



Giovedì 18 settembre 2014
 Università di Roma Tre, Dipartimento di Giurisprudenza
**III Seminario annuale del Gruppo di Pisa
 con i dottorandi in materie giuspubblicistiche**

**ANDREA PUGIOTTO
 DIRITTI IN CRISI**

SOMMARIO: 0. Di cosa parliamo e come ne parlerò. 1. Leonardo PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*. 1.1. Automatismi legislativi. 1.2. La prospettiva scelta dall'Autore. 1.3. Una diversa prospettiva: il senso odierno della legge. 1.4. Tornanti impegnativi di giustizia costituzionale. 2. Mirko DELLA MALVA, *“La storia oggetto del diritto”*: il difficile bilanciamento tra tutela della dignità delle vittime, libertà di manifestazione del pensiero e protezione della democrazia. 2.1. Un robusto intervento ortopedico. 2.2. La legislazione memorale. 2.3. Il reato di negazionismo. 3. Loredana MOLLICA POETA, *L'autonomia degli enti territoriali alla prova della crisi economica: nuovi vincoli ed equilibrio di bilancio*. 3.1. Una parete ordinamentale di 6° grado. 3.2. Inquadrature cinematografiche. 3.3. Il seguito giurisprudenziale della riforma costituzionale.

0. Di cosa parliamo e come ne parlerò

La felice intuizione del Gruppo di Pisa di organizzare per il terzo anno un seminario dedicato ai dottorandi in materie gius pubblicistiche, permette all'Associazione di consolidare la sua vocazione didattica e scientifica originaria. Io stesso ne feci preziosa esperienza, discutendo nel seminario perugino del Gruppo di Pisa (il terzo della serie) una scheggia del mio primo lavoro monografico, dedicato al diritto vivente nel sindacato di costituzionalità. Correva l'anno 1992.

Storia e memoria, dunque, inducono chi è invitato a interpretare il ruolo di *discussent* a prendere sul serio la propria funzione, che è quella del contro relatore.

Intendiamoci. Le tre ricerche stamattina illustrate sono di pregevole fattura. Chi, come me, ha avuto l'onere di leggerle in anteprima non può che apprezzarle. E tuttavia, in nome di quella dialettica che Platone nel *Sofista* definiva la scienza degli uomini liberi, accentuerò i motivi di dissenso rispetto a quelli di consenso. Infatti, il nuovo nasce solo dall'atto del concepimento, che implica sempre le differenze. Viceversa l'abitudine molto accademica del darsi ragione vicendevolmente, produce solo un effetto riflesso, come allo specchio: narcisistico ma sterile.

Argomenterò, dunque, obiezioni e mutamenti di prospettiva. Non per spirito critico o polemico, semmai nei limiti delle mie capacità per favorire la prosecuzione di tre ricerche ancora in divenire.

Ho detto nei limiti delle mie capacità, perché i tre temi su cui sono stato chiamato a discutere non sono tutti e in eguale misura nelle mie corde. Corrisponde, infatti, a una presunzione infondata quella di accreditare un professore ordinario di onniscienza: perlomeno nel mio caso, non è vero che so tutto di tutto. Inevitabilmente, dunque, il mio contributo sarà asimmetrico: conto, tuttavia, nel successivo dibattito plenario per colmare le mie evidenti lacune.



Un'ultima osservazione preliminare. Anche il titolo dato alla sessione mattutina «Diritti in crisi» è una necessaria finzione. Si tratta di una perimetria sufficientemente ampia da includere i tre differenti temi dei vincoli di bilancio, della legislazione memoriale e del reato di negazionismo, degli automatismi legislativi, ma non è in grado di offrirne una possibile chiave di lettura unitaria.

Ecco perché, nel mio intervento, affronterò separatamente i tre *papers* in discussione, senza cercarvi forzate trasversalità. E poiché l'Evangelo insegna che gli ultimi saranno i primi, li affronterò in ordine inverso rispetto alle esposizioni che abbiamo fin qui ascoltato.

1. Leonardo Pace, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*

1.1. Automatismi legislativi

Scegliendo quale oggetto della propria tesi il tema dei c.d. automatismi legislativi, Leonardo Pace ha il merito di restituirci un quadro d'insieme d'interi blocchi di decisioni di accoglimento della Corte costituzionale, riferibili a settori differenti dell'ordinamento (pubblico impiego, minori, misure di sicurezza, misure cautelari, esecuzione penale) eppure riconducibili a una comune *ratio decidendi*.

Il fenomeno è stato riassunto dal giudice Cartabia nell'ottobre scorso in occasione della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese, spagnola con queste parole: sempre più frequentemente il legislatore introduce «previsioni che al verificarsi di una data evenienza ricollegano una conseguenza giuridica predeterminata e inderogabile. E sempre più frequentemente la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale delle disposizioni legislative che contengono tali "automatismi", in particolare quando esse sono formulate in modo tale da non permettere al giudice (...) di tenere conto delle peculiarità del caso concreto e di modulare gli effetti della regola in relazione alla peculiarità della specifica situazione».

Dall'illustrazione di Leonardo Pace svolta stamane, sono già emerse chiaramente le coordinate della sua ipotesi ricostruttiva unitaria.

Sul piano dell'oggetto di giudizio della Corte, l'Autore distingue tra norme già incostituzionali *a monte*, perché introduttive di un automatismo che *snatura* la disciplina nella sua generalità e astrattezza, e norme incostituzionali *a valle* di un giudizio che svela nel momento concreto dell'applicazione come l'automatismo provochi una incostituzionale *distorsione* della disciplina.

In entrambe le ipotesi, il vizio della legge è riconducibile alla categoria della sua arbitrarietà: declinata in termini d'irrazionalità nel primo caso, d'irragionevolezza inadeguatezza nel secondo.

Sul versante delle tecniche di giudizio della Corte costituzionale, emergerebbe così una nuova tipologia decisoria (o, per meglio dire, un'ennesima variante delle sentenze manipolative), già denominata sentenza additiva per *deficit* di flessibilità, ma qualcuno (Marco Ruotolo, ad esempio) preferisce il diverso nome di sentenza additiva di regole a valenza sostitutiva. Di là dal



problema di nomenclatura, tramite tali pronunce la Consulta manipola il linguaggio normativo rimuovendo l'automatismo e/o includendo un'eccezione nella rigida regola legislativa.

Una simile tecnica presuppone un «controllo di evidenza» (la terminologia è presa a prestito da Carlo Lavagna) che chiama la Corte costituzionale a testare la legge alla luce dell'*id quod plerumque accidit*, per verificare – ora statisticamente, ora sociologicamente – la tenuta della presunzione che regge l'automatismo legislativo.

Se la presunzione è fallace, lo sarà anche il conseguente automatismo. Così, ad esempio, per la norma che prevedeva l'applicazione automatica della misura di sicurezza ai minori infraquattordicenni, in forza di una loro presunzione di pericolosità sociale contrastante con comuni dati di esperienza. Qui è la regola, nella sua assolutezza, a essere incostituzionale.

Se invece la presunzione regge, l'automatismo potrebbe essere egualmente illegittimo, laddove la norma si rivelasse non adeguata alle esigenze del caso concreto. Così, ad esempio, per la norma che non riconosce al giudice la possibilità di disporre per il folle reo una misura di sicurezza meno invasiva dell'internamento in ospedale psichiatrico giudiziario. Qui ad essere illegittima non è la regola (la presunzione di pericolosità del folle reo), ma l'impossibilità di calibrarne – caso per caso – l'applicazione concreta.

1.2. La prospettiva scelta dall'Autore

L'indagine privilegia, di gran lunga, le ricadute di tale filone giurisprudenziale all'interno delle dinamiche del sindacato di costituzionalità.

Oltre ai temi dell'oggetto e della tecnica decisoria, viene, infatti, sviluppato il tema del sindacato di ragionevolezza (zigzagando all'interno delle sue sofisticate classificazioni), il tema della centralità del fatto nel giudizio sulle leggi, e – in tutta la parte terza del *paper* – la possibilità di un ricorso, ancora più spinto di quanto già non accada oggi, del criterio della interpretazione conforme a Costituzione.

Mi domando se, davvero, sia questo lo sviluppo più promettente per l'indagine di Leonardo Pace.

Intendiamo: la scelta di un simile orizzonte è più che legittima. Gli studi della giustizia costituzionale sono ricchi di pregevoli lavori monografici che, muovendo da un segmento circoscritto del sindacato di costituzionalità, rivelano poi una carica euristica di ampia portata. Fino a diventare punti prospettici privilegiati per una ricostruzione d'insieme delle dinamiche del controllo di legittimità delle leggi.

E' questo l'orizzonte verso il quale Leonardo Pace volge la sua indagine. Eppure non è l'unico. Di certo – a mio avviso – non è il più innovativo.

1.3. Una diversa prospettiva: il senso odierno della legge

Inviterei Leonardo Pace a considerare la possibilità di sviluppare la sua pregevole indagine giurisprudenziale sugli automatismi normativi orientandola verso la teoria generale delle fonti. Più precisamente in direzione del problema di quale sia il ruolo odierno della legge.

Perché di questo si tratta, ogni qual volta la Corte costituzionale interviene a manipolare l'apodosi o la protasi che compongono il fraseggio normativo di un automatismo legislativo.



E' vero, innanzitutto, sul piano della teoria generale. Vi fa cenno ma, appunto, è solo un cenno lo stesso Pace, quando si avvede che la dichiarazione d'incostituzionalità colpisce la legge esattamente in ragione di quelle che, «dal punto di vista teorico, sono considerate le caratteristiche imprescindibili dell'atto legislativo: l'inderogabilità, la generalità e l'astrattezza» (p. 38). Icasticamente, in questi casi «la Corte arriva a dichiarare l'incostituzionalità della legge in quanto legge» (p. 39), passando sopra i dogmi dell'illuminismo giuridico come uno schiacciasassi.

E' vero, altresì, sul piano dei meccanismi di garanzia. 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.

E' vero, inoltre, sul versante della politica legislativa. Quali sono, infatti, le ragioni capaci di spiegare la moltiplicazione degli automatismi legislativi nell'ordinamento degli ultimi lustri? Per rispondere, è sufficiente guardare alle aree più sensibili della relativa giurisprudenza costituzionale: le misure di sicurezza detentive, la custodia cautelare obbligatoria, la fase dinamica dell'esecuzione della pena. In una parola: l'ambito del diritto punitivo. E' qui, negli anni della carcerizzazione di massa e della tolleranza zero, che assistiamo all'uso della legge (penale) come *medium* comunicativo, adoperato per fare fronte a (e, nello stesso tempo, alimentare) una paura percepita, vero viagra securitario collettivo, che ha ridotto la legge da strumento di governo razionale dei problemi a traduzione normativa aggiornata delle odierne urla manzoniane.

Risiede in ciò l'attualità dell'indagine: si pensi soltanto al regime di cui all'art. 4 *bis* dell'ordinamento penitenziario, laddove contempla un'eterogeneità di reati per la cui condanna o semplice imputazione è preclusa in automatico la concessione di qualsiasi beneficio penitenziario (inclusa anche la recentissima misura della liberazione anticipata speciale introdotta con legge n. 10 del 2014). Il corollario è intuitivo. Coloro che per uno o più di tali reati ostativi si trovano all'ergastolo (e sono, oggi, 1162 su 1576 ergastolani) sono condannati a una pena fino alla morte. Sono candele destinate a spegnersi in carcere. Sono dei murati vivi.

Ciò che si cela dietro un automatismo normativo: questo è un punto di vista che Pace farebbe bene a recuperare in futuro, proseguendo nella sua ricerca. Ci restituirebbe in tal modo tutto lo spessore politico del suo tema.

Che il tema degli automatismi esondi nel più generale capitolo del ruolo della legge emerge anche dal correlato problema della funzionalizzazione dell'attività legislativa. Questo è un profilo presente nell'indagine, anzi: ne è una premessa dichiarata. Sulle orme delle riflessioni di Franco Modugno, Leonardo Pace ricostruisce la funzione della legge come attuazione e sviluppo della Costituzione. L'annullamento di un automatismo, infatti, nascerebbe proprio dal fatto che la sua rigidità normativa, comprimendo un diritto, ostacolerebbe il massimo grado di attuazione costituzionale possibile.

Naturalmente si può dissentire con questa lettura della Costituzione quale moderno decalogo da cui tutto origina e a cui tutto ritorna. Per quel che vale, personalmente preferisco una concezione della Costituzione come limite negativo delle scelte legislative, che a me pare la



condizione indispensabile per mettere in sicurezza la logica inclusiva del nostro testo costituzionale. Ma sono persona di larghe vedute. E se Leonardo Pace è persuaso del contrario, deve sviluppare questa sua premessa teorica, di là dall'uso contingente che ne è qui fatto (*id est*: escludere che la giurisprudenza costituzionale indagata si spieghi in chiave di giudizio equitativo o invocando derive giusnaturalistiche). Anche per tale via, inevitabilmente, finirà per occuparsi della teoria generale delle fonti.

Infine, il problema degli automatismi normativi interseca il ruolo odierno della legge anche sotto un ultimo profilo. Le sentenze manipolative per *deficit* di flessibilità alimentano una riallocazione di potere dal legislatore ai giudici. Ciò è ancora più vero se si condivide la proposta dell'Autore di considerare legittimo che un giudice possa adoperare il principio di flessibilità affermato da una sentenza costituzionale come *passepertout* per superare l'automatismo prescritto in altre disposizioni analoghe per materia: un'interpretazione costituzionalmente orientata capace, così, di travalicare il limite del dato testuale, senza passare attraverso l'incidente di costituzionalità.

L'Autore si mostra consapevole della «carica dirompente che questo spostamento di ampi poteri sul giudice porta con sé» (p. 38). E' una consapevolezza che andrebbe ulteriormente alimentata, riscontrandovi uno dei punti dell'odierna crisi della legge: la sua incapacità di vincolare davvero i soggetti dell'applicazione, ben oltre l'inevitabile margine di discrezionalità ermeneutica di cui essi godono.

1.4. Tornanti impegnativi di giustizia costituzionale

Il mio è solo un suggerimento, un'ipotesi di lavoro per il futuro, trattandosi di una tesi di dottorato ancora in corso. E' nella disponibilità dell'Autore liberarsene con un'alzata di spalle, preferendo sviluppare la strada in parte già arata della logica e delle dinamiche del sindacato di costituzionalità. Se così sarà, mi sia concesso segnalare alcuni tornanti che possono rivelarsi più impegnativi di quanto sembri.

Primo tornante. La tecnica della sentenza manipolativa per *deficit* di flessibilità permette alla Corte costituzionale di superare la regola o di includervi un'eccezione capace di spezzare l'automatismo normativo preesistente.

Ad evitare che tale operazione finisca per invadere la sfera della discrezionalità legislativa, l'Autore valorizza il «criterio di necessità» evocato nella giurisprudenza costituzionale indagata: certamente mobile, ma adeguato a suo dire a restringere l'area di operatività dell'eccezione introdotta dalla Corte costituzionale.

Ne siamo così sicuri? Non vi ricorda nulla una simile strategia argomentativa? Il criterio di necessità molto assomiglia a quello della rima obbligata quale *conditio sine qua non* per un intervento manipolativo della Corte (non a caso: colpendo l'automatismo legislativo, il giudice costituzionale manipola il linguaggio normativo della disposizione sindacata). Entrambi dunque rinviano a una visione euclidea dei rapporti tra Legislatore e Giudice delle leggi tanto elegantemente geometrica quanto scarsamente persuasiva e ancor meno scarsamente praticata nella giurisprudenza costituzionale (fino a registrare con la sentenza n. 1/2014 l'inedito di un intervento manipolativo in un ambito, la legislazione elettorale, per definizione priva di rime obbligate perché frutto di scelte squisitamente politiche).



Secondo tornante. Per giustificare la possibilità di un'interpretazione analogica della deroga introdotta nel rigido automatismo normativo da una sentenza costituzionale, l'Autore annovera tra le fonti primarie del diritto non solo la normativa di risulta delle operazioni manipolative della Corte costituzionale (come da sempre sostenuto in dottrina da Alessandro Pizzorusso), ma anche le sue affermazioni di principio.

Tale convinzione andrà meglio supportata. In primo luogo perché, così, si viene a creare artificialmente un'inedita gerarchia tra principi costituzionali, dove solo quelli "certificati" da una sentenza additiva per *deficit* di flessibilità (e non altri) giustificerebbero l'operazione interpretativa prospettata.

Resistono inoltre alcuni orientamenti giurisprudenziali che negano l'assunto da cui muove l'Autore. Ad esempio, l'esclusione di sentenze creative di nuovi reati o aggravati di pena, al di fuori del peculiare meccanismo di riespansione della regola legislativa derogata (come insegna la più recente giurisprudenza costituzionale su norme penali di favore): cos'altro dice questo *trend* giurisprudenziale, se non che le pronunce della Consulta *non* sono abilitate a operare come fonti (primarie)?

Se lo fossero, aggiungo, la relativa normativa di risulta ben potrebbe essere, a sua volta, oggetto di impugnazione incidentale: sappiamo, invece, che quando ciò è accaduto, la Corte ha risposto con stizzite ordinanze di manifesta inammissibilità, accusando i giudici remittenti di uso improprio della *quaestio* e di violazione del giudicato costituzionale.

Terzo e ultimo tornante. Forse preoccupato di aver osato troppo, Leonardo Pace tenta di circoscrivere la sua idea di un ricorso all'interpretazione conforme che, in conformità a un principio affermato in precedenza dalla Corte, superi il significato letterale di un'altra disposizione: quest'ultima, infatti, non potrebbe che essere una disposizione rientrante nella stessa «materia» incisa dal precedente intervento della Corte costituzionale.

Con il che a mio avviso l'operazione analogica del giudice è tutt'altro che circoscritta. Come insegna la storia del Titolo V della Costituzione, infatti, se esiste un confine mobile e massimamente incerto è proprio quello delle materie (talune delle quali, nella giurisprudenza costituzionale regionale, addirittura trasfigurate in "materie non materie").

2. Mirko Della Malva, "La storia oggetto del diritto": il difficile bilanciamento tra tutela della dignità delle vittime, libertà di manifestazione del pensiero e protezione della democrazia

2.1. Un robusto intervento ortopedico

L'uso pubblico della storia, veicolato attraverso lo strumento legislativo, è l'oggetto dell'indagine condotta da Mirko Della Malva. Si tratta di un fenomeno di autentico fervore legislativo che si registra in molti paesi europei, coinvolge gli organi dell'Unione Europea e del Consiglio d'Europa, interessa anche gli ordinamenti nordamericani. E' una produzione legislativa riconducibile principalmente a due filoni normativi: la legislazione memoriale e la legislazione penale in materia di negazionismo (con particolare riferimento alla vicenda storica della Shoah).



In realtà, questi due filoni non sono separati nell'indagine dell'Autore. La narrazione prescelta, infatti, li accomuna illustrandone i punti di emersione prima a livello nazionale, poi sovranazionale, infine oltreoceano.

Se posso, suggerirei già qui un robusto intervento ortopedico. Sono persuaso che l'indagine guadagnerebbe da una differente struttura che fin da subito tenesse paralleli, dunque separati, i due temi di ricerca. Essi, infatti, non sono accomunabili, di là dalla loro riconduzione all'area vastissima della storia come oggetto del diritto (cui Mirko Della Malva dedica un paragrafo iniziale molto colto e documentato, forse però sproporzionato rispetto all'economia complessiva della ricerca).

Alcune delle ragioni che distinguono la legislazione memoriale dal reato di negazionismo sono ben presenti a Della Malva:

[1] Diversamente dalla legislazione memoriale, le normative antinegazioniste sono munite di un apparato sanzionatorio di tipo penale. Solo per esse, dunque, si pongono problemi attinenti al rispetto dei principi di tassatività determinatezza della fattispecie, di proporzionalità della cornice edittale, di residualità del ricorso alla pena quale *extrema ratio*;

[2] Mentre la legislazione memoriale intende alimentare una memoria collettiva identitaria senza tuttavia silenziare il libero dibattito pubblico e storiografico, la repressione penale del negazionismo impone con il ricorso alla leva penale la verità di una data interpretazione dell'evento storico. Dunque, solo per le normative antinegazioniste si pongono problemi di compatibilità con la libertà di manifestazione del pensiero, di ricerca, di insegnamento.

[3] La produzione di leggi memoriali interseca i diversi piani della storia e della memoria, divisi da un crinale scivoloso che rischia sempre di travolgere le tante giornate del ricordo istituite per legge, trascinandole verso una artificiale memoria condivisa che del passato ci restituisce una caricatura (quella che Marc Bloch chiamava «smemoratezza patteggiata»). La distinzione tra storia e memoria si rivela, invece, ininfluente nello sforzo di giustificare il reato di negazionismo, proprio perché la sua carica prescrittiva è diretta a imporre una visione ufficiale dell'evento passato (imprimendolo sia nella memoria che nella storiografia).

Ma ciò che davvero distingue i due epifenomeni normativi è secondo me la diversa posta in palio.

Tutta interamente politica, quella che si gioca nella scelta su cosa ricordare, e quando e come ricordarla: scelta che spesso rivela come una legge memoriale abbia poco a che fare con la storia passata e molto a che fare con la politica presente e le sue pressanti esigenze. Non vi dice nulla, ad esempio, che in tutto il testo della legge n. 211 del 2010, istituita del Giorno della Memoria per ricordare le responsabilità che condussero alla Shoah, «non una volta appare la parola "fascismo"» (Daniela Bifulco)?

Diversamente, l'introduzione del reato di negazionismo mette in gioco i temi, più tradizionali, dei possibili limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, della compatibilità costituzionale dei c.d. reati di opinione, del rischio di un'eccessiva anticipazione dell'intervento repressivo rispetto alla soglia di effettivo pericolo.

Legislazione memoriale e normativa antinegazionista, dunque, rispondono a dinamiche diverse, hanno differenti requisiti strutturali, pongono diversi interrogativi cui dare differenti risposte. Meglio, allora, evitarne l'intreccio continuo. Proverò, dunque, a tenerle separate.



2.2. La legislazione memoriale

Rispetto alla legislazione memoriale, la valutazione complessiva dell'Autore è di segno positivo, come abbiamo potuto ascoltare dalla sua esposizione.

La rimembranza comandata per legge rimarca la veridicità di taluni avvenimenti del passato, mettendoli in sicurezza rispetto (non alla revisione degli storici, sempre legittima, bensì) alla «volontà parossistica del *rovescismo*, una furia iconoclasta nei confronti di tutto quanto aveva fino a quel momento costituito parte rilevante dell'identità nazionale» (p. 5 6).

Le leggi memoriali andrebbero apprezzate perché alimentano un sentimento costitutivo di una memoria *pubblica* (che l'Autore distingue dall'abusato stilema della memoria *condivisa*), espressione di un corretto patriottismo costituzionale.

Dal punto di vista strettamente giuridico, simili leggi non presenterebbero un carattere *a normativo* e non entrerebbero in rotta di collisione con l'art. 21 Cost. Esemplicando: la citata legge n. 211 del 2010 ha un connotato prescrittivo laddove impone l'obbligo di organizzare eventi celebrativi, senza per questo violare la libertà di pensiero limitandosi a riconoscere una data come fondativa e identitaria per la storia nazionale.

Mi sembra una ricostruzione eccessivamente pacificata di questa particolarissima produzione legislativa.

L'Autore non sarà certo sorpreso di questo mio dissenso: conosce e cita, infatti, un mio saggio in tema (tra i primi nella dottrina costituzionalistica) pubblicato in *Quaderni costituzionali* nel 2009 e riprodotto negli *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*. A esso rinvio, se qualcuno fosse interessato a farsi un'idea di quanto la memoria (specie se comandata per legge) sia categoria da usare con la massima cautela. Qui e ora, vorrei assumere invece la prospettiva dell'Autore, per evidenziarne apagogicamente alcuni problemi giuridici.

La legislazione memoriale soffre di un'evidente contraddizione tra forma e sostanza: ambisce a essere uno strumento di coesione nazionale, eppure è veicolato attraverso una fonte primaria rimessa interamente alla volontà della maggioranza parlamentare.

La contraddizione porta con sé un triplice rischio: [1] il rischio di una memoria storica di parte imposta a tutti; [2] il rischio permanente di una costante rivisitazione legislativa della memoria storica, a ogni mutamento di maggioranza parlamentare; [3] il rischio di una battaglia memoriale combattuta all'interno dell'opinione pubblica, ricorrendo allo strumento del referendum abrogativo popolare.

Dovremmo allora esigere che simili contenuti normativi siano riservati a una fonte atipica, caratterizzata da un procedimento deliberativo rinforzato? O, addirittura, andrebbe preteso lo strumento della legge costituzionale? Ma la scelta della legge costituzionale non spalancherebbe le porte al pericolo di uno "scontro di civiltà" (combattuto con le armi del possibile referendum oppositivo ex art. 138 Cost.)? E in caso di approvazione della legge, non dovremo allora registrare l'introduzione sopravvenuta di una sorta di preambolo costituzionale sull'identità della Nazione?

Non c'è solo un problema procedurale. C'è anche un problema di competenza. Se, infatti, la legislazione memoriale è tassello essenziale dell'identità *nazionale*, dovremmo allora ritenere che si tratti di materia riservata in via esclusiva allo Stato, ex art. 117, 2 comma, Cost.? Eppure non



sono mancate leggi memoriali regionali: penso, ad esempio, alla Giornata della celebrazione dei valori nazionali della Repubblica, istituita dalla regione Lazio con legge 15 maggio 2003, n. 13.

Poiché materia di monopolio statale, dovremmo altresì riservare la normativa memoriale alla sola fonte parlamentare, con esclusione anche degli atti governativi aventi forza di legge? La *ratio* della legislazione memoriale lo esigerebbe. Eppure, non sono mancate giornate del ricordo istituite dal Governo: penso ai due decreti legge n. 64 del 2010 e n. 5 del 2011, resisi necessari per elevare a festa nazionale il 17 marzo 2012, ricorrenza del 150° anniversario della proclamazione dell'Unità d'Italia.

E ancora. Se come ci dice l'Autore si tratta di leggi a contenuto normativo, siamo allora in presenza di un atto certamente idoneo a essere sottoposto al controllo di costituzionalità, una volta superati i prevedibili (ma non irrisolvibili) problemi di attivazione del sindacato della Corte. Qui sotto i travestimenti giuridici arriverebbero al pettine tutti i nodi di spessore costituzionale sottintesi alla legislazione memoriale: la confusione tra storia e diritto, la tensione tra una verità storica *ope legis* e la democrazia pluralista disegnata in Costituzione, la contraddizione tra la discrezionalità legislativa in materia e la pretesa vocazione unitaria della legislazione memoriale.

Forse, tutti questi cortocircuiti giuridici sono un segnale di allerta: ci indicano io credo che l'innesto della storia e della sua memoria nel tronco del diritto positivo è un'operazione artificiale, possibilmente da evitare, certamente da farsi con grande prudenza (come peraltro riconosce lo stesso Autore, quando a p. 33 invita a «evitare il ricorso ad un uso compulsivo» della legislazione memoriale).

2.3. Il reato di negazionismo

Come abbiamo ascoltato, Della Malva si dichiara favorevole all'introduzione nel nostro ordinamento anche di un reato di negazionismo.

Raccomanda una sua formulazione tale da soddisfare le esigenze di tassatività e determinatezza. Propende per una sanzione non detentiva. Ma, al netto di ciò, non vede ragioni costituzionali ostative. Anzi: la nuova fattispecie andrebbe a tutelare il bene giuridico costituzionale della dignità umana, l'inedito diritto al lutto delle vittime dell'olocausto negato, l'interesse alla verità degli eventi storici da parte dei consociati, fino a operare come strumento penale a protezione e mantenimento dell'ordine democratico.

Lo dico così: come lo scrivano Bartleby, preferirei di no. E anche qui, sottopongo all'Autore alcuni nodi costituzionali che andrebbero non sottovalutati.

Prima ragione di perplessità. Scrivere una legge penale non è fare ideologia, ma è innanzitutto scrivere una legge. E la trama costituzionale di un diritto penale liberale non contempla l'uso del reato in chiave pedagogica. Ricorrere a nuovi reati per mettere in sicurezza gli esiti di un dibattito storico è, per un giurista liberale, né più né meno che una bestemmia in chiesa.

Aggiungo che senza aderire alla teoria di Sergio Fois dell'esistenza di materie privilegiate nella manifestazione del pensiero un ipotetico reato di negazionismo difficilmente riuscirebbe a superare la previsione dell'art. 33, 1° comma, Cost. che introduce una tutela rafforzata per la libertà di ricerca storico scientifica: «L'arte e la scienza sono libere e libero ne è



l'insegnamento». Il legislatore penale del futuro dovrà farsene una ragione (e noi con lui). Quella previsione costituzionale è uno scudo che offre riparo a una lezione universitaria degli storici negazionisti Irving, Nolte, Moffa sull'inesistenza dei campi di sterminio. Paccottiglia culturale e scientifica politicamente orientata, certamente, ma egualmente scudata dalla libertà di ricerca costituzionalmente garantita.

Seconda ragione di perplessità. Il problema fondamentale che il reato di negazionismo pone è quello di tutti i reati di odio. Punendoli, si dice, non è punita l'opinione, né essa è limitata. Incitare all'odio, infatti, è un atto linguistico che va oltre la dimensione discorsiva, configurandosi quale vero e proprio reato: perché qui il dire è il fare, chi manifesta odio *fa* cose, compie un atto violento. Tanto più violento in quando rivolto contro qualcuno per ciò che è, non per ciò che fa.

Attenzione, tuttavia, al piano pericolosamente inclinato dei reati di odio. L'odio è una pulsione che fa parte della bestia che è in tutti noi e che, più o meno a fatica, teniamo sotto controllo – come insegna la psicanalisi – grazie al nostro genitore interiore. Perché abbiamo tutti un'anima divisa in due, agnello e lupo cattivo insieme.

Per un giurista liberale, però, non esistono persone buone o lupi cattivi, esistono solo azioni buone o cattive. E il movente di un reato può entrare certamente in gioco, nella costruzione della fattispecie e nella relativa dosimetria sanzionatoria. Ma, da solo, non è *il* reato.

Ecco perché un giurista liberale si mette in allarme, quando sente odore di reati dove l'elemento materiale è costituito dall'espressione di un pensiero, un giudizio, un sentimento (anche se empio, falso, indicibile). La loro *ratio*, infatti, è «limitare la circolazione d'idee, *quale esse siano*, prefigurando una democrazia protetta che esclude dal suo perimetro determinate opinioni *in quanto tali*» (Elisabetta Lamarque).

C'è una terza ragione che m'induce a dissentire. E' la trappola del vittimismo di chi fa discorsi di odio. E' quell'eterogenesi di fini che trasforma i negazionisti in martiri della libertà di pensiero. Anche per evitare tale capovolgimento di ruoli, non è col codice penale che si fa fronte alla pulsione a ripetere gli orrori del passato e del presente o addirittura a farne l'apologia.

Analogamente, pavento il rischio della deriva conformista. Sia pure a fin di bene (materiale di cui, com'è noto, sono lastricate le vie dell'inferno), l'uso della sanzione penale in questa materia rischia di inibire la libertà di espressione, orientandola verso la costruzione di un comune sentire. Il *buon senso* muta così, insidiosamente, in *senso comune*, anticamera dell'omologazione dominante.

Ecco perché, se useranno violenza materiale, andranno certamente processati e puniti i tanti antisemiti, negazionisti, odianti l'altro da sé. Se, invece, si limiteranno all'uso violento della parola, meglio lasciarli farneticare, replicando con gli strumenti della dialettica. Come nella corrosiva vignetta di Tullio Altan che rappresenta il dialogo tra un negazionista e un suo critico interlocutore: «*Io non sono stronzo*», «*Negazionista, eh?*»

C'è un ultimo motivo di perplessità. Nasce dal fatto che la nostra Costituzione traccia il profilo non di una democrazia "protetta" ma "aperta".

Intendiamoci. "Aperta" non vuol dire ingenuamente irenica. La nostra democrazia costituzionale è intollerante nei confronti degli intolleranti: ma considera tali chi ricorre alla violenza materiale (e non chi esprime pensieri violenti o tesi negazioniste). Si spiega così – nella nostra Carta costituzionale – il riferimento al «metodo democratico» dell'art. 49 sui partiti politici, il divieto di associazioni segrete o paramilitari dell'art. 18, come anche il «divieto di ricostituzione



del partito fascista» della XII disposizione transitoria finale. Sono tutte previsioni costituzionali che ci ricordano come il confronto politico, sociale, ideologico all'interno dello Stato democratico pluralista usano un solo strumento: il dialogo. Il reato di negazionismo, come tutti i reati di opinione, altera questa geometria.

Invocare quale bene giuridico da tutelare la dignità collettiva delle vittime è un *boomerang* argomentativo, perché anche lo storico negazionista, illustrando le proprie teorie, esercita un diritto che è diretta estrinsecazione della sua dignità personale.

Quanto al diritto alla verità (anche se prudentemente derubricata dall'Autore a verità dei fatti storici) esso troppo assomiglia a una declinazione ideologica del concetto di ordine pubblico: dubito che esso trovi cittadinanza nella Costituzione di una democrazia pluralista. E poiché sono le parole a indicare le cose svelandone il senso, prendiamo il sintagma *la verità* e smontiamolo, anagrammandolo. E' vero, anagrammato esso dà *rivelata*, ma anche *evitarla*, quasi a metterci sull'avviso rispetto alle pretese egemoniche di una verità rivelata. Ma guardando ancora meglio, è possibile anagrammarlo in un terzo modo: la verità è sempre *relativa*. Sorprendente, vero? Troviamo così conferma che una democrazia pluralista non può che essere laica: dove per laico si deve intendere chi, prendendo la parola, ha sempre cura di esordire con la seguente espressione: «secondo me...».

3. Loredana Mollica Poeta, *L'autonomia degli enti territoriali alla prova della crisi economica: nuovi vincoli ed equilibrio di bilancio*

3.1. Una parete ordinamentale di 6° grado

Con l'indagine di Loredana Mollica Poeta ci muoviamo su un piano ordinamentale del tutto differente: la ricaduta dei nuovi vincoli di equilibrio di bilancio sull'autonomia degli enti territoriali, specialmente nella fase attuale di crisi economica.

Non conosco personalmente l'Autrice, ma mi sono fatto l'idea che non difetti di coraggio (o incoscienza) scientifica. La sua ricerca, infatti, affronta uno dei profili tecnicamente più complicati della riforma costituzionale in materia di vincoli economico finanziari: la formalizzazione dell'estensione del vincolo di bilancio e di sostenibilità del debito all'intero settore delle «pubbliche amministrazioni» (come recita il nuovo art. 97, 1 comma, Cost.). E' una scelta costituzionale che ricalca un'istanza presente da anni nel contesto europeo. Eppure la sua trasposizione all'interno del nostro cortile di casa — come segnalato dalla dottrina sin dalle prime battute dell'*iter* di quella che sarebbe poi diventata la legge costituzionale. n. 1 del 2012 — porta con sé una miriade di questioni controverse e controvertibili, sul piano interpretativo non meno che su quello della concreta implementazione del vincolo costituzionale introdotto.

Proprio in ragione dell'elevato grado di difficoltà tecnica del tema affrontato (non difforme da una parete ordinamentale di 6° grado), bene ha fatto Loredana Mollica Poeta a delimitare rigorosamente il suo campo di indagine. Ci è riuscita dando al suo *paper* una coerente struttura narrativa scandita in due parti: la prima più prettamente normativa, la seconda più dedicata alla giurisprudenza costituzionale. Entrambe inevitabilmente non prive di elementi predittivi, rispetto a un quadro normativo e giurisprudenziale per molti aspetti ancora in divenire.



Preliminarmente, se un suggerimento può essere dato sotto il profilo metodologico, è quello di consultare laddove possibile qualche fonte di matrice più economica (come, ad esempio, le pubblicazioni della Banca d'Italia disponibili nel relativo sito istituzionale). Non per amore di contaminazione disciplinare (sempre a rischio, specie se si è giovani studiosi in formazione), semmai per non perdere di vista la dimensione concreta delle questioni giuridiche affrontate.

L'ora è tarda, la platea è stanca, il tema è complicato e chi ve ne parla lo conosce poco. Ecco perché ho chiesto aiuto alla collega ferrarese Chiara Bergonzini che, su questi temi, ha appena licenziato una preziosa monografia (ID., *Parlamento e decisioni di bilancio*, prefazione di Paolo De Ioanna, Franco Angeli, Milano, 2014) e dalla quale Loredana Mollica Poeta potrà trarre utili piste di ricerca. Userò dunque la sapienza altrui e la struttura della ricerca come *guard rail* per evitare di cadere giù da tornanti particolarmente impegnativi per le mie capacità. Come molti sanno, infatti, non ho neppure la patente.

3.2. Inquadrature cinematografiche

Cinematograficamente, l'indagine di Loredana Mollica Poeta si apre con una panoramica sul contesto normativo, correttamente ricostruito partendo dai vincoli europei, com'è noto decisivi per la riforma costituzionale del 2012.

Subito dopo, l'inquadratura si fa più stretta, mirando a focalizzare l'attenzione del lettore sul cuore del problema, indicato nella tensione tra le due grandi riforme costituzionali del terzo millennio: il c.d. "federalismo fiscale" e il "nuovo" principio dell'equilibrio di bilancio. Grandi riforme ancora *in progress*. Il federalismo fiscale, formalmente introdotto con la modifica del Titolo V, è ancora sostanzialmente in attesa di attuazione. Quanto al "nuovo" principio dell'equilibrio di bilancio, è anch'esso atteso alla prova dei fatti (legislativi, economici, ordinamentali). Eppure, nonostante i cantieri ancora aperti, è già palese l'antinomia tra le due novità ordinamentali: se la riforma costituzionale del 2001 rispondeva a una spinta centrifuga, quella del 2012 risponde invece a una spinta centripeta eguale e contraria.

La più recente novella costituzionale, infatti, recupera a livello centrale il potere di controllo della finanza pubblica. Come? Gli strumenti giuridici utilizzati sono essenzialmente due: [1] l'allocatione della materia «armonizzazione dei bilanci pubblici» tra quelle di competenza esclusiva dello Stato, giusto quanto previsto nella nuova formulazione dell'art. 117, 2 comma, Cost., che trascina con sé anche il «coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario» (formalmente allocato tra le materie a competenza concorrente); [2] i vincoli alla finanza territoriale stabiliti dal nuovo art. 119 Cost., con particolare riferimento alla disciplina dettata nel suo ultimo comma circa il ricorso all'indebitamento.

E' a questo punto che la visione del nuovo quadro normativo ci viene restituito attraverso un primissimo piano: la telecamera dell'Autrice, infatti, lo inquadra delineando chiaramente le ricadute (allo stato solo prevedibili) di ciascuna disposizione (costituzionale e di legislazione attuativa, con riferimento alla legge n. 243 del 2012).

A entrare in scena sono soprattutto i protagonisti del dibattito dottrinale sulla necessità e l'opportunità della riforma del 2012. Dibattito che ne evidenzia in particolare l'effetto di compressione dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali, e il delicato profilo della tutela dei



livelli essenziali delle prestazioni. Sul punto Loredana Mollica Poeta non è reticente: alla domanda se i nuovi vincoli costituzionali per le Regioni e gli enti locali rappresentino una sorta di controriforma del federalismo fiscale, l'Autrice propende per la risposta affermativa, in assonanza peraltro con la dottrina maggioritaria. E rimarcando il ruolo che in tal senso potranno avere anche fonti di rango *sub* legislativo.

3.3. Il seguito giurisprudenziale della riforma costituzionale

Ricostruito così il quadro normativo di riferimento europeo e nazionale nelle sue dinamiche e nelle sue prevedibili ricadute, l'indagine si occupa nella sua seconda parte del seguito giurisprudenziale della riforma costituzionale del 2012.

A essere messe a valore sono le prime sentenze della Corte costituzionale (in particolare la n. 88/2014), dalle quali Loredana Mollica Poeta tenta di cogliere le linee di tendenza che presumibilmente si consolideranno nel prossimo futuro. Anche qui ne esce confermata la tensione tra i principi del c.d. "federalismo fiscale" e del c.d. "pareggio di bilancio".

L'impostazione dell'analisi è a mio avviso particolarmente apprezzabile, non solo per la completezza, ma soprattutto per lo sforzo di cogliere i punti critici e le possibili contraddizioni con la giurisprudenza precedente l'attuale fase di crisi economica. Ben sottolineato risulta, in particolare, il ruolo (per certi aspetti improprio) che la Corte costituzionale è stata ed è tuttora chiamata a svolgere, nel tentativo di garantire al sistema quel minimo di coerenza che le scelte legislative non hanno certo favorito.

In questa prospettiva è particolarmente interessante (e meritevole di successivi sviluppi nel proseguimento della ricerca) l'osservazione presente nel paragrafo conclusivo circa la possibile metamorfosi della funzione della Consulta in senso «meta contabile», metamorfosi argomentata attraverso il confronto tra le pronunce costituzionali e i referti resi dalla Corte dei conti in sede di parifica dei rendiconti regionali.

Un approfondimento di questi profili tra i meno indagati in dottrina potrebbe risultare utile anche nell'ottica dei rapporti tra le due Corti e del coordinamento tra le due giurisdizioni. Purché considerate le categorie proprie della scienza economica incluse nel nuovo parametro costituzionale cui il Giudice delle leggi dovrà fare riferimento non offra il destro per suggerire una modifica all'art. 135, 2 comma, Cost. nel senso di prevedere che possono essere nominati o eletti giudici costituzionali «professori ordinari di università in materie giuridiche ed economiche». Perché tutto si può imporre (in nome dei vincoli di bilancio), ma c'è un limite a tutto.

Semmai, andrà indagata la possibilità che il nuovo parametro costituzionale dell'art. 81 possa essere adoperato criticamente all'interno di un sindacato di costituzionalità pur sempre legittimato a far scattare il fusibile dei c.d. contro limiti, a tutela del nucleo duro di un costituzionalismo da sottrarre alla tirannia delle logiche di bilancio. E' una pista d'indagine che può aprirsi ad una promettente analisi comparata, se solo si pensa alla giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca (e al suo dialogo con la Corte di Giustizia) sui vincoli economici e di bilancio europei.