come indicatore di direzione per la futura giurisprudenza costituzionale, ogni altro bene-valore costituzionalmente protetto[70]. Al di là di quanto appena detto, però, la giurisprudenza costituzionale sembra voler garantire la c.d. "intensità" di protezione del diritto alla salute che si evince dai documenti internazionali che si occupano della protezione del diritto alla dignità umana, del diritto alla vita, del diritto all'ambiente salubre. In questa luce, quindi, i "documenti internazionali, Costituzioni, la CEDU, si immettono in un circolo virtuoso di tutela dei diritti umani, vicendevolmente arricchendosi di contenuti e significati grazie all'uso sapiente che Corti e giudici comuni sapranno farne"[71].

---

[68] ID., *Op. ult. loc. cit.*

[69] Cfr. D. PULITANÒ, *Una nuova sentenza Ilva. Continuità o svolta?*, cit., 606 ss.

[70] Cfr. A. RUGGERI, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali tra internalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in *Rivista AIC*, 00/2010, 1 ss. il quale sostiene la necessità di realizzare quella tutela sistemica che guarda all'insieme dei diritti in gioco, dove la gerarchia delle fonti non sarebbe precostituita, ossia non si tratterebbe di una scala fissa ed immutabile, ma cangiante in ragione del caso e degli interessi in campo, essendo da ricostruire in base all'intensità della tutela. In linea con tale pensiero, E. CANNIZZARO, *Il bilanciamento fra diritti fondamentali e l'art. 117, 1 comma, Cost.,* in *Rivista di diritto internazionale*, 1/2010, 131 ss.

[71] A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra Cedu e Costituzione*, Milano, 2017, 241-242. Si veda, sul punto, Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264 in *Il caso.it*, dove si afferma che **"**Nella giurisprudenza costituzionale si è, inoltre, reiteratamente affermato che, con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa. Del resto, l'art. 53 della stessa Convenzione stabilisce che l'interpretazione delle disposizioni CEDU non può implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali. Di conseguenza, il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, concetto nel quale deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela. Il richiamo al "margine di apprezzamento" nazionale - elaborato

Passando a trattare degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, una particolare menzione va riservata, come già accennato, alla sent. n. 218 del 1994[72]. La decisione riveste particolare importanza in quanto riconosce la tutela della salute tra prevenzione e precauzione, specialmente con riferimento al diritto dei lavoratori all'occupazione e a vivere in un ambiente salubre privo di pericoli per la propria vita. Secondo la Consulta, infatti, "La tutela della salute comprende la generale e comune pretesa dell'individuo a condizioni di vita, di ambiente e di lavoro che non pongano a rischio questo suo bene essenziale. Sotto il profilo dell'assistenza pubblica la tutela della salute si specifica nel diritto, basato su norme costituzionali di carattere programmatico, all'erogazione di adeguate prestazioni di prevenzione e cura dirette al mantenimento o al recupero dello stato di benessere. In tale evenienza, deve essere salvaguardata in ogni caso la dignità della persona, che comprende anche il diritto alla riservatezza sul proprio stato di salute ed al mantenimento della vita lavorativa e di relazione compatibile con tale stato. L'art. 32 della Costituzione implica il bilanciamento di tale diritto fondamentale alla salute con il dovere di tutelare il diritto dei terzi che vengono in necessario contatto con la persona per attività che comportino un serio rischio, non volontariamente assunto, di contagio.

In definitiva, la sentenza riconosce il diritto alla salute tra immediatezza e programmaticità, tra prevenzione e precauzione della tutela. Da una parte, l'art. 32 Cost., presenta il carattere della programmaticità/prevenzione nel momento in cui fonda il diritto alla salute come diritto a prestazioni: essa, infatti, si rivolge al futuro, affidando al legislatore e ai pubblici poteri il compito di realizzare gli interventi positivi idonei a prevenire contagi, epidemie, malattie contagiose. Bisogna guardare, cioè, al profilo "dinamico" della salute, laddove viene in rilievo una condizione di equilibrio psicofisico che può peggiorare, rimanere tale o migliorare, in relazione a quella che è la percezione del soggetto o la valutazione tecnica offerta dalla scienza medica e, quindi, alla stregua del principio di precauzione[73].

La suddetta decisione porta, inevitabilmente, la giurisprudenza della Corte ad un approfondimento sulla tutela rafforzata del diritto alla salute; cosa che sistematicamente è avvenuto nel Caso Ilva (sentenza n. 85 del 2013)[74]. Qui la Consulta interviene con decisione sulla complessa problematica del bilanciamento tra diritto alla salute e gli altri diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione. E' evidente, come afferma la dottrina, che, con riferimento all'ordinamento italiano l'oggetto di una tutela costituzionale così ampia e pervasiva pone problemi seri di intreccio, dialogo, conflitto con gli altri diritti e libertà costituzionalmente garantite. Ci sono situazioni in cui le misure che uno Stato

---

dalla stessa Corte di Strasburgo, e rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea - deve essere sempre presente nelle valutazioni della Corte Costituzionale, cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro." Specifiche indicazioni su come effettuare il bilanciamento tra la tutela della salute pubblica e altri valori fondamentali sono fornite dal Regolamento Sanitario Internazionale adottato in seno all'OMS. Cfr. F. ROMANIN JACUR, M. LAZZARONI*, Il diritto internazionale e dell'unione europea di fronte alla pandemia da Covid-19* in M. FRIGESSI DI RATTALMA (a cura di), *La pandemia da Covid-19.Profili di diritto nazionale, dell'Unione Europea ed internazionale,* Torino, 2020, 148.

[72] Corte cost., 2 giugno 1994, n. 218 in *Riv. Giur. Lav*., 1994, II, 840 nota di FASSINA.

[73] D. MORANA, *La salute*, cit., 28.

[74] Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85 in *Ambiente e sviluppo*, 2013, 7, 631 con nota di CAVANNA.

adotta per proteggere la vita e la salute dei propri cittadini confliggono con il rispetto di altri diritti umani fondamentali. Ma, è anche vero, che il diritto alla salute non sia assoluto e, in circostanze eccezionali, possa essere compresso. In casi di emergenza alcuni trattati sui diritti umani prevedono la possibilità di derogare al rispetto di altri diritti tutelati. L'art. 15 della Convenzione Europea sui diritti dell'uomo prevede che "In caso di guerra o in caso di altro pericolo che minacci la vita della nazione, ogni Altra parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale"[75]. La contemporanea affermazione nel primo comma dell'art. 32 Cost. del diritto alla salute come diritto del singolo e interesse della collettività dimostra, altresì, l'intrinseca multidirezionalità delle forme di tutela giuridica della salute[76]. Così, la ricerca di un punto di concreto bilanciamento tra i diversi valori costituzionali è affidata, oltre che al legislatore, anche e, soprattutto, alla giurisprudenza della Corte costituzionale. Al tempo stesso, il nostro sistema costituzionale dimostra che esso non ha inteso limitare la realizzazione del diritto alla salute alla discrezionalità del legislatore o all'attività interpretativa dei giudici, ma ha voluto fissare dei principi attuativi di natura "dinamica" e sostanziale, fondati sull'esecuzione delle prestazioni previste a tutela dei lavoratori e dell'occupazione in generale[77]. In questi casi, secondo la dottrina, "l'equilibrio tra tutela della salute e altri principi costituzionali potenzialmente confliggenti, non è affidato al legislatore ma alla stessa Costituzione. Ovviamente, diverso, sarà il caso in cui venga in rilievo l'art. 32 come diritto dell'individuo: in questo caso fungerà da "controlimite" rispetto ad atti che potrebbero coinvolgere la persona ovvero da "moltiplicatore" di posizioni giuridiche di vantaggio già fissate in Costituzione. Nel caso in cui l'art. 32 sia considerato nel suo versante di "interesse collettivo", invece, esso fungerà da "limite" o da "restrittore" rispetto ad altre libertà o diritti costituzionalmente garantiti"[78]. Il diritto alla salute rappresenta così un limite alla libertà di iniziativa economica, chiarendo, l'art. 41 Cost., che essa non può recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana[79]. La decisione della Corte in discorso (sent n. 85 del 2013), per la rilevanza che

---

[75] F. ROMANIN JACUR, M. LAZZARONI, *Il diritto internazionale e dell'unione europea di fronte alla pandemia da Covid-19,* cit., 148-149.

[76] Cfr. A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32 Cost*., in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione,* I, Torino 2006, 670.

[77] ID., *Op. ult. loc. cit.*

[78] ID., *Op. ult. loc. cit*.

[79] Da rilevare come nel Caso Ilva, le imposizioni di prosecuzione dell'attività d'impresa, pur in armonia con la tutela della salute e dell'ambiente salubre siano indirizzato a tutelare la stessa impresa come protezione del contraente debole nell'ambito della copertura costituzionale dell'art. 41 Cost. Sul punto, Corte cost., 23 aprile 1965, n. 30 in Ced Cassazione 1965 secondo la quale "L'art. 41 e l'art. 23 della Costituzione coprono campi affatto diversi. I concetti di "limite" e di "controllo" dell'iniziativa economica privata, di cui all'art. 41 Cost., non sono riconducibili a quelle "prestazioni" di cui all'art. 23 Cost. Pertanto, cadendo le determinazioni di prezzi minimi di cui alla legge 21 dicembre 1961 n. 1527, sotto l'art. 41 della Costituzione non si può riguardo ad esse invocare l'art. 23 della Costituzione. Esaurendo inoltre il proprio contenuto normativo in una riserva di legge, l'art. 23 della Costituzione non ha ruolo alcuno da svolgere nelle fattispecie per cui tale riserva sia già prescritta (come nel caso dell'art. 41 della Costituzione) da altre norme della Costituzione". Cfr. M. LO GULLO, *Diritto amministrativo e diritto pubblico dell'economia nell'emergenza sanitaria* in M. FRIGESSI DI RATTALMA

presenta, sembrava destinata a segnare una svolta e ad incidere in modo decisivo nel bilanciamento tra diritti fondamentali. In realtà essa ci presenta la necessità di una lettura unitaria degli artt. 32 e 41 della Cost., proprio alla stregua di quei principi fondamentali caratterizzanti il "nuovo" ordinamento costituzionale e volti ad esaltare la centralità della persona umana e della sua dignità[80]. Chiariti tali profili, la sentenza n. 85/2013 ricorda che il riequilibrio degli interessi in gioco non può arrecare pregiudizio né al diritto alla salute e né all'efficacia del controllo pubblico sulla continuazione dell'esercizio di un'attività di impresa di interesse nazionale strategico, da cui deriva il diritto all'ambiente salubre e l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali.

La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa, pertanto, ricorrendo certi presupposti evidenziati, che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato - dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo - secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale"[81].

In buona sostanza, i principi che la decisione n. 85 del 2013 ha voluto porre in essere si riassumono nel criterio speciale del c.d. "contemperamento" che si traduce nell'esigenza di coordinare gli interessi antagonisti in maniera tale da evitare l'integrale sacrificio di uno dei due termini della ponderazione, specie quando questo sia un diritto fondamentale. E' costante avviso della Corte costituzionale che i bilanciamenti legislativi non possono mai avere come esito la compressione di diritti riconosciuti di primario rilievo costituzionale, fatti salvi i casi eccezionali"[82].

Emblematica, in connessione e "contiguità" con la sentenza n. 85 del 2013, è la sentenza n. 58 del 2018[83]. La Corte, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, D.L. 4 luglio 2015, n. 92 e degli artt. 1, comma 2, e 21 *octies*, D.L. 27 giugno 2015, n. 83 convertito dalla L. 6 agosto 2015, n. 132, ha "ripreso" il legislatore che aveva finito col privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, affermando che "la continuazione dell'attività produttiva di aziende sottoposte a sequestro è lecita a condizione che vengano tenuti in adeguata considerazione, e tra loro bilanciati, tutti i beni e i diritti costituzionalmente protetti, tra

(a cura di), *La pandemia da Covid-19.Profili di diritto nazionale, dell'Unione Europea ed internazionale,* cit., 138.

[80] F. COCOZZA, *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia I "diritti di cittadinanza" tra libertà economiche ed integrazione sociale,* Torino, 2001, 30 e R. NIRO, *Art. 41 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 850 ss.

[81] Corte cost., Sent., 09 maggio 2013, n. 85, cit.

[82] G. SCACCIA, *Gli "strumenti della ragionevolezza*, cit., 350, Sul contemperamento come canone di moderazione e limite di carattere direttivo per il legislatore. Corte cost. 31 ottobre 1991, n. 390 in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, 3111.

[83] Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58 in *Diritto penale e processo*, 2018, 10, 1295 ss., con nota di LARINNI.

cui il diritto alla salute, il diritto all'ambiente salubre e il diritto al lavoro. Significativamente, infine , la Corte ha tenuto a precisare che "è considerata lecita la continuazione dell'attività produttiva di aziende sottoposte a sequestro, a condizione che vengano osservate ... le regole che limitano, circoscrivono e indirizzano la prosecuzione dell'attività stessa" secondo un percorso di risanamento ispirato al bilanciamento tra tutti i beni e i diritti costituzionalmente protetti, tra cui il diritto alla salute, il diritto all'ambiente salubre e il diritto al lavoro"[84].

La garanzia di adeguati e continuativi livelli di occupazione nell'ambito di imprese impegnate nei settori strategici per l'economia nazionale può essere salvaguardata anche in presenza di sequestri preventivi dell'autorità giudiziaria purché vi sia un ragionevole ed equilibrato bilanciamento dei valori costituzionali in gioco.

Per essere tale, il bilanciamento deve essere condotto senza consentire "l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona"[85].

Così, mentre nell'ipotesi contemplata dalla sentenza n. 85 del 2013 la prosecuzione dell'attività d'impresa era condizionata all'osservanza di specifici limiti, disposti in provvedimenti amministrativi relativi all'autorizzazione integrata ambientale, e assistita dalla garanzia di una specifica disciplina di controllo e sanzionatoria, con la sentenza n. 58 del 2018 la Corte non ha esitato ad affermare l'esistenza di "preminenti interessi economici" che, però, devono essere contemperati e ponderati con il diritto alla salute, il diritto all'ambiente e il diritto alla tutela dell'occupazione e dei lavoratori. Ad una più attenta riflessione, pur non avendo la pretesa di fornire al riguardo risposte esaustive, sembra necessario constatare come l'interpretazione operata dal giudice delle leggi, anche alla luce della pregressa giurisprudenza, abbia voluto, in un certo qual modo, costituzionalizzare il principio di precauzione, indicando "sostanzialmente" al legislatore la strada da seguire nelle predette operazioni di bilanciamento. Sembra evidente, infatti, che un intervento normativo volto a realizzare l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, debba interrogarsi sui motivi di una tale decisione positiva, al fine di trarne elementi utili per una ricostruzione "nuova" del principio di precauzione. Il caso "Ilva" e la recentissima pandemia da Covid-19 hanno riproposto il pubblico amministratore come un equilibrista sospeso tra opposti e fondamentali diritti costituzionali. L'evoluzione della scienza e della tecnologia ha mutato il ruolo dell'ordinamento nel bilanciamento tra diritti fondamentali confliggenti tra i quali, da un lato, il progresso economico, la sempre maggiore industrializzazione, dall'altro il diritto all'ambiente salubre come evoluzione del diritto alla salute[86]. Tale bilanciamento, come si è accennato, ha consentito una lettura di "Costituzione materiale" di sviluppo di diritti fondamentali, (specialmente degli art. 32 e 41 Cost.) nell'ambito di una crescente possibilità di danni per la salute degli individui causati dalle attività economiche sempre

[84] Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58, cit.

[85] Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58, cit.

[86] S. TERRACCIANO, *Principio di precauzione: grado di rischio e discrezionalità amministrativa* in *Luigi Daniele-Andrea Buratti (a cura di), Principi generali del diritto, diritti fondamentali e tutela giurisdizionale: nuove questioni,* Milano, 2019, 67 ss.

più sofisticate. La necessità di evitare la verificazione di eventi con conseguenze talvolta irreversibili per l'ambiente e la salute umana, ha imposto ai pubblici poteri forme "precauzionali di difesa", di natura "anticipatoria" nei confronti di possibili rischi che il progresso scientifico attuale ancora non definisce in modo specifico. Il principio di precauzione è assunto come criterio di gestione del rischio in condizioni di incertezza scientifica attraverso procedure, autorizzazioni, limiti-soglia cautelativi e prescrizioni volti a minimizzare rischi che la scienza ha ipotizzato ma che rimangono incerti[87]. Più in particolare, tale principio opera, per definizione, in contesti di incertezza scientifica, "nei quali non è possibile individuare con certezza, e sul piano probatorio, oltre ogni ragionevole dubbio-nessi causali o di pericolo concreto tra condotte ed eventi offensivi dell'ambiente o della salute"[88]. In buona sostanza, proprio in materia ambientale, il principio di precauzione opera "laddove vi sia un rischio che comunque posa essere individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obbiettiva (art. 301 d.lgs n. 152 /2006)." rivolgendosi, così, oltre che al legislatore, agli organi pubblici preposti, alla pubblica amministrazione, tenute a valutare il rischio presunto per la salute al fine di predisporre le contromisure adottabili ed adeguate.[89] Più precisamente, la sentenza n. 58 del 2018 quando parla di profilo di intensità della tutela e di salvaguardia dei diritti fondamentali implicitamente rinvia al "c.d. preminente rilievo riconosciuto al fondamento scientifico del rischio, che legittima le decisioni precauzionali delle amministrazioni nei casi concreti nei quali lo stesso rischio è almeno percepito come tale"[90]. L'avvenuta "costituzionalizzazione" del principio di precauzione ad opera del giudice delle leggi, mirerebbe proprio ad "individuare un punto di equilibrio, inevitabilmente dinamico, tra interessi contrastanti, in base alla ponderazione degli interessi costituzionalmente rilevanti e alla luce dei dati scientifici esistenti"[91]. L'opinabilità del pericolo, il grado di rischio da gestire, la soglia di accettabilità del rischio, l'incertezza sulla verificazione/quantificazione del danno impongono una nuova e più articolata attività discrezionale tecnica dell'amministrazione. Infatti, come giustamente affermato, nell'ambito dell'attuazione del principio di precauzione "la discrezionalità amministrativa si manifesta nella possibilità di scegliere se e come adottare una misura precauzionale, eventualmente limitativa dei diritti individuali per la tutela preminente degli interessi pubblici, al fine di rispettare il principio di legalità

[87] C. RUGA RIVA, *Parte generale* in M. PELLISSERO (a cura di) *Reati contro l'ambiente e il territorio*, Torino, 2019, 24 ss.

[88] ID., *Op. loc. ult. cit.*

[89] Sul principio di precauzione e sulle sue dinamiche penalistiche, Cfr. F.B. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 227 ss. e sui rapporti tra gestione del rischio e principio di precauzione, cfr., M. SANTISE, *Principio di precauzione e tecniche di gestione del rischio: lockdown o ripartenza?* in G.A. CHIESI, M. SANTISE (a cura di) *Diritto e Covid-19*, Torino, 2020, 410 ss.

[90] S. TERRACCIANO, *Principio di precauzione: grado di rischio e discrezionalità amministrativa,* cit., 69.

[91] In senso più ampio sul principio di precauzione e sui suoi possibili corollari come il principio di legalità della pubblica amministrazione, ID., *Op. cit*., 70 ss. nonché sul tema del principio di precauzione tra diritto interno e diritto comparato, D. AMIRANTE, *Diritto ambientale italiano e comparato. Principi*, in *Quaderni della Rivista "Diritto e Gestione dell'Ambiente" della Seconda Università degli Studi di Napoli,* Napoli, 2003, 47; L. MORMILE, *Il principio di precauzione fra gestione del rischio e tutela degli interessi privati,* in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente,* 10/2012, 248 ss.

dell'azione amministrativa sarà fondamentale una approfondita attività istruttoria preventiva tramite una valutazione del rischio operata da esperti tecnici indipendenti e fondata su dati scientifici"[92].

3. *Alcune riflessioni di sintesi*

Gli esiti del lavoro ci danno lo spunto per una riflessione finale. L'esperienza del Caso Ilva di Taranto s'è svolta all'insegna della ricerca di un equilibrio tra la salvaguardia del diritto alla salute pubblica, minacciata dalla drammaticità della vicenda, e la tutela delle altre posizioni soggettive collocate nell'ambito dei diritti fondamentali dell'individuo, in ispecie il diritto di impresa. Il bilanciamento tra diritti fondamentali non solo può essere finalizzato ad evitare possibili collisioni fra diritti, ma soprattutto a realizzare gli scopi legittimi sanciti ormai, da tempo, nella "Costituzione materiale" dei diritti umani e sociali. La stessa Costituzione "ha cessato (se mai lo è stata) di essere considerata un sistema unitario e coerente permeato da un finalismo oggettivo ed è divenuta totalità dinamica suscettibile di interpretazioni diverse a partire dal contesto o produttrice di sempre nuovi e precari equilibri assiologici"[93]. Nell'ambito del bilanciamento tra diritti fondamentali, il pluralismo assiologico gioca un suo ruolo, aperto e elastico, con la prevalenza dell'un diritto sull'altro quando l'ordine politicamente e costituzionalmente significativo lo consente. Una ordinazione "rigida in

[92] ID., *Op. loc. ult. cit*, Per i chiari riferimenti alla giurisprudenza in materia di diritto ambientale e programmazione al fine di garantire il "giusto equilibrio" tra interesse generale e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui, cfr. F. DE LEONARDIS, *Tra prevenzione, precauzione e programmazione*, in L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, 53. In tema di OGM, sulla necessità del diritto di fronteggiare sempre di più pericoli incerti allo stato attuale dei progressi scientifici e tecnologici si veda F. FOLLIERI, *Decisioni precauzionali e stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare (I parte),* in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, 6/2016, 1496. Da rilevare, sempre in tema di miglior bilanciamento (e quindi componimento) degli interessi in campo**,** per effetto del principio di precauzione, Cons. Stato, Sez. IV, 11 febbraio 2019, n. 983, in *Ambiente e sviluppo*, 2019, 7, 543 nota di CAVANNA, dove si legge che " Sebbene - in linea di principio - nell'ambito del procedimento per il rilascio dell'AIA (o di VIA) non è obbligatorio procedere alla valutazione di incidenza sanitaria, va tuttavia ribadito che è necessario procedervi quando le concrete evidenze istruttorie dimostrino la sussistenza di un serio pericolo per la salute pubblica. L'Amministrazione che in tali casi non la effettui incorre, pertanto, nel tipico vizio dell'eccesso di potere sotto il profilo del mancato approfondimento istruttorio, sintomatico della disfunzione amministrativa. Il principio di precauzione è stato correttamente applicato e bilanciato con quello di proporzionalità: la necessità dell'approfondimento istruttorio non è una misura né eccessiva né sproporzionata rispetto all'effetto utile che si intende perseguire (l'esercizio dell'attività economica in condizioni di sicurezza per l'ambiente e per la salute delle persone), ma è anzi la soluzione più appropriata e commisurata al grado di pericolo per i rischi per la salute delle persone che abitano o lavorano nelle immediate vicinanze".

[93] G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit., 388 e 390, secondo il quale "la Costituzione del pluralismo (sociale, economico, politico, morale) vive solo nel presente, scomponendosi e ricomponendosi continuamente attorno a nuovi equilibri assiologici e a nuove variabili e casisticamente orientate composizioni di interessi. Questo dato, che da un canto conferma la centralità nel processo costituzionale di tecniche non interpretative come il "ragionevole bilanciamento" di interessi e valori, dall'altro canto, e più in generale, fa tornare attuale e ineludibile il problema dell'unità, della ricerca dei "punti di indifferenza" dell'ordinamento attorno ai quali le multiformi espressioni del pluralismo possano svilupparsi…".

base alla quale alcuni interessi sociali risultino sistematicamente sconfitti, si è aggiunto, negherebbe il supremo bene dei sistemi democratici: quella tolleranza, che impone che tutti i valori in conflitto abbiano la possibilità di confrontarsi ad armi pari"[94]. Nessun ordinamento autenticamente pluralista può vincolarsi a paradigmi socio-culturali immutabili, ovvero a rigide gerarchie assiologiche, se non vuole paralizzare la dialettica democratica e, con essa, lo sviluppo progressivo dei valori costituzionali[95]. Preliminarmente, il giudice costituzionale deve accertare, nell'ambito di un bilanciamento di diritti fondamentali, se la restrizione di un diritto disposta dalla legge sia razionalmente giustificata dalla necessità di perseguire un interesse statale di rilevante e superiore importanza rispetto ad altri interessi[96]. E' questa un'operazione importante per salvaguardare e proteggere i diritti fondamentali in misura proporzionata "alla priorità assoluta" che essi hanno nella scala dei valori costituzionali, con limiti ed imposizioni al potere legislativo. Esse si riassumono nel criterio del "contemperamento", nel criterio del "minimo mezzo" e nella regola della "coessenzialità del limite"[97]. Secondo la Corte costituzionale, infatti, il legislatore "nel suo discrezionale bilanciamento dei valori costituzionali", può "restringere il contenuto di un diritto inviolabile dell'uomo soltanto nei limiti strettamente necessari alla protezione dell'interesse pubblico sottostante al dovere costituzionale contrapposto"[98]. Ciò porta ad affermare che la verifica di una normativa incidente su un diritto di libertà individuale, qualificabile come inviolabile, deve avvenire secondo i principi del più rigoroso scrutinio. La regola fondamentale che la Corte applica prevede che la norma limitativa di un diritto fondamentale debba essere sorretta da un interesse costituzionalmente rilevante che bilanci la propria attuazione con il sacrifico del diritto[99]. In altre parole, i diritti fondamentali possono essere legittimamente compressi solo se ciò risulti indispensabile e non altrimenti evitabile per realizzare altri interessi e valori di pari grado"[100]. E' vero, peraltro che, con la situazione di emergenza, si oltrepassano i confini della legalità ordinaria, a cominciare dal suo caposaldo assiologico costituito dal principio di legalità e dalla funzione anticipatoria,

---

[94] Cfr. R. BIN, *"Al cuor non si comanda". Valori, regole, argomenti e il "caso" nella motivazione delle sentenze costituzionali*, in *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, 323 ss.

[95] G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit., 336.

[96] ID., *Op. ult. cit*., 348.

[97] Sul tema dei diritti inviolabili e sul bilanciamento tra gli stessi, G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit., 349 ss.; A. BALDASSARRE*, voce Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia giuridica,* XI, Roma, 1989, 37 ss.

[98] *Ex multis* in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali nella materia penalistica e processualpenalistica, si vedano Corte cost.19 dicembre 1991, n. 467 in *CED Cassazione*, 1991; Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366 in *Consiglio di Stato*, 1991, II, 1321; Corte cost., 24 febbraio 1994, n. 63 in *Cassazione penale*, 1994, 1477; Corte cost., 16 maggio 1994, n. 180 in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, 1603.

[99] L'orientamento dottrinale, al riguardo, propende per una netta distinzione di qualità del giudizio di bilanciamento dei diritti da parte della Corte: "nel caso di compressioni dirette di un diritto fondamentale il giudizio di bilanciamento deve essere condotto più rigidamente, ove è più agevole la strutturazione della decisione su principi generalizzabili, piuttosto che nelle decisioni sulle limitazioni indirette, più intimamente legate alle circostanze del caso e per questo meno disponibili alla generalizzazione". Così. G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit., 354.

[100] ID., *Op. ult. cit*., 353.

conformativa e prescrittiva del diritto[101]. A tal proposito le misure contenitive/correttive del Governo sul caso "Ilva" hanno mirato, nello specifico, ad arginare il rischio per la salute pubblica cercando di salvaguardare, nel contempo, le attività produttive della soc. Ilva S.p.a. a tutela del diritto "costituzionale" al lavoro. Si tratta di misure che, al di là del bilanciamento tra diritti, hanno palesato l'esigenza di respingere la dimensione conflittuale implicita nell'approccio "formale" ai diritti, per riscoprire, nel principio di precauzione, quel principio-cardine a cui conformarsi per la soluzione dei conflitti tra il diritto all'ambiente salubre e la libertà di iniziativa ed economica privata. Ciò significa considerare l'importanza, se non l'indispensabilità, di approcci normativi e amministrativi unitari, constatate le pesanti ricadute che derivano dall'emergenza pandemica e dai disastri ambientali sull'eguaglianza nel godimento dei diritti individuali e fondamentali, *in primis* quello alla salute[102]. Quanto detto, però, richiede di chiarire da subito che il rapporto tra diritto alla salute e gli altri diritti fondamentali si gioca sia su un piano di inter-dipendenza che su un piano "conflittuale" da scogliere[103]. Per la dottrina "se da un lato, infatti, la realizzazione del diritto alla salute è direttamente proporzionale al godimento di altri diritti fondamentali-in alcuni casi considerati fattori determinanti della salute-è altrettanto vero che possono verificarsi situazioni nelle quali esigenze di tutela della salute nella sua dimensione collettiva, pubblica, richiedano il sacrifico di alcuni diritti fondamentali"[104]. Il diritto alla salute investe le azioni "cautelari" dei pubblici poteri idonee ad arginare le emergenze ambientali, al fine di proteggere l'intera collettività da possibili disastri "ecologici". Sotto questo aspetto, il caso Ilva ha evidenziato la necessità di un'applicazione più generalizzata del principio di precauzione, sia per le istituzioni pubbliche che per le imprese private. Tale principio si declina come responsabilità collettiva che fa obbligo allo Stato di evitare che le misure contenitive/correttive siano applicate in maniera diseguale ed inadeguata nei confronti di tutti gli individui e, soprattutto, per evitare che la violazione del diritto alla salute si traduca in una effettiva menomazione di valori "umani"[105].

---

[101] G. GUZZETTA, *Le fonti dell'emergenza alla prova della pandemia* in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, cit., 76.

[102] 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, 10 ss.

[103] Attente le riflessioni di C. IRTI*, Relazioni familiari e Covid-19. La difficile ricerca di un equilibrio tra la salvaguardia del diritto alla salute pubblica e gli altri diritti fondamentali* in C. CICERO (a cura di), *I rapporti giuridici al tempo del Covid-19*, cit., 65.

[104] Cfr. C. IRTI, *Op. ult. loc. cit*.; S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, 2018, 103.

[105] F. BOCCHINI, *Salute e sanità tra solidarietà e responsabilità*, in *Contratto e impresa*, 1/2018, 130 ss. Parla di responsabilità collettiva in materia di lesione del diritto alla salute come sostegno all'eguaglianza non solo di fronte alla legge ma nell'effettività della dignità umana, F. BASSI*, Lesione del diritto alla salute e responsabilità della pubblica amministrazione* in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino,* I, Padova, 1998, 354 ss.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

ERGASTOLO OSTATIVO E PROBLEMI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE*

ANDREA CARDONE** – ELEONORA SANTORO***

SOMMARIO: 1. L'ordinanza n. 97 del 2021: i precedenti giurisprudenziali. – 2. L'incostituzionalità prospettata ma non dichiarata dell'ergastolo ostativo. – 3. *Pro* e *contra*: due unità di misura dell'ordinanza. – 4. Gli automatismi legislativi e la vanificazione della funzione giurisdizionale. – 5. Una riflessione di chiusura: criticità costituzionali dell'ergastolo in quanto tale.

1. *L'ordinanza n. 97 del 2021: i precedenti giurisprudenziali*

Mentre questo scritto veniva licenziato alle stampe, la Corte costituzionale ha pronunciato l'ordinanza n. 122 del 2022 con la quale, come presagito in dottrina[1], ha nuovamente rinviato – dopo aver fatto ricorso alla tecnica dell'incostituzionalità prospettata ma non dichiarata e aver assegnato al Parlamento un termine annuale per ridisciplinare la materia (termine scaduto il 10 maggio 2022) – la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo all'udienza pubblica dell'8

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo. Il contributo è frutto della riflessione comune dei due Autori. Al prof. Andrea Cardone si deve la stesura dei paragrafi 1 e 5, i restanti sono stati redatti dalla dott.ssa Eleonora Santoro. Il testo è in corso di pubblicazione nel volume destinato a raccogliere gli atti del Convegno "Criminalità Mafiosa. Memoria e cultura della legalità", tenutosi a Firenze nella primavera del 2022.

** Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Firenze.

*** Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, Università degli Studi di Firenze.

[1] Su questo profilo cfr., per tutti, M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, in *Nomos, Osservatorio sulla Corte costituzionale*, 2/2021, *passim*, il quale non solo reputa plausibili ulteriori rinvii nelle ipotesi di interventi legislativi avviati e non terminati, ma sostiene anche che tale possibilità debba essere attentamente presa in considerazione se la collaborazione con il legislatore vuole essere «leale e reale». L'Autore richiama alla mente, inoltre, che tra i primi commentatori della tecnica decisoria, già M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione Giustizia*, 19 novembre 2018, riteneva possibile che la Corte calibrasse il termine del rinvio a seconda delle circostanze, eventualmente anche restringendolo in presenza di forti esigenze di certezza del diritto.

novembre 2022[2]. Inevitabilmente, dunque, lo stato dell'arte della giurisprudenza costituzionale in materia di ergastolo ostativo, da cui si prenderà le mosse, non potrà tenere conto di questo ulteriore fondamentale passaggio, dal quale, per le ragioni che si avrà modo di esporre nel prosieguo del presente scritto, è lecito attendersi un significativo chiarimento circa le condizioni di compatibilità dell'istituto con il quadro costituzionale. In disparte qualsiasi considerazione sull'opportunità di un ulteriore rinvio in costanza di un intervento legislativo *in fieri* alla data del 10 maggio 2022, le riflessioni sviluppate in questa sede mantengono comunque la loro attualità, sia con riguardo alle valutazioni specificamente legate allo strumento dell'ordinanza di rinvio a data certa nella fattispecie dell'ergastolo ostativo[3], sia, più in generale, in relazione al punto di vista, complementare a quello della giustizia costituzionale, rappresentato dalle fonti del diritto, segnatamente dalle problematiche generate dalla tecnica dell'automatismo legislativo[4], sia, infine, ai residui dubbi di illegittimità costituzionale della disciplina vigente in tema di pena perpetua, ovvero quelli non ancora posti all'attenzione della giurisprudenza costituzionale[5].

Come si accennava, con l'ordinanza n. 97 del 2021 – preceduta e seguita da un fervente dibattito dottrinario[6] – la Corte costituzionale ha rinviato all'udienza pubblica del 10 maggio 2022 la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, sollevate dalla Corte di cassazione, prima sezione penale, in riferimento agli artt. 3, 27, terzo comma e 117, primo comma, Cost., degli artt. 4-*bis*, comma 1 e 58-*ter*, della l. 26 luglio 1975, n. 354, nonché dell'art. 2 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, come convertito, nella parte in cui escludono che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia[7].

Tale pronuncia può essere considerata il frutto di una lunga elaborazione giurisprudenziale, anche sovranazionale, sulla legittimità costituzionale e convenzionale dell'ergastolo ostativo e, per questo motivo, non appare pretermissibile un richiamo ai più vicini precedenti, in particolare alla sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale e alla sentenza *Viola c. Italia (n. 2)* della Corte Europea dei Diritti dell'uomo (d'ora in poi, Corte Edu).

Con la sentenza n. 253 del 2019, il Giudice delle leggi ha realizzato un significativo scostamento rispetto alla sua pregressa giurisprudenza sul regime di ostatività di cui all'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario. Infatti, nonostante avesse sempre osservato criticamente la tendenza alla «configurazione normativa di "tipi di

[2] Corte cost., 10 maggio 2022, n. 122.

[3] Di cui ci si occuperà, *infra*, § 3.

[4] Su cui *infra*, § 4.

[5] Cui si accennerà, *infra*, § 5.

[6] Si veda, ad esempio, il proficuo dibattito in occasione dei Nuovi Seminari Preventivi Ferraresi del 25 settembre 2020: G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale, (Ferrara, 25 settembre 2020)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali, Rassegna*, 4/2020; nonché i numerosi commenti alla decisione apparsi su *Consulta Online*.

[7] Corte cost., 15 aprile 2021, n. 97.

autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o non potrebbe essere perseguita»[8], sembrava che la Corte avesse in sostanza avallato il regime penitenziario differenziato, non avendo mai messo in discussione il requisito della collaborazione con la giustizia quale chiave di accesso alle misure rieducative. Di conseguenza, affinché il sistema potesse essere considerato costituzionalmente legittimo, si riteneva sufficiente che la collaborazione fosse oggettivamente esigibile; pertanto, la normativa sottoposta al vaglio costituzionale veniva dichiarata costituzionalmente illegittima solo nei casi in cui l'accesso ai benefici penitenziari risultasse precluso nonostante fosse inesigibile un'utile collaborazione da parte del condannato[9]. L'innovativa sentenza n. 253 del 2019 ha, invece, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, dell'ordinamento penitenziario, «nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416-*bis* del codice penale [reati di associazione mafiosa e/o di contesto mafioso] e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* del medesimo ordin. penit., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti»[10].

Per comprendere l'importanza del precedente, è fondamentale definire il perimetro della decisione: *i*) la sentenza interessa chiunque sia stato condannato (all'ergastolo o ad altra pena detentiva temporanea) per uno dei reati ricompresi nel variegato contenitore dell'art. 4-*bis* o.p.; *ii*) investe, in virtù dell'illegittimità consequenziale, tutti i reati in esso compresi; *iii*) rimuove dal regime ostativo soltanto il beneficio dei permessi premio (art. 30-*ter*) e non anche le altre misure alternative[11]; ragion per cui – come ha evidenziato la stessa Corte costituzionale – non riguarda la legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo, non investendo la preclusione all'accesso alla liberazione condizionale.

Il perno intorno al quale ruota la pronuncia è la collaborazione con la giustizia, che, da un lato, viene assunta come l'unica scelta «idonea a rimuovere l'ostacolo alla concessione dei benefici, in ragione della sua valenza "rescissoria" del legame con il sodalizio criminale»[12], dall'altro, se assente, come presunzione assoluta della permanenza, nonché dell'attualità, del collegamento con l'associazione criminale e della relativa pericolosità sociale del condannato. Per la Corte, però, tale presunzione non è in sé costituzionalmente illegittima, in quanto duplicemente giustificata, sul versante processuale, dalle esigenze investigative, su quello penitenziario, dalla rottura del legame con l'organizzazione di appartenenza espressa dalla collaborazione.

[8] Corte cost., 11 giugno 1993, n. 306, punto 11 del *Considerato in diritto*.

[9] Sul punto Corte cost., 19 luglio 1994, n. 357 e 22 febbraio 1995, n. 68.

[10] Cfr. Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 253. La Corte ha esteso in via consequenziale la dichiarazione di incostituzionalità, nei limiti e nei termini sopra indicati, anche ai detenuti per gli altri delitti contemplati nell'art. 4-*bis*, comma 1, o.p. Inoltre, con la sent. n. 263 del 2019 ha rimosso analoga preclusione con specifico riguardo all'esecuzione penale minorile.

[11] In tal senso v. A. PUGIOTTO*, La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *Studium Iuris*, 4/2020, 3.

[12] Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 253, punto 7.1. del *Considerato in diritto*.

L'incostituzionalità, perciò, non risiede nella presunzione in quanto tale, ma nella sua assolutezza che, non rendendola superabile attraverso alcuna prova contraria, si pone in contrasto con il principio di ragionevolezza e con la finalità di rieducazione della pena (artt. 3 e 27, terzo comma, Cost). Affinché la normativa possa dirsi compatibile con il dettato costituzionale, la presunzione non può, dunque, che essere relativa, per tre ordini di ragioni: *i*) perché premiare la collaborazione è legittimo, punire la mancata collaborazione è invece un'afflizione ulteriore rispetto alla pena stessa, che opera una deformante trasfigurazione della libertà di non collaborare che l'ordinamento penitenziario non può disconoscere ad alcun detenuto; *ii*) perché la presunzione assoluta comprime totalmente il potere del giudice di valutare il percorso detentivo in concreto svolto dal detenuto, potendo così frustrare la volontà riabilitativa del condannato; *iii*) perché la generalizzazione statistica secondo cui l'assenza di collaborazione equivale necessariamente a permanenza del collegamento col contesto criminale di appartenenza deve poter essere contraddetta da una valutazione attuale e individualizzata della magistratura di sorveglianza, non vertendosi nell'astratto campo delle relazioni algebriche, ma nella realtà fattuale della vita umana[13].

L'aspetto della pronuncia che preme in questa sede evidenziare è, per l'appunto, la scelta compiuta dal giudice costituzionale di fondare il percorso argomentativo sull'irragionevolezza dell'automatismo legislativo e della presunzione assoluta, che consente di ricondurre anche la materia penitenziaria all'indirizzo giurisprudenziale consolidato in base al quale, in particolare quando vengono in gioco diritti costituzionali, al giudice non può essere sottratta la valutazione del caso concreto[14], dovendosi intendere la ragionevolezza innanzitutto come «razionalità pratica»[15].

La valorizzazione di questo profilo del percorso argomentativo adoperato dalla Consulta nelle varie dichiarazioni di illegittimità costituzionale degli automatismi legislativi ha indotto la dottrina ad elaborare per le pronunce in questione la denominazione di sentenze «additive per deficit di flessibilità»[16]. L'irragionevolezza degli automatismi risiede, infatti, proprio nella mancanza di flessibilità, dato che il meccanismo legale priva il giudice della sua ineliminabile discrezionalità, con la conseguenza che la dichiarazione di incostituzionalità determina l'introduzione di un meccanismo flessibile che consente all'organo giurisdizionale di operare il bilanciamento caso per caso in base alle esigenze regolative della fattispecie concreta. L'esito della declaratoria in tali contesti normativi, quindi, non è una nuova regola di

[13] Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 253, punti 8.1., 8.2. e 8.3. del *Considerato in diritto.*

[14] Cfr., tra le altre, Corte cost., 24 giugno 1993, n. 297; 29 maggio 1995, n. 220; 18 luglio 1996, n. 303; 18 luglio 1997, n. 240; 18 gennaio 1999, n. 2; ovvero, per riferimenti più recenti, Corte cost., 25 febbraio 2015, n. 48; 8 luglio 2015, n. 185, 8 novembre 2016, n. 286; 21 giugno 2018, n. 149.

[15] M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, intervento in occasione della Conferenza trilaterale delle Corte costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, in *www.cortecostituzionale.it*, sezione "Studi e ricerche", 2013, 17.

[16] Lo sforzo definitorio è di C.M.G. SALAZAR, *«Guerra e pace» nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive «di principio» quali decisioni atte a rimediare alle «omissioni incostituzionali»,* in A. RUGGERI, G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000, 279.

prevalenza capace di risolvere direttamente il conflitto tra gli interessi in gioco, bensì una regola sulla competenza[17].

Detto altrimenti, con tali pronunce, la Corte costituzionale ridefinisce di fatto il linguaggio normativo della disposizione rendendo la regola più elastica, cosicché possano essere considerate dal giudice, attraverso una delega di bilanciamento, le eccezioni concrete che si verificano nella realtà fenomenica[18]. Il rinvio, dunque, è alla discrezionalità non del legislatore, ma del giudice ed è in questa sfumatura che si coglie la differenza con le sentenze additive di principio, dato che, seppur autoapplicative come quest'ultime, le sentenze additive per deficit di flessibilità non richiedono alcun intervento da parte del legislatore: spetterà esclusivamente all'organo giurisdizionale la declinazione del principio elaborato dalla Corte nella fattispecie concreta.

Altro peculiare aspetto della sentenza n. 253 del 2019 si collega alla circostanza che l'incostituzionalità del meccanismo ostativo è intervenuta unicamente in relazione al profilo afflittivo, mentre in precedenza, per l'accoglimento della *quaestio*, era sempre stato necessario il coinvolgimento di un interesse terzo – quello del minore privato della possibilità di avere rapporti stabili e frequenti con il genitore detenuto[19] – affinché gli automatismi preclusivi fossero dichiarati incostituzionali, stante la loro irragionevolezza.

Infine, non può tacersi che, come è stato messo in luce anche dalla dottrina che ha classificato la decisione fra le sentenze additive ad effetti sostitutivi[20], la Corte ha svolto una funzione sostanzialmente paralegislativa[21] perché, non essendo la pronuncia a "rime obbligate", ha inserito un onere probatorio non previsto dalla disciplina. La sentenza, infatti, per realizzare un equo contemperamento anche degli interessi di difesa sociale[22], ha indicato alcuni stringenti criteri attraverso cui potrà essere superata la presunzione legislativa, non più assoluta. Non basterà, infatti, la buona condotta, la mera partecipazione al percorso rieducativo o la semplice dichiarazione di dissociazione dal contesto criminale, ma sarà necessaria l'acquisizione di altri, congrui e specifici

[17] In questo senso R. BIN, *Giudizio in astratto e delega di bilanciamento in concreto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/1991, 3575-3576.

[18] Cfr. L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, 3/2014, 5.

[19] Sulla portata dirompente del principio del preminente interesse del minore nei giudizi costituzionali sugli automatismi preclusivi v. Corte cost., 15 febbraio 2012, n. 31; 16 gennaio 2013, n. 7; 22 ottobre 2014, n. 239; 8 marzo 2017, n. 76; 14 luglio 2018, n. 74; 15 gennaio 2020, n. 18. Sul principio del *best interest of the child* si veda, in dottrina, E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

[20] S. TALINI, *Presunzioni assolute e assenza di condotta collaborativa: una nuova sentenza additiva ad effetto sostitutivo della Corte costituzionale*, in *Consulta OnLine*, 3/2019, 737.

[21] Sul punto cfr. anche M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 12 dicembre 2019, che sottolinea come la Corte abbia introdotto un vero e proprio «regime probatorio rafforzato», ricavato peraltro anche da diverse pronunce del giudice di legittimità, come emerge dalla citazione delle sentenze della Corte di cassazione, sezione prima penale, 12 ottobre 2017, n. 77044, 8 luglio 2019, n. 29869, 13 agosto 2019, n. 36057.

[22] Cfr. M. MENGOZZI, *Un passo avanti e uno indietro: la Consulta sull'ergastolo ostativo opta per il rinvio con monito*, in *Diritti comparati*, 20 maggio 2021, 4, che sottolinea l'addizione con finalità di difesa sociale legata ai criteri di particolare rigore indicati per la concessione dei permessi premio da parte della magistratura di sorveglianza, con particolare riguardo al pericolo del ripristino dei collegamenti con la criminalità organizzata.

elementi, tali da escludere sia l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del loro ripristino. Rispetto a entrambi gli elementi, graverà sul detenuto l'onere di fare specifica allegazione, tanto che in dottrina si è parlato di una «*probatio* quasi *diabolica*»[23].

Quanto, invece, al contesto sovranazionale, con una significativa coincidenza temporale, il 7 ottobre 2019 diventava nel frattempo definitiva la sentenza *Viola c. Italia (n. 2)*. Veniva, infatti, rigettata la richiesta, presentata dal Governo italiano ai sensi dell'art. 43 della CEDU, di rinvio alla Grande Camera del caso già deciso dalla Sezione Prima della Corte con la sentenza del 13 giugno 2019, con la quale il giudice di Strasburgo aveva affermato la non conformità dell'ergastolo ostativo di cui all'art. 4-*bis* o.p. con l'art. 3 della CEDU, a norma del quale, come noto, «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

La controversia trae origine dal ricorso proposto il 12 dicembre 2016 da Marcello Viola contro la Repubblica Italiana per ottenere la condanna di quest'ultima a rimuovere la violazione dell'art. 3 CEDU derivante dalla sottoposizione a una pena detentiva incomprimibile e, in quanto tale, giudicata degradante e inumana.

La pronuncia rappresenta la prima statuizione della giurisprudenza convenzionale in tema di ergastolo ostativo[24]. Fino a quel momento, infatti, la Corte Edu si era pronunciata esclusivamente sulla compatibilità con l'art. 3 della Convenzione dell'ergastolo comune (art. 22 c.p.), sempre nei confronti dell'Italia nei casi *Scoppola* e *Garagin*[25]. La circostanza è evidenziata dalla stessa Corte di Strasburgo proprio per sottolineare la differenza dell'istituto sottoposto al suo vaglio rispetto all'ergastolo comune di cui alle sue precedenti sentenze, nelle quali aveva avuto modo di chiarire che, essendo «in Italia le pene perpetue (...) *de jure e de facto riducibili*», in ragione del fatto che il condannato all'ergastolo può essere liberato (art. 176 c.p.), nonché ammesso al regime di semilibertà (art. 50, comma 5, o.p.), la disciplina dell'ergastolo ordinario non è incompatibile con l'art. 3 della Convenzione, poiché, essendoci la prospettiva concreta di liberazione, il mantenimento in carcere del [detenuto], anche per un lungo periodo di tempo, non è costitutivo di un trattamento inumano e degradante»[26].

---

[23] M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, cit. Per i dettagli dell'onere probatorio cfr. Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 253, punto 9 del *Considerato in diritto*.

[24] Anche in ragione di questa assoluta novità, la letteratura di commento è vastissima. Di essa, in questa sede, non si può dare conto, per cui ci si limita a rinviare, fra tutti, a E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2/2019, 925 ss.; M. PELISSERO, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in *SIDIblog*; V. ALBERTA, M.S. MORI, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2) in materia di ergastolo ostativo,* in *Giurisprudenza Penale*, 1 ss.; D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola c. Italia n. 2)*, in *Osservatorio AIC*, 4/2019, 1 ss.

[25] Corte Edu, 8 settembre 2005, *Scoppola v. Italia* e Corte Edu, 29 aprile 2008, *Garagin c. Italia*.

[26] Cfr. Corte Edu, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia (n. 2)*, § 94, ove si legge anche che la Corte di Strasburgo si è riferita al diritto interno italiano, nel caso *Vinter e a. c. Regno Unito*, quale esempio positivo della volontà degli Stati contraenti di favorire il reinserimento dei condannati all'ergastolo e, al contempo, di offrire loro una prospettiva di liberazione. Più in generale, ai fini della valutazione della riducibilità della pena, la giurisprudenza di Strasburgo ha elaborato i c.d. criteri *Murray*, v. Corte Edu, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*, § 99-100, in base ai quali, i meccanismi di controllo sull'esecuzione

Nel caso *Viola*, invece, la situazione propria del ricorrente, derivante dall'applicazione dell'art. 4-*bis* o.p., si collocava in una posizione intermedia fra quella del condannato all'ergastolo ordinario, la cui pena è riducibile *de iure e de facto*, e quella del detenuto a cui è preclusa dal sistema penitenziario, a causa di un ostacolo giuridico o fattuale, qualsiasi possibilità di liberazione, in violazione dell'articolo 3 CEDU[27].

Benché la repressione rimanga una delle finalità della reclusione, la Corte di Strasburgo richiama la circostanza che le politiche in materia di pena in Europa pongono ormai diffusamente l'accento sull'obiettivo del reinserimento, anche nel caso di detenuti condannati all'ergastolo, e imposta la questione sottopostale chiedendosi se, nell'applicazione pratica dell'ergastolo ostativo, l'equilibrio fra le finalità di politica criminale e la funzione risocializzante della pena non finisca «per limitare eccessivamente la prospettiva di liberazione dell'interessato e la possibilità per quest'ultimo di chiedere il riesame della sua pena»[28]. Essa ribadisce, inoltre, il proprio orientamento per cui il condannato all'ergastolo ha il diritto di sapere cosa deve fare perché sia esaminata una sua possibile liberazione e quali siano le condizioni applicabili, con la conseguenza che sull'ordinamento grava corrispettivamente un obbligo di mezzi, e non di risultato, consistente nella predisposizione di regimi detentivi che consentano una progressione trattamentale in tal senso.

In relazione al regime ostativo italiano, quindi, i giudici di Strasburgo dubitano della libertà della scelta del detenuto di collaborare con la giustizia, nonché dell'opportunità di prevedere un automatismo legislativo dal quale discenda che l'assenza di collaborazione equivale a pericolosità sociale del condannato[29]. Sul punto, infatti, la sentenza, anche in forza delle considerazioni proposte dal ricorrente, relativamente all'osservazione statistica dei motivi del rifiuto degli ergastolani ostativi di collaborare con la giustizia, rileva che la ragione principale della scelta risulta essere il timore, per i detenuti condannati per reati di tipo mafioso, di mettere in pericolo la propria vita o quella dei familiari. A ciò la Corte Edu aggiunge che, se la collaborazione con la giustizia assume il ruolo di ago della bilancia fra la pena di morte in carcere e la possibilità di ottenere, seppure in un futuro remoto, la liberazione, diventa concreto il

---

della pena ed eventualmente di riduzione della stessa devono: *i*) essere regolati da una legge chiara ed accessibile; *ii*) tener conto delle istanze di reinserimento sociale; *iii*) essere accessibili a partire da non oltre 25 anni dall'inizio dell'espiazione e attivabili su base periodica; *iv*) essere assistiti da adeguate garanzie processuali.

[27] Quest'ultima ipotesi è quella alla base dei fatti di causa nella nota sentenza *Öcalan*, v. Corte Edu, 18 marzo 2014, *Öcalan c. Turchia (n. 2)*, perché la legge turca non prevedeva, neppure dopo un certo periodo di detenzione, alcun meccanismo per il riesame della pena all'ergastolo comminata per talune categorie di reati, con la conseguenza che non vi era alcun mezzo per consentire al condannato di ottenere una valutazione della permanenza di legittimi motivi a sostegno del perdurare della detenzione. Nel caso *Viola*, invece, la posizione del ricorrente non era equiparabile né a quella dell'ergastolano comune, la cui pena può essere effettivamente ridotta, né a quella del ricorrente del caso *Öcalan*, perché a quest'ultimo non era riconosciuto alcun tipo di strumento, nemmeno astrattamente previsto dalla legislazione, per far riesaminare la sua pena. L'ergastolano ostativo si pone, dunque, in una posizione intermedia giacché con lo strumento della collaborazione, sia pure con i limiti che vengono chiariti nel testo, il detenuto ha la possibilità di accedere alla liberazione condizionale.

[28] Corte Edu, *Viola c. Italia (n. 2)*, cit., § 110.

[29] Corte Edu, *Viola c. Italia (n. 2)*, cit., § 116.

rischio che si possa generare un paradosso utilitarista, in base al quale il condannato potrebbe finire per collaborare con le autorità esclusivamente per ottenere i vantaggi previsti dalla legge, senza che tale comportamento rispecchi il suo sincero ravvedimento o la sua effettiva dissociazione dal sodalizio criminale.

Secondo la Corte, dunque, la normativa italiana in tema di ergastolo ostativo, prevedendo una presunzione assoluta e inconfutabile di pericolosità derivante dall'assenza di collaborazione con la giustizia, ha l'effetto di privare il detenuto di qualsiasi prospettiva realistica di liberazione. La Corte osserva, infatti, che quest'ultimo «si trova nell'impossibilità di dimostrare che non sussiste più alcun motivo legittimo in ordine alla pena che giustifichi il suo mantenimento in detenzione, e che pertanto tale mantenimento è contrario all'articolo 3 della Convenzione, in quanto, mantenendo l'equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione inconfutabile di pericolosità sociale, il regime vigente riconduce in realtà la pericolosità dell'interessato al momento in cui i reati sono stati commessi, invece di tenere conto del percorso di reinserimento e dei progressi eventualmente compiuti a partire dalla condanna»[30].

Il percorso argomentativo della sentenza, conseguentemente, finisce per fondarsi sulla constatazione che la presunzione assoluta impedisce *de facto* al giudice di esaminare la domanda di liberazione condizionale eventualmente presentata dall'ergastolano. Sul punto può forse valere la pena di rilevare sin d'ora che l'argomentazione del giudice convenzionale, tutta giocata sulla preclusione del diritto del detenuto di ottenere un sindacato di merito della propria pretesa alla liberazione condizionale da parte della magistratura di sorveglianza, determina un esito sostanzialmente convergente con quello che si raggiunge, a partire dalla ricordata giurisprudenza costituzionale, se si muove dalla censura nei confronti della vanificazione della funzione giurisdizionale determinata dalla rigidità dell'automatismo legale. In questo senso, pare potersi dire che le ragioni della tutela delle posizioni giuridiche soggettive e quella della garanzia del principio di separazione dei poteri remano nella stessa direzione.

Del resto, secondo la Corte di Strasburgo, pur essendo stabilito per reati legati ad un fenomeno di particolare allarme sociale – anche se, oggi, il catalogo previsto dall'art. 4-*bis* o.p. è molto variegato[31] – l'automatismo preclusivo di tipo assoluto non può giustificarsi nemmeno in ragione della nobile finalità per la quale è stato introdotto, ovvero la lotta alla criminalità organizzata, la quale di per sé non può giustificare deroghe astratte e permanenti all'art. 3 CEDU. La collaborazione con la giustizia, dunque, secondo la sentenza convenzionale, non è uno strumento effettivamente in grado di rendere riducibile la pena dell'ergastolo nel caso dei reati ostativi, né lo sono – contrariamente a quanto sostenuto dal Governo italiano – la domanda di grazia presidenziale o la domanda di sospensione della pena per motivi di salute, non

[30] Corte Edu, *Viola c. Italia (n. 2)*, cit., § 128.

[31] Originariamente legato alla lotta, sul versante penitenziario, alla criminalità organizzata, il regime ostativo di cui all'art. 4-*bis* o.p. è attualmente un contenitore di ipotesi criminose estremamente eterogenee, comprensive anche di delitti contro la personalità individuale, connotate semplicemente da un forte allarme sociale. A titolo di mero esempio, si pensi ai reati di carattere sessuale oppure ai reati contro la pubblica amministrazione.

configurando una «prospettiva di liberazione» ai sensi della stessa giurisprudenza della Corte europea.

Pertanto, la sentenza *Viola c. Italia (n. 2)* afferma la non compatibilità dell'istituto dell'ergastolo ostativo con il disposto dell'art. 3 «perché la dignità umana, che si trova al centro stesso del sistema messo in atto dalla Convenzione, impedisce di privare una persona della sua libertà in maniera coercitiva senza operare nel contempo per il suo reinserimento e senza fornirgli una possibilità di recuperare un giorno tale libertà»[32]. L'applicazione dell'art. 4-*bis* o.p., conseguentemente, limitando eccessivamente la prospettiva di liberazione del condannato all'ergastolo, nonché la possibilità di un riesame della sua pena, comporta la perpetuità della pena stessa, che, quindi, in quanto tale non può considerarsi compatibile ai sensi dell'art. 3 CEDU.

A completamento del quadro, può, inoltre, valere la pena di sottolineare che la violazione riscontrata rappresenta, secondo la Corte Edu, un problema strutturale dell'ordinamento italiano, in relazione al quale, però, invece che ricorrere ad una "sentenza pilota", la Corte – con una procedura che è stata definita "quasi-pilota"[33] – identifica implicitamente il problema sistemico e le sue cause, fornendo indicazioni al Governo sulle misure conformative, di carattere generale, potenzialmente in grado di risolverlo e additando come strada maestra l'adozione, preferibilmente su iniziativa legislativa, di una riforma del regime ostativo che garantisca il riesame della pena[34]. Segnatamente, secondo la sentenza, compete al Parlamento un intervento legislativo che, da un lato, consenta alle autorità giurisdizionali di valutare, ai fini della liberazione condizionale, il progresso evolutivo del detenuto e, dall'altro, che riconosca a quest'ultimo il diritto di sapere cosa deve fare affinché la sua liberazione possa essere presa in considerazione e quali sono le condizioni in concreto applicabili.

Il giudice di Strasburgo invita, infine, lo Stato italiano ad adeguatamente vagliare anche l'ipotesi di dimostrare la dissociazione dall'ambiente criminale di appartenenza in modo diverso rispetto all'adesione ai programmi di collaborazione con la giustizia, non mancando di chiarire – sempre nella ricordata prospettiva dell'obbligazione di mezzo e non di risultato – che «la possibilità di riesame della reclusione perpetua implica la possibilità per il condannato di chiedere una liberazione, ma non di ottenere necessariamente la scarcerazione se continua a costituire un pericolo per la società»[35].

La strada scelta dal giudice convenzionale, dunque, a differenza di quella percorsa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 253 del 2019 in tema di permessi premio, è quella di censurare «il meccanismo adottato dall'ordinamento italiano non in sé

[32] Corte Edu, *Viola c. Italia (n. 2)*, cit., § 136.

[33] Per tale definizione v. A. SACCUCCI, *La responsabilità internazionale dello Stato per violazioni strutturali dei diritti umani*, Napoli, 2018, 39.

[34] Sul punto v. D. MAURI, *"Scacco" all'ergastolo ostativo: brevi note a margine della pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Viola c. Italia (n. 2) e del suo impatto sull'ordinamento italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2019, 14 ss., ove si osserva che «la via legislativa alla riforma dell'ergastolo ostativo non esclude, se necessario, altre vie: la Corte Edu ribadisce infatti come rientri nel margine di apprezzamento dello Stato la predisposizione di meccanismi che consentano la valutazione dei progressi rieducativi anche dell'ergastolano non-collaborante. In particolare, non è da escludersi che, nell'inerzia del legislatore – come sovente è avvenuto ed avviene –, ad espungere dall'ordinamento le disposizioni in questione sia la Corte costituzionale».

[35] Corte Edu, *Viola c. Italia (n. 2)*, cit., § 144.

considerato, ma esclusivamente con riferimento alla sua possibile applicazione alla pena perpetua, considerando l'ergastolo ostativo in violazione del divieto convenzionale di trattamenti inumani o degradanti in quanto sanzione a vita»[36]. Nonostante si intraveda nel percorso argomentativo la trama dell'irragionevolezza della preclusione, dunque, come si accennava, il fulcro della decisione è l'incompatibilità con la Convenzione della pena a vita irriducibile.

2. *L'incostituzionalità prospettata ma non dichiarata dell'ergastolo ostativo*

In questo dialogo interlocutorio fra Corti, l'ultimo approdo giurisprudenziale (ord. n. 97 del 2021) era atteso, perlomeno da parte di coloro che ne sostengono l'incostituzionalità[37], come punto di arrivo di un percorso multilivello[38] volto alla definitiva espunzione dell'ergastolo ostativo dall'ordinamento giuridico italiano. Tale aspettativa, però, come detto in apertura, è rimasta finora insoddisfatta per effetto dell'ulteriore rinvio disposto dalla Corte costituzionale dopo l'inutile decorso del termine annuale originariamente assegnato al Parlamento.

Con una tecnica decisoria di recentissima elaborazione, quella della «incostituzionalità prospettata»[39], la Corte ha rilevato l'illegittimità costituzionale della

---

[36] M. MENGOZZI, *I possibili altri passi lungo la via tracciata dalla sentenza n. 253/2019*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale, (Ferrara, 25 settembre 2020)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali, Rassegna*, 4/2020, 192-193.

[37] A favore dell'illegittimità costituzionale, *ex multis*, M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale*?, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine la fine della pena*, cit., 1-36; G. GIOSTRA, *Verso un'incostituzionalità prudentemente bilanciata? Spunti per una discussione*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine la fine della pena*, cit., 37-50; E. DOLCINI, *Ergastolo ostativo, liberazione condizionale, diritto alla speranza*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine la fine della pena*, cit., 124-130; A. PUGIOTTO, *Dopo la sentenza (di accoglimento) che verrà*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine la fine della pena*, cit.., 213-219; P. VERONESI, *«Un passo dopo l'altro». È in arrivo il* knock-down *per la disciplina dell'ergastolo ostativo*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine la fine della pena*, cit., 241-249; F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all'ordinanza 97/2021,* in *Questione Giustizia*, 27 maggio 2021. Di opinione opposta, cfr. A. LEGGIERO, *Ancora una* quaestio *in tema di ergastolo: un'ingravescente idiosincrasia verso l'ostatività?*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine la fine della pena,* cit., 176 ss.; O. SFERLAZZA, *Riflessioni a margine della ordinanza della Corte Costituzionale n.97/2021 sull'ergastolo ostativo: molti dubbi e poche certezze*, in *Questione Giustizia*, 24 giugno 2021; L. TESCAROLI, *La Corte costituzionale e le scelte del legislatore sull'ergastolo ostativo*, in *Questione Giustizia*, 1° ottobre 2021; S. PELLEGRINI, *Ergastolo ostativo: da cosa nasce e perché non va abolito*, in *L'espresso*, 19 aprile 2021.

[38] Sul punto sia consentito, soprattutto a fini bibliografici, un rinvio ad A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012.

[39] L'espressione si deve al Presidente Giorgio Lattanzi, v. *Relazione annuale del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2018*, in *www.cortecostituzionale.it*, sezione "Relazioni annuali", 12. La prima elaborazione di questa tipologia decisoria intervenne nel Caso Cappato, v. Corte cost., 24 ottobre 2018, n. 207. Le riflessioni sullo strumento decisorio sono pressoché sterminate, cfr. *ex multis,* fra i primi contributi apparsi in dottrina, per un giudizio positivo A. ANZON, *Un nuovo tipo di decisione di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata"*, in *Giurisprudenza costituzionale,* 6/2018, 2459 ss., la quale, dopo aver tracciato le differenze e le similitudini fra l'ordinanza Cappato e le decisioni di inammissibilità, considera questa nuova tipologia decisoria un buon espediente per non contraddire il quadro di riferimento del processo costituzionale e, al contempo, governare gli effetti temporali delle

disciplina – in quanto, essendo la collaborazione l'unico strumento per poter acquisire la libertà, si pone in contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione, nonché con l'art. 3 della CEDU – ma, diversamente da ciò che era lecito attendersi, non l'ha dichiarata nel dispositivo. La normativa censurata impedisce, infatti, la concessione del beneficio penitenziario della liberazione condizionale al condannato all'ergastolo per i delitti ostativi di "contesto mafioso", che non abbia utilmente collaborato con la giustizia e che abbia scontato già 26 anni di carcere (anche grazie ai provvedimenti di liberazione anticipata), sulla base di una presunzione assoluta di mancata rescissione dei collegamenti con la criminalità organizzata, superabile soltanto per effetto della condotta collaborativa.

La Corte se, da un lato, giudica ragionevole che la collaborazione sia un positivo strumento di dimostrazione dell'avvenuta rottura dei rapporti col sodalizio criminale, dall'altro, ne afferma chiaramente la incompatibilità con la Costituzione se e in quanto risulti l'unico strumento per poter accedere alla liberazione condizionale (e, quindi, alla libertà)[40], perché, contrariamente, è necessario che la presunzione di pericolosità possa essere vinta da prova contraria, valutabile dalla magistratura di sorveglianza in ordine all'intero percorso carcerario del condannato e non solo sulla base della scelta di non collaborare con la giustizia. Il giudice costituzionale, specificando che, ai fini della concessione della misura, dovranno essere acquisiti elementi tali da escludere sia

---

pronunzie di accoglimento, sia *pro praeterito*, sia *pro futuro*; M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC,* 2/2019, in part. 662 ss., laddove sostiene che l'esigenza di rendere giustizia costituzionale può legittimare anche l'ideazione di tecniche decisorie più efficaci al fine di assicurare, all'esito del giudizio della Corte, "situazioni normative" conformi a Costituzione o almeno di evitare che si creino situazioni di maggiore incostituzionalità rispetto a quelle che si vanno a rimuovere; invece, tra le posizioni contrarie alla nuova ordinanza interlocutoria cfr. E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quaderni Costituzionali*, 3/2019, 531 ss., il quale dubitava pure che la tipologia decisoria potesse consolidarsi e trovare applicazione al di là del Caso Cappato; ma anche A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018),* in *Consulta OnLine*, 1/2019, 108-112, e R. PINARDI, *Il caso Cappato e la scommessa della Corte (riflessioni su un nuovo modello di pronuncia monitoria)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2018, 2470 ss. Prima dell'ordinanza n. 97 del 2021, l'incostituzionalità prospettata è stata utilizzata in una sola altra vicenda, riguardante l'obbligatorietà della pena detentiva per i reati di diffamazione aggravata dall'uso della stampa, v. Corte cost., 9 giugno 2020, n. 132; per qualche commento cfr., fra molti, A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2020, 406 ss.; R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2020, 103 ss.; M. PICCHI, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2020, 1411 ss.; A. CARDONE, *Pena detentiva per la diffamazione e funzione democratica della libertà di espressione.* Quid iuris *oltre il caso della professione giornalistica*, in *Consulta OnLine*, 1/2022, 349 ss.

[40] Di diverso avviso A. MORRONE, *Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo*, in *Consulta OnLine*, 2/2021, 388, secondo cui «La Corte non afferma mai apertamente l'incostituzionalità della disposizione oggetto per violazione dell'art. 27 Cost., almeno non come aveva fatto il roboante comunicato stampa preventivo, poi corretto in quello contestuale». Il riferimento è al comunicato stampa del 15 aprile 2021 dal titolo «*Ergastolo ostativo incompatibile con la Costituzione* ma occorre un intervento legislativo. Un anno di tempo al Parlamento» (corsivo aggiunto).

l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, sia il rischio del loro futuro ripristino, ritiene che un intervento demolitorio comprometterebbe la tenuta complessiva della disciplina in esame. Per tale ragione, rileva come appartenga alla incomprimibile discrezionalità del legislatore individuare il punto di equilibrio fra lotta alla criminalità organizzata e la funzione rieducativa della pena che, anche per i condannati all'ergastolo per i delitti di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., non può non essere orientata alla fine della detenzione.

In ragione di esigenze di collaborazione istituzionale, come detto, la Corte costituzionale ha assegnato un congruo tempo al legislatore per affrontare la materia, riservandosi il compito di valutare *ex post* la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte. La conclusione della pronuncia sembra essere, quindi, «un'accorata denuncia pubblica dei "limitati strumenti" di cui dispone il giudice delle leggi per svolgere la sua funzione in linea con la Costituzione scritta, con un parallelo appello al legislatore»[41] affinché si assuma prioritariamente la responsabilità «delle ricadute sull'impianto normativo predisposto a contrasto della criminalità organizzata, conseguenti all'incompatibilità costituzionale dell'attuale meccanismo di ostatività»[42].

Dopo ben diciotto anni dalla sua prima pronuncia in tema di ergastolo ostativo (sentenza n. 135 del 2003)[43], la Corte si trova dinnanzi alla scelta fra l'accoglimento "secco" della *quaestio*, l'addizione manipolativa e il monito attraverso la doppia pronuncia. In quella occasione, con delle argomentazioni decisamente poco persuasive[44], il giudice costituzionale aveva affermato che la «disciplina censurata, subordinando l'ammissione alla liberazione condizionale alla collaborazione con la giustizia, che è rimessa alla scelta del condannato, non preclude[va] in modo assoluto e definitivo l'accesso al beneficio, e non si pone[va], quindi, in contrasto con il principio rieducativo enunciato dall'art. 27, terzo comma, Cost»[45]. Difatti, ricollegandosi alla sua pregressa giurisprudenza in tema di compatibilità dell'ergastolo comune con il principio di risocializzazione[46], la Consulta arrivava a valorizzare, anche per l'ergastolo ostativo, il ruolo di fattore di riequilibrio assunto dall'accesso alla liberazione condizionale – «unico istituto che in virtù della sua esistenza nell'ordinamento rende non contrastante con il principio rieducativo, e dunque con la Costituzione, la pena dell'ergastolo»[47] – non apprezzando in modo adeguato che la collaborazione fosse imposta dall'automatismo legale contenente la presunzione assoluta e non, invece, una libera scelta del condannato.

---

[41] A. MORRONE, *Finale di partita*, cit., 388.

[42] Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, *Relazione al Parlamento del 2021*, in *www.garantenazionaleprivatiliberta.it*, 218.

[43] A commento della sentenza, si vedano L. CREMONESI, *La Consulta "stoppa" la rieducazione*, in *Diritto e Giustizia*, 19/2003, 14 ss.; A. MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4-bis ord. penit.*, in *Diritto penale e processo*, 11/2003, 1351 ss.; G. VARRASO, *Ergastolo, liberazione condizionale ed art. 4 bis ord. penit.: la parola di nuovo alla Consulta*, in *Giustizia penale*, 2004, pt. I, 81 ss.

[44] Cfr. E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 4/2017, 1500 ss.

[45] Corte cost., 9 aprile 2003, n. 135, punto 5 del *Considerato in diritto*.

[46] Cfr. Corte cost., 21 novembre 1974, n. 264; 21 settembre 1983, n. 274; 27 aprile 1994, n. 168.

[47] Corte cost., 2 giugno 1997, n. 161, punto 6 del *Considerato in diritto*.

Come già evidenziato, quest'aspetto è, invece, il punto centrale dell'ordinanza n. 97 del 2021, grazie anche all'utilizzo da parte del rimettente del parametro di cui all'art. 3 Cost. – e non solo del principio rieducativo dell'art. 27, terzo comma, Cost. (utilizzato assieme all'art. 117 Cost.) – che ha fornito alla Corte costituzionale l'occasione di attivare il sindacato di ragionevolezza per censurare la presunzione assoluta preclusiva all'accesso alla liberazione condizionale e valorizzare la necessità di riespandere la discrezionalità della magistratura di sorveglianza nella valutazione sulla concessione della misura.

In questo argomentare, la drastica battuta d'arresto nel percorso diretto all'accoglimento è intervenuta nel confronto con quello che, per la dottrina, era il precedente più diretto a favore dell'incostituzionalità, ossia la ricordata sentenza n. 253 del 2019 sui permessi premio[48]. Il giudice delle leggi, infatti, sottolinea che, rispetto al caso precedente, da un lato, «la posta in gioco è ancora più radicale, giacché, in termini ordinamentali, sono in questione le condizioni alle quali la pena perpetua può dirsi compatibile con la Costituzione; mentre, dal punto di vista del condannato, è in discussione la sua stessa possibilità di sperare nella fine della pena. Dall'altro lato, però, proprio per il profilo da ultimo sottolineato, è qui in esame l'accesso al ben diverso istituto che determina, all'esito positivo del periodo di libertà vigilata, l'estinzione della pena e il definitivo riacquisto della libertà, e non semplicemente, come nel caso del permesso-premio, la concessione di una breve sospensione della carcerazione, senza interruzione dell'esecuzione della pena, in costanza dei connessi controlli»[49]. Per giustificare il diverso *decisum*, quindi, la Corte enfatizza la differenza fra la natura sostanziale delle due misure: i permessi premio sono dei benefici penitenziari concedibili nel corso dell'esecuzione e strettamente collegati alla risocializzazione dei condannati[50], mentre la liberazione condizionale è una causa di estinzione della pena, che opera come «vera e propria rinuncia, sia pure sottoposta a condizioni prestabilite, da parte dello Stato alla ulteriore realizzazione della pretesa punitiva nei riguardi di determinati condannati»[51]. Nel primo caso, quindi, la misura si colloca fra le modalità di esecuzione della pena, nel secondo, invece, nell'ambito della sospensione della sua esecuzione, per il periodo di libertà vigilata, all'esito positivo del quale la pena in concreto si estingue. In tale differenza viene ravvisato il discrimine che impedisce l'accoglimento della questione con una sentenza manipolativa.

---

[48] Attribuiscono espressamente alla sentenza n. 253 del 2019 il valore di precedente favorevole all'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo P. VERONESI, *«Un passo dopo l'altro». È in arrivo il* knock-down *per la disciplina dell'ergastolo ostativo*, cit., 241; M. MENGOZZI, *Un passo avanti e uno indietro: la Consulta sull'ergastolo ostativo opta per il rinvio con monito*, in *Diritti comparati*, 20 maggio 2021, 3; M. D'AMICO, S. BISSARO, *Il "commiato" dell'ergastolo ostativo? La parola spetta ora alla Corte costituzionale*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine la fine della pena*, cit., 108; E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sistema penale*, 25 maggio 2021; A. MARTUFI, *Rieducazione, diritto alla speranza e prospettive della liberazione condizionale dopo la "fine" dell'ergastolo ostativo*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine la fine della pena*, cit., 189.

[49] Corte cost., 15 aprile 2021, n. 97, punto 8 del *Considerato in diritto*.

[50] F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Padova 2015, 779-780.

[51] Corte cost., 27 giugno 1974, n. 204, punto 2 del *Considerato in diritto*.

La Corte, facendo riferimento all'"apicalità"[52] dei profili sottoposti alla sua attenzione – ossia che la disciplina riguardi condannati per reati di criminalità organizzata mafiosa, ai quali è inflitta la pena dell'ergastolo e che chiedono la liberazione condizionale – ritiene, *in primis*, che l'intervento demolitorio genererebbe delle incoerenze di sistema e metterebbe a rischio le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva. Per tale ragione dichiara la sua (temporanea) incompetenza a integrare la disciplina normativa, rinunciando a svolgere una funzione paralegislativa, come avvenuto nella sentenza n. 253 del 2019, in nome della discrezionalità del legislatore.

Ferma «la contraddittorietà di fondo tra l'idea che spetti solo al legislatore definire gli interventi necessari e quella che sia possibile, per il giudice delle leggi, decidere per un accoglimento laddove il termine assegnato al Parlamento scada infruttuosamente»[53], non sembrano essere particolarmente convincenti gli argomenti posti alla base della scelta di non utilizzare le *rationes decidendi* elaborate nel più diretto precedente. La Corte costituzionale, infatti, riferendosi alla possibilità di effettuare un mero intervento demolitorio, non prende in considerazione l'armamentario decisionale che ha sviluppato nella sua giurisprudenza, ove si ritrovano strumenti decisori in grado di colmare eventuali vuoti di disciplina generati dalla dichiarazione di incostituzionalità. Secondariamente, essa sembra volutamente ignorare l'opportunità di superare le incoerenze sistematiche attraverso l'illegittimità consequenziale (art. 27, l. 11 marzo, 1953, n. 87) – strumento utilizzato proprio nel caso dei permessi premio. In terzo luogo, infine, potrebbe apparire addirittura pretestuoso il riferimento alla circostanza che la Corte Edu, come evidenziato, abbia espresso una marcata preferenza per un intervento legislativo di riforma della disciplina dell'ergastolo ostativo[54].

D'altronde, anche il Parlamento non potrà fare a meno di restituire alla magistratura di sorveglianza lo spazio valutativo del caso concreto, risultato che poteva essere raggiunto anche attraverso una sentenza additiva per deficit di flessibilità, stabilendo una regola sulla competenza del giudice nel bilanciamento concreto fra esigenze di sicurezza e concessione della liberazione condizionale al condannato. Anche in questo caso, infatti, il carattere assoluto della presunzione impedisce all'organo giurisdizionale di valutare – dopo un lungo tempo di carcerazione, che può aver determinato rilevanti trasformazioni della personalità del detenuto[55] – l'intero percorso carcerario dell'ergastolano, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero sociale, ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost.

Preme evidenziare come argomento centrale nella scelta del rinvio della trattazione della questione sia la creazione di disarmonie «che sarebbe derivata, nell'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit., tra condannati all'ergastolo per reati di mafia o di contesto mafioso, che avrebbero potuto ottenere il vaglio nel merito della loro istanza anche se

[52] Cfr. F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo*, cit.

[53] M. MENGOZZI, *Un passo avanti e uno indietro*, cit., 4.

[54] Così M. MENGOZZI, *Un passo avanti e uno indietro*, cit., 4.

[55] Cfr. Corte cost., 21 giugno 2018, n. 149, punto 7 del *Considerato in diritto*, ove si evidenzia che la personalità del condannato resta aperta, nonostante il reato commesso, alla prospettiva di un possibile cambiamento.

non collaboranti, e i condannati all'ergastolo per altri reati di prima fascia del 4 *bis*, che nulla hanno a che fare con la mafia (come nel caso dei reati di terrorismo) o addirittura nulla hanno a che fare con la criminalità organizzata»[56], come i reati contro la pubblica amministrazione o quelli di natura sessuale, ai quali è precluso l'accesso a tutti i benefici penitenziari (salvo la liberazione anticipata e, dopo la sentenza n. 253 del 2019, il permesso premio).

Da ultimo, la Corte aggiunge che «la normativa risultante da una pronuncia di accoglimento delle questioni, conchiusa nei termini proposti dal giudice *a quo*, darebbe vita a un sistema penitenziario caratterizzato, a sua volta, da tratti di incoerenza»[57] anche in relazione all'ulteriore profilo in forza del quale i condannati per i reati di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., pur se non collaboranti, possono attualmente essere valutati al fine di ottenere uno o più permessi premio e all'esito di una pronuncia di accoglimento delle odierne questioni potrebbero accedere (anche) al procedimento di ammissione alla liberazione condizionale, ma resterebbe loro inibito l'accesso al lavoro all'esterno e alla semilibertà – «cioè proprio alle misure che invece normalmente segnano, in progressione dopo i permessi premio, l'avvio verso il recupero della libertà»[58].

Premesso che, con riguardo al primo aspetto, «i criteri probatori di maggior rigore, chiamati a prendere il posto della prova legale della collaborazione, non dovrebbero valere quando si tratta di concedere, oggi i permessi premio, domani (speriamo) la liberazione condizionale, a condannati per i reati di cui al primo comma dell'art. 4-*bis,* diversi da quelli di criminalità organizzata di stampo mafioso o terroristico»[59], entrambe le problematiche sollevate dalla Corte potevano essere risolte con l'illegittimità consequenziale, sia con riguardo all'estensione della disciplina agli altri reati di prima fascia, sia, *a fortiori*, con riferimento alle altre misure del lavoro all'esterno e della semilibertà. Tanto che la disarmonia è già oggi presente in ragione della differente disciplina normativa modellata dalla Corte solo per i permessi premio. Se nella sentenza n. 253 del 2019 la necessità di estendere gli effetti della pronuncia *ex* art. 27 cit. non ha rappresentato un ostacolo all'accoglimento, infatti, non si coglie pienamente il motivo per cui lo è stato nel caso della liberazione condizionale, in merito alla quale «semmai, proprio il carattere 'apicale' della disciplina da ultimo all'esame della Corte avrebbe potuto dare maggior forza alla soluzione dell'illegittimità conseguenziale»[60].

Conclusivamente, sembra di poter dire che l'ordinanza n. 97 del 2021 lascia aperte almeno tre questioni particolarmente problematiche: *i*) qualora il termine scada infruttuosamente, senza l'intervento del legislatore, bisognerà capire come «il giudice delle leggi vorrà cucire una disciplina che oggi ritiene impossibile trascrivere "a rime

[56] E. DOLCINI, *L'ordinanza,* cit.

[57] Corte cost., 15 aprile 2021, n. 97, punto 10 del *Considerato in diritto*.

[58] Di nuovo, Corte cost., 15 aprile 2021, n. 97, punto 10 del *Considerato in diritto.*

[59] G. GIOSTRA, *Verso un'incostituzionalità prudentemente bilanciata?*, cit., 46.

[60] E. DOLCINI, *L'ordinanza*, cit.; v. G. GIOSTRA, *Verso un'incostituzionalità prudentemente bilanciata?*, cit., 43, che parla di estensione orizzontale (tipologia di reati) e verticale (tipologia di pena) dell'incostituzionalità. Evidenziano invece delle perplessità in merito all'illegittimità consequenziale M. D'AMICO, S. BISSARO, *Il "commiato" dell'ergastolo ostativo?*, cit., 108.

obbligate" secondo la Costituzione scritta»[61]; *ii*) al contrario, invece, qualora il legislatore intervenga, occorrerà verificare se e come la Corte dovrà vagliare la normativa riformata per valutarne la conformità a Costituzione e alle motivazioni, ovvero se si orienterà per una restituzione degli atti al giudice *a quo*, affinché valuti la non manifesta infondatezza della questione di legittimità[62]; *iii*) sembra necessario, infine, riflettere su come, *medio tempore*, sarebbe stato consono orientarsi per i condannati ad altri reati di prima fascia e per gli altri benefici penitenziari: sospendere (impropriamente) il giudizio fino al 10 maggio 2022 (oggi fino all'8 novembre 2022) oppure sollevare nuove questioni di legittimità costituzionale?

In particolare, «in relazione ad istanze di semilibertà o di affidamento in prova al servizio sociale, provenienti da condannati per delitti di 4 *bis* co. 1 ord. penit. a pena temporanea non collaboranti, le questioni di costituzionalità [eventualmente] sollevate potrebbero di certo essere rinviate ad un vaglio successivo ad un eventuale ripensamento globale della materia da parte del legislatore, […] ma potrebbe pure esservi una soluzione diversa, di accoglimento alla stregua della soluzione adottata con la sent. 253/2019, posto che non saremmo più di fronte a scelte tre volte apicali»[63].

Una parziale risposta a quest'ultimo interrogativo potrebbe essere fornita dal giudice costituzionale qualora dovesse fissare la data di discussione dell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Sorveglianza di Perugia del 23 settembre 2021 (non ancora iscritta al ruolo)[64], con cui è stato sottoposto alla Corte un nuovo scrutinio di legittimità sull'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., in relazione agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., nella parte in cui preclude, ai detenuti condannati per delitti diversi dall'associazione mafiosa o di "contesto mafioso", l'accesso all'affidamento in prova al servizio sociale, pur in assenza del requisito della collaborazione con la giustizia[65].

3. Pro *e* contra*: due unità di misura dell'ordinanza*

L'uso dello strumento decisionale dell'ordinanza di rinvio della trattazione a data certa richiede qualche considerazione inerente sia gli effetti nel caso di specie, sia le ricadute più generali in termini di tendenze della giurisprudenza costituzionale. Infatti, se si conviene, come pare possibile fare, sulla conclusione che tale opzione decisoria

[61] A. MORRONE, *Finale di partita*, cit., 390.

[62] Cfr. D. GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo*, in *Giustizia insieme*, sezione "Giustizia e pene", 20 maggio 2021. Si ricorda che nelle precedenti occasioni, v. Corte cost., 24 ottobre 2018, n. 207, 9 giugno 2020, n. 132, il legislatore ha mancato di intervenire nel termine assegnato con l'ordinanza, quindi la Corte, attualmente, non si è mai trovata davanti al problema di valutare *ex post* la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte dal Parlamento.

[63] F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo*, cit.

[64] Reg. Ord. n. 194 del 2021, pubbl. in G.U., I serie speciale, del 15/12/2021, n. 50.

[65] Tale *quaestio* di legittimità costituzionale è stata compiutamente analizzata da F. SIRACUSANO, *Affidamento in prova al servizio sociale del condannato, per reati diversi da quelli di "ambito mafioso", non collaborante con la giustizia: un'altra questione, circa la tenuta del modello preclusivo imposto dall'art. 4-bis comma 1 ord. penit., approda al sindacato della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 26 ottobre 2021.

non era l'unica praticabile, diventa necessario interrogarsi su quali siano i *pro* e i *contra* di aver compiuto questa scelta.

Innanzitutto, è utile domandarsi quali siano stati i "costi" della pronuncia. Pare abbastanza evidente che il costo maggiore sia sofferto da coloro che continuano a subire gli effetti di una normativa incostituzionale, incidente sulla libertà personale e comportante, tra l'altro, una violazione dell'art. 3 CEDU, i quali fino a novembre 2022 (stante l'ulteriore rinvio), ovvero sino all'intervento del legislatore o della Consulta, non potranno ottenere un vaglio nel merito dell'istanza di ammissione alla liberazione condizionale. L'istanza sarà dichiarata inammissibile «e ciò, paradossalmente, in forza di una disciplina della quale la Corte ha accertato, con solide argomentazioni, l'illegittimità costituzionale. Il condannato non avrà alcuna chance di tornare in libertà, anche se la Costituzione impone che quella possibilità gli venga offerta»[66]. Costo ancor più oneroso se si considera che il principio di umanità di cui all'art. 3 CEDU rappresenta una norma convenzionale inderogabile ai sensi dell'art. 15, comma 2, della medesima Convenzione, e «nondimeno, […] viene derogato dalla Corte costituzionale italiana in relazione al condannato all'ergastolo ostativo, al quale – ancora per un anno – potrà essere negato il diritto alla speranza»[67].

Un secondo "prezzo", seppur qualitativamente diverso, è stato pagato dalla stessa giustizia costituzionale, poiché tradendo un suo diretto precedente (quello della sentenza n. 253 del 2019) la Consulta sembra aver oscillato nell'atteggiamento decisionale, perdendo coerenza motivazionale. La creatività giurisprudenziale ha comportato difatti «evidenti sconfinamenti nella politica criminale e nella costruzione per sentenza di fattispecie normative in materia penale»[68], dunque, anche in questo caso pareva plausibile attendersi un simile epilogo; contrariamente, almeno per il tempo del rinvio, la Corte costituzionale sembra invece essersi protetta dalla cattura "politica". Si pensi al riguardo che nel giudizio sono state ammesse ben cinque opinioni di *amici curiae* (Macrocrimes, Associazione Antigone, L'Altro Diritto ODV, Garante Nazionale dei diritti dei detenuti, Nessuno Tocchi Caino)[69] e che, nonostante fossero tutte indubbiamente orientate a favore dell'accoglimento, la Corte si è giovata degli elementi innovativi da esse apportati rispetto all'ordinanza di rimessione (es. dati statistici) senza,

---

[66] E. DOLCINI, *L'ordinanza*, cit.

[67] Ancora E. DOLCINI, *L'ordinanza*, cit. Inoltre, v. H.J. WOODCOCK, *Un giudizio sull'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale che mette in luce, oltre ai profili positivi, alcuni rischi. Uno più di tutti: quello di far rientrare dalla finestra ciò che è uscito dalla porta*, in *Questione Giustizia*, 26 maggio 2021, per il quale, questo singolare protrarsi dell'applicazione di una normativa incostituzionale sembra porsi in contrasto anche con altri principi cardine del nostro ordinamento: l'art. 25 della Costituzione e l'art. 2 del codice penale.

[68] A. MORRONE, *Finale di partita*, cit., 389.

[69] Sulla modifica del «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale» v. M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 2, 402 ss.; A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Rivista AIC,* 2/2020, 426 ss.; T. GROPPI, *Nuovo corso della Consulta sotto il segno della trasparenza*, in *Lavoce.info*, 17 gennaio 2020; A. RUGGERI*, La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustizia insieme*, 24 gennaio 2020. Per un'analisi specifica del ruolo dell'*amicus curiae* nel giudizio di legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo v. C. MASCIOTTA, *Il ruolo dell'*amicus curiae *nella giurisprudenza costituzionale alla luce della prassi applicativa*, in corso di pubblicazione in opera collettanea.

però, subirne le pressioni decisionali. Pare, inoltre, di poter osservare che la mancata esposizione "politica", da considerare certamente in maniera positiva, rischia di apparire, però, meramente illusoria. La forza e la persuasività delle pronunce costituzionali risiedono, infatti, nell'intellegibilità degli itinerari argomentativi attraverso i quali la Corte «si fa carico nello spazio pubblico della "sua" responsabilità di decidere»[70], responsabilità che viene progressivamente meno ove le decisioni vengono legittimate attraverso gli altri[71]: in negativo, attraverso l'inerzia del legislatore, in positivo, attraverso le sollecitazioni derivanti dalla società civile, che sembrano spingere il giudice delle leggi a svolgere un'impropria funzione di rassicurazione sociale[72].

Infine, una terza criticità deriva dal fatto che, diversamente dalle decisioni di incostituzionalità accertata ma non dichiarata[73], con questa nuova tipologia decisoria, quella che si limita a "prospettare" l'incostituzionalità, la Corte incisivamente fissa nel dispositivo una data precisa per la successiva udienza – ed eventualmente per l'accoglimento della *quaestio*, qualora si protragga l'inerzia legislativa – che assume la veste di *expiry date* della tollerabilità dell'*horror vacui*[74]. Pertanto, la Consulta «più che "decidere di non decidere" decide di decidere entro un anno dal monito legislativo, giudicando così non procrastinabili sia l'invito a legiferare sia la dichiarazione di illegittimità costituzionale»[75]. Sembrano delinearsi, quindi, due vincoli temporali: il primo etero-imposto alle Camere per l'esercizio del potere legislativo e il secondo auto-imposto a se stessa per censurare l'eventuale persistenza della normativa incostituzionale.

Tale *modus operandi* fa sorgere qualche perplessità circa la possibilità di «ammettere che la Corte interpreti estensivamente gli artt. 134 e 136 Cost, fino al punto di riconoscere la capacità di stabilire la data entro cui la sua pronuncia di incostituzionalità è da considerarsi improcrastinabile»[76]. Se, infatti, l'*horror vacui* ha da sempre influenzato l'elaborazione teorica e l'utilizzazione pratica di nuove tecniche

[70] P. RIDOLA, "*La Corte si apre all'ascolto della società civile*", in *Federalismi.it*, n. 2/2020, viii.

[71] Cfr. S. BARBARESCHI, *La Corte costituzionale si apre all'ascolto della società civile, ovvero del rischio della legittimazione di sé attraverso gli altri*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 400-401, il quale scrive che «questa *legittimazione di sé attraverso gli altri* potrebbe disvelare una certa debolezza del giudice delle leggi, evidenziandone le difficoltà nel risolvere alcune questioni sulla base dell'interpretazione costituzionale e del bilanciamento degli interessi, nonché apparire alla stessa società civile manifestazione dell'anima politica o finanche di parte della Consulta».

[72] G. GIOSTRA, *Verso un'incostituzionalità prudentemente bilanciata?*, cit., 47.

[73] Tali sentenze segnalano la violazione del dettato costituzionale, ma decidono di rinviare ad un momento indeterminato la pronuncia di accoglimento cfr. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008, 236-238; R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milano, 1993, 53-55; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 410- 412. Si precisa che, nella nomenclatura dell'armamentario decisionale della Corte, in dottrina è stata definita incostituzionalità accertata ma non dichiarata anche l'ordinanza di rinvio della trattazione a data certa, cfr. A. ANZON, *Un nuovo tipo di decisione di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata"*, cit.

[74] Per una riflessione sull'*horror vacui* nel giudizio di legittimità costituzionale v. R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, 2007.

[75] I. ROBERTI, *I moniti "a termine" della corte costituzionale e le implicazioni sull'attività legislativa del parlamento*, in *Federalismi.it*, 17/2021, 176.

[76] Ancora I. ROBERTI, *I moniti "a termine"*, cit., 178.

decisorie – tanto che in dottrina si è giunti a sostenere che «la storia degli strumenti decisori forgiati dalla Corte per via pretoria» possa essere letta «come un costante tentativo di ridurre al minimo i vuoti normativi conseguenti alla declaratoria d'incostituzionalità»[77] – occorre ad ogni modo interrogarsi su quale sia il punto di frizione fra la modulazione degli effetti, anche temporali, dell'accoglimento[78] e l'attenuazione del principio di cui all'art. 28 della l. 11 marzo 1953, n. 87, in forza del quale, come noto, dovrebbe considerarsi precluso ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento[79], ivi compreso quello di stabilire i tempi dei lavori parlamentari. Sebbene «il modello di giustizia costituzionale disciplinato in Costituzione è di natura embrionale, nel senso che con il tempo è stato "aggiornato" dal Giudice delle leggi in base all'evoluzione del contesto politico e istituzionale, […] resta il fatto che la *ratio* di quelle norme è diretta a definire e al contempo delimitare l'azione della Consulta in uno schema rispettoso dei poteri all'interno dello Stato costituzionale»[80]. Pur rispecchiando l'originaria concezione kelseniana della Corte come giudice delle leggi piuttosto che come giudice dei diritti[81], la l. 11 marzo 1953, n.

---

[77] A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente». Genesi, uso e implicazioni*, Milano, 1994, 563.

[78] M. LUCIANI, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni 90*, in A.A.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1989, 110-112; di nuovo R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore,* cit., 53-55; inoltre, con riguardo alla celebre sent. n. 10 del 2015 v. M. CAREDDA, M. RUOTOLO, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin Tax*, in *Rivista AIC*, 2/2015. Può, forse, non essere privo di utilità richiamare anche Corte cost., 25 gennaio 2021, n. 41, ove la Consulta ha inserito un termine finale di vigenza della norma sottoposta al suo vaglio di costituzionalità, degradandola da disciplina stabile a disciplina provvisoria, cfr. fra altri R. PINARDI, *Costituzionalità "a termine" di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021*), in *Consulta OnLine*, 1/2021, 288 ss.; A. RUGGERI, Vacatio sententiae *alla Consulta, nel corso di una vicenda conclusasi con un anomalo "bilanciamento" tra un bene costituzionalmente protetto e la norma sul processo di cui all'art. 136 Cost. (nota minima alla sent. n. 41 del 2021)*, in *Giustizia Insieme*, 13 aprile 2021.

[79] Ai sensi dell'art. 28, l. 11 marzo 1953, n. 87, infatti, «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

[80] I. ROBERTI, *I moniti "a termine"*, cit., 179.

[81] Sul punto cfr. P. PINNA, *La disposizione valida e la norma vera*, Milano, 2015, 86 ss., secondo cui la giustizia costituzionale si è trasformata in «una giurisdizione non [più] sulla costituzionalità della legge, ma sul diritto preteso da chi ha agito in giudizio». Pur non essendo questa una sede idonea per più puntuali riflessioni sul nostro modello di giustizia costituzionale accentrato (sulla cui evoluzione si rimanda, soprattutto per l'alterazione dell'originario rapporto fra giustizia costituzionale e giustizia comune, *ex multis*, a P. PINNA, *Il costituzionalismo del secondo dopoguerra e la crisi del controllo di costituzionalità accentrato*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione": verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, 490 ss.; O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002, 291 ss.; G. VOLPE, *Sviluppi del giudizio incidentale sulle leggi in Italia: verso un processo di "amparo"?*, in F. FERNANDEZ SEGADO (a cura di), *The Spanish Constitutions in the European Constitutional Context – La Constitutión española en el contexto constitutional europeo*, Madrid, 2003, 1195 ss.) non può essere taciuto l'inesorabile allontanamento dall'originario paradigma contromaggioritario, a favore di una funzionalizzazione del sindacato di costituzionalità alla tutela dei diritti fondamentali, per effetto in particolare del meccanismo di accesso incidentale. A tal proposito, pare condivisibile l'osservazione di O. CHESSA, *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, in *Diritto pubblico*, 1/2004, 851 ss., secondo cui la Corte costituzionale sembra avere progressivamente assunto un ruolo arbitrale fra le contrapposte pretese, nel giudizio incidentale, dei giudici, portatori di principi, e del legislatore, artefice

87 pone difatti degli argini al pericolo di suprematismo giudiziario[82], a maggior ragione in contesti come questo, nei quali l'organo di giustizia costituzionale si muove all'interno di una categoria elastica difficilmente confinabile in un concetto di «tempo costituzionalmente obbligato»[83].

È, dunque, sommesso parere di chi scrive che, per giustificare una così puntuale delimitazione temporale del monito al legislatore, la Corte costituzionale dovrebbe quantomeno mantenersi all'interno della logica crisafulliana del costituzionalmente obbligato[84], esplicitando, attraverso un'attività interpretativa, un arco temporale che, almeno allo stato latente, è già presente nell'ordinamento e che rappresenta l'unico imposto dal dettato della Costituzione. Nondimeno, individuare un termine costituzionalmente imposto non sembra essere un'operazione agevole, soprattutto per l'estrema discrezionalità che connota tale valutazione in ragione sia dei diritti, sia dei fattori istituzionali che vengono in gioco nel caso di specie[85]. Dunque, l'intervento della Corte finisce per essere legato indissolubilmente al seguito parlamentare, tanto che il termine ultimo di tolleranza dell'incostituzionalità pare coincidere con il tempo della normazione, generandosi così un'insolita incursione del giudice costituzionale nell'attività, o meglio, nella tempistica dei lavori delle Camere, che dovrebbe invece assurgere a «sfera di indifferenza costituzionale»[86].

Per quanto, allo stato attuale, questo modello decisionale non sembri potersi definire ancora una tecnica decisoria consolidata, non può tacersi il rischio ad esso congenito di sovrapporre il termine della legalità costituzionale e il tempo della legislazione, cioè, il pericolo di confondere il compito della Corte di rendere giustizia costituzionale e quello del Parlamento di stabilire i tempi di attuazione della nostra Carta fondamentale[87]. In definitiva, dunque, un terzo costo sembra derivare dall'invasione non tanto (o meglio, non solo) nella discrezionalità decisionale del legislatore, come nei moniti tradizionali, ma (anche) nell'organizzazione dei lavori parlamentari. Fermo restando che l'eventualità distopica di un tale controllo della Consulta sull'attività parlamentare potrebbe forse essere scongiurata attraverso la riforma, da alcuni auspicata, «della legislazione vigente, al fine di stabilire i confini del potere normativo della Corte costituzionale, specie nelle situazioni in cui le ragioni della Costituzione esigono contemperamenti che non possono essere lasciati al caso, ma che meritano un quadro legale certo, rispettoso della divisione dei poteri, in grado di rendere

---

delle politiche maggioritarie. Sulla trasformazione della funzione del giudice costituzionale cfr. anche, più di recente, A. MORRONE, *La Corte costituzionale come giudice dell'esperienza giuridica*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2021, 115 ss., il quale definisce la Corte come «giudice dell'esperienza costituzionale».

[82] A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 12/2021, 170 ss.

[83] L'espressione è di I. ROBERTI, *I moniti "a termine"*, cit., 179.

[84] Il riferimento è alla celebre teoria della «legislazione a rime obbligate» di V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1980, 84.

[85] Cfr. I. ROBERTI, *I moniti "a termine"*, cit., 179.

[86] G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 412, ove si distinguono i moniti di legalità costituzionale che «consistono nell'affermazione e nell'esplicitazione di obblighi derivanti dalla Costituzione» e i moniti di politica legislativa che «sono il frutto di punti di vista d'opportunità, riguardanti una sfera d'indifferenza costituzionale».

[87] In tal senso, I. ROBERTI, *I moniti "a termine"*, cit., 191.

concreto il metodo della collaborazione istituzionale tra legislatore e Corte costituzionale»[88].

In definitiva, allora, v'è da chiedersi quali siano i vantaggi in grado di compensare i menzionati "costi". La Consulta sostiene di aver voluto rispettare la discrezionalità del legislatore in ragione di esigenze di collaborazione istituzionale[89], anche se nell'ultimo triennio, soprattutto in ambito penitenziario, si era al contrario mossa con minor deferenza rispetto al passato nei confronti della discrezionalità legislativa[90], dando l'impressione di ritenere che la domanda di giustizia costituzionale in un settore dell'ordinamento che incide particolarmente sui diritti fondamentali della persona richieda un controllo penetrante e puntuale[91].

Dato che la discrezionalità delle Camere sembra essersi già trasformata da limite assoluto, che consentiva solo interventi "a rime obbligate", a limite relativo, che permette alla Corte di colmare l'omissione incostituzionale anche quando la soluzione non è direttamente e immediatamente ricavabile dal tessuto della Costituzione[92] (c.d. "rime possibili"), non convince del tutto che la sola necessità di rispettare il principio di leale collaborazione possa continuare a "lasciare in attesa" i bisogni di giustizia costituzionale collegati alla fattispecie. Ciò anche perché, in altre situazioni, come nel caso dei permessi premio, la stessa Corte non ha mancato di reagire all'apatia costituzionale del Parlamento nel costruire discipline normative conformi ai canoni costituzionali.

A ben vedere, infatti, questa tecnica decisoria ha almeno un ulteriore «potenziale nascosto», quello di «garantire l'esecuzione di sentenze della Corte Edu *oltre* il caso di specie»[93]. Invero, non è un caso che la Corte costituzionale abbia sottolineato che è stata la stessa Corte di Strasburgo ad esprimere una preferenza nei confronti di una riforma legislativa dell'ergastolo ostativo.

In sede di esecuzione, nell'ambito della procedura davanti al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, che ha classificato il caso come «structural problem»[94], si richiede allo Stato italiano di adottare sia misure individuali, per porre fine alla violazione dei diritti del ricorrente, sia generali, che mettano fine alla violazione convenzionale. Per l'adozione di quest'ultima tipologia di misure, se è scontato che l'interlocutore istituzionale primario del Comitato dei Ministri sia il Governo italiano –

---

[88] A. MORRONE, *Finale di partita*, cit., 392.

[89] Corte cost., 15 aprile 2021, n. 97, punto 11 del *Considerato in diritto*.

[90] Cfr. *Relazione della Presidente Marta Cartabia sull'attività del 2019*, in *www.cortecostituzionale.it*, sezione "Relazioni annuali", 21 ss.

[91] Il Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale nella *Relazione al Parlamento del 2020*, in *www.garantenazionaleprivatiliberta.it*, 36, ha definito «chirurgico, nell'incisione sulla norma oggetto del suo giudizio» il controllo della giurisprudenza costituzionale in ambito penitenziario.

[92] Per questo filone, in ambito penitenziario, v. a titolo meramente esemplificativo Corte cost., 25 settembre 2018, n. 222; 23 gennaio 2019, n. 40 e 20 febbraio 2019, n. 99. In dottrina, cfr. M. RUOTOLO, *Corso di diritto costituzionale. Fonti, diritti, giustizia costituzionale*, Torino, 2020, 225, che parla di «allentamento della "morsa" delle rime obbligate».

[93] D. MAURI, *La prevista censura dell'ergastolo ostativo non andrà in onda: al suo posto, «un invito al legislatore»*, in *SIDIBlog*, 27 maggio 2021.

[94] https://hudoc.exec.coe.int/ENG#{%22fulltext%22:[%22viola%22],%22EXECIdentifier%22:[%22004-53045%22]}.

che ha presentato l'ultima *submission* il 16 dicembre 2021[95] – non è altrettanto ovvio che non sia anche la Corte a dover garantire l'esecuzione degli obblighi convenzionali all'interno dell'ordinamento giuridico[96]. In attuazione del principio di sussidiarietà, infatti, sebbene siano *in primis* gli Stati a dover garantire il rispetto dei diritti sanciti dalla CEDU, nulla osta a che gli organi costituzionali interni operino per assicurare il rispetto effettivo di tali diritti fondamentali. Si potrebbe, allora, ritenere che il ricorso alla tecnica decisoria in commento dimostri che l'ordinamento è in procinto di celebrare una nuova possibile ulteriore evoluzione della giustizia costituzionale, ovvero che il giudice delle leggi diventi, in questa materia, da giudice dei diritti dei detenuti un «giudice dell'ottemperanza delle sentenze europee»[97].

In seconda battuta**,** un altro aspetto positivo dell'ordinanza sembra essere collegato al ruolo del tempo nella progressione trattamentale dei regimi carcerari. Nella logica del lasciare impregiudicato uno spazio per l'intervento del legislatore, la Corte ha, cioè, dato a quest'ultimo l'opportunità di decidere discrezionalmente in quale misura e con quali modalità valorizzare il tempo trascorso in espiazione dal condannato. Sarà il Parlamento a scegliere come prendere in considerazione l'elemento temporale nella riscrittura dell'art. 4-*bis* o.p., ma quel che non appare revocabile in dubbio è che, per non giungere a risultati ancora una volta di dubbia costituzionalità, non potrà non dare ad esso il debito valore ai fini della deliberazione sulla liberazione condizionale, nel rispetto del principio di progressività dei benefici penitenziari. Ovverosia, l'esecuzione della pena con la partecipazione a trattamenti individualizzati di lungo periodo, dunque accompagnata «ad un conclamato percorso di ravvedimento e di autentica dissociazione dall'originario contesto criminale, emblematico […] dell'autentica volontà del detenuto di reinserirsi nella società», dovrà rappresentare il punto focale su cui orientare il vaglio nel merito dell'istanza di concessione della misura.

Dalla nuova normativa, quindi, non pare implausibile attendersi una consona valorizzazione del tempo dell'esecuzione penale piuttosto che della mera delazione (legata ai programmi di collaborazione con la giustizia), «sintomatica di tutto, tranne che di autentico ravvedimento»[98], attraverso un'opportuna sottolineatura del fatto che «la personalità del condannato non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento»[99].

4. ***Gli automatismi legislativi e la vanificazione della funzione giurisdizionale***

[95] https://hudoc.exec.coe.int/ENG#{%22EXECIdentifier%22:[%22DH-DD(2021)1355E%22]}.

[96] Sempre D. MAURI*, La prevista censura*, cit.

[97] Cfr. S. CIUFFOLETTI, *Spunti per una lettura dialogica dell'ergastolo ostativo in Italia*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine la fine della pena*, cit., 92; per una riflessione simile v. anche E. ROSSI, *Una questione di cultura*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine la fine della pena*, cit., 222.

[98] H.J. WOODCOCK, *Un giudizio sull'ordinanza*, cit.

[99] Come sottolineato da Corte cost., 21 giugno 2018, n. 149, punto 7 del *Considerato in diritto*.

Le riflessioni svolte sulla pronuncia in tema di ergastolo ostativo conducono necessariamente ad un'ultima considerazione sul fatto che l'ordinanza n. 97 del 2021 non si pronunci sull'incostituzionalità della pena dell'ergastolo in quanto tale, ma su quella dell'automatismo legislativo contenente la presunzione assoluta preclusiva all'accesso alla liberazione condizionale. La decisione in commento è, dunque, una decisione innanzitutto sull'automatismo legale, che rappresenta uno degli «ambiti emergenti»[100] in cui la Corte costituzionale si avvale del giudizio di ragionevolezza e proporzionalità[101].

Per automatismi legislativi è possibile intendere quelle previsioni normative che, al verificarsi di una fattispecie concreta descritta con precisione dalla norma generale e astratta, fanno seguire una conseguenza giuridica predeterminata e inderogabile, secondo lo schema «se è a, allora deve essere b»[102]. Si tratta, cioè, dell'ideale perfetto dell'illuminismo giuridico – la «legge come regola inderogabile che prescinde dalle complicazioni della vita» – che diventa oggi, anziché un «vanto», un vizio della legge. Gli automatismi vengono dichiarati incostituzionali, quindi, perché mortificano la discrezionalità nell'applicazione della regola, necessaria perché la legge generale e astratta abbisogna «dell'intervento casistico di coloro che sono a contatto con la peculiarità dei singoli casi che non si prestano a essere previsti e pianificati con la legge»[103]. L'illegittimità dal punto di vista costituzionale di questa tecnica legislativa non discende, pertanto, dalla semplice «esistenza di un rapporto rigido tra protasi e apodosi»[104], ma dall'irragionevole compressione di un diritto, conseguente alla mancata possibilità di tener conto delle peculiarità del caso concreto e di modulare, in base ad esse, gli effetti della regola stabilita dal legislatore.

Nei giudizi di costituzionalità aventi ad oggetto disposizioni contenenti automatismi[105], la Corte costituzionale, attraverso il controllo di ragionevolezza,

---

[100] M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità*, cit., 8 ss., che individua il bilanciamento dei diritti e le decisioni sugli automatismi legislativi quali ambiti privilegiati del giudizio di ragionevolezza.

[101] Sul giudizio di ragionevolezza cfr., almeno, L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza costituzionale?*, in AA. VV. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, *Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre del 1992*, Milano, 1994, 163 ss.; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema,* Milano, 2005; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; E. CHELI, *Stato costituzionale e ragionevolezza,* Napoli, 2011.

[102] G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 210, cui si riferisce anche il virgolettato che segue.

[103] Ancora G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *ivi*, 210 ss.

[104] Così L. PACE, *Gli automatismi legislativi*, cit., 1.

[105] Una disamina della giurisprudenza costituzionale in tema di automatismi legislativi è compiuta da L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma "astratta" e caso "concreto"*, Napoli, 2020, 179 ss., il quale mette in luce, attraverso le pronunce selezionate – riguardanti la presunzione assoluta di pericolosità sociale, il meccanismo ostativo dell'art. 4-*bis* o.p. e il principio della speciale tutela del minore – che non tutti gli effetti automatici della legge rappresentano un aspetto patologico dell'ordinamento, ma che l'illegittimità dell'automaticità degli effetti debba ricercarsi nella loro natura derogatoria, tanto rispetto alla normazione primaria, quanto rispetto al livello costituzionale, con la puntuale sottolineatura che «l'essere in deroga rispetto alla disciplina generale non è sufficiente a far sorgere un automatismo illegittimo, poiché la sottrazione deve assumere le forme dell'illegittimità,

consente, dunque, al caso di irrompere nel diritto, in *primis* perché il dubbio di costituzionalità nasce dall'applicazione dell'automatismo legale alla vicenda del giudizio *a quo* e, in *secundis*, perché la decisione della Corte ha lo scopo di adeguare la previsione normativa proprio al caso concreto[106]. L'irragionevolezza degli automatismi legislativi deriva, dunque, non dalla scelta politica tradotta nel contenuto della disposizione, ma dalla mancanza di flessibilità delle regole stabilite dal legislatore nell'esercizio della discrezionalità che gli appartiene. Quel che viene sanzionato dalla Corte è la predisposizione di un meccanismo legale che priva il giudice della sua discrezionalità[107], negandogli totalmente la possibilità di valutare le esigenze del caso concreto al fine di modulare gli effetti previsti in astratto dalla legge.

L'assenza di elasticità è la caratteristica tipica di tutti gli automatismi legislativi, tanto che in dottrina si è parlato di una sorta di presunzione di irragionevolezza[108], dalla quale discende una presunzione di incostituzionalità, salvo prova contraria. Il vaglio di costituzionalità viene superato, infatti, solo se l'automaticità della previsione normativa si giustifica in ragione di un prevalente – nel bilanciamento con il diritto compresso – interesse per la cui maggior tutela essa è funzionale[109]. Nel momento in cui dichiara l'illegittimità costituzionale di un automatismo, la Corte costituzionale non sostituisce lo schema di interessi della norma impugnata, predisposto dal legislatore, con una sua diversa «valutazione in positivo [circa] il punto di equilibrio ottimale tra gli interessi in conflitto»[110], al contrario essa inserisce, al posto dell'automatismo legale, un meccanismo flessibile rappresentato dalla possibilità di una valutazione concreta ad opera del giudice[111]. La rigidità lascia, dunque, il posto – in quanto soluzione costituzionalmente più congrua – al potere del giudice di compiere, di volta in volta, caso per caso, il bilanciamento, ovvero, come è stato detto, «La regola della legge cede il passo, con il consenso della Costituzione, al regolo del giudice»[112].

Lo schema argomentativo delle decisioni sugli automatismi in materia di esecuzione della pena si arricchisce, rispetto alla generalità delle pronunce riguardanti gli automatismi legislativi in generale, di un elemento ulteriore: l'utilizzazione dell'art. 27 Cost. quale parametro di giudizio unitamente all'art. 3 Cost. In tal senso, fra le pronunce più significative rientra la sentenza n. 306 del 1993[113], ove la Corte chiarisce

---

cioè nel sottrarre determinate fattispecie alla disciplina generale-derogata deve determinarsi un *sottrarsi* al costituzionalmente imposto» (*ivi*, 219).

[106] Il duplice senso dell'irruzione del caso concreto nel giudizio costituzionale viene messo in luce da L. PACE, *Gli automatismi legislativi*, cit., 2.

[107] Cfr. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 212: «nel caso dell'incostituzionalità degli automatismi legislativi, il rinvio è non alla discrezionalità del legislatore, ma a quella del giudice».

[108] M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità,* cit., 12.

[109] A conferma di ciò, cfr. Corte cost., 16 aprile 2014, n. 112, punto 2.2. del *Considerato in diritto*.

[110] R. BIN, *Giudizio in astratto e delega di bilanciamento in concreto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/1991, 3575.

[111] Corte cost., 16 gennaio 2013, n. 7, punto 5 del *Considerato in diritto*.

[112] G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 214.

[113] Corte cost., sent. n. 306 del 1993, riguardante la legittimità costituzionale dell'art. 15, comma 2, del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, il quale statuiva la revoca delle misure alternative alla detenzione concesse, prima dell'entrata in vigore del decreto, ai detenuti che avevano commesso uno dei delitti indicati dall' art. 416-*bis*, comma 1, c.p. (delitti di criminalità organizzata) e non collaborassero con la giustizia.

che i principi che devono animare la disciplina della materia dei benefici penitenziari sono quelli di proporzionalità e individualizzazione della pena, discendenti dal combinato disposto degli artt. 27, commi 1 e 3, e 3 della Costituzione, poiché l'uguaglianza di fronte alla pena significa "proporzione" della pena rispetto alle "personali" responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguono[114]. Il principio rieducativo diventa quindi un parametro addizionale su cui fondare lo scrutinio di ragionevolezza, il quale assume inizialmente una posizione collaterale rispetto al canone dell'art. 3 Cost. e successivamente un peso autonomo, tanto che il giudizio costituzionale comincia ad essere condotto interamente alla stregua dell'art. 27 Cost.[115].

Nonostante quest'evoluzione del protocollo argomentativo della Corte, è bene chiarire che il giudizio continua a svolgersi secondo i canoni della ragionevolezza. Il finalismo rieducativo, infatti, rappresenta il punto specifico di emersione delle valutazioni di razionalità strumentale e assiologica del giudice costituzionale e non, invece, il fondamento della sua decisione[116]. Pur essendo formalmente il parametro di giudizio, esso riflette di fatto l'insieme delle «considerazioni etico-normative già svolte a monte». Come sostenuto in dottrina, si tratterebbe di un principio appartenente più «al piano delle conclusioni del percorso argomentativo che non a quello dei fondamenti sostanziali della decisione. Insomma, più capolinea che stazione di partenza». Ciò in quanto il sindacato di ragionevolezza, pur appoggiandosi formalmente al parametro costituzionale dell'art. 27, comma 3, Cost., sembra essere di fatto una «verifica a tutto campo della razionalità politico-criminale complessiva della fattispecie»[117].

Si può, dunque, constatare come la finalità rieducativa svolga un duplice ruolo: essa è sia un parametro costituzionale violato dall'automatismo legale, sia la bussola che, una volta caduto il rigido sistema legislativo, deve orientare il giudice nel momento in cui, esercitando il suo potere discrezionale, si trova a decidere in merito alla concessione dei benefici penitenziari. Essa rileva, quindi, sia quale motivo d'illegittimità costituzionale dell'automatismo, sia quale strumento di giudizio per la magistratura di sorveglianza.

Nel diritto *latu sensu* punitivo, il tratto genetico degli automatismi, cioè l'esclusione del coinvolgimento del giudice dall'applicazione della norma al caso concreto, sembra assolvere la specifica funzione di impedire che le scelte di politica criminale del legislatore possano essere messe in discussione dall'intervento dell'organo giurisdizionale[118]. Rinunciare all'automatismo legale, però, non equivale a sacrificare le esigenze di difesa sociale. Significa solamente permettere al giudice di essere soggetto attivo nell'applicazione della norma con cui lo Stato esercita la sua azione punitiva e,

[114] Cfr. Corte cost., 11 giugno 1993, n. 306, punto 13 del *Considerato in diritto*.

[115] Cfr. Corte cost., 14 aprile 1999, n. 137, punto 2 del *Considerato in diritto*.

[116] Cfr. L. PACE, *Gli automatismi legislativi*, cit., 30. Il riferimento bibliografico si riferisce anche ai virgolettati che seguono.

[117] Cfr. A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2012, 4919.

[118] L. PACE, *Preminente interesse del minore e automatismi preclusivi alla luce della sentenza costituzionale n. 76/ 2017*, in *Studium iuris*, 12/2017, 10.

cioè, consentirgli di effettuare un prudente apprezzamento sulla base delle peculiarità del caso concreto.

Con riguardo al sistema delineato dall'art. 4-*bis*, ci si domanda quale sia la ragione della necessità di ricercare un interesse, quale la lesione dell'ideale rieducativo (sentenza n. 253 del 2019) o il preminente interesse del minore[119], per giustificare la dichiarazione d'incostituzionalità del sistema legale rigido. Le pronunce costituzionali, infatti, concedendo sempre al giudice la valutazione non solo della pericolosità del condannato, ma anche l'apprezzamento dei requisiti di meritevolezza e progressione trattamentale, non comportano alcuna incondizionata prevalenza dell'ideale rieducativo sulle esigenze di sicurezza collettiva. Pertanto, per la dichiarazione d'incostituzionalità, sembra superfluo ricercare un interesse ulteriore rispetto alla semplice vanificazione della funzione giurisdizionale; elemento che rende sempre costituzionalmente illegittimi tutti gli automatismi, sia preclusivi sia applicativi[120]. La strada che i giudici rimettenti, e conseguentemente la Corte costituzionale, potrebbero percorrere, ai fini della dichiarazione d'incostituzionalità degli automatismi legislativi, sembra poter essere costruita, in particolar modo nei casi in cui è in gioco la libertà personale, sulla violazione della riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 della Costituzione, ossia sull'irrinunciabile presidio del necessario intervento dell'autorità giudiziaria. Si deve, però, prendere atto che, ad oggi, nessuna ordinanza di rimessione e, di conseguenza, nessuna pronuncia costituzionale valorizza questo profilo.

Se si ragiona esclusivamente nella prospettiva dell'interesse inciso dall'automatismo si finisce per lasciare comunque spazio ad eventuali giustificazioni circa restrizioni di diritti e libertà. L'incostituzionalità degli automatismi, invece, soprattutto quando incidono sulla libertà personale dell'individuo, sarebbe da ricercare primariamente nella lesione della garanzia giurisdizionale – ossia nell'esclusione dell'intervento del giudice – rispetto alla quale l'interesse inciso dal provvedimento risulta essere, semmai, l'effetto ovvero l'unità di misura per verificare la gravità dello svuotamento della riserva di giurisdizione.

A giudizio di chi scrive, pertanto, vi è spazio per argomentare che il parametro costituzionale che dovrebbe essere utilizzato è esclusivamente l'art. 13 Cost., il quale impone la riserva non solo di legge ma anche di giurisdizione a presidio della libertà personale, mentre il principio di ragionevolezza (art. 3 Cost) potrebbe essere adoperato quale strumento di interpretazione e declinazione della garanzia costituzionale dell'*habeas corpus* e non come autonomo parametro di giudizio su cui fondare l'accoglimento della questione di costituzionalità[121].

Detto altrimenti, ciò che si intende sostenere è che dovremmo intendere la riserva di giurisdizione non solo come formale intervento del giudice, ma anche come

[119] Cfr. *supra*, § 1, nota 17.

[120] Tale ricostruzione si deve a A. PUGIOTTO, *Conflitti mascherati da quaestiones: a proposito di automatismi legislativi*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino, 2017.

[121] Cfr. L. PACE, *Assistenza ai figli minori e accesso ai benefici penitenziari. La sent. cost. n. 174 del 2018 rimuove un'altra preclusione*, in *Studium Iuris*, 4/2019, 439 ss.

necessario spazio riservato all'esercizio della discrezionalità che a quest'ultimo appartiene nell'applicazione della norma al caso concreto. Ai fini del soddisfacimento della garanzia costituzionale, dunque, non dovrebbe risultare sufficiente la mera adozione di un provvedimento giurisdizionale, se non accompagnata anche dall'effettiva possibilità per il giudice di esercitare il suo potere di valutazione delle circostanze e di bilanciamento degli interessi coinvolti nel caso concreto. Ma, per l'appunto, negli automatismi tutto ciò non è possibile: il giudice interviene ma non può compiere alcun prudente apprezzamento. In definitiva, quindi, sembra di poter ritenere che, attraverso un'interpretazione evolutiva dell'art. 13 Cost., la formula costituzionale «ogni altra forma di restrizione» debba essere considerata comprensiva tutti gli atti giurisdizionali incidenti sulla libertà personale, anche quelli che, come le misure alternative e i benefici penitenziari, intervengono in un momento in cui una limitazione della libertà è già avvenuta con le garanzie previste dalla Costituzione, così estendendo la riserva di giurisdizione, nella sua valenza più effettiva, prima declinata, anche all'adozione di tali istanze[122].

5. *Una riflessione di chiusura: criticità costituzionali dell'ergastolo in quanto tale*

In sede conclusiva, qualche sintetico accenno meritano i più generali dubbi sulla legittimità costituzionale della pena dell'ergastolo in quanto tale[123], che prescindono quindi dal regime di ostatività penitenziaria. Il tema si pone inevitabilmente perché, in una certa misura, può apparire intimamente contraddittoria l'affermazione giurisprudenziale per cui l'ergastolo (comune e ostativo) deve essere riducibile *de iure* e

[122] Sulla necessità di valorizzare lo spazio occupato dalla riserva di giurisdizione v. già A. PUGIOTTO, *Intervento al III Seminario annuale del Gruppo di Pisa con i dottorandi in materie giuspubblicistiche*, Giovedì 18 settembre 2014, Università di Roma Tre, in *"Gruppo di Pisa"*, 2-6, il quale limpidamente afferma che: «In fondo, *l'illegittimità delle presunzioni assolute sottese agli automatismi legislativi deriva dall'indebito assorbimento della riserva di giurisdizione nella riserva di legge, riducendosi la prima a vuoto simulacro*. Quando, invece, per conservare le loro finalità costituzionali, i due meccanismi di garanzia devono restare separati: ripristinare questo loro confine – attraverso una delega di bilanciamento in concreto restituita ai giudici - è esattamente quanto fa la sentenza manipolativa che colpisce l'automatismo normativo per un difetto di flessibilità applicativa» (corsivo aggiunto). Cfr. anche A. PUGIOTTO, *Conflitti mascherati da quaestiones: a proposito di automatismi legislativi*, cit.

[123] Per una dettagliata ricostruzione dei profili di legittimità costituzionale (e di compatibilità convenzionale) della pena perpetua v. E. DOLCINI, *Fine pena: 31/12/9999. Il punto sulla questione ergastolo*, in *Sistema penale*, 15 novembre 2021, 16 ss. La storia, legislativa e giurisprudenziale, dell'ergastolo nel nostro sistema penale è stata recentemente delineata in S. ANASTASIA, F. CORLEONE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Contro gli ergastoli*, Roma, 2021, che raccoglie diversi saggi attraverso i quali gli Autori affrontano con vigore il dibattitto sulla necessità di superare l'istituto della condanna a pena prefissata senza fine. Per uno sguardo in chiave comparata, di recente, v. D. GALLIANI, *L'ergastolo nel mondo. Appunti di diritto costituzionale penale comparato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1/2022, 109 ss., il quale fornisce una panoramica degli Stati abolizionisti (*Life Imprisonment Free*) e degli Stati che invece prevedono la pena dell'ergastolo, con l'ulteriore *summa divisio* fra i Paesi che mantengono l'ergastolo con la possibilità di accedere alla liberazione condizionale e quelli che, contrariamente, la escludono.

de facto per essere costituzionalmente legittimo[124]. A ben vedere, infatti, il giudice delle leggi ritiene che l'ergastolo non vìoli la Costituzione perché, in forza della sua riducibilità, non è più pena perpetua; il che equivale ad affermare che l'ergastolo è compatibile con il quadro costituzionale in quanto tende a non esistere[125]. È, dunque, lo stesso argomento impiegato dalla Corte costituzionale a dimostrare, *a contrario*, che una reclusione a vita è di davvero difficile conciliabilità con la Carta repubblicana[126]. Non appare, conseguentemente, un fuor d'opera portare conclusivamente l'attenzione su alcune criticità costituzionali della pena perpetua nella sua configurazione astratta ed indipendente dalla necessaria progressività trattamentale del regime penitenziario in cui essa è chiamata, *de iure* e *de facto*, ad operare.

Il più evidente profilo critico interessa l'art. 27, terzo comma, Cost., dal momento che l'ergastolo, quale pena *usque ad mortem*, assume i connotati di una sanzione penale tendenzialmente non rieducativa[127]. La temporaneità del regime punitivo, infatti, è una *conditio sine qua non* del reinserimento sociale, ontologicamente precluso qualora la pena non sia finalizzata alla fuoriuscita del condannato dal circuito detentivo. Di ciò pare consapevole la Corte costituzionale nel momento in cui evoca la presenza di istituti come la grazia o la liberazione condizionale per conciliare il carcere a vita con il finalismo rieducativo[128]. Ma ricorrere a tali istituti per la loro capacità di interrompere la perpetuità della pena – interruzione che rappresenta il presupposto fondamentale della risocializzazione, la quale, per l'appunto, necessita di un reingresso all'interno del consesso sociale – significa validare uno spostamento del piano delle argomentazioni costituzionali dalla dimensione statica della pena edittale a quella dinamica dell'esecuzione[129].

Ulteriori interrogativi si pongono, poi, in merito alla conciliabilità dell'ergastolo con gli artt. 3, 25, secondo comma, 27, primo e terzo comma Cost., dato che l'istituto entra in tensione con le esigenze di individualizzazione e proporzionalità della pena discendenti direttamente dalla finalità rieducativa. Il punto di rottura con tali principi

[124] Cfr. di nuovo Corte cost., 2 giugno 1997, n. 161, punto 6 del *Considerato in diritto*, in cui si legge chiaramente che «Se la liberazione condizionale è l'unico istituto che in virtù della sua esistenza nell'ordinamento rende non contrastante con il principio rieducativo, e dunque con la Costituzione, la pena dell'ergastolo, vale evidentemente la proposizione reciproca, secondo cui detta pena contrasta con la Costituzione ove, sia pure attraverso il passaggio per uno o più esperimenti negativi, fosse totalmente preclusa, in via assoluta, la riammissione del condannato alla liberazione condizionale».

[125] Similmente C. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 166.

[126] A. PUGIOTTO, *Una* quaestio *sulla pena dell'ergastolo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 marzo 2013, 4.

[127] Come evidenziava già negli anni Cinquanta, in seguito al riconoscimento costituzionale del principio rieducativo operato dalla Costituzione repubblicana, F. CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1/1956, 2. All'opposto, per una ricostruzione tesa a salvare la legittimità costituzionale della pena perpetua attraverso una minimizzazione del concetto di rieducazione, intesa come mera emenda interiore, v. G. BETTIOL, *Sulle massime pene: morte ed ergastolo*, in *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1956, 557 ss.

[128] Cfr. Corte cost., 21 novembre 1974, n. 264; 27 aprile 1994, n. 168; 2 giugno 1997, n. 161.

[129] Analoga posizione esprime A. PUGIOTTO, *Una* quaestio *sulla pena dell'ergastolo*, cit., 12.

sembra, infatti, doversi rinvenire nella fissità[130] e automaticità della pena perpetua, perché, da un lato, essendo astrattamente prevista dal legislatore come pena eterna, si trasforma in una detenzione sostanzialmente fissa poiché la durata minima e massima della reclusione coincidono con la vita del condannato, dall'altro, deve essere automaticamente irrogata dal giudice se ed in quanto stabilita quale conseguenza sanzionatoria del delitto commesso. Ed a queste censure non vale opporre l'argomentazione per cui l'obiettivo rieducativo si inserisce nella sola fase esecutiva, giacché è stata la stessa Consulta ad aver chiarito, a partire dalla sentenza n. 313 del 1990 che la rieducazione non può essere ridotta «entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario», caratterizzando la pena nel suo contenuto ontologico e accompagnandola «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»[131].

Il duplice "difetto" della pena perpetua, che si atteggia a pena fissa e automatica, mostra, inoltre, la sua incompatibilità anche con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., in ossequio al quale i trattamenti punitivi devono essere ragionevolmente differenziati in base all'entità del fatto e alle condizioni personali del reo, e con il principio della personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, primo comma, Cost. Il giudice, infatti, tanto più in presenza di automatismi legislativi, non ha la possibilità di calibrare la sanzione in base alla specificità del singolo condannato e del fatto commesso, perché una valutazione in tal senso gli è preclusa dall'imposizione legislativa di una pena fissa. All'opposto, la normativa dovrebbe limitarsi a prevedere un sistema edittale mobile, all'interno del quale scegliere, in una cornice di cui sono fissati solo gli estremi, la risposta punitiva più adeguata al caso concreto[132]. Orbene, se tali principi costituzionali impongono una dosimetria sanzionatoria che consenta di conformare il *quantum* di pena alle peculiarità della fattispecie concreta, ne deriva che il principio di stretta legalità penale deve essere inteso nel senso che il monopolio della legge nel diritto punitivo va circoscritto alla determinazione di una previsione edittale compresa tra un minimo ed un massimo temporale. Non stupisce, quindi, che interpretato quale pena fissa (e sovente automatica) l'ergastolo generi problemi di costituzionalità anche in riferimento all'art. 25, secondo comma, Cost[133].

Un ancora ulteriore parametro di legittimità costituzionale pare, inoltre, poter essere individuato nel divieto di trattamenti contrari al senso di umanità di cui all'art. 27, terzo comma, Cost., che mal si concilia con l'idea della reclusione a vita[134].

---

[130] Sul problema della costituzionalità dell'ergastolo con riferimento alla sua natura di pena fissa cfr. G. FIANDACA, *Art. 27, 3° comma*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, 312 ss.

[131] Corte cost., 26 giugno 1990, n. 313, punto 8 del *Considerato in diritto*.

[132] Già F. BRICOLA, *Art. 25, 2° e 3° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, 269, rilevava che il combinato disposto fra l'art. 25, secondo comma, Cost. e l'art. 27, primo e terzo comma, Cost. fa sì che sul piano costituzionale, in ragione della funzione rieducativa della pena e dell'esigenza di adeguamento della sanzione penale alla colpevolezza, sia imposto un «certo margine di elasticità quanto alla […] durata della pena tra un minimo e un massimo legislativamente fissati».

[133] A. PUGIOTTO, *Una* quaestio *sulla pena dell'ergastolo*, cit., 14.

[134] Sull'inumanità della condanna alla privazione perpetua della libertà personale cfr., di nuovo, F. CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, cit., 5.

Soccorrono al riguardo le parole di Aldo Moro, secondo cui l'ergastolo, essendo privo «di qualsiasi speranza, di qualsiasi prospettiva, di qualsiasi sollecitazione al pentimento e al ritrovamento del soggetto, appare crudele e *disumano* non meno di quanto sia la pena di morte». Non è, anzi, irragionevole domandarsi finanche se «in termini di crudeltà, non sia più crudele una pena che conserva in vita privando questa vita di tanta parte del suo contenuto, che non una pena che tronca, sia pure crudelmente, disumanamente, la vita del soggetto e lo libera, perlomeno, con sacrificio della vita, di quella sofferenza quotidiana, di quella mancanza di rassegnazione o di quella rassegnazione che è uguale ad abbrutimento, che è la caratteristica della pena perpetua. Quando si dice pena perpetua si dice una cosa estremamente pesante, estremamente grave, *umanamente non accettabile*»[135].

Alla luce di questa sottolineatura si comprende come nel solco tracciato da queste riflessioni si collochi pure un ultimo dubbio di costituzionalità della pena dell'ergastolo in riferimento all'art. 27, quarto comma, Cost., il quale, come noto, esclude che nel nostro ordinamento possa essere ammessa la pena di morte. Difatti, se «carcere a vita e pena capitale, possono essere sussunte nella stessa categoria della morte come pena […], entrambe sono privazione di vita perché cancellazione di futuro, azzeramento di ogni speranza, amputazione dal consorzio umano»[136]. Nei confronti di quella che è stata suggestivamente definita come «pena di morte viva»[137], dunque, si possono sollevare, in termini di incostituzionalità, le stesse questioni che nel tempo sono state rivolte alla pena capitale[138] e che, per la vastità delle implicazioni che ne deriverebbero, non possono essere certo affrontate in questa sede. Sia consentito, però, riassumerle con la laconica, quanto efficace, espressione di Beccaria, secondo il quale l'ergastolo, al pari della pena di morte, è una guerra di una intera nazione contro un cittadino[139].

[135] A. MORO, *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale tenute alla Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Roma – A.A. 1975-1976*, raccolte e curate da Francesco Tritto, Bari, 2005, 116 (corsivo aggiunto), cui si riferisce anche il virgolettato che precede. Ma, già prima dell'entrata in vigore della Carta costituzionale, dell'ergastolo quale «pena di morte più raffinata dell'estremo supplizio» ragionava E. DE GIULJ, *Ergastolo*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, V, Milano, 1906, parte II, 419-420.

[136] Così, condivisibilmente, A. PUGIOTTO, *Una* quaestio *sulla pena dell'ergastolo*, cit., 16.

[137] E. KALICA, *La pena di morte viva. Ergastolo, 41 bis e diritto penale del nemico*, Milano, 2019.

[138] Di recente, a livello monografico, i percorsi abolizionistici sono stati studiati, anche al fine di una loro classificazione, da P. PASSAGLIA, *La condanna di una pena. I percorsi verso l'abolizione della pena di morte*, Firenze, 2021.

[139] Come ricorda L. FERRAJOLI, *"Ergastolo e diritti fondamentali"*, *Dei delitti e delle pene*, 2/1992, 81.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

LA NATURA DEL RAPPORTO GIURIDICO CHE LEGA I DONATORI AI MATERIALI BIOLOGICI STACCATI DAL PROPRIO CORPO*

CLARA TUCCILLO**

SOMMARIO: 1. I campioni biologici e le biobanche genetiche. – 2. Il materiale biologico: proprietà privata o bene collettivo? – 2.1. I differenti livelli di identificabilità di un campione. – 2.2. La tesi dell'occupazione. – 3. La proprietà intellettuale. – 3.1. Caso *Canavan Foundation vs Miami Children's Hospital*. – 3.2. Caso *Washington University vs* Prof. Catalona. – 4. La categoria dei *commons*. – 4.1. Il *Tragedy of commons*.

1. *I campioni biologici e le biobanche genetiche*

Per campione biologico si intende ogni campione di materiale biologico da cui possono essere estratti dati genetici caratteristici di un individuo[1].

Il Legislatore eurounitario, nel Regolamento UE 2016/679 (GDPR), definisce come dati genetici quei "*dati personali relativi alle caratteristiche genetiche ereditarie o acquisite di una persona fisica che forniscono informazioni univoche sulla fisiologia o sulla salute di detta persona fisica, e che risultano in particolare dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione*".

Sia i campioni biologici sia i dati genetici, dai primi estrapolati, sono raccolti, conservati e distribuiti all'interno delle biobanche genetiche, per tali intendendosi quelle strutture che pongono il materiale biologico umano (e dati ad esso afferenti) a disposizione di ricercatori, che lavorano presso istituti di ricerca nazionali e internazionali, al fine di accelerare lo sviluppo della medicina di precisione e di quella personalizzata.

---

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Dottoranda di ricerca in Il diritto dei servizi nell'ordinamento italiano ed europeo – Università di Napoli «Parthenope».

[1] Tale definizione si trova al paragrafo 4.1, lett. a), del Provvedimento del Garante del 5 giugno 2019.

Le biobanche rappresentano un'importante risorsa per la diagnosi, per la ricerca di base e per quella biomedica traslazionale, che punta a trovare nuove terapie.

Sono, infatti, connotate dalla particolarità che i campioni biologici in esse conservati sono collegabili ai dati anagrafici, genealogici e clinici relativi ai soggetti da cui il materiale biologico depositato deriva, dal quale si può estrarre il DNA che compone il genoma umano. Per questo motivo le biobanche vengono anche definite come un *caveau* di DNA destinato alla ricerca ovvero un archivio di dati sanitari strategici. Molte malattie comuni, come ad esempio l'Alzheimer, l'asma, l'artrite, il cancro, le malattie cardiovascolari, il diabete, l'ipertensione, l'obesità, il Parkinson e le malattie psichiatriche, sono dovute a condizioni complesse che non solo causano sofferenza individuale, ma rappresentano un peso per la società in termini di costi sanitari e produttività economica.

Il trattamento di queste malattie rimane incompleto perché esse non originano da un singolo difetto, ma sono il risultato di un gran numero di effetti, spesso additivi, derivanti da una predisposizione genetica, dallo stile di vita, dall'ambiente.

Tali malattie sono stimate essere, nel nostro paese, oltre il 70% di tutte le malattie, causando oltre l'80% di tutte le morti premature.

Per tale motivo, una classificazione più precisa, basata su prove biologiche, migliora lo stato di conoscenza rendendo più celere ed economico il trattamento di tali malattie, diminuisce l'incidenza degli effetti secondari del trattamento, porta a *trials* clinici più efficaci e a nuovi parametri per la prevenzione e la promozione della salute.

Lo studio delle patologie complesse richiede la comparazione di un gran numero di soggetti affetti e non affetti da specifiche patologie o esposti e non esposti a specifici fattori ambientali (casi e controlli).

Le collezioni di materiali biologici, o biobanche, insieme alle informazioni cliniche associate all'individuo sono, perciò, uno strumento indispensabile per elucidare i meccanismi molecolari ed i *pathway* causali, siano essi genetici od ambientali, e per tradurre la ricerca biomedica in miglioramenti delle cure[2].

I dati genetici sono oggi annoverati nell'alveo della macrocategoria dei dati sensibili, ma non è stato sempre così.

Nella disciplina vigente anteriormente al Regolamento europeo 2016/679, infatti, non erano espressamente collocati in alcuna categoria: erano considerati una tipologia a parte, formalmente estranea a quella dei dati sensibili, nella cui definizione legale questi ultimi non figuravano.

Ciò nonostante, taluni ritenevano che i dati genetici, poiché riconducibili a quelli sanitari e nella misura in cui "idonei a rivelare lo stato di salute", secondo la definizione dell'allora art. 4, comma 1, lett. d) del d. lgs. 196/2003, fossero da considerare dati sensibili.

Tale indirizzo non era, tuttavia, esente da critiche da parte di chi riteneva che, se pur fosse innegabile una contiguità, una stretta interazione, tra dati genetici e dati sanitari, considerato che dai dati genetici si ricavano informazioni che possono o

[2] V. Comitato Nazionale di Bioetica, *Raccolta di campioni biologici a pini di ricerca: consenso informato*, 2009.

potranno costituire dati relativi allo stato di salute di un individuo, tale interazione presupponesse una obiettiva distinzione.

Invero, la specificità dei dati genetici si faceva giustamente risiedere nella strutturale condivisione tra più soggetti delle informazioni in esse contenute, nella loro immodificabilità e nella attitudine predittiva che li accompagna[3].

L'art. 9.1 del Regolamento ha, tuttavia, espressamente inserito i dati genetici (insieme a quelli biometrici) tra le "categorie particolari di dati personali" il cui trattamento è vietato, salvo eccezioni.

Tale disposizione ha fornito un elenco esaustivo e tassativo, non suscettibile di ampliamento da parte dei privati: non sarebbe ammissibile, e lecito, un trattamento di questi dati personali per esigenze, necessità e finalità ulteriori rispetto a quelle cristallizzate nella suddetta norma.

Considerato il rango di tali diritti, il margine di interpretazione creativa per il giurista in questi casi è nullo. In seguito, il decreto legislativo 101/2018[4], con l'art. 22, comma 2[5], ha battezzato con l'espressione "dati sensibili" le suddette categorie particolari di dati, il che ha ufficializzato l'appartenenza dei dati genetici, sul piano giuridico, alla *species* del *genus* dati sensibili.

La ricerca, nel corso degli anni, ha avuto un tale sviluppo, nel campo della genetica, così come nei settori delle biotecnologie, da produrre una proliferazione di raccolte di materiale biologico di varia natura (vegetale, umano, animale etc.) e le tecniche di bancaggio e di conservazione che sono state attuate hanno gravitato in un quadro normativo tutt'altro che certo.

La presente ricerca intende focalizzarsi sulla questione irrisolta della definizione della natura del rapporto giuridico che lega i donatori ai materiali biologici staccati dal corpo.

2. *Il materiale biologico: proprietà privata o bene collettivo?*

Non vi è accordo tra i giuristi riguardo ai diritti esercitabili dai pazienti che subiscono l'ablazione di tessuti e dai responsabili delle biobanche. Incerta è l'attribuzione del diritto di proprietà.

Non di agevole analisi, invero, è il concetto stesso di proprietà di un bene che viene messo nella disponibilità materiale della biobanca ma che in realtà ha un'utilità

[3] S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 208.

[4] V. d. lgs. 10 agosto 2018, n. 101, recante disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

[5] L'art. 22, comma 2, così cita: "*A decorrere dal 25 maggio 2018 le espressioni «dati sensibili» e «dati giudiziari» utilizzate ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettere d) ed e), del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo n. 196 del 2003, ovunque ricorrano, si intendono riferite, rispettivamente, alle categorie particolari di dati di cui all'articolo 9 del Regolamento (UE) 2016/679 e ai dati di cui all'articolo 10 del medesimo regolamento*".

preziosa per la collettività e quell'inevitabile consequenziale discorso sul diritto alla *privacy* e alla riservatezza delle informazioni vantato da chi è proprietario dei tessuti.

Per questo motivo la dottrina si è interrogata sulla natura da attribuire al materiale biologico dei donatori.

Ebbene, è opinione di alcuni giuristi che le parti staccate dal corpo acquistino, con la separazione, natura di beni mobili disponibili (art. 810 c.c.) nei limiti imposti dall'art. 5 cod. civ[6] (nel rispetto della legge, ordine pubblico e buon costume) ed in quanto tali oggetto di proprietà alla stregua di qualsiasi altro bene[7]. Una deroga all'art. 5 c.c. è prevista per la donazione di organi fra viventi, che si contraddistingue per il fatto di essere un atto in *certam personam*, in virtù della sua incidenza sull'integrità fisica. Ad ammettere la disponibilità di queste parti è stato Stefano Rodotà che ne ha negato la commerciabilità, pur tuttavia precisando: "*l'incommerciabilità […] non significa necessariamente indisponibilità. Si può infatti disporre del proprio corpo con effetti post mortem o, in vita, di alcune parti o prodotti [rene, pelle, sangue, ecc.…]*"[8] il che non implica il percepimento di un corrispettivo, di un prezzo per tale atto di disposizione. Questo passaggio è stato chiarito in modo interessante da Margaret Radin, laddove ha evidenziato la transizione dall'*inalienability* alla *market-inalienability*,[9] che comporta la possibilità di disporre del corpo e delle sue parti, ma solamente al di fuori del mercato, ossia senza che l'atto di disposizione sia realizzato a fronte di un corrispettivo, se non con rare ed espresse eccezioni, come i capelli, le unghie o, ancora, il contratto di baliatico, in cui ciò non lede la dignità umana e non contraddice né la morale né la legge.

Alcuni autori[10] si sono domandati se alcuni atti di disposizione del proprio corpo in campo biogiuridico, come la maternità surrogata, non presentino dei punti di contatto con i diritti patrimoniali. Ecco, quindi, che entra in gioco la c.d. della teoria

---

[6] Art. 5 cod. civ.: "*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*". Questo articolo è stato sollecitato dall'evoluzione della scienza, in particolare da un caso, c.d. Salvatori, relativo alla donazione di un testicolo da parte di un giovane studente in favore di un anziano facoltoso. L'articolo 5 è stato, dunque, introdotto per ammettere gli atti disposizione del proprio corpo solo nella misura in cui non cagionino una menomazione permanente dell'integrità fisica. Questa visione già era trasparita proprio dalla sentenza pronunciata dalla Suprema Corte di Cassazione nel caso Salvatori, dove gli Ermellini avevano enfatizzato che "[*n]ei casi di lesione all'integrità, che importano un pregiudizio di una certa rilevanza al corpo, la morale sociale valuta come lecito il consenso solo a condizione che concorra uno scopo di particolare valore sociale e di vantaggio alla salute di un'altra persona e di per sé uno scopo di particolare valore sociale*". V. S. RODOTÀ, *Il corpo "giuridificato"*, in *Trattato di Biodiritto. Il Governo del Corpo*, diretto da S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, Tomo I, Milano, 2011, 53, che ripropone tale ricostruzione nella sua riflessione sulla giuridificazione del corpo, facendo riferimento esplicito e citando sia le considerazioni della Commissione parlamentare che della Suprema Corte di cassazione.

[7] M. MACILOTTI, U. IZZO, G. PASCUZZI, M. BARBARESCHI, *La disciplina giuridica delle biobanche*, in *Pathologica*, 2008.

[8] S. RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo giuridificato*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1994, 484.

[9] I. RAPISARDA, *Il corpo umano come oggetto di diritto nell'era biotecnologica*, Tesi di Dottorato di Ricerca, Scuola di Dottorato di Ricerca, in *Diritto Europeo dei Contratti Civili, Commerciali e del Lavoro*, Ciclo XXVIII, Università Ca' Foscari di Venezia, 2016; M.J. RADIN, *Property and personhood*, in *Stanford Law Review*, 1982.

[10] M. ATIENZA, *El derecho sobre el propio cuerpo y sus consecuencias*, in M. CASADO, *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, Messico, 2016.

dell'appartenenza: secondo i sostenitori di questa visione, ed in particolare secondo Paolo Zatti, tale categoria sarebbe idonea ad offrire un inquadramento giuridico della disciplina del corpo.

L'appartenenza è un concetto più ampio della proprietà; da questo punto di vista, il fondamento è che l'individuo non possiede il suo corpo bensì è il suo corpo: una concezione che contenutisticamente si traduce in una sovranità sul corpo, ossia un potere "originario", "naturale", come Paolo Zatti specifica, in quanto tale non costituito dal diritto positivo e riconciliabile con le logiche della solidarietà sociale, che nell'ordinamento italiano si fondano ed esprimono nell'articolo 2 della Carta Costituzionale. Ed in questa prospettiva è, dunque, nella solidarietà sociale che trovano giustificazione gli atti di disposizione del proprio corpo, che non trascendono nella mercificazione nella misura in cui essi non intacchino l'identità. Il concetto di identità rispetto ai campioni biologici umani, infatti, emerge anche come confine di ammissibilità di alcune tipologie ed alcuni specifici interventi di ricerca biomedica.

Un'autorevole interpretazione dottrinale sostiene la tesi dell'occupazione, secondo cui le parti staccate del corpo sarebbero equiparabili alle *res nullius*, beni che non appartengono ad alcuno e perciò disponibili per chiunque ne prenda possesso[11].

Una terza posizione identifica il diritto sulle parti staccate del corpo con il diritto sulle opere dell'ingegno[12]; il diritto di proprietà si configura, così, come potere di godere e disporre liberamente e pienamente del bene, di escludere terzi dall'esercizio di tale potere.

Occorre, in tale prospettiva, scindere l'oggetto materiale del campione dalle informazioni predittive in esso contenute, la dimensione fisico-biologica da quella "informazionale".

In questo modo si potrà distinguere la sorte del campione da quella dei dati iscritti nel campione.

Il tessuto biologico in ragione della sua materialità rientra nel novero del diritto di proprietà, mentre i dati personali trovano garanzia nel diritto di riservatezza.

È opinione condivisa che la proprietà delle informazioni faccia capo al titolare dei dati richiamando la disciplina dei diritti di proprietà intellettuale.

2.1. ***I differenti livelli di identificabilità di un campione***

L'identificabilità del materiale comporta, dunque, che ad esso si applichi lo statuto giuridico della "soggettività" mentre l'anonimato muterebbe la natura giuridica in oggetti disponibili.

La classificazione di un campione, infatti, può variare dalla irreversibile anonimità alla completa identificazione secondo i differenti livelli convenzionalmente utilizzati per classificare i campioni.

[11] V. CALDERAI, *A pound of man's flesh. Consenso alla ricerca sui tessuti biologici umani e teoria dei beni*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, numero speciale, *La ricerca su materiali biologici di origine umana: giuristi e scienziati a confronto*, 2018.

[12] F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, 52.

Questi ultimi possono essere: anonimi, quando i campioni sono raccolti e subito identificati solo con un codice, i dati del paziente non vengono registrati e non è pertanto possibile risalire alla fonte; anonimizzati, quando i dati anagrafici del paziente vengono rimossi dopo l'attribuzione del codice e successivamente non è più possibile alcun collegamento; identificabili, quando i campioni sono identificabili tramite un codice, noto solo al responsabile della biobanca ed ai suoi diretti collaboratori. La possibilità di risalire all'origine del campione si attua, in caso di risultati scientifici di utilità per il donatore, sulla base di decisioni espresse nel consenso informato scritto. È opportuno osservare che qualora detti campioni vengano utilizzati per scopi scientifici, la possibilità di risalire al donatore non viene quasi mai esercitata, in quanto né utile né necessaria per la presentazione dei risultati.

Vi sono, inoltre, i campioni a identificazione completa, per tali intendendosi quei campioni identificabili da nome e indirizzo. Questa opzione è possibile solo su esplicita richiesta e/o autorizzazione dell'interessato o degli aventi diritto ed in ogni caso ad esclusivo interesse personale e familiare (ad esempio per diagnosi)[13].

I campioni a conoscenza futura, infine, sono quelli costituiti dai risultati accidentali, c.d. *incidental findings*. Per *incidental findings* si intendono le informazioni relative a un individuo inerenti alla sua salute e/o rilevanti per le sue scelte riproduttive ed esistenziali, quali in particolare i dati genetici che emergono nel corso di un progetto di ricerca di ambito biomedico, senza essere ricomprese tra gli obiettivi primari o secondari dello stesso, in seguito all'impiego di pratiche, analisi e/o metodologie di indagine comunemente adottate nell'ambito di quella specifica tipologia di progetto[14].

Ebbene, nel rispetto del "diritto di non sapere"[15] si ritiene che debba essere prestato il consenso informato affinché tali dati vengano comunicati a chi ne è titolare o ai familiari che potrebbero potenzialmente trarne delle utilità. È, inoltre, previsto che, nel caso in cui il soggetto sia un minore, una volta divenuto adulto, debba essere ricontattato e possa scegliere se dare o non dare il consenso alla ulteriore conservazione dei suoi campioni e dei suoi dati. La questione è controversa ritenendosi, la necessità di tutelare la riservatezza del titolare del campione biologico, da bilanciare con l'opposta aspirazione di un consanguineo di conoscere la propria situazione genetica, ad esempio per avere cognizione di una possibile patologia ad insorgenza futura o di un rischio produttivo.

---

[13] M. CAPORALE, *Tutela della riservatezza e diritti della personalità nella disciplina giuridica delle biobanche. I modelli di consenso informato per la raccolta, conservazione e utilizzazione di campioni biologici a fini di ricerca*, in *www.biodiritto.org*.

[14] V. Commissione per l'Etica della Ricerca e la Bioetica del CNR, *Incidental finding nella ricerca scientifica Criteri e indicazioni per le scienze e tecnologie-omiche*, in *www.cnr.it/it/ethics.*

[15] Sancito formalmente per la prima volta dall'UNESCO nella Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti umani del 1997 (art. 5), il «diritto di non sapere» è stato definito come il «*diritto di ognuno di decidere di essere informato o meno dei risultati di un esame genetico e delle sue conseguenze*». Successivamente, tale diritto è stato inserito*, inter alia*, nella Convenzione di Oviedo, promulgata dal Consiglio d'Europa lo stesso anno (art. 10), nelle Linee guida internazionali sulle questioni etiche in genetica medica e nei servizi di genetica redatte dall'Organizzazione Mondiale della Sanità nel 1998, nelle Carte dell'Unesco Dichiarazione internazionale sui dati genetici umani del 2003 e Dichiarazione universale di bioetica e diritti umani del 2005, nella Dichiarazione di Lisbona sui diritti dei Pazienti della *World Medical Association* (WMA), emendata nel 2005 (art. 7), e in seguito anche nelle linee guida adottate da alcune tra le maggiori società scientifiche internazionali di settore.

Può verificarsi il caso che gli scopi scientifici del trattamento non possano essere raggiunti senza l'identificazione anche temporanea degli interessati; in questi casi il titolare adotta specifiche misure per mantenere separati i dati identificativi già al momento della raccolta.

La necessità di armonizzare questi due aspetti (rintracciabilità e riservatezza dei soggetti coinvolti) si evidenzia nella Direttiva 2004/23/CE del 31 marzo 2004[16], nella definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule. L'art. 8 di tale Direttiva prevede che gli Stati membri debbano assicurare che i centri dei tessuti adottino tutte le misure necessarie a garantire la rintracciabilità del percorso dei tessuti e delle cellule di origine umana, anche attraverso sistemi di etichettatura e di assegnazione di codici a ciascuna donazione e ai suoi prodotti.

I Comitati etici tendono ad attribuire la proprietà dei campioni ai donatori.

Diverso parere ha espresso il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) che tenta di risolvere il rapporto paziente-campione nel senso di considerare l'ablazione di parti del corpo come una rinuncia definitiva alla proprietà, quale esplicita e irreversibile donazione, previo consenso informato del paziente.

Tale scelta si inscriverebbe nell'ottica della solidarietà verso terze persone, nonché verso le generazioni future. In tal modo verrebbe garantito un giusto equilibrio fra interesse sociale e tutela personale.

2.2. *La tesi dell'occupazione*

Occorre, prima di procedere con l'approfondimento della proprietà intellettuale, per mera chiarezza espositiva, esporre brevemente la sopracitata tesi dell'occupazione.

Tale impostazione dottrinale si fonda sul presupposto della negazione della sussistenza di uno *ius in se ipsum* e, dunque, di un diritto sul proprio corpo che perdura senza soluzione di continuità sulla parte ablata, qualificando così lo stato della parte separata a seguito dalla ablazione dal corpo come *res nullius* o come *res derelicta*, indipendente rispetto sia al soggetto dal cui corpo è separata sia a soggetti distinti, come ad esempio i medici o i ricercatori che se ne occupano.

È interessante richiamare qui l'opera del Baud "Il caso della mano rubata", un'opera che potrebbe definirsi di "fanta-giurisprudenza"[17]. Infatti, mosso dall'intento di indagare l'inquadramento giuridico del rapporto fra l'uomo e il corpo, l'Autore aveva formulato un interessante caso, che vedeva come protagonista non tanto un uomo, quanto la mano che egli si era inavvertitamente amputato e che un suo parente aveva prontamente conservato affinché potesse essere ricongiunta al corpo. Un vicino, per motivi di vendetta, aveva sottratto la mano amputata. Ecco che il Baud aveva analizzato

[16] V. in *Gazzetta Ufficiale*, 2° Serie speciale, Unione europea, 14 giugno 2004, n. 46, 48.

[17] J.-P. BAUD, *Il caso della mano rubata. Una storia giuridica del corpo*, Milano, 2003; S. ROSTAIN, *Il corpo e l'individuo tra proprietà ed autodeterminazione. Con particolare riferimento al fenomeno delle biobanche*, [Dissertation thesis], Alma Mater Studiorum Università di Bologna. Dottorato di ricerca in Diritto e nuove tecnologie: indirizzo Bioetica, 24 Ciclo, 2012.

il possibile scenario giuridico rispetto alla responsabilità ascrivibile al vicino; ritenendo che la mano, una volta amputata, ricadesse nella condizione di *res nullius* o *res derelicta*, era giunto alla conclusione che la responsabilità penale per furto fosse da escludersi.

La visione, dunque, incentrata sullo stato di *res nullius* o *res derelictae* in cui verserebbero le parti separate dal corpo a seguito della loro escissione, è stata autorevolmente sostenuta da Cesare Massimo Bianca[18], che ha sostenuto che le parti separate dal corpo costituirebbero *res nullius per derelictio*, con la conseguente appropriabilità delle stesse per occupazione da parte di coloro che siano capaci di trarne un'utilità, come ad esempio i sanitari che le abbiano prelevate. Una visione che appare sicuramente prossima a quella abbracciata dalla giurisprudenza di *common law*, con il suo intento di contemperare i contrapposti interessi dei pazienti e della ricerca ed evitando che quest'ultima risulti inibita o imbrigliata.

Un simile punto di incontro è stato ricercato anche dalla tesi dottrinale che ha inteso qualificare l'attività di prelievo del sanitario alla stregua dell'opera dell'ingegno secondo l'articolo 2576 del Codice Civile, autorevolmente sostenuta da Francesco Santoro Passarelli[19].

3. *La proprietà intellettuale*

Proseguendo con la disamina del problema della proprietà del campione biologico, si evidenziano due diversi interrogativi: in primo luogo non vi è tra i giuristi una visione univoca su quali siano i diritti esercitabili dagli individui che subiscono l'oblazione dei tessuti e da coloro che conservano tali materiali per poterli studiare (è evidente che attribuire la proprietà dei materiali biologici ai donatori piuttosto che ai ricercatori muta la disciplina e l'organizzazione dei centri di raccolta); in secondo luogo, non è agevole stabilire chi, nel conflitto tra ricercatori e l'istituzione di appartenenza del materiale biologico, sia proprietario dei tessuti una volta ricevuti dai donatori.

Prima di illustrare un caso che potrebbe costituire una risposta al primo interrogativo, ovverosia a chi spetti la proprietà dei materiali biologici, se ai donatori o ai centri di ricerca, giova approfondire il regime della proprietà intellettuale.

La proprietà intellettuale indica un sistema normativo di tutela dei beni immateriali di notevole rilevanza economica e si divide in due ambiti distinti, entrambi con un contenuto morale (paternità d'opera e dell'invenzione) e patrimoniale (diritto allo sfruttamento economico).

I diritti di proprietà intellettuale sono soggetti, di norma, alla giurisdizione nazionale di ciascun paese, ragione per cui la loro efficacia giuridica è limitata al territorio dello Stato in cui sono concessi.

---

[18] C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 2002.

[19] F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1977. Si suggerisce di vedere inoltre: S. RUSCICA, *I diritti della personalità. Strategie di tutela. Inibitorie. Risarcimento Danni. Internet*, Padova, 2013.

Pertanto, nonostante numerosi trattati internazionali regolino la materia, questi ultimi, per essere applicati a livello nazionale, devono essere recepiti e possono essere soggetti a mutamenti a livello applicativo in base alle caratteristiche di tipo culturale, economico e sociale del Paese che li adotta.

La proprietà intellettuale si riferisce alle creazioni della mente umana, sia inventive che intellettuali, come arte e design, opere letterarie, musica, nomi, simboli e immagini utilizzati negli affari.

Possiamo dividere la proprietà intellettuale in due diverse categorie: da una parte il diritto d'autore, o *copyright*, dall'altra la proprietà industriale che comprende brevetti e marchi[20].

La proprietà di tali creazioni fornisce diritti esclusivi e protezione al proprietario contro l'uso non autorizzato delle opere derivanti dal suo ingegno.

Il termine legale "proprietà intellettuale" si riferisce, dunque, all'ampio spettro di cose create dall'immaginazione e dall'intelletto umano, a maggior ragione se finalizzate alla soluzione di un problema tecnico non ancora risolto, suscettibile di applicazione industriale, con avanzamento rispetto alla tecnica e alle cognizioni pregresse[21]; per questo motivo i diritti di proprietà intellettuale sono considerati beni denominati "proprietà immateriali".

L'obiettivo delle leggi sulla proprietà intellettuale è quello di incoraggiare il progresso fornendo diritti esclusivi limitati alle opere e alle invenzioni creative. Tale protezione incoraggia autori, artisti e inventori a rivelare le loro idee al pubblico.

Il ragionamento originale dietro le leggi sulla proprietà intellettuale, infatti, vedeva nel garantire l'intero valore sociale e monetario delle opere ai suoi ideatori l'unico incentivo sufficiente a far sì che questi ultimi le rilevassero.

Le leggi sulla proprietà intellettuale trattano la stessa, in molti modi, come la proprietà immobiliare.

Per quanto concerne la proprietà del materiale biologico il campo in cui è opportuno muoversi è quello del *copyright* e dei brevetti.

3.1. *Il Caso Canavan Foundation vs Miami Children's Hospital*

Appare opportuno citare un caso attraverso il quale è possibile approfondire il *focus* brevettuale e comprendere a chi spettino eventuali proventi dovuti a *royalty* nelle questioni relative ai campioni biologici originari.

---

[20] Per la proprietà industriale v. d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, *Codice della proprietà industriale, a norma dell'art. 15 L. 12 dicembre 2002, n. 273*; d. m. 13 gennaio 2010, n. 33, *Regolamento di attuazione del Codice della proprietà industriale*, adottato con d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30; per il diritto d'autore v. l. 22 aprile 1941, n. 633, *Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*.

[21] Di qui la differenza con il modello di utilità, che solo migliora l'attuazione di un principio già noto: in linea con la giurisprudenza di legittimità pregressa, v. Cass. civ., 13 novembre 2012, n. 19715, in *Foro italiano*, 2013, 536, con nota di G. CASABURI, *Linea di demarcazione tra invenzione industriale e modello di utilità*; in *Diritto industriale*, 2013, 527, con nota di P. LEARDI, *Ancora sulla distinzione tra brevetti per invenzione e modelli di utilità.*

Si tratta della vicenda che vede come protagonista Daniel Greenberg, padre di due bambini affetti dal morbo di Canavan (una rara malattia ereditaria autosomica recessiva) il quale, nel 1987, contattò lo scienziato Reuben Matalon[22], allora professore presso la University of Illinois di Chicago, affinché quest'ultimo cercasse la causa della malattia che affliggeva i suoi figli.

Al fine di raggiungere tale scopo Greenberg convinse altre famiglie colpite dal morbo a consegnare al ricercatore sangue, urine, reperti *autoptic*.

Per avviare la ricerca, a Matalon furono consegnati cento mila dollari e l'archivio dei dati personali di tutte le famiglie coinvolte. Lo scienziato riuscì a scoprire il gene responsabile della malattia di Canavan, chiamato ASPA, sviluppando inoltre un nuovo tipo di *screening* genetico prenatale.

Pertanto, nel 1994 ottenne il brevetto 5.679.635 per quella sequenza genetica, assegnato al *Miami Children's Hospital Research Institute*.

Di qui l'inizio di una lite giudiziaria con la famiglia Greenberg in quanto Matalon negoziò gli accordi di licenza per i test diagnostici a insaputa delle famiglie coinvolte nei test genetici.

Inoltre, ottenuto il brevetto, furono inviate, da parte dell'ufficio contabile del *Miami Children's Hospital* (MHC), delle lettere ai vari ospedali e laboratori, avvertendoli che, a seguito della concessione del brevetto, l'ospedale metteva in commercio un kit diagnostico per la diagnosi precoce e che, per l'uso del test, avrebbero dovuto ottenere regolare licenza per non incorrere in violazioni della proprietà intellettuale.

La licenza prevedeva un costo di *royalty* per ciascun test fissato a $ 12.50 e poneva dei limiti al volume di test individuali di laboratorio che non poteva superare i 100 annui.

Greenberg e gli altri partecipanti, che nel frattempo si erano uniti nella *Canavan Foundation*, intentarono, quindi, un'azione contro il MHC, per "liberalizzare" in modo equo l'accesso a tali test fondamentali per l'analisi precoce della malattia.

La Corte non accolse le richieste, ad eccezione di quella che riteneva fosse integrato un ingiustificato arricchimento ai danni dei donatori riconoscendo che, nonostante fossero stati questi ultimi ad aver apportato tali benefici al centro di ricerca, essi non furono in alcun modo ricompensati.

3.2. *Il Caso Washington University vs Prof. Catalona*

Una volta negata la proprietà del campione biologico in capo al soggetto dal quale proviene, astrattamente si potrebbe ipotizzare la titolarità dei tessuti, depositati nella biobanca, in capo all'ente di ricerca (che ha effettuato/disposto il prelievo per studiare le caratteristiche biologiche del materiale).

[22] Vedi bibliografia delle pubblicazioni di R. MATALON e del suo gruppo di ricerca sul sito web italiano *http://www.canavan.it/morbo_di_canavan.htm.*

Pare opportuno introdurre, anche in tal caso, una vicenda giudiziaria, il c.d. "Caso Catalona", attraverso il quale è possibile approfondire il tema.

Il Prof. Catalona[23] era un dipendente della *Washington University* di St. Louis che aveva ricevuto da pazienti affetti da tumore alla prostata, dopo averli correttamente informati e dopo aver ottenuto il loro consenso, 6000 campioni di tessuti.

Proprio a causa del controllo su questi campioni il Prof. Catalona entrò in conflitto con l'Università di Washington (tant'è che quest'ultima lo ammonì per aver trasferito gratuitamente i campioni biologici a strutture di ricerca esterne all'Università) sino al punto da dare le sue dimissioni e cambiare Università, trasferendosi alla *Northwestern University*[24].

Prima di lasciare la città per raggiungere il suo nuovo luogo di lavoro il Professore, però, inviò ai suoi pazienti una lettera nella quale chiese loro, in virtù della fiducia instauratasi e al fine di continuare la sua attività di ricerca, di inviare una e-mail all'Università di Washington con la seguente dicitura: "*Vi prego di restituire i miei campioni al prof. Catalona della Northwestern University di Chicago*".

La *Washington University* non accettò le suddette richieste, ritenendo che i campioni di sangue e di tessuto fossero di sua proprietà, e che il Prof. Catalona non avesse diritto a portarli con sé[25].

La stessa Università, infatti, sostenne che quando i pazienti prestano il consenso informato e volontario alla conservazione dei materiali biologici, questi ultimi trasferiscono i diritti proprietari alla *biorepository*, la quale può disporne a sua completa discrezione, anche alla luce del fatto che la *biorepository* sopporta tutti i costi necessari alla conservazione dei tessuti e ne cura la distribuzione.

La Corte distrettuale del Missouri, nel 2006, decise in favore dell'Università, affermando che essa fosse proprietaria di tutto il materiale biologico, inclusi il sangue, i tessuti e i campioni di DNA contenuti nella *biorepository* e che né il dott. Catalona né alcun altro ricercatore, che conduceva ricerche per conto della Università, avesse alcun diritto o interesse proprietario sui tessuti conservati nella *biorepository.*

Affermò, inoltre, che la ricerca medica sarebbe potuta avanzare solo se l'accesso a questo materiale non fosse stato ostacolato da *private agendas*; se fosse lasciato privo di regole e rimesso al capriccio di chi partecipa alla ricerca, invero, questo prezioso materiale biologico diverrebbe un bene in vendita al miglior offerente.

La valutazione dell'importanza del protocollo di ricerca per la salute pubblica verrebbe così messa in secondo piano, riducendo tutto alla determinazione della migliore offerta.

Inoltre, l'integrità e l'utilità dei *biorepositories* potrebbero essere seriamente minacciate se i "donatori" potessero trasferire i loro campioni da un istituto di ricerca ad un altro ogni qualvolta lo desiderassero; se i singoli campioni potessero "entrare ed

[23] Professore di Urologia, Direttore del Clinical Prostate Cancer Program, Northwestern University School of Medicine, Chicago.

[24] La Northwestern University è una università privata con sede a Evanston e Chicago, nello Stato dell'Illinois.

[25] R. BORDON, *Non rubare le cellule altrui*, in *http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/003797.aspx.*

uscire" dai *biorepositories*, i protocolli di ricerca non potrebbero più fare affidamento sulle raccolte aggregate di campioni.

Anche tale soluzione presenta inconvenienti sotto un duplice profilo, scientifico e giuridico: per il primo, ogni singolo ente potrebbe impedire l'utilizzo del campione a ricercatori esterni[26]; per il secondo, nell'ipotesi di revoca del consenso al trattamento dei dati, sarebbe inevitabile la distruzione del campione, perché l'ente non è soggetto "terzo" in grado di continuare la ricerca sulla dimensione materiale e, allo stesso tempo, di conservare i dati informativi con adeguate misure di sicurezza e di riservatezza[27].

4. *La categoria dei* commons

Alla luce di tutto quanto premesso, gli interpreti hanno iniziato a caldeggiare la prospettiva di ricondurre la figura dei campioni biologici nella categoria dei *commons*[28] o, come una stretta cerchia sostiene, di *semi-commons* (per tali intendendosi beni che pur mantenendo un particolare rapporto di appartenenza con il soggetto dal quale provengono, rappresentano nei confronti dei soggetti terzi dei beni comuni), così da rendere un bene strettamente personale a servizio dell'individuo, con il distacco ed il consenso del proprietario, un bene posto a servizio della collettività.

---

[26] M. MACILOTTI, *Le biobanche di ricerca. Studio comparato sulla «zona grigia» tra privacy e proprietà,* Alba, 2013, 175.

[27] Nello stesso senso, M. MACILOTTI, *Lo statuto giuridico della corporeità e le biobanche di ricerca*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum Biodiritto*, *La disciplina delle biobanche a fini terapeutici e di ricerca*, 2010, 232.

[28] In generale, sulla categoria dei beni comuni, M.R. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2011, 103 ss.; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011; ID., *I beni pubblici: un dialogo fra diritto e politica*, in G. ALPA E V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013, 119 ss.; M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012; C. SALVI, *Beni comuni e proprietà privata (a proposito di "Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni", a cura di Maria Rosaria Marella*), in *Rivista di diritto civile*, 2013, 209 ss.; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 113 ss.; ID., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013, 460 ss.

Nella giurisprudenza di legittimità, il concetto di "beni comuni" compare per la prima volta in una pronuncia a Sezioni unite dove, se pure in un contesto molto diverso dalla questione in oggetto (appartenenza al demanio marittimo di alcune valli da pesca della laguna di Venezia), si afferma il principio, derivante dall'applicazione diretta degli artt. 2, 9 e 42 Cost., della «*tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale, anche nell'ambito del "paesaggio*", *con specifico riferimento non solo ai beni costituenti, per classificazione legislativa-codicistica, il demanio e il patrimonio oggetto della "proprietà" dello Stato, ma anche riguardo a quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro intrinseca natura o finalizzazione risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività*» e che – per tale loro destinazione alla realizzazione dello Stato sociale – devono ritenersi "comuni", prescindendo dal titolo di proprietà, perché strumentalmente collegati agli interessi di tutti i cittadini. Così Cass. civ., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Rassegna di diritto civile*, 2012, 524, con nota di G. CARAPEZZA FIGLIA, *Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle Sezioni unite* (cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici), il quale, però, giustamente rileva che la Cassazione parla di beni comuni quali strumenti finalizzati alla realizzazione di valori costituzionali, ma poi ne fa un'applicazione poco convincente ed utilizza la categoria per allargare i confini del demanio oltre i casi previsti dal legislatore.

I materiali biologici ceduti a titolo gratuito non appartengono più ai donatori né d'altro canto alle biobanche che li custodiscono, divenendo patrimonio dell'intera famiglia umana.

Commons è un termine traducibile in italiano come "beni comuni", risorse naturali come l'aria, l'acqua, una spiaggia, un terreno pubblico, la stessa rete internet che, per le loro caratteristiche intrinseche, sono beni fisici utilizzabili da più individui in condivisione.

Una biobanca può essere quindi intesa come un *commons* proprio perché costituisce una risorsa naturale, oltre a essere al contempo un bene comune di conoscenza, in caso di apertura verso modelli di *open data sharing*.

Il bene comune è uno specifico bene condiviso da tutti i membri di una specifica comunità e può essere sia un bene materiale sia immateriale. La teoria dei *commons* si fonda su due variabili che regolano il rapporto tra bene e utilizzatori: escludibilità, ovverosia la difficoltà di esclusione di un individuo dalla fruizione del bene; sottraibilità, nel senso che il suo consumo da parte di un attore riduce le possibilità di consumo degli altri. Entro questo diagramma possiamo collocare i materiali biologici umani in quanto beni comuni materiali. La considerazione del genoma come patrimonio ereditario comune dell'umanità riconduce le biobanche al concetto di *benefit sharing*.

Le biobanche sono responsabili della gestione dei tessuti e materiali biologici, della tutela della riservatezza. Costituiscono dei mediatori fra mondo della ricerca e comunità salvaguardando la tutela della *privacy* e gli interessi del sapere.

In tale visione ai ricercatori sarebbe attribuita una licenza d'uso, non già la proprietà dei materiali. Le informazioni appartengono al donatore che li cede nella formula della "concessione d'utilizzo".

La biobanca assume la veste di "custode" di beni preziosi e insostituibili.

La dottrina ha costruito un modello di trust, il c.d. *biotrust* per attribuirgli funzioni di gestore del patrimonio genetico individuale. Il donatore di tessuti mediante il modulo del consenso trasferirebbe i suoi interessi proprietari sul materiale biologico alla biobanca (*trust*) che assumerebbe su di sé il dovere fiduciario di gestire la proprietà a beneficio della collettività. Al *trust* spetterebbe il compito di affidare i campioni ai ricercatori, di conservare le chiavi di accesso all'identità dei tessuti, di tutelare la *privacy* dei soggetti coinvolti, di esercitare il controllo sull'osservanza delle norme e principi che regolano il buon funzionamento delle biobanche[29].

Peraltro, la circostanza che i tessuti derivanti da operazioni diagnostiche e da interventi chirurgici, in caso di mancato assenso al loro utilizzo ai fini di ricerca, non possano essere restituiti al paziente (in quanto manca qualunque interesse del paziente ad un potenziale godimento non potendone trarre alcun beneficio) e debbano essere distrutti (in quanto il paziente è sprovvisto delle conoscenze e degli strumenti tecnici per sfruttare correttamente le caratteristiche) prova che il soggetto non è proprietario dei campioni asportati. Ad avallare tale conclusione vi è anche che la gestione del tessuto

[29] Si rinvia, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a M. MACILOTTI, *Le biobanche di ricerca. Studio comparato sulla «zona grigia»,* cit. Favorevole a questo modello, I.A. COLUSSI, *Dai vichinghi agli oroscopi genetici: saghe islandesi passate e future*, in *Forum BioDiritto*, 2010, 270 ss.

non potrebbe essere esercitata in completa autonomia da colui che ha subito l'esportazione, in quanto si rischierebbe così di discriminare i soggetti che condividono lo stesso patrimonio biologico.

Nonostante questo, però, per la destinazione dei campioni a scopi di ricerca serve il consenso del paziente in virtù della disciplina sulla protezione dei dati personali.

4.1. ***Il Tragedy of commons***

Tale concetto di condivisione dei benefici solleva complesse e spesso contraddittorie preoccupazioni, che vanno dai vantaggi che apporta ai partecipanti alla ricerca – sia al singolo ricercatore sia alla comunità di ricerca nella sua interezza – alle problematiche relative al coinvolgimento della popolazione, nonché la spinosa questione relativa ai diritti di tutte le parti coinvolte. Uno dei benefici assai interessanti è relativo all'impatto che comporta l'operare in *open data sharing*, modalità che sta alla base di una visione di *commons*, beneficio che diviene tanto più esteso quanto più la biobanca è accessibile a più comunità di ricerca trasversali[30].

Non è mancato, tuttavia, chi ha sostenuto che in questo modo si rischierebbe di incorrere nel fenomeno chiamato *Tragedy of commons*[31] ovvero si rischierebbe di passare dall'eccesso del sottosfruttamento dei campioni biologici, per tale intendendosi il rischio che questi ultimi non vengano impiegati al massimo della loro potenzialità, all'opposto eccesso del sovrasfruttamento di questi ultimi, rendendoli di (com)proprietà collettiva di una intera comunità.

Di fatti, un noto studioso[32], nell'approfondire il dilemma del *Tragedy of commons*, ha osservato che il libero accesso ai beni comuni è causa di rovina per tutti perché i benefici di una sovrautilizzazione ricadono sul singolo mentre le conseguenze negative sono ripartite tra tutti gli utilizzatori.

Pertanto, potrebbe avallarsi una teoria secondo la quale andrebbe richiamata la funzione sociale di proprietà di cui all'art. 42, comma 2, Cost.[33], il quale vuole assicurare l'efficiente circolazione dei beni e ritenere le biobanche responsabili di questo servizio, nel presupposto, comunque, che disponibilità e titolarità del campione spettino alle medesime.

---

[30] A. CAMBON-THOMSEN, *Assessing the Impact of Biobanks*, in *Nature Genetics*, 2003, nel sostenere la necessità di avere a disposizione sistemi per misurare l'utilità di una biobanca nel suo complesso, ha proposto la creazione di un *BIF Biobank Impact Factor*, simile al fattore di impatto citazionale delle riviste, per quantificare e misurare con tecniche di analisi bibliometrica, l'impatto entro la comunità di ricerca derivante dal suo utilizzo.

[31] La tragedia dei beni comuni è un termine usato in scienze sociali per descrivere una situazione in un sistema-risorsa condivisa dove gli utenti singoli che agiscono in modo indipendente secondo il proprio tornaconto si comportano in contrasto con il bene comune di tutti gli utenti esaurendo o rovinare quella risorsa attraverso la loro azione collettiva.

[32] V. G. HARDIN, *The tragedy of commons*, in Science, vol. 162, 3859, 1968, 1243-1248.

[33] A norma del quale "*La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti*".

In questo modo si distinguerebbero, contrapponendoli, accesso ed uso da un lato e proprietà dall'altro.

Le biobanche sono, dunque, in bilico tra chi preme per una loro apertura verso un modello di *commons* inteso come bene pubblico collettivo, e chi vorrebbe chiuderle entro territori privati. Al di là dei diritti individuali, appare una nuova forma di solidarietà nell'ottica di bene comune che si concreta in grandi biobanche intese come risorse nazionali preziose per la collettività. Le biobanche potrebbero, dunque, farsi strumento di una nuova forma di solidarietà tra gruppi e tra generazioni basata sulla condivisione volontaria di campioni e informazioni, per una risorsa comune, pur sempre nel rispetto, beninteso, della vita privata e dei diritti individuali.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

G. MARTINICO, *FILTERING POPULIST CLAIMS TO FIGHT POPULISM - THE ITALIAN CASE IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE*, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, CAMBRIDGE, 2021

RECENSIONE[*]

LEONARDO PIERDOMINICI[**]

Il volume di Martinico si innesta nel solco della già accurata opera collettanea da lui recentemente curata insieme ad altri studiosi della Scuola Sant'Anna di Pisa[1]; e aggiorna, in chiave monografica, le riflessioni sul caso italiano come nuovo paradigma dei rapporti tra populismo e diritto costituzionale. Lo fa, come già opportunamente sottolineato da altro attento recensore[2], offrendo un'interessante disamina che è insieme di sistematizzazione teorica, di analisi comparatistica, di informazione puntuale.

Il volume analizza il tema del populismo (o meglio dei populismi) come questione di diritto e teoria costituzionale, e si concentra sull'uso che i populisti, soprattutto se partecipi delle funzioni di governo, fanno delle categorie e degli strumenti del diritto costituzionale.

Per spiegare l'uso populista della Costituzione l'Autore individua due strategie che identifica come tipiche: il mimetismo e il parassitismo. Con mimetismo egli si riferisce alla modalità con cui i populisti tendono a strumentalizzare il testo costituzionale, nascondendosi dietro le parole della Costituzione per abilitare/riabilitare la propria visione della politica. Per Martinico non si può e non è corretto parlare di una

---

[*] Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.

[**] Assegnista di ricerca di Diritto pubblico comparato. Alma Mater Studiorum – Università di Bologna.

[1] G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI (a cura), *Italian Populism and Constitutional Law Strategies, Conflicts and Dilemmas*, Cham, 2020.

[2] J. SCHOLTES, *Book review: Giuseppe Martinico, Filtering Populist Claims to Fight Populism: The Italian Case in Comparative Perspective (CUP 2021)*, in *RevDem Review of Democracy*, 2022, https://revdem.ceu.edu/2022/04/12/book-review-giuseppe-martinico-filtering-populist-claims-to-fight-populism-the-italian-case-in-comparative-perspective-cup-2021/.

teoria populista della Costituzione; tuttavia esisterebbe, appunto, un tipico approccio *mimetico* populista al diritto costituzionale, mediante il quale si tende a propalare una «contro-narrazione costituzionale» fondata sull'uso/abuso di alcuni concetti chiave, come quelli di sovranità popolare e di potere costituente, che si rendono assonanti alle rivendicazioni populiste.

Questo uso strumentale del lessico costituzionale è, per l'Autore, chiaramente in conflitto con l'essenza del costituzionalismo. In tal ottica Martinico introduce sin da principio i tre elementi che considera maggiormente caratterizzanti il populismo, e che vengono analizzati nel resto del libro, nel loro confronto con certi istituti del diritto costituzionale: il maggioritarismo estremo o radicale, la politica dell'identità, la politica dell'immediatezza. In definitiva, tratto fondamentale della politica populista sarebbe per l'Autore quello di nascondersi dietro ad un uso selettivo e manipolativo della Costituzione, finendo però per privare le categorie costituzionali impiegate del loro carattere pluralista: ossia sostanzialmente svuotandole, anziché sublimandole come da intenti professati.

Tale tratto tipico si unirebbe alla seconda consustanziale strategia populista fatta oggetto di disamina: il parassitismo. Sulla scorta di nota letteratura[3], Martinico con questa formula fa riferimento al modo in cui i populisti finiscono per alterare le categorie assiologiche della democrazia costituzionale cui pretendono di aderire. In effetti, i populisti avanzano una «contro-narrazione costituzionale» in cui il concetto di democrazia viene ridotto a mera regola di maggioranza, e nella quale le costituzioni finiscono per diventare meri strumenti di governo, perdendo in definitiva la loro primaria funzione garantistica. Sebbene sia il costituzionalismo che il populismo si basino, in fin dei conti, su una sfiducia basilare nell'esplicazione del potere politico, le somiglianze dovrebbero per l'Autore finire qui: giacché i populisti vedono le costituzioni sostanzialmente come «camicie di forza», soprattutto quando le norme costituzionali pongono limiti alla sovranità popolare – mentre, è ovvio, il costituzionalismo fa della limitazione del potere pubblico uno dei suoi portati fondamentali, e in questo si differenzia radicalmente dal maggioritarismo estremo sostenuto dai populisti, ed anzi vi si oppone.

A fronte di tale apparato teorico, presentato in particolare nel primo capitolo, il volume procede ad una disamina puntuale delle vicende italiane, storiche ed attuali. Il secondo capitolo spiega la rilevanza del caso italiano nel quadro del costituzionalismo post-totalitario, sottolineando le differenze rispetto all'esperienza tedesca e ricordando le varie ondate populiste che lo hanno caratterizzato - sino a poterlo considerare, invero da decenni, come vero e proprio laboratorio populista. Nel resto del libro Martinico torna sugli altri due ingredienti del populismo sopra citati: il capitolo 3 è dedicato alla politica identitaria "sovranista" della Lega, mentre i capitoli 4, 5 e 6 si concentrano sulla politica dell'immediatezza, intesa come assenza di mediazione tra il leader populista e il popolo, patrocinata in particolar modo dal Movimento Cinque Stelle. In tal ultima ottica

[3] Cfr. N. URBINATI, *Democracy and Populism*, in *Constellations*, 1998, 110 e B. ARDITI, *On the Political. Schmitt* contra *Schmitt*, in *Telos*, 2008, 7.

l'Autore evidenzia la carica anti-istituzionale del populismo, che si esalta col richiamo taumaturgico all'istituto del referendum e nell'aspirato ritorno del mandato imperativo.

Nell'ultimo capitolo del libro, Martinico ritorna, elaborandola, all'idea del "filtro" proclamata sin nel titolo. L'Autore si dice consapevole del fatto che leggere il rapporto tra costituzionalismo e populismo in termini oppositivi non è sufficiente e, sulla scia di una proposta dottrinale[4], cerca di proporre un approccio non meramente difensivo, ma "reattivo" delle teorie classiche, in ottica "strutturale". Martinico ricapitola infatti certe teoriche populiste più ripetute ed elabora, a fronte di queste, alcune proposte per mediare le loro più pressanti rivendicazioni, al fine di dedurre alcuni apporti che potrebbero arricchire la vita della democrazia costituzionale: sempre ragionando con armamentario teorico-comparatistico, e guardando, tra le altre cose, alle potenzialità e ai necessari limiti di Internet come spazio politico, a possibili riforme dell'istituto referendario specie in punto di quorum, a ipotizzabili soluzioni al trasformismo parlamentare, alla necessaria democratizzazione interna per un rilancio del ruolo dei partiti, all'opportuno efficientamento del bicameralismo.

Il volume, come già s'è rilevato richiamando le riflessioni di recensori stranieri[5], ha il suo maggior pregio nell'abile bilanciamento tra le sue componenti, tutte ben sviluppate: presenta, per i tipi di prestigiosa casa editrice internazionale, il caso italiano, ben ricostruendone gli sviluppi storici e quelli ultimi, relativi all'attuale travagliata legislatura; costruisce un apparato teorico di respiro, originale, affrontando la letteratura storica e quella, ormai copiosa, più recente che cerca di definire il fenomeno populista, e con ciò offre un contributo significativo alla comprensione dei rapporti tra diritto costituzionale e degenerazione politica; è costantemente ancorato al dato comparatistico, nel quale sistematizza il caso di studio oggetto di primaria analisi. È, in poche parole, come da proponimento della collana che lo ospita, un genuino e ricco lavoro di "*Comparative Constitutional Law and Policy*", egualmente utile per il lettore internazionale come per quello italiano, al fine di sistematizzare spunti di riflessione che nascono dalla cronaca politica d'oggidì.

Ciò detto, per rimanere fedele al ruolo di recensore critico che m'è assegnato, e nella curiosità di vedere così nutrito il dialogo con l'Autore, posso evidenziare alcune questioni che il volume mi pare lasci aperte.

La prima: l'effettivo ruolo di cui il paradigma italiano è capace come *case-study* internazionale. Martinico ragiona ampiamente sulle caratteristiche peculiari del caso italiano nel volume: in particolare presentandolo, in maniera condivisibile, come peculiare, stante la sua natura paradigmatica di costituzionalismo post-totalitario novecentesco, eppure contagiato dal morbo populista, ed anzi (in aderenza alle note tesi di Marco Tarchi[6]) considerandolo un laboratorio sempre attivo di populismi storici di vario genere (cap. 2). È anche vero che il lettore, specialmente straniero, trova nel volume un originale apporto giacché oggi, in chiave giuscomparatistica, è d'uso ragionare di populismo associando al fenomeno quello del cd. *democratic backsliding*,

[4] A.M. ALTERIO, *Reactive vs. Structural Approach: a Public Law Response to Populism*, in *Global Constitutionalism*, 2019, 270 ss.

[5] J. SCHOLTES, *Book review*, cit.

[6] M. TARCHI, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, Bologna, 2015.

dello svilimento delle credenziali democratiche di un ordinamento[7], cosa che invece non si registra nell'esempio italiano, almeno allo stato attuale. Eppure, proprio da tale considerazione nasce un interrogativo: qual è il posto del volume nel profluvio di letteratura che si va assommando in tema di populismo, in particolare analizzando questo caso e quell'altro di ordinamento affetto da «constitutional retrogression»[8]? In che modo, comparativisticamente, il caso italiano può costituire un effettivo paradigma in tal ottica, specie a fronte delle sue riconosciute caratteristiche peculiari?

Il secondo interrogativo si innesta sul primo, e riguarda i fini ultimi del lavoro: la sua dimensione, se vogliamo, di «Comparative Constitutional and Policy», ferma l'ottima disamina di «Comparative Constitutional Law». Il titolo del volume, programmaticamente, ragiona di possibilità di "filtraggio" delle rivendicazioni populiste, al fine di combattere il populismo stesso; nel testo più volte si ragiona della possibilità di "canalizzare" tali rivendicazioni senza alterare il lascito ultimo del costituzionalismo post-totalitario; l'Autore elabora ampiamente sulla necessità di un costituzionalismo non solo *oppositivo* ma anche dialetticamente *reattivo* nei confronti del populismo e delle sue istanze. Vero però è che l'analisi di Martinico - che pure si condivide appieno - è serrata e radicale nella critica della strumentalità delle istanze populiste declinate in forma d'adesione ai principi costituzionali, e parteggia con chi - non univocamente in letteratura - considera impossibile concepire un "costituzionalismo populista"[9]. Ma allora, ancora: quali effettivi insegnamenti di *policy* poter dedurre? In che modo possiamo dire di davvero poter "canalizzare" le rivendicazioni populiste, attraverso le pur pacifiche proposte finali dell'Autore – quando semplicemente quelle proposte possono essere lette come il portato dello sviluppo di istituti storici e dei rapporti tra diritto costituzionale e fenomeni politici recenti (si pensi alle possibili riforme al bicameralismo, o al rilancio dell'istituto referendario)? Ciò può osservarsi pur certo potendo ammettere che il populismo si nutra di tali sviluppi e li esasperi: si pensi alle nuove tecnologie quale potenziale strumento di una democrazia diretta totale, e forse totalizzante.

Da ultimo. Ancora guardando alle pur accurate recensioni di studiosi stranieri[10], si nota come essi apprezzino l'attenzione che Martinico destina alla dimensione politica del populismo, al suo dispiegarsi negli organi politici e rispetto ai concetti del diritto costituzionale come *derecho politico*. Credo sia però un dato incontrovertibile che esista una fenomenologia del populismo italiano che si declina mediante l'applicazione

[7] V. ancora J. SCHOLTES, *Book review*, cit.: «(C)urrent literature on constitutional populism in Europe tends to be inseparable from concerns about 'democratic backsliding' and its most prominent exponents in Central and Eastern Europe – Poland and Hungary. Within these pre-existing case studies, particular attention is paid to the judicial dimensions of populism. By focusing on Italy, and in particular the Movimento 5 Stelle (M5S) – 'Five Star Movement' –as his case study, Martinico provides us with an insight into a populist movement that first and foremost devotes its attention to reforming and reshaping the legislature – a political dimension of populism».

[8] Nel lessico di A. HUQ, T. GINSBURG, *How to Lose a Constitutional Democracy*, in *U.C.L.A. Law Review*, 2018, 78 ss., 94.

[9] Cfr. tra i vari C. PINELLI, *The Populist Challenge to Constitutional Democracy,* in *European Constitutional Law Review*, 2011, 5, e *contra* P. BLOKKER, *Populism as a Constitutional Project*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2019, 537 ss.

[10] *Supra*, n. 7.

giudiziaria (e dunque non solo con riguardo agli organi politici), ed in particolare rispetto al diritto penale, pur letto nella sua accezione costituzionale, e dunque spaziando sull'asse che va dall'ideale di un diritto penale costituzionale e perciò minimo, di influsso liberale[11], sino all'attuale pretesa panpenalistica che invece è di sicuro afflato populista[12]. La scelta di non includere, se non per cenni, l'analisi di tale dimensione deriva dalle opzioni fondamentali dell'Autore rispetto al potenziale ruolo del caso italiano come paradigma comparativo? Forse. Ma proprio un volume di così ampio respiro, e che merita ampia risonanza, poteva offrire al lettore straniero anche tale apporto conoscitivo, che, sin dalle radici in Tangentopoli, può dirsi così rilevante per la storia italiana.

[11] F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in AA.VV., *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984, 3 ss.; AA.VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano, 1984; AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, Milano, 1987; F. PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, in A. PIZZORUSSO, V. VARANO (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Tomo I, Milano, 1985, 531 ss.

[12] F. SGUBBI, *Il diritto penale totale Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019.

LA REPLICA

GIUSEPPE MARTINICO*

Voglio innanzitutto ringraziare il Comitato di Direzione della *Rivista* per l'attenzione prestata al mio libro e Leonardo Pierdominici per la recensione al volume.

Pierdominici solleva in poche pagine molte questioni rilevanti e cercherò di rispondergli provando a chiarire il senso di un libro come questo e il suo possibile contributo a un dibattito dominato, ancora, dalla letteratura politologica e sociologica.

I commenti di Pierdominici possono ricondursi a quattro questioni: come si colloca questo libro nel dibattito internazionale? Qual è il valore aggiunto di una pubblicazione come questa? Perché in un libro come questo non vengono sviluppati aspetti importanti del populismo italiano, quali, ad esempio, quelli relativi al c.d. populismo penale? È davvero possibile "filtrare" le pretese populiste?

Per rispondere a questi interrogativi sarà necessario fare alcune considerazioni di contesto.

La prima ha a che fare con il *populismo come problema di diritto costituzionale*.

Se infatti è normale per un giurista cercare le radici del fenomeno populista (o meglio, dei populismi) nelle trattazioni offerte dai contributi di politologi e sociologi, non si può non notare come in questa letteratura[1], sullo specifico tema del rapporto fra populismi e costituzionalismo, si finisca spesso per concepire quest'ultimo in senso prettamente descrittivo, smarrendo la sua dimensione normativa, cosa, ovviamente, inconcepibile per il giurista continentale europeo.

Questo mi porta al secondo interrogativo sollevato da Pierdominici: quale è il valore aggiunto di un libro come questo? Per rispondere bisogna sottolineare l'importanza che ha la *comparazione* (intesa in senso diacronico e sincronico) nello studio dei populismi.

Il progetto di un volume come questo nasce almeno sei anni fa e, allo stesso tempo, rappresenta il prodotto di un certo contesto culturale. Se, infatti, nel 2016, Luigi Corrias lamentava la mancanza di interesse dei costituzionalisti per il tema del populismo[2], oggi si assiste invece a una vera e propria esplosione del dibattito[3]. L'Italia

* Professore ordinario di Diritto pubblico comparato, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

[1] Per una rassegna complete di questa letteratura si veda: C. ROVIRA KALTWASSER, P. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO, P. OSTIGUY (a cura di) *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford, 2017.

[2] L. CORRIAS, *Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity*, in *European Constitutional Law Review*, 2016, 6 ss., 8.

[3] Ovviamente la situazione è cambiata radicalmente in questi ultimi anni, più in generale ormai i costituzionalisti di tutte le latitudini hanno rimediato a questa mancanza, basti pensare, fra gli altri, ai seguenti lavori apparsi fra il 2021 e il 2022: M. TUSHNET, B. BUGARIČ, *Power to the People: Constitutionalism in the Age of Populism*, Oxford, 2021; M. KRYGIER, A. CZARNOTA, W. SADURSKI (a cura di), *Anti-Constitutional Populism*, Cambridge, 2022; A. SAJÓ, *Ruling by Cheating*, *Governance in Illiberal Democracy*, Cambridge, 2021. In italiano si vedano, per esempio, A. LUCARELLI, *Populismi e*

non fa eccezione a questa tendenza, basti pensare al contenuto di molte delle relazioni tenute al convegno annuale dell'*Associazione italiana dei costituzionalisti* tenutosi a Modena nel 2017 e dedicato alla «Democrazia, oggi»[4] per avere una conferma di ciò. Tuttavia, la produzione internazionale – anche per l'uso dell'inglese come lingua veicolare – ha spesso trascurato il caso italiano[5] o ha limitato la questione del populismo in Italia all'operato del MoVimento 5 Stelle, non cogliendo le radici profonde del fenomeno[6].

Tuttavia, questo libro non vuole essere un'introduzione all'universo populista italiano per stranieri proprio perché ha la pretesa di analizzare l'esperienza italiana in chiave comparata, trattandola come manifestazione del costituzionalismo post-totalitario, forgiato dalla «memoria del male»[7]. Portando, in altre parole, al centro del dibattito internazionale il caso italiano si può meglio riflettere sulle inevitabili tensioni esistenti fra costituzionalismo e populismi, tensioni spesso sottovalutate dalla recente produzione giuridica[8] che, non a caso, ha spesso puntato su una nozione «thin» di costituzionalismo[9], lasciando ai margini le sue manifestazioni «thick».

Sempre con riferimento al "posto" di questo libro nel dibattito internazionale, conviene articolare ulteriormente la risposta provando a sistematizzare la letteratura.

Si possono identificare almeno tre filoni di pensiero sul rapporto fra populismo e costituzionalismo in dottrina.

Il primo filone è quello che legge il rapporto in termini oppositivi e che li intende come concetti antitetici (*costituzionalismo versus populismo*). Secondo questa ricostruzione il populismo è escludente, manicheo, anti-pluralista, mentre il costituzionalismo è inclusivo, pluralista e favorisce l'integrazione. Il populismo si appella a *mitiche comunità popolari* ricercando sempre il nemico, e ciò spiega anche i toni eclatanti dei populisti, che hanno bisogno di muri immaginari funzionali alla costruzione di un'identità escludente nei confronti degli avversari politici. La tensione fra populismo e costituzionalismo è particolarmente evidente con riferimento al contesto post-totalitario e per avere conferma di questo basta guardare all'esempio delle costituzioni «nate dalla Resistenza»[10]. Queste costituzioni sono ricche di valori che sono stati codificati come reazione al male dei totalitarismi. Il fatto che le costituzioni esprimano dei valori – che non siano neutrali, insomma – non deve trarci in inganno. Come è stato sostenuto, infatti: «Le Costituzioni sono 'di tutti' (etica pubblica

rappresentanza democratica, 2020, Napoli, 2020; C.A. CIARALLI, *Populismo, movimenti anti-sistema e crisi della democrazia rappresentativa*, Napoli, 2022.

[4] I testi delle relazioni sono rinvenibili al seguente link: https://www.rivistaaic.it/it/eventi-aic/convegni/xxxii-convegno-annuale-aic-2017

[5] Per una conferma di ciò basti guardare ai capitoli inclusi nel volume di M. GRABER, S. LEVINSON, M. TUSHNET (a cura di), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford, 2018.

[6] M. TUSHNET, B. BUGARIČ, *Power to the People*, cit.

[7] T. TODOROV, *Memoria del male, tentazione del bene*, Milano, 2015.

[8] M. TUSHNET, B. BUGARIČ, *Power to the People*, cit.

[9] M. TUSHNET, B. BUGARIČ, *Power to the People*, cit., 11.

[10] C. MORTATI, *Lezioni sulle forme di governo*, Padova, 1973, 222.

generale), ma non sono 'vuote' (politicamente neutre)»[11]. Con queste potenti parole si esprime il potenziale inclusivo delle costituzioni che, una volta in essere, non rappresentano più il manifesto dei valori della fazione che ha vinto il conflitto, ma finiscono per includere anche gli ex nemici, a patto che questi ultimi accettino le procedure fissate, le regole del gioco politico. Il linguaggio del costituzionalismo non si alimenta di dinamiche amico-nemico, a differenza del populismo. I sostenitori della tesi *costituzionalismo versus populismo* ricordano anche l'incompatibilità fra l'approccio radicalmente maggioritario del populismo e la natura contro-maggioritaria del costituzionalismo[12].

Un secondo filone di pensiero (*populismo e costituzionalismo*) evidenzia le tensioni esistenti fra i due concetti, ma va oltre una lettura meramente oppositiva del rapporto fra costituzionalismo e populismo, suggerendo che, in realtà, il populismo si è tradizionalmente alimentato delle categorie del diritto e della teoria costituzionale (sovranità, popolo, potere costituente). In questo, è stato anche sostenuto che il populismo «contains a (largely implicit) constitutional theory»[13].

Il terzo filone va ancora oltre e nega l'opposizione fra costituzionalismo e populismo, anzi, si arriva apertamente a parlare di un «costituzionalismo populista»[14]. Secondo questo terzo approccio (*populismo come costituzionalismo*), il costituzionalismo populista sarebbe il «progetto costituzionale» della democrazia illiberale[15]. In quest'ottica, studiare il populismo non significa studiare la causa della crisi della democrazia, ma uno dei sintomi di una crisi che ha radici più profonde.

La posizione sostenuta nel libro è vicina a quella del secondo filone individuato, salvo per quanto riguarda un'importante differenza: ad avviso di chi scrive, infatti, non si dovrebbe parlare di una teoria populista della costituzione, quanto di una vera e propria contro-narrazione costituzionale avanzata dai populisti nella loro manipolazione strumentale delle categorie del costituzionalismo.

A mio avviso, anche se populismo e costituzionalismo condividono talvolta lo strumentario concettuale utilizzato, è probabilmente impossibile parlare di un populismo costituzionale o di un costituzionalismo populista, a meno che non si vogliano ridurre le costituzioni a meri strumenti di governo, perdendo così la natura normativa (di dover essere) del costituzionalismo[16].

---

[11] A. SPADARO, *Costituzionalismo versus populismo: sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di) *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Vol. V, Napoli, 2009, 2007 ss.

[12] C. PINELLI, *The Populist Challenge to Constitutional Democracy,* in *European Constitutional Law Review*, 2011, 5, 15 ss. A. VOßKUHLE, *Demokratie und Populismus*, in *Der Staat*, 2018, 119 ss. Sulla "difficoltà contromaggioritaria" si veda, ovviamente, C. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, 1986.

[13] L. CORRIAS, *Populism*, cit., 8.

[14] P. BLOKKER, *Populism as a Constitutional Project*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2019, 537 ss., 540-541.

[15] P. BLOKKER, *Populism*, cit.

[16] J. W. MÜLLER, *Populism and Constitutionalism*, in. C. ROVIRA KALTWASSER, P. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO, P. OSTIGUY (a cura di) *The Oxford Handbook*, cit., 590 ss., 591-592.

Con riferimento al terzo punto sollevato da Pierdominici, quello relativo al populismo penale[17], conviene sottolineare che del populismo penale, in realtà, parlo (*rectius*, scrivo) nel secondo capitolo, quando descrivo Tangentopoli come punto di svolta da cui si è originata una sorta di biforcazione populista in Italia, quella del populismo berlusconiano e quella del populismo giustizialista, che fa dell'uso del diritto penale uno strumento di lotta politica[18]. In questo, molti degli aspetti giustizialisti del MoVimento 5 Stelle sono stati anticipati da Di Pietro e dall'*Italia dei Valori*. Allo stesso tempo, dopo Tangentopoli si è alimentato anche un altro filone populista, quello berlusconiano che ha sempre fatto della lotta al giustizialismo una sua caratteristica essenziale.

Questo conferma la coesistenza di molteplici populismi[19] nel caso italiano.

Fatta questa premessa, la decisione di non fare della trattazione del populismo penale la mia principale prospettiva di analisi è dovuta a una scelta fatta all'inizio del percorso di ricerca. Come ho ricordato nel primo capitolo del libro, infatti, ho voluto concentrarmi sull'impatto del populismo sulle istituzioni della democrazia rappresentativa, analizzato le ripercussioni dei tre ingredienti del fenomeno populista («identity politics», «politics of immediacy» ed «extreme majoritarianism») sul ruolo degli attori politici, in particolare su quello dei parlamenti, oggetto di attacchi continui nella mobilitazione permanente ricercata dai *leader* di questi movimenti. Del resto, la volontà di controllare il potere giudiziario è un dato che troviamo soprattutto nei populismi autoritari o a tendenza autoritaria come quello ungherese o polacco, scenari (per fortuna) diversi da quello italiano.

La stessa prospettiva scelta per il lavoro – quella del comparatista interessato al diritto costituzionale – del resto, avrebbe reso difficile un'analisi approfondita delle dinamiche di populismo penale. Il diritto penale italiano ha radici innestate su un terreno pre-repubblicano, come dimostrano gli sforzi della dottrina, per tutti Bricola, nel tentativo di (ri)fondare costituzionalmente il diritto penale e quindi di limitarlo[20]. Si tratta di un dibattito affascinante e radicato nella nostra cultura giuridica che avrebbe meritato una trattazione autonoma o che comunque sarebbe risultato difficilmente sintetizzabile in un'opera come questa.

Infine, l'ultimo punto riguarda la presunta contraddizione fra la prima e la seconda parte del volume sulla base dell'uso di espressioni non coincidenti secondo Pierdominici come «filtrare» e «incanalare». In questo Pierdominici forse sottovaluta una distinzione non secondaria che faccio nel libro – talmente centrale, invero, da essere richiamata nel titolo, che parla di «populist claims» – quella fra populismi e pretese populiste. Come provo a spiegare nel volume, una delle conseguenze dell'ultima ondata

[17] J. PRATT, *Penal Populism*, Abingdon, 2007.

[18] L. CORSO, *When Anti-Politics Becomes Political: What can the Italian Five Star Movement Tell us about the Relationship Between Populism and Legalism*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, 462 ss.

[19] P. BLOKKER, M. ANSELMI, *Multiple Populisms: Italy as Democracy's Mirror*, Abingdon, 2020.

[20] F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, Torino, 1973, 14 ss. Sull'eredità scientifica di Bricola si veda: M. DONINI, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi Sovranazionali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, 51 ss.

populista consiste nell'aver contaminato il registro politico *tout court*: oggi anche forze non strutturalmente populiste finiscono per cadere in argomenti funzionalmente populisti per rincorrere l'elettorato. I casi di Macron e Renzi mi sembrano emblematici: due *leader* che hanno fatto della lotta ai populismi un marchio di identità e che hanno, però, spesso anche condiviso con i populismi strutturali alcune scelte strategiche e di mobilitazione. Ciò non deve stupire più di tanto, dato che per alcuni politologi il populismo è anche uno stile[21]. Chiarito questo, può anche darsi il caso di pretese avanzate da forze strutturalmente populiste che possano essere emancipate dai loro sostenitori e trasformate in valore aggiunto per le democrazie costituzionali. D'altronde, i populismi sono «l'ombra della democrazia» come diceva Canovan[22], nel senso che si esprimono solo in un contesto che consente loro di emergere e avere voce, ma sarebbe davvero miope pensare di condurre una battaglia puramente difensiva scartando *a priori* tutte le proposte provenienti da questi movimenti. Alcune di esse possono e devono essere filtrate, nel senso di essere incanalate nei binari delle procedure costituzionali per migliorare una democrazia sicuramente in crisi. I populismi, infatti, spesso non sono la causa della regressione democratica di cui parla Pierdominici, ma la manifestazione di una crisi più profonda della democrazia. Andare oltre un approccio puramente difensivo vuol dire accettare che ci possano essere delle idee avanzate anche da formazioni populiste che possono essere utili per migliorare le istituzioni democratiche, a patto – ecco perché l'esperienza del costituzionalismo post-totalitario è così importante – che venga rispettato il nucleo duro delle carte fondamentali. Riuscire a riversare nei binari procedurali costituzionalmente delineati (incanalare) proposte non lesive del nucleo duro del costituzionalismo post-totalitario (filtrare) è la vera sfida del diritto costituzionale contemporaneo.

[21] B. MOFFITT, *The Global Rise of Populism: Performance, Political Style, and Representation*, Redwood City, 2016, 28 ss.

[22] M. CANOVAN, *Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy*, in *Political Studies*, 1999, 2 ss.

GdP GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

IL FORUM

RIAPRIRE IL DISCORSO SUL REGIONALISMO ITALIANO TRA ISTANZE COOPERATIVE E PROSPETTIVE DI DIFFERENZIAZIONE*

Introduzione al *Forum*

MARILISA D'AMICO

Il *Forum* che si presenta invita autori ed autrici ad interrogarsi sulle dinamiche attuali che caratterizzano il regionalismo italiano.

Tale riflessione si pone nel percorso, già avviato dall'Associazione, che ha dedicato alcune importanti iniziative alle diverse sfaccettature del rapporto tra lo Stato e le Regioni.

Ricordo, in particolare, il convegno annuale "Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni", tenutosi virtualmente all'Università di Trento nel settembre 2020, il quale si è concentrato, grazie agli attenti interventi di relatori e relatrici, su aspetti cruciali quali, fra gli altri, i livelli essenziali delle prestazioni, il procedimento di attuazione dell'art. 116, comma 1 Cost., le Regioni nel processo costituzionale. Gli atti sono oggi pubblicati in un bel volume a cura di Matteo Cosulich.

Quel convegno era stato preceduto, nel mese di giugno, dal primo seminario di diritto comparato, iniziativa che si è aggiunta, su intuizione del Direttivo che presiedo, al calendario degli eventi dell'Associazione e dedicata alla memoria del Prof. Paolo Carrozza.

Il seminario, avendo l'obiettivo di indagare in ottica di diritto comparato i temi oggetto del convegno annuale, è stato intitolato "Autonomie territoriali e forme di differenziazione: ordinamenti a confronto".

A seguito della sessione mattutina, che ha ospitato ampie relazioni sull'esperienza francese, su quella tedesca, su quella spagnola e su quella del Regno Unito, la sessione

* Contributi sottoposti a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.

pomeridiana ha accolto, in tre distinti Atelier, gli interventi di giovani studiosi e di giovane studiose, selezionati mediante un *call for papers* e provenienti dalle Università di tutta Europa.

Il seminario è stato così l'occasione per riflettere sul tema del regionalismo mediante un confronto con altri ordinamenti e con lo sguardo di studiosi provenienti proprio da quelle esperienze. Gli atti del seminario sono confluiti in un approfondito fascicolo monografico (Quaderno n. 2/2020) di questa *Rivista,* a cura dei membri del Comitato giovani costituzionalisti dell'Associazione.

Anche il convegno annuale, svolto in presenza presso l'Università di Firenze, il 17 e il 18 giugno 2022, dedicato al sistema delle fonti nella crisi economica e pandemica, ha inevitabilmente affrontato il profilo del difficile rapporto tra lo Stato e le Regioni, specialmente durante l'emergenza sanitaria.

L'impatto della pandemia sulla tenuta del regionalismo costituisce il filo rosso che unisce le tematiche oggetto delle iniziative anzidette. Come ho già avuto modo di osservare (*Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Questa Rivista*, 2/2020) nel forte contesto di incertezza che ha caratterizzato il periodo emergenziale «anche il rapporto tra lo Stato centrale e le autonomie regionali ha mostrato profonde debolezze, in una materia peraltro, quella della tutela della salute, rispetto alla quale proprio le Regioni del nord, più colpite dalla pandemia, avevano negli ultimi tempi richiesto l'attivazione dello strumento previsto dall'art. 116, terzo comma, Cost. per avere maggiori spazi di manovra».

Ecco che, allora, anche alla luce delle criticità evidenziate durante il periodo pandemico, il *Forum* proposto risulta di particolare attualità e utilità.

Giuseppe Arconzo, Renato Balduzzi, Matteo Cosulich, Mario Gorlani, Anna Maria Poggi, Sandro Staiano, Lorenza Violini - che ringrazio per aver accettato l'invito del comitato di direzione della *Rivista* - hanno risposto a cinque domande su aspetti che attengono all'attuazione dell'art. 116, comma 3 Cost., al sistema delle conferenze, ai livelli essenziali delle prestazioni, all'impatto della pandemia e del PNRR sul ruolo delle Regioni.

INDICE

I Domanda (p. 137 ss.) - Anche alla luce dei passati tentativi di attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost., per riaprire il confronto sul regionalismo è auspicabile interrogarsi anzitutto sulla necessità di riformare i luoghi del confronto tra centro e periferia?

II Domanda (p. 148 ss.) - Quale futuro per il sistema delle conferenze? La partecipazione di rappresentanti delle Regioni e degli enti locali alla Commissione parlamentare per le questioni regionali può rappresentare una soluzione cooperativa soddisfacente?

III Domanda (p. 160 ss.) - Che indicazioni possono trarsi dalla vicenda della pandemia rispetto ad una idea competitiva di regionalismo?

IV Domanda (p. 171 ss.) - Come occorre impostare il rapporto tra prospettive di differenziazione ed esigenze di garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali? Che tipo di

interventi di livello costituzionale e primario si possono immaginare per assicurare l'effettività della solidarietà territoriale?

V Domanda (p. 183 ss.) - Quali implicazioni sono sottese all'attuazione PNRR rispetto al ruolo delle regioni, in particolare guardando alle esigenze di coesione territoriale?

I partecipanti al Forum (p. 190)

I Domanda

Anche alla luce dei passati tentativi di attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost., per riaprire il confronto sul regionalismo è auspicabile interrogarsi anzitutto sulla necessità di riformare i luoghi del confronto tra centro e periferia?

GIUSEPPE ARCONZO

Che il regionalismo italiano sconti l'assenza di un effettivo ed efficace luogo di confronto e coordinamento tra il centro e la periferia è circostanza sin troppo nota, sulla quale non è necessario indugiare in questa sede.

Dunque, non può che rispondersi positivamente ad una domanda che interroga sulla opportunità di riformare tali luoghi di confronto, anche con specifico riferimento alla possibilità di dare attuazione all'art. 116, comma 3, Cost., con lo scopo di introdurre importanti elementi di differenziazione nel quadro del regionalismo italiano, pacificamente riconosciuto come caratterizzato da eccessiva uniformità.

Anzi, a ben vedere, non sembra di essere troppo lontani dal vero se si sostiene che anche l'assenza di luoghi di reale confronto politico tra centro e periferie – e, in particolare, l'inesistenza di sedi istituzionali di confronto tra lo Stato e le singole Regioni, in cui prendere sul serio le peculiari istanze di tutte e, soprattutto, di *ciascuna* comunità regionale – abbia fin qui determinato una spinta, non certo di scarso rilievo, all'emersione delle domande di differenziazione (mettendo ovviamente qui da parte e respingendosi l'idea che tali istanze prefigurino esclusivamente la volontà delle Regioni di vedersi attribuite maggiori risorse economiche).

Se infatti si considera la valenza sostanzialmente politica connaturata alla scelta dello Stato – ovviamente il discorso vale anche per le Regioni, ma non è ciò che in questa sede rileva – di instaurare un giudizio di costituzionalità in via principale, credo si possa affermare senza timore di smentita che tale scelta sconti, nell'attuale sistema, proprio l'assenza di una fase di confronto preventivo tra gli attori coinvolti.

Confronto solo parzialmente sostituito dalle interlocuzioni che pure, in qualche caso, si svolgono a seguito dell'instaurazione del giudizio di legittimità costituzionale da parte dello Stato. Interlocuzioni che però hanno per lo più l'obiettivo di un passo indietro da parte delle Regioni, al solo fine di evitare il pronunciamento della Corte costituzionale.

Altrimenti detto: una sede di confronto politico potrebbe e dovrebbe consentire allo Stato anche di comprendere e valutare le ragioni che muovono le istanze fatte proprie dai legislatori regionali, soprattutto in quei casi in cui la scelta di questi ultimi si muove in ambiti di incerta definizione, che si limitano soltanto a sfiorare, se così si può dire, la competenza legislativa statale. Proprio tali valutazioni potrebbero dunque portare lo Stato a decidere di non impugnare leggi regionali che di tali istanze siano portatrici. Con conseguente soddisfazione, da parte delle Regioni, di quelle istanze che oggi invece finiscono per trovare spazio nelle richieste di differenziazione.

D'altra parte, le difficoltà che il percorso delineato dall'art. 116, comma 3, Cost., ha incontrato sin dal momento in cui le prime Regioni hanno avanzato richieste di differenziazione non devono sorprendere se solo si considera che, come accennato, il nostro Stato regionale è sempre stato caratterizzato da una tendenziale uniformità.

Caratteristiche, queste, certamente affermate nel modello elaborato in Assemblea Costituente ma, che, a ben vedere, non sono state di fatto modificate neppure in virtù della riforma del 2001, anche a causa di una giurisprudenza costituzionale ispirata da una volontà tendenzialmente centralizzatrice, anche a discapito della *ratio* di fondo che ispirava la stessa riforma del 2001.

Il pur aumentato rilievo che dalla stessa giurisprudenza costituzionale è stato assegnato al sistema delle conferenze (e al principio della leale collaborazione) non ha fin qui determinato – come ha dimostrato in modo emblematico l'esperienza pandemica – una minore conflittualità dei rapporti tra Stato e Regioni.

Il che è d'altra parte consequenziale al fatto che, per come è oggi disegnato nel nostro ordinamento, il sistema delle conferenze, pur avendo accresciuto esponenzialmente la sua importanza istituzionale, non è ancora in grado – va però detto che sul punto in dottrina si danno anche letture diverse – di determinare vere e proprie forme di co-decisione politicamente rilevanti, consentendo al più forme di coordinamento di carattere prevalentemente amministrativo.

Non solo. Come spesso si è segnalato in dottrina, proprio l'attuale configurazione del sistema delle conferenze appiattisce qualsiasi esigenza di differenziazione regionale, obbligando le stesse Regioni (*recte:* i Presidenti delle Giunte regionali) a cercare di raggiungere una posizione comune che faccia da contraltare alle posizioni statali.

In definitiva: ripensare il sistema di coordinamento tra Stato e Regioni istituendo una sede di confronto anche sui bisogni di ciascuna Regione potrebbe costituire una ipotesi almeno parzialmente alternativa al tentativo di attuare il percorso di differenziazione previsto dall'art. 116, comma 3, Cost. Tale tentativo, infatti, non sembra poter arrivare facilmente in porto. Il fallimento dei percorsi fin qui avviati, d'altra parte, non deve sorprendere troppo, considerate le divergenti posizioni sul punto che i principali partiti politici hanno sempre dimostrato in materia.

RENATO BALDUZZI

Non sono sicuro che il nodo stia nei luoghi (fatto salvo quanto dirò a proposito della Commissione parlamentare per le questioni regionali), quanto piuttosto nell'approccio culturale e di metodo istituzionale con cui un tale confronto si è sinora realizzato, da un lato, e nella concezione del cosiddetto regionalismo differenziato, dall'altro.

Sotto il primo profilo, sembra indispensabile superare letture a senso unico della revisione costituzionale del 2001, ora nel senso dell'enfasi sui profili di regionalismo competitivo, ora su quelli di regionalismo cooperativo, individuando in ciascuno dei due momenti il limite che l'altro non può eccedere. In altre parole, sembra del tutto

irrealistico continuare a pensare che il consolidamento del tipo di Stato regionale possa avvenire senza una forte regia centrale e una sufficientemente chiara e condivisa concezione del regionalismo da parte del momento nazionale (ceti politici e burocrazie), capaci di valorizzare l'apporto coesivo che esso può dare nella direzione di una maggiore prossimità tra i luoghi del governo e i luoghi dell'interazione sociale; ma, per converso, anche l'autocoscienza dei ceti politici e delle burocrazie regionali dovrà incentrarsi sul profilo dell'apporto dei territori all'elaborazione delle politiche nazionali piuttosto che sulla enfatizzazione della corsa solitaria e sulla presunzione di una superiorità organizzativa e di visione rispetto agli omologhi "romani".

Sotto il secondo profilo, l'esperienza dei tentativi di attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost. mostra, a partire dal 2018, quella che potremmo chiamare una concezione indifferenziata del regionalismo differenziato, per quanto attiene sia al novero degli oggetti materiali da fare rientrare nella relativa procedura (praticamente tutti quelli previsti dalla norma costituzionale), sia ai requisiti per richiedere ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia (considerati dai richiedenti – senza apprezzabili riserve da parte del governo centrale – estensibili a tutte le regioni ad autonomia ordinaria, non rilevando la circostanza che la lettera costituzionale si riferisce "ad altre" e non "alle altre" regioni), sia alla mancata considerazione delle peculiarità delle materie differenziabili, quando il loro oggetto sia ricompreso in strutture organizzative di ambito ultraregionale.

Da quanto detto consegue l'indispensabilità di una rifondazione culturale e operativa del regionalismo, tale non soltanto da porre finalmente in asse l'esperienza concreta politico-amministrativa delle regioni con una dottrina generale capace di collocarla all'interno di un ordinamento ormai necessariamente multilivello, ma da declinarne i concreti esiti all'interno della coppia sussidiarietà/solidarietà: ciò che per molto tempo è rimasto un solitario esercizio in capo agli studiosi, o meglio a una parte di essi, deve (tornare ad) occupare l'elaborazione politico-culturale ed essere posto al centro delle competizioni elettorali.

MATTEO COSULICH

L'avviarsi di alcune Regioni ordinarie sul cammino del regionalismo differenziato, tracciato dall'art. 116, co. 3 Cost., è notoriamente sfociato negli accordi preliminari del 2018, conclusi dallo Stato rispettivamente con l'Emilia-Romagna, la Lombardia e il Veneto e, successivamente, nelle tre bozze di intesa del 2019, fra ciascuna di tali Regioni e lo Stato. Sebbene nel prosieguo della travagliata XVIII legislatura repubblicana ai menzionati atti prodromici non abbia fatto seguito l'avvio del procedimento di differenziazione regionale quale disciplinato dal co. 3 dell'art. 116 Cost., qualche indicazione utile ai fini del presente dibattito può comunque trarsi dalla vicenda ora brevemente riassunta. Un forte investimento, anche politico e mediatico, sulla possibile differenziazione è stato infatti posto in essere dalla tre Regioni dell'Italia settentrionale, soprattutto dalla Lombardia e dal Veneto, dove nel 2017 si sono svolti

due distinti – ma simultanei – *referendum* consultivi volti a conoscere la volontà degli elettori relativamente all'obiettivo del regionalismo differenziato, contribuendo così a renderli maggiormente consapevoli rispetto a tale obiettivo.

Con specifico riferimento al tema del confronto tra centro e periferia qui proposto, porre l'accento sulla differenziazione regionale *ex* art. 116, co. 3 Cost. equivale a privilegiare la relazione tra la singola Regione che chiede «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» e lo Stato che gliele attribuisce con legge rinforzata; relazione che si manifesta non soltanto nel procedimento previsto dall'art. 116, co. 3, nella forma dell'«intesa fra lo Stato e la Regione interessata», ma anche successivamente. Al riguardo, è sufficiente scorrere i tre analoghi accordi preliminari per osservare come ciascuno di essi affidi a una Commissione paritetica Stato-Regione la determinazione delle «modalità per l'attribuzione delle risorse finanziarie, umane e strumentali necessarie all'esercizio di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» (art. 4). La Commissione paritetica compare poi nelle stesse bozze di intesa, laddove si prevede che essa determini altresì «le forme di raccordo con le amministrazioni centrali, necessarie all'esercizio delle funzioni» trasferite dallo Stato alla Regione nell'ambito del procedimento di differenziazione (art. 3). La descritta relazione fra la Regione *uti singula* e lo Stato affiancherebbe – e forse tenderebbe a sostituire – quella fra quest'ultimo e il sistema regionale complessivamente inteso, ipostatizzata nella Conferenza Stato-Regioni. In tale prospettiva, le Regioni ordinarie differenziate si avvicinerebbero a quelle Regioni speciali che hanno fortemente sviluppato le relazioni bilaterali con lo Stato nell'ambito delle rispettive Commissioni paritetiche previste dai loro Statuti speciali e chiamate a partecipare all'implementazione degli stessi attraverso le norme di attuazione, sostanzialmente concordate in tale sede e non di rado in grado di individuare ulteriori spazi di autonomia rispetto alla lettera dello Statuto. D'altra parte, che l'avvicinarsi alla specialità regionale possa costituire un obiettivo perseguito da alcune Regioni ordinarie attraverso la differenziazione *ex* art. 116, co. 3 Cost. sembrerebbe trovare conferma nella circostanza che uno dei quesiti che la Regione Veneto avrebbe voluto sottoporre al proprio corpo elettorale nella consultazione regionale cui si accennava poc'anzi recita(va): «Vuoi che la Regione del Veneto diventi una Regione a Statuto speciale?» (art. 2, co. 1, n. 5 legge regionale n. 15 del 2014, dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla sent. n. 118 del 2015).

Si accennava come la bilateralità delle relazioni con lo Stato sembri costituire un tratto caratterizzante delle specialità regionali, soprattutto – forse non a caso – di quelle maggiormente periferiche, anche in quanto caratterizzate da una composizione linguisticamente plurale della propria popolazione e da una qualche connessa forma, più o meno accentuata, di ancoraggio internazionale dell'autonomia. La richiesta di estensione di tale logica bilaterale al regionalismo ordinario, ancorché differenziato, presente in filigrana, come si è visto, negli atti prodromici all'avvio del procedimento *ex* art. 116, co. 3 Cost., pare invece equivalere: in negativo, a un approccio critico rispetto all'opposta logica delle relazioni fra il sistema reginale (e più in generale autonomistico) complessivamente inteso e lo Stato, che trova compiuta espressione nella Conferenza Stato-Regioni (e, più ampiamente, nel sistema delle Conferenze); in positivo, a un invito

a riflettere sull'adeguatezza della disciplina della Conferenza (e delle Conferenze) rispetto alle sfide dell'attuale fase politico-istituzionale. Invito che si intende raccogliere in questa sede.

MARIO GORLANI

Nei vent'anni trascorsi dalla riforma del Titolo V il regionalismo italiano ha conosciuto un andamento altalenante: alla spinta e agli entusiasmi iniziali, volti, da un lato, ad attuare il nuovo assetto delineato dalla riforma e, dall'altro lato, ad incrementare ulteriormente gli spazi di autonomia regionale, ha fatto seguito una fase di assestamento e razionalizzazione, per effetto di una politica restrittiva degli organi statali e di una giurisprudenza costituzionale incline ad una lettura ricentralizzante di molte delle nuove competenze regionali; alle ipotesi di espansione autonomistica incentrate sulla c.d. "devolution" (riforma costituzionale del 2006, bocciata al referendum confermativo) e sull'attuazione del federalismo fiscale (legge 42 del 2009) è subentrata la crisi (di natura economico-finanziaria, ma con ripercussioni anche sull'autonomia degli enti territoriali) degli anni successivi al 2010.

Lo schema è sembrato ripetersi dopo il fallimento della riforma costituzionale del 2016, quando il tema di un nuovo rilancio delle autonomie territoriali è tornato di attualità. In tale occasione, il percorso prescelto è stato quello della possibile attuazione del regionalismo differenziato dell'art. 116, co. 3, Cost., su cui sono stati fatti significativi passi avanti (i referendum consultivi regionali; gli accordi preliminari con Veneto, Lombardia, Emilia-Romagna; il recepimento del tema nel programma del primo governo Conte), prima che la pandemia aprisse scenari emergenziali nuovi, che hanno allontanato le prospettive di differenziazione e indotto un ripensamento generale in ordine all'assetto più razionale ed efficiente del modello costituzionale.

Se, dunque, si dovesse formulare un pronostico sugli esiti di una nuova feconda stagione del regionalismo italiano basandosi sulle esperienze recenti, la valutazione non potrebbe che essere pessimistica; anche perché resta l'impressione di un uso congiunturale e politico del tema, anziché sistematico, che impedisce di impostare il confronto in una prospettiva di lungo periodo.

Nondimeno, oggi che la fase più acuta dell'emergenza sanitaria sembra alle spalle – anche se altre, minacciose, emergenze incombono: militare; climatica; energetica – e che sta prendendo avvio una nuova legislatura, il tema di un rilancio del regionalismo può diventare una delle direttrici di riforma degli anni a venire, sempre che venga impostato in modo corretto. Con gli strumenti e le risorse del PNRR da mettere tempestivamente a regime, il ruolo delle Regioni (e degli enti territoriali) può assumere una valenza fondamentale, a patto che venga coordinato e si svolga in termini cooperativi rispetto all'intervento statale.

In quest'ottica, la strada del regionalismo differenziato non sembra però il percorso più idoneo alla costruzione di un modello convincente, perché già oggi le competenze legislative e amministrative regionali consentono agli enti decentrati ampie

possibilità di agire efficacemente a promozione dei propri territori. La priorità non è tanto un incremento delle competenze regionali, quanto una migliore definizione degli apporti dei diversi livelli territoriali e una complessiva semplificazione delle procedure. Peraltro, il percorso dell'attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost. non convince non solo per il rischio di approfondire le fratture sociali ed economiche che separano Regioni del nord e Regioni del sud, ma anche per l'estrema laboriosità dei meccanismi richiesti per tradurlo in concreto e per la confusione normativa che rischia di ingenerare.

Indipendentemente dalle prospettive concrete del regionalismo differenziato, è comunque indispensabile prendere atto che la mera ripartizione delle competenze legislative e amministrative – peraltro, per quanto detto, ancora oggi tutt'altro che lineare e chiara – non ha sin qui consentito un'attuazione efficace delle politiche multilivello; diventa perciò inevitabile, per riprendere in modo costruttivo il discorso sulle autonomie, partire proprio dalla definizione di luoghi "politici" – e non solo giurisdizionali – di confronto tra centro e periferia, la cui assenza costituisce, nell'opinione dei più, la principale ragione di un insoddisfacente funzionamento dello Stato autonomistico italiano.

Tanto più che questa opportunità/necessità va di pari passo con il tema del superamento del bicameralismo paritario. Oggi che il numero dei componenti delle due Camere è stato ridotto, e che è stata parificata la soglia dell'elettorato attivo, appare ancor più necessario rivedere l'equilibrio tra i due rami del Parlamento, e valorizzare la seconda Camera come contrappeso istituzionale della Camera politica nazionale e come luogo di incontro e di dialogo tra i livelli territoriali, scongiurando oltretutto il rischio di maggioranze difformi che, in un quadro politico così fluido, è tutt'altro che improbabile.

In ogni caso, a maggior ragione se si dovesse imboccare la strada dell'attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost., le sedi di raccordo istituzionale tra Stato e Regioni assumerebbero una valenza imprescindibile, per evitare tendenze dissolutorie o fughe in avanti di alcune Regioni a scapito di altre.

ANNA MARIA POGGI

Il principale problema di attuazione del 116, comma 3 è che non chiara la finalità della norma e la sua utilità sia per le Regioni richiedenti, sia per il sistema regionale nel suo complesso.

I moltissimi interrogativi che tutt'ora gravano sull'attuazione della norma, mentre sono stati esplorati approfonditamente dalla dottrina, sono rimasti tali nel dibattito politico ed, anzi, a seconda delle maggioranze governative hanno avuto risposte quasi diametralmente opposte: si è oscillato dal non si può fare quasi niente (governi di centro-sinistra) al si può fare tutto (governi di centro-destra e, stranamente, il governo giallo-verde Conte I).

Conseguentemente, a tutt'oggi, manca una legge "quadro" che metta nei giusti binari procedura e contenuti delle richieste.

Sulla procedura pendono tante questioni: la disciplina del ruolo degli enti locali e le modalità di tale coinvolgimento (referendum? Parere del CAL? ...); la delimitazione della discrezionalità del Governo rispetto alla fase successiva alla richiesta da parte della Regione interessata; il possibile coinvolgimento della Conferenza delle Regioni rispetto alle richieste pervenute al Governo; la funzione del Parlamento in tale processo ed ancora le forme e le modalità di interlocuzione successiva da parte della Regione richiedente…

Nel merito, poi, dovrebbe essere una volta per tutte risolta la questione delle questioni e, cioè, l'estensione dell'ambito materiale delle richieste, come pure dovrebbero essere sciolti altri dilemmi: si tratta di una procedura condizionata dall'esistenza di determinati presupposti (es. sostenibilità finanziaria, no aumento di spesa complessiva)? la Regione richiedente deve sottoporsi alla "prova" dell'utilità delle richieste per la valorizzazione del proprio territorio o per la migliore realizzazione di vocazioni specifiche?

Che non si tratti di questioni meramente teoriche (soprattutto quelle delle materie) è dimostrato dal fatto che la soluzione di esse si riverbera immediatamente sulla tema delle risorse finanziarie da trasferire che è complicatissimo, soprattutto in relazione ad alcuni settori. Paradossalmente sarebbe più semplice trasferire tutte le materie concorrenti piuttosto che alcune di esse: nel primo caso, infatti, lo Stato potrebbe rinunciare a tutti i prelievi tributari in favore della Regione, trasferire il personale, beni (etc. …), mentre nel secondo dovrebbe scorporare risorse dal bilancio complessivo. Trasferire tutte le materie, tuttavia, è con tutta probabilità incostituzionale in quanto vanifica la distinzione tra regioni speciali e differenziate [sul punto sia consentito rinviare a A. POGGI, *L'attuazione dell'art. 116, comma 3 Cost. e le prospettive dell'autonomia speciale*, in G. ARMAO, F. ASTONE, M. IMMORDINO, G. MOSCHELLA, V. PRUDENTE (a cura di), *Specialità e differenziazione. Le nuove frontiere del regionalismo italiano*, Napoli, 2022, 69 ss.].

Per attuare il 116 comma 3, insomma, ci sarebbe bisogno di una intesa politica forte sui punti controversi, prima di tutto in sede parlamentare.

L'esperienza di questi anni ha infatti evidenziato come i rapporti centro-periferia su questo terreno risultano recessivi e più deboli della dinamica ideologica maggioranza-opposizione, al di là delle buone o cattive intenzioni dei singoli protagonisti. Non solo, ma la stessa "periferia" (le Regioni) risente inevitabilmente del "vento" che giunge dalle sedi governative rispetto alle proprie richieste.

In conclusione, per mettere sul tavolo qualche elemento positivo, va rammentato come si stia rafforzando in maniera trasversale l'idea della necessità di una legge quadro per poter incanalare su binari solidi e più coerenti con il sistema complessivo del Titolo V le richieste in differenziazione delle Regioni. In questa prospettiva noto una certa continuità nell'azione di tre Governi di ispirazione diversa: Gentiloni (pur in assenza di una legge quadro i tre Accordi si ispiravano a linee comuni); Conte II (il disegno di legge Boccia) e Draghi (il disegno di legge Gelmini).

Nel merito, qualche punto si va chiarendo, anche in questo caso in modo trasversale alle varie forze politiche: la necessità della definizione dei LEP almeno nei

settori dei diritti sociali che potrebbero essere investiti dalla differenziazione; la necessità di una sorta di elenco di funzioni [non materie, come giustamente sottolinea da tempo Sandro Staiano, da ultimo in *Note per l'Audizione innanzi al Gruppo di lavoro sul regionalismo differenziato*, 4 giugno 2021] trasferibili o, al contrario, l'opportunità di individuare materie non trasferibili…

Credo sia questa la strada da percorrere, poiché è l'unica che porta ad evidenza la convergenza su di un punto essenziale: che il 116 comma 3 deve essere utile al regionalismo e non (solo) alle singole Regioni che ne fanno richiesta.

SANDRO STAIANO

L'esperienza dei tentativi di dare corso a un modello di differenziazione venato di pulsioni allo scostamento dai princìpi di unità della Repubblica e di perequazione territoriale è segnata da ripetuti tentativi di concentrazione dei processi di decisione negli Esecutivi: al centro, nel Governo, e, in ambito regionale, in particolare nei Presidenti delle Giunte nelle Regioni interessate, per effetto della torsione monocratica subita dalla forma di governo in seguito alla legge costituzionale n. 1 del 1999. Il Parlamento, invece, è stato per lo più relegato in posizione meramente ratificatoria.

Il sistema delle conferenze, o comunque una modalità di confronto centro-periferia di tipo organico, è rimasta sinora sostanzialmente fuori quadro.

A questo proposito, è molto istruttivo il significato che è stato dato al lemma «intesa» recato dall'art. 116, c. 3, Cost.

L'assonanza con le «intese» di cui all'art. 8, c. 3, Cost. ha indotto a ritenere mutuabile, per realizzare un assetto di differenziazione incentrato sul massiccio trasferimento di competenze legislative – e delle corrispondenti risorse – dallo Stato ad alcune Regioni, il modello delle relazioni tra Stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica.

La traslazione non è certo possibile, per la diversità dei contesti in cui si collocano rispettivamente le norme richiamate: terzo comma dell'art. 8 e terzo comma dell'art. 116 della Costituzione.

Il primo si inquadra nell'ambito della strumentazione intesa a garantire la libertà di religione, assicurandone la pienezza di esercizio, secondo principio di eguaglianza, anche alle confessioni minoritarie al cospetto della posizione storicamente consolidata della Chiesa cattolica: è a fini di eguaglianza nel trattamento che, in tutta evidenza, viene estesa anche alle confessioni diverse dalla cattolica la logica pattizia, che impronta sia il concordato sia le intese. E, una volta seguita la logica pattizia, affermato il «metodo della bilateralità», alle parti stipulanti va attribuita posizione di reciproca alterità-separazione, sia che questa si realizzi in «sovranità e indipendenza nel proprio ordine», sia che si risolva in «organizzazione secondo i propri statuti». Il postulato è che l'alterità-separazione tra Stato e confessioni sia principio specifico posto a presidio della libertà di religione. Assai diverso è il contesto delle relazioni Stato-Regioni. L'art. 5 della Costituzione non disegna, a differenza di quanto fa l'art. 8 per le confessioni

religiose, alcun rapporto di alterità-separazione tra Stato e Regioni da regolare con modalità internazionalistiche o para-internazionalistiche. Il principio di autonomia dei soggetti esponenziali delle comunità locali di varia dimensione e livello è specificazione del più ampio principio del pluralismo istituzionale, che, nella strumentazione attuativa dell'art. 5 apprestata dal Titolo V della Parte II, è limpidamente qualificato come paritario (art. 114, c. 1: «La Repubblica è costituita dai Comuni, dalla Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato»). L'autonomia dei soggetti locali, «con propri statuti, poteri e funzioni» (art. 114, c. 2) si tiene entro l'«unità della Repubblica» in posizione di forte integrazione ordinamentale e di diversificazione funzionale, costituzionalmente garantita.

Ora, che una così rilevante diversità di senso dello stesso lemma e sue declinazioni – «intesa», «intese» – nell'ambito del testo della Costituzione non sia stata colta dimostra una singolare sottovalutazione delle necessità interpretative derivanti dalla vicenda storica: le «intese» di cui all'art. 8, c. 3, sono introdotte nel testo costituzionale originario per indicare un istituto da mettere in corrispondenza con quello dei "patti", di cui all'art. 7, c. 2, denominazione che precedeva la Costituzione, per perseguire un'analoga esigenza regolatoria nel nuovo contesto ordinamentale; il termine «intese» di cui all'art. 116, c. 3, invece, è introdotto con la revisione costituzionale del 2001, quando esso è già largamente diffuso nella legislazione ordinaria sui rapporti Stato-Regioni ed è presente nei lavori e nelle determinazioni degli organi che si collocano nel "sistema delle Conferenze". Di qui una catena di equivoci circa la strumentazione da adoperare per dar corso al regionalismo differenziato – ora ci si affatica intorno alla difficile modulazione delle «leggi quadro», per tentare di sciogliere alcuni nodi preliminari e di assicurare una certa intangibilità alle intese tra Governo e Regioni senza annichilire le funzioni del Parlamento – e l'assenza di ogni adeguata considerazione delle sedi del confronto tra Stato e soggetti dell'autonomia territoriale.

Allo stato dei fatti, dunque, interrogarsi sulle possibilità di riforma – nel senso del potenziamento di ruolo – del sistema delle Conferenze con riferimento alla vicenda del regionalismo differenziato può provocare un difetto di percezione. Infatti, le Conferenze hanno assunto da tempo, in generale, una posizione di piena centralità nel governo delle relazioni Stato-Regioni. Ma, segnando una vistosa deviazione da tale linea di sviluppo ordinamentale, in tema di regionalismo differenziato esse non sono state coinvolte decisivamente. Si può plausibilmente ritenere che ciò sia avvenuto per praticare una severa riattrazione di potere nell'Esecutivo nazionale e in (alcuni) Esecutivi regionali, tagliando fuori sedi – quali le Conferenze – in cui si svolgono la ponderazione critica delle proposte e le necessarie (e non agevoli) mediazioni tra posizioni (in una prima fase, l'esigenza fu anche quella di occultare per quanto possibile i contenuti delle «intese preliminari», per farle passare con modalità piuttosto criptiche).

LORENZA VIOLINI

L'esigenza di riformare i luoghi di confronto tra centro e periferia è tra i punti nevralgici del nostro sistema costituzionale e di quello amministrativo: anche quest'ultimo infatti comporta che vi siano luoghi di relazione tra i diversi enti locali, essendo quanto mai necessario per coinvolgere nelle decisioni del centro non solo il livello regionale ma anche quello locale.

Il più recente tentativo in ordine di tempo di riforma costituzionale in materia è stata la proposta di seconda Camera del Progetto Boschi-Renzi. Essa prevedeva un organo non eletto direttamente ma composto da rappresentati di diversi livelli di governo (Regioni e Comuni), una proposta sostanzialmente debole e, vista col senno di poi, non risolutiva né delle tensioni politiche né dei problemi amministrativi presenti nelle nostre istituzioni. Se questa proposta fu guardata con un certo favore da molti, non lo fu in quanto perfetta ma perché si configurava come un primo passo verso un futuro migliore, una sorta di palestra in cui "allenare" una classe politica regionale e metterla in grado di una vera interlocuzione col centro politico del Paese; una seconda Camera di rappresentanza regionale (escludendo la rappresentanza degli interessi locali) dovrebbe essere in grado, al netto della naturale dipendenza dai partiti nazionali, di lasciare spazio alla elaborazione e alla rappresentanza di interessi propri degli enti territoriali.

Fallita la riforma, l'unica sede rimasta per gestire i rapporti tra livelli di governo è il sistema delle Conferenze, a composizione differenziata, che risponde ad una impostazione duale dei rapporti tra centro e periferia, con lo Stato che intrattiene separatamente la relazione ora con le Regioni ora con gli enti locali, secondo la "teoria del doppio forno", che – secondo molti osservatori - mal si confà ad una razionalizzazione e ad una modernizzazione di un sistema che deve incrementare la propria efficienza se vuole essere davvero il motore della *resilienza* del Paese. Invece di essere la sede della leale cooperazione, le Conferenze "si sono rapidamente piegate alla gestione di rapporti in gran parte amministrativi, quali la partecipazione alla redazione di una serie amplissima di atti normativi del Governo, la condivisione in sede subordinata di politiche pubbliche (soprattutto in posizione di assoluta subordinazione, le politiche di austerità finanziaria) ecc. …". In ultima analisi, le Conferenze sono diventate il luogo in cui lo Stato acquisisce il consenso (o forse meglio, l'acquiescenza) di Regioni e di enti locali, normalmente tramite la leva finanziaria tutta nelle mani del potere centrale, ma "non riesce ad assumere un ruolo guida, di grande indirizzo e di promozione di una sostanziale condivisione intorno a politiche pubbliche, prime fra tutte le necessarie riforme del sistema amministrativo" [le due citazioni sono tratte da F. MERLONI, *Editoriale,* in *Le istituzioni del federalismo,* 1/2021, 2].

Ci si può pertanto chiedere se una riflessione sulla riforma del sistema delle Conferenze debba essere fatta "dall'altro" (cioè recependo in Costituzione le Conferenze stesse, secondo un disegno *top down*) o se non si debba invece portare l'attenzione primariamente sulla riforma degli enti locali nell'ambito del più ampio disegno di riforma regionale per conferire alle Regioni un ruolo più organico rispetto agli enti locali stessi, svincolandoli in parte dalla stretta dipendenza statale. Si tratta di

un disegno di ampio respiro, una prospettiva finalizzata a riformare la struttura amministrativa dello Stato nel suo insieme, da cui partire, secondo una dinamica *bottom up* per arrivare a porre in essere qualche correttivo nell'impianto costituzionale delle Regioni fino a creare, anche per Costituzione, organismi di raccordo sufficientemente efficienti, sia di tipo legislativo sia di tipo amministrativo (quali sono, in ultima analisi, le Conferenze attualmente funzionanti).

Oggi le Conferenze svolgono dunque un ruolo di secondo piano e secondo una logica duale. Prova ne sia che non hanno svolto alcun ruolo nei processi di costruzione politica e di gestione della differenziazione ex art. 116, III comma. La prospettiva politica si è avvalsa di un rapporto diretto delle singole rappresentanze regionali con il Governo, pur mitigata da qualche intervento comune e di coordinazione meramente tecnica: si pensi ai primi schemi di intesa apparsi *in limine* alla XVII legislatura, prodotti in fretta e furia prima della consultazione elettorale del 2018, sottoscritti dal Ministro Affari Regionali, senza che il Capo del Governo, l'on. Gentiloni, vi prendesse parte. A questi primi e sostanzialmente futili passi ha fatto seguito la fase delle trattative tra le tre Regioni richiedenti e i Ministeri, ancora senza alcun coinvolgimento delle Conferenze, sintomo della mancanza di una prospettiva di vera riforma dello Stato e solo determinata dall'interesse dei Governatori e del Ministro Affari Regionali a mettere in atto il *proprio* disegno riformatore, tutto orientato a recuperare efficienza a favore dei propri territori e delle proprie strutture amministrative, comprese le relative finanze.

Una parentesi in proposito: il problema finanziario, per strutture amministrative relativamente efficienti quali sono quelle delle Regioni richiedenti l'intesa, non è necessariamente legato ad una incremento di risorse da sottrarre al Paese nel suo complesso ma è finalizzato a recuperare margini di risparmio tramite modalità più efficaci di gestione delle politiche. In questo senso, la c.d. "differenziazione dei ricchi" è stato solo un modo per derubricare un processo che si muove invece in chiave di efficacia e non di rapina. Il vero problema, a parere di chi scrive, è la mancanza di una prospettiva autenticamente nazionale, a cui ormai pochi credono per i continui fallimenti di una riforma del centro.

La differenziazione, che pure presenterebbe molti vantaggi per il sistema nel suo complesso, se non altro come esempio trainante per l'identificazione di buone pratiche e di innovazione, soffre della mancanza di una prospettiva nazionale che dovrebbe essere elaborata e realizzata "dal centro". Il "centro" non è solo un punto di "centralizzazione", segnato da tendenze centralistiche; dovrebbe invece essere concepito come un punto di elaborazione congiunta di percorsi politico-amministrativi a cui partecipano i due livelli di governo su un piano di pariteticità e non di subordinazione, che non produce alcun risultato ma solo diffidenza da un lato e autoritarismo dall'altro. Dovrebbe invece porsi come punto "autorevole" in quanto capace di dare un autentico contributo al miglioramento e all'innovazione sul piano nazionale. A questo dovrebbero servire le Conferenze (ma soprattutto della Conferenza Unificata): a fronte di una legislazione (spesso solo di principio) elaborata senza il contributo del livello regionale se non tramite pareri scarsamente incidenti, occorrerebbe un apporto significativo delle stesse

sul piano dell'attuazione, così da realizzare un controllo, un monitoraggio e miglioramenti strutturali a valle dei processi legislativi.

II Domanda

Quale futuro per il sistema delle conferenze? La partecipazione di rappresentanti delle Regioni e degli enti locali alla Commissione parlamentare per le questioni regionali può rappresentare una soluzione cooperativa soddisfacente?

GIUSEPPE ARCONZO

Il discorso legato alle prospettive del sistema delle conferenze deve necessariamente fare oggi i conti con l'assenza, nel nostro ordinamento bicamerale, di una Camera rappresentativa delle istanze territoriali. Pur senza evocare capacità taumaturgiche nei confronti di una simile soluzione, essa – almeno da un punto di vista teorico – dovrebbe infatti costituire la sede più adeguata a garantire un reale confronto, capace di incidere anche sullo svolgimento della funzione legislativa, tra Stato e Regioni.

Le riforme costituzionali della XVIII legislatura che si avvia ormai al termine, unite al fallimento dei precedenti tentativi di revisione costituzionale, hanno però consolidato il bicameralismo perfetto italiano e non paiono all'orizzonte, quantomeno in un futuro prossimo, ipotesi di riforme volte a introdurre una Camera delle autonomie.

Nel contesto così delineato si inserisce oggi la novità recata dalla riforma del Regolamento del Senato, approvata il 27 luglio del 2022, in conseguenza della revisione costituzionale del 2021 che ha determinato la riduzione del numero dei parlamentari.

Si è introdotta una specifica previsione relativa alla Commissione parlamentare per le questioni regionali di cui all'art. 126 Cost. Si tratta di un organo su cui molto si è scritto, sia all'indomani dell'approvazione dell'art. 11 della legge cost. n. 3 del 2001, sia all'esito della bocciatura del referendum costituzionale del 2016.

Vale la pena ricordare che la previsione da ultimo citata prevede al primo comma che «[s]ino alla revisione delle norme del titolo I della parte seconda della Costituzione, i regolamenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica possono prevedere la partecipazione di rappresentanti delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali alla Commissione parlamentare per le questioni regionali».

Il secondo comma dispone poi che «quando un progetto di legge riguardante le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e all'articolo 119 della Costituzione contenga disposizioni sulle quali la Commissione parlamentare per le questioni regionali, integrata ai sensi del comma 1, abbia espresso parere contrario o parere favorevole condizionato all'introduzione di modificazioni specificamente formulate, e la Commissione che ha svolto l'esame in sede referente non vi si sia adeguata, sulle corrispondenti parti del progetto di legge l'Assemblea delibera a maggioranza assoluta dei suoi componenti».

Ora, il nuovo art. 138-*bis* del Regolamento del Senato dispone che la Commissione in parola, «nel rispetto di quanto stabilito dai Regolamenti di ciascuna Camera, può invitare i rappresentanti delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali a partecipare alle sedute della Commissione stessa, in relazione a specifici provvedimenti. Tali rappresentanti possono altresì formulare osservazioni e proposte con riguardo ai lavori della Commissione». Il secondo comma del citato art. 138-*bis* prevede inoltre che tale disposizione sia sempre applicabile quando il Presidente della citata Commissione parlamentare sia un senatore.

A fronte di ciò, nonostante la rubrica dell'art. 138-*bis* richiami esplicitamente, – analogamente a quanto previsto dal primo comma del citato art. 11 della legge cost. n. 3 del 2001, la «partecipazione dei rappresentanti delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali ai lavori della Commissione parlamentare per le questioni regionali» – non è chiaro se tale previsione consenta di dare attuazione anche a quanto previsto dal comma 2 dell'art. 11 della legge cost. n. 3 del 2001.

Infatti, nella relazione al testo predisposto dalla Giunta per il Regolamento del Senato (doc. II, n. 12, pag. 7) si legge che la partecipazione dei rappresentanti delle istituzioni territoriali non prevede in alcun modo che essi possano votare in Commissione. Tanto che la stessa Giunta ha ritenuto di dover espungere dal testo del nuovo regolamento del Senato una simile precisazione, ritenendola superflua, in quanto «i riferimenti contenuti dal testo del nuovo articolo alla mera partecipazione dei rappresentanti delle Autonomie locali, nonché la possibilità ad essi attribuita di formulare osservazioni e proposte, non attribuiscono il diritto di partecipare alle votazioni e sono, in ogni caso, di carattere non generale ma limitato – come già ricordato – a specifici provvedimenti».

Il testo del secondo comma dell'art. 11 della legge cost. n. 3 del 2001 sembra invece presupporre che l'aggravamento delle procedure legislative indicate dallo stesso art. 11 si verifichi solo quando sia l'intera Commissione, nella composizione integrata, a esprimersi negativamente (o con parere favorevole condizionato). Circostanza, questa, che invece non sembrerebbe contemplata dal nuovo art. 138-*bis*.

Alla luce di ciò, permangono forti dubbi sulla capacità di tale previsione – che pure durante la discussione in Senato è stata presentata come l'introduzione della Commissione così come «la legge costituzionale n. 3 del 2001 l'aveva immaginata» (Sen. Faraone, seduta del 27 luglio 2022) – di assicurare qualcosa di molto diverso da un'attività consultiva con le autonomie territoriali. Attività consultiva che, tra l'altro, è già prevista da un regolamento interno della stessa Commissione parlamentare approvato nel dicembre 2017.

In ogni caso, anche una Commissione parlamentare per le questioni regionali istituita secondo quanto previsto dall'art. 11 della legge cost. n. 3 del 2001, sconterebbe probabilmente l'assenza di un luogo deputato a valutare le istanze regionali. In altre parole, credo sia necessaria la presenza di una sede di consultazione che possa assicurare non soltanto il confronto sulle scelte del legislatore nazionale, ma anche su quelle dei singoli legislatori regionali.

Anche in considerazione di quanto sopra, sono convinto, per quanto scritto nella risposta alla domanda precedente, che una delle soluzioni – che potrebbe coniugare contemporaneamente le istanze di differenziazione provenienti da ciascuna Regione e la necessità di ridurre il contenzioso costituzionale – sia quella di introdurre, nell'attuale sistema delle Conferenze, una specifica sede di confronto che possa essere attivata tra lo Stato e la singola Regione qualora lo Stato ritenga vi siano margini per l'eventuale instaurazione di giudizi di legittimità costituzionale. Non credo che occorra una riforma costituzionale sul punto, potendosi incidere sulla disciplina legislativa che stabilisce le competenze della Conferenza Stato-Regioni.

RENATO BALDUZZI

Se si condivide la risposta *sub* 1, che, muovendo dalla preferenza per una riflessione sull'approccio culturale e metodologico al regionalismo rispetto a quella sui luoghi del confronto tra centro e periferia, conclude nel senso della necessaria rifondazione culturale e operativa del medesimo, quella sul futuro del sistema delle conferenze appare come una domanda, se non secondaria, almeno seconda e successiva rispetto al nucleo della problematica.

Ciò premesso, è comunque importante constatare che il rendimento del sistema delle conferenze viene considerato per lo più soddisfacente rispetto a talune esigenze minime di efficienza del funzionamento dei rapporti tra Stato e regioni, mentre è generalmente criticato sotto il profilo della sua idoneità a innescare processi di accrescimento del legame tra assetto della forma organizzativa dello Stato e coinvolgimento socio-economico dei cittadini e dei residenti. La più volte rilevata limitazione della dinamica del sistema delle conferenze al solo rapporto tra esecutivi (o, al massimo, tra questi e taluni gruppi di portatori di interessi) ha indubbiamente concorso alla sua ridotta incisività rispetto al funzionamento complessivo dei rapporti istituzioni-società.

Tale situazione avrebbe potuto trovare qualche miglioramento *ab interno* ove gli attori politici e istituzionali avessero voluto prendere sul serio la possibilità offerta dalla revisione costituzionale del 2001 a proposito dei nuovi compiti assegnati alla Commissione parlamentare per le questioni regionali, una volta che questa fosse stata integrata con rappresentanti regionali e degli enti locali.

Com'è ampiamente noto, così non è stato, anzi le successive legislature hanno tutte appalesato una netta chiusura rispetto a tale eventualità: accanto alle ragioni ricollegabili al funzionamento dei rapporti interni a un sistema politico rimasto accentrato e "romano", e a quelle, di ordine più tecnico, attinenti al non facile bilanciamento tra peso politico e peso territoriale (ma questo, più che un ostacolo, avrebbe potuto essere un incentivo a seguire la strada indicata dall'art. 11 della legge cost. n. 3/2001, al fine di sperimentare soluzioni convincenti da porre successivamente quali basi per la riforma della seconda Camera), non è difficile scorgere, quale principale ragione di fondo della mancata attuazione dell'integrazione della

Commissione, proprio la debole volontà di dare un volto riconoscibile al nostro modello di forma organizzativa dello Stato. Ove questa volontà si voglia in futuro rafforzare, sarà inevitabile prendere sul serio la questione delle autonomie territoriali, intese come soggetti intermedi tra persona e ordinamento, e leggere l'autonomia non come scudo per impropri privilegi o, meno che mai, argomento per affermare una sorta di estraneità alla comunità nazionale, ma come il necessario contrappeso rispetto alla statualità, quasi, per riprendere un notissimo insegnamento (Berti), la faccia interna della stessa sovranità statale.

Portare al centro, nel cuore della rappresentanza politica nazionale, la questione dell'autonomia attraverso l'integrazione della Commissione parlamentare per le questioni regionali potrebbe costituire l'occasione per individuare il luogo da cui muovere al fine di avviare quella rifondazione culturale e operativa del regionalismo sopra accennata. Accanto alla giustamente ricordata valenza cooperativa di una tale integrazione, si avrebbe in prospettiva un ulteriore vantaggio, quello di evitare – come invece è accaduto in un recente passato, si pensi alle vicende che hanno riguardato l'ente provincia – le scorciatoie dell'efficientismo dichiarato e sbandierato, privilegiando invece un approccio realistico ed equilibrato al tema dei territori e della loro rappresentanza.

MATTEO COSULICH

Il riferimento al meccanismo introdotto dall'art. 11 legge costituzionale n. 3 del 2001, vale a dire l'eventuale integrazione della Commissione bicamerale per le questioni regionali con «rappresentanti delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali», consente di soffermarsi sulle possibili altre sedi di confronto fra centro e periferia, parallele rispetto al sistema delle Conferenze. Si badi, ad avviso di chi qui scrive, parallele e non sostitutive, in quanto si condivide la prospettiva (espressa fra l'altro dalla Commissione bicamerale per le questioni regionali nel *Documento conclusivo* dell'indagine conoscitiva *Sulle forme di raccordo tra lo Stato e le autonomie territoriali, con particolare riguardo al «sistema delle Conferenze»*, 13 ottobre 2016) del mantenimento del sistema delle Conferenze anche nell'ipotesi di introduzione di forme di raccordo Stato-autonomie a livello parlamentare.

La disciplina dettata dall'art. 11 presenta profili di indubbio interesse in quanto proceduralizza(va) il confronto, nell'ambito della legislazione concorrente o riconducibile all'art. 119 Cost., fra rappresentanti dello Stato (parlamentari), delle Regioni e degli enti locali, comportando un aggravamento del procedimento legislativo statale in caso di parere negativo maturato nella Commissione. Realisticamente, occorre però osservare che l'art. 11 vige da oltre vent'anni, durante i quali i regolamenti parlamentari non si sono mai peritati di attuarlo, sebbene non siano mancati tentativi in tal senso, peraltro vani. Dall'inattuata previsione dell'art. 11 può peraltro trarsi una valida indicazione nel senso di un raccordo centro-periferia che riguardi la legislazione, da affiancare a quello relativo all'amministrazione realizzato dal sistema delle

Conferenze, assai meno presente con riferimento alla funzione legislativa (con l'eccezione delle deleghe legislative da esercitarsi previa intesa in Conferenza Stato-Regioni, secondo le indicazioni della giurisprudenza costituzionale, ben espresse nella sent. n. 251 del 2016); raccordo riguardante la legislazione da attribuirsi opportunamente a organi riconducibili al potere legislativo, anziché ai vertici degli esecutivi che notoriamente compongono le Conferenze. Proprio il richiamo al potere legislativo dovrebbe peraltro far sorgere qualche dubbio sull'opportunità di coinvolgere in queste modalità di raccordo i rappresentanti degli enti locali, privi di qualunque potestà legislativa.

Le accennate indicazioni relative a un raccordo in ambito parlamentare riguardante la legislazione potrebbero forse essere riprese nell'ambito del periodicamente ricorrente dibattito sulla riforma del bicameralismo italiano. Si osservi come il carattere sempre più indifferenziato di quest'ultimo, *de iure condito* (legge costituzionale n. 1 del 2021 che uniforma l'elettorato attivo per il Senato a quello della Camera) e *de iure condendo* (così il p.d.l. cost. n. 2238, approvato in prima lettura alla Camera il 10 maggio 2022, volto a inserire all'art. 57, co. 1 Cost. la previsione secondo cui «Il Senato è eletto a base circoscrizionale», rendendo così possibile l'uniformazione dei sistemi elettorali delle due camere, sinora impedita dall'elezione del Senato «a base regionale»), sembri destinato ad accentuare il già presente monocameralismo di fatto (rilevabile in particolare in sede di conversione dei decreti-legge, quando viene sostanzialmente cristallizzato il testo approvato dalla camera che vota per prima sulla questione di fiducia posta dal Governo). Il che, per reazione, potrebbe incoraggiare la ricerca di un nuovo ruolo per il Senato, da individuarsi appunto nella rappresentanza delle Regioni, per tale tramite partecipi della determinazione della legislazione statale.

La descritta costituzionalizzazione, vigente (art. 11 legge costituzionale n. 3 del 2001) o proponibile, delle forme di raccordo fra centro e periferia a livello parlamentare induce a reputare praticabile una soluzione analoga per quanto attiene al sistema delle Conferenze (come riproposto nell'attuale XVIII legislatura dalla p.d.l. cost. n. 2422 presentata alla Camera e dall'analogo d.d.l. cost. n. 1825 presentato al Senato). Particolarmente opportuna parrebbe la previsione costituzionale della Conferenza Stato-Regioni, in ragione del peso prevalente da essa assunto nel sistema delle Conferenze, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale che richiede l'intesa in tale Conferenza affinché possa reputarsi costituzionalmente legittimo l'intervento statale in ambiti di competenza regionale (da ultimo sent. n. 179 del 2022). Al riguardo può osservarsi come a livello regionale sia stata da tempo costituzionalizzato il Consiglio delle autonomie locali (art. 123, u.co. Cost., introdotto dalla legge costituzionale n. 3 del 2001) quale organo di raccordo fra ciascuna Regione egli enti locali del territorio corrisponde. Quantomeno la naturale inclinazione all'euritmia dovrebbe favorire una soluzione analoga per la Conferenza Stato-Regioni, in grado di realizzare a livello statale il raccordo del sistema delle Regioni con lo Stato stesso, così come in ciascuna Regione il CAL è chiamato a realizzare il raccordo fra la Regione e il corrispondente sistema delle autonomie locali (peraltro in modo non sempre brillante, se si osservano le disposizioni regionali, statutarie e legislative, attuative dell'art. 123, u.co. Cost.). In tale

prospettiva, andrebbe valorizzata la nozione di «Sistema regionale delle autonomie locali», oggi confinata alla sola enunciazione della rubrica dell'art. 4 TUEL, qui ora riproposta; sistema regionale delle autonomie locali (non soltanto Comuni, come può argomentarsi anche in forza del mutato orientamento della giurisprudenza costituzionale rispetto alla legge n. 56 del 2014, quale emerge dalla sent. n. 240 del 2021) che potrebbe consolidarsi in tutte le Regioni qualora in quelle ad autonomia ordinaria si accogliessero alcune delle soluzioni ordinamentali vigenti nelle Regioni a Statuto speciale.

Il crescente ruolo istituzionale della Conferenza Stato-Regioni induce a riflettere sulle modalità di formazione della sua volontà che risulta dal convergere dell'orientamento statale e di quello regionale; quanto a quest'ultimo, va rilevato come esso corrisponda a una posizione condivisa, preliminarmente concordata in sede di Conferenza delle Regioni e delle Province autonome dai rispettivi Presidenti. In tale Conferenza vige la regola dell'unanimità, in quanto le sue determinazioni richiedono «il voto favorevole di tutti i presenti» (art. 4, co. 8 regolamento interno); unanimità che viene conseguentemente riportata in sede di Conferenza Stato-Regioni. Ora, la probabile crescente divaricazione delle posizioni regionali – che sembra confermata dal recente dibattito sul regionalismo differenziato e sulle sue conseguenze, anche finanziarie – renderebbe probabilmente opportuna l'introduzione di forme di votazione a maggioranza nell'ambito della compagine regionale (in Conferenza delle Regioni, preferibilmente, o in Conferenza Stato-Regioni), con la conseguente introduzione di forme di ponderazione del voto, soprattutto alla luce dell'assai diversificata consistenza demografica delle Regioni italiane.

MARIO GORLANI

La partecipazione di rappresentanti delle Regioni e degli enti locali alla Commissione parlamentare per le questioni regionali a tutt'oggi costituisce uno dei tasselli mancanti – non certo l'unico – del disegno di riforma del 2001. Molte le questioni irrisolte che la riguardano: dall'esatta ripartizione dei rappresentanti tra Regioni ed enti locali alle concrete ricadute sul procedimento legislativo dei pareri espressi dalla Commissione, alla difficoltà di stabilire con esattezza se e quando una legge sia riconducibile all'elenco dell'art. 117, co. 3, Cost.

Resta il fatto che la Commissione parlamentare per le questioni regionali integrata sarebbe una soluzione "minore" rispetto al più ambizioso e coerente Senato delle Regioni; e, tutto sommato, meno convincente anche del sistema delle Conferenze che nel frattempo si è consolidato e ha operato come sede di confronto tra i livelli territoriali. Il suo limite – che è diventato anche un ostacolo alla sua attivazione – è di dar vita a un ibrido poco riuscito tra forme collaborative più agili e funzionali, come le Conferenze, e modelli di rappresentanza istituzionalizzata tipici delle seconde Camere espressione degli enti territoriali. Se si vuole incoraggiare un vero protagonismo delle Regioni anche nella determinazione della politica nazionale, occorre una sede appropriata, che superi il bicameralismo simmetrico e concorra, in chiave territoriale,

alle scelte di politica legislativa operate dal Governo in accordo con la maggioranza parlamentare; in mancanza di questo, meglio mantenere l'assetto attuale, più ordinato, confermando al sistema delle Conferenze il compito di assicurare i raccordi tra centro e periferia.

Per quanto riguarda il sistema delle Conferenze - che, come noto, mettono in dialogo non gli organi legislativi, ma gli esecutivi, con un conseguente significativo riassetto dell'equilibrio dei poteri sia a livello statale sia a livello regionale – esse in questi anni sono state consacrate come "il perno del confronto tra i due grandi sistemi ordinamentali della Repubblica, in seno al quale si individuano soluzioni concordate di questioni controverse" (così Corte cost., sent. 31/2006), ed hanno visto un significativo aumento degli atti normativi, dei provvedimenti e dei temi strategici che hanno affrontato.

Per questo, il loro ruolo non pare destinato a venir meno in futuro, neanche ove fosse attuato quel modello di parlamentarismo asimmetrico a cui si faceva riferimento nella risposta alla prima domanda, come peraltro emerso anche nel corso di un'indagine conoscitiva sulle forme di raccordo tra lo Stato e le autonomie territoriali, svolta nel corso dell'iter di approvazione della riforma costituzionale del 2016. Le Conferenze rappresentano infatti uno strumento più agile e informale di confronto, che opera efficacemente nella fase di predisposizione delle politiche pubbliche e, ancor più, nella fase di attuazione, su cui poggiare la definizione «delle linee strategiche della politica nazionale integrata – ma in modo forte – con gli interessi e le politiche dei territori», i comprese «le decisioni di indirizzo politico che toccano anche la formazione delle leggi» [Bartole, 2016]; mentre il modello della Camera delle Regioni interverrebbe nella fase dell'approvazione, coinvolgendo i rispettivi poteri legislativi. Senza dire che l'eventuale Camera delle Regioni lascerebbe comunque senza una sede di dialogo gli enti locali.

La stessa pandemia, con le sue esigenze di tempestività e condivisione, ha messo in luce non tanto le difficoltà del raccordo Stato-autonomie proprio del sistema delle Conferenze, quanto gli ostacoli ad un modello cooperativo orizzontale tra Regioni. Occorre lavorare perciò sul potenziamento della Conferenza delle Regioni come strumento di coordinamento preventivo nelle decisioni spettanti alle singole Regioni e come momento di scambio di esperienze e collaborazione, oltre che di solidarietà orizzontale tra Enti decentrati; anche se questo è difficile che avvenga mediante procedure formalizzate – tenuto conto delle scarse occasioni di sovrapposizione delle competenze tra Regioni – anziché grazie alla maturazione di una maggiore consapevolezza e sensibilità politica e al ruolo di sintesi e coordinamento che deve essere esercitato dal livello statale.

ANNA MARIA POGGI

Alla prima domanda credo occorra dare una risposta articolata.

In linea teorica è difficile fare a meno di strumenti collaborativi in un sistema in cui non solo vi sono diversi livelli di governo a cui sono attribuiti funzioni e poteri propri ma, soprattutto, in cui questi ultimi si intersecano continuamente, non essendovi una netta separazione tra di essi. Ciò genera perlomeno due problemi diversi: l'opportunità di un coordinamento c.d. orizzontale tra i livelli di governo sub-statali, allo scopo di non diversificare eccessivamente servizi e prestazioni destinati a cittadini e attori economici e l'esigenza, nel contempo, di un indirizzo unitario in alcuni settori, allo scopo di salvaguardare l'unità economica, sociale e politica.

Questo spiega il motivo per cui sia prima che dopo la revisione costituzionale del 2001 non si sia potuto fare a meno di tali strumenti, sebbene la loro istituzione si inserisse in contesti completamenti differenti.

Con l'istituzione delle Regioni, in un quadro costituzionale informato dal principio del parallelismo delle funzioni (quindi di tendenziale separazione tra i livelli di governo), iniziarono, infatti, a fiorire forme di collaborazione tra Stato e autonomie. Giustamente Corrado Caruso [*I raccordi tra Stato e Regioni*, Relazione al Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Trento 19-20 settembre 2020, *Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni*] sottolinea come dietro l'esigenza di dar corpo a quella funzione di indirizzo e coordinamento di cui all'art. 17, lett. a), della l. n. 281 del 1970 - poi ripresa dalla l. n. 352 del 1975, art. 3 -, si celasse, in realtà, un "coordinamento rigido e verticale" delle attività delle Regioni da parte dello Stato, concretatosi in una panoplia di strumenti tecnici di raccordo a traino ministeriale. Successivamente il c.d. terzo decentramento (e poi la revisione del Titolo V), pur fondandosi sulla direttrice di un deciso rafforzamento delle autonomie e con l'intento di superare il precedente assetto centralistico statale, istituì comunque un sistema di conferenze, a riprova dell'impossibilità di fare a meno di un coordinamento sia orizzontale (la Conferenza delle Regioni); sia verticale (la Conferenza Stato-regioni e la Conferenza unificata) pur in un sistema informato non più al parallelismo delle funzioni ma alla sussidiarietà.

Anzi, non incomprensibilmente, proprio il venir meno del principio del parallelismo, unito alla scomparsa di qualsivoglia forma di controllo preventivo sugli atti delle autonomie (sia esso statale o regionale) esigeva maggiori forme di collaborazione tra le autonomie. Non a caso la Corte costituzionale, pur affermando da sempre tale esigenza, dopo il 2001 innalza la leale collaborazione a principio di "sistema", conseguente al nuovo sistema policentrico. Esso diviene "parametro" di giudizio invocato dai ricorrenti (quasi sempre le Regioni), senza necessità di aggancio a specifiche norme costituzionali.

Se, dunque, in linea teorica, pare difficile negare la necessità della collaborazione, altra e diversa questione è il giudizio sulla "resa" del sistema delle Conferenze.

Qui le cose si fanno più complicate e diventa arduo ragionare solo in via astratta, mentre vi sarebbe bisogno di analisi più raffinate e granulari in grado di rispondere a domande specifiche, quali, ad esempio, la Conferenza delle Regioni è riuscita davvero a realizzare quanto previsto nel proprio regolamento quanto a "volontà di consolidare il patto tra le Regioni e le Province autonome teso a perseguire con maggiore efficacia un'azione coordinata e solidale attenta alle esigenze dei cittadini e rispettosa delle

diversità"? E' riuscita, in altri termini, a limitare l'eccessiva differenziazione nelle prestazioni dirette ai cittadini e nei servizi indirizzati al sistema economico-produttivo? Poiché se è vero che regionalismo è differenziazione, questa riguarda le modalità di organizzazione di servizi e delle prestazioni in relazione alle specificità del territorio, ma non può mettere in discussione il basilare principio di eguaglianza tra cittadini nelle prestazioni essenziali (es nei LEP). Mancano in proposito dati prodotti dalla stessa Conferenza, mentre se si pone attenzione alle analisi provenienti da altre fonti (istituti di ricerca pubblici e privati) la sensazione è quella di una profonda diversità delle condizioni di vita [sul punto sia consentito rinviare al mio *La riduzione dei divari territoriali e sociali tra Nord e Sud nel PNRR*, in *Passaggi Costituzionali*, 2/2021, 217 ss.].

Quanto al coordinamento verticale sarebbe poi necessario verificare se la Conferenza Stato-Regioni oltre alle attività deliberative, consultive e di produzione di accordi e intese (puntualmente riferite sul sito governativo dedicato alle attività della stessa) abbia mai attivato quella funzione di verifica e monitoraggio pur prevista dall'art. 2, comma 7, d.lgs. n. 281/1997 e diretta alla valutazione ed alla verifica dei risultati, sia sul piano economico che su quello della qualità dei servizi, rispetto agli obiettivi fissati nei Piani e nei progetti approvati dalla Conferenza. Di tale attività, infatti, non vi è alcun resoconto, almeno reso pubblico.

La sensazione, in sostanza, è che le Conferenze svolgano prevalentemente attività in parte diverse da quelle istituzionalmente previste e fungano quali sedi in cui il Governo (e/o i singoli Ministri) si recano a contrattare i propri atti o a cercare consenso circa attività future. Il che, sia detto, per inciso risulta pur necessario in un sistema policentrico complesso che abbisogna certamente di un'attività di concertazione politica anche informale. Tuttavia, la carenza di solide procedure e attività di coordinamento orizzontale e verticale rimane un problema scoperto, come, del resto la fase "acuta" della pandemia ha ampiamente dimostrato.

In conclusione su questo punto e nonostante i rilievi critici sopra effettuati, il sistema delle Conferenze rimane un fulcro essenziale del sistema regionale. Anche dopo la revisione del Titolo V, esse mantengono intatta la loro utilità ai fini del coordinamento delle attività amministrative. Il problema, semmai, è rimetterle su tali binari e implementare l'attività di verifica *a posteriori* di tale coordinamento.

Il che, sia chiaro, non costituisce un'alternativa all'attuazione dell'art. 11 della l.c. n. 3 del 2001 che, secondo quanto ha giustamente scritto Nicola Lupo [*L'integrazione della Commissione parlamentare per le questioni regionali un obbligo per i regolamenti di Camera e Senato*, in *Revista general de derecho constitucional*, 24/2017, 13 ss.] sarebbe un atto dovuto da parte del Parlamento. In tal modo, peraltro, si darebbe finalmente coerenza ad una parte essenziale del Titolo V: la concertazione legislativa massimamente utile in quelle zone di sovrapposizione delle competenze che l'art. 117 Cost. non è riuscito ad evitare. La modalità di tale concertazione dovrebbe tuttavia essere attentamente studiata, per evitare appesantimenti procedimentali e allungamenti dei processi legislativi.

SANDRO STAIANO

È inevitabile qualche notazione retrospettiva. Com'è noto, la partecipazione di rappresentanti delle Regioni e degli enti locali alla Commissione parlamentare per le questioni regionali fu prevista dall'art. 11 della legge costituzionale n. 3 del 2001, di revisione del Titolo V della Parte Seconda, come soluzione-ponte in attesa della revisione del Titolo I, cioè della disciplina del Parlamento e dei procedimenti a esso commessi, mentre si vagheggiava la possibilità del superamento del bicameralismo simmetrico con la costituzione di un "Senato delle Regioni (o delle autonomie territoriali)", così da dare compiutezza a un assetto federale di cui si riteneva di aver avviato il processo costitutivo. Sicché la legge n. 3 del 2001, che non era stata neppure dotata delle norme transitorie, veniva ritenuta idonea a prefigurare un passaggio d'epoca, il passaggio a un diverso tipo di Stato: aspirazione in cui convergevano bassa qualità tecnica e una certa sopravvalutazione della valenza riformatrice dell'atto. Il modello partecipativo proposto dall'art. 11, c. 2, della legge cost. n. 3 del 2001 configura le funzioni della Commissione integrata come consultive rinforzate nel procedimento di formazione della legge statale nell'ambito delle "materie" di cui al terzo comma dell'art. 117 e dell'art. 119 Cost.; in caso di parere contrario o favorevole condizionato, cui la competente Commissione parlamentare in sede referente non si sia adeguata, l'Assemblea è tenuta a deliberare a maggioranza assoluta dei componenti. Fatto è che la disposizione, la cui attuazione sarebbe dovuta passare per la modifica dei regolamenti parlamentari, non ha avuto seguito.

Il "sistema delle conferenze", per un periodo non breve, è rimasto nel limbo della messa in opera marginale ed eventuale in forza della normazione legislativa ordinaria e sublegislativa che ne istituisce le sedi (DPCM 12 ottobre 1983, la Conferenza Stato-Regioni; DPCM 2 luglio 1996, la Conferenza Stato-Città; D.Lgs. n. 281 del 1997, la Conferenza unificata) e ne disciplina i profili generali (art. 12, legge n. 400 del 1988; D.Lgs. n. 281 del 1997) o ambiti specifici di intervento (legge n. 234 del 2012, quanto al ruolo delle Conferenze nel dialogo con la UE nella formazione delle normative e delle politiche). È stato lungo il tempo delle "intese deboli" e dell'influenza limitata.

Da quel limbo l'ha tratta non il legislatore, ma la Corte costituzionale (cui si deve la "riscrittura" dell'altrimenti inapplicabile intero "nuovo" Titolo V), la quale, arbitrando il contenzioso tra Stato e Regioni quanto alla delimitazione dei campi di competenza, soprattutto nei casi di attrazione in sussidiarietà, ha applicato la clausola della leale cooperazione, assumendone l'osservanza quando siano state stipulate «intese» nelle sedi delle Conferenze. Grazie a quest'opera di produzione giurisprudenziale del diritto, che lambisce la sfera del parametro costituzionale, le Conferenze hanno preso centralità nel sistema delle relazioni Stato-Regioni. Recede, di fatto, il ruolo del Parlamento, al quale sfugge il potere di indirizzo politico quanto alla dislocazione e all'esercizio delle funzioni tra centro e periferia, a vantaggio del circuito Esecutivo nazionale-Esecutivi regionali-Conferenze.

Per il futuro (a quanto è dato intravedere in un quadro di elevata instabilità politico-istituzionale, di provvisorietà delle proposte avanzate e di precarietà delle soluzioni introdotte), una volta scomparsa dall'orizzonte (per ora) la revisione del bicameralismo simmetrico e la configurazione della seconda Camera come sede rappresentativa delle autonomie territoriali, ritorna all'attenzione del legislatore il tema della costituzionalizzazione del sistema delle Conferenze.

Non è dato prevedere quale sorte arriderà al disegno di legge n. 1825, presentato al Senato il 3 giugno 2020, nell'ormai decorsa XVIII legislatura: una escogitazione senza futuro o un vero fuoco riformatore. Il d.d.l. riserva alla legge l'«istituzione» della Conferenza tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano e della Conferenza tra lo Stato, le città e le autonomie locali, prevedendone l'adunanza unificata «qualora siano chiamate a esprimersi su un medesimo oggetto» (art. 1). Le Conferenze – su tale fondamento – sarebbero chiamate a manifestare parere preventivo sulle leggi dello Stato intese a far valere quella che è definita «clausola di supremazia statale», della quale viene definito il contenuto: «la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica della Repubblica, ovvero la tutela dell'interesse nazionale». La formula, nella prima parte, riproduce parzialmente il più ampio dettato dell'art. 120 Cost., amputandolo, ove si riferisce alla «tutela dell'unità economica», della specificazione «in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali». Il riferimento ai LEP potrebbe certo essere stato espunto per desiderio di stringatezza, sempre consigliabile in sede di redazione dei testi normativi, tanto più se di rango costituzionale. Ma esso forse non sarebbe stato privo di senso mentre, nel dibattito sulla realizzazione del regionalismo differenziato, e più specificamente sulla dislocazione di competenze che esso comporta, la questione della preventiva determinazione dei LEP è dirimente, sicché attrarla nella sfera della clausola di supremazia avrebbe avuto l'implicazione di sostanziarla nel riferimento anche a un compito di perequazione territoriale. È poi reintrodotto l'«interesse nazionale», come limite generale dei poteri delle Regioni, a partire da quello legislativo, che era stato espunto dal testo della Costituzione con la legge di revisione del Titolo V del 2001. Chi abbia memoria delle vicende del regionalismo italiano sa che l'interesse nazionale appartiene ad altra risalente e decorsa stagione: alla stagione della gerarchia tra Stato e altri livelli di governo, della competenza generale residuale dello Stato, del controllo preventivo sulle leggi regionali, di legittimità e di merito per «contrasto di interessi» (traslato in controllo di legittimità ad opera della Corte, nella disapplicazione del meccanismo di accesso al giudizio delle Camere contemplato dall'originario testo dell'art. 127 Cost.), controllo affidato al Governo. Nella presente stagione – superato l'assetto gerarchico con la costruzione di un ordinamento fondato su un principio di pluralismo paritario, enunciato dal nuovo art. 114, c. 1, Cost. – la garanzia degli interessi unitari e la decisione sulla distribuzione delle funzioni secondo sussidiarietà sono compiute in chiave cooperativa, ed è in tale assetto non gerarchizzato che il sistema della Conferenze trova la sua naturale collocazione, come strumento della cooperazione, sicché la riaffermazione dell'interesse nazionale è dissonante (salva, una

sempre possibile, ma faticosa, risemantizzazione, che, manco a dirlo, finirebbe coll'essere attratta di certo nel campo di creatività della Corte costituzionale).

V'è da interrogarsi sulle ragioni che possono indurre a seguire la via della revisione costituzionale, che, anche quanto alla disciplina dei poteri delle Regioni e più in generale all'ordinamento autonomistico, ha condotto a risultati di bassa qualità, suscitando questioni interpretative e conflitti politico-istituzionali difficili da dirimere (dei quali il terzo comma del nuovo art. 116 è un eccellente esempio), mentre il sistema delle Conferenze attende, per avere compiutezza, *solo* un intervento sui regolamenti parlamentari, certo impegnativo, ma virtuoso sotto due profili: terrebbe pienamente conto del consolidato nella vicenda delle Conferenze, consolidato che deriva dalla messa in opera della legislazione ordinaria in materia e dalla giurisprudenza conformatrice su di essa agente, che non è conveniente cancellare; non metterebbe di nuovo mano, inutilmente, ai princìpi, rischiando di equivocare istituti ed esperienze, per la purtroppo ricorrente dimostrazione di inadeguatezza del legislatore a tenere conto dello spessore della vicenda storica.

LORENZA VIOLINI

In linea di principio, la partecipazione dei diversi livelli di governo dovrebbe attuarsi sia nel momento della produzione legislativa sia in quella della sua attuazione. Questa partecipazione "a due marce" dovrebbe essere propria, quantomeno, delle grandi leggi di riforma che vanno ad incidere sulla struttura del *welfare state* nostrano e che rientrano, per la maggior parte, nella competenza regionale. Si pensi, *de iure condendo,* a leggi sulla tutela della maternità e sul sostegno alla natalità, quelle sulle cure palliative come fattore di contrasto alla sofferenza, alla solitudine e all'abbandono che sono la molla delle scelte eutanasiche, quelle sulla tutela e promozione del lavoro, soprattutto giovanile (di riordino dei provvedimenti fin qui adottati) o, *de iure condito,* alla legge delega sulla disabilità.

Per quanto riguarda la partecipazione al procedimento legislativo, è importante che venga fatto uno sforzo per disegnare l'attuazione della norma costituzionale di integrazione della *Commissione Parlamentare per le questioni regionali* (art. 11, l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3) per iniziare a sperimentare soluzioni partecipative; sussiste – come è noto – una forte difficoltà ad individuare le modalità con cui dare attuazione a tale integrazione; questa difficoltà non dovrebbe però arrestare lo sforzo di fantasia istituzionale volto a far cessare l'inerzia che ha portato in questi decenni a bloccare l'attuazione della norma costituzionale. Va riconosciuto il tentativo compiuto in questa direzione dalla riforma del Regolamento della *Commissione*, approvato il 13 dicembre 2017, che prevede – agli artt. 1 e 2 - sia la consultazione dei Presidenti delle Assemblee Legislative delle Regioni (unitamente alla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, agli enti rappresentativi di Comuni e Province ANCI e UPI, nonché a rappresentanti di enti territoriali) sia la possibilità di una decisione comune tra Commissione e enti ora ricordati circa la programmazione dei lavori della Commissione

stessa. Occorre però ora fare un passo in più e far si che si avvii un processo più strutturato, sia sul piano politico sia su quello giuridico, finalizzato a ipotizzare un disegno normativo in grado di dar forma a raccordi congiunti che leghino in un unico schema, la Commissione stessa, le rappresentanze regionali e locali e, insieme, il sistema delle Conferenze nell'ottica della leale collaborazione, un principio anch'esso sovente ricordato ma assai poco codificato.

L'importanza di avere adeguati strumenti di raccordo è documentata, ad esempio dalla recente legge-delega sulla tutela della disabilità. Qui la partecipazione del livello regionale e locale (ma anche, a ben guardare dei rappresentanti del Terzo Settore) tramite la *Commissione parlamentare per le questioni regionali,* avrebbe potuto essere stata di aiuto nella stesura della legge e nella formulazione dei principi. Emanata la legge, nella prossima legislatura, resta importante che le regioni e gli enti locali siano presenti quando si vanno ad identificare gli strumenti attuativi della legge in esame perché si inseriscano armonicamente nelle amministrazioni dei livelli di governo inferiori. Nella fase della elaborazione dei decreti legislativi delegati – come del resto previsto dalla legge di delegazione – il Parlamento verrà coinvolto tramite i pareri sugli schemi degli stessi ma, sempre in questa fase, le Conferenze dovrebbero essere messe a parte dei progetti governativi soprattutto per quanto riguarda la creazione delle nuove strutture e i nuovi uffici amministrativi quali quelli che saranno deputati a compiere *la valutazione multifunzionale dello stato di disabilità* finalizzata alla costruzione del c.d. *progetto di vita,* il tassello essenziale per realizzare la piena integrazione delle persone con disabilità, che è lo scopo primario della legge. Visto che questo compito sarà di competenza regionale, occorre che anche le Regioni siano parte del percorso che porta al risultato previsto e, a questo scopo, le Conferenze possono essere il luogo adeguato.

Molto si potrebbe aggiungere sul coinvolgimento delle Conferenze nel dare attuazione alle leggi nazionali soprattutto ove queste tocchino la struttura amministrativa regionale e locale; basti qui la considerazione che, se le rappresentanze di enti regionali e locali fossero adeguatamente coinvolte nei processi di produzione normativa, questo sarebbe un primo passo per proseguire in una gestione concordata anche della fase attuativa, fase che potrebbe essere anche prefigurata nelle leggi, al fine di non lasciare a regolamenti e decreti l'onere di indentificare le modalità di attuazione ed essere di stimolo ai soggetti attuatori per confluire verso modalità razionali ed unitarie di organizzazione dei propri servizi.

III Domanda

Che indicazioni possono trarsi dalla vicenda della pandemia rispetto ad una idea competitiva di regionalismo?

GIUSEPPE ARCONZO

Che l'emergenza sanitaria abbia determinato una forte crisi dell'idea cooperativa del regionalismo mi pare fuori di dubbio.

Basta qui ricordare alcune delle principali vicende conflittuali che hanno costellato i rapporti tra Stato e Regioni nel corso degli oltre due anni dello stato di emergenza legato alla pandemia, a cominciare dall'individuazione dei soggetti responsabili a definire le zone rosse in Lombardia, passando per le vicende legate alla gestione della scuola in Campania, nelle Marche e in Puglia, fino al tema delle riaperture delle attività commerciali in Calabria e Valle d'Aosta.

Non è un caso che tali vicende abbiano poi trovato la loro composizione di fronte ad un giudice, prevalentemente quello amministrativo, essendo stata la Corte costituzionale coinvolta solo nel solo caso della Valle d'Aosta (ordinanza n. 4 del 2021 e sentenza n. 37 del 2021, cui deve aggiungersi la recente sentenza n. 164 del 2022, relativa ad un conflitto tra la Provincia autonoma di Bolzano e lo Stato in materia di regolamentazione dell'impiego della certificazione verde, o *green pass*).

Di fronte alle molteplici e ben note conseguenze negative che tali situazioni conflittuali hanno determinato – su tutte, l'incertezza giuridica che la fluviale mole di provvedimenti adottati dai più diversi livelli ha determinato tra il 2020 e il 2021 – credo sia bene evidenziare anche un aspetto positivo, al quale non mi pare si sia data la giusta attenzione.

Al di là della sovraesposizione e degli scomposti eccessi mediatici di molti esponenti politici regionali, non va infatti dimenticato che, nel periodo emergenziale, le istanze di cui le Regioni si sono fatte portatrici hanno di fatto costituito l'unica effettiva forma di contrapposizione, antimaggioritaria, se così si può dire, rispetto alla linea politica seguita a livello nazionale.

Si badi: non si intende qui affatto prendere posizione sul merito delle singole istanze sostenute a livello regionale, sulla cui bontà o meno moltissimo si è scritto in dottrina e per le quali occorrerebbe dilungarsi in spazi non compatibili con il presente forum.

La questione è infatti di metodo, ma non per questo appare meno importante. Forti della loro legittimazione politica diretta, e del loro rapporto immediato con i loro elettori, i Presidenti delle Giunte regionali hanno certamente contribuito a porre l'attenzione su istanze e interessi spesso messi in secondo piano, se non proprio dimenticati, dalla politica nazionale. Politica nazionale che, a sua volta, ha dunque dovuto valutarle e tenerne in qualche modo in considerazione nel momento in cui assumeva le decisioni.

Insomma, pur nei drammatici momenti che hanno caratterizzato il periodo emergenziale, credo che il pluralismo, politico e sociale, di cui le Regioni si sono fatte interpreti – al netto dei molti eccessi, già sopra censurati – abbia comunque in qualche modo giovato al dibattito pubblico e abbia dimostrato come anche la prospettiva competitiva del regionalismo possa determinare una migliore e più ampia visione dei problemi e, in definitiva, avere effetti compatibili con la visione cooperativa che l'art. 5 della nostra Costituzione sembra preferire.

RENATO BALDUZZI

Il nucleo problematico della domanda sta forse proprio nell'aggettivo "competitiva". Esso infatti può intendersi secondo due accezioni principali: come denotante una sorta di tensione permanente alla primazia, tanto nei rapporti tra centro e periferie quanto in quelli tra queste ultime (con le conseguenze ben note in tema di ripartizione delle risorse finanziarie e organizzative), oppure come riferito alla dimensione che potremmo chiamare emulativa, di cui è emblematica l'attenzione alle cosiddette buone pratiche e alla presenza di meccanismi capaci di censirle, monitorarle e disseminarle.

Proprio l'esperienza della pandemia ha costituito e costituisce il banco di prova di queste due accezioni.

Apparentemente, abbiamo assistito a comportamenti espressione di un regionalismo rissoso e poco collaborativo, tanto da suggerire a taluno quale terapia l'ennesima rivisitazione delle regole, nel senso dell'ulteriore modifica delle regole di riparto delle competenze legislative, ovvero della reintroduzione del limite dell'interesse nazionale o dell'introduzione di una sempre problematica clausola di supremazia *bonne à tout faire*) . Se tuttavia proviamo ad andare al di là dell'apparenza, non è difficile riscontrare, almeno in campo sanitario, una base di cooperazione di fatto, relativamente alla quale allora sarebbe sensato, invece di pensare all'ennesimo e inconcludente tentativo di revisione costituzionale, individuare percorsi e strumenti volti a migliorare e a consolidare tale cooperazione: penso anzitutto alla dissonanza tra comportamenti di leale collaborazione ai tavoli comuni e dichiarazioni di (meno leale…) dissociazione una volta i vari protagonisti ritornati nei rispettivi capoluoghi regionali, oppure alla ricerca, da parte del Governo centrale (al netto di qualche malizia …) di forme di consultazione almeno con il Presidente della Conferenza dei presidenti di Regione, oltre che al ruolo della Cabina di regia, guidata dal Ministro della salute e da quello per gli affari regionali. Nella stessa direzione sembra andare la ripresa che il d.l. n. 77/2021, sulla *governance* del PNRR, ha fatto del principio di collaborazione, in particolare per quanto attiene all'attività della Cabina di regia per il Piano nazionale di ripresa e resilienza (art. 2) e del Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale (art. 3). Vanno poi ricordati alcuni comportamenti tenuti nella campagna vaccinale, in cui, a fronte di un ruolo determinato e autorevole di coordinamento forte da parte delle autorità centrali, la risposta regionale è stata quella propria del regionalismo virtuosamente emulativo, in cui anche regioni con significativi problemi sotto il profilo dell'organizzazione delle prestazioni sanitarie e sociosanitarie hanno potuto dimostrare efficienza e gioco di squadra.

Insomma, almeno in tema di emergenze sanitarie, possiamo parlare, per quanto attiene al riparto delle competenze tra Stato e regioni, non tanto di un modello "dualista" (Morrone) quanto di un modello di cooperazione imperfetta, che ha fatto emergere i reali nodi problematici del nostro regionalismo, a cominciare dalla difficoltà, per il centro, di esercitare forme di coordinamento forte e, per le periferie, di intendere il

nucleo concettuale dell'autonomia non come un aumento delle competenze legislative, intese in senso statico e come ossessiva rivendicazione di competenza, ma come capacità di organizzare la risposta politico-amministrativa secondo modalità che ne massimizzino il buon andamento e l'imparzialità.

MATTEO COSULICH

La domanda evoca la tradizionale distinzione *competitive federalism*/*cooperative federalism* che nel contesto istituzionale italiano può essere appunto tradotta in quella tra regionalismo competitivo e regionalismo cooperativo. Che il regionalismo italiano inclini verso quest'ultima accezione emerge anche dalla semplice lettura del testo costituzionale. Basti qui richiamare: all'art. 119 Cost., sia la prevista istituzione, con legge statale, di «un fondo perequativo (…) per i territori con minore capacità fiscale per abitante» (co. 3), sia la previsione di «risorse aggiuntive» e di «interventi speciali» dello Stato, finalizzati, tra l'altro, a «rimuovere gli squilibri economici e sociali», in favore di determinati enti territoriali svantaggiati (co. 5), nonché, da ultimo, l'inserimento di un nuovo comma che, nella stessa direzione, impegna la Repubblica a «rimuovere gli svantaggi derivanti dall'insularità» [testo della legge costituzionale approvata definitivamente in entrambe le camere a maggioranza assoluta e pubblicato in *Gazzetta Ufficiale*, *serie generale*, 29 luglio 2022, 176, p. 33]; all'art. 117 Cost. la notissima attribuzione alla potestà legislativa statale esclusiva della «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (co. 2, lett. *m*), la quale, anche in ragione del suo radicamento nell'obiettivo di rimozione delle diseguaglianze di cui all'art. 3, co. 2 Cost., sembra costituire un argine difficilmente valicabile per le ipotesi di concorrenza fra sistemi locali tipiche del *competitive federalism* e periodicamente riproposte anche nel nostro paese.

Le vicende legate all'emergenza pandemica sembrano le meno adatte per rilanciare ipotesi di letture in senso competitivo del regionalismo. In generale, può osservarsi come tutte le situazioni emergenziali (di natura economica, bellica, sanitaria) tendano quasi naturalmente a rinsaldare il sistema istituzionale non solo attraverso processi di accentramento ma anche di contenimento della conflittualità interna (orizzontale fra Regioni, per quel che qui maggiormente interessa). Quanto ai primi, basti qui richiamare la sent. n. 37 del 2021, con la quale il giudice costituzionale riconduce la legislazione relativa alla pandemia alla potestà legislativa esclusiva statale, grazie a una lettura assai ampia della «profilassi internazionale» di cui all'art. 117, co. 2, lett. *q* Cost. Quanto ai secondi, è significativo che nella legislazione emergenziale il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Provincie autonome venga implicitamente considerato il rappresentante del sistema regionale complessivamente inteso, presupponendosi così una comunanza di interessi fra gli enti regionali che, a ben vedere, è assai lontana dalle logiche del regionalismo competitivo. Si rammenti in proposito che il testo del decreto-legge n. 19 del 2020, convertito dalla legge n. 35 del

2020, prevede che sui d.P.C.m. di «attuazione delle misure di contenimento» venga sentito il Presidente in discorso, qualora esse «riguardino l'intero territorio nazionale», come pure che egli possa proporre d.P.C.m. con tali caratteristiche (art. 2, co.1).

Con specifico riferimento alla materia sanitaria, può rammentarsi come la Regione Lombardia si presenti al tragico appuntamento con la pandemia dotata di un proprio sistema sanitario con caratteristiche assai differenti dagli altri, costruito negli ultimi decenni avvalendosi dell'istituto delle «sperimentazioni gestionali»; si tratta del cosiddetto modello lombardo che, anche in ragione della sua apertura ai produttori privati di prestazioni sanitarie e della sua capacità di attirare l'utenza residente nel resto del territorio nazionale, sembra(va) poter rappresentare un esempio, forse virtuoso, di competizione interregionale in ambito sanitario. Alla prova dei fatti, tuttavia, il sistema sanitario lombardo si è rivelato probabilmente il più fragile nell'affrontare l'emergenza pandemica, anche in ragione delle proprie caratteristiche strutturali. Il che non può non alimentare ulteriori dubbi sull'opportunità di incoraggiare forme competitive di regionalismo nel nostro paese.

MARIO GORLANI

L'alternativa tra un modello cooperativo di regionalismo e uno competitivo rappresenta una contrapposizione più teorica che concreta. Indipendentemente dal grado di cooperazione in essere, in ogni ordinamento che valorizza l'autonomia degli enti territoriali è insita – e in qualche modo desiderabile - l'idea stessa che ogni Regione possa adottare le legislazioni ritenute più adatte di altre al contesto sociale ed economico locale. Infatti, la concorrenza tra governi di diverso livello è ciò che serve per dare vita a forme di emulazione in base alle quali ciascuno governo tenta di attrarre attività economiche o residenti "forti" dal punto di vista reddituale. Per descrivere questa tendenza, più che la nozione di regionalismo competitivo, andrebbe usato il concetto di regionalismo "sperimentale", intendendo con ciò l'obiettivo di riconoscere alle Regioni maggiori possibilità di varare politiche pubbliche innovative, che possano assurgere a modello per le altre e per lo stesso Stato.

L'Italia non ha mai abbracciato un modello realmente competitivo tra Regioni. Ad esso osta la sussistenza di forti competenze e clausole statali unificanti: dalle competenze trasversali alla potestà di armonizzazione e coordinamento del sistema tributario al divieto di istituire dazi o ostacoli alla livera circolazione tra Regioni alla stessa spinta uniformante che proviene dall'Unione europea; ma soprattutto osta l'assenza della principale "leva" di un modello competitivo – ovvero il sistema tributario - rispetto al quale le Regioni italiane hanno, tutt'ora, ridotti margini di manovra.

Questo non implica che il modello italiano abbia, per contrapposizione, un assetto pacificamente cooperativo, e che questo abbia realmente ben funzionato, anche se è nota l'attenzione della Corte agli aspetti di leale collaborazione che debbono facilitare l'efficiente funzionamento del riparto di competenze verticale tra Stato e Regioni. Una

leale collaborazione declinata comunque in chiave verticale, più che orizzontale, perché, come ha dimostrato anche l'esperienza della pandemia, nelle relazioni istituzionali tra Regioni la condivisione è affidata alla spontanea iniziativa dei singoli Enti più che a forme procedimentalizzate o agli strumenti che lo Stato può attivare in sede di Conferenza Stato-Regioni.

La difficoltà di un'efficacia nella cooperazione orizzontale non implica però l'adesione a forme di regionalismo competitivo, che comunque paiono poco coerenti con quelle esigenze di solidarietà territoriale che costituiscono uno dei valori fondanti della nostra organizzazione costituzionale. Durante la pandemia, le Regioni hanno messo in campo politiche ispirate talvolta a una logica di regionalismo "egoistico" (più che competitivo); su questo avrebbe dovuto essere maggiormente incisivo il coordinamento statale, che tuttavia si è fatto trovare spesso impreparato, anche per la assoluta novità della vicenda che il nostro Paese ha dovuto affrontare. E questo deve rappresentare un'esperienza di cui dovrà tenersi conto per il futuro, nel predisporre strumenti di solidarietà nelle situazioni emergenziali che superino la logica ordinaria. In questo senso, una seconda Camera delle Regioni potrebbe offrire gli strumenti idonei per favorire un dialogo tra Regioni nel confronto sulle politiche nazionali.

ANNA MARIA POGGI

L'emergenza pandemica ha reso evidenti una serie di problemi tra cui il principale non mi pare sia stato l'emergere di un regionalismo competitivo, bensì quello di una perversa competizione tra Governo e Regioni, sideralmente distante dal principio di unità della Repubblica di cui all'art. 5 Cost.

Le ricorrenti affermazioni da parte di alcuni Presidenti di Regione (e di qualche Sindaco) circa la necessità di proteggere i "propri" territori e, per converso, la riaffermazione da parte del Governo della primazia della persona giuridica Stato come *fictio iuris* di antica memoria, e perciò "prevalente" sui territori regionali, hanno evidenziato, in entrambi i casi, una visione ben distante dall'impianto costituzionale repubblicano e hanno portato a galla un livello critico di tensione nelle relazioni istituzionali, contrassegnato da quotidiane e reciproche accuse di invadenza dell'altrui terreno. In questo senso ciò che è accaduto è ben più complesso del fenomeno del regionalismo competitivo e ha a che fare con uno dei principali nodi irrisolti del regionalismo italiano riguardante le forme di collaborazione tra Stato e Regioni e il conseguente governo complessivo del sistema. Basti pensare alle tante vicende che, non governate politicamente, si sono poi composte (per modo di dire) in sede giudiziaria [*ex plurimis* T. CERRUTI, *Stato e Regioni nella Repubblica degli anni 2017-2021 fra richieste di differenziazione ed emergenza sanitaria*, in M. CAVINO, L. CONTE, S. MALLARDO, M. MALVICINI (a cura di), *Dove va la Repubblica? Istituzioni e società ancora in transizione*, Bologna, 2022, 91-119]. Ne rammento solo due in cui il braccio di forza tra Stato e Regioni ha avuto esiti diversi per gli enti interessati.

La prima ha riguardato un contenzioso Governo-Regione Calabria relativo al tema della riapertura di alcuni locali addetti alla ristorazione. Il Presidente della Regione Calabria con un'ordinanza del 29 aprile 2020, n. 37 disponeva la riapertura di alcuni locali in evidente contrasto con il decreto legge 25 marzo 2020, n. 19. La vicenda si poneva a valle di un contrasto tra Governo e Regione che si consumava sui mezzi di comunicazione da qualche giorno e si concludeva con la sentenza del TAR Calabria (9 maggio 2020) che annullava, su ricorso del Governo, l'ordinanza. Vi è da chiedersi se non fosse stato più aderente alla Costituzione un comportamento diverso sia del Governo (per esempio nel coinvolgere preventivamente le Regioni nella stesura del decreto legge), sia da parte della Regione (concordando preventivamente con il Governo il contenuto dell'ordinanza). Una vicenda in cui non ha perso solo la Regione, ma hanno perso soprattutto quei cittadini gestori dei locali interessati dalla vicenda che, in base all'ordinanza regionale, si erano attrezzati (anche con risorse economiche) alla riapertura e che dopo pochi giorni hanno dovuto nuovamente chiudere.

La seconda si è sviluppata a ridosso del riavvio dell'anno scolastico 2020-2021 in Piemonte. Il d.P.C.M. 7.9.2020 (attuativo dei decreti legge. 25.3.2020, n. 19, e 16.5.2020, n. 33) attribuiva alle istituzioni scolastiche il compito di predisporre ogni misura utile per l'avvio e il regolare svolgimento dell'anno scolastico, compresa la previsione del coinvolgimento delle famiglie nell'effettuare il controllo della temperatura corporea del bambino/studente a casa ogni giorno prima di recarsi al servizio educativo dell'infanzia o a scuola. La Regione, ritenuto che le fonti statali non contenessero elementi sufficientemente chiari e delineati relativi al coinvolgimento delle famiglie, adottava un decreto del Presidente della Giunta (9.9.2020, n. 95) con cui imponeva alle sole scuole l'obbligo della misurazione (invocando l'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833, in materia di igiene e sanità pubblica). Il 15 settembre la Presidenza del Consiglio dei ministri, e i Ministeri dell'Istruzione e della Salute ricorrevano in via cautelare contro il decreto regionale in quanto, a loro avviso, esso non poteva ritenersi meramente integrativo delle previsioni statali. Il T.A.R. Piemonte in data 17 settembre respingeva il ricorso statale asserendo che il provvedimento regionale non sovvertiva la prescrizione statale, limitandosi unicamente a renderla operativa ed attuale ed, inoltre, esso doveva considerarsi legittimo, essendo stato adottato in materia di competenza concorrente. In questo caso la "vittoria" regionale non consolava affatto famiglie e scuole lasciate nel caos mentre si consumava lo scontro tra i due enti.

In quella crisi, insomma, sono esplose parecchie tensioni che hanno evidenziato un quadro di contrapposizioni che ha appannato la cornice costituzionale all'interno della quale le istituzioni territoriali sono:

a. enti politici, in quanto tali rappresentanti delle comunità territoriali e rappresentativi delle esigenze peculiari che tali comunità esprimono;

b. amministrazioni pubbliche, in quanto tali co-vocate (insieme allo Stato) alla realizzazione dei principi e valori costituzionali.

Le tensioni si sono in qualche misura smorzate quando il Governo Draghi ha deciso di "governare" i problemi, abbandonando la controversa strada dei d.P.C.M. e instaurando un regime di fitta collaborazione tra Stato ed istituzioni territoriali, anche attraverso un'attività meno burocratica e più sul campo del Commissario straordinario.

SANDRO STAIANO

Il regionalismo italiano, sia nella disciplina costituzionale sia nell'esperienza attuativa, si può ascrivere, con elevata plausibilità, al novero dei modelli cooperativi (intendendo questi come opposti ai modelli competitivi, quanto alle relazioni centro-periferia). Depone in tal senso sia la forte integrazione delle funzioni, a partire da quelle legislative (non essendosi mai definito, neppure dopo la revisione asseritamente "federalista" del Titolo V, un campo di competenza esclusiva delle Regioni), sia il tipo di strutturazione istituzionale centro-periferia (quale che sia il giudizio da dare sull'efficienza degli organismi del coordinamento: si diceva dinanzi della vicenda del sistema delle Conferenze). Peraltro, è piuttosto diffuso in dottrina il convincimento che non sia dato ricondurre a un modello autenticamente duale, cioè non improntato al *principium cooperationis*, alcuna forma nota, neppure quelle a più intenso decentramento dei poteri.

Al cospetto della pandemia, le tendenze oppositive e centrifughe rilevate in alcuni contesti regionali non possono considerarsi un fattore di trasformazione di tale modello. Semmai hanno contribuito a incrinarne transitoriamente la coerenza, nella straordinarietà del caso (in un quadro di produzione normativa peraltro complessivamente segnato da asistematicità e irresolutezze).

La partita centro-periferia si è giocata prevalentemente sui poteri di ordinanza, la cui distribuzione è apparsa ben presto frammentata e causa di sovrapposizioni e incertezze.

Facendone una silloge: le Delibera 31 gennaio 2020, dichiarativa dello stato di emergenza, ha attribuito il potere di ordinanza al Capo del Dipartimento della protezione civile, «in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico» (punto 2). Il Capo di Dipartimento della protezione civile lo ha esercitato.

Parallelamente lo stesso potere è stato attribuito, col decreto-legge n. 6 del 2020, al Presidente del Consiglio. Questi lo ha largamente esercitato in forma di decreto.

Ma lo stesso potere è stato esercitato anche dal Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il coordinamento e il contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19, nominato dal Presidente del Consiglio dei ministri in forza dell'art. 122 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18. Tale disposto, al secondo comma, prevede che il Commissario, nell'ambito dell'azione di collaborazione con le Regioni e di supporto a esse, «su richiesta» di queste, possa «adottare in via d'urgenza … i provvedimenti necessari a fronteggiare ogni situazione eccezionale»; siffatti provvedimenti, «di natura non normativa», possono essere adottati

«in deroga a ogni disposizione vigente, nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea». Di essi può essere richiesto il riesame dalla Conferenza Stato-Regioni e dalle singole Regioni «su cui il provvedimento incide». Le misure in essi contenute debbono essere «in ogni caso adeguatamente proporzionate alle finalità perseguite». In ciò si rinvengono di certo tracce di cooperazione.

Ma per altri versi la distribuzione ha tralignato per vie centrifughe.

È stato invero definito il potere di ordinanza dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci in forza del richiamo all'art. 32, c. 3, legge n. 833 del 1978, all'art. 50, c. 5, d.lgs. n. 267 del 2000 (T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) e all'art. 117, d. lgs. n. 112 del 1988, compiuto dall'art. 3, c. 2, del d.l. n. 6 del 2020: a Presidenti e Sindaci è demandato intervenire «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri … nei casi di estrema necessità», emanando «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza».

Quel «nelle more» e quell'«ulteriori misure» sono diventate il grido di battaglia dei Presidenti di Regione (di alcuni in ispecie, di quelli più propensi a interpretare il ruolo come governatorato dei propri tenimenti) nella lotta per prendere campo.

Infatti, volendo interpretare la norma secondo i canoni resi disponibili dalla scienza giuridica: nell'ambito di un «caso straordinario di necessità e di urgenza», che ha condotto all'approvazione del decreto-legge, e in ragione della quale il Presidente del Consiglio è abilitato ad adottare, con ordinanza in forma di decreto, una urgente «misura di contenimento e gestione» (art. 1, c. 1, d.l. n. 6 del 2020), si può creare una situazione di urgenza ancora più stringente. Quell'apposizione «estrema» fa pensare a una contingenza tanto pressante da impedire che possa essere tempestiva l'ordinanza proveniente dall'Esecutivo nazionale. Se alla locuzione «nelle more» si vuole dare un significato corrispondente allo specifico uso linguistico in campo giuridico, essa non può che stare a designare un arco temporale intercorrente tra l'avvio del procedimento inteso alla emanazione del DPCM e il suo compimento, nel quale, per un caso di «urgenza estrema», si renda necessaria una misura regionale o comunale che anticipi gli esiti della decisione governativa. E quest'ultima potrà sempre rimeditare contenuto e portata dell'ordinanza del Presidente della Regione o del Sindaco. Si deve poi ritenere che, in forza dell'art. 2, d.l. n. 6 del 2020, il Presidente della Regione o il Sindaco – considerata la genericità del riferimento alle «autorità competenti» contenuto nel disposto – abbia potuto emanare ordinanze recanti «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza» anche «al di fuori dei casi elencati» dall'art. 1, c. 1 dello stesso decreto-legge.

Ma i canoni dell'interpretazione giuridica non sono apparsi nell'orizzonte di molti Presidenti delle Regioni, o, se sono apparsi per opera di commentatori di buona volontà, sono stati ignorati (nella parti del Paese più popolose e più rilevanti per composizione economica, e dove mordendo o minacciando di mordere più fortemente la pandemia, veniva dai "popoli" una domanda di sicurezza al cospetto della quale andavano rappresentate – nel senso di essere esibite su un palcoscenico mediatico – misure rassicuranti): quei Presidenti hanno concepito il «nelle more» e l'«ulteriore» nel senso

della pienezza del potere di realizzare autonome politiche di contrasto all'emergenza pandemica.

E ciò li ha portati in collisione anche con il Ministro della salute, titolare a sua volta del potere di ordinanza sul fondamento dell'art. 32 della legge n. 833 del 1978, che lo ha esercitato in chiave espansiva, dichiarando bensì di operare «in attuazione», ma sovente invece estendono le previsioni dei DPCM a fattispecie da questi non contemplate, con interventi qualificabili come «ulteriori misure» (e talvolta questa locuzione è in effetti espressamente adoperata nei testi). Sull'«ulteriorità» si è aperto, per le Regioni, un fronte anche su questo versante. E come evitarlo del resto? È invero arduo discernere, in concreto, a quale determinazione possa essere riconosciuto il carattere di "ulteriorità" (da ritenere perciò legittima) e quale determinazione abbia invece connotati di innovatività scevra da qualsiasi rapporto di continuazione-trascendenza rispetto alla disciplina del DPCM (da ritenere perciò illegittima): filosoficamente arduo definirlo, dommaticamente pressoché impossibile.

Un tentativo di razionalizzazione si è avuto col decreto-legge n. 19 del 2020, che ha avuto il merito non disconoscibile di rimettere almeno la produzione normativa della pandemia nei binari della riserva di legge, dai quali essa aveva deragliato vistosamente. Ma che non è riuscito a contenere i Presidenti delle Regioni.

Le soluzioni: il decreto-legge ha dettagliato l'elenco delle misure applicabili con ordinanza (art. 1, c. 2). Ha specificato il senso da attribuire alla formula «nelle more» dell'intervento con DPCM, laddove ha limitato «fino al momento» dell'adozione di tale atto l'efficacia di provvedimenti adottati «in casi di estrema necessità e urgenza per situazioni sopravvenute» (art. 2, c. 2), o, in ambito regionale, «in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario» verificatesi nel territorio della Regione o in parte di esso (art. 3, c. 1). Ha identificato soggettivamente il corrispondente potere nel Ministro della salute e nelle Regioni: art. 2, c. 2 e art. 3, c. 1. Ha tentato di apprestare una soluzione al conflitto – facilmente riconoscibile come potenziale e poi venuto effettivamente in atto – tra soggetti dell'autonomia locale, laddove ha stabilito l'inefficacia di ordinanze contingibili e urgenti dei Sindaci dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali e regionali (art. 3, c. 2). Ha soppresso, abrogando pressoché interamente il d.l. n. 6 del 2020, non riproducendolo per questa parte, il riferimento a «ulteriori misure»; e ha previsto invece che, al prodursi di «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso», le Regioni «possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'art. 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale» (art. 3, c. 1), con ciò consentendo l'esercizio del potere di ordinanza al Presidente della Regione. L'intenzione era, in tutta evidenza, di trarre di ambiguità la locuzione «ulteriori misure», sostituendo all'aggettivazione l'avverbio, apponendo la diversa aggettivazione «restrittive» e introducendo il riferimento al solo campo delle «attività di competenza» regionale, al fine di limitare, con questa escogitazione lessicale, la sfera d'azione dell'agente, il "terribile agente" Presidente della Regione.

Ma a moderare i Presidenti non è certo bastato. Essi, infatti, hanno interpretato quel riferimento alle «attività di competenza» regionale, come un richiamo alla sanità, da ritenersi attratta senza residui nella pienezza della disponibilità regionale, poteri emergenziali inclusi. Il che è fuorviante poiché, trattandosi di una situazione qualificata come «stato di emergenza di rilievo nazionale», la competenza, per come è configurato il sistema sanitario, piuttosto che essere sempre, non è mai regionale: si legga il d.lgs. n. 112 del 1998, che pure ha compiuto un rimarchevole trasferimento di funzioni dallo Stato alle Regioni in materia di sanità e che pure, all'art. 117, ha rapportato la competenza ad adottare misure d'urgenza alla dimensione dell'emergenza, affermando quella statale quando sia coinvolto l'intero territorio nazionale; e, all'art. 126, ha mantenuto allo Stato le funzioni amministrative in materia di profilassi internazionale.

Volendo trarre qualche esito ricostruttivo: le Regioni – più esattamente i loro Presidenti, a riprova delle conseguenze cui può portare la torsione monocratica impressa alla forma di governo regionale con la revisione costituzionale del 1999 – al cospetto della pandemia, hanno presidiato saldamente le vie di fuga dal centro verso la periferia, e allo stesso tempo accentrato poteri nei confronti delle autonomie territoriali sub-regionali. Lo Stato, con la legge, in cui avrebbe dovuto compiersi l'ordinato processo di integrazione politica necessario a fronteggiare la pandemia, si è incagliato in compromessi imperfetti e in composizioni deboli o solo apparenti.

Cessata la pandemia, superata la fase emergenziale del contagio, l'intero sistema dei poteri apprestato per fronteggiarla è rifluito negli argini della ordinaria cooperazione centro-periferia.

Ma l'esperienza dell'emergenza ha mostrato il baco nel sistema: la capacità dissolutiva potenziale derivante dalla combinazione tra tendenze rivendicative locali e assetto monocratico della forma di governo regionale. E così si conferma il potenziale di disallineamento dalla Costituzione di certe versioni del regionalismo differenziato.

LORENZA VIOLINI

In tutta sincerità, penso che la natura competitiva del nostro regionalismo sia da mettere fortemente in discussione e che i contrasti tra i due livelli di governo emersi durante la pandemia siano da archiviare al più presto, dovuti come erano alla speciale ed inedita contingenza rappresentata dall'emergenza sanitaria. L'emergenza ha rimesso in luce l'importanza di un livello decisionale centrale che, se adeguatamente attrezzato, era l'unico che poteva tenere sotto controllo la situazione. E, tuttavia, non si può negare che i provvedimenti presi dal centro, uniformi per tutte le regioni, hanno anche creato non pochi problemi alle zone non particolarmente in pericolo. In quanto non in grado di calibrare la propria forza rispetto alla diffusione, certamente differenziata, del virus, il *lockdown* generalizzato aveva certamente elementi problematici ma questi sono discorsi che si possono fare ora mentre non erano neppure ipotizzabili al momento più drammatico dell'esplosione della pandemia, quando invece paura e incertezza, uniti alla mancanza di precedenti e, quindi, di esperienza in materia, dilagavano.

Oltre alla tendenza a prendere decisioni tempestive ed efficaci (e quindi tendenzialmente uniformi), la pandemia ha posto al nostro come a tutti gli altri ordinamenti il tema del c.d. "diritto della crisi" e delle soluzioni da adottare, visto che le crisi si succedono e non cessano di prospettarsi, come accade al momento in cui si scrive a motivo della emergenza energetica dovuta ai problemi nell'approvvigionamento del gas causati dal conflitto tra Russia e Ucraina. Pensare che un diritto di tale natura possa prevedere elementi di "competizione" tra livelli di governo è, a parere di chi scrive, completamente fuori luogo mentre deve prevalere la logica della collaborazione; le crisi dovrebbero evocare la necessità di mettere da parte la mera ricerca del consenso – che si è vista in certi momenti della pandemia - per ricercare, adottare e favorire le migliori soluzioni tecniche possibili.

Un nota bene che riguarda la attuazione del PNRR (domanda nr. 5). A ben vedere, anche l'attuazione del PNRR rappresenta una forma di "diritto della crisi" o, per essere meno paradossali, una forma di diritto finalizzato al superamento della crisi ma altrettanto stringente nei suoi presupposti e nella sua attuazione. Anche qui stanno dominando forma di centralizzazione, rese inevitabili dall'urgenza di provvedere ma anche dalla capacità/incapacità dei diversi livelli di governo di porre in essere tutti i provvedimenti che discendono a cascata dal Piano. Non a caso il decreto legge sulla attuazione del PNRR, che definisce la *governance* del sistema, ha anche previsto forme molto rigide di poteri sostitutivi in caso di inadempienza da parte degli enti attuatori. E, tuttavia, va ricordato che, in materia di poteri sostitutivi, la Costituzione, all'art. 120, I comma, fa riferimento al principio di sussidiarietà, letto dalla Corte Costituzionale come implicante la necessaria temporaneità della sostituzione e la partecipazione dell'ente "sostituito" al processo in atto. Anche in questo caso, dunque, la leale cooperazione dovrà avere lo spazio necessario per contemperare le ragioni dell'autonomia con quelle dell'efficienza e della tempestività.

IV Domanda

Come occorre impostare il rapporto tra prospettive di differenziazione ed esigenze di garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali? Che tipo di interventi di livello costituzionale e primario si possono immaginare per assicurare l'effettività della solidarietà territoriale?

GIUSEPPE ARCONZO

Sarà forse banale dirlo, ma fino alla mancata definizione dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP) concernenti tutti i diritti civili e sociali, io credo che la prospettiva della differenziazione di cui all'art. 116, comma 3, Cost. non solo sarà necessariamente monca, ma rischi di collocarsi in una dimensione persino estranea a quella connaturata ai principi di eguaglianza e di solidarietà che costituiscono i cardini della nostra Costituzione.

Credo quindi che l'individuazione dei LEP – oltre ad assicurare in generale i contenuti minimi del rapporto sussistente tra i cittadini e i pubblici poteri (il cuore della cittadinanza sociale, secondo una formula spesso evocata) – costituisca un prerequisito indispensabile anche per avviare e, soprattutto, portare a termine un percorso di differenziazione compatibile con la Costituzione. Un percorso, in altre parole, che eviti dunque l'inasprimento dell'attuale diseguaglianza socioeconomica, già riscontrabile tra le varie Regioni italiane.

Per comprendere la ragione di questa affermazione può essere utile ricordare quanto la Corte costituzionale, solo pochi mesi fa – con la sentenza n. 220 del 2021, depositata a novembre dello scorso anno – ha nuovamente ribadito, criticando «il perdurante ritardo dello Stato nel definire i LEP, i quali 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». La Corte ha sottolineato ancora una volta come i LEP rappresentino «un elemento imprescindibile per uno svolgimento leale e trasparente dei rapporti finanziari fra lo Stato e le autonomie territoriali», segnalando altresì che «il ritardo nella definizione dei LEP rappresenta un ostacolo non solo alla piena attuazione dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali, ma anche al pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni inerenti ai diritti sociali».

Benissimo, dunque, la differenziazione che intende far fronte ai bisogni peculiari di determinati territori, purché però siano prima chiare le risorse di cui devono disporre *tutte* le Regioni per garantire i LEP (non si dimentichi, in questa prospettiva, che la garanzia dei LEP legittima il ricorso ai poteri sostitutivi, *ex* art. 120 Cost.).

Tra l'altro, ciò non consentirebbe soltanto di assicurare le necessarie esigenze di solidarietà e eguaglianza, ma renderebbe possibile proprio per le Regioni interessate alla differenziazione aumentare quei servizi che meglio potranno garantire le esigenze specifiche di quanti vivono e operano in quelle Regioni.

D'altra parte, che l'individuazione dei LEP sia indispensabile anche e soprattutto al fine dell'attuazione del regionalismo differenziato, sembra trovare conferma anche in quanto sancito dai commi 4 e 5 dell'art. 119 Cost.

Tali previsioni, infatti, continuano – e continueranno, occorre sempre sottolinearlo, anche in caso di regionalismo differenziato – a garantire che le funzioni pubbliche siano necessariamente assicurate ovunque, eventualmente anche attraverso i fondi perequativi di cui all'art. 119, comma 4, Cost. Va ricordato che resterebbe altresì ferma la possibilità da parte dello Stato di destinare risorse aggiuntive e di disporre interventi speciali per garantire, tra le altre cose, «la coesione e la solidarietà sociale [e] per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona», secondo quanto previsto dall'art. 119, comma 5, Cost., secondo quanto disposto anche dall'art. 117, comma 2, lettera *e*), Cost., che attribuisce allo Stato competenza esclusiva in materia di «perequazione finanziaria» (sul punto, cfr. Corte cost., sentenza n. 187 del 2021).

A fronte di ciò, credo in definitiva che l'individuazione preliminare dei LEP sia necessaria per consentire – nella prospettiva del regionalismo differenziato – anche il rispetto del principio di corrispondenza tra funzioni e risorse di cui all'art. 119 Cost., sia

con riferimento alle Regioni che intendono procedere sulla via della differenziazione, sia nei confronti delle altre Regioni. Ciò, infatti, dovrebbe evitare che lo Stato, per far fronte al finanziamento delle ulteriori funzioni attribuite alle Regioni che ambiscono alla differenziazione, si trovi a ricorrere a stanziamenti non previsti, ma necessari per garantire l'attuazione delle funzioni che devono essere comunque assicurate nelle Regioni che non sceglieranno la via dell'art. 116, comma 3, Cost.

RENATO BALDUZZI

La domanda sembra muovere da un presupposto che forse andrebbe ripensato: quello secondo cui, essendo pacificamente assodata una sorta di sovrapposizione, se non di identità, tra il principio di eguaglianza nelle sue concrete applicazioni e la nozione di livelli essenziali delle prestazioni, una volta che, relativamente a un determinato diritto sociale (mi limito per brevità a questi, in quanto l'estensione operativa del ragionamento ai diritti civili resta uno dei nodi irrisolti, in via generale, dalla revisione costituzionale del 2001), sia codificata una declaratoria, anche con differente graduazione di dettaglio, dei lep, questo assicuri di per sé il soddisfacimento delle esigenze di eguaglianza tra cittadini e di solidarietà tra territori.

È proprio qui che si rivela l'insufficienza di quello che prima ho chiamato l'approccio indifferenziato alla tematica del regionalismo differenziato, di cui la materia sanitaria fornisce un eloquente esempio.

Prima ancora che a confronto con la questione dell'uguaglianza (a partire dalla domanda se la differenziazione, cioè le ulteriori forme e condizioni di autonomia diversamente allocate tra questa e quella regione, produca di per sé diseguaglianza, oppure sia tale da realizzare una migliore uguaglianza), il c.d. regionalismo differenziato dovrebbe confrontarsi, almeno quando riferito ai diritti sociali – e in particolare a quelli che per i quali sono approntate strutture ordinamentali e organizzative *ad hoc* (Servizio sanitario nazionale, sistema nazionale dell'istruzione, sistema integrato dei servizi sociali) –, rispetto alla sua compatibilità con i principi che regolano quelle strutture.

In campo sanitario, ad esempio, è certamente vero che, anche a causa di una certa debolezza strutturale e operativa del governo centrale, singoli soggetti regionali, prescindendo dalle reali capacità, abbiano pensato di fare da sé in alcuni settori percepiti come problematici. Tali richieste, tuttavia, impattano su due nodi cruciali da cui dipende la sopravvivenza del Servizio sanitario nazionale, cioè la partecipazione al costo delle prestazioni e l'istituzione di fondi sanitari integrativi. Non è difficile constatare che la linea di politica sanitaria che, in passato, propendeva per l'accentuazione della tendenza a individualizzare la risposta al bisogno e la conseguente preferenza per un sistema di concorrenza poco o non regolata – posizione che, come da tempo ho avuto modo di osservare, sottolineava la necessità di una autonomia totale in capo alle regioni quale strumento per rompere l'equazione tra diritto alla salute e organizzazione del Servizio sanitario nazionale su base pubblicistica, e sostituirvi, attraverso un'unica decisione

nazionale che avesse una portata devolutiva delle competenze centrali, diverse basi o "pilastri", considerati più adeguati alla tendenza individualizzante e soggettivizzante del vivere contemporaneo – sembri oggi indirizzare la propria attenzione in tanti striscianti percorsi differenziati. Tali approcci, tuttavia, finiscono per trascurare che, in materia sanitaria, l'attuazione dell'art. 116, c. 3, presenta profili di peculiarità rispetto ad altri settori dell'ordinamento. Qui infatti non si tratta di dare genericamente maggiore autonomia (chiunque conosca anche soltanto un po' la storia del nostro Servizio sanitario nazionale sa che la regionalizzazione del medesimo viene da lontano), quanto piuttosto specifiche e puntuali assegnazioni di competenza in campo legislativo e amministrativo, in quanto proprio l'esistenza di un Ssn costituisce un limite obiettivo alla previsione di generalizzate e generiche differenziazioni tra i Servizi sanitari regionali che lo compongono. Un sistema nazionale di tutela della salute fondato sull'universalità dei destinatari, la globalità della copertura assistenziale, l'equità di accesso sotto il profilo economico e territoriale, l'appropriatezza delle prestazioni e il finanziamento sulla base della fiscalità generale (progressiva, cioè equa) ha tra le sue finalità primarie quella di promuovere l'avvicinamento tra situazioni regionali diverse, mirando a ridurre le diseguaglianze territoriali e le conseguenti disparità di trattamento personali, non a cristallizzarle. La differenziazione tra territori, dato di partenza del sistema sanitario, va governata centralmente affidando alle Regioni strumenti incisivi per partecipare attivamente, a seconda del proprio indirizzo di governo, alla determinazione delle modalità di protezione del diritto alla salute, a partire proprio dalle scelte di organizzazione del Servizio sanitario regionale che devono, tuttavia, armonizzarsi dentro la cornice del Servizio sanitario nazionale.

Per contro, le proposte regionali sin qui avanzate in tema di tutela della salute sembrano comportare un effetto di destrutturazione del Ssn e, conseguentemente, l'aumento delle diseguaglianze e delle iniquità. Ciò è particolarmente evidente appunto per le proposte riferite al binomio misure di compartecipazione alla spesa sanitaria-fondi sanitari integrativi, ma emerge anche dal complesso degli oggetti rivendicati: non è infatti difficile scorgere nella combinazione tra fondi essenzialmente di carattere "sostitutivo" (se si volesse mantenerne il carattere "integrativo", ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. n. 502/1992, non avrebbe senso chiedere l'estensione differenziata delle competenze), manovre sui ticket, regole "ammorbidite" quanto all'attività libero-professionale intramuraria e facoltà di assumere medici non in possesso di specializzazione né che abbiano stipulato un contratto di formazione specialistica, la costruzione in filigrana di quel sistema "a doppio pilastro" che, non accolto a livello nazionale, si vorrebbe introdurre, come sopra accennato, in modo surrettizio e strisciante.

MATTEO COSULICH

L'ovvia premessa è che ogni forma di regionalismo implica un qualche grado di differenziazione nell'esercizio delle funzioni – amministrative o legislative –

costituzionalmente attribuite alle Regioni ed esercitate anche sulla base degli orientamenti degli organi regionali elettivi; in assenza di un grado ancorché minimo di differenziazione, infatti, sarebbe probabilmente preferibile che le funzioni fossero esercitate a livello centrale, richiedendosi a tal fine un minor impiego di risorse, in ragione delle possibili economie di scala. A sua volta, la differenziazione trova la sua ragion d'essere nelle diverse caratteristiche sociali, economiche, culturali dei territori e delle popolazioni delle varie Regioni che richiedono forme differenziate di intervento per conseguire i medesimi risultati, che, per quel che qui maggiormente interessa, si potrebbero riassumere nei «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, co. 2, lett. *m* Cost.), la cui necessaria uniformità deriva dal carattere unitario dell'ordinamento (art. 5 Cost.), nel suo intrecciarsi con il suo carattere sociale (art. 3, co, 2 Cost.). Riassuntivamente, potrebbe dirsi che la differenziazione degli strumenti di intervento fra le varie Regioni è funzionale al conseguimento dei medesimi obiettivi in tutto il paese, in ragione delle diverse caratteristiche che le varie sue parti presentano. Non per nulla, quanto più un territorio e una popolazione presentano caratteristiche disomogenee rispetto al resto d'Italia, tanto più lì si accentuano le forme di esercizio differenziato delle funzioni, come nel caso delle Regioni speciali, corrispondenti a territori eccentrici, spesso caratterizzati da *cleavages* linguistici che ne segmentano la popolazione.

Proprio l'ora richiamato riferimento alle Regioni ad autonomia speciale permette di introdurre nel nostro discorso un'altra forma, più marcata, di differenziazione, allorché a diversificarsi non è soltanto l'esercizio delle funzioni, ma anche la loro titolarità: è ben noto che ciascuno Statuto speciale attribuisce alla Regione corrispondente funzioni peculiari che non trovano necessariamente riscontro nelle altre Regioni, massime a Statuto ordinario. Forma più marcata di differenziazione che, nel caso delle specialità, si spiega agevolmente alla luce delle particolari caratteristiche dei territori e delle popolazioni corrispondenti, cui si accennava poc'anzi. Il che peraltro non significa che venga meno l'obiettivo di assicurare pure lì i medesimi livelli essenziali delle prestazioni alla cui garanzia sono anzi finalizzate anche le eventuali ulteriori funzioni attribuite alla Regione dal suo Statuto speciale. Tanto è vero che in materia sanitaria, dove tali livelli sono stati puntualmente determinati nella forma dei livelli essenziali di assistenza, non si è mai dubitato che questi ultimi vincolino le Regioni speciali, al pari di quelle ordinarie (Corte cost., sent. n. 134 del 2006).

Le considerazioni ora svolte possono guidarci nell'analisi delle possibili modalità di attuazione del procedimento di differenziazione delle Regioni ordinarie, *ex* art. 116, co. 3 Cost., che non a caso ragiona di «forme e condizioni particolari di autonomia», analogamente al suo co. 1, relativo alle Regioni a Statuto speciale. In tale prospettiva, le ipotesi di regionalismo differenziato andrebbero guardare con favore nella misura in cui siano volte ad agevolare la garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni nella Regioni interessata, in ragione delle peculiarità socioeconomiche e culturali che essa presenta.

Se l'obiettivo primario va individuato nell'uniforme garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni in tutto il paese, alla luce di tale obiettivo va affrontata la questione della solidarietà a favore dei «territori con minore capacità fiscale per abitante» o

comunque altrimenti svantaggiati (art. 119 Cost.): quanto più si accentua la differenziazione interregionale, tanto più occorre rafforzare l'attuazione legislativa delle disposizioni costituzionali ora richiamate, per evitare che, paradossalmente, il pieno raggiungimento dei livelli prestazionali di cui all'art. 117, co. 2, lett. *m* in una Regione differenziatesi possa andare a detrimento di altre Regioni finanziariamente e fiscalmente più fragili e perciò stesso più restie ad avviare il procedimento destinato a sfociare nel regionalismo differenziato.

MARIO GORLANI

Il modello costituzionale dello Stato pluralista contemporaneo si fonda sulla sintesi e l'equilibrio tra i due valori fondamentali che lo permeano: la libertà e l'eguaglianza. La prima tende fisiologicamente ad alimentare le differenze tra gli individui; la seconda a ricreare, dal punto di vista normativo e sostanziale, una condizione di parità (o, quantomeno, di pari opportunità). In questa dialettica, nel trovare il punto di bilanciamento tra queste esigenze, sta la scommessa e l'ambizione degli ordinamenti che si fondano sui principi del costituzionalismo democratico.

Questo è vero anche per quanto riguarda l'autonomia territoriale: ogni ordinamento unitario e autonomistico, secondo la formula dell'art. 5 Cost., è chiamato a trovare un punto di equilibrio tra tendenze centralizzanti e uniformanti e spinte alla differenziazione locale. E lo fa secondo percorsi propri, che tengono conto delle origini storiche del percorso di federalizzazione e dei tratti distintivi delle diverse realtà territoriali.

Per definizione, quindi, l'autonomia implica il riconoscimento di una libertà di differenziazione delle politiche degli enti decentrati e una naturale tensione con le istanze egualitarie e solidaristiche che l'unità nazionale e il principio di eguaglianza postulano. Che in alcuni ambiti materiali il regime normativo e amministrativo – ed anche fiscale – sia differente per i cittadini a seconda della Regione in cui risiedono, è un dato riconosciuto dalla Costituzione e valorizzato, ormai parte irrinunciabile della democrazia pluralista, anche sul piano territoriale. che viene bilanciato mettendo a disposizione dello Stato centrale strumenti e risorse che consentano una redistribuzione quantitativa e qualitativa dei servizi offerti ai cittadini. In questo senso, il principale strumento che la Costituzione ha attribuito allo Stato è rappresentato dalle competenze legislative esclusive e trasversali, e in particolare quella riferita alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, da attivare congiuntamente al sostegno finanziario per la copertura dei costi standard dei principali servizi.

La realtà del nostro Paese, che vede profonde differenze tra i territori regionali per quanto riguarda la distribuzione della ricchezza ma, soprattutto, per quanto riguarda la qualità dei servizi, obbliga peraltro ad affrontare la questione della effettività della solidarietà territoriale non solo e non tanto come perequazione di risorse economiche –

il "famigerato" residuo fiscale – quanto come un problema di standard di efficienza dei servizi economici, sociali e burocratici.

È soprattutto questo dato di fatto a rendere particolarmente problematica una politica di coesione territoriale. Se infatti si trattasse soltanto di assicurare una sostanziale parità di risorse disponibili, sarebbe sufficiente proseguire con le ben note politiche redistributive e perequative perseguite per decenni. Ben più complesso, invece, costruire una omogeneità nell'efficienza dei sistemi amministrativi nel favorire l'insediamento di nuove attività, nell'assicurare una politica territoriale attrattiva e nel restituire servizi adeguati, sulla base di costi sostenibili. La riuscita di questo proposito non può che essere affidata alla responsabilità del sistema politico regionale, e alla sua capacità di dar vita ad un'organizzazione amministrativa efficace e preparata nell'attuazione delle politiche pubbliche.

L'esperienza italiana mostra che non si è riusciti sin qui a promuovere il raggiungimento dell'obiettivo di una maggiore uniformità territoriale; ma questo non significa necessariamente che debbano essere sperimentati nuovi percorsi, e non si debba invece insistere nel chiarire meglio le attuali competenze, nello standardizzare e semplificare le procedure amministrative per renderle più facilmente esportabili, nel definire con chiarezza i LEA e le risorse per garantirli, nell'intervenire da parte dello Stato a sostegno delle Regioni che più faticano ad assicurare il rispetto degli standard minimi.

ANNA MARIA POGGI

Per impostare correttamente tale rapporto occorrerebbe anzitutto una rivoluzione culturale.

Occorrerebbe, in altri termini, che il sistema politico (Parlamento, Consigli regionali…) e delle istituzioni governanti (Ministeri, governi regionali…) si convincesse realmente del fatto che quando si decentrano dallo Stato ai sistemi territoriali funzioni riguardanti prestazioni in materia di diritti civili e sociali si avverte inevitabilmente la necessità di controbilanciare tali trasferimenti con strumenti che garantiscano l'eguaglianza sostanziale dei cittadini su tutto il territorio nazionale. Ciò indipendentemente dal livello di decentramento che si realizza, ovvero dal fatto che un determinato sistema si possa qualificare regionale o federale.

Se tale convinzione avesse animato le nostre istituzioni a partire dagli anni Settanta, non avremmo oggi il livello di diseguaglianze che ci caratterizza.

La revisione costituzionale del 2001 ha inevitabilmente acuito il problema: sia in forza della riforma delle competenze legislative, sia in virtù dell'introduzione del principio di sussidiarietà, che hanno spostato prevalentemente sul livello locale l'attuazione dei principi in materia di diritti sociali e l'organizzazione dei relativi servizi.

La risposta dei territori, infatti, è diversa, perché diverse sono le risorse (umane, culturali, di organizzazione e finanziarie) di cui essi dispongono. Tali differenti risposte

possono concretamente incidere sul godimento di diritti essenziali da parte dei cittadini, a seconda della zona del Paese in cui essi risiedono. Il caso della sanità, il cui decentramento risale all'inizio degli anni Novanta, è emblematico: nonostante siano stati fissati i LE vi sono zone del Paese in cui alcune prestazioni (comprese nei LE) sono garantite ed altre in cui tali prestazioni non lo sono.

Proprio perciò la competenza sull'*attuazione* dei LE non può che essere della Repubblica nel suo complesso:

- dello Stato (Parlamento e Governo) che li fissano, individuano l'ente titolare della prestazione; attribuiscono adeguate risorse per la loro effettività e successivamente ne verificano la realizzazione;

- delle Regioni o degli altri enti che devono approntare le strutture per la loro effettiva erogazione.

Va precisato che potrebbe immaginarsi anche un sistema diverso, di maggiore responsabilità delle Regioni, anche nella forma di una legislazione di attuazione di leggi quadro statali. Tuttavia tale sistema potrebbe essere fattore di eguaglianza sostanziale solo se riverificassero almeno tre condizioni concomitanti: a) le Regioni avessero identiche condizioni economiche e finanziarie; b) sempre le stesse fossero dotate di uguali (o almeno identiche) organizzazioni amministrative; c) in ultimo che esse effettuassero le stesse scelte politiche sulle prestazioni da garantire e sul livello da assicurare.

D'altro lato l'art. 118 Cost. non consente, se non astrattamente, una gestione amministrativa delle prestazioni ad opera dello Stato: il principio di sussidiarietà costituisce infatti il principio cardine dell'attribuzione delle funzioni amministrative e normalmente esso funziona a cascata in modo discendente e non verso l'alto. L'impossibilità di attribuire l'intera competenza legislativa dei LEP alle Regioni e, per converso, l'impossibilità di ritenere che lo Stato possa interamente gestire con la propria organizzazione amministrativa l'erogazione dei LEP conducono alla ricerca di un inevitabile punto di equilibrio tra i due estremi.

Quanto alla procedura di determinazione dei LEP, si potrebbe ipotizzare il seguente percorso:

a. individuazione delle posizioni di diritto soggettivo in relazione alle aree di intervento (istruzione, assistenza, sanità….) e correlative prestazioni, indicatori di prestazione;

b. analisi della domanda di servizi correlativi alle aree di intervento nelle diverse Regioni;

c. analisi delle condizioni di offerta delle prestazioni nelle diverse Regioni (per l'eventuale riequilibrio per l'attuazione dei LEP);

d. analisi dei sistemi informativi;

e. predisposizione dell'atto di determinazione dei LEP previa consultazione con gli enti attuatori;

f. piano dei trasferimenti e degli interventi di sostegno *versus* Regioni, enti locali etc. di volta in volta impegnati nell'attuazione dei LEP;

g. istituzione di gruppi tecnici governativi-regionali per il monitoraggio e la verifica dell'attuazione.

SANDRO STAIANO

Anzitutto occorrerebbe liberare il tema della differenziazione dalle brume delle mitologie nordiche, riconducendola nei confini del suo scopo nel quadro costituzionale.

Dopo il superamento, con la revisione nel 2001 del Titolo V della Parte II, del principio del parallelismo delle funzioni, andrebbe, in via preliminare, esplorata la strada del trasferimento (anche differenziato, e non solo uniforme, come invece sempre si è fatto) di funzioni amministrative sulla base dell'art. 118, c. 1, Cost., il quale consente la differenziazione sia "perimetrando" le funzioni amministrative proprie delle Regioni, delle quali non si renda necessario l'esercizio uniforme tra gli enti di pari livello, sia conferendo ulteriori e specifiche funzioni amministrative attraverso la traslazione verticale di esse tra i livelli di governo. E, quando si tratti del conferimento di funzioni ulteriori nelle materie di legislazione esclusiva dello Stato, la dislocazione di esse verso la Regione può essere accompagnata dalla delega della corrispondente potestà regolamentare (art. 117, c. 6), integrando a livello regionale funzione amministrativa e funzione normativa, benché di rango sub-legislativo. Tale dislocazione della funzione normativa potrebbe essere molto ampia, se fosse accompagnata da una contestuale corrispondente opera di delegificazione.

A questo punto, e solo a questo punto, potrebbe venire in discorso una possibilità di dislocazione differenziata delle competenze legislative, secondo l'art. 116, c. 3, Cost., e solo se, ai fini di maggiore efficienza-adeguatezza, si renda necessario accompagnare alla dislocazione di funzioni amministrative dallo Stato verso singole Regioni, la dislocazione di una quota di potestà legislativa. Alla dislocazione delle funzioni, amministrative e legislative, dovrebbe accompagnarsi la devoluzione delle risorse finanziarie corrispondenti, in conformità all'art. 119 Cost., e in consonanza con la legge n. 42 del 2009.

La dislocazione differenziata di funzioni legislative in singole Regioni – forse è il caso di rilevarlo al cospetto dei ricorrenti equivoci suscitati sul punto – non è affatto un adempimento costituzionalmente necessario, o addirittura un "diritto" di alcune Regioni (o dei loro "popoli"); ma è una possibilità di adeguamento del quadro dei poteri, ove prema l'esigenza di una più piena attuazione del principio di sussidiarietà verticale e dei suoi corollari.

Ne deriva che nessuna dislocazione di funzioni verso le Regioni dovrebbe avvenire senza un'adeguata analisi preliminare delle funzioni e senza un'analisi di impatto (AIR), specie con riferimento agli effetti dell'attribuzione delle nuove competenze sull'organizzazione e sul funzionamento delle singole Regioni destinatarie, valutandone in via preventiva la capacità di esercitare ogni funzione da trasferire in

maniera più efficiente e più corretta di quanto possa avvenire nell'opzione alternativa della conservazione alla sfera d'azione dello Stato.

Tutto ciò opportunamente premesso, una qualsiasi devoluzione di funzioni deve essere preceduta dalla «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (LEP), ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. m, Cost., poiché l'art. 116, c. 3, Cost. stabilisce che la devoluzione differenziata alle Regioni deve compiersi «nel rispetto dei princìpi di cui all'art. 119», cioè con esiti di perequazione; e il finanziamento dei LEP dev'essere integrale (il principio è affermato in più luoghi dalla legge n. 42 del 2009: art. 9, c. 1; art. 11, c. 2).

Questo approccio, che si allinea al quadro costituzionale, è molto lontano e non compatibile, anche per quanto si è detto in premessa, con quello che si manifesta nella richiesta di trasferimento generalizzato, e non giustificato né motivato, del massimo numero possibile di «materie» (in sé irricevibile, poiché, a poter essere trasferite sono semmai le funzioni, e non per "blocchi" tanto ampi da esaurire l'ambito materiale in cui si collocano, la cui spettanza è definita inderogabilmente dall'art. 117, cc. 2 e 3 Cost.), ma inteso a "trascinare" le risorse corrispondenti, nel vagheggiamento dell'obiettivo di "trattenere" sul territorio delle singole Regioni quote delle entrate erariali statali ivi realizzate quanto più vicine alla totalità.

La richiesta stride, per propria natura, con il principio di progressività, cui deve ispirarsi il sistema tributario per dettato dell'art. 53, c. 2, Cost., inteso come specificazione del più generale principio di eguaglianza sostanziale, realizzato attraverso la redistribuzione della ricchezza da chi ha maggiore a chi ha minore capacità contributiva. Anzi va in senso esattamente inverso, poiché cristallizza la diseguaglianza e si spinge ad aggravarla piuttosto che rimuoverla attraverso meccanismi di perequazione territoriale.

La determinazione preliminare dei LEP è dunque la via maestra.

Ciò non esclude che, perdurando la difficoltà del decisore politico a compierla, se fosse comprovata – rigorosamente comprovata, non postulata ideologicamente – la necessità di traslazione immediata di competenze dallo Stato verso le Regioni al fine di conseguire una maggiore efficienza del sistema dei poteri pubblici, potrebbe essere considerata – ed è stata in effetti prefigurata nelle proposte di "legge quadro" – la possibilità di una fase di transizione nella quale si potrebbero mettere in opera con immediatezza meccanismi di perequazione.

In tal senso va una proposta Svimez (formulata dal suo Presidente nel corso dell'audizione del 13 aprile 2022 innanzi alla Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale): al fine di garantire l'adesione del processo all'art. 119 Cost., si dovrebbe definire immediatamente il criterio di ripartizione delle risorse da applicare per tutto il periodo di transizione, criterio da sostituire subito a quello della spesa storica, finora sperimentato e rivelatosi inadeguato perché tale da cristallizzare o accentuare gli squilibri. Il nuovo criterio dovrebbe risultare automaticamente incentivante al conseguimento dell'obiettivo di definire i LEP e inteso ad assicurare l'avvio del percorso perequativo in attuazione della legge 42 del 2009.

La legge di devoluzione differenziata dovrebbe quindi stabilire immediatamente – cioè prima dell'avvio della concreta dislocazione delle funzioni – il criterio operativo e l'intensità dell'azione perequativa, assumendo a riferimento le risultanze dei Conti Pubblici Territoriali. Fermo il vincolo di bilancio, ciò comporta la determinazione di un fabbisogno standard a costi standard, sulla base del quale ripartire equamente tra le Regioni le risorse, per garantire Livelli Essenziali di Assistenza (LEA) compatibili, in ciascun territorio, con le risorse di bilancio. Poiché questo modo di attribuzione delle risorse sarebbe destinato a valere fino alla determinazione effettiva dei LEP, esso, da una parte, assumendo a riferimento la spesa *pro capite* nazionale e di lungo periodo, produrrebbe effetti perequativi immediati, dall'altra spingerebbe i decisori politici alla determinazione dei LEP.

Siffatta proposta è motivata con la constatata incapacità del decisore politico di determinare i LEP e con il timore che, ove mai questi fossero determinati, essi avrebbero tuttavia carattere «virtuale», poiché i LEP "effettivi" risulterebbero da una procedura di ripartizione-allocazione soggetta a vincoli di bilancio ai quali dovrà conformarsi qualsiasi prescrizione "virtuale".

Svimez stima che la perequazione derivante dalla metodologia proposta dovrebbe necessariamente condurre a una massiccia redistribuzione di risorse erariali tra territori.

La tesi tiene conto, professando realismo, del dato oggettivo dei fallimenti del decisore politico: fallimento può sicuramente qualificarsi l'ingiustificabile perdurante incapacità di definire, se non molto parzialmente, i LEP; fallimentare è l'insistenza, finora priva di sbocchi, a perseguire un trasferimento di competenze e di risorse verso alcune Regioni del Nord senza alcuna base analitica, senza alcuna valutazione di impatto, e secondo forme in contrasto con il quadro normativo costituzionale.

Tuttavia, la definizione preliminare dei LEP resta un'opzione, anzi resta l'opzione principale, perché essa, associata con l'attuazione rapida della legge n. 42 del 2009, contribuirebbe a dare finalmente corpo a un riconoscibile indirizzo politico in materia di autonomie, e a uscire dallo stato di confusa sovrapposizione tra riassetto della finanza locale in conformità all'art. 119 Cost. e riorganizzazione delle funzioni ai vari livelli di governo.

In questo scenario non v'è posto per interventi con legge costituzionale a modificazione dell'art. 116, c. 3, come pure è stato proposto, al fine di rendere ipotesi assai remota la differenziazione, introducendo, per il trasferimento di competenze, un procedimento molto gravoso, paragonabile a quello di revisione, e forse di questo ancora più difficile da mettere in opera. Anzi, il quadro costituzionale, nell'equilibrio che prefigura, deve esse preservato e ne deve essere riaffermata la capacità conformativa al cospetto dei tralignamenti tentati in questi anni.

Semmai, va affrontato il problema dell'adeguata definizione dei tratti della legge di attribuzione delle forme e condizioni particolari di autonomia, che l'art. 116, c. 3, Cost. restituisce in termini molto sommari.

La soluzione della "legge-quadro" – o di una legge ordinaria intesa a vincolare i contenuti delle intese, comunque la si voglia denominare – appare strumento inadeguato. Essa, per il suo rango gerarchico, non potrebbe vincolare né nei contenuti

né nelle forme la nuova figura di legge introdotta per l'approvazione delle intese: quest'ultima, di livello ordinario anch'essa, potrebbe liberamente derogare in ogni sua parte a qualsivoglia legge anteriore pariordinata.

Siccome la via maestra di comporre le norme di attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost. in una legge costituzionale, cioè approvata con il procedimento dell'art. 138 Cost., non sembra aperta, perché implicherebbe un accordo politico forte e aspettativa di piena lealtà tra i contraenti, condizioni non date allo stato delle cose, occorre una forma capace di irrigidire il parametro senza salire oltre il livello ordinario della legge. Questa forma potrebbe essere la delega legislativa: nello schema di produzione definito dall'art. 76 Cost., la legge delegante ripete la propria rigidità dalla norma costituzionale, poiché vale a integrarla come parametro di legittimità del decreto legislativo delegato, atto del Governo. Ciò vale sia per il contenuto materiale di quest'ultimo, sia per il suo procedimento di formazione. La «legge dello Stato» di approvazione delle intese potrebbe ben essere, in linea di principio, un decreto legislativo delegato pariordinato – se si guarda al rango della fonte – alla legge parlamentare; e a maggioranza assoluta potrebbe essere deliberata la legge di delega al Governo a stipulare le intese, essendo essa vincolata dall'art. 76 a determinare, oltre che il tempo, l'oggetto e i princìpi e criteri direttivi della disciplina recata dall'atto delegato contenente l'intesa, cioè essendo idonea a vincolare il Governo medesimo nel confronto con le Regioni. L'esperienza delle deleghe, proprio in materia di trasferimento delle funzioni, mostra come un procedimento siffatto, grazie all'elasticità del modello costituzionale, che consente la permeazione e la selezione degli interessi, e grazie all'applicazione di moduli collaudati quali il doppio parere sulla proposta di legge delegata, sia il più idoneo non solo a garantire, ma anche ad esaltare il ruolo del Parlamento.

LORENZA VIOLINI

Partendo, in modo sintetico, dalla seconda parte della domanda, la risposta deve fare necessariamente riferimento alla attuazione del federalismo fiscale in tutti i suoi aspetti i quali, senza modifiche costituzionali, sono chiamati a porre in essere tutta la catena di elementi normativi, organizzativi e finanziari che conducano alla piena attuazione del dettato costituzionale attualmente vigente.

Con ciò, si è detto già molto anche per quanto riguarda la prima parte della domanda, relativa al rapporto tra differenziazione e unità "nazionale", che ha nella previsione dei livelli essenziali delle prestazioni il suo strumento fondamentale. E qui il problema da subito si infittisce perché, come è ben noto, se in linea di principio l'intero processo finalizzato alla differenziazione di funzioni tra le Regioni a statuto ordinaria ha come logico presupposto che siano normativamente definiti detti livelli, da finanziarsi per intero dal livello nazionale, visto che nei fatti né i livelli né – ricordiamolo – i fabbisogni e i costi standard sono ancora stati definiti (fatta eccezione per la sanità), occorre trovare un modo per contemperare da un lato *la razionalità del procedimento* e, dall'altro, *la fine della situazione di stallo* in cui versa il percorso di differenziazione.

Va ricordato che, modificatesi per la terza volta le coalizioni di sostengo al Governo e entrata in funzione come Ministro per gli Affari Regionali l'on. Gelmini (dopo la Ministra Stefani del governo giallo-verde e il Ministro Boccia per il governo giallo-rosso) vi erano stati già cenni di ripresa delle trattative, riassunti nell'indagine conoscitiva attivata dalla Commissione parlamentare per gli Affari regionali e chiusasi con l'approvazione del *Documento conclusivo* il 12 luglio 2022. In questa sede si fa riferimento al Gruppo di lavoro istituito dalla Ministra Gelmini e alle audizioni rese dalla stessa il 3 marzo 2021 e il 13 luglio del 2021 da cui emergeva la volontà di accelerare il processo di approvazione dei LEA e, nel contempo, di procedere alla emanazione di una legge quadro di attuazione dell'art. 116, III comma. Su questo tema, va ricordato che, "a partire dalla nota di aggiornamento al documento di economia e finanza 2020, tale provvedimento è stato incluso tra i provvedimenti collegati alla manovra di bilancio. L'inserimento tra i collegati potrà quindi rendere possibile l'individuazione di una data certa di deliberazione ai sensi dell'articolo 123-bis del regolamento della Camera e 126-bis del regolamento del Senato" (Documento Conclusivo dell'indagine conoscitiva della Commissione parlamentare per le questioni regionali)

Se dunque, pur con i tempi propri del nostro procedimento legislativo, vi è il proposito di regolamentare il percorso (legge quadro e definizione dei LEA) ma, allo stesso tempo, si riconosce come altrettanto fondamentale che non si persista nel dilazionare il processo di conclusione delle intese con le Regioni richiedenti occorrerebbe, quantomeno, procedere con le intese per le materie "non LEA" e stabilire dei termini per l'approvazione della legge e la definizione dei LEA mancanti, il tutto per evitare ulteriori dilazioni. In questo senso, sarà la prossima legislatura a farsi carico dell'importante compito di attivare *entrambi* i percorsi, verso la legge quadro e verso la conclusione dell'intesa con le Regioni, al fine di pervenire ad un risultato non più procrastinabile, come anche messo in luce dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 220 del 2021 con specifico riferimento alla emanazione dei LEA.

V Domanda

Quali implicazioni sono sottese all'attuazione PNRR rispetto al ruolo delle regioni, in particolare guardando alle esigenze di coesione territoriale?

RENATO BALDUZZI

La circostanza che i procedimenti di attuazione del PNRR si caratterizzino per la dominanza del risultato atteso e per l'assegnazione di un ruolo di coordinamento forte al centro nazionale, da esercitarsi attraverso percorsi di leale collaborazione con gli enti territoriali (che valorizzino quelle attività concertative e di coordinamento orizzontale sovente richiamate nella giurisprudenza della Corte costituzionale), può per contro costituire un'occasione importante per una rifondazione culturale e operativa (non

ideologica) del regionalismo, anche attraverso una più meditata riflessione sul regionalismo differenziato: quest'ultimo, ove inteso in modo differenziato tra materia e materia, consentirebbe una maggiore attenzione, quando l'oggetto su cui esercitare una competenza differenziata più estesa si caratterizzi per la presenza di strutture organizzative di carattere ultraregionale aventi un impatto sulla tutela di un diritto sociale, tanto alla verifica puntuale che su quel preciso oggetto la regione interessata abbia saputo operare con efficacia (maggiore protezione del diritto) e con efficienza (migliore impiego delle risorse, anche finanziarie), quanto alla conseguente individuazione delle innovazioni positive da disseminare a favore dell'intero sistema.

Così procedendo, ne guadagnerebbero le esigenze di coesione territoriale, in quanto sarebbe evitato il rischio che attraverso l'ideologia del regionalismo differenziato si arrivi a una strumentalizzazione del mutamento della forma organizzativa dello Stato (o tipo di Stato) per raggiungere l'obiettivo del cambiamento della forma di Stato, in termini di maggiori diseguaglianze e riduzione della tutela di beni vitali, e che pertanto il regionalismo differenziato, espressione, di per sé, di un commendevole pluralismo istituzionale, vada a porsi in contrasto con il principio dell'intervento sociale. Per dirla con le parole di un attento studioso (Balboni), sarebbe evitato il rischio che una differenziazione poco meditata, invece di costituire un principio di modulazione di attività, riferite alle caratteristiche particolari dei territori e tale da favorire, sussistendone le specifiche condizioni, un'uguaglianza di migliore qualità e collocata ad un livello di pubblica utilità più alto, finisca per indebolire la coesione nazionale e dare il colpo di grazia alle fortune del regionalismo italiano.

MATTEO COSULICH

Se si osserva il complesso degli atti relativi al PNRR da un angolo visuale regionale, è agevole cogliere il rilievo del ruolo statale sia nella definizione degli obiettivi del Piano sia nella *governance* dello stesso. Il che discende certamente dalla matrice europea del PNRR (regolamento UE n. 2021/241, appunto istitutivo del «dispositivo per la ripresa e la resilienza») che porta quasi inevitabilmente con sé il protagonismo degli esecutivi nazionali nel diritto dell'Unione. Con specifico riferimento al nostro paese, tuttavia, la disciplina adottata per la *governance* del PNRR (decreto-legge n. 77 del 2021, convertito dalla legge n. 108 del 2021) rispecchia anche l'assetto politico-istituzionale che lo caratterizza(va): accanto alla necessaria fiducia parlamentare e al sostegno del Quirinale, una forte legittimazione tecnocratica ed europea qualifica il Presidente del Consiglio, affiancato da Ministri tecnici da lui sostanzialmente scelti e preposti ai dicasteri più direttamente interessati dal Piano. Assetto, si diceva, piuttosto fedelmente rispecchiato dalla *governance* del PNRR, incentrata su una Cabina di regia cui sono attribuiti «poteri di indirizzo, impulso e coordinamento generale sull'attuazione degli interventi del PNRR» (art. 2, co. 2 decreto-legge n. 77) e che tende a sostituirsi allo stesso Consiglio dei ministri, nonostante la clausola di stile – che ne fa salve le attribuzioni di cui all'art. 2 legge 400

del 1988 – significativamente assente nel testo del decreto-legge, venendo inserita in sede di conversione, all'inizio della disposizione poc'anzi richiamata. Ora, la composizione della Cabina di regia si incentra sul Presidente del Consiglio, chiamato a presiederla e soprattutto suo perno immobile, attorno al quale ruotano tutti gli altri componenti, la cui partecipazione è soltanto eventuale: i Ministri e i Sottosegretari di Stato alla Presidenza del Consiglio vi partecipano qualora «competenti in ragione delle tematiche affrontate in ciascuna seduta» (art. 2, co. 1). Analoga posizione spetta ai Presidenti delle Regioni e delle Province autonome, nonché al Presidente della loro Conferenza, rispettivamente chiamati a partecipare alle riunioni «quando sono esaminate questioni di competenza di una singola Regione o Provincia autonoma» oppure quando «sono esaminate questioni che riguardano più Regioni o Province autonome» (locuzione quest'ultima che si presta a una certa discrezionalità nell'interpretazione). La disciplina ora brevemente descritta sembra attagliarsi perfettamente alla figura dell'ultimo Presidente del Consiglio della XVIII legislatura repubblicana; resta da vedere se analoga perfezione sarà riscontrabile con riferimento al primo (o alla prima) dell'ormai imminente XIX legislatura.

Come si è ora visto, il decreto-legge n. 77 configura il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome quale espressione della rappresentanza sintetica dell'intero sistema regionale, privilegiando le relazioni dirette con lui rispetto a quelle poste in essere in sede di Conferenza Stato-Regioni. In tal modo, vengono ripresi gli orientamenti della legislazione dell'emergenza, qui sopra richiamati nella risposta alla domanda n. 3. Più in generale, nella medesima direzione, la disciplina della *governance* del PNRR sembra espressione di una perdurante logica emergenziale, che accentra le decisioni nelle mani del Presidente del Consiglio, relegando le Regioni a funzioni eminentemente attuative; attuazione da realizzarsi con celerità, garantita dalla previsione dell'esercizio di poteri sostitutivi (art. 12, co. 1), esercitati con ordinanza motivata, in grado di derogare alla gran parte della legislazione vigente, anche regionale. In tale ultima eventualità si richiede peraltro l'intesa (debole) in sede di Conferenza Stato-Regioni (co. 5), lasciata per il resto piuttosto in ombra nella disciplina dettata dal decreto-legge n. 77.

Attutato, come si è detto, attraverso una regìa fondamentalmente statale-governativa, il PNRR è destinato a impattare sulla condizione delle Regioni in quanto fra i suoi obiettivi spicca quello della «coesione territoriale», indicato all'interno della Missione 5 «Inclusione e coesione». Il che implica finalizzare gli interventi alla riduzione degli squilibri territoriali, significativamente presenti nel nostro paese, fra Nord e Sud, ma non solo. Al riguardo, può richiamarsi l'art. 2, co. 6-*bis* decreto-legge n. 77, laddove si prevede una riserva di almeno il 40 % delle «risorse allocabili territorialmente», da destinarsi «alle Regioni del Mezzogiorno». Viene così riproposta la logica sottesa alle previsioni dell'art. 119 Cost., relative agli interventi di riequilibrio a favore dei territori svantaggiati, al fine di limitare le diseguaglianze, anche territoriali, secondo i principi propri del regionalismo cooperativo italiano.

MARIO GORLANI

Le Regioni e gli enti locali sono una componente essenziale del PNRR sotto due aspetti: come destinatari di risorse e di programmi di intervento finalizzati a colmare i molti divari che caratterizzano il nostro Paese (demografico, economico, di qualità dei servizi); e come attuatori diretti sul territorio degli interventi finanziati.

La coesione sociale e territoriale rappresenta uno dei pilastri fondamentali su cui poggia la programmazione del PNRR. L'asse strategico dell'inclusione sociale, in particolare, punta a ridurre il divario di cittadinanza, a superare le diseguaglianze profonde, spesso accentuate dalla pandemia, a superare la debolezza strutturale del sistema produttivo del Sud, accompagnando il processo di convergenza tra Sud e Centro-Nord quale obiettivo di crescita economica, come più volte richiesto nelle Raccomandazioni della Commissione europea.

Se questa è la cornice, è quasi superfluo sottolineare la centralità del ruolo delle Regioni e degli enti locali nell'individuare gli obiettivi specifici a cui destinare risorse e su cui investire – scuole da costruire; opere pubbliche da realizzare o completare; infrastrutture innovative; politiche sociali – e, soprattutto, nell'attuarli tempestivamente ed efficacemente. Non sarebbe nemmeno pensabile – se non in chiave sostitutiva ed emergenziale – un governo centralizzato di risorse così ingenti; è perciò necessario che la gestione delle procedure venga affidata ai governi regionali e locali, prestando peraltro attenzione al fatto che il divario di efficienza amministrativa di partenza può diventare causa di una diversa resa del programma sul territorio nazionale. Su questo è indispensabile un ruolo di affiancamento agli enti meno attrezzati da parte del governo nazionale e di realtà organizzative più strutturate.

Resta la considerazione che le ingenti risorse del PNRR possono diventare una leva preziosa di responsabilizzazione e di consapevolezza in ordine al ruolo degli enti territoriali, e uno stimolo a rivederne in modo più razionale numero, organizzazione e distribuzione delle competenze.

ANNA MARIA POGGI

Gli obiettivi della coesione territoriale, economica e sociale sono posti all'inizio del Regolamento UE che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza del 10 febbraio 2021 (punti 2 e 3) e tra i sei pilastri del Fondo (art. 1). In coerenza con questa indicazione, anche le Linee Guida della Commissione europea («Guida per i Piani di ripresa e resilienza») assumono questo obiettivo generale per indirizzare la definizione dei Piani nazionali.

Questa premessa serve a ricordare che la priorità trasversale di «ridurre le disuguaglianze territoriali» prevista nei Documenti Italiani, non è una scelta opzionale, ma obbligatoria.

I primi passi per l'elaborazione del Piano italiano intrapresi dal Governo Conte 2 non si sono mossi in quella direzione. Il che, sia chiaro, va addebitato in equa misura sia

alle Regioni [v. Audizioni della Conferenza delle Regioni alla Camera e in Senato rispettivamente 8 e 28 settembre 2020]; sia alle Regioni meridionali [v. Lettera indirizzata al Presidente del Consiglio del 18 dicembre 2020]; sia al Governo [v. la Proposta di Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza presentata dal Presidente del Consiglio dei ministri alla Camera il 15 gennaio 2021]. Il che, ancora una volta evidenzia lo scarso livello di collaborazione e concertazione tra Stato e Regioni.

Il successivo Governo Draghi non ha azzerato il lavoro precedente considerato, invece, come una piattaforma di partenza, dati anche i tempi ristretti per la presentazione alla Commissione UE (30 aprile). Oltre l'attività conoscitiva già svolta in sede parlamentare [di iniziativa della V Commissione Bilancio della Camera e dalle Commissioni riunite 5a – Bilancio – e 14a – Politiche dell'Unione europea del Senato] iniziata dal precedente Governo, è proceduto ad ulteriori approfondimenti in sede parlamentare, che avrebbero dovuto essere finalizzati a superare i rilievi già emersi, tra cui: eccessiva frammentarietà degli interventi; poca incidenza sulla crescita economica in termini di investimenti; inadeguatezza rispetto alla finalità di colmare i divari strutturali, in relazione alla produttività e agli investimenti [rilievi emersi in più sedi: Assonime, *Quale assetto istituzionale per l'impiego dei fondi Next Generation EU*, Interventi 22/2020; *Audizione del Presidente della Commissione tecnica per i fabbisogni standard*, Commissioni competenti, Camera del 9 febbraio 2021; *Audizione Svimez* alla Camera del 29 gennaio 2021; *Audizione Ufficio parlamentare di bilancio*, Commissioni competenti Camera e Senato, 8 febbraio 2021].

Come noto, uno dei provvedimenti cardine per il raggiungimento degli obiettivi di riduzione dei divari è il decreto legge 77/2021 che ha previsto che il 40% delle risorse allocabili del PNRR e del Fondo complementare (Pnc), sia destinato alle Regioni del Mezzogiorno. L'obbligo vale per tutte le organizzazioni titolari e non basta che complessivamente il governo raggiunga questo obiettivo.

A Marzo di quest'anno il Dipartimento per le politiche di coesione della Presidenza del Consiglio ha pubblicato la prima Relazione istruttoria sul rispetto del vincolo di destinazione che prende in considerazione le 23 amministrazioni titolari di 222,1 miliardi tra PNRR e PNC. In essa si legge che le risorse destinate al Mezzogiorno si attestano a 86 miliardi, cioè il 40,8% dei 211,1 miliardi che possono essere ripartiti territorialmente mentre la quota è del 40,7% se si considera solo la parte strettamente riferita al PNRR. Tuttavia, si avverte nella Relazione stessa, che si arriva a quelle percentuali "solo considerando 28,2 miliardi di interventi che sono esclusivamente stimati, misure cioè non ancora attivate formalmente o attivate con procedure prive di specifici vincoli di destinazione territoriale e sulla cui effettiva allocazione finale, dunque, al momento non ci sono certezze". Inoltre, il Dipartimento lancia un segnale di allarme che va attenzionato poiché riferisce che su 7,1 miliardi di risorse riservate al Mezzogiorno dai bandi aperti al 31 gennaio, solo per 2,5 miliardi - corrispondente a 7 procedure - è stata prevista una salvaguardia della quota Sud sulle risorse non assegnate, per carenza di domande ammissibili.

Insomma, la misura del 40% rischia di fallire l'obiettivo della riduzione dei divari se non verrà affrontato adeguatamente e con misure straordinarie il problema della carenza strutturale organizzativa dell'area del Mezzogiorno.

A ciò va aggiunta la variabile dell'estremo dinamismo delle vicende politiche italiane in questa fase e occorrerà attendere l'esito delle elezioni per comprendere quanto e come la coalizione destinata a governare il Paese intenda rivedere parti del Piano e quali.

Pare comunque difficile che si possa mettere mano alla parte del Piano riguardante le misure di superamento dei divari, trattandosi di un asse trasversale del Regolamento europeo. Il punto semmai rimane l'efficacia delle misure previste a quello scopo.

In considerazione di tutto ciò sarebbe auspicabile che nell'attuazione del Piano si tenesse conto di almeno due necessità indifferibili.

La prima è quella di indirizzare prioritariamente le risorse al superamento del divario infrastrutturale tra Regioni del Mezzogiorno e Regioni del Nord (reti stradali, ferroviarie veloci, portuali e a sostegno della mobilità marittima) raccordando l'impiego delle risorse derivanti dal

PNRR con le linee del finanziamento ordinario, in modo da mantenere nel tempo i risultati attesi e conseguiti. Nella stessa direzione occorrerebbe fortificare e anticipare interventi mirati alla semplificazione e all'accelerazione delle procedure ed insistere sulla qualità tecnica delle amministrazioni centrali in funzione di supporto a quelle territoriali.

La seconda necessità riguarda il coordinamento nell'attuazione del Piano che richiederà sia una progettualità nazionale su priorità trasversali di intervento ma, allo stesso tempo, una governance inclusiva dei livelli politici territoriali.

SANDRO STAIANO

Stando a quanto previsto dal cosiddetto "decreto semplificazioni" (decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, *Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*), al modello di organizzazione dei poteri per fronteggiare la pandemia è impresso un moto centripeto, ma temperato da forme di negoziazione Stato-Regioni per profili non secondari.

Al centro – al Governo, e in particolare alla Presidenza del Consiglio, presso la quale è istituita una "Cabina di regia", struttura flessibile, alla quale partecipano di volta in volta i Ministri e i Sottosegretari di Stato competenti per i temi affrontati e i Presidenti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano, quando sono esaminate questioni di competenza regionale e locale, nonché i Presidenti delle Conferenze su questioni d'interesse di più Regioni o Province autonome – viene attribuita la "responsabilità di indirizzo del Piano". Il quadro centrale è completato da una Segreteria tecnica, destinata a durare in carica fino al completamento del PNRR (31

dicembre 2026), da un'*Unità per la razionalizzazione e il miglioramento dell'efficacia della regolazione*, da un *Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale*, con funzioni consultive, al quale siedono rappresentanti delle parti sociali, del Governo, delle Regioni, degli Enti locali e dei rispettivi organismi associativi, delle categorie produttive e sociali, del sistema dell'Università e della ricerca scientifica e della società civile. I controlli – monitoraggio e rendicontazione – sono affidati al *Servizio centrale per il PNRR* istituito presso il MEF, punto di contatto nazionale con la Commissione europea per l'attuazione del PNRR, mentre un ufficio dirigenziale presso la Ragioneria dello Stato ha funzioni di *audit* e di monitoraggio anticorruzione.

Tra i soggetti attuatori, accanto alle amministrazioni centrali, si collocano Regioni e Province autonome ed enti locali, sulla base delle rispettive competenze e delle diverse titolarità degli interventi. In caso di inerzia da parte di soggetti dell'autonomia territoriale, vengono esercitati poteri statali sostitutivi. In caso di dissenso, diniego o opposizione proveniente da un organo statale che possa precludere un intervento rientrante nel PNRR, la questione può essere deferita al Consiglio dei Ministri; quando dissenso, diniego o opposizione provengano da un organo della Regione o da un ente locale, la questione può essere deferita alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano.

Il modello è dunque quello di funzioni attuative diffuse tra i soggetti di autonomia, con un potere sostitutivo forte, riconducibile al fondamento dell'art. 120 Cost., da parte dello Stato e con sedi di soluzioni negoziate affidate al sistema delle Conferenze.

Ora, poiché la questione della perequazione territoriale è messa in campo facendo riferimento a quanto previsto nel febbraio 2020 dal Piano Sud 2030 – il PNRR deve perseguire «il riequilibrio territoriale, e il rilancio dello sviluppo del Sud come priorità trasversale a tutte le missioni. Nella definizione delle linee progettuali e di intervento del PNRR, pertanto, sarà esplicitata la quota di risorse complessive destinata al Mezzogiorno, che può valere anche come criterio prioritario di allocazione territoriale degli investimenti previsti» – il percorso di stabile riduzione dei divari territoriali dovrebbe costituire una delle tre priorità trasversali del Piano; ed è anche su di esso che dovrebbero riverberarsi gli interventi lungo gli assi strategici della transizione ecologica e digitale e della coesione sociale.

Dunque le Regioni, come soggetti attuatori in prima istanza, vincolati al perseguimento di tali obiettivi, connotati da un esigenza di parità di prestazioni sociali in tutti il territorio nazionale, vedranno conformati i loro poteri attraverso i moduli richiamati, la sostituzione e la cooperazione organica.

***

I PARTECIPANTI AL FORUM

Giuseppe Arconzo, Professore associato di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Milano

Renato Balduzzi, Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Matteo Cosulich, Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Trento

Mario Gorlani, Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico – Università degli Studi di Brescia

Anna Maria Poggi, Professoressa ordinaria di Istituzioni di Diritto pubblico – Università degli Studi di Torino

Sandro Staiano, Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Napoli «Federico II»

Lorenza Violini, Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Milano